



Núcleo Acadêmico de Pesquisa

ESTUDOS EM DIREITO PÚBLICO E PRIVADO

Volume 2

BÁRBARA THAÍS PINHEIRO SILVA
NEULER MENDES GOMES JUNIOR
PEDRO HENRIQUE CARDOSO GONÇALVES

Organizadores

Prefácio

Profa. Dra. Anne Shirley de O. R. Martins

Bárbara Thaís Pinheiro Silva
Neuler Mendes Gomes Junior
Pedro Henrique Cardoso Gonçalves
(Organizadores)

Estudos em Direito Público e Privado

VOLUME II

Belo Horizonte
PUC Minas
2020



Organizadores da Obra

Bárbara Thaís Pinheiro Silva – Presidente do Núcleo Acadêmico de Pesquisa

Pedro Henrique Cardoso Gonçalves – ex-vice-presidente do Núcleo Acadêmico de Pesquisa (2017)

Neuler Mendes Gomes Júnior – Diretor de Pesquisa e Publicação do Núcleo Acadêmico de Pesquisa (2017)

Revisão: Responsabilidade dos Professores Supervisores dos Grupos de Pesquisas do Núcleo Acadêmico de Pesquisa e dos Autores.

Os artigos escritos pelos pesquisadores são de responsabilidade destes, não necessariamente expressando os valores e orientação filosófica do Núcleo Acadêmico de Pesquisa, da Faculdade Mineira de Direito ou da PUC Minas.

FICHA CATALOGRÁFICA

Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

E82 Estudos em direito público e privado [recurso eletrônico] : volume 2 / organizadores: Bárbara Thaís Pinheiro Silva, Neuler Mendes Gomes Júnior, Pedro Henrique Cardoso Gonçalves; Ana Carolina Ronizini Braga ... [et al]. Belo Horizonte: PUC-MG, 2020.

E-book (289 p. : il.)

ISBN: 978-65-88331-01-9

1. Direito privado. 2. Direito público. 3. Democracia. 4. Crime - aspectos jurídicos. 5. Economia - aspectos jurídicos. I. Silva, Bárbara Thaís Pinheiro. II. Gomes Júnior, Neuler Mendes. III. Gonçalves, Pedro Henrique Cardoso; Braga, Ana Carolina Ronizini. V. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Núcleo Acadêmico de Pesquisa. VI. Título.

CDU: 342

Ficha catalográfica elaborada por Fabiana Marques de Souza e Silva - CRB 6/2086

*Elaborada pela Biblioteca da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
Trabalhos realizados no Ciclo de Pesquisa do Núcleo Acadêmico de Pesquisa, ano 2017 e 2018,
para fins acadêmicos do Curso de Direito - PUC – Minas, unidade Coração Eucarístico.*

*É proibida a reprodução total ou parcial, sejam quais forem os meios empregados, sem a
permissão por escrito dos autores.*

Venda proibida.

APRESENTAÇÃO

Honrou-me muito o convite formulado pelo Núcleo Acadêmico de Pesquisa (NAP) para prefaciar o Volume II da obra Estudos em Direito Público e Privado. Professores e alunos da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas, Coração Eucarístico, reuniram-se para refletir sobre o estado da pesquisa jurídica no Brasil e sobre a renovação de categorias jurídicas ainda vinculadas a um modo de pensar que não mais se concilia com a ordem constitucional em vigor.

O papel a ser desempenhado pela Universidade na reconstrução da dogmática, especialmente do direito privado e do direito público, foi um dos focos da discussão, de modo a atender as demandas sociais cada vez mais complexas. O núcleo de reflexões consistiu em uma leitura crítica do Direito Penal, da Ordem Social-Econômica, do Direito Civil, do Direito Constitucional contemporâneo e na formulação de propostas comprometidas com a realização dos valores consagrados do Estado Democrático de Direito consagrados pela Constituição da República.

Estes grupos de trabalho consolidam-se como um dos mais importantes espaços de discussão e reflexão crítica sobre os temas centrais destas áreas do conhecimento, e um fórum permanente de diálogo entre os mais relevantes grupos de pesquisa acadêmica, com grande potencial para formação de redes de pesquisa e monitoramento da legitimidade das instituições brasileiras e regionais.

A presente obra traduz o resultado dessas reflexões, oferecidas como um convite ao diálogo há tanto esperado pela sociedade. São quinze trabalhos apresentados no final do ciclo de pesquisa do ano de 2018, cujos temas não poderiam ser mais atuais, em vista do momento de retrocesso de direitos fundamentais e da democracia social em todo o mundo, o qual requer dos estudiosos do Direito, uma agenda capaz de reconstruir os pilares fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Esses trabalhos constituem um importante esforço intelectual para este propósito, realçando a importância da academia e da comunidade científica para a promoção da cidadania, da busca do conhecimento e do enfrentamento

crítico das grandes questões sócio jurídicas do conturbado momento institucional brasileiro.

A leitura do presente trabalho é mais do que recomendável. Ela é primordial para aqueles que anseiam a construção de um verdadeiro estado de Justiça Social.

Bons estudos e que a leitura seja tão produtiva para cada leitor quanto foi proveitosa para a atualização dos pesquisadores!

Profa. Dra. Anne Shirley de Oliveira Rezende Martins

*Membro do Núcleo Docente Estudantil
Faculdade Mineira de Direito, PUC Minas, Coração Eucarístico*

AGRADECIMENTOS

O conteúdo dessa valiosa Coletânea de Artigos Científicos é parte de um ambicioso Projeto idealizado pelo Núcleo Acadêmico de Pesquisa. Portanto, a sua concretização só foi possível pela soma do esforço conjunto de muitos – e aqui registramos nossos maiores agradecimentos e admiração à pessoa de cada um.

Consideramos essencial agradecer especialmente a quem acreditou no projeto quando era apenas uma ideia. A todo o corpo docente, especialmente à Coordenação de Curso da Faculdade Mineira de Direito, na pessoa da Prof.^a. Wilba Lúcia Maia Bernardes, e à Coordenação de Pesquisa, Prof.^a. Marinella Machado Araújo, pela crença nesse Projeto. Ao Professor Guilherme Coelho Colen, Diretor da Faculdade Mineira de Direito, que muito nos prestigiou como palestrante no evento de divulgação dos trabalhos deste Núcleo, na semana de Pesquisa, Monografia e Revista da FMD, em 2018.

Nosso agradecimento singular aos professores que se aliaram a esse projeto como orientadores dos autores, é certo que desenvolveram atividade imprescindível para a concretização do trabalho. Agradecemos aos professores Alberico Alves da Silva Filho, Álisson da Silva Costa, Anne Shirley de Oliveira R. Martins, Antônio Carlos Lúcio Macedo de Castro, Daniel Augusto Arouca Bizzotto, Dimas Ferreira Lopes, José Boanerges Meira, Maria de Lourdes Monteiro Albertini, Pilar de Souza e Paula Coutinho Eloí e Wilba Lúcia Maia Bernardes, pela dedicação e, principalmente, pelo carinho para com os orientados.

Gratificamos e parabenizamos, ainda, toda a equipe de pesquisadores deste Ciclo, estes que contribuíram para realização desse trabalho como autores dos artigos que compõem a obra.

Foram muitas as pessoas da Faculdade Mineira de Direito que nos apoiaram, especialmente todo corpo de funcionários e administração, pelo que não nos esquecemos de vos agradecer. Obrigado Guilherme Soares Araújo, Júlio César da Silva Prado, Maria Aparecida Ribeiro de Faria Figueiredo, Maria José Mendes Varela, Mary Ângela Côrtes e Paulo César de Barros Vieira.

Não nos esqueçamos do suporte externo à Faculdade. Agradecimentos também aos funcionários da Biblioteca Pe. Alberto Antoniazzi pelo auxílio prestado na elaboração da ficha catalográfica.

Finalmente, a todos que, citados ou não aqui, contribuíram para que esse Projeto se tornasse realidade, o Núcleo Acadêmico de Pesquisa expressa sua eterna gratidão e admiração. Esperamos – e torçemos – para que a Coletânea a seguir apresentada traduza todo o trabalho empenhado. Fica registrado nosso mais sincero obrigado a todos!



***Colegiado do Núcleo Acadêmico de
Pesquisa***

*“Quando vou a um país, não examino se há boas leis,
mas se as que lá existem são executadas,
pois boas leis há por toda parte”*

Montesquieu

SUMÁRIO

TÍTULO PRIMEIRO

DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DEMOCRÁTICA

CAPÍTULO 01 - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: DESENVOLVIMENTO, CONTORNOS E SIGNIFICADO DOGMÁTICO

Neuler Junior.....11

CAPÍTULO 02 - ANÁLISE DOS EFEITOS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE NA APLICAÇÃO DAS PENAS NOS CASOS DE HOMICÍDIO QUALIFICADO: ESTUDO COMPARATIVO E EVOLUTIVO ENTRE OS TRIBUNAIS DO SUL E DO NORTE DO BRASIL

Isabela Dias Homssi, Natalia Ferreira Figueiredo e Simone Diogo de Souza ...25

CAPÍTULO 03 - A CORRUPÇÃO COMO FATOR DE FAVORECIMENTO À ATUAÇÃO DAS FACÇÕES ENQUANTO ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NO BRASIL

Lorena Carmo Sepúlveda..... 51

CAPÍTULO 04 - A CONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SERENDIPIDADE NA INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS

Carolina Godoi de Faria Marques, Daniely Rosa Lana Araújo, José Boanerges Meira e Vivian Valamiel.....69

TÍTULO SEGUNDO

TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM

SOCIAL-ECONÔMICA E REGULAÇÃO

CAPÍTULO 01 - A LEI DO BEM (LEI Nº 11.196/2005) NA BALANÇA: DESAFIOS LEGAIS À SUA EFICÁCIA

Isabela Carvalho Trindade.....84

CAPÍTULO 02 - TRIBUTAÇÕES E POLÍTICAS PÚBLICAS: O SIMPLES COMO MECANISMO DA POLÍTICA PÚBLICA DE GERAÇÃO DE EMPREGO. UMA ANÁLISE CRÍTICA.

Yara Santos de Oliveira Gomes..... 102

CAPÍTULO 03 - O PRINCÍPIO DA ISONOMIA NA LEI DO AUDIOVISUAL: DIFICULDADES CRIADAS PELA BUROCRATIZAÇÃO

Elisa Bertilla de Siqueira Silva..... 125

CAPÍTULO 04 - A DIMENSÃO SOCIAL DA DÍVIDA PÚBLICA BRASILEIRA

Antônio Carlos Lúcio Macedo de Castro e João Alves de Souza Junior..... 142

CAPÍTULO 05 - SISTEMA DA DÍVIDA PÚBLICA FEDERAL BRASILEIRA: ANÁLISE DE SUA INSTITUIÇÃO, GESTÃO E CONTROLE SUPLEMENTAR

André de Figueiredo Pereira, Antônio Carlos Lúcio Macedo de Castro e Gabriela Sol Guedes da Silva 153

TÍTULO TERCEIRO

TRANSFORMAÇÕES NO DIREITO PRIVADO

CAPÍTULO 01 - OS IMPACTOS NEGATIVOS DE UMA ADOÇÃO FRUSTRADA NA VIDA DO ADOTANDO E O CONSEQUENTE FORTALECIMENTO DO SENTIMENTO DE ABANDONO
Ana Carolina Ronizini Braga e Raquel Virgínia Assis Pereira 176

CAPÍTULO 02 - O MENOR INFRATOR E A RELAÇÃO FAMILIAR
Anne Shirley de Oliveira R. Martins, Mariana Costa Martoni, Mariana Fernanda de Souza Braga e Mariana Mendes Ribeiro 188

CAPÍTULO 03 - DA (IM)POSSIBILIDADE JURÍDICA DA CONVERSÃO *POST MORTEM* DA UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO
Mateus Rocha de Souza 210

CAPÍTULO 04 - ARRANJOS FAMILIARES NA CONTEMPORANEIDADE: RESPONSABILIDADE CIVIL DA FAMÍLIA NOS CASOS DE ABUSO DE DIREITO DURANTE O EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR
Matheus Henrique Vieira Lage e Rafael Martins Souza 227

CAPÍTULO 05 - O POLIAMOR COMO ARRANJO FAMILIAR À LUZ DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL
Anne Shirley de Oliveira R. Martins, Marcos Aurélio Diogo dos Santos 241

TÍTULO QUARTO

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA

CAPÍTULO 01 - DEMOCRACIA: O QUE ISSO SIGNIFICA (OU DEVERIA SIGNIFICAR)?
Márcio Henrique Guimarães Baulino 269

TÍTULO PRIMEIRO

**DIREITO PENAL NA
SOCIEDADE DEMOCRÁTICA**

ASPECTOS DA CRIMINALIDADE
NA SOCIEDADE BRASILEIRA

Coordenador do Grupo de Pesquisa:

Prof. Dr. Álisson da Silva Costa

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: DESENVOLVIMENTO, CONTORNOS E SIGNIFICADO DOGMÁTICO

Neuler Junior¹

*“Falo querendo entender, canto para espalhar o saber e fazer você perceber
Que há sempre um mundo, apesar de já começado, há sempre um mundo pra gente fazer
Um mundo não acabado”
(Emicida e Elisa Lucinda, Milionário do Sonho)*

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A fraqueza dos sistemas abstratos não está somente em sua posição defensiva contra a política criminal, mas, mais geralmente, no desprezo pelas peculiaridades do caso concreto, no fato de que, em muitos casos, a segurança jurídica é salva à custa da justiça (ROXIN, 2000, p. 85).

É com essa frase que, em seu esboço sobre a relação entre política criminal e o sistema jurídico penal, Claus Roxin, um dos mais influentes dogmáticos do direito penal alemão, conclui a necessidade de serem empreendidos esforços metodológicos sobre toda a matéria jurídica², para construção de um sistema que aproxime a dogmática³ da realidade social.

No empreendimento de tais esforços é que se desenvolve em nosso sistema jurídico-penal, contando com suma contribuição das teorizações do aludido autor, o instituto denominado Princípio da Insignificância – desenvolvimento ainda em curso nos dias atuais, consigne-se.

Este trabalho é resultado de estudos desenvolvidos no sentido de assimilar, analisar e expor o desenvolvimento do mencionado instituto, possibilitando a compreensão de seus contornos e seu significado.

¹ Graduando no sexto período pela Faculdade Mineira de Direito – PUC Minas, em que Monitor das disciplinas de Direito Penal I e II (Teorias Gerais do Crime e da Pena, respectivamente). Estagiário na 08ª Promotoria de Justiça de Belo Horizonte do Ministério Público de Minas Gerais. Foi Conciliador no Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte. E-mail: neulerjunior@hotmail.com

² Quando da publicação obra citada, na versão em português brasileiro, Luís Greco traduziu por “matéria jurídica” o termo “*Rechtsstoff*”, que esclareceu significar, *grosso modo*, a realidade que o direito vem regular.

³ Dogmática é o estudo científico das normas jurídicas a fim de organizá-las em um sistema que torne mais simples sua compreensão e aplicação.

Sendo o Princípio da Insignificância instituto que, na estrutura do crime, incide sobre a tipicidade, o estudo do desenvolvimento histórico deste elemento do delito faz-se imprescindível, tarefa que se faz tendo como principal referencial teórico os estudos desenvolvidos por Cláudio Brandão.

Considerações iniciais feitas, toma-se como objetivo primevo a exposição dos precedentes que alicerçam a construção teórica do instituto estudado.

2. FUNÇÃO GARANTÍSTICA DO DIREITO PENAL: DA INEXISTÊNCIA À INSUFICIÊNCIA

O direito penal é hoje consensualmente definido como “*um conjunto de normas que determinam quais ações são consideradas como crimes e lhes imputa a pena – esta como consequência do crime –, ou a medida de segurança*” (BRANDÃO, 2010, p. 74, grifo nosso). Depreende-se, portanto, que nos dias atuais a sanção mais gravosa que o Estado pode aplicar – a pena – só pode ser adotada com a observância de um sem-número de rígidas regras previamente estatuídas: o Direito Penal. Mas não foi sempre assim.

Tratando da evolução histórica do direito penal, BITENCOURT (2012) divide os sistemas repressivos dos períodos pré-modernos em três fases, quais sejam, fase da vingança divina, vingança privada e vingança pública.

Explica o mencionado autor que, na primeira fase, nas "sociedades primitivas", punia-se o infrator pela desobediência à divindade: o castigo – absolutamente desproporcional, sem qualquer preocupação com algum conteúdo de justiça – tinha como objetivo desagrar a divindade. Com o passar do tempo, o desenvolvimento leva a fase da vingança privada, em que a repressão pela realização de um injusto partia dos grupos sociais dos quais o indivíduo injustiçado fazia parte. É nesta fase que surge a lei de talião: olho por olho e dente por dente, considerada pelo autor a primeira tentativa de humanização da sanção criminal, tratando-se de imposição de limitação ao mal causado ao infrator, tendo como critério o proporcionalizador o mau causado por ele à vítima. Superando as fases da vingança divina e privada, chega-se à *vingança pública*: o objetivo da repressão criminal passa a ser a segurança do soberano, mantidas as características da crueldade e severidade das penas.

Insta ressaltar que, não obstante se faça revisitação crítica das matrizes⁴ de direito repressivo pré-modernas, nelas se encontram germens de muitos dos institutos jurídicos hoje consolidados.

Neste sentido, Claudio Brandão (2014, p. 27) ensina que “o mais importante germen da dogmática penal reside nas construções romanas acerca do Direito”. Surpreendentes são suas lições sobre as contribuições prestadas pelo Direito Canônico ao Direito Moderno, obra em que demonstra, inclusive, que o estabelecimento do Cristianismo como religião oficial do Império Romano, no Século IV, sob o comando de Constantino, faz mudar a perspectiva do Direito: que deixa de ser “uma construção do julgador no caso concreto, visando a decisão boa e justa, e passa a ser um caminho a ser seguido, embasado em normas gerais, que regulam as condutas e orientam as decisões” (BRANDÃO, 2017, p. 168). A partir daquele momento, passa a ser a lei a fonte principal do Direito Romano. Essa influência se dá, constata o autor, porque no Cristianismo é o próprio Deus quem dita as leis a serem seguidas: é um comando, está escrito e deve ser seguido.

A despeito de tais contribuições, não significou que à época se operava um Direito repressivo equilibrado, da perspectiva hodierna. Para descrever o que acontecia na, assim chamada, “fase da vingança pública”, precisão cirúrgica têm as palavras de Aníbal BRUNO (1967, p. 88-9):

(...) nesse longo e sombrio período da história penal, o absolutismo do poder público, com a preocupação da defesa do príncipe e da religião, cujos interesses se confundiam, e que introduziu o critério da razão de Estado no Direito Penal, o arbítrio judiciário, praticamente sem limites, não só na determinação da pena, como ainda, muitas vezes, na definição dos crimes, criavam em volta da justiça punitiva uma atmosfera de incerteza, insegurança e justificado terror. Justificado por esse regime injusto e cruel, assente sobre a iníqua desigualdade de punição para nobres e plebeus, e seu sistema repressivo, com a pena capital aplicada com monstruosa frequência e executada por meios brutais e atrozes, como a forca, a fogueira, a roda, o afogamento, a estrangulação, o arrastamento, o arrancamento das vísceras, o enterramento em vida, o esquartejamento; as torturas, em que a imaginação se exercitava na invenção dos meios mais engenhosos de fazer sofrer, multiplicar e prolongar o sofrimento; as mutilações, como as de pés, mãos, línguas, lábios, nariz, orelhas, castração; os açoites.

⁴ Sobre a impropriedade do uso do termo “paradigma” relativamente ao pensamento jurídico e sua substituição pelo termo *matriz*, consultar GALUPPO, Marcelo Campos. Matrizes do pensamento jurídico: um exemplo a partir da literatura. **O Brasil que Queremos: Reflexões sobre o Estado Democrático de Direito**, v. 1, p. 515-530, 2006.

É neste contexto que emerge a Revolução Francesa com seu espírito reformador⁵. A concepção filosófica caracterizada por ampliar o domínio da razão a todas as áreas do conhecimento humano, o Iluminismo, constituiu o substrato da Revolução. Necessária se tornou, então, a reforma do sistema punitivo, que agora haveria de se assentar sobre bases racionais.

Dos delitos e das penas, obra de Cesar Bonessana, “o Marquês de Beccaria” (Milão, 1738-1794), é tomada por alguns a obra que marca o início definitivo do Direito Penal moderno⁶. Sob inspiração das ideias defendidas por Montesquieu, Rosseau, Voltaire e Locke, o Marquês marca o início do Direito Penal moderno, da Escola Clássica de Criminologia, bem como o da Escola Clássica de Direito Penal.

Caracterizou-se pela forte influência do direito canônico e do jusnaturalismo a Escola Clássica de Direito Penal. A ideia predominante nesta escola era que através do livre-arbítrio o homem opta entre cometer ou não o delito, de modo que, não havendo vontade, não existia responsabilidade, e é com este raciocínio, em enorme contribuição à estruturação da ciência penal, que postula a referida escola: a vontade humana é a pedra angular do Direito Penal.

O desenvolvimento segue, ocorrendo o que se chama de primeira revolução científica no direito penal: a inauguração da sua sistematização metodológica, atribuída a obra de Ernst von Beling, em 1906, que desenvolve os contornos do que hoje conhecemos como *tipicidade*, dando-a função exclusivamente descritiva, e promovendo a concepção que divide o crime em *elementos* (antes, o crime era tido em uma concepção unitária: um injusto culpável), conforme leciona Cláudio Brandão (2014, *passim*), que tem mais a ensinar: “para Beling, o Direito Penal não é nada mais que um catálogo de tipos, e tipicidade é a adequação a esse catálogo” (2010, p. 316). Perspectiva próxima era também a de Franz von Liszt, que dividia com aquele o método positivista⁷, empregando ao direito penal a abordagem das ciências naturais, isto é, excluindo da ciência jurídica quaisquer valorações sociopolíticas (ROXIN, 2000, p. 10).

A aplicação do método das ciências naturais ao Direito recebeu oposição da Escola Neokantista, que recompreendeu os elementos do crime com método

⁵ Nas palavras de BITENCOURT (2012, p. 157), “o marco das lutas em prol da humanização do Direito Penal”.

⁶ Dentre os quais BITENCOURT (2012, p. 159).

⁷ Beling da perspectiva normativa e Liszt da perspectiva sociológica.

construído à luz da filosofia dos valores⁸, o que permitiu extraordinário desenvolvimento do *bem jurídico* na ciência penal. Tal desenvolvimento atribuiu ao bem jurídico função teleologicamente orientada (BRANDÃO, 2018, p. 8), isto é, a interpretação da norma partir bem jurídico por ela tutelado permite a compreensão da sua finalidade.

Avança o discurso jurídico penal, recebendo contribuições diversas, dentre as quais as provenientes da sociologia funcionalista norteamericana de Claus Roxin⁹, que propõe que a estruturação do sistema jurídico-penal inclua preocupações político-criminais, a finalidade do Direito Penal. Sua obra se destaca também em razão das pertinentes críticas à aplicação do método positivista ao Direito e às conclusões derivadas dessa aplicação.

Roxin apresenta as bases fundamentais de sua proposta pela primeira vez em 1970, em sua obra “Política criminal e sistema jurídico penal”, já mencionada neste trabalho. A problemática abordada pelo autor nessa obra é a da aparente – ou suposta – contrariedade entre as construções dogmáticas do sistema jurídico-penal e decisões valorativas político-criminais.

3. CLAUS ROXIN E A REPROXIMAÇÃO DA REALIDADE SOCIAL AO DIREITO PENAL

De fato, duras críticas postula Roxin ao positivismo como teoria jurídica, caracterizada, diz o autor, “por banir da esfera do direito as dimensões do social e do político”, asseverando que para os adeptos do positivismo “a política criminal, que se importa com os conteúdos sociais e fins do direito penal, encontra fora do âmbito jurídico” (2000, p. 12).

A preocupação com o progressivo afastamento da construção da dogmática jurídico-penal da realidade social é a preocupação central que o autor tem ao erigir sua obra. Com efeito, empreende esforços na tarefa de conhecer as funções da lei.

Assevera, com categoria, aos tempos derradeiros do século XX, que a “tarefa da lei não se esgota mais nesta função garantística” (2000, p. 13), como entendiam os

⁸ Com efeito, em relação à ciência do Direito, este método tem como ato gnosiológico a *compreensão*, em oposição ao emprego do ato gnosiológico da *explicação*, característico das ciências naturais, presente no método positivista (BRANDÃO, 2018, p. 8).

⁹ Conforme anota ZAFFARONI (2005, p. 81)

positivistas. Mantêm-se intocadas e íntegras as exigências desta função, porquanto não se nega a função liberal de proteção da lei, mas a ela se somam as preocupações político criminais, que constituem também o conteúdo da teoria geral do direito:

Submissão ao direito e adequação a fins político-criminais não podem contradizer-se, mas devem ser unidas numa síntese, da mesma forma que o Estado de Direito e Estado Social não são opostos inconciliáveis, mas compõem uma unidade dialética: uma ordem jurídica sem justiça social não é um Estado de Direito material, e tampouco pode utilizar-se da denominação Estado Social um Estado planejador e providencialista que não acolha as garantias de liberdade do Estado de Direito (ROXIN, 2002, p. 20).

Demonstra que essa síntese não é proposta nova, mas diz que já é observável através de exemplos dentre os quais se encontra o desenvolvimento das regras de aplicação da pena, que só alcançaram o *status* de disciplina autônoma no pós-guerra. Desenvolvimento que havido no sentido

... não da discricionariedade de uma valoração individual pelo juiz, mas, muito pelo contrário, [de] esforça[r]-se por alcançar uma ordem sistemática e uma controlabilidade racional dos critérios de medida da pena político-criminalmente motivados (ROXIN, 2000, p. 22).

Pretende Roxin “evidenciar que o Direito Penal não deve ser estruturado deixando de lado a análise dos efeitos que produz na sociedade sobre a qual opera, isto é, alheio à realização dos fins que o legitimam”, ensina Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 251).

Faz menção ao surgimento, na teoria do tipo, da interpretação em face do bem jurídico, fenômeno já abordado neste trabalho, considerando tratar-se de outro exemplo de incorporação de valorações político criminais na hierarquia positivista-conceitual da teoria do delito, com vistas a corrigi-la. Quando a aplicação da interpretação que denominou “avalorada e quase automática” falha em alcançar soluções claras ou aceitáveis, recorre-se a solução teleológica, obtida através do bem jurídico protegido.

Em relação ao emprego dessa, porém, é o próprio Roxin que faz advertência, iniciando a reunião dos instrumentos interpretativos que mais tarde viriam a constituir o instituto do Princípio da Insignificância:

Uma análise abrangente da evolução da jurisprudência poderia demonstrar que nossos tribunais, orientados para garantir, como quer o princípio¹⁰, uma

¹⁰ Roxin refere-se ao que chamou de “princípio da determinação da mais perfeita maneira possível” na interpretação das elementares típicas *determináveis*, aquelas que ainda não de ser determinadas mediante complementação externa ao tipo, presentes *tipos penais abertos* em que pela simples leitura

proteção tão abrangente e sem lacunas quanto possível, fizeram uma interpretação extensiva dos tipos, que levou a um crescimento considerável da criminalidade em vários delitos. Sob o ângulo do princípio *nullum-crimen* o oposto é o correto: a saber, uma interpretação restritiva¹¹, que realize a função de Magna Carta e a “natureza fragmentária” do direito penal, que mantenha íntegro somente o campo de punibilidade indispensável para a proteção do bem jurídico (ROXIN, 2000, p. 46).

Continua a lição, ensinando que a interpretação em face do bem jurídico deve ser realizada restritivamente, observando-se princípios regulativos, como a adequação social, introduzida por WELZEL, e o princípio da insignificância, “que permite excluir logo de plano lesões de bagatela da maioria dos tipos” (2000, p. 47).

Anos mais tarde, na última década do século XX, publica seu tratado sobre Direito Penal, “*Derecho Penal. Parte General, Tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoria del delito*”¹², em que apresenta as bases de um projeto de sistema teleológico-político-criminal. Seu raciocínio é: se os fins que almejam o sistema penal estão integrados em sua própria estruturação, está garantida desde o princípio a justiça na decisão do caso concreto, já que todo o amontoado de casos é remetido à finalidade da lei (ROXIN, 1997, p. 217).

Para tanto, os fins político-criminais não de se apresentar integrados na própria estruturação da ciência. Demonstra que isso já timidamente acontece, na teoria da ação, por exemplo, a valoração político-criminal manifesta-se no sentido de que independentemente “da aparência externa e das consequências causais da presença humana, valorar algo como não-ação resulta na exclusão preliminar de tudo o que não é ajustável às categorias do juridicamente permitido ou proibido” (ROXIN, 1997, p. 218, tradução nossa). Isto é, a exclusão das “não-ações” (movimentos reflexos, etc.) do âmbito de incidência da norma criminal manifesta uma valoração político-criminal na construção do arcabouço teórico jurídico-penal.

Na teoria do tipo, o fim político-criminal apresenta-se na característica preventivo-geral do tipo penal: “ao acolher-se determinada conduta em um tipo se pretende motivar o indivíduo para que deixe de agir da forma descrita (ou, nos delitos de omissão, para que aja da forma ordenada)” (ROXIN, 1997, p. 218, tradução nossa).

do tipo “não há possibilidade de aferirmos, sem o necessário complemento, pela subsunção da conduta do agente” (GRECO, 2017).

¹¹ A crítica é acolhida, constituindo nos dias atuais regra hermenêutica.

¹² Na tradução de Diego-Manuel Luzón Penã, Miguel Díaz e García Toledo e Javier de Vicente Remesal. Original: “*Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I*”.

E, prossegue o autor, nisso não se esgota, afinal o princípio da culpabilidade também empreende caráter político-criminal ao tipo penal quando opera a exclusão da responsabilidade objetiva.

No juízo de antijuridicidade, ou do ilícito, na denominação sugerida pelo autor, o aspecto político-criminal manifesta-se por três funções: (i) soluciona colisões de interesses de forma relevante para a punição de um ou vários intervenientes¹³; (ii) serve de ponto de harmonização entre medidas de segurança e outras consequências jurídicas¹⁴; e (iii) agrega o Direito Penal com todo o ordenamento jurídico e integra suas valorações decisivas¹⁵.

Em se tratando de culpabilidade, o campo do juízo sobre a pessoa, também se faz presente a valoração político-criminal quando da indagação acerca do merecimento de uma pena por um indivíduo determinado, diante do injusto que cometeu em situação em que era inexigível que agisse de forma diferente.

Enfim, é com isso que Roxin atesta ter sido superado o que chama de “aforismo de Liszt”, que dizia ser o Direito Penal a barreira infranqueável da política criminal, tendo demonstrado que constituem, em verdade, síntese, propondo a estruturação de toda a teoria do crime sobre o mesmo critério. No entanto, adverte: “a dogmática (incluindo a sistemática da teoria geral do delito) tem que exercer a política criminal no marco da lei, é dizer que dentro dos limites da interpretação”, sob o risco de infringir o princípio da divisão dos poderes e da legalidade (1997, p. 225).

“Se incorpora el discurso sociológico al derecho penal”, tomando emprestadas as palavras do mestre, Eugenio Raúl ZAFFARONI (2005, p. 145), que muito contribui para a consolidação das proposições de Roxin na América Latina.

¹³ O autor se refere, ao tratar da questão, aos conflitos havidos entre interesses e bens jurídicos quando do juízo de antijuridicidade. Tenha-se como exemplo a ponderação entre bens jurídico que deve o árbitro fazer quando se depara com uma situação de estado de necessidade: é esta a primeira faceta político-criminal do juízo de antijuridicidade, que será realizado em consideração às finalidades do direito penal.

¹⁴ Pense-se na finalidade político-criminal da integração da pena aplicada ao crime de embriaguez ao volante (art. 306 do CTB) às restrições administrativas relativa à habilitação para dirigir.

¹⁵ Tome-se como ilustração a recente guinada do Direito Penal para a reparação dos danos, através de institutos como aquele previsto no art. 74 da Lei 9.099/95, que possibilita a decadência da ação penal nas infrações de menor potencial ofensivo mediante *composição civil de danos*.

4. EUGENIO RAÚL ZAFFARONI E O JUÍZO CORRETIVO DA TÍPICIDADE CONGLOBANTE

Influenciado pela obra de Roxin¹⁶, Eugenio Raúl ZAFFARONI publica, pela primeira vez em 1997 seu Manual de Direito Penal Brasileiro, obra em que desenvolve as bases para a consolidação dogmática do instituto que constitui objeto deste trabalho.

Neste trabalho, o argentino apresenta o que chamou de *tipicidade conglobante*, também tomado pela preocupação com o fechamento ao realismo social¹⁷. Para Zaffaroni, o juízo de tipicidade penal não se esgota na adequação da conduta à formulação legal, porquanto essa adequação por vezes abarcará condutas que são fomentadas ou mesmo ordenadas pelo Direito. É necessário um juízo complementar, de caráter *corretivo*: averiguar-se-á o alcance proibitivo da norma, não considerada isoladamente mas sim *conglobada* na ordem normativa¹⁸ – o que denomina juízo de tipicidade conglobante (2011, p. 399 e ss). Se da realização destes juízos resulta que a conduta realizada se adequa à formulação legal do tipo (tipicidade formal) e que no contexto *conglobante* ocorre também violação do *comportamento esperado pelo Direito*¹⁹ (tipicidade conglobante), constata-se a **tipicidade penal** que é, portanto, a soma da tipicidade formal, juízo primeiro, com a tipicidade conglobante²⁰, juízo corretivo.

¹⁶ cf. ZAFFARONI e PIERANGELI, 2011, p. 124.

¹⁷ O autor expressa que a teoria por ele formulada escapa do normativismo na medida em que julga oportuno, “para não nos fecharmos totalmente ao realismo social, pois, estamos convencidos de que estas soluções “assépticas”, costumam desembocar num formalismo estéril” (p. 489).

¹⁸ Reconhecer a tipicidade penal de uma conduta significa reconhecer sua antinormatividade, ou seja, que a conduta realizada viola o imperativo de comportamento que se extrai do tipo penal. Se a conduta é fomentada ou ordenada pelo Direito, é absurdo que afirme que esta mesma conduta viola a norma penal. Tornar-se-ia o Direito uma “desordem arbitrária” para usar as palavras do juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Neste sentido é que se torna necessário o juízo mais amplo, considerando toda a ordem normativa: havendo outra norma que ordene ou fomenta a conduta, não há que se falar em tipicidade.

¹⁹ Ou seja, violação da norma, conceito que não se confunde com o de tipo penal, porquanto o “tipo é toda construção conceitual prevista em uma lei que individualiza o comportamento proibido pelo direito sob a ameaça de uma pena. Essa construção conceitual é uma fórmula linguística, que esquematiza os elementos que diferenciam o comportamento penalmente relevante do comportamento penalmente indiferente” (BRANDÃO, 2014). A norma, diferentemente, é um imperativo de comportamento, positivo ou negativo, produto da compreensão lógica do tipo penal, mas que existe de forma autônoma a este (BRANDÃO, 2018, p. 32). Em outras palavras, **a norma é o imperativo que determina comportamento esperado pelo direito**, com vistas a tutelar um bem jurídico. Enquanto o tipo penal do art. 121 do Código Penal brasileiro prevê: “Matar alguém”, associando à realização dessa conduta uma pena, a norma que deste tipo se depreende é: não mate ninguém.

²⁰ E sobre a não confusão entre tipicidade conglobante e justificação, valiosa é a lição do penalista: “É precisamente esta a mais importante diferença entre a tipicidade conglobante e a justificação: a atipicidade conglobante não surge em função de permissões que a ordem jurídica resignadamente

Assevera também, o vice-presidente da Associação Internacional de Direito Penal, que na realização deste juízo corretivo, ao procurar compreender o alcance proibitivo da norma penal, deve o julgador ainda atentar-se para seu elemento essencial: o bem jurídico. A presença da tipicidade exige a violação do bem jurídico tutelado com certa gravidade, ou, nas palavras do autor, “nem toda afetação mínima do bem jurídico [é] capaz de configurar a afetação requerida pela tipicidade penal” (ZAFFARONI, 2011, p. 488).

Refere-se à lesividade da conduta em relação ao bem jurídico tutelado. Ao mencionar “a afetação requerida pela tipicidade penal”, faz alusão ao que aqui denominar-se-á grau de lesão caracterizador da antinormatividade.

É também exemplo de corretivo da tipicidade formal, atesta Zaffaroni, a teoria da adequação social da conduta, formulada por Hans Welzel, que parte da premissa de que o direito penal apenas tipifica condutas que têm certa relevância social e, conseqüentemente, a mudança da ética social²¹ de forma a compreender a conduta como socialmente adequada provocaria o afastamento da incidência penal sobre aquela conduta. Adverte, no entanto, tratar-se de corretivo da tipicidade legal de natureza *diversa*²² da que apresenta por meio da tipicidade conglobante, uma vez que esta remete-se apenas ao plano normativo, enquanto aquela faz remissão à ética social²³ (2011, p. 489-90).

concede, e sim em razão de mandatos ou fomentos normativos ou de indiferença (por insignificância) da lei penal” (ZAFFARONI, 2011, p. 399 e ss). Portanto, explica com exemplo, a conduta de um Oficial de Justiça na penhora e sequestro de um quadro não é sequer típica, porquanto há norma jurídica ordenando-o à realização daquela conduta. Na doutrina clássica, a conduta do Oficial de Justiça seria tida como violadora do comportamento esperado pelo Direito, ou seja, antinormativa e típica, sendo descaracterizada como crime apenas quando da análise da antijuridicidade, mas como é que uma conduta ordenada pelo Direito viola o comportamento esperado pelo Direito?! É a correção que opera o juízo complementar conglobante, limitando alcance proibitivo da norma. Essa contradição não ocorre quando o caso é de justificação – pense-se na conduta de tirar vida de alguém agindo em legítima defesa: o agir é essencialmente antinormativo (o comportamento esperado pelo Direito é o não cometimento do homicídio), porém, considerando as circunstâncias, o Direito **resigna-se** a não reconhecer o crime por ser uma conduta antinormativa adotada justificadamente, isto é, não há ordem ou fomento, mas **permissão** para realização da conduta.

²¹ Que ocorre de forma muito mais dinâmica que a mudança da lei, por óbvio.

²² Não se sabe se ocorre em todas edições do livro, mas a palavra “diversa/diferente” parece faltar na frase do autor, que diz “Esta teoria, ao menos quando colocada nestes termos, implica um corretivo da tipicidade legal, mas de natureza (?) da que aqui postulamos por via da tipicidade conglobante”. A crítica realizada pelo autor em seguida permite deduzir que sustenta a *diferença na natureza* das teorias (a teoria da tipicidade conglobante com sua natureza normativa, e a teoria da adequação social com sua remissão à ética-social).

²³ E com “remissão da ordem jurídica à ética social” não se pense em fenômeno inovador, lembrando-se apela às mesmas fontes o Direito Penal nos tipos culposos, para precisar o dever de cuidado, na determinação da posição do garante, em razão da conduta precedente do sujeito, ou mesmo “nos tipos

Estão lançadas as bases sobre as quais se estabelece o instituto em estudo, que mais tarde viria a ser reconhecido pela Suprema Corte brasileira. A construção dogmática e jurisprudencial do Princípio da Insignificância ilustra intensa preocupação dos estudiosos e dos próprios aplicadores da lei com a aproximação do direito penal com a realidade social sobre a qual incide, a partir do afastamento da concepção lógico-formalista.

Sobre o desenvolvimento dos contornos do Princípio da Insignificância na jurisprudência, esclarecedor é o trabalho de análise empírica, que tem por base a jurisprudência do STF, realizado por Pierpaolo Cruz Bottini, Ana Carolina Carlos De Oliveira, Douglas De Barros Ibarra Papa e Thaísa Bernhardt Ribeiro, possibilitando melhor compreensão dos critérios de aplicação do instituto adotados pelo Supremo Tribunal Federal.

5. CONSOLIDAÇÃO JURISPRUDENCIAL

A primeira menção a “insignificância” ou “bagatela” disponível nos arquivos digitais de jurisprudência de STF é datada de 1988, no RHC 66.869/PR, em que o rel. Min. Aldir Passarinho entendeu estar afastada a tipicidade de lesões corporais em acidente de trânsito, em decorrência da pequena afetação do bem jurídico (2012, p. 5), o que significou reconhecimento do Supremo Tribunal Federal da aplicabilidade do Princípio da Insignificância, tendo como critério a verificação de não ocorrência de grande lesão ao bem jurídico tutelado.

Passados 16 anos, em 2004, reconhece a Corte Constitucional a possibilidade de aplicação do Princípio da Insignificância ao crime de furto, com voto do rel. Min. Celso de Mello acompanhado de forma unânime pela Turma, cuja fundamentação teve como alicerce os princípios da subsidiariedade do direito penal e da razoabilidade, integrando ao instituto novos critérios de aplicação, quais sejam, a (i) mínima ofensividade da conduta do agente, a (ii) nenhuma periculosidade social da ação, o (iii) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada (BOTTINI, P. C. et al, 2012, p. 5).

Neste marco, são reconhecidas como substrato do Princípio da Insignificância, portanto, as teorizações sobre a não delituosidade da conduta com reduzido grau de

dolosos em que há elementos normativos que remetem a valorações ético-sociais”, postula ZAFFARONI (2011, p. 489-90).

ofensividade, relativamente ao tipo penal, de Claus Roxin e Eugênio R. Zaffaroni, como também a teoria da adequação social proveniente de Hans Welzel.

É fato que nos dias atuais a construção do Princípio da Insignificância ainda não alcançou o seu fim, mas, a partir deste julgado, relativamente definidos estão seus contornos. Diante disso, era de se supor a ampliação de sua aplicação, que efetivamente acontece. Constata-se, em comparação entre os anos de 2004 e 2009, um aumento de 83% no número de casos alegando o princípio da insignificância na Corte Suprema, e concomitante aumento de 66% no percentual de concessões. “Há, portanto, um avanço jurisprudencial significativo e a tese do princípio da insignificância encontrou um espaço cada vez maior” (BOTTINI, P. C. et al, 2012, p. 10).

Considerações feitas, percebe-se que a delimitação da amplitude e dos contornos do estudado instituto é trabalho ainda não conclusivo, conclusão que dar-se-á principalmente através da jurisprudência, que se apoia nas construções doutrinárias e na lei posta. Com efeito, o julgador, no ato decisório, tem o poder de sedimentação dos contornos do instituto em análise, seja no sentido de ampliar o espectro de sua aplicação, seja no sentido de reduzi-lo.

A partir da exposição realizada sobre o desenvolvimento do elemento sobre o qual incide o instituto em estudo e estudado seus contornos, torna-se possível defini-lo com mais precisão, bem como explicar sua significação dogmática.

6. SIGNIFICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: CONSIDERAÇÕES FINAIS

O reconhecimento do Princípio da Insignificância como legítimo instituto limita a aplicabilidade dos tipos abstratos.

O legislador faz análise abstrata. Limitado pelo princípio da lesividade, só pode criminalizar condutas que manifestem expressiva lesão ao bem jurídico objeto de tutela, realizando análise abstrata relativamente ao contexto social geral. Cria, a partir desta análise, tipos penais também abstratos.

O julgador, por sua vez, faz análise concreta. Verifica a subsunção da conduta concretamente praticada ao tipo penal abstrato criado pelo legislador. Deve, porém, a partir das imposições advindas do reconhecimento do Princípio da Insignificância como legítimo instituto, analisar se essa conduta “[é] capaz de configurar a afetação requerida pela tipicidade penal”, como ensinado por ZAFFARONI (2011, p. 488).

Assim, deve o aplicador da lei se atentar para o fato de que de cada tipo penal se extrai uma norma de caráter único, que protege o bem jurídico de forma própria. Com isso, tem-se que cada tipo penal tem um exclusivo grau de lesão caracterizador da antinormatividade.

Significa, portanto, o instituto Princípio da Insignificância, em outras palavras, a imposição de que o aplicador da lei penal se atente às peculiaridades do caso concreto, que não realize aplicação pronta e mecânica das normas, mas, principalmente, significa preocupação de aproximação do Direito com a realidade social sobre o qual opera.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal: parte geral**, 1. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOTTINI, P. C. et al. A confusa exegese do Princípio da Insignificância e sua aplicação pelo STF: análise estatística de julgados. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 98, p. 117-148, set-out 2012.

BRANDÃO, C. **Curso de direito penal: parte geral**. 2^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRANDÃO, C. **Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método etimológico**. 2^a. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

BRANDÃO, C. **Lições de história do direito canônico e história do direito em perspectiva**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

BRANDÃO, C. O bem jurídico e a norma penal: a função da antinormatividade na teoria do crime. **Delictae**, v. 3, p. 7-45, Jan-Jun 2018.

BRASIL. Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 15 abril 2018.

BRASIL. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. **Institui o Código de Trânsito Brasileiro**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9503Compilado.htm>. Acesso em: 15 abril 2018.

BRUNO, A. **Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1967.

CAPEZ, F. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral: (arts. 1º ao 120)**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARVALHO, S. D. Garantismo e teoria crítica dos direitos humanos: aportes iniciais. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: direitos humanos e democracia na era global**, Belo Horizonte, p. 127-148, 2009.

GRECO, R. **Curso de Direito Penal: parte geral**, volume I. 19^a. ed. Niterói: Impetus, 2017.

ROXIN, C. **Derecho Penal. Parte General, Tomo I: Fundamentos**. La estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzón Penã; Miguel Díaz y García Toledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, C. **Política criminal e sistema jurídico penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TJMG. APELAÇÃO Nº: 0333485-18.2014.8.13.0024. Relatora: Âmalin Aziz Santana. DJ: 24/09/2015. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em:

<<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/downloadArquivo.do?systemaOrigem=1&codigoArquivo=3830304&hashArquivo=c2fb76e0def54fee932d880b6d9c26af>>.

Acesso em: 17 abril 2018.

ZAFFARONI, E. R. **En torno de la cuestión penal**. Buenos Aires: B de F, 2005.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro: volume 1: parte geral**. 9^a. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

**ANÁLISE DOS EFEITOS DO PRINCÍPIO DA
PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE
NA APLICAÇÃO DAS PENAS NOS CASOS
DE HOMICÍDIO QUALIFICADO:
ESTUDO COMPARATIVO E EVOLUTIVO ENTRE OS
TRIBUNAIS DO SUL E DO NORTE DO BRASIL**

Isabela Dias Homssi²⁴

Natalia Ferreira Figueiredo²⁵

Simone Diogo de Souza²⁶

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo preocupado com a violência no Brasil, utilizará do método indutivo, através de análise, observação e registro que envolvam os fatos particulares alegados nos tribunais do país, a fim de se chegar a uma compreensão geral dos mecanismos e circunstâncias utilizadas pelos magistrados no Brasil, quando estão analisando casos de homicídio qualificado (ANDRADE, 2001).

No segundo momento observar-se-á por meio da aplicação do método comparativo, semelhanças e apontar divergências do parquet. (MEDEIROS, 2007).

No terceiro momento, será realizado uma análise documental de acórdãos e sentenças de regiões distintas do país, com o propósito de fazer um aprofundamento casuístico da fundamentação dos acórdãos ao aplicar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Ressalta, ainda, que os meios necessários para a efetiva proteção do bem jurídico tutelado neste estudo será o bem jurídico, vida. Os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade serão o recorte temático do estudo e serão

²⁴ Graduanda em Direito pela PUC-Minas; pesquisadora do NAP (Núcleo de Pesquisa Acadêmica), coordenadora e pesquisadora do IICCP (Instituto de Investigação Científica Constituição e Processo).

²⁵ Graduanda em Direito pela PUC-Minas; pesquisadora do NAP (Núcleo de Pesquisa Acadêmica).

²⁶ Graduanda em Direito pela PUC-Minas; pesquisadora do NAP (Núcleo de Pesquisa Acadêmica); pesquisadora PIBIC-CNPQ pela PUC-Minas.

fixados seguindo os critérios da intensidade da culpabilidade e da gravidade da ofensa. Deve-se lembrar também da polifuncionalidade da pena como caráter reeducativo ao aplicá-la no homicídio qualificado.

Sendo que para uma maior compreensão da crítica a ser feita, artigo será dividido em quatro grandes partes, iniciando com a explicação sobre a violência em geral e seu contexto histórico, posteriormente será feita uma apanhado sobre princípios, o porquê da utilização deles na fundamentação pelos órgãos julgadores e, principalmente diferenciando o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

Abordar-se-á lei de crimes hediondos no Brasil, bem como sobre as modificações dada e a importância do conteúdo normativo presente nesta lei. Além disso, neste mesmo capítulo será destrinchado o crime de homicídio, mais precisamente suas diversas qualificadoras.

Por conseguinte, será feito um estudo comparado entre os casos concretos das sentenças, ou seja, far-se-á análise sobre a fundamentação adotada entre um caso específico do Tribunal de Justiça do Acre – Região Norte e do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - Região Sul, a fim de fazer confronto entre o posicionamento adotado ao fixar a pena e, ao aplicar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, trazendo subsídio ao artigo.

2. ANÁLISE DA VIOLÊNCIA EM GERAL

Este trabalho iniciou seus estudos sobre a violência de modo amplo, observou-se os casos de homicídio qualificado na atualidade e os impactos na aplicação da pena. Na obra intitulada a Sociedade Excludente (YOUNG ,2002), traz uma análise da compreensão do desenvolvimento da criminologia, principalmente com o surgimento da democracia liberal, o contrato social centrado no individualismo e na meritocracia. Isto é, como pode permanecer coesa uma sociedade que se baseia na satisfação individual? Estes problemas de ordem social têm repercussões óbvias para a criminologia, o estudo da legalidade e da desordem. Young (2002), lista 5 fatores responsáveis pelo aumento da criminalidade:

- a. A revelação de vítimas até então invisíveis;
- b. A problematização da criminalidade;
- c. A consciência crescente da universalidade do crime e da seletividade da justiça;

- d. Problematização da punição;
- e. Culpabilidade.

Importante salientar que o termo “crime” é o conceito jurídico, uma violação da lei penal. No entanto, nem todo fenômeno socialmente percebido como violento é enquadrado como crime. O inverso é verdadeiro: há formas de violência que são codificadas como crime, mas não se enquadram na legislação penal. (ADORNO, 2002; PINO, 2007). Exemplos: várias violações aos direitos humanos muitas vezes são enquadradas como crime comum. FBI considera algumas ofensas como criminalidade violenta, ou seja, aqueles que atentam contra a vida humana ou integridade física e a liberdade sexual, ou quer implicam na subtração de bens por meio de violência. As ofensas são: homicídio, estupro, homicídio culposo não violento, roubo e assalto agravado. Todos os crimes violentos envolvem força ou ameaça de força. O crime, ou seja, seu conceito pode variar de uma sociedade para outra. A cada momento histórico e político. No Brasil atualmente discute-se a tentativa de estabelecer na legislação penal, como ato criminoso práticas homofóbicas. Se as leis mudam com o tempo o crime também é mutável.

No Brasil, por exemplo, há dramatização da violência pela mídia culpabilizando os pobres como único protagonista da violência e da criminalidade.

Tradicionalmente a criminologia vê a criminalidade como se estivesse concentrada na parte mais baixa da estrutura de classes e como se fosse maior entre adolescentes do sexo masculino. Não se deve generalizar e universalizar essas questões.

Na década de 70 foi apontado a natureza endêmica da criminalidade (universalidade) e enfatizou o viés de classe sistemática com enfoque no sistema de justiça criminal (seletividade). Se a universalidade tornou improváveis as noções positivistas convencionais de causalidade, a seletividade apontou problemas fundamentais nas ideias neoclássicas de igualdade perante a lei. Além disso a própria criminologia se tornou uma disciplina suspeita, pois como poderia um intelectual generalizar a partir de uma amostragem escolhida pelo sistema de justiça criminal (HULSMAN, 1986). Com efeito, a criminalidade definiu HULSMAN, parecia não ter “realidade ontológica”.

Neste sentido, o aumento no número de crimes resulta no crescimento do número de detenções, o que representa um aumento dramático do ingresso potencial no sistema de justiça criminal. A reação à isto, como em qualquer outra burocracia, é tentar pegar atalhos, como a polícia na Inglaterra e no País de Gales, onde o número

de crimes relatados pelo público por policial aumentou de 10 em 1960 para 40 em 1990. A tentação aqui, particularmente tendo em vista a pressão do governo para manter um serviço econômico e eficiente, é engajar-se o sistema legitimamente em transação penal ou, ilegítimamente, em corrupção – e.g. pela manipulação de práticas de arquivamento precoce que “levam em consideração que...”, pela preparação de suspeitos, ignorando o fosso existente entre culpa “teórica” e culpa “empírica”. (YOUNG, 1995)

Mas é talvez a seletividade ou “amostragem” aumentada em relação a clientes prospectivos que se torna mais interessante. No tocante à suspeita, a polícia deixou de suspeitar de indivíduos e passou a suspeitar de categorias sociais. Por exemplo, quanto a parar e visitar: é mais efetivo suspeitar das categorias consideradas mais propensas a cometer infrações (negros, irlandeses, homens jovens da classe operária) do que suspeitar de indivíduos. Joga-se o arrastão em águas de resultados mais prováveis e ricos, em vez de se tentar a sorte de achar “maça no cesto”, isto é, de efetuar prisões procedendo na base de indivíduo por indivíduo (YOUNG, 1995). A velha evocação “prenda os suspeitos de sempre” se transforma em “prenda os suspeitos de sempre”: suspeita individual passa a ser suspeita categórica.

O próprio sistema de justiça criminal da polícia ao judiciário, confrontado a infratores demais e insuficiência de vagas para colocá-los, tem que se engajar num processo de seletividade: distinguir os infratores perigosos, crônicos, reincidentes dos menos recalcitrantes.

O impacto deste processo de corrupção, transação penal e seletividade sobre o infrator é de problematizar a justiça. A justiça que ele recebe torna-se resultado, não de uma culpa individual e uma punição proporcional, mas de um processo negociado, resultante de pressões políticas ou burocráticas, e não de obediência a padrões absolutos. O caos das recompensas que encontramos no campo da justiça criminal. A punição pode divorciar-se do crime; com efeito, torna-se possível para os criminólogos discutir o nível e a noção de penalidade como consequência de várias influências na sociedade, sem o nível de criminalidade entrar na questão. O nível de encarceramento, assim como o medo do crime, passa a ser visto como um problema separado do problema do crime.

O aumento da criminalidade e do número de infratores teve um efeito profundo sobre os princípios operacionais do sistema de justiça criminal e sobre a teoria acadêmica no seio da criminologia. Isto envolve uma transição da criminologia

neoclássica à nova criminologia administrativa ou atuarial. A natureza disseminada da criminalidade, sua normalidade, torna a busca das causas menos atraentes. A nova criminologia administrativa critica abertamente as teorias “isolacionistas”, alternativamente, ela explica a criminalidade como o resultado inevitável de uma situação em que o estado universal de imperfeição humana é apresentado como oportunidade para condutas erradas. (YOUNG, 2002).

Tanto o discurso modernista do neoclassicismo quanto o positivismo são descartados. O foco está na preservação em vez de encarceramento ou na cura. Não é uma filosofia inclusionista que abrange os considerados culpados de uma infração e tenta reintegrá-los à sociedade. Trata-se de um discurso excludente que busca prever o problema, seja nos shoppings ou na prisão, e excluir e isolar o desviante. A criminologia administrativa (comportamentos anti-sociais, prováveis doenças mentais) se preocupa em gerir em vez de reformar, seu “realismo”, está em não pretender eliminar o crime (impossível), mas minimizar riscos. Ela abandonou os objetivos modernistas de mudança através de engenharia social e intervenção social, e busca apenas separar o criminoso do cidadão decente, o encenqueiro do comprador pacífico, e minimizar o dano que o viciado ou alcoólatra pode causar a si próprio, em vez propor alguma “cura” ou transformação.

O declínio do final do séc. XX teve várias naturezas: crescimento do desemprego, colapso da comunidade, desintegração da família nuclear tradicional, ausência de respeito, rebaixamento dos padrões, predomínio da desordem e, notadamente o aumento da criminalidade em si. Eric Hobsbawn percebeu que o capitalismo necessita de valores pré-capitalistas: confiança, honra, disciplina, compromisso com a comunidade e com a família. Para o historiador marxista, a causa do declínio é um déficit, e o fracasso triunfa dos valores do próprio mercado, solapando sua própria existência. Junto a esse diagnóstico segue a receita de nostalgia. Retornando ao passado os políticos reaquecem a memória da família, do trabalho e da comunidade. Grande parte desse equívoco da receita e do diagnóstico se dá pela errônea percepção do individualismo que mina as relações e os valores a uma ordem social estável.

As políticas neoliberais tentam não só diminuir o Estado mas redesenhar a sociedade civil. Põem o contrato social de novo na mesa e tentam excluir as demais ordens como saúde decente, educação, serviços de saúde e direitos legais acabam sendo negados aos pobres. A criminalidade é um problema da massa. O sistema capitalista

exige ordem política e estabilidade econômica, mas a criminalidade, para este sistema não representa ameaça, é apenas consequência inevitável de um sistema “bem sucedido” de mercado livre. Temos um paradoxo: uma demanda popular crescente de lei e ordem num tempo declinante.

2.1. VIOLÊNCIA, CRIMINALIDADE E RELAÇÕES DE DOMINAÇÃO – BRASIL

Um estudo muito relevante para este debate, retratam a violência estrutural e as relações de dominação como forma mais agressiva de violência presente no Brasil atualmente (CADEMARTORI; ROSO,2012). Esta violência provoca níveis elevados de desigualdade social.

De acordo com a ONU, o Brasil está na 73^a posição das 169 existentes no IDH ajustado à desigualdade, abaixo do Chile (45^a posição), Argentina (46^a posição) e Uruguai (52^a posição). A responsabilidade das ciências sociais e humanas é tentar compreender as mudanças em relação ao crescimento do narcotráfico e da violência e a partir desta compreensão criar mecanismos efetivos para solucionar esta problemática. Esta é a proposta de (MINAYO,2006) ao identificar os vários tipos de violência.

2.1.1. O CONTEXTO BRASILEIRO DA COLÔNIA À REPÚBLICA

O sistema colonial estava atrelado ao desenvolvimento do comércio europeu e da expansão marítima dos séculos XV e XVI (PRADO, 1984). O Brasil colonial estava fundado na grande propriedade rural, na monocultura e exportação de produtos primários, na exploração da força de trabalho escravo e sobretudo, na alta hierarquização do poder. O patrimonialismo fundou o poder político oligárquico com carências político partidárias e débil articulação e mobilização das classes subalternas, perpetuando o sistema por 6 décadas. Essa estrutura política lança sementes para produções humano sociais, tais como a violência e criminalidade.

A modernização e a industrialização da 1^a guerra mundial contribuíram para o fim da Monarquia pelo regime de governo de República Federativa (REPÚBLICA VELHA 1889-1930),“ [...] um simulacro de regimes liberais democráticos europeus classificados como uma República Oligárquica do que uma de democracia liberal. Os

resultados eleitorais eram manipulados pela oligarquia dominante [...]” (COELHO, 2009)

A questão econômica é fundamental para compreender a sociedade de classes com o amplo proletariado urbano, com a acumulação de riquezas nas mãos de poucos, agravando os conflitos no campo e nas cidades, aumentando a polarização social. Com o surgimento das greves nas indústrias e com a Constituição de 1891, perpetuou-se as relações de dominação, pois apesar dos direitos e deveres ampliados, os analfabetos, mulheres, religiosos e indigentes não podiam votar, e desde então nossa sociedade vem convivendo com a elevação das taxas de violência e diferentes formas de crime como: crime comum, hediondo, violação de D.H e conflitos nas relações interpessoais e intersubjetivas (ADORNO, 2002).

A justiça eleitoral criou seu código em 1932, da República Velha para o eleitorado novo, não chegava a 5% da população na Nova República.

Na Era Vargas (1930-1945) iniciou as políticas sociais, mas houve recuo das liberdades políticas. A delinquência passa a ser não só a violência em si, mas a manifestação desta. A violência é constitutiva das instituições de ordem, das relações entre as classes sociais e da atual democracia. A desigualdade social serve de pano de fundo à violência e a criminalidade cotidiana. O crime violento se distribui desigualmente e afeta principalmente os pobres.

3. A DIFERENCIAÇÃO ENTRE OS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE COMO POSTULADOS NORMATIVOS

Antes de se adentrar sobre a diferença entre o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade se faz necessário entender de primeiro plano, o que seria um princípio. Assim, a palavra princípio vem do latim, na qual possui diversos significados, dentre eles estão o de começo, início, origem. Diante disso, não se pode negar que etimologicamente a palavra princípio traz consigo a ideia de início de algo, contudo compreende-se dentro da espera do ordenamento jurídico a ideia de que o princípio é utilizado como um norte, um rumo no qual deve ser basear uma decisão do Juízo, por exemplo (BORGES, 2010).

Neste sentido, existe vários doutrinadores que tendem chegar numa definição do que seria um princípio, entre eles está a concepção de que os princípios seriam

normas que prescrevem um mandamento de otimização, podendo o preceito ser cumprido em diversos graus de intensidade, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes (ALEXY, 2008).

3.1. A INFLUÊNCIA DEFINITÓRIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE NOS JULGADOS

A pertinência do estudo centra-se no fato de que a Constituição Federal de 1988, traz em seu bojo diversos preceitos principiológicos dentre eles do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade. Partindo desses elementos e para alcançar os objetivos propostos, desenvolveu-se uma pesquisa bibliográfica, em doutrinas, legislação e jurisprudências (ÁVILA, 2012).

Adentrando nos princípios, o estudo revela que a razoabilidade tem como objetivo inibir a prática de atos fora da razão e distante do equilíbrio do “pensamento comum”. Por outro lado, o princípio da proporcionalidade atua em uma dimensão bem maior, servindo como um verdadeiro parâmetro para se aferir à adequação e a necessidade de um determinado comando normativo no Ordenamento Jurídico (ÁVILA, 2012).

A razoabilidade estrutura a aplicação de outras normas, princípios e regras direcionando a relação entre os casos concretos devido as suas especificidades. Esse princípio comporta em seu interior suporte empírico e adequado. Há uma presunção de normalidade do processo de modo que haja aceitabilidade dentro do devido processo legal. Além do mais, a razoabilidade como equivalência entre a justa medida e os critérios jurídicos são de extrema importância para julgar os casos de homicídios. Assim tem-se na razoabilidade o dever de vinculação, de equivalência semelhante a congruência que impõe igualdade entre o critério eleito e a medida da dimensão do caso concreto (ÁVILA, 2012).

A proporcionalidade como princípio tem sido muito utilizada como instrumento de controle dos atos do julgador nas diversas regiões do país, principalmente na região Norte e Sul. No direito processual usa-se a ideia de proporção entre o caso concreto e a finalidade daquele julgamento ao qual se destina o ato processual.

No direito constitucional esse princípio é utilizado de modo ambíguo para dar credibilidade aos atos jurídicos (ÁVILA, 2012), diferencia o princípio como postulado estruturador que depende do modo como se aplica os princípios, imbricando-os em

torno de uma causalidade de meio e fim. Sem um meio, o fim concreto não é alcançado. Faz-se necessário uma relação entre meio e fim para garantir a medida real destinada a uma finalidade. Nesse caso devem analisar as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade como um exame de adequação, de a medida ser a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aquelas que poderiam ter sido utilizadas para atingir a finalidade como exame de necessidade e de a finalidade pública ser valorosa (ÁVILA,2012). Sem uma relação de meio e fim não se pode realizar o exame da proporcionalidade, pela falta dos elementos que o estruturam.

Nesse sentido, importa investigar o significado de fim: fim consiste num almejado resultado concreto, extrajurídico. Ou seja, um resultado que possa ser concebido mesmo na ausência de normas jurídicas e de conceitos jurídicos, tal como obter, aumentar ou extinguir bens, alcançar determinados estados ou preencher determinadas condições, dar causa a ou impedir a realização de ações.

Assim um meio cujos efeitos são indefinidos e um fim cujos contornos são indeterminados, se não impedem a utilização da proporcionalidade, certamente enfraquecem seu poder de controle sobre os atos do julgador.

Fim significa um estado desejado de coisas. Os princípios estabelecem, justamente, o dever de promover fins. Para estruturar a aplicação do postulado da proporcionalidade é indispensável a determinação progressiva do fim.

Neste momento faz-se importante lembrar que na Constituição brasileira este princípio costuma ser deduzido do sistema de direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito, bem como da cláusula do devido processo legal substantivo.

O princípio da proporcionalidade, implícito na constituição de 1988, permite destacar qual é o interesse predominante ou o interesse que deve sobrepor quando se faz a interpretação de dispositivos que asseguram direitos fundamentais.

Mediante a relevância do princípio abordado, há também três características de identificação da razoabilidade. A primeira é usada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. A segunda acepção diz respeito ao emprego da razoabilidade como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela

pretende atingir. Terceira, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas (ÁVILA,2012).

Diante do exposto, a partir do novo texto normativo presente na lei de crimes hediondos, o juiz poderá aferir qual a medida de cautela mais será a mais adequada segundo os parâmetros traçados pelo artigo 282 do CPP, em sua nova redação, escolhendo dentre as medidas restritivas apresentadas pelo artigo 319 (incisos I até IX) do CPP, aquela ou aquelas que melhor atenderão às finalidades previstas pelo artigo 282 do CPP (BRASIL, Decreto-Lei nº 3.689, 1941).

Tais medidas de cautela foram graduadas pelo legislador segundo a sua gravidade e maior capacidade de interferir ou restringir a liberdade do acusado. O princípio da proporcionalidade será observado na medida em, verificada a necessidade de decretação de uma tutela cautelar, o juiz certifique-se de que, de fato, a restrição escolhida é idônea (adequada) para assegurar as exigências cautelares do processo e proporcionais à gravidade do crime e à pena que possivelmente poderá ser aplicada ao acusado ou réu (ALMEIDA, 2011).

3.2. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E SEUS ASPECTOS DISTINTOS DA PROPORCIONALIDADE

Não se pode negar que existe dentro do ordenamento jurídico brasileiro uma dificuldade para diferenciar o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade principalmente no momento de sua aplicação num caso concreto. Apesar desse embaraço encontrado no decorrer da pesquisa, é de suma importância tentar chegar numa “possível” definição do que seria o princípio da razoabilidade, diante disso “a doutrina mais moderna já define o princípio da razoabilidade como sendo um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para estimar se estes atos estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: “a justiça”. (PEIXOTO, 2004).

Diante disso, pode notar que a razoabilidade distingue da proporcionalidade na medida que aquela não necessita da relação de meio e fim, ou seja, neste caso é examinado a situação pessoal do agente, o critério e a medida, a fim de observar se aquela medida aplicada está em consonância com a situação daquele caso concreto. (SABINO, 2004).

4. LEI DE CRIMES HEDIONDOS

A legislação infraconstitucional criada para regulamentar sobre crime hediondos, tinha como principal objetivo especificar quais seriam os crimes considerados como hediondos, mas sem trazer qualquer modificação para estrutura do tipo penal, bem como tratou na época de sua entrada em vigor, de majorar o mínimo legal das penas cominadas a estes crimes e dando um tratamento punitivo mais gravoso. (MEDEIROS, 2004)

A Lei 8.072/1990 que trata de crimes hediondos ao longo de sua trajetória passou por algumas modificações, contudo tais mudanças não serão destrinchadas no presente trabalho visto que não é o foco primordial da presente pesquisa. (VAZ)

No texto original da lei acima citada não contemplava o tipo penal descrito no art. 121 Código Penal Brasileiro, que tratou crime de homicídio, como crime hediondo. Apenas, com feita em 06 de setembro de 1994 é que o crime de homicídio tanto na forma simples quanto qualificada foi incluído no rol de crimes hediondos. (VAZ)

4.1. CRIME DE HOMICÍDIO

O crime de homicídio está descrito no art. 121 do Código Penal Brasileiro, na qual refere-se a eliminação da vida de alguém levada a efeito por outrem (BITENCOURT, 2015). Assim, já podemos constatar que o bem jurídico tutelado neste tipo penal é a vida, sendo que este direito está presente no caput do art. 5º da Constituição de 1998:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 1988) (grifo nosso).

Neste sentido, pode-se constatar que toda pessoa tem direito a vida, sendo que tal direito não deve ser observado apenas nas relações perante ao Estado, mas principalmente entre as relações dos indivíduos entre si (BITENCOURT, 2015).

Sendo que o crime de homicídio basicamente é dividido em duas ramificações, o homicídio simples e qualificado, sendo que o estudo desse juntado com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade serão o foco da presente pesquisa.

É necessário compreendermos a diferença entre um e outro, na qual o Código Penal (Decreto-Lei 2.848/40) classifica como homicídio qualificado é aquele cometido em circunstâncias que tornam o crime mais gravoso, seja pelo meio utilizado ou seja pelos motivos que ocasionaram a prática do ato ilícito. (OLIVEIRA, 2010). “O homicídio simples, por mais que o adjetivo possa parecer impróprio, é o ato de matar uma pessoa em circunstâncias que não ampliem a magnitude desse ato extremo.” (OLIVEIRA, 2010).

4.1.1. HOMICÍDIO QUALIFICADO

Como já descrito anteriormente o homicídio qualificado é quando revela uma atitude ou meio especialmente censurável. Assim, o §2º do art. 121 do CPB trata sobre os tipos de qualificadoras:

§ 2º Se o homicídio é cometido:

I - mediante paga ou promessa de recompensa, ou por outro motivo torpe;

II - por motivo fútil;

III - com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

IV - à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

V - para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime:

Pena - reclusão, de doze a trinta anos.

É necessário o entendimento dessas qualificadoras, principalmente para a compreensão do caso concreto que será abordado no decorrer deste artigo.

O inciso I do artigo acima trata daquele tipo de homicídio que ocorre mediante paga ou promessa de recompensa, sendo que trata-se de uma modalidade criminosa na qual a pessoa que comete o crime recebe previamente uma recompensa pelo crime, não sendo necessário que está promessa seja paga em dinheiro, podendo está vantagem ser revertida em proveitos de natureza patrimonial. (BITENCOURT, 2015)

O inciso I trata também da homicídio ocorrer em decorrência de um motivo torpe, sendo que podemos considerar que: “(...) é o motivo que atinge mais profundamente o sentimento ético-social da coletividade, é o motivo repugnante, abjeto, vil, indigno, que repugna à consciência média.” (BITENCOURT, 2015)

No inciso II trata do homicídio pelo motivo fútil, sendo que “Fútil é o motivo sem importância, frívolo, leviano, a ninharia que leva o agente à prática desse grave

crime, na inteira desproporção entre o motivo e a extrema reação homicida.” (MIRABETE, 1992)

Neste sentido, podemos considerar como motivo fútil aquele ocorreu em razão de algo “insignificante”, sem importância.

Já o inciso III trata dos meios de execução do homicídio, por exemplo a utilização de veneno, neste caso o homicídio é praticado com emprego de veneno. “Veneno é toda substância, biológica ou química, que, introduzida no organismo, pode produzir lesões ou causar a morte.” (JESUS, 1999)”

O meio utiliza pode também ser o emprego fogo ou explosivo, sendo considerado como explosivo qualquer objeto ou artefato capaz de provocar explosão ou qualquer corpo capaz de se transformar rapidamente em explosão.

Em se tratando do emprego de asfixia: “(...) está é o impedimento da função respiratória, com a conseqüente falta de oxigênio no sangue do indivíduo.” (HUNGRIA Nelson, 1980)

O homicídio também pode ser qualificado por utilizar a tortura como meio de execução, sendo que está é o suplício, ou tormento, que faz a vítima sofrer desnecessariamente antes de morrer. (BITENCOURT, 2015)

O meio insidioso é quando utiliza-se de um recurso dissimulado, na qual é ocultado o verdadeiro propósito do agente a fim de surpreender a vítima, eu por sua vez tem sua defesa dificultada. (BITENCOURT, 2015)

O meio cruel ocorre quando autor do crime utiliza de um algum meio para causar um sofrimento desnecessário a vítima, ou seja, um meio bárbaro que revela a mais íntima ausência de piedade com a dignidade da pessoa. (BITENCOURT, 2015)

Versar também como meio de execução do crime de homicídio que é considerada uma qualificadora aquela que pode resultar em perigo comum, que consiste o perigo num número indefinido ou indeterminado de pessoas.

Já o inciso IV trata do modos de execução do crime de homicídio. Podendo ser um traição, que consiste: “(...) é o cometido mediante ataque súbito e sorrateiro, atingindo a vítima, descuidada ou confiante, antes de perceber o gesto criminoso” (HUNGRIA Nelson, 1980)

Como também por emboscada que é a tocaia, quando o agente se oculta de alguma forma para surpreender a vítima, a fim de deflagrar um ataque indefensável.

A dissimulação seria a “a ocultação da intenção hostil, do projeto criminoso, para surpreender a vítima.” (BITENCOURT, 2015)

A execução pode ocorrer utilizando-se da surpresa que é aquele ataque inesperado, na qual a vítima não tinha com prever a agressão ou suspeitar dela.

No inciso V trata das qualificadoras que elenca os fins para os quais foi cometido a prática delituosa. Sendo assim, nos casos previsto é necessário que a prática do ato ilícito decorra de interesse próprio ou de terceiros.

Importante salientar ainda que a Lei 13.104/2015 acoplou o Femicídio como outra qualificadora prevista no art. 121 do Código Penal. Consistindo no homicídio em razão da condição do sexo feminino (BRASIL, Lei 13.104/2015, 2015):

§ 2º Se o homicídio é cometido:

VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino:

§ 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

I - violência doméstica e familiar;

II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Por fim, a Lei 13.142/2015 incluiu o inciso VII no rol de qualificadoras do crime de homicídio.

“VII – contra autoridade ou agente descrito nos arts. 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição:

Importante ressaltar que:

“Homicídio é a eliminação da vida de alguém levada a efeito por outrem...a importância do bem vida, justifica a preocupação do legislador brasileiro, que não se limitou a protegê-la com a tipificação de homicídio, em graus diversos (simples, privilegiado, qualificado), mas lhe reservou outras figuras delituosas, como aborto, o suicídio e o infanticídio”. (BITENCOURT, 2010)

5. ANÁLISE DE CASO – TJAC X TJRS

Tem-se o posicionamento dogmático doutrinário que divide os crimes contra a vida em dois, sendo que alguns crimes seriam denominados de perigo enquanto outros seriam os crimes de dano. Estes últimos seriam os especificamente crimes contra a vida, como exemplo, incluem-se os crimes de homicídio, infanticídio e aborto, ou seja, os que estão presentes no Capítulo I do Título I da Parte Especial do Código Penal. Já os crimes de dano estão no Capítulo III do Título I da Parte Especial do mesmo código, são, por exemplo, o crime de contágio venéreo, perigo de contágio de moléstia grave, abandono de incapaz, entre outros.

O bem tutelado no crime de homicídio, como já dito, é a vida, e este bem jurídico trata-se de um direito indisponível, porque é um elemento necessário para os demais direitos e não se pode renunciar a vida. (BITENCOURT, 2010)

O homicídio qualificado não é uma ideia que se tem na prática de crime hediondo com uma aplicação literal da lei, mas devem-se atentar os aplicadores do direito para uma proporcionalidade, pois os crimes hediondos são também aqueles crimes repudiados pela sociedade. (NUCCI, 2014)

Pensando-se, não só no viés do crime e mais precisamente no crime de homicídio qualificado, existe o posicionamento que trata não do crime em si, mas do criminoso e do preconceito sofrido pelo mesmo:

A criminalidade não seria um dado ontológico preconstituído, mas realidade social construída pela justiça criminal através de definições e da reação social; o criminoso não seria um indivíduo ontologicamente diferente, mas um status social atribuído a certos sujeitos selecionados pelo sistema penal. (SANTOS apud BARATTA, 2016, pág.11)

O criminoso, portanto, possui esse status de criminoso, sendo rotulado como tal. Embora tenha realizado um comportamento delitivo, a sociedade o rotula como criminoso como se assim o fosse pra sempre. Não se acredita na possibilidade do agente de mudança, não se permite inclusive que esse sujeito tenha acesso a um emprego digno, pois sempre será visto com “olhos de desconfiança” como se a qualquer momento pudesse praticar novamente outro crime.

O preconceito por parte das pessoas é ainda maior quando o crime praticado por algum “criminoso” está rotulado como crimes hediondos ou equiparados a hediondos, pois esses crimes são ainda mais repudiados pela sociedade.

Quando o sujeito pratica um homicídio a sociedade tem principalmente em mente que aquele que praticou tal ato merece ter o mesmo fim que a “vítima” teve, ou seja, a morte e de preferência que seja uma morte a mais dolorosa possível como se punindo o criminoso pudesse trazer a vítima de volta ou como se matando aquele criminoso pudesse realmente reparar a dor que a família ou quem quer que seja tenha sofrido.

Os estudantes de Direito, no entanto, não podem cair sobre a ideia de vingança e tal punição. É de suma importância para um Estado Democrático de Direito que se respeite o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, que a pena não ultrapasse a pessoa do condenado e só serão admitidas penas privativas de liberdade ou restritivas de direito e com uma e somente uma exceção será admitida a pena de

morte que é no caso de guerra declara, não mais que isso, pois desrespeitando o direito dos presos de receberem penas previstas e assegurando-lhes todos os direitos previstos é que realmente poderemos avançar com a Democracia, assim o Decreto-Lei nº 3.914/41, Lei de Introdução ao Código Penal Brasileiro trata como crime:

Art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.

A violação a um direito, mesmo que seja um direito de classes minoritárias e marginalizadas dará margem para que outras violações a outros direitos aconteçam até o momento em que não se terá mais direito respeitado ou se quer existirá direitos somente existindo deveres. E a própria palavra dever não é agradável para a sociedade como um todo, pois dever compreende em obrigações e obrigações não é algo que se possa assimilar a um primeiro momento a ideia de prazer.

Nesta mesma linha de raciocínio:

Ademais o processo penal afasta da justiça a vítima, o ofensor e a comunidade afetadas pelo delito. O foco não está no dano causado à vítima ou na experiência desta e do ofensor no momento do delito, mas sim na estrita violação à lei, já que a vítima passa a ser o próprio Estado, tendo este o poder exclusivo de reagir. Dessa forma, ofensa e culpa são definidas em termos legais (violação de norma) enquanto questões éticas e sociais relacionadas ao evento são afastadas. A vítima real é negligenciada, suas necessidades não são atendidas, apesar dos esforços dos (poucos) programas de atenção às vítimas. (PALLAMOLLA, 2009)

Uma vez conceituado homicídio, explicado a divisão dos crimes contra vida, apresentado o bem tutelado no crime de homicídio e exposto que o homicídio qualificado que é um considerado um crime hediondo, bem como apresentada a ideia inicial sobre a seletividade do sistema carcerário brasileiro, veja-se, pois a decisão do tribunal quanto à matéria.

O caso objeto de estudo desse artigo é um caso em que foi interposto um recurso de apelação criminal apresentado pela defesa ao Tribunal do Rio Grande do Sul, uma vez que segundo a mesma alega não houve prática do crime de homicídio qualificado, mas sim legítima defesa. A legítima defesa não é considerada um crime, sendo uma causa excludente de ilicitude. O crime é caracterizado como fato típico, ilícito, e culpável. Deve-se ressaltar que para configurar em legítima defesa não pode haver excesso, com base no art. 25 do Código Penal (BRASIL, Decreto-Lei nº 2.848, 1940). Já o crime de homicídio qualificado está previsto no art.121 (BRASIL, Decreto-Lei

nº2.848, 1940), parágrafo terceiro e é um dos rol taxativos da lei de crimes hediondos, porém segundo decisão do acórdão, não devem prosperar os argumentos da defesa, pois o réu teria proferido disparos de arma de fogo em direção ao sujeito do qual não queria entregar o cachorro que era do réu. A condenação foi de 16 anos e 6 meses de reclusão, a ser cumprido em regime fechado.

Deve-se atentar para a inconstitucionalidade do emprego obrigatório do início do cumprimento da pena dos crimes hediondos em regime fechado, podendo ser facultado pelo juiz, mas não obrigatório. No entanto, em parte o douto magistrado dá razão à defesa.

Segundo o magistrado em sua decisão proferida:

Compulsando os autos, percebe-se que o magistrado singular, na fixação da pena base, considerou de forma negativa o vetor consequência do crime, por ter a vítima deixado um filho de tenra idade, além de uma enteada adolescente.

A acrescer, no ponto, que muito embora a morte da vítima configure consequência natural do delito de homicídio, a doutrina e a jurisprudência vêm admitindo que se valorem, para efeitos da aplicação da pena, os prejuízos advindos de sua ocorrência, entre os quais se deve considerar o fato de a vítima em idade produtiva, deixa filhos menores, na medida em que o desamparo dos descendentes, seja por uma ótica material, seja por uma ótica emocional. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Apelação Criminal 70043238724 (Nº CNJ: 0256666-47.2011.8.21.7000Relator:Dr. Sandro Luz Portal)

Ainda acrescenta a reforma na pena de 16 (dezesesseis) anos e 6 (seis) meses para 14 (quatorze) anos de reclusão devendo ser iniciado em regime fechado, pois com base nas ideias expostas pelo douto magistrado é possível a reforma da decisão desde que não seja para prejudicar o réu e “em relação ao quilate atribuído às circunstâncias judiciais, tenho que comporta redução o quantum fixado na origem, sendo suficiente para atender às particularidades do crime o distanciamento de 02 anos da pena mínima.”

Ressalta-se, portanto, a quesito meramente explicativo que a pena para o crime de homicídio qualificado é de doze a trinta anos, previsto no art. 121 parágrafo segundo do Código Penal (CP) (BRASIL, Decreto-Lei nº2.848, 1940).

Entende-se por fim que a decisão reformada pelo douto magistrado foi a mais acertada, uma vez que se leva em consideração as consequências do crime, como há de se espera, com base no art. 59 do CP , *in verbis*:

Art. 59. O juiz, atendendo a culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja

necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. (BRASIL, Decreto-Lei nº2.848, 1940).

No entanto, acredita-se que a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau não foi a mais correta, *data vênia*, uma vez que não foi uma decisão que parece-nos ter considerado um princípio caro para o direito, como é o princípio da proporcionalidade.

Embora o crime de homicídio qualificado relaciona-se com o princípio da proporcionalidade justamente pela repugnância do crime e, portanto, tem-se uma pena mais elevada, não merece lograr êxito a decisão proferida pelo magistrado.

Segundo o autor apresenta, CRUZ, 2007:

Logo, a descrição do fato procedida por um locutor (uma parte em sua petição inicial, por exemplo) estabelece um ponto de partida para a busca de solução adequada para o caso concreto. E essa interpretação completa só é alcançada por uma interpretação completa da situação que demanda a participação da parte contrária e toda a estrutura do judiciário. Claro, essa participação não é generosa, pois cada parte estará em juízo defendendo seus interesses, egoísticos ou não. Certo também que tal processo não é infinito, eis que o sistema de Direito impõe limites temporais (prazos) para o deslinde do feito. Daí a eterna percepção que a busca pela resposta correta que para na coisa julgada de cada feito, prossegue em um processo infinito de reconstrução do Direito.

Pode-se entender, portanto, que o autor da ação tem sua pretensão analisada por parte do Estado através da petição inicial de forma tal que deve ser permitida a ampla defesa e o contraditório no processo, surgindo assim uma lide, ou seja, um conflito, do qual o autor alega-se ter um direito e do qual o réu quer negar esse direito, podendo até mesmo apresentar um direito que o autor desconhecia que o réu tinha. No entanto, o processo tem um fim após o trânsito em julgado.

Conclui-se que:

Dessa feita, as metáforas do romance encadeado de Dworkin e do processo infinito de aprendizagem cognitiva de Habermas permitem a conclusão de que a “resposta correta” precisa ser reconstruída permanentemente. (CRUZ, 2007)

Pode-se assim concluir que o que denominamos de decisão mais acertada ou “resposta correta”, na verdade, é a adequação do que foi apresentado na petição inicial, permitindo que a parte apresente o contraditório e exerça a ampla defesa, com o intuito de convencer o juiz a uma decisão mais adequada ao caso concreto. Mas como se deve perceber essa decisão é reconstruída permanentemente, portanto, o que se deve propor é que os magistrados aprendam com os seus erros para que possam sempre buscar essa decisão mais adequada para o caso concreto.

Tratemos, pois de analisar, de fato, o princípio da proporcionalidade.

Segundo o autor ALEXY:

O fundamento do princípio da proporcionalidade é apreendido de forma diversa pela doutrina. Vozes eminentes sustentam que a base do princípio da proporcionalidade residiria nos direitos fundamentais. Outros afirmam que tal postulado configuraria expressão do Estado de Direito, tendo em vista também o seu desenvolvimento histórico a partir do Poder de Polícia do Estado. Ou, ainda, sustentam outros, cuidar-se-ia de um postulado jurídico com raiz no direito suprapositivo. (ALEXY apud Mendes, 2015, pág,211)

E acrescenta, pág. 219:

É interessante notar que a primeira referência de algum significado ao princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – tanto quanto é possível identificar- está intimamente relacionada com a proteção ao direito de propriedade/No recurso extraordinário n.18.331, da relatoria do Ministro Orozimbo Nonato.

Para FERRAJOLI, 2001, pág. 320:

O princípio da proporcionalidade, - *poena debet commensurari delicto*, emana dos princípios da legalidade e de retributividade. Segundo Ferrajoli a exigência de que a pena seja proporcional à gravidade do delito já tinha sido expressada por Platão para quem: “não temos que distinguir entre o ladrão que rouba muito ou pouco, ou que rouba de lugares sagrados ou profanos, nem atendermos a tantas outras circunstâncias inteiramente dessemelhantes entre si, como se dão nos roubos que, sendo vários, exigem que o legislador se atenha a elas impondo castigos totalmente diferentes?”

Na clássica obra de Cesare Beccaria (2014, pág. 45): “Entre as penalidades e no modo de aplicá-las proporcionalmente aos delitos, é necessário, portanto, escolher os meios que devem provocar no espírito público a impressão mais eficaz e mais durável e, igualmente, menos cruel no corpo do culpado.”

E acrescenta o referido autor sobre a proporção entre os delitos e as penas:

Suponde duas nações entre aquelas onde as penalidades estão em proporção aos delitos. Sendo a escravidão perpétua o castigo maior em uma das nações, e a tortura o maior na outra, é em cada certo que essas duas penas inspirarão em cada um igual terror.

E se existisse um motivo para transportar para o primeiro povo os castigos mais severos fixados para o segundo, o mesmo motivo levaria a aumentar para este a crueldade dos tormentos, passando insensivelmente do uso da roda para suplícios mais lentos e mais requintados, em suma, para o derradeiro refinamento da ciência dos tiranos.

A crueldade das penalidades provoca ainda dois resultados funestos, contrários à finalidade do seu estabelecimento, que é prevenir o delito.

Em primeiro lugar, é muito difícil estabelecer uma proporção entre os delitos e das penas; porque, ainda que uma crueldade industriosa tenha aumentado as espécies de tormentos, nenhum tormento pode ir além do último grau da força humana, limitada pela sensibilidade e pela organização do corpo do homem.

Tem-se, portanto, a ideia de que a pena não pode ultrapassar a pessoa do condenado, no entanto, esta pena não deve ser cruel a ponto de impedir que o direito a vida que o condenado possui ainda que o mesmo cometa um crime doloso contra a vida.

Ainda que o indiciado por um crime seja condenado pelo crime que cometeu e que busque reparação pelo crime causado, a vítima nunca se sentirá satisfeita pela reparação dos danos causados, pois a pena tem como base a violação de uma lei e a pena deve ser aplicada segundo a lei e não segundo a vontade da vítima.

Trata do princípio da proporcionalidade, qual seja:

A proporcionalidade da pena é uma exigência de dupla face. De um lado deve traduzir o interesse da sociedade em impor uma medida penal “necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (CP, art. 59); de outro deve garantir ao condenado o direito em não sofrer uma punição que exceda o limite do mal causado pelo ilícito. (DOTTI, 2010, pág.137).

O outro caso em questão é de uma decisão proferida no estado do Acre também sobre homicídio qualificado veja-se que o desembargador manteve a decisão em primeira instância, cuja pena é de 16 (dezesseis) anos em caso semelhante ao anterior, in verbis:

O grau de culpabilidade da ré em relação ao homicídio consumado, foi comum à espécie de delitos consumados, é pessoa capaz de pautar-se pelo certo e ainda assim optou pelo caminho inverso. A acusada não registra antecedentes criminais, consoante se verifica da certidão juntada aos autos às fl. 314, sendo à época dos fatos primária. Não há elementos para se avaliar a personalidade e a conduta social. O motivo do crime já é a qualificadora do delito, razão pela qual não pode ser valorado negativamente. Quanto às circunstâncias, da mesma forma refletem nas qualificadoras, entretanto há que ser analisadas a existência de três qualificadoras. As consequências do delito são comuns a espécie de delitos consumados. O comportamento da vítima não contribuiu para o resultado. O artigo 121, § 2º, do Código Penal prevê pena de reclusão de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO ACRE Câmara Criminal 11 Considerando as circunstâncias do artigo 59, individualmente consideradas, fixo a pena base em 16 (dezesseis) anos de reclusão. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Acre, Apelação Criminal 24.459 (0002578-84.2009.8.01.0011), Relator: Des. Samoel Evangelista)

Acrescenta o magistrado:

Como se vê, a lei não diz quanto o Juiz deve aumentar ou diminuir em cada circunstância, sendo essa quantidade de sua livre apreciação. Portanto, a fixação da pena base está devidamente fundamentada, sendo possível perceber que não houve nenhum exagero por parte da Juíza singular, já que foi aplicada dentro dos limites estabelecidos no tipo penal imputado à apelante.

Percebe-se que em um caso semelhante no sul e no norte são julgados diferentes, há uma diferença de 2 (dois) anos de reclusão para os julgamentos em questão.

Devemos também nos atentar também para o princípio da razoabilidade que embora seja muito confundido com o princípio da proporcionalidade, não se configuram em um mesmo princípio. Ambos, não devem primeiramente ser considerados como subprincípios do devido processo legal, no entanto lhes são úteis ao devido processo legal. Os atos administrativos e legislativos devem guardar esses dois princípios.

Geralmente os defensores do princípio da proporcionalidade são influenciados por teorias jurídicas alemãs enquanto os que defendem a terminologia razoabilidade estão mais próximos das teorias jurídicas norte-americanas, no entanto, esta não é a principal diferenciação dos referidos princípios. (COSTA,1999)

Para a jurisprudência alemã existe uma ordem pela qual há uma ponderação de valores implícitos na Constituição. Já os norte-americanos construíram a ideia de razoabilidade a partir de atos estatais.

Vale a pena frisar que para a doutrina alemã o princípio da proporcionalidade possui três elementos, quais sejam: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. (COSTA, 1999)

Ressalta-se que o princípio da razoabilidade não se encontra expresso na Constituição brasileira de 1988. No entanto, como já exposto, não se pode afastar esse princípio do ordenamento jurídico pátrio, ainda que se pense neste princípio como um subprincípio do devido processo legal, o que se acredita que essa posição já foi superada visto que o ordenamento jurídico norte-americano, por exemplo, faz essa separação através de seus entendimentos jurisprudenciais e que por analogia deve-se aplicar no Brasil e principalmente devem aplicar essa separação aqueles que entendem e sofrem a influência do ordenamento jurídico norte-americano. (COSTA,1999)

Outra forma de comprovar a separação do princípio da razoabilidade com o devido processo legal é o que se entende por ato administrativo. O ato administrativo além de respeitar os princípios da legalidade, imparcialidade, moralidade, publicidade e eficiência, também deve ser razoável e proporcional para que não se configure, por exemplo, em um abuso de poder.

Inclusive, o princípio da razoabilidade já foi citado pelo Ministro Sepúlveda Pertence em seu voto na ADIn (Ação Direta de Inconstitucionalidade) de nº 489-

1/600-DF. DJU, 22.11.91: “ (...) relevância da questão, embora complexa e delicada como sói, quando se cuida de verificar a razoabilidade ou não da distinção legal das situações de fato”.

E por fim, visa-se salientar que o referido princípio também foi utilizado no Mandado de Injunção no. 361-1-RJ, cujo o relator é o Ministro Néri da Silveira: “(...)II. Mora legislativa: exigência e caracterização: critério de razoabilidade.

Portanto, pode-se concluir que ainda que o princípio da razoabilidade não esteja amparado na Constituição Republicana, é um princípio caro ao Direito, seja esse Direito nacional ou internacional. No entanto, ainda não há uma corrente majoritária para que esse princípio seja aplicado nas sentenças e acórdãos brasileiros. O próprio STF ora utiliza-se do princípio da razoabilidade ora faz uso do princípio da proporcionalidade em suas decisões. Devendo a cada operador do Direito seguir portanto a corrente que lhe acredita ser a mais pertinente, seja baseando-se na jurisprudência alemã ou seja o entendimento mais voltado para a corrente norte-americana.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade é de fundamental importância para o ordenamento jurídico brasileiro, no entanto verifica-se uma aplicação de tais princípios de maneira infundada pelos tribunais de diferentes regiões gerando insegurança jurídica, pois ora o tribunal de um determinado Estado aplica para diminuição da pena podendo ou não reformar a decisão anterior, ora aplica para confirmar a pena já aplicada²⁷.

Deve-se considerar que o Direito Penal é a *ultima ratio* podendo ou não interferir na liberdade individual do cidadão, logo, é ainda mais importante e necessária à fundamentação para a aplicação desses princípios no caso concreto em questão, devendo no entanto haver ponderação para a aplicação de tais princípios, pois podem ser fundamentos e aplicados em momentos equivocados, uma vez que a aplicação de um princípio em regra amplia uma interpretação que poderia ser mais estrita caso se aplicasse somente a lei. No entanto, é inegável a importância da

²⁷ Tal análise se baseia entre os dois acórdãos dos tribunais do Rio Grande do Sul e do Acre.

aplicação dos princípios para o ordenamento jurídico brasileiro como forma de resguardar garantias e direitos fundamentais.

Percebe-se após de uma análise jurisprudencial uma latente diferença entre as regiões brasileiras estudadas no presente artigo, para aplicação de pena de reclusão no crime de homicídio qualificado. O primeiro tribunal apresentado é do Rio Grande do Sul que mudou a decisão em segunda instância para uma pena de 14 (catorze) anos, já o tribunal do Acre confirmou a sentença de primeiro grau com uma pena de 16 (dezesesseis) anos.

Embora o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade não seja um só princípio, ambos têm como finalidade a ponderação da aplicação da Lei no caso concreto. Existe uma dificuldade na aplicação do princípio da razoabilidade do Direito brasileiro, uma vez que se percebe uma menor aplicação do mesmo ao caso concreto, devido a menor influência do direito norte-americano em território brasileiro.

A razoabilidade vai além dos meros requisitos formais, sendo justificada sua aplicação sempre que os requisitos jurídicos forem insuficientes, sendo que este princípio busca o máximo de bom senso nas decisões, através de uma reflexão baseada neste princípio que deve ajustar a norma a cada caso concreto mediante interlocuções normativas eficazes e válidas simultaneamente.

Por fim, mostra-se uma falta de uniformidade no Direito brasileiro para aplicação de tais princípios que gera uma insegurança jurídica, uma vez que nos casos em questão há até uma fundamentação para essa aplicação, mas que foi erroneamente aplicada, o que gera uma confusão conceitual no momento da aplicação dos princípios.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros. 2008, p. 92.

ALMEIDA, Arnaldo Quirino de. A Lei nº 12.403/2011 e os princípios informadores das medidas de cautela no Código de Processo Penal. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 92, set 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10196>. Acesso em fev 2018.

ANDRADE, Maria Margarida de. **Introdução à metodologia do trabalho científico**. 2 ed. São Paulo: Athas.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6. ed.. São Paulo: Malheiros, 2006, p.138.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito processual penal. **Série Universitária**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo** v. 103 p. 381 - 408 jan./dez. 2008.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2011, p.11.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**: São Paulo: Martin Claret, 2014.

BITTENCORT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, 2: parte especial: dos crimes contra pessoa. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITTENCORT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, 2: parte especial: dos crimes contra pessoa. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168 p. (Série Legislação Brasileira).

CADEMARTORI, A.C. ROSO, Adriane. **Violência, criminalidade e relações de dominação: do Brasil colônia ao Brasil contemporâneo**. Revista SER Social, Brasília, v. 14, n. 31, p. 397-418, jul./dez. 2012

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Hermenêutica jurídica e(m) debate: o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 357/358.

COSTA, Alexandre Araújo. **O Princípio da razoabilidade na jurisprudência do STF: o século XX**. Brasília- DF, 1999. Disponível em: < <http://goo.gl/5w8j9K>>. Acesso em 10 out 2017.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento**. 7ª Edição. Salvador: Editora JUSPODIVM, 2007.

DOTTI, René Ariel, Curso de Direito Penal Parte Geral, 3ª ed. rev. atual. e ampl. Com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari, São Paulo, Ed. **Revista dos Tribunais**, 2010, p.137.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução Ana Paula Zomer, Frauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal** 5.ed. Rio de Janeiro. Forense, 1980 v.6

HULSMAN, Louk. Critical Criminology and the Concept of Crime. In: Contemporary Crisis, Volume 10, Issue 1, 1986. Disponível em: <<http://www.loukhulsman.org/Publication/>>. Acesso em: 02/02/2018.

JESUS, Damásio E. de **Direito Penal; Parte Especial**. 22. ed. São Paulo, Saraiva, 1999. v.2

MEDEIROS, João Bosco. **Redação Científica: a prática de fichamentos, resumos, resenhas**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MENDES, GILMAR FERREIRA. **Curso de Direito Constitucional**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MIRABETE, Julio **Fabbrini. Manual de Direito Penal**. São Paulo, Athas, 1995. v.2.

NASCIMENTO, Marina Georgia de Oliveira e. **O Princípio Constitucional da Proporcionalidade**. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 14 jun. 2014. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.48589&seo=1>>. Acesso em: 23 fev. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. São Paulo: Grupo editorial nacional, 2014.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. 1ª ed., São Paulo: IBCCRIM, 2009. p.70/71.

PEIXOTO, Alexandre Sivolella; Taísa Queiroz e Fábio Carvalho Mendes. **O Princípio da Razoabilidade**. Revista Jurídica UNIGRAN. Dourados, MS | v. 6 | n. 11 | Jan./Jul. 2004. Disponível em: <http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/11/artigos/06.pdf> Acesso em: 12 dez. 2017.

OLIVEIRA, Nelson. **Homicídio qualificado é um crime hediondo**. Agência Senado. 16 jul. 2010. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2010/07/16/homicidio-qualificado-e-crime-hediondo>> Acesso em: 12 dez. 2017.

SABINO, Pedro Augusto Lopes. **Proporcionalidade, razoabilidade e Direito Penal**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9,n. 340, 12 jun. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5328>>. Acesso em: 3 mar. 2018.

TJAC. APELAÇÃO CÍVEL nº 0002578-84.2009.8.01.0011. Relator: Des. Samoel Evangelista. DJ:20/07/2017. Disponível em: <<https://esaj.tjac.jus.br/>> Acesso em: 28 nov. 2017.

TJRS. APELAÇÃO CÍVEL nº 0256666-47.2011.8.21.7000. Relator: Des. Sandro Luz Portal. DJ: 25/02/2016. Disponível em: < <http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc/>>
Acesso em: 28 nov. 2017.

VAZ, Paulo Junio Pereira. **Lei de crimes de hediondos e suas alterações – Aspectos polêmicos.** <Disponível em:
<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32736-40352-1-PB.pdf>>
Acesso em: 28 fev. 2018.

YAROCHEWSHY, Leonardo Isaac. **Por uma perspectiva garantista dos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena.**

YOUNG, Jock. **A Sociedade excludente:** exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

A CORRUPÇÃO COMO FATOR DE FAVORECIMENTO À ATUAÇÃO DAS FACÇÕES ENQUANTO ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NO BRASIL²⁸

Lorena Carmo Sepúlveda²⁹

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo procura analisar o papel da corrupção na atuação das organizações criminosas no Brasil, partindo do pressuposto de que aquela atua como um fator de favorecimento à atuação do crime organizado, que se vale do amparo de pessoas que deveriam trabalhar de maneira lícita em prol do Estado e da sociedade, mas acabam por sustentar a prática de crimes cometidos por facções³⁰ e organizações criminosas no geral.

Com o advento da Lei nº 12.850, de 2 de Agosto de 2013, foi possível a obtenção de uma definição para o que vem a ser uma organização criminosa, cujo significado está expresso em seu artigo 1º, parágrafo 1º, trazendo como pressuposto de existência a associação de quatro ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos, ou que sejam de caráter transnacional.

²⁸ Este artigo foi desenvolvido a partir de indagações e reflexões realizadas nas reuniões do Núcleo Acadêmico de Pesquisa, da Faculdade Mineira de Direito, com o tema geral: Aspectos da Criminalidade na Sociedade Brasileira, orientado e supervisionado pelo professor Doutor Álisson da Silva Costa.

²⁹ Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, em que foi Monitora das disciplinas de Direito Penal I e II e atual Pesquisadora do Núcleo Acadêmico de Pesquisa da Faculdade Mineira de Direito (PUC Minas).

³⁰ Optou-se na presente pesquisa, por utilizar o seguinte conceito de facção: “Facções criminosas” são redes de grupos criminosos que se articulam e colaboram a partir de uma identidade comum (por exemplo, Comando Vermelho, Terceiro Comando, Amigo dos Amigos) que envolve pessoas, recursos materiais lícitos e ilícitos e adversários identificados (como outra facção criminosa). (CALDEIRA, 2006, p.5)

Deste modo, neste artigo, optou-se por superar a parte histórica que engloba o surgimento das organizações criminosas no Brasil, atribuindo maior relevância ao contexto compreendido a partir da lei supracitada e constituindo o marco teórico da pesquisa.

A partir desta definição, apresenta-se a perspectiva da organização criminosa atuante principalmente nas periferias e, em que pese a existência das referidas organizações para a prática de crimes denominados como de “colarinho branco”³¹, a presente pesquisa visa o enfoque ao crime organizado ligado às facções; à prática de crimes correlacionada com a estrutura e o comando de organizações criminosas que tem por semelhança sua origem e formação em presídios e que praticam diversos crimes, contando com hierarquia³² entre seus membros e toda uma infraestrutura planejada para facilitar o seu desempenho.

Com isso, serão abordadas as organizações criminosas enquanto uma espécie de poder paralelo ao exercido pelo Estado. Por serem compostas por diversos segmentos e ramificações de diversas funções, as facções/organizações criminosas usufruem principalmente da corrupção que atua como impulsionadora e precursora da atividade do crime organizado, de modo que aqueles que deveriam contribuir para o correto funcionamento da vida em sociedade organizada e gerida pelo Estado em seus ramos de atuação de maneira lícita, acabam por proporcionar o desenvolvimento das práticas criminosas de forma ordenada, correspondendo a um poder paralelo ao estatal.

A presente pesquisa foi desenvolvida por meio do método dedutivo, contando com alguns aportes ao método indutivo, dispondo de ilustrações de decisões jurídicas, bem como dados oficiais de relatório governamental.

A propósito, ressalta-se que este é um estudo inicial, que conta com fontes variadas em razão da complexidade de identificação das situações envolvidas pelo dinamismo das organizações criminosas, e que procura estabelecer parâmetros para uma investigação gradativa a respeito desta tensão entre as facções e o Estado, levando em consideração o poder exercido por ambos, guardadas as devidas proporções.

³¹ A expressão White collar crimes (crimes de colarinho branco) foi difundida por Edwin Hardin Sutherland e possui tradução para vários idiomas, sendo amplamente utilizada e demonstra o cometimento de crimes por pessoas pertencentes ao alto nível social. (BRÜGGEMANN, 2013, p.44)

³² Camila Caldeira Nunes Dias retrata de maneira clara o funcionamento de uma das facções mais conhecidas no Brasil, qual seja, o PCC e aborda a descrição da estrutura e da dinâmica desta organização criminosa. (DIAS, 2011)

2. AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS NA REALIDADE BRASILEIRA E SEU PAPEL ENQUANTO PODER PARALELO AO EXERCIDO PELO ESTADO

Partindo da perspectiva de que as organizações criminosas no Brasil são atuantes de modo a contarem com normas próprias, divisão de trabalho, planejamento de lucro, hierarquia e autonomia na repartição de tarefas (MINGARDI, 1998), verifica-se que estas figuram como uma espécie de rede, que cumprem com seus objetivos contando com uma estrutura sólida que proporciona eficiência à prática de crimes.

Deste modo, pode-se considerar o Estado como rival direto das organizações criminosas, na mesma medida em que existe uma moderada equivalência de controle e influência entre estas duas figuras perante diferentes grupos sociais.

Não se pode olvidar, portanto, que o embate entre Estado e facções acarreta em divergência de interesses que desencadeia consequências preocupantes para a sociedade como um todo, principalmente no que tange a segurança pública (CALDEIRA, 2006).

De um lado há o interesse e dever estatal de nos proteger, uma vez que um dos seus papéis é nos fornecer a segurança por meio dos subsídios por ele administrados e aplicados. Do outro, existem as organizações criminosas, contando com uma estrutura organizada e hierarquizada, que se valem das lacunas do Estado em relação ao seu papel de nos salvaguardar, e que vem crescendo cada vez mais, realizando o seu modo de “justiça” e partindo de uma legalidade própria que acarreta no crescimento dos índices de criminalidade. (CALDEIRA, 2006)

Existe, além disso, uma ferramenta que para os pertencentes à facção é de extrema importância: a corrupção³³. Em maior ou menor grau, há a dependência de algum tipo de infiltração no aparelho do Estado para o prosseguimento de suas atividades, sendo este elemento fundamental para a efetiva atividade das Facções Criminosas. (CARNEIRO; GOMES, 2006)

As organizações criminosas e facções oferecem benefícios aos seus integrantes, bem como a proteção que o Estado, na visão de seus membros, não oferece. (MINGARDI, 1998)

³³ Mais informações acerca da influência da corrupção na atividade das organizações criminosas serão desdobradas no capítulo 4.

Com a colaboração de todos e o tratamento como uma espécie de pacto de fidelidade, suas regras são seguidas e a desobediência pode levar a um julgamento pelo “tribunal do crime”, em que os próprios integrantes da facção julgam³⁴ e executam seguindo as diretrizes de seu próprio estatuto³⁵.

A título de exemplo, o Estatuto do PCC, em sua Cláusula Sete, dispõe sobre a medida que poderá ser tomada se algum dos integrantes desta Facção não auxiliar os membros que se encontrarem presos: “7. Aquele que estiver em Liberdade "bem estruturado" mas esquecer de contribuir com os irmãos que estão na cadeia, serão condenados à morte sem perdão.” (ESTATUTO..., 2001)

A propósito, sobre o fato de as organizações criminosas contarem com códigos de conduta e de honra, com normas próprias e apartadas das estatais, pode-se considerar a questão do pluralismo jurídico, nomeado por Boaventura de Sousa Santos³⁶ (2018).

Segundo o autor supramencionado:

Existe uma situação de pluralismo jurídico sempre que no mesmo espaço geopolítico vigoram (oficialmente ou não) mais de uma ordem jurídica. Esta pluralidade normativa pode ter uma fundamentação econômica, rática, profissional ou outra; pode corresponder a um período de ruptura social como, por exemplo, um período de transformação revolucionária; ou pode ainda resultar, como no caso de Pasárgada, da conformação específica do conflito de classes numa área determinada da reprodução social - neste caso, a habitação (SOUSA, 2018, p. 1).

Neste sentido, analisando a pluralidade normativa da perspectiva do controle das facções, é possível conceber seus respectivos códigos de conduta de um prisma jurídico antijurídico, na medida em que a pluralidade é observada não somente no sentido lícito, mas, sobretudo, de modo ilícito, uma vez que se trata de normas em desfavor do Direito, mas que tem uma efetiva aceitação e funcionamento para seus adeptos.

³⁴ A título de exemplo, Camila Dias Nunes Dias trata da esfera política do PCC e da observância por seus membros do código normativo desta facção, de modo que os transgressores do Estatuto são seguidos, julgados e punidos (DIAS, 2011)

³⁵ O estatuto do PCC já foi publicado em diversos meios de comunicação e se encontra disponível também em Jozino (2005) e Souza (2007). Ele foi escrito por um dos fundadores do PCC, Mizael Aparecido da Silva, assassinado a mando do PCC em 19 de fevereiro de 2002, na Penitenciária de Presidente Venceslau (DIAS, p.205, 2011)

³⁶ Em sua obra Notas Sobre a História Jurídico Social de Passárgada, Boaventura de Sousa Santos retrata a adesão das pessoas a uma espécie de direito adequado às suas necessidades e que decorre de uma falta de resposta governamental aos seus interesses.

Deste modo, partindo do entendimento de que as organizações criminosas contam com um sistema elaborado e organizado, sendo inclusive detentoras de poder e autonomia para “governarem” aqueles que acatam seus códigos de conduta e suas regras explícitas, podemos pensar na figura de um poder paralelo àquele exercido pelo Estado.

A ideia do poder paralelo exercido pelas facções pode claramente ser relacionada com o poder tratado por Foucault [1976]/(2008), em que o autor tenta desvincular a imagem do poder atribuído a um só ente, a um “rei” e considera as diversas formas de revelação do poder.

Nesta lógica, existem diversas formas de dominação existentes na sociedade e não necessariamente a dominação de um rei em sua posição central, mas das várias relações recíprocas que funcionam no interior do corpo social, de modo que o poder é algo que circula e que funciona em cadeia (FOUCAULT, 2008)

O que se percebe na relação das facções com o Estado é que estas detém uma espécie distinta de poder em relação ao exercido pelos entes estatais, mas que não deixa de figurar como poder. E, em que pese o Estado ser detentor de um poder legítimo confiado a ele para exercer suas funções por meio de seus entes, as Facções também contam com o seu poder específico e que, inclusive, pode ser exprimido por meio de sua estrutura organizacional e hierárquica.

É neste enfoque que se entende o poder paralelo exercido pelas facções criminosas, pois, uma vez admitido que o poder não constitui algo estático que é exercido por uma só figura central, reconhece-se que existem diversos tipos de manifestação de poder em uma sociedade e uma delas é exercida pelas organizações criminosas, de forma, segundo Foucault (2008), a captar o poder na extremidade cada vez menos jurídica do seu exercício.

Evidentemente, não é porque as facções enquanto organizações criminosas são detentoras de poder que há legitimidade e licitude em sua atuação. O que se está constatando é que o poder do Estado não é exclusivo e, posto que as facções contam com estrutura funcional, hierarquia entre seus membros e organização operacional, estas acabam por exercer um poder proporcionalmente equiparado com aquele exercido pelo governo, representando influência onde o Estado muitas vezes não consegue alcançar.

Não se trata de analisar as formas regulamentares e legítimas do poder em seu centro, no que possam ser seus mecanismos gerais e seus efeitos constantes. Trata-se, ao contrário, de captar o poder em suas extremidades, em suas

últimas ramificações, lá onde ele se torna capilar; captar o poder nas suas formas e instituições mais regionais e locais, principalmente no ponto em que, ultrapassando as regras de direito que o organizam e delimitam, ele se prolonga, penetra em instituições, corporifica-se em técnicas e se mune de instrumentos de intervenção material, eventualmente violento. (FOUCAULT, 1976, p. 182).

Portanto, o poder não necessariamente precisa ser visto como algo inerte, simétrico e detido pela figura de um rei, ou, no caso do presente artigo, pelo Estado. É certo que o Estado é detentor de poder, mas ele pode ser considerado apenas como uma das ramificações detentoras do poder, até porque, em concordância com a visão de Foucault, o poder pode ser considerado assimétrico e perpassa pelos indivíduos, assumindo uma posição de efeito e não de inércia. (FOUCAULT, 2008)

Neste sentido, assim como o Estado representa um poder legítimo atuante na sociedade, as facções, em contrapartida, desempenham o papel de poder paralelo a este poder legítimo e encontram adeptos, tomando dimensões acentuadas em razão de sua capacidade de atuação não só com o intuito de cometer crimes, mas de suprir algumas lacunas³⁷ deixadas pelo Estado àqueles que se encontram marginalizados e que obtêm atendimento para suas demandas por meio de outra espécie de poder.

Ocorre que, ao observar as organizações criminosas como um poder paralelo ao estatal, entra-se em uma espécie de paradoxo, pois, a despeito destas se valerem de todo um arcabouço autônomo para funcionarem, elas recorrem a agentes do próprio estado para que atuem. A corrupção, nesta perspectiva, pode ser considerada como o ponto de interseção entre os poderes aqui tratados.

³⁷ Santos (idem, pp. 93-94) sustenta que os moradores da favela eram submetidos a um “estatuto de ilegalidade” uma vez que a habitação – assim como o acesso a serviços públicos básicos, como água e luz – dava-se de maneira clandestina, restando afastada, portanto, sua tutela pela via do direito estampado nos códigos. A essa comunidade, aliás, o Estado voltava apenas sua face repressiva por meio de ações policiais violentas, em relação às quais pouco ou nada podiam fazer os moradores, desassistidos de qualquer forma de proteção a direitos humanos. A adesão a regras informais, portanto, consistiu em uma solução encontrada pela comunidade local a fim de colocar um termo à violência gerada pela autotutela dos interesses. Visto que os interesses dos moradores de Passárgada não eram acolhidos pelo direito estatal, a submissão daquela comunidade ao estatuto da ilegalidade ligava-se à “indisponibilidade estrutural dos mecanismos oficiais de ordenação e controle social” (idem, p. 94), estimulando a comunidade, portanto, à criação de um direito adequado às suas necessidades de regulação e controle. Shimizu (2011, p. 93 apud SANTOS, 2007, p.93-94)

3. CRIME ORGANIZADO NO BRASIL: INCIDÊNCIA ESTRUTURAL E AMPLITUDE

Diante da realidade vivida no Brasil com a atuação de numerosas organizações criminosas, far-se-á um recorte de estudo para o sudeste, que, inclusive, é a região na qual atuam as facções mais conhecidas, por divulgação da mídia e por serem notórias no que tange a sua organização, dimensão e história.

Facções como a Falange Vermelha, Comando Vermelho, Terceiro Comando, Primeiro Comando da Capital e Comando Revolucionário Brasileiro da Criminalidade, são exemplos de organizações criadas nos estados de São Paulo e do Rio de Janeiro, mas que tem atuação disseminada em Minas Gerais e no Espírito Santo, operando, portanto, de maneira veemente na região sudeste do Brasil.

Como forma de trazer um breve conhecimento acerca das facções supracitadas, Campos e Santos evidenciam as seguintes características: No que se refere às facções surgidas no Rio de Janeiro, a Falange Vermelha foi constituída no Presídio de Ilha Grande, por chefes de quadrilhas especializadas em roubos a bancos. A referida facção nada mais era que um grupo de criminosos de roubo que atuavam em conjunto sob um mesmo “código de ética”. (CAMPOS; SANTOS, 2001).

Ainda no Rio de Janeiro, a facção Comando Vermelho foi formada no Presídio de Bangu I e era composta por líderes do Tráfico de Entorpecentes. O Comando Vermelho nada mais é que uma versão da Falange Vermelha, mas que se dedica exclusivamente ao tráfico de drogas, inclusive tendo como alguns de seus membros e fundadores os mesmos que fundaram a Falange Vermelha. (CAMPOS; SANTOS, 2001).

Por sua vez, o Terceiro Comando, facção também estabelecida no Rio de Janeiro, foi igualmente iniciada no Presídio de Bangu I e tinha como participantes alguns presos que não concordavam com a prática de crimes comuns na área de atuação da organização criminosa (CAMPOS; SANTOS, 2001).

O Primeiro Comando da Capital, facção criminosa oriunda de São Paulo, foi fundada no dia 31 de agosto de 1993, no interior do Presídio de Segurança Máxima anexo à Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté, tendo por objetivo patrocinar rebeliões e resgates de presos em diversos Estados brasileiros, porém, com o passar dos anos tiveram esses objetivos distorcidos e passaram a atuar também em roubos a bancos e a carros de transporte de valores, extorsões de familiares de presos, extorsão

mediante sequestro e tráfico ilícito de entorpecentes com conexões internacionais CAMPOS; SANTOS (2001, apud SILVA, 2003, p. 26; LIMA, 2003, p. 01)

Por fim, o Comando Revolucionário Brasileiro da Criminalidade, também proveniente de São Paulo, agia sobretudo na área de Guarulhos, como um desmembramento do PCC (Primeiro Comando da Capital). Esta facção também possui um Estatuto, uma espécie de código de conduta tal qual o PCC, porém este Estatuto tem como peculiaridade determinar a arrecadação de mensalidade dos integrantes da organização criminosa, no intuito de financiar o resgate daqueles que forem presos. (CAMPOS; SANTOS, 2001)

Importante salientar que a maioria das facções são idealizadas e fundadas no interior de presídios, penitenciárias ou presídios de segurança máxima e muitas são planejadas com o intuito de praticarem ações de combate às injustiças cometidas contra os presos no sistema carcerário, presando pelos seus direitos. (CALDEIRA, 2006)

Ocorre que as facções passam a ser tratadas como organizações criminosas, a partir do momento em que se enquadram nas definições da Lei nº 12.850, de 2 de Agosto de 2013 (BRASIL, 2013), diante do cometimento de crimes que se ajustam na classificação da lei, por meio da associação de diversas pessoas.

As facções são conhecidas por seus atos de extrema violência e por atuarem não apenas no interior dos presídios, mas também fora deles, já que cada um de seus integrantes conta com funções diferentes e são organizados por uma hierarquia presente na associação de pessoas.

Fato curioso a respeito da incidência das facções enquanto organizações criminosas é que estas demandam estrutura governamental não apenas no âmbito da persecução penal, mas também na própria estrutura organizacional do sistema penitenciário, no momento em que as penas são executadas.

Essas organizações criminosas têm capacidade de intimidar agentes penitenciários e recursos para suborná-los. Além disso, são capazes de se comunicar com o exterior, através de familiares, advogados, assistentes religiosos ou por meio de celulares e radiotransmissores. As lideranças dessas organizações impõem disciplina à massa carcerária e dispõem de poder até sobre a vida dos detentos. (CALDEIRA, 2006, p.3)

Neste sentido, verifica-se a situação dos presos que são classificados como “neutros” por não pertencerem a alguma facção e que solicitam o “seguro”,

requerimento conhecido no sistema carcerário como 001³⁸, para serem movimentados entre as unidades prisionais e realocados em locais que estejam apartados de presidiários pertencentes a facções. (CALDEIRA, 2006)

O Subsecretário Sauler Sakalen descreveu que a SEAP/RJ tem desenvolvido uma política de distinção de presos integrantes de organizações criminosas e presos que não participam de facção – denominados de “neutros”. A SEAP/RJ separa esses presos “neutros” por Unidades Prisionais. Como consequência, ocorre a diminuição de presos ligados às diversas facções locais (Comando Vermelho, Terceiro Comando e Amigos Dos Amigos), minimizando também a atuação dessas organizações criminosas dentro dos estabelecimentos prisionais do Estado. (LANFRENDI; SÁ, 2014, p.4)

O desafio para o Estado, neste aspecto, é cada vez mais acentuado, na medida em que se torna indispensável suprimir a atuação das organizações criminosas, cuja composição permite que quem esteja vivendo em meio à falta de liberdade de locomoção nas unidades prisionais, em contrapartida, tenha liberdade suficiente para dar as ordens e ditar as regras que serão efetivadas na vida fora dos cárceres.

Por conseguinte, além do desafio imposto ao Estado de atuar na persecução penal das facções, o que já apresenta certo grau de dificuldade porque as organizações criminosas se tratam de redes de pessoas com funções próprias e bem delimitadas e que contam com articulações de pessoas infiltradas no aparelho estatal, ainda há o desafio do controle governamental no ambiente carcerário, onde o Estado se mostra ineficiente por não conseguir ser capaz de dar efetivo cumprimento às medidas que tornariam mais amenos os desafios de lidar com facções criminosas.

O Estado se revela inapto por não conseguir, por motivos óbvios de infraestrutura e remanejamento³⁹, a transferências de todos os presos “neutros”, bem como a acomodação de facções específicas em determinados presídios, devido a situação crítica de escassez de vagas no sistema prisional (CALDEIRA, 2006).

Deste modo, não há o efetivo cumprimento das medidas dispostas na Lei de Execução Penal, no que diz respeito principalmente à possibilidade de transferência de presos. Como forma de exemplificação, o artigo 86, caput e § 1º, da Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984:

³⁸ No Rio de Janeiro, foi elaborado e implementado um mecanismo de controle de gestão prisional, que atua como uma espécie de política anti facções criminosas, cuja unidade escolhida pela Secretaria Nacional de Segurança Pública para o experimento foi o Presídio Hélio Gomes, cuja análise se encontra no Relatório de Inspeção Extraordinária em Estabelecimentos Penais do Estado do Rio de Janeiro. (CALDEIRA, 2006)

³⁹ Os atuais gestores do sistema prisional avaliam que o mecanismo de transferência de presos constitui o recurso principal disponível para desativar crises de segurança no sistema prisional (motins, tentativas de resgate e fugas). (CALDEIRA, 2006, p.45)

Art. 86: As penas privativas de liberdade aplicadas pela Justiça de uma Unidade Federativa podem ser executadas em outra unidade, em estabelecimento local ou da União.

§ 1º A União Federal poderá construir estabelecimento penal em local distante da condenação para recolher os condenados, quando a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio condenado. (BRASIL, 1984)

Neste sentido, verifica-se que há um impasse para a coexistência das organizações criminosas com a estrutura estatal e a dificuldade é ainda maior, pois estas integram um poder que é paralelo ao exercido pelo Estado devido a sua amplitude de atuação e ainda lançam mão do próprio sistema carcerário para agir, gerando fragilidade no sistema de segurança pública.

4. A CORRUPÇÃO COMO FATOR DE MANUTENÇÃO DO FUNCIONAMENTO DAS FACÇÕES ENQUANTO ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Partindo da perspectiva já apresentada de que as organizações criminosas, facções, exercem um poder coexistente ao do Estado e por muitas vezes se valem das lacunas deixadas pelos diversos ramos governamentais para atuar, tratar-se-á agora deste paradoxo entre o paralelismo dos poderes e o ponto de confluência existente entre eles, qual seja, a corrupção⁴⁰.

A questão é paradoxal, mas encontra sentido quando há um entendimento do mecanismo utilizado pelas organizações criminosas no momento em que estas contam com a corrupção para alcançarem seus resultados. De maneira lógica, aumentam a dificuldade de seu combate e favorecem a sua manutenção, vez que estas encontram legitimação da falta da atuação do Estado e usam do favorecimento concedido por agentes do próprio Estado para se desenvolverem.

Corrupção é um termo abrangente, mas que pode ser entendido como uma ação que, como afirma Emerson Garcia, busca minimizar os custos e maximizar as oportunidades (GARCIA, 2004). Nessa perspectiva, a corrupção se apresenta como um meio de degradação do interesse público em prol da satisfação do interesse privado. O

⁴⁰ A corrupção é, conjuntamente com o crime organizado, ligado sobretudo ao tráfico da droga e ao branqueamento do dinheiro, a grande criminalidade desse terceiro período (crise do Estado-Providência) e coloca os tribunais no centro de um complexo problema de controle social. Schilling (2001 p. 5, apud SANTOS, 1996b: 39)

agente público, apesar de exercer suas funções no âmbito de uma estrutura organizacional destinada à consecução do bem comum, se desvia dos seus propósitos originais e passa a atuar em prol de um interesse privado bipolar. (GARCIA, 2004, p.218)

Para fins de melhor elucidação jurídica e acadêmica, optou-se por adotar o conceito de corrupção passiva e ativa enquanto tipos penais, previstos no Código Penal Brasileiro e que se encontram nos artigos 317 e 333, respectivamente, com a seguinte redação:

Art. 317- Solicitar ou receber, para si ou para outros, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem.

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (BRASIL, 1940)

Art. 333 - Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional. (BRASIL,1940)

Sobre a relação da corrupção com a atuação das organizações criminosas, Guaracy Mingardi retrata a Simbiose com o Estado, como uma das características que diferencia o crime comum de um crime organizado, além da hierarquia, previsão de lucros, divisão do trabalho e planejamento empresarial.

Para Guaracy, em todas as organizações estudadas aparece uma ligação com a máquina do Estado (MINGARDI, 2007, p.57) e no caso do presente artigo, a mesma linha de pensamento é seguida.

As facções, atuando dentro ou fora do sistema carcerário enquanto organizações criminosas, contam com agentes públicos, advogados atuantes em células jurídicas e que prestam serviços a mando dos integrantes da organização criminosa, juízes, policiais que colaboram com o tráfico de armas e de drogas mediante recompensa, dentre outros, para que tenham sua sobrevivência prolongada, já que se torna muito mais fácil operar com proteção aos negócios ocultos realizados.

A proteção é provida por aqueles que deveriam ter comprometimento com as entidades públicas e que, por meio da corrupção, corroboram com a deficiência da fiscalização estatal, afetando de maneira negativa a persecução destas redes criminosas.

A título de exemplo, observa-se a sentença proferida pelo Juiz de Direito, Dr. Gabriel Medeiros, que julgou, dentre outros 5 réus, a ré Vanila Gonçalves, que foi

condenada pelo crime de Integrar Organização Criminosa (Lei Federal 12.850/2013, cujo bem jurídico protegido é a paz pública) e crime de Corrupção Ativa, incurso nas penas do art. 2º, § 2º e § 4º, II, c/c art. 1º, § 1º, todos da Lei Federal nº 12.850/2013 e art. 333, parágrafo único, c/c art. 327, ambos do Código Penal, em concurso material, a pena privativa de liberdade de 17 (dezesete) anos e 2 (dois) meses de reclusão e ao pagamento de 33 (trinta e três) dias multas (SÃO PAULO, 2017).

Para melhor elucidação da corrupção como fator de favorecimento à atuação das facções no Brasil, tema tratado no presente artigo, extraiu-se do julgado os seguintes trechos:

(...) Portanto, diante das provas produzidas, dúvida alguma resta da participação da acusada Vanila na célula jurídica da organização criminosa tanto que conseguiu trazer para o seio da facção, por meio de oferecimento de vantagem indevida, funcionário público por equiparação, para que este praticasse atos em favor de integrantes reclusos em estabelecimentos prisionais de segurança máxima, assim como interviu para o pagamento de propina a agentes públicos. Some-se a isso que a ré se subordinava e estava a disposição da organização criminosa, transmitia recados de um presídio para outro, utilizava os protocolos de segurança estabelecidos, dente eles valer-se e-mail sem identificação, não se identificar nem identificar outros integrantes nas trocas de mensagens e no preenchimento de relatórios, bem como utilizar celulares (com aplicativos de mensagem criptografados) previamente enviados pelos gestores da célula jurídica, sequer recebia pagamentos da facção por conta de sua titularidade (...)

A organização criminosa que se apresenta nestes autos, integrada, também, por mais de 30 advogados, com objetivo, ainda, de se estender para o seio do Poder Público, agride o próprio Estado Constitucional Republicano Democrático de Direito, atritando contra valores constitucionais muito caros à nação [...]

Essa organização integrada pelos réus configura verdadeiro estado paralelo, atuando severamente na prática de diversos outros crimes graves, como tráfico de drogas, roubos e homicídios, com regras dispostas em Estatutos, tudo a demonstrar a extrema reprovabilidade de suas condutas e a justificar a exasperação da reprimenda. A ré Vanila, como a prova demonstrou, de longa data pertence à organização criminosa Primeiro Comando da Capital.

(...) Presente, ainda, a causa de aumento prevista no inciso II, do § 4º, do artigo 2º, da lei em comento, uma vez que a organização criminosa contou com o concurso de funcionário público (Luiz Carlos), deixando mais exposta a paz pública, bem jurídico protegido pela lei em debate. (SÃO PAULO, 2017, p. 23867; 23895, grifo nosso)

Como é possível se verificar a partir da leitura dos trechos acima expostos, as facções contam com a corrupção para que seu poder de atuação seja eficaz. Tais organizações criminosas cuidam de detalhes minuciosos e se mostram extremamente sistematizadas, contando, inclusive, com células jurídicas, com a participação de advogados que colaboram para que a prática dos diversos crimes praticados por aquelas perdurem.

Em conformidade com os seguintes fragmentos, também retirados da supracitada sentença, as células jurídicas são de extrema importância e se mostram indispensáveis para o dinamismo e funcionamento da facção, demonstrando que o poder paralelo exercido por ela é uma realidade, bastando que se analise a sua dimensão, mensurando a sua atuação em diversos âmbitos da vida de quem as integra:

(...) VALDECI FRANCISCO COSTA é o responsável pela coordenação da célula jurídica “Sintonia das Gravatas” ou “R”. Sua função seria de **coordenar os núcleos de assessoria administrativa, jurídica, auditoria da organização, elaboração de relatórios, com ascensão sobre o setor financeiro da facção.**

A partir desta cédula, os advogados integrantes passaram a realizar serviços aos líderes do PCC, que não apenas jurídicos, como assistência a familiares dos detentos, em auxílio funerário, e contribuições financeiras para imprevistos. Os advogados também são os responsáveis por estruturar e custear os serviços médicos prestados aos detentos integrantes da cúpula ou outros por eles indicados. Todo o pagamento desses serviços é feito com dinheiro de origem ilícita da organização, provenientes do lucro do narcotráfico e demais crimes (...).(SÃO PAULO, 2017 p. 23762, grifo nosso)

A análise de casos em que advogados corruptos colaboram para o bom funcionamento das facções atesta a inversão dos valores de quem pratica este tipo de crime, uma vez que, embora o advogado não seja um servidor público, a sua função é revestida de um interesse social e do senso de justiça.

Policiais, advogados, juízes, servidores públicos que praticam este tipo de crime, são evidências de que o Estado, que representa o poder governamental em suas diversas áreas de atuação, é cada vez mais infiltrado pelo “outro lado da força”, pelo poder paralelo que busca a sua fonte de sustentação nas atividades estatais.

Em posição crítica e bem colocada, Carneiro e Gomes (2006) se manifestam:

O Brasil tem que acordar de vez: para derrotar o autodenominado Primeiro Comando da Capital, o pressuposto necessário é derrotar, também, outra facção mais antiga e mais entranhada na vida brasileira, o Primeiro Comando da Corrupção, de estrutura horizontal, com falsos dirigentes dissimulados e infiltrados em vários estratos da Administração Pública. (CARNEIRO; GOMES, 2006, p.79)

Deste modo, guardadas as devidas proporções, se não fosse pela incidência da corrupção na atuação das facções, estas muito possivelmente não teriam um alcance tão grande. Seria preciso, neste sentido, combater com veemência a prática da corrupção de modo que a quebra deste ponto de interseção entre o poder paralelo e o poder Estatal leve a uma diminuição no funcionamento destas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O propósito principal deste artigo científico foi apresentar e analisar a corrupção a partir da concepção desta como fator essencial para o desenvolvimento e manutenção das facções criminosas.

As facções foram consideradas como pertencentes à categoria das organizações criminosas, uma vez que estas apresentam todas as características inerentes à formação deste tipo de associação de quatro ou mais pessoas conforme previsto em lei.

Tendo em vista que as facções são dinâmicas e que este dinamismo implica na ampliação, desmembramento, subdivisão e até mesmo no fim de cada organização criminosa constantemente, gerando incertezas quanto ao número exato de grupos existentes, foi realizado um recorte para as facções criminosas presentes na região sudeste, trazendo características e informações acerca da formação de algumas delas.

A partir das características gerais apresentadas pelas facções, traçou-se um estudo destas como detentoras de um poder paralelo àquele exercido pelo Estado, na medida em que tais organizações criminosas contam com toda uma logística de atuação, dispondo de órgãos internos responsáveis por manter a sua estrutura.

Sendo assim, na medida de sua proporcionalidade, tal estrutura pode ser comparada à estatal, mas, em contrapartida, se revela hábil para burlar as leis do Estado e atuar de maneira eficaz no cometimento de crimes, conquistando mais adeptos aos seus ideais materializados em seus códigos de conduta e estatutos e configurando, então, o poder paralelo supramencionado.

Na sequência, procurou-se demonstrar a dimensão da atuação das facções, levando em consideração que estas demandam do Estado não apenas estrutura adequada para a sua persecução penal, mas também arranjos governamentais para elaborarem mecanismos de controle e gestão das organizações criminosas em âmbito prisional.

A abordagem da corrupção se fez presente ao demonstrar-se, por meio da análise de um caso real de condenação por corrupção ativa e integração de organização criminosa, que o agente corrupto constitui subsídio oportuno e proveitoso para a manutenção das atividades praticadas pelas facções.

A corrupção, neste sentido, representa um ponto de interseção entre os dois poderes aqui tratados: O poder estatal e o poder exercido pelas organizações criminosas e deve ser combatida com veemência, afim de que as atividades exercidas

por estas facções se enfraqueçam e para que haja uma maior efetividade na persecução penal destas.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade**: Para uma teoria geral da política. 10. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 15 nov. 2017.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 ago. 2013.

BRÜGGEMANN, Henrique Gualberto. **O espetáculo da corrupção**: o corrupto como produto. Florianópolis: UFSC, Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós Graduação em Direito, 2013. Disponível em: < <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/122996> > Acesso em: 15 nov. 2017.

CALDEIRA, Antonio César Pimentel. **Relatório Final**: Concursos Nacionais de Pesquisas Aplicadas em Justiça Criminal e Segurança Pública. Presídio sem Facção Criminosa no Estado do Rio de Janeiro? Estudo sobre o experimento atualmente conduzido na penitenciária Hélio Gomes. [Sl]: Justiça, abr. 2006. Disponível em: < http://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/concurso_pesquisasaplicadas/presidio-sem-facciao-criminosa-no-estado-do-rio-de-janeiro.pdf > Acesso em: 18 dez. 2017.

CAMPOS, Lidiany Mendes; SANTOS, Nivaldo dos. O crime organizado e as prisões no Brasil. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 14., 2007. Florianópolis. **Anais...** Florianópolis, 2007. Disponível em < [https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/60/O%20Crime%20Organizado%20e%20as%20pris%C3%83%C2%B5es%20no%20Brasil\(1\).pdf](https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/60/O%20Crime%20Organizado%20e%20as%20pris%C3%83%C2%B5es%20no%20Brasil(1).pdf)> Acesso em: 03 fev. 2018.

CARNEIRO, José Reinaldo Guimarães; GOMES, Rodrigo Carneiro. **Primeiro comando da corrupção**. Brasília: Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, nov./dez. 2006. Disponível em:< <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/60654>> Acesso em: 03 fev. 2018.

DIAS, Camila Caldeira Nunes. **Da pulverização ao monopólio da violência**: expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital (PCC) no sistema carcerário paulista. São Paulo: USP, jun. 2013. Disponível em:< <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-13062012-164151/pt-br.php> > Acesso em: 09 nov. 2017.

ESTATUTO do PCC prevê rebeliões integradas. Folha de São Paulo, São Paulo, 19 fev. 2001. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u22521.shtml>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**: Curso do Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 26. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979-2008.

GARCIA, Emerson. **Corrupção. Uma Visão Jurídico-Sociológica. Rio de Janeiro**: Revista da EMERJ, v. 7, n. 26, 2004. Disponível em: http://www.emerj.rj.gov.br/revistaemerj_online/edicoes/revista26/revista26_203.pdf > Acesso em: 14 nov. 2017

LANFREDI, Luis Geraldo Sant'ana; SÁ, Alvinio Augusto de. **Relatório de Inspeção Extraordinária em Estabelecimentos Penais do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, jan. 2014. Disponível em: < <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpcp-1/relatorios-de-inspecao-1/relatorios-de-inspecao-2014-1/relatorio-de-inspecao-extraordinaria-rj-jan-21-2014.pdf>> Acesso em: 10 jan. 2018.

MINGARDI, Guaracy. **O Estado e o crime organizado**. São Paulo: IBCCrim, 1998.

MINGARDI, Guaracy. **O trabalho da Inteligência no controle do Crime Organizado**. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da USP, Revista de Estudos Avançados, v. 21, n. 61. p. 5169, 2007. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/ea/v21n61/a04v2161.pdf>> Acesso em: 18 out. 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Notas sobre a História Jurídico-Social de Pasárgada. [S.l.]: Geocities, 2018. Disponível em: < <http://www.geocities.ws/b3centaurus/livros/s/boavpassar.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2017.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Processo - AP 0000295-53.2017.26.043**. Juiz de Direito: Gabriel Medeiros. São Paulo, 31 out. 2017. Disponível em: < <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/11/senten%C3%A7a-295.pdf>> Acesso em: 10 mar. 2018.

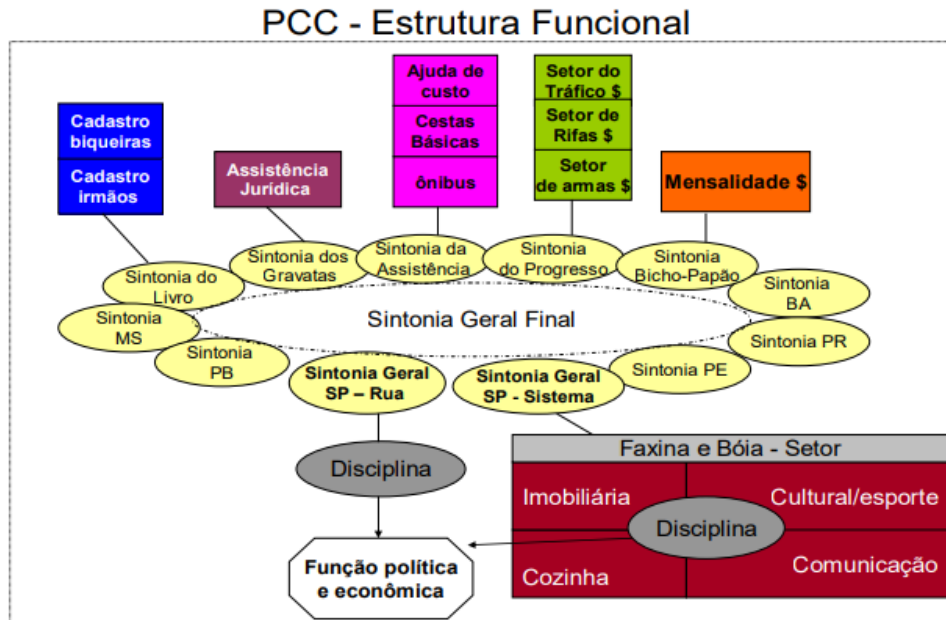
SCHILLING, Flávia. **Corrupção, crime organizado e democracia**. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 36, 2001. Disponível em: < <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2001;1000615815>> Acesso em: 14 nov. 2017

SHIMIZU, Bruno. **Solidariedade e gregarismo nas facções criminosas**: um estudo criminológico à luz da psicologia das massas. 2011. 48 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Universidade de São Paulo, 2011. Disponível em: <

<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-31072012-092234/pt-br.php>> Acesso em: 03 fev. 2018.

WELLE,Deutsche. **Brasil tem pelo menos 83 facções em presídios.** [SI]: Sociedade, jan. 2017. Disponível em:<<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/brasil-tem-pelo-menos-83-faccoes-em-presidios>> Acesso em: 02 mar. 2018.

ANEXO A – ESTRUTURA FUNCIONAL DO PCCFONTE: (DIAS, 2013).



**DIREITO PENAL NA SOCIEDADE
DEMOCRÁTICA**

**FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO
PENAL E PROCESSUAL PENAL**

Coordenador do Grupo de Pesquisa:
Prof. Dr. José Boanerges Meira

A CONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SERENDIPIDADE NA INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS

Carolina Godoi de Faria Marques⁴¹

Daniely Rosa Lana Araújo⁴²

José Boanerges Meira⁴³

Vívian Valamiel⁴⁴

1. INTRODUÇÃO

O tema que versa sobre o objeto dessa pesquisa, buscou-se avaliar a legalidade e a constitucionalidade na aplicação do instituto da serendipidade nas interceptações telefônicas que tem sido muito utilizada nas investigações por todo mundo.

Com os avanços das TIC's – Tecnologias de Informação e Comunicação -, as comunicações têm sido um dos entraves que envolvem a vivência em sociedade. Ao mesmo tempo que esse avanço traz benefícios para a comunicação, ele coloca em discussão os direitos fundamentais que versam sobre a privacidade que são garantidos na própria constituição brasileira.

O respeito pelos princípios da dignidade humana e os limites que versam sobre uma investigação que tem ele estabelecidos pela Constituição Federal e debatidos pela doutrina e pela jurisprudência que fez com que o interesse pela pesquisa se consolidasse.

Nesse artigo, buscar-se-á definir o contexto do princípio da serendipidade em relação as escutas telefônicas, as interceptações e o direito comparado, a proteção da inviolabilidade das comunicações X a interceptação das comunicações telefônicas e o entendimento jurisprudencial em relação a serendipidade das escutas telefônicas.

⁴¹ Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – 9º Período – Tarde.

⁴² Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – 9º Período – Tarde.

⁴³ Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da UFMG. Mestre e Doutor em Direito Processual pela Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

⁴⁴ Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – 9º Período – Tarde.

As análises que permeiam a contextualização da serendipidade, das escutas telefônicas e de sua aplicabilidade e autorizações dentro do âmbito jurídico serão discutidas ao longo do texto e por fim, analisar-se-ão as jurisprudências e as condições de admissibilidade legal e sua eficácia no processo penal.

2. O PRINCÍPIO DA SERENDIPIDADE

O surgimento da palavra serendipidade se deu em 1754 pelo inglês Horace Walpole, inspirado na história: “Os três príncipes de Serendip”. Nela os três príncipes do reino de Serendip partem em uma viagem em busca de algo e se depararam com algumas descobertas que os levaram a conhecer coisas jamais vistas anteriormente. Desde então, serendipidade tem sido relacionada as descobertas consideradas fortuitas de coisa que surgem com uma extrema importância sem a sua devida busca. (SIQUEIRA, 2016)

À guisa de corroboração, Lima (2016, p.748) vem complementar que serendipidade é o encontro de um fato novo durante a busca por informações de um fato diverso, ou seja, estar à procura de uma prova e encontrar outra fortuitamente.

Para Aury Lopes Jr. (2018) o princípio da serendipidade está atrelada ao encontro fortuito de provas, que ao ser autorizada pela justiça a interceptação telefônica, todas as provas da prática do delito, seja ela do caso investigado ou de outras vertentes a serem investigadas, poderão ser compartilhadas, ou seja, transferidas para outro processo. O autor ainda complementa que

No Brasil, o STJ tem adotado o chamado “Princípio da Serendipidade”, para aceitar a colheita acidental de provas mesmo quando não há conexão entre os crimes [...]. Assim, tal “princípio” vai de encontro ao que sustentamos e também à doutrina da vinculação causal, anteriormente exposta. Inclusive na colheita de provas, mesmo quando não há conexão entre os crimes. (LOPES JR, 2018, p.385)

O princípio da serendipidade não se encontra atrelado apenas nas descobertas fortuitas, ele exige uma interpretação mais intensa “deve haver uma sagacidade, ou seja, é necessária uma observação para que se possa reconhecer os sinais e saber, dessa forma, interpretá-la.” (SIQUEIRA, 2016, p.20)

Gomes e Cunha *apud* Siqueira (2016) vem discorrer sobre a tese entre a serendipidade e a interceptação telefônica quando

No curso da captação da comunicação telefônica ou telemática podem surgir outros fatos penalmente relevantes, distintos da “situação objeto da

investigação”. Esses fatos podem envolver o investigado ou outras pessoas. De outro lado, podem aparecer outros envolvidos, com o mesmo fato investigado ou com outros fatos, diferentes do que motivou a decretação da interceptação. É nisso que reside o fenômeno da serendipidade, que significa procurar algo e encontrar coisas distintas (buscar uma coisa e descobrir outra, estar em busca de um fato ou uma pessoa e descobrir outro ou outra por acaso). (GOMES e CUNHA, 2009, p.474)

Diante o exposto, se faz necessário a reflexão sobre a importância desse princípio no contexto processual penal. Tendo o STJ o entendimento da admissibilidade da prova através do encontro fortuito, essa aceita e validada precisa ser limitada e também analisada de forma a resguardar o direito fundamental, respeitando assim, o limite restritivo da interpretação das provas. (LOPES JR, 2018)

3. AS INTERCEPTAÇÕES E O DIREITO COMPARADO

Se faz necessário, antes da análise do ordenamento jurídico brasileiro fazer uma breve referência a forma em que os ordenamentos jurídicos português, italiano, espanhol e alemão tratam da admissibilidade ou não da escuta telefônica.

No direito português, as interceptações telefônicas foram reguladas pela primeira vez no Código de Processo Penal de 1987, no qual “[...] o legislador se propôs a enunciar os princípios gerais de um regime processual penal das escutas telefônicas (art. 187º e segs.) ” (ANDRADE,2013,p.273). Já o sigilo que envolve as comunicações do sujeito é garantido pela constituição portuguesa em seu art. 34 n.4 que dispõe sobre a inviolabilidade das comunicações, tendo sofrido uma alteração a sua redação no ano de 1997, “toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência e nas telecomunicações, salvo nos casos previstos na lei em matéria de processo criminal”. (ESPADA, 2014, p.06)

Essa proibição que o autor discorre não é absoluta, ela contempla exceções que se encontram nos casos em que a criminalidade seja organizada e que não há condições de se obter outras provas. Segundo Andrade:

Para fazer face a determinadas manifestações da criminalidade mais grave, abriu o legislador a possibilidade de escuta e gravação das conversações telefônicas ou equiparadas, por ordem ou autorização do juiz.(ANDRADE,2013,p. 241)

Contudo, o legislador para resguardar os direitos fundamentais, restringe a permissão dessa escuta e ela só será admitida observando a sua proporcionalidade,

requisitos formais e a sua medida em cada caso. Isso porque, segundo Schmitt apud Andrade:

o interesse do Estado na condenação do culpado não pode nunca prevalecer sobre a proteção do direito da personalidade. Uma vez que aquele interesse existe sempre, admitir a valoração num caso concreto, mesmo que a título estritamente excepcional, corresponderia a abrir a porta à valoração processual generalizada de gravações contra a vontade do interessado. (ANDRADE, 2013, p.240)

Na mesma linha Wolter *apud* Andrade diz que:

Toda a perseguição penal (repressiva) tem, sem quaisquer exceções, de parar face à área inviolável da condução privada da vida. Não pode existir qualquer investigação da verdade à custa do sacrifício da dignidade humana. (ANDRADE, 2013, p. 241)

O regime de autorização das escutas no ordenamento português, se encontra na aplicação do regime a crimes com pena de prisão superior a 3 anos, sendo assim, mais abrangente do que em outros países, como na Itália que tem que ser superior a 5 anos. (ESPADA, 2014)

No direito italiano, as escutas telefônicas vêm sendo regulada no CPP italiano nos arts. 266 a 271. São recorridas a essa prova, quando há grandes indícios de crime e que ela se torne indispensável em uma investigação. Nesse viés, o art. 267, n.1 do CPP italiano vem corroborar com a sua aplicabilidade e efetivação, contudo, mesmo havendo respaldo das normas, toda escuta telefônica deverá primeiramente, ser autorizada e fundamentada por um juiz, sempre com a anuência do MP, e não ultrapassando 15 dias, a não ser que haja nova autorização pelo juiz, limitando-se a 40 dias. (ESPADA, 2014)

Na Espanha, Mulas *Apud* Espada (2014) vem elencar as três formas de comunicação previstas no art. 18 n.3 da Constituição do país: “postais, telegráficas e telefônicas”. O autor vem demonstrar que em decorrência da velocidade tecnológica, esse número já não consegue contemplar as diversas formas de comunicação já existentes, sugerindo assim, uma comunicação mais extensiva que contemple os demais meios de comunicação. A Constituição espanhola ainda prevê a suspensão dos direitos e garantias aqueles que se encontre sob a intervenção da justiça, e ou se torne suspeito de terrorismo. (ESPADA, 2014)

Diante disso, o ordenamento jurídico espanhol vem elaborando pressupostos para que as escutas não cheguem a violar os direitos fundamentais do sigilo das comunicações dos sujeitos. Assim, para Espada (2014)

As escutas têm de ser autorizadas num processo judicial em curso, devendo a medida revestir um carácter exclusivamente probatório (com vista a provar o crime e as pessoas responsáveis pelo mesmo). A medida em causa tem que ter um limite temporal definido (três meses no máximo, com possibilidade de prorrogação mediante despacho judicial devidamente motivado, se os pressupostos de admissibilidade da escuta se mantiverem, devendo este ser o imprescindível para a recolha da prova do crime. (ESPADA, 2014, p.17)

Na Espanha, o limite temporal é maior que na Itália que não ultrapassa os 40 dias. Já no ordenamento jurídico alemão, as escutas telefônicas são utilizadas na investigação de delitos fiscais e na prossecução penal como postula Espada (2014). Para o autor,

A interceptação de telecomunicações só pode ser autorizada judicialmente, através de despacho (que deve conter o nome e morada da pessoa a escutar, o número do telefone em causa e a duração e extensão da escuta) e mediante requerimento do MP. Só devendo ser autorizadas se existirem factos determinados que permitam alicerçar a suspeita (contra alguma das pessoas previstas no catálogo legal) da prática de um delito grave, previsto no catálogo de crimes (enumeração taxativa). Não sendo suficientes meras suposições).(ESPADA, 2014, p. 18)

As condições e pressupostos que efetivem a autorização da interceptação que o autor elencou, também ao ser autorizada, se encontra limitada a um período de três meses, prorrogada por igual período. Contudo, essa autorização não pode ser como prova principal e sim como subsídio que venha elucidar os fatos quando as provas forem difíceis de serem obtidas. (ESPADA, 2014)

No direito alemão as interceptações telefônicas passaram a ser reguladas em 1968 com a introdução dos parágrafos 100a) e 100b) na StPO. Sendo que só “[...] em 1976 o Tribunal Federal foi chamado, pela primeira vez, a afrontar diretamente o problema das escutas telefônicas e dos conhecimentos fortuitos. ” (ANDRADE, 2013, p.274)

As interceptações estão sujeitas a autorização de um juiz, entretanto, em determinados casos, para não comprometer a obtenção da prova devido à demora para se conseguir a autorização se admite que a interceptação seja ordenada pelo ministério público. (ANDRADE, 2013)

A jurisprudência e doutrina alemã pacificaram os pressupostos materiais de admissibilidade das interceptações, são eles: previsão na infração no ordenamento jurídico, suspeita fundada de crime, subordinação ao princípio da subsidiariedade e limitação do universo de pessoas ou ligações. (ANDRADE, 2013)

Vale ressaltar que a legislação alemã influenciou muitas legislações em matéria de escuta como Portugal e o Brasil, principalmente no que tange o seu caráter subsidiário no contexto das provas.

4. A PROTEÇÃO DA INVOLABILIDADE DAS COMUNICAÇÕES X A INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS

Em relação as legislações internacionais que versam sobre a proteção a vida privada e familiar, temos a Declaração dos Direitos Universais do homem, na Europa há o Pacto sobre Direitos Civis e Políticos e da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, todas se inspiraram na primeira, que em seu art. XII vem postular que

ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques. (ONU,2009, p.8)

Tais proteções que foram elucidadas pelos Direitos Humanos, faz de certo modo uma analogia a privacidade extensiva que abrange toda forma de comunicação existente entre as pessoas. Essa “correspondência”, segundo Espada (2014) faz estender a comunicação tanto privada quanto particular. A própria carta magna, em seu art.5 da CF/88, inciso X, vem complementar que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988)

Contudo, mesmo diante desses direitos postulados, a interceptação das comunicações telefônicas é um meio de se obter prova amplamente utilizada no processo penal. Ela está também prevista no art. 5º, XII da Constituição Federal,

XI - a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; (Vide Lei nº 13.105, de 2015) (Vigência)

E, também como no art. 3º, VI, da lei 12850/13 e regulamentada pela lei 9296/96. A interceptação ocorre quando há a gravação por um terceiro, sem anuência dos interlocutores

Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:

I - Colaboração premiada;

II - Captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;

III - ação controlada;

IV - Acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;

V - Interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;

A Constituição Federal de 1988, traz em seu rol de direitos e garantias fundamentais a proteção a intimidade, privacidade, imagem e honra. Dispõe também em seu inciso X do artigo 5º que tais garantias são invioláveis.

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (Constituição Federal, 1988, grifo nosso).

Entretanto, a própria Constituição permite que tais garantias sejam relativizadas em situações específicas por ela previstas. Havendo também entendimentos doutrinário e jurisprudencial quanto à possibilidade de relativização das garantias fundamentais para além das previstas na Constituição, tendo sempre em vista as peculiaridades do caso concreto. Levando em consideração as especificidades do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal, clara é a possibilidade de relativização da privacidade dos cidadãos no que diz respeito às comunicações telefônicas.

Além da carta magna, há no Brasil a Lei nº 9.269 de julho de 1996 que dispõe sobre regulamentação da interceptação telefônica, que trata de regular o inciso XII do artigo 5º da Constituição brasileira, que foi anteriormente citada.

A referida Lei, além de reforçar algumas disposições já elencadas no próprio texto constitucional, traz à baila da discussão outros preceitos a serem devidamente observados, quanto a interceptação das comunicações telefônicas.

Nesse raciocínio, em seu artigo 1º a Lei 9269/96 corrobora com o princípio fundamental da jurisdição vinculada ao Estado Democrático de Direito, que é o juízo natural, ao dispor que a interceptação telefônica não dependerá de ordem judicial, devendo ser pronunciada pelo "juiz competente da ação principal". Coíbe-se, assim, que a ordem em questão se dê por juízo posteriormente designado, ou seja, por juiz ou tribunal de exceção - em conformidade com o texto do inciso XXXVII do artigo 5º da Constituição -, evitando-se juízos arbitrários.

Ainda no que se refere ao artigo 1º do referido dispositivo, algo que merece ser observado é a terminologia utilizada pelo legislador: a lei aplica-se à "interceptação de comunicações telefônicas de qualquer natureza". Esse conceito, por mais amplo que pareça ser, deve e possui limitação hermenêutica, qual seja à escuta e eventual gravação da conversa telefônica, quando praticada por terceira pessoa, diversa dos interlocutores. Assim, o conceito não abrange a gravação de conversa telefônica própria, feita por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro. Tal conduta consiste, na terminologia correta, na gravação clandestina de conversa telefônica própria.

Conforme postula Lima (2016), a gravação da conversa por si só não é considerada ato ilícito, pois se trata de comunicação que lhe é dirigida, contudo a divulgação sem uma *justa causa* consiste no crime de divulgação de segredo tipificado no artigo 153 do Código Penal Brasileiro.

Sobre tal aspecto, o parágrafo único do art.2º da mesma lei, indica que o resultado da interceptação telefônica só poderá ser utilizado como prova do fato objeto da investigação.

Parágrafo único: Em qualquer hipótese deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada.

Dessa forma, a interceptação telefônica tem suas restrições dadas pelo legislador, em especial por se tratar de medida cautelar que atinge direitos fundamentais do investigado, por isso deve ser utilizada de forma restritiva, a fim de diminuir os danos causados ao mesmo, durante a persecução penal. Isso porque “[...] a prática das escutas telefônicas abundará em situações em que o exercício da autonomia de um tem como reverso a coerção e alienação de outros.” (ANDRADE, 2013, p. 284). O autor ainda vem complementar que

Tanto no plano objetivo (dos bens jurídicos sacrificados) como no plano subjetivo (do universo de pessoas atingidas), as escutas telefônicas acabam invariavelmente por desencadear uma mancha de danosidade social, a alastrar de forma dificilmente controlável. (ANDRADE, 2013, p. 283)

E, é essa mancha de danos sociais que o autor discorre que traz uma preocupação em relação a sua aplicabilidade e aceitação no contexto judicial. Nesse cenário, cabe assim o seguinte questionamento: Até que ponto as garantias fundamentais postuladas na carta magna e nos Direitos Humanos inerentes a pessoa

humana é de fato garantidos, quando autorizado uma interceptação telefônica? Esse questionamento se faz presente ao longo do artigo, como veremos no próximo capítulo.

5. O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL EM RELAÇÃO A SERENDIPIDADE DAS ESCUTAS TELEFÔNICAS

No que tange a validade das provas encontradas fortuitamente, Siqueira (2016) vem discorrer que há divergências ao tratar dessas provas, principalmente quando não se cumpre os requisitos legais de forma lícita listados pela justiça, abrindo assim, uma discussão controversa entre a aceitação das provas e da validade que ela se dispõe, diante das considerações pontuadas principalmente pelo artigo 2 da Lei 9295/96, que vem garantir os direitos a intimidade e a vida privada. Isso ocorre principalmente quando nos deparamos com um caso concreto que a lei não foi capaz de abranger, pois “Mesmo as tentativas aparentemente mais logradas nesta direção acabam, quando confrontadas com a ‘surpresa’ das expressões da vida, por se mostrar incrivelmente lacunosas.” (ANDRADE, 2013, p.280)

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do *Habeas Corpus* Nº 186.118 – RS que teve como relatora a Sra. Ministra Marilza Maynard, declarou a nulidade da prova advinda de interceptações telefônicas que tinham relação com as supostas ameaças feitas contra um promotor que no decorrer do acompanhamento das ligações não houve nenhum relacionamento a ameaça prevista, como confere-se na ementa que segue:

EMENTA HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. FALTA DE CABIMENTO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. CRIME APENÁVEL COM DETENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ILICITUDE DA PROVA POR DERIVAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1. O Superior Tribunal de Justiça não tem admitido a impetração de habeas corpus originário como substitutivo do recurso previsto no art. 105, II, a, da Constituição. 2. Inadmissível a interceptação de comunicações telefônicas quando o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção. Contudo, é possível se autorizar a quebra do sigilo para apurar crime punível com detenção desde que conexo com outros delitos puníveis com reclusão. Precedente. 3. No caso, no curso da escuta telefônica deferida para a apuração de delito punível exclusivamente com detenção, não foram descobertos outros crimes conexos com ele. Passados quase dois anos, é que se aventou a possibilidade da existência de uma organização criminoso liderada pelo então investigado. 4. As degravações da prova originalmente ilícita não servem de base à decisão de nova quebra de sigilo das comunicações telefônicas. Toda prova daí decorrente está contaminada pela ilegalidade. 5. Writ não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida de ofício, para declarar nulas as interceptações telefônicas decretadas em 10/7/2008, inclusive as prorrogações, bem como para determinar a exclusão de todo material gravado dos autos do Procedimento

Investigatório n. 020/2.08.0001313-7, cabendo ao Juiz de primeiro grau verificar se as demais provas produzidas estão ou não contaminadas. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Maria Thereza de Assis Moura não conhecendo do pedido de habeas corpus , expedindo, contudo, ordem de ofício, por unanimidade, não conhecer do pedido, expedindo, contudo, ordem de ofício, nos termos do voto do Sr. Documento: 1302078 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJe: 29/10/2014 Página 1 de 38 Superior Tribunal de Justiça Ministro Relator. As Sras. Ministras Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Maria Thereza de Assis Moura votaram com o Sr. Ministro Relator. Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro. Brasília, 05 de junho de 2014 (data do julgamento)

No sentido da legalidade da escuta telefônica, se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DO ART. 155 , § 4.º (DIVERSAS VEZES), NA FORMA DO ART. 71 , ART. 288 , PARÁGRAFO ÚNICO , TODOS DO CÓDIGO PENAL E, AINDA, ART. 10 DA LEI N.º 9.296 /96 (POR DIVERSAS VEZES). PRISÃO PREVENTIVA. SUPERVENIENTE EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE SOLTURA EM FAVOR DO ACUSADO. PERDA DO INTERESSE PROCESSUAL. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS: AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE SE O RECORRENTE ERA O OUTRO INTERLOCUTOR DO DIÁLOGO GRAVADO NO TERMINAL EM QUE SE DECRETOU LEGALMENTE A QUEBRA DO SIGILO. UTILIZAÇÃO DE PROVA PRODUZIDA EM OUTRO FEITO CRIMINAL, CUJOS ELEMENTOS INDICIÁRIOS SÃO INTIMAMENTE LIGADOS. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. A análise da insurgência contra a prisão preventiva encontra-se prejudicada, em virtude da superveniente expedição de alvará de soltura em favor do Recorrente. 2. A interceptação telefônica, por óbvio, abrange a participação de quaisquer dos interlocutores. Ilógico e irracional seria admitir que a prova colhida contra o interlocutor que recebeu ou originou chamadas para a linha legalmente interceptada é ilegal. Ora, "[a]o se pensar em interceptação de comunicação telefônica é de sua essência que o seja em face de dois interlocutores". [...] A autorização de interceptação, portanto [...], abrange a participação de qualquer interlocutor no fato que está sendo apurado e não apenas aquela que justificou a providência."(GRECO FILHO, Vicente. Interceptação telefônica: Considerações sobre a Lei 9.296 de 24 de julho de 1996 - São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 20/21). 3. É, portanto, lícita a prova de crime diverso, obtida por meio de interceptação de ligações telefônicas de terceiro não mencionado na autorização judicial de escuta, desde que relacionada com o fato criminoso objeto da investigação. Precedentes. 4. Recurso desprovido. Encontrado em: /2/2014 RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS RHC 34280 RJ 2012/0236136-8 (STJ) Ministra LAURITA VAZ.

Desse modo, o princípio da serendipidade é aceito pela jurisprudência desde que a prova descoberta tenha conexão com o fato investigado, se o tiver será válida para utilização em um processo criminal sem prejuízo ou nulidades. Porém, o ministro Sebastião Reis Júnior vem advertir sobre o equilíbrio que essas provas devem conter, com o intuito de proteger a intimidade e a quebra de sigilo, ou seja, não se deve obter

uma prova de forma indiscriminada, há, contudo, a necessidade de pontuar o que deve ou não ser exposto, com o intuito de garantir os direitos da CF/88, como verifica-se abaixo:

EMENTA HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. FALTA DE CABIMENTO. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. DIÁLOGOS NÃO RELACIONADOS COM O OBJETO DA INVESTIGAÇÃO. PRETENSÃO DE DECLARAÇÃO DE ILICITUDE, DE EXCLUSÃO E DE DESTRUÇÃO DE TAIS PROVAS. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. POSSIBILIDADE DE DESCOBERTA FORTUITA DE DELITOS (FENÔMENO DA SERENDIPIDADE). PRECEDENTES. 1. O habeas corpus não deve ser utilizado como substitutivo do recurso ordinário previsto nos arts. 105, II, a, da Constituição Federal e 30 da Lei n. 8.038/1990. 2. O fato de elementos indiciários acerca da prática de crime surgirem no decorrer da execução de medida de quebra de sigilo de dados e comunicações telefônicas devidamente autorizada judicialmente, determinada para apuração de outros crimes, não impede, por si só, que as provas daí advindas sejam utilizadas para a averiguação da suposta prática daquele delito. 3. A comunicação entre advogado e cliente eventualmente alcançada pela regular escuta telefônica não implica nulidade da colheita da prova indiciária de crimes e serve para a instauração de outro procedimento apuratório. 4. Não deve o Estado permanecer inerte ante o conhecimento da prática de outros delitos no curso de interceptação telefônica legalmente autorizada. Conforme o art. 40 do Código de Processo Penal, cumpre à autoridade judicial, em casos que tais, remeter ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia. 5. Habeas corpus não conhecido. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEXTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer da ordem nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Aguardam os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Marilza Maynard (Desembargadora convocada do TJ/SE) e Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, 04 de setembro de 2014 (data do julgamento).

A crítica que se faz nesse ponto, segundo Aury Lopes Jr (2018), seria a do paradoxo que se instaura ao permitir e ao mesmo tempo não permitir uma prova considerada, a priori ilícita, por ser oriunda de uma fonte clandestina. O material descoberto não seria válido para integrar um processo criminal. Contudo, ela pode, simultaneamente, ser válida para iniciar uma persecução penal, partindo do pressuposto que a mesma, deve ser alicerçada em fontes lícitas e consonantes com os direitos fundamentais do investigado.

Outra parte doutrinária, seria a da total admissibilidade de provas descobertas, através de interceptações telefônicas, com a aplicação do princípio da serendipidade. Tal corrente possui como adepto, o professor Eugênio Pacelli (2011).

O autor argumenta que a prova descoberta sempre poderá ser utilizada, pois, na medida em que foi restringida de maneira lícita a intimidade da pessoa, não se pode ignorar a descoberta realizada, de maneira que pode ser utilizada como prova. Isso se justificaria uma vez que o Estado possui o dever de agir perante a ciência de um fato

delituoso, e como tal fato foi descoberto por meio de vias legais, decorrentes de autorização prévia, não há que se falar em ilegalidade ou exceções na violação dos direitos do investigado (PACELLI, 2011).

Outro entendimento doutrinário vem discorrer sobre os entendimentos mais recentes do Superior Tribunal Federal que admite a prova obtida fortuitamente, desde que ele esteja relacionado com a investigação.

Por um lado, é compreensível a necessidade de uma persecução penal eficiente por parte do Estado, que não pode ficar inerte diante da descoberta de um crime, por outro é bastante cômoda a posição de quem investiga poder se valer de provas inicialmente lícitas para iniciar uma investigação policial. Nessa linha, Siqueira vem discorrer que

Caso haja uma necessidade de violar de certa forma esses direitos, em busca de um bem maior, como no caso uma investigação policial será necessária que uma lei estabeleça quais situações poderá ocorrer e quais os métodos utilizados para tal cumprimento. Deve haver uma razoabilidade e proporcionalidade ao discutir-se a respeito de possível efetividade de tal princípio haja visto que como não há uma norma positivando a vedação de tais provas fortuitas deve-se partir do ponto que as mesmas não possuem caráter ilícito e que dessa forma podem ser consideradas válidas. (SIQUEIRA, 2016, p.24)

Além disso, em um Estado Democrático de Direito, eleito pela Constituição Federal, não é admissível a flexibilização ou destruição de direitos fundamentais sem ao menos uma base legislativa votada em assembleia para tanto. O problema é complexo e a nossa legislação atual de forma alguma auxilia nessa questão, porém ao consultar a legislação estrangeira é perceptível as mais diversas soluções.

6. CONCLUSÃO

A busca por uma justiça eficaz que muitas vezes anseia a sociedade, faz com que muitas decisões que versam sobre as garantias e os direitos inerentes a pessoa humana sejam colocados à luz da discussão. E uma delas envolve a admissão da interceptação telefônica no contexto processual penal.

O princípio da serendipidade que se encontra nas provas fortuitas, tem sido conectada com as interceptações telefônicas, contudo, embora muitos doutrinadores defendam a utilização dessa prova, muitos ordenamentos pelo mundo ressaltam o cuidado com a inviolabilidade das comunicações no que diz respeito as garantias dos direitos fundamentais postulados pelas constituições mundiais.

No Brasil, há uma busca pela defesa da proporcionalidade e da razoabilidade diante do caso concreto, tendo em vista que por mais que seja fundamentado as exceções, que permeiam ao “flagrante delito ou desastre [...] por determinação judicial” (BRASIL,2015), a utilização dessas provas tem que obedecer principalmente os requisitos legais impostos pela justiça, com o intuito de resguardar os direitos do sujeito.

Em relação aos entendimentos jurisprudenciais, vemos divergências quanto a aceitação dessas provas, inclusive quando não há um respeito pelas leis e limites impostos pelo judiciário. Contudo, a maioria dos julgamentos acabam contemplando a aceitação da prova em sua totalidade ou em partes quando há restrições quanto ao conteúdo e o equilíbrio dessas provas.

O que cabe discutir sempre não é a aceitação de uma prova descoberta, e sim sua licitude e respeito a intimidade da pessoa e dos direitos que deverão ser resguardados dentro das exceções da utilização das provas. São diversas as polêmicas que perseguem a violação às comunicações telefônicas, contudo, a sua regulamentação e o respeito aos direitos fundamentais trazem assim, uma maior segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa. **Sobre as proibições de prova em processo penal.** 1ª Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

ASTORGA, Paula Celestre Moreira Cardoso. **Escutas Telefônicas.** Dissertação de Mestrado em Direito: Especialidade em Ciências Jurídicas – Forense. Universidade de Coimbra, 2014.

BRASIL. **Constituição Federal**, de 10 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 de fev. 2016.

BRASIL. **Lei 9269/96 .Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal.** Brasília: Senado. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9296.htm>.(Consultado em: 10/05/2018).

BRASIL. **Lei 12.850/2013 .Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.**Brasília: Senado, 2013. Disponível em:<

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. (Consultado em: 14/03/2018).

BRASIL. **Lei 13.105/2015. Código Processo Civil**. Brasília: Senado. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. (Consultado em: 10/05/2018).

ESPADA, Maria Clara Santos. **Pressupostos de Admissibilidade das Escutas Telefônicas – Análise Crítica**. Mestrado Forense. Universidade Católica Portuguesa. 2014.

GOMES, Luiz Flávio; MACIEL, Silvio. **Interceptação telefônica**. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2010.

GRINOVER. Ada Pellegrini. **Provas ilícitas interceptações e escutas**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário Eletrônico Houaiss da Língua Portuguesa versão 1.05^a**. Objetiva: 2002. 1. CD-ROM.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.p 425.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. Volume único . 4. ed. rev., atual. e ampl. - Salvador: JusPODIVM, 2016. 976p.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Niterói: Impetus, 2011. 1 vol.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. São Paulo: Saraiva. 2018.

PACELLI, Eugênio. **Processo Penal**. 15. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.368.

SIQUEIRA, Lorena Isadora. (2016). **O princípio da Serendipidade no direito processual penal brasileiro**. Frutal: Perspectiva.

TÍTULO SEGUNDO

**TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM
SOCIAL-ECONÔMICA E REGULAÇÃO**

TRIBUTAÇÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS

Coordenadora do Grupo de Pesquisa:

Profa. Pilar de Souza e Paula Coutinho Eloí

A LEI DO BEM (LEI Nº 11.196/2005) NA BALANÇA: DESAFIOS LEGAIS À SUA EFICÁCIA

Isabela Carvalho Trindade⁴⁵

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho trata, com destaque, da Lei do Bem, a Lei n.º11.196/2005, que abrange os benefícios concedidos às empresas que se envolvem com inovação, tecnologia, desenvolvimento e pesquisa. Verificou-se que ao longo do tempo houve modificações quanto à sua implementação a partir de Leis anteriormente criadas que não abarcavam a questão de incentivo à tecnologia no momento em que menos se investe: no processo anterior à confecção de um produto ou melhoria de um processo. Isso leva ao questionamento acerca de quais são os desafios e empecilhos para que os benefícios que a supracitada Lei prevê sejam implementados de forma efetiva e o porquê de eles não estarem sendo utilizados. Isto é, para que a Lei nº 11. 196/2005 seja aplicada e utilizada amplamente no mercado a que é destinada, ainda surgem alguns entraves que a impedem de ser eficazmente adotada, como a questão da pouca divulgação e do risco tecnológico, que serão explicados posteriormente. Para isso, foram averiguados dados em fontes diversas acerca de sua utilização e como isso tem impactado internacionalmente para o país em termos de desenvolvimento econômico.

No primeiro capítulo, será demonstrado o panorama geral da inovação e a sua importância para o desenvolvimento econômico mundialmente reconhecido. Posteriormente, abordar-se-á o reconhecimento histórico da relevância da inovação no Brasil através de incentivos fiscais atualmente consolidados na Lei do Bem. Por fim, serão discutidos os entraves que permeiam a aplicação da referida Lei.

⁴⁵ Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

2. DA IMPORTÂNCIA DA INOVAÇÃO E O POTENCIAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

As atividades de inovação no âmbito tecnológico, conforme dispõe o Manual de Frascati, documento produzido pela OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico -, mundialmente utilizado como referência no que diz às atividades relacionadas com inovação tecnológica, consiste em:

Um conjunto de diligências científicas, tecnológicas, organizacionais, financeiras e comerciais, incluindo o investimento em novos conhecimentos, que realizam ou destinam-se a levar à realização de produtos e processos tecnologicamente novos e melhores. (GARCIA, 2014.)

Ou seja, a inovação pode ter como base um produto ou um processo que pode ser completamente ou parcialmente modificado de modo que isso gere mudanças economicamente significativas e positivas na economia do país. Isto é, essas alterações devem ter como resultado o aumento da competitividade da empresa no mercado (GARCIA, 2014).

A inovação, portanto, abarca a importância de ser “a principal ponte de transformações produtivas e de lucros extraordinários” uma vez que abre a possibilidade de adentrar em mercados diferentes que possuem preços mais elevados, imprimindo grande vantagem e proveito para o país, para as indústrias frente às demais economias mundiais (CALZOLARIO, DATHEIN, 2012). Alguns exemplos que poderiam ilustrar isso seriam os novos aplicativos, como Uber ou Netflix, que tem alterado a ideia de consumo, deixando a ideia de acúmulo de bens para a ideia de transferência de bens sem que haja um proprietário fixo, isto é, o compartilhamento de um filme a diversas pessoas sem que haja um bem material ou palpável sendo transferido, como tem sido feito pela Netflix, por meio de *streaming*⁴⁶.

De fato, de acordo com a Teoria da Inovação, proposta por Joseph Schumpeter, essa é uma ferramenta de grande importância para o desenvolvimento, de forma acelerada, da economia, dentro dos ciclos econômicos do capitalismo (PEREIRA, 2013).

Considerando essa importância, o Poder Público, através de suas políticas públicas, pode ser levado a estimular o processo de inovação tecnológica. Conforme

⁴⁶ *Streaming* consiste no compartilhamento de dados em tempo real por meio da utilização da Internet. Disponível em: <https://www.significados.com.br/streaming/>. Acesso em 10 jan 2018.

José Matias Pereira, a implementação das políticas que visem estimular à inovação “necessita criar e incorporar novos conhecimentos que possibilitem estudar novas abordagens sobre a gestão dessas políticas, buscando, entre outros aspectos, a elevação da competitividade das empresas” (2013, pag. 227).

Como a inovação é uma atividade de risco, haja vista a ausência de garantia dos retornos no investimento, as políticas públicas devem auxiliar a criar um ambiente de estímulo possibilitando, assim o desenvolvimento econômico e o crescimento da indústria.

Dentre essas políticas públicas, podem ser usados os incentivos fiscais que são “instrumentos utilizados pelos governos para interferir na quantidade e qualidade das atividades de inovação” (CALZOLARIO, DATHEIN, 2012).

Na verdade, apenas para demonstrar a importância da inovação, os países europeus tem adotado uma vasta política de incentivo à mesma, fomentando uma cultura favorável à mesma e estimulando gastos correlacionados com a mesma, a partir da crença de que a mesma se consolida “graças à investigação e à educação”, sendo um diferencial em relação à países como o Brasil (GOUARDÈRES, HORL, 2017). Nota-se que os países europeus geralmente se encontram entre as melhores colocações no ranking de inovação, confirmando a grande importância dada a ela por tais países. Conforme resultados do Índice Nacional de Inovação, países como a Suécia, Dinamarca e Alemanha se encontram entre as dez primeiras posições. (O GLOBO, 2017).

De acordo com o gráfico abaixo, a disparidade com os dispêndios nacionais direcionados à pesquisa e desenvolvimento se mostra grandiosa, principalmente quando comparada com a China.

(em bilhões de US\$ correntes de PPC⁽¹⁾)

País	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Africa do Sul	-	2,6	-	3,1	3,5	4,1	4,6	4,9	5,2	4,8	4,4	4,7	4,8	5,0	-	-
Alemanha	53,6	56,1	58,4	60,8	62,8	63,9	69,3	73,3	81,1	82,8	87,1	95,8	100,5	103,0	110,2	112,8
Argentina	1,9	1,8	1,5	1,8	1,9	2,3	2,7	3,1	3,4	4,0	4,3	4,6	5,3	5,3	5,0	-
Austrália	8,0	-	9,9	-	11,7	-	15,5	-	19,1	-	20,6	21,0	-	23,1	-	-
Brasil	16,5	17,4	17,3	17,7	18,5	20,5	21,7	25,8	28,9	28,8	32,5	33,9	34,8	38,7	42,6	-
Canadá	16,7	19,0	19,1	20,1	21,6	23,1	24,1	24,8	24,9	25,1	25,0	25,7	26,3	26,2	25,7	-
China	33,0	38,5	48,1	57,1	70,1	86,8	105,6	124,2	146,1	185,3	213,5	247,8	292,2	334,1	370,1	408,8
Cingapura	3,0	3,4	3,7	3,8	4,5	5,1	5,6	6,9	8,0	6,6	7,2	8,4	8,2	8,8	10,1	-
Coreia	18,5	21,3	22,5	24,1	27,9	30,6	35,4	40,6	43,9	46,0	52,2	58,4	64,9	68,4	73,2	74,2
Espanha	7,7	8,4	9,7	10,8	11,7	13,3	16,0	18,2	20,3	20,3	20,1	19,9	19,3	19,3	19,4	19,8
Estados Unidos	269,5	280,2	279,9	293,9	305,6	328,1	353,3	380,3	407,2	406,4	410,1	429,8	437,1	457,6	479,4	502,9
França	33,2	36,2	38,3	37,1	38,2	39,5	42,3	44,2	46,6	49,7	51,0	53,6	55,1	58,4	59,6	60,9
Itália	15,5	16,7	17,7	17,7	17,9	18,2	20,4	22,5	24,2	24,9	25,4	26,1	27,4	28,5	30,4	30,1
Japão	98,8	103,8	108,2	112,2	117,6	128,7	138,6	147,6	148,7	137,0	140,6	148,4	152,3	164,7	170,6	170,1
México	3,4	3,6	4,2	4,4	4,8	5,3	5,5	6,7	7,8	8,5	9,3	9,8	9,8	10,3	11,6	11,9
Portugal	1,4	1,6	1,5	1,5	1,6	1,8	2,5	3,0	4,1	4,4	4,4	4,1	3,8	3,9	3,9	3,9
Reino Unido	25,1	26,4	27,9	28,6	29,4	30,6	33,3	35,2	36,5	36,5	37,6	38,8	38,5	41,6	44,2	46,3
Rússia	10,5	12,7	14,6	17,2	17,0	18,1	22,9	26,5	30,1	34,7	33,1	35,2	37,9	36,6	39,9	40,5

Fonte: MCTIC, 2017.

Assim, o Parlamento Europeu⁴⁷ apresenta uma política de inovação baseada no reconhecimento de que a mesma gera melhoria na qualidade de vida dos moradores da Europa e, conjuntamente, ampliação na competitividade frente ao mercado internacional. Um exemplo disso, seria o caso dos aplicativos ou patentes desenvolvidos para auxiliar um determinado grupo, mas que, conseqüentemente, abrangem um número muito maior do que o esperado (GOUARDÈRES, HORL, 2017).

Ademais, o referido órgão europeu reconhece a importância da conjunção entre os investimentos públicos e privados no sentido de ampliar o acesso a tais investimentos o que propicia facilidade no quesito possibilidade de inovar (GOUARDÈRES, HORL, 2017).

A inovação se mostra notória e de suma importância para o desenvolvimento socioeconômico de um país, permitindo a ele ganho de competitividade frente aos demais mercados internacionais. Além disso, em relação àqueles que se envolvem, constroem e desenvolvem uma inovação ou uma ideia, é apresentada uma

⁴⁷Órgão auxiliar da União Europeia, eleito diretamente pelos cidadãos, no que diz respeito à assuntos estratégicos, inclusive em âmbito internacional, como exemplo acordos, decisões que interfiram na vida dos cidadãos, orçamentos públicos e outros. Disponível em: https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/european-parliament_pt. Acesso em 10 jan. 2018.

oportunidade no intuito de evoluir o país, imprimindo maiores feitos seja na área da saúde, na área da educação, seja no aumento de produção, seja para alterar alguma coisa que precisa melhorar.

Atualmente, o Brasil investe apenas 1,28% do PIB em inovação, de acordo com dados do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, correspondendo a um valor de R\$ 76 bilhões de reais, enquanto outros países investem cerca de 2,3.

Conforme o gráfico abaixo, o investimento feito em ciência e tecnologia (C&T) por parte do Poder Público ainda está aquém do esperado, quando em comparação com outros país que imprimem esforços em mais de 50%.

2.2.1 Brasil: Dispendio do governo federal em ciência e tecnologia (C&T) (em valores de 2015), por atividade, 2000-2015



Fonte: MCTIC, 2018.

3. HISTÓRICO DO ESTÍMULO DA INOVAÇÃO NO BRASIL A PARTIR DA DÉCADA DE 1990.

Para compreender a importância da inovação no âmbito nacional, necessita-se fazer um estudo acerca do seu desenvolvimento, ao longo do tempo, no Brasil.

Verificou-se que a década de 1990 foi marcada por intensas mudanças no campo da inovação quando comparadas com os anos anteriores, na tentativa de gerar estabilização na economia, tendo em vista a instabilidade do governo no âmbito internacional (KANNEBLEY JÚNIOR, PORTO, 2012).

Deve-se atentar que os anos que antecederam a década de 90 foram marcados pela concentração exclusiva de “concessão de apoio financeiro e creditício às atividades de ciência e tecnologia” sendo essa feita pelas empresas, sem qualquer apoio estatal, conforme Guimarães (KANNEBLEY JÚNIOR, PORTO, 2012). Isto é, sem que haja um suporte de como o investimento deveria ser direcionado ou como será feito tal inovação.

Não é estranho de se perceber que o Poder Público amplia os parques industriais em grandiosidade, com aspectos diferenciados, investe em diversos setores, mas tais investimentos não perpetuam, não logram êxito por motivos de ausência ou de ineficiência de estímulos concedidos, tornando o gasto ineficiente e inútil, e, conseqüentemente, levando o país à perda de capacidade de disputa no mercado internacional, de competitividade. Isso porque não há um direcionamento, um planejamento de como se dará a obra, como serão gastos os investimentos, sem suporte estrutural. Não havendo esse direcionamento, muitos empreendimentos, os “elefantes brancos”, são deixados de lado, apesar de serem potenciais para o desenvolvimento do país (MENDONÇA, 2018). É, portanto, uma bola de neve. Isso porque não havendo o incentivo à inovação em um país com grandes potenciais para alavancar economicamente, conseqüentemente, não há a geração de empregos nesta área inovativa ou a modernização de produtos (VASCONCELLOS, 2009).

Nesse âmbito, urge ressaltar que a ausência da inovação implica diretamente no desenvolvimento econômico brasileiro, limitando seu potencial de ganho de produtividade (KANNEBLEY JÚNIOR, PORTO, 2012). Para os pesquisadores citados na reportagem, Fernanda De Negri e Luiz Ricardo Cavalcante, “décadas de baixo investimento deixaram patente a insuficiência crônica de infraestrutura para sustentar o processo de crescimento econômico brasileiro” (SAKKIS, AFONSO, 2016).

Por outro lado, apesar da insuficiência de estímulo por parte do Poder Público, vale citar o exemplo da Lei da Informática, Lei nº 8.248 de 1991, vigente até os dias atuais, a qual objetivou conceder às empresas a oportunidade de influir no desenvolvimento tecnológico. A lei apresentou-se como o primeiro incentivo fiscal no âmbito nacional, na área de informática e automação, na qual há a redução do Imposto

sobre Produtos Industrializados (IPI) das empresas, quando utilizado. Foi um primeiro passo por meio do qual as atividades de pesquisa e desenvolvimento ampliaram (KANNEBLEY JÚNIOR, PORTO, 2012).

A Lei da Informática, vale dizer, foi singelamente atualizada na Lei nº 11.774/2008, a qual permitiu que aqueles que usufruíam da daquela Lei, também pudessem usufruir dos benefícios trazidos pela Lei do Bem, que será discutida mais adiante. Não se deve desconsiderar, entretanto, os avanços trazidos pela Lei da Informática, a qual serviu como base ou modelo para a confecção da Lei do Bem em relação aos aspectos voltados à tecnologia e inovação.

Reitera-se que, antes do advento da Lei do Bem, Lei nº 11.196/2005, os incentivos fiscais estavam condicionados aos Programas de Desenvolvimento Tecnológico Industrial e Agropecuário (PTDI e PTDA).⁴⁸ Ambos estavam envoltos em uma extensa burocracia que demandava aprovação de órgãos federais, como o Ministério da Ciência e Tecnologia, ou a restrição quanto ao Imposto de Renda, sendo limitado em 50%, para que os projetos pudessem ser efetivamente executados e os benefícios utilizados. Tais programas tinham o objetivo de

“transferir para as empresas a responsabilidade de investir em capacidade tecnológica, permitindo a ampliação do escopo dos investimentos, não se restringindo a apenas P&D&I, mas também possibilitar a redução de custos relacionada a atividades de engenharias de produto, processo e qualidade, ao treinamento de mão de obra e à transferência de tecnologia, entre outras, ganham destaque no contexto mais amplo de capacitação tecnológica na indústria”. (JÚNIOR, PORTO, 2012)

Posteriormente, surgiu a Lei da Inovação, Lei nº 10.973/2004, a qual “refletiu a necessidade do Brasil de possuir dispositivos legais eficientes que contribuíssem para o delineamento de um cenário favorável ao desenvolvimento científico, tecnológico e ao incentivo à inovação” (GARCIA, 2014). Era a abertura do caminho, era o início para a promoção de outros incentivos – inclusive fiscais, como a Lei do Bem, que será analisada mais adiante. Mas não somente isso, a Lei da Inovação tem como objetivo estimular as empresas que priorizam a inovação no âmbito de novos produtos e processos por meio de uma reunião de esforços com Instituições de Ciência e Tecnologia (ICT).

É por meio dessa Lei que foi criado o “arcabouço jurídico-institucional” visando fortalecer as áreas voltadas para pesquisa e produção de conhecimento e o

⁴⁸BRASIL, **Decreto** **nº** **949.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d949.htm. Acesso em 08 dez 2017.

desenvolvimento de um solo propício para a pesquisa tecnológica e científica e, conseqüentemente, a Inovação (RAUEN, 2016).

Entretanto, as boas intenções não se concretizaram. Sobretudo, faltou integração entre as empresas público-privadas, ficando essa aquém dos patamares esperados, principalmente, no que tange à questão de reembolso dos pesquisadores (RAUEN, 2016).

Ou seja, juridicamente, a Lei da Inovação foi um avanço enorme, mas na prática, verifica-se que não há eficiência, não há a transformação em inovação de fato no campo produtivo. O que se verifica é que as universidades levaram isso para o campo de produção de artigos e periódicos, o que garante para elas, maior competitividade, dissociando-se do objetivo produtivo e inovador para o mercado, no ideal rentável e no campo social, para a sociedade e para o país (RAUEN, 2016).

A Lei da Inovação, nesse período em que está vigente, “mostrou-se incapaz, até o momento, de traduzir-se em um efetivo instrumento disciplinador e promotor da interação público-privada para a realização da atividade inovativa no Brasil” (RAUEN, 2016).

Conforme dados do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, o incentivo em inovação apresentou crescimento, porém pouco expressivo quando comparado internacionalmente. No gráfico abaixo, entre 2008 e 2011, no total, o crescimento foi pouco expressivo, confirmando o número ainda baixo de empresas que investem em inovação.

7.3 Percentual de empresas que implementaram inovações que receberam apoio do governo para as suas atividades inovativas, segundo as atividades selecionadas da indústria, do setor de eletricidade e gás e dos serviços, 2000/2011

Ano ⁽³⁾	Atividades selecionadas da indústria e dos serviços ⁽¹⁾			
	Total	Indústria ⁽²⁾	Serviços	Eletricidade e Gás
2000	...	16,9
2003	...	18,7
2005	18,8	19,2	14,5	...
2008	22,3	22,8	16,3	...
2011	34,2	34,6	30,0	27,9

Fonte (s): Pesquisa de Inovação Tecnológica (Pintec), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, Tabela 1.1.18 (2011), Tabelas 1.1.20 (2003, 2005, 2008) e Tabela 9 (2000).

Fonte: MCTIC, 2018.

Em 2016, com a Lei 13.243, criou-se o chamado “Código de Inovação⁴⁹”, com vistas a melhorar e atualizar determinados pontos na Lei de Inovação que permitissem a sua verdadeira incidência no ambiente tecnológico e de pesquisa, garantindo maior flexibilidade e acesso àqueles que irão se beneficiar.

Um dos pontos fortes de alteração do Código em relação à Lei de Inovação foi quanto à insegurança jurídica, um dos grandes entraves da sua efetiva implementação, trazendo mais objetividade e clareza. Isso porque, devido a essa insegurança, a questão do controle no desenvolvimento da pesquisa era divergente nos polos público e privado. Além disso, a questão de incorporação de empresas privadas sem fins lucrativos e aquelas que já estavam voltadas à produção de inovação nacional no SNI (Sistema Nacional de Inovação) foi permitida. Isto é, se aliou o que já estava sendo desenvolvido para convergir benefícios no intuito de gerar maior alcance da inovação. (RAUEN, 2016)

4. A LEI DO BEM E SEUS PRINCIPAIS BENEFÍCIOS: MECANISMO DE EXTRAFISCALIDADE

De acordo com Geraldo Ataliba, citado por Ribeiro e Castro, a extrafiscalidade consiste no “emprego deliberado do instrumento tributário para finalidades não financeiras, mas regulatórias de comportamentos sociais, em matéria econômica, social e política” (RIBEIRO, CASTRO, 2013).

Vale reiterar as palavras de Marcus de Freitas Gouvêa, quando abarca a ideia de que o regime tributário é

“meio de realizar tais políticas voltadas a atingir os fins e valores constitucionalmente estabelecidos, tanto pela incidência de utilização quanto pela sua eficácia, que deve ser tomada *ex ante*, vale dizer, por presunção legal relativa”. (GOUVÊA, 2006).

A Lei do Bem, Lei nº 11.196/2005, inicialmente, apresentou-se como uma Medida Provisória nº 252, também conhecida como MP do Bem, trazendo como grande novidade um diferenciado pacote de incentivos fiscais distintos daqueles então vigentes relacionados à “inovação tecnológica” (GARCIA, 2014).

⁴⁹ Tal lei regulamenta a Emenda Constitucional (EC) nº 85/2015 que dispõe sobre as alterações na Constituição acerca das atividades de tecnologia, ciência e inovação e seus respectivos tratamentos.

Com isso, teve como escopo consolidar os incentivos que estimulavam e estimula os investimentos privados em P,D&I (Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação), tendo em vista que, até então, grande parte dos incentivos para a inovação tecnológica eram oriundos do setor público. A novidade, portanto, está na atuação desse incentivo em relação ao risco tecnológico, atraindo aquelas empresas que se mostram resistentes em arriscar, seja no produto, seja no processo relacionado ao produto, tendo em vista que tal fase é a que se mostra mais incerta do processo, imprimindo maior confiança para os investidores.

Obviamente, trata-se de mecanismo extrafiscal, por meio do qual o Poder Público pretende “estimular ou desestimular comportamentos, de acordo com os interesses da sociedade” (RIBEIRO, CASTRO, 2013).

Assim, a política pública supra definida revelou-se extremamente relevante em termos de desenvolvimento tecnológico. De acordo com o Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços, haverá uma parceria desse Ministérios juntamente com a Financiadora de Estudos e Projetos no intuito de alavancar o desenvolvimento na área de tecnologia.

É uma política que está sendo adotada com o objetivo de instigar e permitir subsídios suficientes, objetivos e seguros para que as empresas possam alavancar na pesquisa tecnológica e inovativa, mostrando-se indispensável para que o país se desenvolva de maneira competitiva. Não é à toa que a equação para o progresso do país consiste em “um progresso contínuo de inovação tecnológica” (SANCHES, BARBALHO, 2017), tendo em vista os benefícios que podem ser levados aos âmbitos social e ambiental para a comunidade como um todo. Isso, conseqüentemente, imprime reforço nas políticas públicas, por meio do uso de incentivos fiscais, para fomentar as atividades de Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação (P&D&I).

Nas palavras de Eder Angelo e Sanderson César, a Lei do Bem é “uma política de fomento à inovação que faz parte das políticas expansionistas estratégicas do governo para o desenvolvimento científico e tecnológico no Brasil” (SANCHES, BARBALHO, 2017). Visa, além disso, que as empresas tenham seus impostos relacionados à esses tipo de atividade reduzidos.

Foi por meio dessa Lei que os empecilhos e entraves, herança das Leis anteriores à Lei nº 11.196/2005, quanto à inovação no Brasil foram reduzidos, permitindo maior acesso ao uso dos incentivos fiscais, corroborando para que houvesse uma gama de empresas ingressando na utilização deles nos mais diversos setores e áreas produtivas

(SANCHES, BARBALHO, 2017). De acordo com dados do Anuário Valor Inovação Brasil, o número de empresas que investiram em inovação passou de 20% para 24%. Essas são empresas que investem pelo menos 5% em pesquisa e desenvolvimento (P&D) (DATT, MEIRELLES, 2017). Para Alessandro Mendes, citado na reportagem, “a preservação dos incentivos fiscais previstos na Lei do Bem é essencial como estratégia de reforço dos investimentos privados em pesquisa e desenvolvimento” (DATT, MEIRELLES, 2017).

Em termos econômicos, esse incentivo fiscal permitiu que os custos relacionados à P&D&I fossem reduzidos, indiretamente, uma vez que os impostos relativos às atividades com inovação diminuíram (CALZOLARIO, DATHEIN, 2012).

Reitera-se que as empresas poderão ter como benefício, preenchidas as exigências legais, a “dedução de dispêndios operacionais” no que diz respeito ao Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ) e a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) (PROTEC, 2013).⁵⁰ É através de um “sistema de compensação ao investimento que envolve desonerações tributárias” que o investimento em P&D&I se torna altamente (SANCHES, BARBALHO, 2017). Além disso, a questão da “subvenção econômica e o financiamento reembolsável”, que estão diretamente relacionados com o regime de Lucro Presumido e Simples Nacional, amplamente utilizados pelas micro e pequenas empresas, também permite que essas ingressem na produção tecnológica e inovativa. (SANCHES, BARBALHO, 2017)

O objetivo central da lei seria reduzir a carga tributária quanto aos dispêndios realizados nas atividades de Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação na qual

“as empresas possam usufruir, proporcionando significativas reduções no Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e na Contribuição Social sobre o Lucro Líquido, a partir da dedução, para efeito de apuração do lucro líquido, dos dispêndios realizados em pesquisa, desenvolvimento e inovação.” (SANCHES, BARBALHO, 2017).

Assim, a Lei do Bem, sinteticamente, garante, às pessoas jurídicas, a oportunidade de realização de realizem pesquisas na área de tecnologia e desenvolvimento da inovação tecnológica. Além disso, há também o uso de incentivos

⁵⁰ Art. 17. A pessoa jurídica poderá usufruir dos seguintes incentivos fiscais:

I - dedução, para efeito de apuração do lucro líquido, de valor correspondente à soma dos dispêndios realizados no período de apuração com pesquisa tecnológica e desenvolvimento de inovação tecnológica classificáveis como despesas operacionais pela legislação do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica - IRPJ ou como pagamento na forma prevista no § 2º deste artigo;

§6º -A dedução de que trata o inciso I do caput deste artigo aplica-se para efeito de apuração da base de cálculo da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL.

fiscais, seja em relação ao desenvolvimento de novos produtos ou de novos processos, o melhoramento quanto à qualidade ou produtividade, permitindo e garantindo aumento de competitividade no mercado (PEREIRA, 2013).

De acordo com resultados do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, o número de empresas participantes do incentivo fiscal da Lei do Bem aumentou em relação às que não abarcam tal benefício:

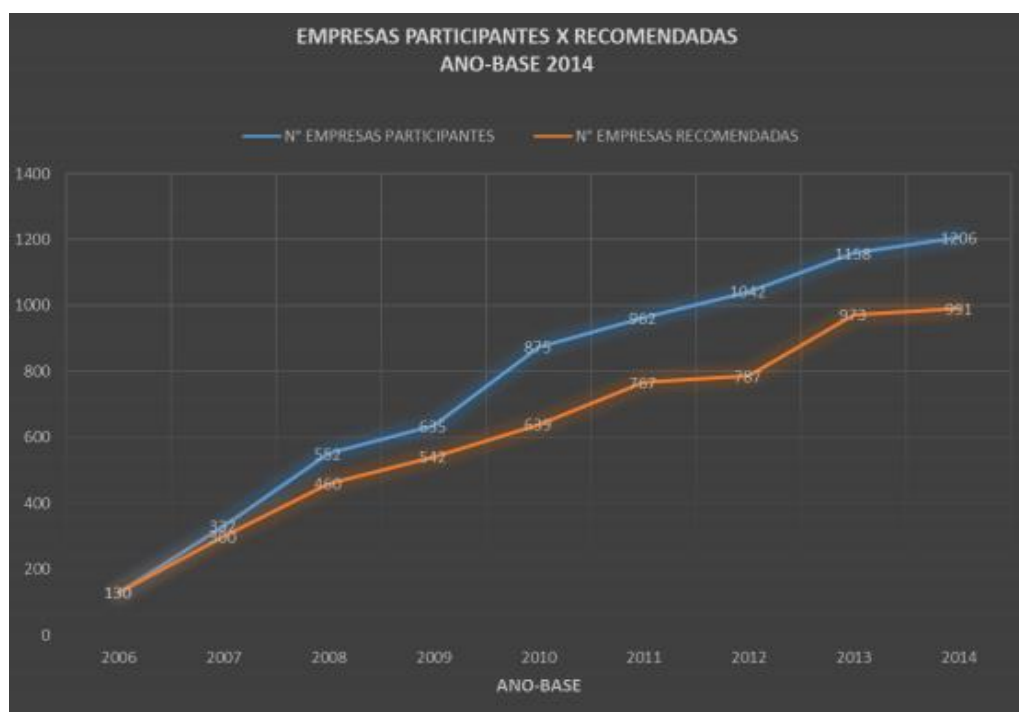


Gráfico 5. Número de empresas Participantes x Recomendadas pelo MCTIC

Fonte: MCTIC, 2017

5. ENTRAVES À APLICAÇÃO DA LEI DO BEM

Apesar dos diversos benefícios apresentados e abraçados pela Lei do Bem, verifica-se que um dos entraves é a questão do risco tecnológico, uma vez que o destino a que se aplica a Lei nº 11.196/2005 são inovações de produto ou processo na fase que pode gerar maior insegurança para a empresa. Isto é, tal risco engloba o impacto, expectativa ou impressão que a inovação terá sob o produto ou processo que a empresa decidir incentivar. (GARCIA, 2014).

Em relação ao risco tecnológico e a insegurança jurídica dos projetos de inovação e pesquisa tecnológica, esses consistem em empecilhos na utilização da Lei do Bem uma vez que “a análise *ex post* pode resultar na insegurança jurídica das

empresas que não tiverem seus projetos recomendados, pois é hipótese de incidência de multas e devolução dos incentivos já utilizados” (SANCHES, BARBALHO, 2017). Isso porque os projetos de pesquisa devem ser aprovados pelo Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC) no exercício anterior. Por outro lado, de acordo com MCTIC, isso deveria ser visto como um incentivo para melhorar a performance no próximo ano no que tange ao “grau de maturidade das empresas em termos de P&D&I (Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação)” tendo em vista que quanto mais madura nesse âmbito a empresa é, mais segurança há para o desenvolvimento de projetos nessa área. (SANCHES, BARBALHO, 2017) Isso corrobora positivamente para ambas as partes tendo em vista que confere confiança entre elas, Poder Público e empresas que serão beneficiadas, permitindo que a inovação não deixe de ser estimulada.

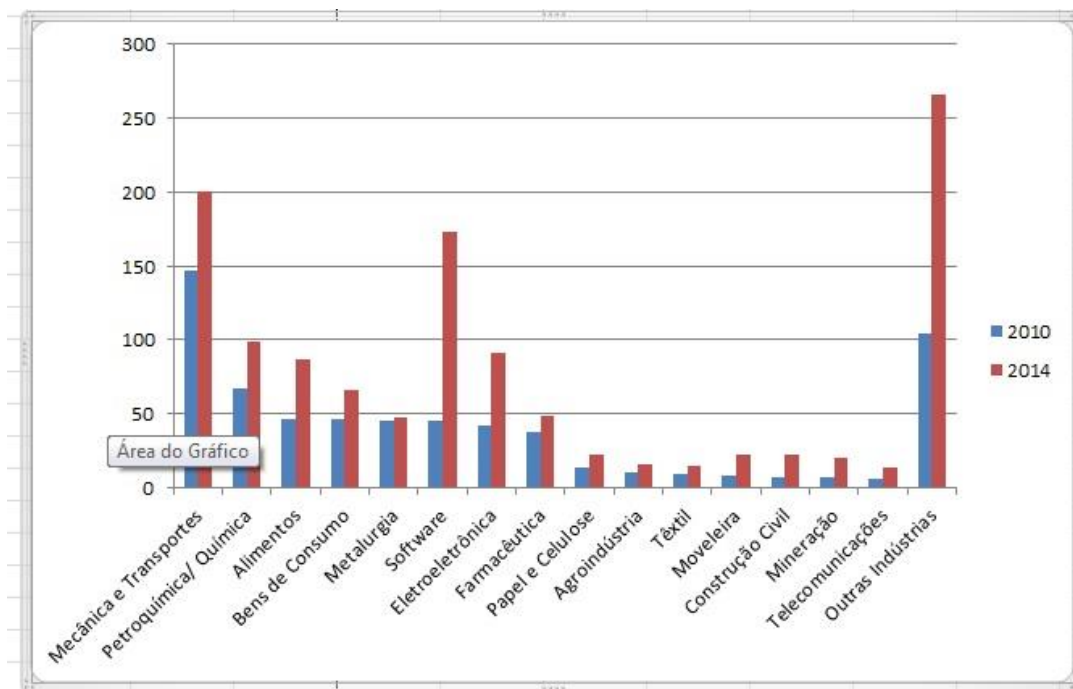
Além desse, há também a pouca divulgação da legislação, tendo em vista a ausência de publicações por parte do Poder Público e a disparidade de número de empresas que incentivam em diferentes regiões. Esse fator consiste no fato de que muitas empresas poderiam ser beneficiadas, mas não são devido à falta ou ineficiência de informações úteis e necessárias desses benefícios a elas pela União. Conforme salienta Caroline Memória, por meio de palestras, seminários, cursos oferecidos pelo Poder Público, destinados à área privada, com o esclarecimento de dúvidas acerca da insegurança jurídica para inovar, o cenário poderia ser modificado. Conseqüentemente, esse quadro se altera quando há publicações dos benefícios que são oferecidos e dos resultados que podem ser alcançados. Afinal, como salientam Eder e Sanderson,

“com pouco esforço na divulgação da lei a demanda de empresas incentivadas pode ser aumentada consideravelmente, sinalizando um futuro promissor à inovação pela Lei do Bem no Brasil”. (SANCHES, BARBALHO, 2017)

Outro empecilho é a falta de direcionamento quanto à área a ser inovada e desenvolvida pelo governo implica em perda de priorização. Isto é, o governo deixa de investir em uma área que pode corroborar em melhorias para o país em detrimento de outra. Isso reflete na ausência de importância dada ao que se mostra indispensável futuramente, como no caso da saúde e suas melhorias para com os cidadãos (GOUARDÈRES, HORL, 2017).

Um exemplo disso seria a concentração de incentivo na área de Transporte e de Eletroeletrônica, conforme o gráfico a seguir que compara as empresas declaradas por

área de incentivo nos anos de 2010 e 2014, com base nos respectivos relatórios anuais do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC).



Fonte: Arquivo produzido pela autora.

Isto é, não se verifica por parte do Poder Público uma clara objetividade em qual área deve-se inovar, não havendo diversificação em áreas como a Agroindústria e Têxtil, por exemplo, conforme o gráfico supra mencionado.

Ademais, conforme estudo feito pelo Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC), em 2008, cerca de 70,3% dos dispêndios em P&D estavam voltados para “às indústrias de petróleo, automobilística e aeronaves”, áreas que já estão consolidadas na produção brasileira (ZUCOLOTO, 2010). Em síntese,

[...] este instrumento ainda não foi capaz de estimular a diversificação setorial destes investimentos no Brasil, dado que seus benefícios são majoritariamente capturados por setores que já desenvolviam esta atividade (ZUCOLOTO, 2010).

Não é de se espantar que as regiões Sudeste e Sul sejam as que mais possuem empresas beneficiadas pela Lei do Bem. Isso ocorre devido a uma série de fatores que englobam a questão de concentração de capital nessas áreas, a precariedade de divulgação e, conseqüentemente, na pouca utilização do benefício. Apesar de haver aumento no número de empresas que aderem esse tipo de incentivo, a pouca difusão nas demais regiões do país implica em avanços e desenvolvimento social do país de

forma ineficaz. Isso também está relacionado com o fato de a região fabril e industrial estar mais concentrado nessas regiões, Sul e Sudeste, do que nas demais regiões (SANCHES, BARBALHO, 2017). Isso consiste, portanto, em um fator limitante para que haja desenvolvimento nacional com base nos incentivos fiscais

De acordo com o gráfico abaixo, retirado do Relatório Anual de Incentivos Fiscais de 2008, verifica-se que há uma disparidade em relação ao número de empresas participantes, corroborando para que o incentivo seja pouco utilizado.

Tabela 2. Número de empresas Participantes por Região no Brasil

Regiões	EMPRESAS DECLARADAS X ANO-BASE								
	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Norte	1	3	9	7	9	16	18	19	26
Nordeste	3	16	27	24	30	37	41	44	43
Centro-Oeste	1	1	1	8	8	18	17	22	22
Sudeste	73	192	311	366	502	567	634	711	727
Sul	52	121	204	230	326	324	332	362	388
TOTAL	130	333	552	635	875	962	1.042	1.158	1.206

Fonte: MCTIC/SETEC/CGIT

É notório salientar e enfatizar o problema da gestão tecnológica. Esse tipo de entrave implica em dificuldades na gestão da própria empresa, no que diz respeito, por exemplo, à separação de contas da empresa, no aspecto contábil (PROTEC, 2013). Mas, isso também reflete a dificuldade de saber quais são as informações necessárias para enviar ao MCTIC devido a uma falta de regularização quanto aos gastos com os projetos de inovação. Apesar de a Receita Federal ter apresentado uma Instrução Normativa, a Instrução Normativa nº 1.187, de 29 de agosto de 2011,⁵¹ isso foi insuficiente para erradicar o problema.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do estudo acerca da Lei do Bem, podem ser apontadas algumas considerações acerca do analisado anteriormente, com base nas estatísticas levantadas e estudos empreendidos em relação ao tema.

⁵¹ Disciplina os incentivos fiscais às atividades de pesquisa tecnológica e desenvolvimento de inovação tecnológica de que tratam os arts. 17 a 26 da Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=16160&visao=anotado>. Acesso em 24 Jan. 2018.

Verificou-se que a Lei do Bem, com os benefícios que traz para a inovação, se bem executada, consiste em um incentivo fiscal valioso para o desenvolvimento do país no que diz respeito à tecnologia. Apesar de ainda existirem entraves que impeçam a consolidação da Lei do Bem, notou-se que o número de empresas que utilizam o benefício aumentou, o que permite concluir que há busca por esse incentivo e pelo que ele beneficia às empresas que o utilizam, isto é, dedução da tributação em relação aos gastos com pesquisa, desenvolvimento e inovação no momento de maior risco tecnológico.

Para tanto, a fim que tais entraves fossem solucionados, seria necessário, por parte do Poder Público, engajamento para que fossem esclarecidas as informações que devem ser transmitidas ao Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC), por meio de divulgação dessas em seminários, palestras, cursos, o que agregaria em maior segurança jurídica para investimentos na área de tecnologia.

Além disso, deve-se atentar para uma distribuição regional melhor do incentivo, não apenas nas regiões Sul e Sudeste, tendo em vista a disparidade econômico-social existente, além de diversificar as áreas para as quais estão sendo destinados esses benefícios.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/11196.htm>. Acesso em: 3 nov 2017.

BRASIL, Presidência da República. **Decreto nº 949**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d949.htm. Acesso em 08 dez 2017.

BRASIL, Presidência da República. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, MCTIC **Incentivos ao Desenvolvimento**. Disponível em: http://www.mctic.gov.br/mctic/opencms/tecnologia/incentivo_desenvolvimento/lei_bem/_bem/Lei_do_Bem.html. Acesso 10 dez 2017.

BRASIL. Presidência da República. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações, MCTIC. **Relatório Anual de Incentivos Fiscais**. Disponível em: http://www.mctic.gov.br/mctic/export/sites/institucional/arquivos/veja_tambem-lei_bem/Relatorio-Anual-Lei-11.196-05-Ano-Base-2014-Retificado.pdf. Acesso em 09 jan 2018.

BRASIL, Presidência da República. Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços. **Parceria vai promover desenvolvimento tecnológico no Brasil.** Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/ciencia-e-tecnologia/2017/05/parceria-vai-promover-desenvolvimento-tecnologico-no-brasil>. Acesso em: 12 jan. 2018.

CALZOLARIO, Aziz Eduardo; DATHEIN, Ricardo. **Políticas Fiscais de Incentivo à inovação: uma avaliação da Lei do Bem.** 2012. Porto Alegre.

CEROY, Frederico Meinberg, **Uber, Spotify e Netflix: A ponta do iceberg da economia compartilhada?** Tecnologias emergentes, 2015. Disponível em: <http://computerworld.com.br/uber-spotify-e-netflix-ponta-do-iceberg-da-economia-compartilhada>. Acesso em 08 dez. 2017

DATT, Felipe; MEIRELLES, Guilherme. **Empresas investem em inovação, com perspectiva de sair da crise.** Disponível em: <http://www.valor.com.br/empresas/5025334/empresas-investem-em-inovacao-com-perspectiva-de-sair-da-crise>. Acesso em 11 jan. 2018.

GARCIA, Christimara; et al. **Lei do Bem: como alavancar a inovação com a utilização dos incentivos fiscais.** 2014. Editora Pillares. São Paulo.

GOUARDÈRES, Frédéric; HORL, Susanne. **Política de Inovação.** Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_5.9.7.pdf. Acesso em 08 nov. 2017

GOUVÊA, Marcus de Freitas. **A extrafiscalidade no Direito Tributário.** 2006. Editora Del Rey. Belo Horizonte.

IBGE, **Pesquisa de Inovação.** Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/multidominio/ciencia-tecnologia-e-inovacao/9141-pesquisa-de-inovacao.html?&t=series-historicas>. Acesso: 08 jan 2018.

JÚNIOR; Sérgio Kannebley; PORTO, Geciane Silveira. **Incentivos Fiscais à Pesquisa, Desenvolvimento e Inovação no Brasil: uma avaliação das políticas recentes.** (2012). BID.

MEMÓRIA, Caroline Viriato. **Poucas empresas usam incentivos fiscais à inovação?** Disponível em: <http://www.valor.com.br/opiniao/3094898/poucas-empresas-usam-incentivos-fiscais-inovacao>. Acesso em 09 jan 2018

MENDONÇA, Renata. **Três anos após início da Copa, ‘elefantes brancos’ servem até de escola para reduzir prejuízo.** Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-40226673>. Acesso em 11 jan. 2018.

O GLOBO, Agência. Brasil fica estagnado em ranking mundial de inovação. Notícias, 2017. Disponível em: <http://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2017/06/brasil-fica-estagnado-em-ranking-mundial-de-inovacao.html>. Acesso em 18 dez. 2017

PEREIRA, José Matias. **Uma avaliação das políticas públicas de incentivo a inovação tecnológica no Brasil: a Lei do Bem.** 2013. Brasília.

PROTEC; **Lei do Bem: Poucas empresas usam incentivos fiscais à inovação?**. Disponível em: <http://www.leidobem.com/lei-do-bem-poucas-empresas-usam-incentivos-fiscais-a-inovacao/>. Acesso em 10 dez 2017

RAUEN, Cristiane Vianna. **O novo marco legal da inovação no Brasil: o que muda na relação ICT-Empresa?**. 2016. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA).

RIBEIRO, Maria de Fátima; CASTRO, Aldo Aranha de. **Políticas Públicas Tributárias, Desenvolvimento e Crise Econômica**. 2013.

SANCHES, Eder Angelo; BARBALHO, Sanderson César Macedo. **Lei do Bem no Brasil: Evolução Histórica, Efeitos e o Futuro**. 2017. Brasília

SAKKIS, Ariadne. **Inovação no Brasil vai na contramão do mundo**. Disponível em: <http://www.portaldaindustria.com.br/agenciacni/noticias/2017/10/inovacao-no-brasil-vai-na-contramao-do-mundo/>. Acesso em: 10 jan. 2018.

VASCONCELLOS, Roberto França de. Et al. **Direito Tributário – Política Fiscal**. 2009. Editora Saraiva.

SAKKIS, Ariadne; AFONSO, Ismália. **Problemas estruturais dificultam crescimento da produtividade brasileira**. Disponível em: <http://www.portaldaindustria.com.br/agenciacni/noticias/2016/04/problemas-estruturais-dificultam-crescimento-da-productividade-brasileira/> Acesso: 08 dez 2017.

ZUCOLOTO, Graziela Ferrero. **Lei do Bem: impactos nas atividades de P&D no Brasil**. 2010. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA).

**TRIBUTAÇÕES E POLÍTICAS PÚBLICAS:
O SIMPLES COMO MECANISMO DA POLÍTICA PÚBLICA
DE GERAÇÃO DE EMPREGO. UMA ANÁLISE CRÍTICA.**

Yara Santos de Oliveira Gomes⁵²

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa se dedica a demonstrar como as políticas públicas tributárias podem ser incisivos instrumentos para promover a geração de empregos. Diante disso, realizaremos um recorte teórico sobre a análise da Lei do Simples Nacional analisando-o como política pública tributária e o aspecto extrafiscal da Lei.

Diante da atual situação econômica do Brasil, procuram-se saídas para o problema do avanço do índice de desemprego. Acredita-se inclusive que a geração de novos postos de trabalho auxiliará no desenvolvimento financeiro do país. A falta de empregos é responsável por diversos problemas sociais, por exemplo, o aumento da criminalidade e problemas de saúde psicológica. Com a falta de empregos, alguns cidadãos, para a garantia da subsistência de sua família, recorrem à criminalidade para obterem seus recursos. Outra questão importante é que com a falta de emprego alguns cidadãos são tomados por depressão, pois veem-se inúteis por não conseguirem prover nem mesmo no próprio sustento.

Desde a Era Vargas (1934), o Constituinte vem se preocupando com os direitos do trabalhador e com a garantia da empregabilidade. A Constituição da República de 1988 não é diferente, portanto devem os entes federados se preocuparem em realizar políticas públicas para garantir o acesso ao trabalho.

Assim, será levantada a hipótese de que a simplificação tributária trazida pelo Simples Nacional pode contribuir para a geração de empregos. Portanto, o objetivo dessa pesquisa é demonstrar como o Direito Tributário através do viés extrafiscal pode regular a sociedade, contribuir para a solução de problemas sociais e criar políticas públicas.

⁵² Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Diante do exposto, esse trabalho terá como referencial teórico um viés científico e dogmático, será estudada a Lei do Simples Nacional e também um viés sociológico no que diz respeito aos aspectos da falta de emprego.

O método a ser adotado será a análise da Lei do Simples Nacional Lei nº 123/2006 e os impactos da simplificação tributária para promover a geração de empregos, o que será demonstrado através de dados coletados junto à Receita Federal, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Serasa e Sebrae. Somado a isso, serão tratados os possíveis impactos das mudanças feitas no Simples Nacional a partir da Lei Complementar nº 155/2016, que ampliou as atividades abrangidas pelo Simples, quanto à geração de empregos.

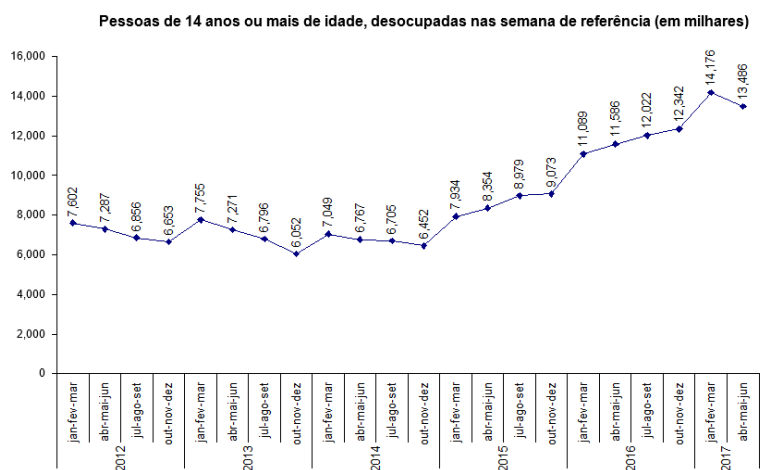
2. DA FALTA DE EMPREGOS COMO PROBLEMA SOCIAL

2.1. DA SITUAÇÃO DE CRISE ECONÔMICA E DO AUMENTO DO DESEMPREGO

Em situação de crise financeira é recorrente a redução dos postos de trabalho. Isso ocorre, pois as empresas, diante da queda na demanda ou em situação de falência, precisam cortar seus gastos e conseqüentemente demitem seus funcionários.

A Revista Pequenas Empresas Grandes Negócios, publicou uma matéria intitulada como “50 maneiras de cortar custos” em Março de 2010, dentre as formas levantadas, oito eram relacionadas aos Recursos Humanos inclusive os gastos decorrentes da contratação. Essa matéria permite perceber como, muitas vezes, para manter o negócio funcionando, é necessário o corte de pessoal.

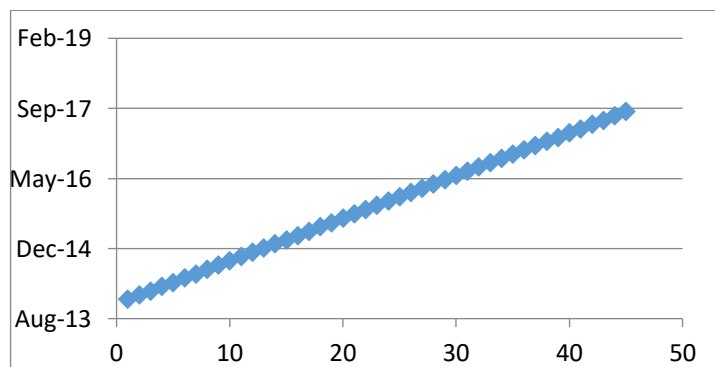
O IBGE (2017) traz dados precisos sobre esse fenômeno:



Fonte: INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (2017)

O gráfico acima demonstra o crescente aumento do número de desempregados no país de Janeiro 2015 a Março de 2017. Esse aumento no desemprego se deveu tanto ao corte de gastos quanto ao aumento do número de empresas falidas. Segue gráfico abaixo conforme dados retirados do Serasa (2017).

Falência de Empresas de Grande Porte de 2014 a 2017



Fonte: Dados retirados do Serasa (2017), planilha de autoria própria.

Portanto, é evidente que o índice de desemprego teve um aumento considerável nos últimos anos e essa situação é consequência da atual crise financeira. Essa realidade traz impactos danosos ao trabalhador, o que trataremos a seguir.

2.2. A FALTA DE EMPREGO E OS IMPACTOS AO TRABALHADOR

O ser humano conforme Andrei e outros (1996), cria a sua própria história a partir da perspectiva do trabalho. As relações do homem na sociedade se dão por meio do trabalho e através do trabalho que o homem constrói a própria sociedade.

A psicóloga organizacional Vanessa Rissi, em entrevista para o jornal “O Nacional”, no mesmo sentido diz:

A importância do trabalho na vida do ser humano vai muito além do fato de que, através dele, satisfazemos nossas necessidades básicas. O trabalho, por si só, é revelador da nossa humanidade, uma vez que possibilita ação transformadora sobre a natureza e si mesmo. Além disso, a nossa capacidade inventiva e criadora é exteriorizada através do ofício que realizamos. (MENDES, 2013)

O labor é uma forma de realização do homem tanto para a criação como para a própria manutenção. A sociedade também cobra do cidadão que ele se ocupe com algum trabalho, as primeiras cobranças já surgem na infância e permanecem até a vida adulta. Além disso, o trabalho é a forma como o homem é identificado, sempre que as pessoas se apresentam dizem as suas atribuições. Sobre isso a psicóloga argumenta:

O trabalho é um meio inexorável da existência humana e constituinte da identidade do sujeito. Isto significa que cada um se torna o que é por meio do ofício que executa. Através do trabalho as pessoas podem imprimir sua marca, o seu registro. Isto tanto é verdadeiro que quando não conhecemos uma pessoa e, então, perguntamos ‘quem é fulano?’, a resposta sempre estará relacionada a função executada no mundo do trabalho: ‘ele é professor da escola x, ele é vendedor da empresa y, é médico’, e assim por diante. (MENDES, 2013)

Isso posto, passa-se à análise dos problemas decorrentes da falta do trabalho.

2.3. DOS PROBLEMAS SOCIAIS DECORRENTES DA FALTA DE EMPREGO

Dito isso, para exemplificar a importância do trabalho, será demonstrada a sua relação com o aumento da criminalidade e os problemas psicológicos.

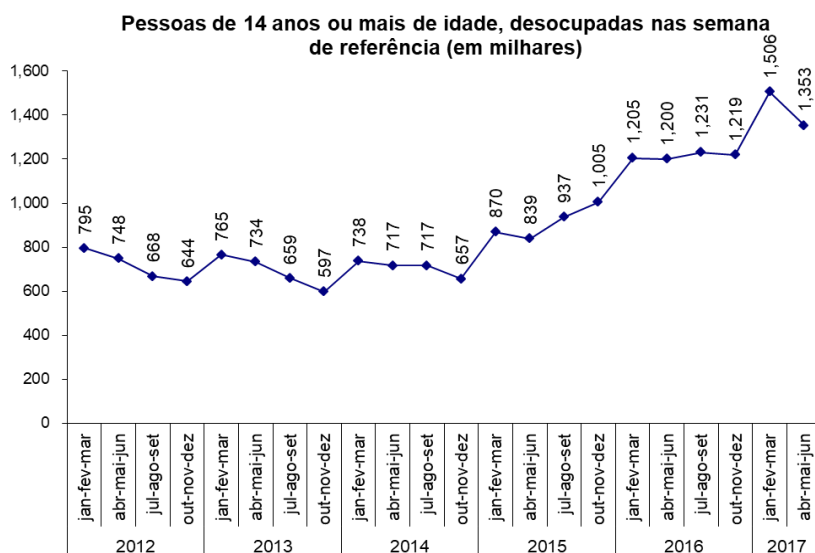
2.3.1. DO AUMENTO DA CRIMINALIDADE

Existe uma relação direta entre o desemprego e o aumento da criminalidade. Segundo Rodrigo Leandro de Moura (2016), professor e pesquisador do Instituto

Brasileiro de Economia da Fundação Getúlio Vargas (Ibre- FGV), o índice de desemprego tem relação com o aumento da criminalidade.

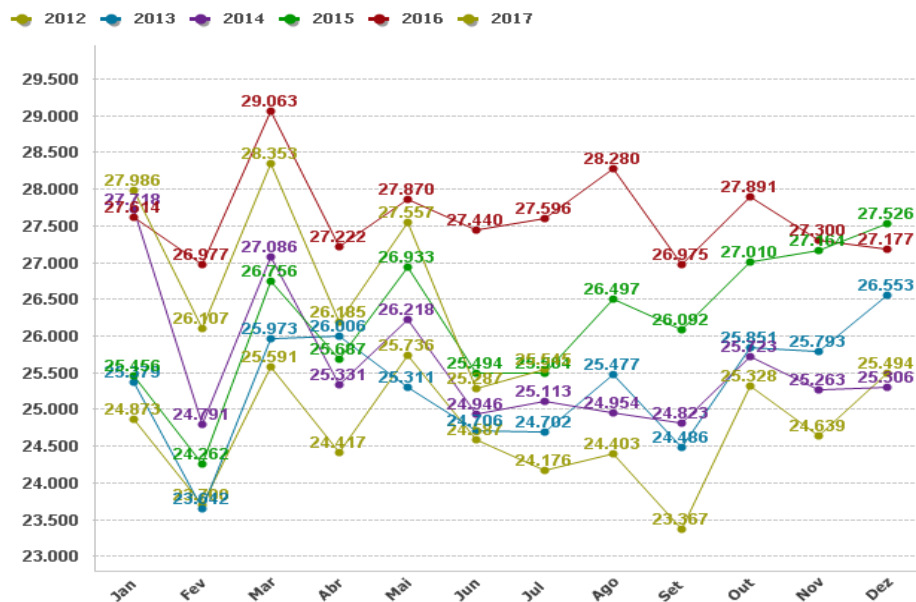
Esse processo de desaceleração econômica, que se reflete num aumento do desemprego, pode levar a aumentos crescentes da criminalidade, independentemente de qual grupo é afetado pela piora do mercado de trabalho, jovens ou adultos, com ensino fundamental ou médio incompleto. Assim, além do desemprego, o brasileiro pode se deparar com um aumento da criminalidade, o que atrasa o desenvolvimento econômico e institucional do país, visto que o investimento em educação é prejudicado em um contexto de elevada criminalidade. Essa relação decorre do fato de que os pais tendem a investir mais na educação dos filhos quando a expectativa de vida ao nascer aumenta, devido, por exemplo, a uma taxa de homicídios menor. (MOURA, 2016).

A fim de realizar uma análise mais específica sobre a redução do número de empregos, observa-se nos gráficos a seguir a quantidade de pessoas desempregadas em Minas Gerais de idade igual ou superior a 14 (quatorze) anos e o índice de criminalidade neste estado no mesmo período.



Fonte: INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (2017).

ÍNDICE DE FURTO, LESÃO CORPORAL E EXTORSÃO EM MG



Fonte: POLÍCIA MILITAR DE MINAS GERAIS (2017).

Diante das tabelas apresentadas e do apresentado pelo professor Rodrigo Leandro de Moura, é possível defender a tese de que o desemprego tem relação direta com a criminalidade. Como se verifica acima, no Estado de Minas Gerais, de 2012 a 2017, foi crescente o aumento dos crimes de roubo, extorsão e Lesão Corporal, assim como foi crescente o desemprego no mesmo período.

2.3.2. DOS PROBLEMAS PSICOLÓGICOS

Outro problema social importante a se acrescentar é a relação da taxa de desemprego com a condição psicológica da pessoa. Observa-se a tabela:

Tabela 1: Médias dos Escores de Deterioração do Bem-estar Psicológico por Situação Ocupacional

Empregados		Desempregados		Teste T
Média	Desvio-padrão	Média	Desvio-padrão	
9,79	5,83	12,34	6,88	4,431 para p< ,001

Fonte: ARGOLO (2017)

Conforme verificado, a pessoa desempregada tem seu bem estar psicológico deteriorado. Essa questão parece ser pessoal e impactar apenas a pessoa

desempregada, entretanto não o é. A deterioração do bem estar psicológico impacta a sociedade como um todo em diversos âmbitos inclusive no que tange a saúde pública.

Com isso, é evidente que existe uma necessidade real de que sejam implantadas ações para a diminuição dos índices de desemprego não só para a geração de renda e o desenvolvimento econômico, mas também para a redução da criminalidade e a promoção da saúde psicológica social. Portanto, é evidente a importância da criação de efetivas Políticas Públicas para dirimir esse problema.

3. DA TRIBUTAÇÃO COMO FORMA DE PROMOVER POLÍTICAS PÚBLICAS E O PAPEL DA UNIAO

As Políticas Públicas são incentivos do Estado para diminuir os problemas sociais ou impedir que esses ocorram. Abaixo o conceito de Políticas Públicas por Eduardo Fernando Appio (2004).

As políticas públicas podem ser conceituadas, portanto, como instrumentos de execução de programas políticos baseados na intervenção estatal na sociedade com a finalidade de assegurar igualdade de oportunidades aos cidadãos, tendo por escopo assegurar as condições materiais de uma existência digna a todos os cidadãos.” (APPIO.2004, p. 217)

Assim, as Políticas Públicas são formas de intervenção do Estado para garantir o bem estar social dos cidadãos de forma equitativa. Conforme bem explica Appio, elas visam assegurar condições de subsistência digna a todos os cidadãos independente de sua situação econômica e promover a igualdade de oportunidades.

Os recursos econômicos são essenciais para o Estado promover suas políticas públicas, fazer seus investimentos e para custear seus gastos. Diante disso, o Estado recorre ao sistema tributário para auferir recursos para realizar suas atribuições através da fiscalidade e extrafiscalidade.

As taxas, impostos, contribuição de melhoria, contribuições sociais e empréstimos compulsórios são espécie de tributos, mas a tributação não se restringe a auferir rendimentos por essas vias, ou seja, a principal atribuição dos tributos nem sempre é arrecadação de recursos financeiros. A tributação possui também função extrafiscal e parafiscal.

Hugo de Brito (2006) conceitua as funções do tributo da seguinte forma:

a) Fiscal, quando seu principal objetivo é a arrecadação de recursos financeiros para o Estado. b) Extrafiscal, quando seu objetivo principal é a interferência no domínio econômico, buscando um efeito diverso da simples

arrecadação de recursos financeiros.c) Parafiscal, quando o seu objetivo é a arrecadação de recursos para o custeio de atividades que, em princípio, não integram funções, próprias do Estado, mas este as desenvolve através de entidades específicas. (MACHADO, 2006, p. 89).

A esse trabalho interessa a função extrafiscal do tributo, assim será analisada a forma como a tributação pode intervir a fim de gerar empregos.

Nesse mesmo sentido, Ataliba (1990) define a extrafiscalidade da seguinte forma:

A extrafiscalidade consiste no uso de instrumentos tributários para a obtenção de finalidades não-arrecadatórias, mas estimulantes, indutoras ou coibidoras de comportamentos, tendo em vista outros fins, a realização de outros valores constitucionalmente consagrados. (ATALIBA, 1990, p. 223).

Como expressa o autor, a extrafiscalidade é uma forma de intervenção estatal visando resolver questões sociais através das vias tributárias. Essas questões sociais são tratadas por Ataliba como os valores constitucionalmente consagrados.

A função fiscal do tributo também possui um viés social, visto que o recolhimento tributário é para que se cumpra a função do Estado, contudo, difere da função extrafiscal pois nessa o objetivo principal não é a arrecadação e sim a interferência no domínio econômico.

A autora Maria de Fátima Ribeiro (2008), em sua obra 'Direito Tributário e segurança jurídica', enaltece a importância da função social da tributação.

Enfim, é tributação social aquela que respeita o que é inerente à sociedade no contexto social dos ditames constitucionais. Por isso, referida tributação deve privilegiar as necessidades essenciais da população, destacando-se a alimentação, saúde, vestuário, moradia, educação, acesso ao trabalho, livre iniciativa, livre concorrência entre outros pontos. Na prática, tais posições devem ser efetivadas por meio de leis incentivadas ou com tributações simbólicas. Pelo intervencionismo político-social introduz-se na tributação o fim político-social. O tributo deve ter uma função social, tendendo a uma distribuição do patrimônio e das rendas. (RIBEIRO, 2008. p. 179. Grifo nosso)

O cidadão, ao pagar um tributo muitas vezes fica desestimulado por não perceber o retorno dessa tributação para a promoção do desenvolvimento social. Para tanto a importância das políticas públicas e da extrafiscalidade, uma vez que tornam visíveis a resposta do Estado para as questões sociais.

Conforme foi bem apresentado pela autora, ao promover as políticas públicas, o Estado deve se atentar para as necessidades essenciais da população. O combate ao desemprego e a facilitação ao acesso ao trabalho é uma dessas questões enaltecidas pela autora.

A extrafiscalidade⁵³ é um grande aliado para a promoção dos direitos fundamentais. A fim de exemplificar essa questão, pode-se tratar da crise financeira de 2008, período em que a atividade produtiva principalmente nos setores siderúrgico, eletroeletrônico e automotivo sofreu com a perda de vendas e de redução da produção. Diante disso, para tentar conter a queda de produção o governo adotou a desoneração tributária sobre o IPI. Essa medida beneficiou o setor automobilístico, a construção civil e eletrodomésticos, principalmente a chamada linha branca, ou seja, venda de máquinas de lavar, geladeiras e fogões.

Neste trabalho trataremos do Simples Nacional como política extrafiscal para a geração de emprego, visto que, a Constituição Federal trata do trabalho como um direito social no *caput* do art. 6º CR.

Art. 6º CR- 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. (BRASIL, 2005)

3.1. DO PAPEL DA UNIÃO

A Constituição da República no art. 22, I CR/88 estabeleceu que compete privativamente à União legislar sobre matéria Trabalhista, ao passo que para legislar sobre a matéria tributária são competentes os Estados, Distrito Federal e a União para legislar sobre matéria tributária art. 24, I CR/88.

Contudo, à União são reservados poderes mais amplos, pois ela pode legislar sobre uma maior quantidade de tributos, conforme dispõe a Constituição delega a ela nos arts. 153 e 154 CR/88.

Art. 153 “Compete a União instituir imposto sobre:
I- Impostos sobre importação de produtos estrangeiros;
II- exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados;
III- renda e proventos de qualquer natureza;
IV- produtos industrializados;
V- operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;
VI- propriedade territorial rural;

⁵³ Balleiro também ressalta a importância dessa função extrafiscal nas seguintes palavras. “Costuma-se denominar de extrafiscal aquele tributo que não almeja, prioritariamente, prover o Estado dos meios financeiros adequados a seu custeio, mas antes visa a ordenar a propriedade de acordo com a sua função social ou a intervir em dados conjunturais (injetando ou absorvendo a moeda em circulação) ou estruturais da economia. Para isso, o ordenamento jurídico, a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido ao legislador tributário a faculdade de estimular ou desestimular comportamentos, por meio de uma tributação progressiva ou regressiva, ou da concessão de benefícios e incentivos fiscais.” (BALLEIRO, 2010, p. 233-234. Grifo nosso).

VII- grandes fortunas (...)

Art. 154. A União poderá instituir :

I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição;

II - na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação. (BRASIL, 2005)

Como visto, ela é competente para instituir impostos novos, desde que não incidentes sobre a mesma base de cálculo e fato gerados, diante do princípio da não cumulatividade, e instituição de impostos extraordinário em caso de guerra.

Isso posto, temos que é competência da União a criação de tributo e formas de arrecadação tributária com a função extrafiscal a fim de induzir a criação de novos postos de trabalho.

3.2. DA IMPORTÂNCIA DO SIMPLES NACIONAL PARA A GERAÇÃO DE EMPREGO

3.2.1. O SIMPLES NACIONAL

A Constituição da República dita o direito para o tratamento diferenciado na tributação das Micro e Pequenas Empresas.

Art. 146. Cabe à lei complementar:

III- estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre: d) definição de tratamento diferenciado e favorecido para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive regimes especiais ou simplificados no caso do imposto previsto no art. 155, II, das contribuições previstas no art. 195, I e §§ 12 e 13, e da contribuição a que se refere o art. 239. (BRASIL, 2005)

Conforme explicado, o tratamento diferenciado das Micro e Pequenas Empresas é uma forma de garantir a essas condições iguais de competitividade no mercado. Diante disso, o art.146 CR dispõe:

Art. 146-A. Lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo. (BRASIL, 2005)

Para completar, o art. 179 CR/88 esclarece a necessidade do regime de tributação diferenciado para as pequenas e médias empresas.

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei. (BRASIL, 2005)

O Simples Nacional é um regime diferenciado de arrecadação tributária instituído na Lei nº 123/2006. Esse regime de tributação visa favorecer a arrecadação tributária de Empresas de Pequeno Porte (EPP), do Micro Empreendedor Individual (MEI) e das Micro Empresas (ME), que aderirem ao Simples Nacional. A Receita Federal conceitua da seguinte forma:

O Simples Nacional é um regime tributário diferenciado, simplificado e favorecido previsto na Lei Complementar nº 123, de 2006, aplicável às Microempresas e às Empresas de Pequeno Porte, a partir de 01.07.2007.

O art. 12 da referida Lei Complementar define o Simples Nacional como um Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. (SIMPLES, 2018)

Um dos objetivos do legislador com a criação da lei foi proporcionar igualdade de condições quantos as obrigações tributárias entre as empresas de pequeno, médio e grande porte. As empresas de grande porte possuem uma melhor estrutura para se atentar às cargas tributárias e para sustentar a burocracia das obrigações acessórias, ao passo que a pequena empresa vê uma grande dificuldade de sustentar a carga tributária. Portanto, a simplificação na arrecadação dos tributos permite que a pequena empresa tenha condições de se manter legalmente.

O legislador também teve como objetivo a promoção da maior formalização de empresas. No Simples Nacional, vários tributos são recolhidos conjuntamente, isso diminui a burocracia no recolhimento e facilita os cálculos. Diante desta facilitação, o Custo Brasil (custo que as empresas têm para se adequar ao que o governo exige para a formalização e manutenção de seu funcionamento) é diminuído e torna a formalização mais atrativa.

É interessante ressaltar que as empresas brasileiras, conforme dados (BRASIL, 2009), gastam 7% do tempo administrativo com burocracia, enquanto os demais países da América Latina gastam 4,1% de seu tempo com essa questão.

A burocracia consome 7% do tempo administrativo das nossas empresas frente aos 4,1% das empresas na América Latina. No Brasil, uma empresa padrão gasta 2.600 horas por ano para recolher seus impostos sobre vendas, salários e lucros, enquanto tal carga não chega a 500 horas na maioria das economias com as quais concorreremos no mercado mundial, segundo o Banco Mundial. (BRASIL, 2009. p 34-35)

Desde 1996, a legislação brasileira se preocupa com o regime tributário diferenciado para as empresas de pequeno porte através da Lei do Simples Federal. Em 2006, com a Lei do Simples Nacional, não foram só impostos federais que participaram do rol dos abrangidos pela política pública tributária, mas também imposto Municipal e Estadual, a saber o Imposto Sobre Serviço (ISS) e o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços (ICMS), respectivamente.

3.2.2.A EFICÁCIA DO SIMPLES COMO MECANISMO DE GERAÇÃO DE EMPREGO

Segundo estudos de Rodrigues (2000) não há indícios de um aumento de formalização de empresas diante da criação do Simples Nacional. Entretanto, conforme Nelson Leitão Paes no artigo “Reflexos do Simples Nacional no emprego e na formação do mercado de trabalho no Brasil”, com o advento do Simples Nacional, verificou-se um crescimento de empresas optantes pelo Simples Nacional bem mais expressivo do que de não optantes, o que pode ter ocorrido pela criação de novas empresas, formalização ou mudança de regime tributário.

Número de estabelecimentos GFIP

<i>Mês</i>	<i>Ano</i>	<i>Optante</i>	<i>Não-optante</i>	<i>Total</i>
Janeiro	2001	1,319,394	1,495,495	2,814,889
Dezembro	2002	1,437,173	1,397,648	2,834,821
Dezembro	2003	1,462,660	1,259,566	2,722,226
Dezembro	2004	1,467,416	1,234,078	2,701,494
Dezembro	2005	1,826,240	1,476,884	3,303,124
Dezembro	2006	1,846,369	1,378,700	3,225,069
Junho	2007	2,029,898	1,528,535	3,558,433
Varição anual		6.85%	0.34%	3.67%
Julho	2007	1,931,035	1,627,521	3,558,556
Dezembro	2008	2,093,595	1,781,342	3,874,937
Dezembro	2009	2,239,921	1,810,092	4,050,013
Dezembro	2010	2,272,576	1,737,604	4,010,180
Dezembro	2011	2,463,099	1,854,589	4,317,688
Dezembro	2012	2,516,632	1,825,459	4,342,091
Varição anual		3.75%	0.49%	2.30%

Fonte: elaboração dos autores.

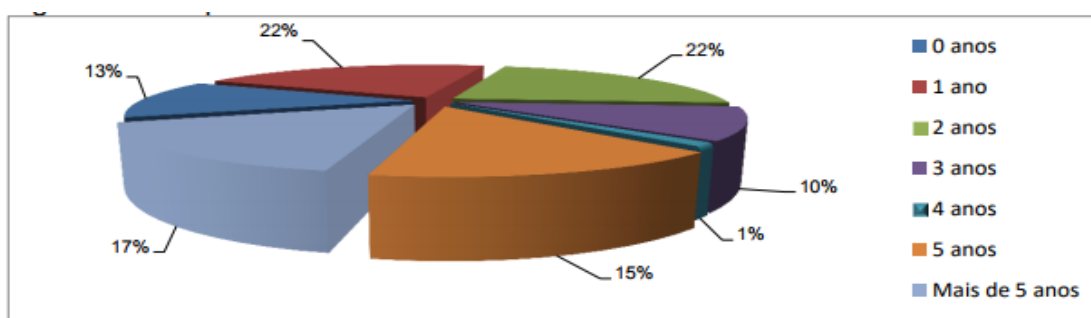
Fonte: PAES (2015)

Do que se percebe a partir da tabela acima, de fato o número de optantes pelo Simples Nacional vem crescendo, mesmo nos anos de crise econômica, como

ocorreu entre 2008 e 2010. Essa realidade persiste ainda em 2017, no advento da presente crise econômica.

Em contrapartida, a Escola Nacional de Administração e Economia da Fundação Getúlio Vargas em 2017, publicou pesquisa desenvolvida em Santa Catarina intitulada “Micro empreendedor individual e as dificuldades pós formalização” os pesquisadores realizaram um questionário para algumas empresas de Santa Catarina que se enquadravam como MEI, naquele grupo amostral, perceberam que houve um considerável aumento na formalização das empresas após a Lei nº 123 de 2006.

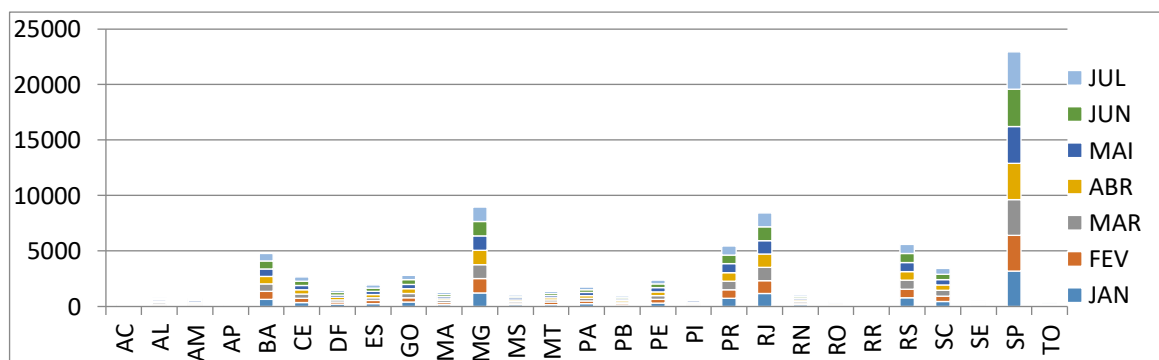
A Figura demonstra o tempo em que estas empresas atuavam de maneira informal, antes de aderirem à formalização pelo MEI.



Fonte: BETTONI (2017).

Diante do crescente número de EPP, ME e MEI é possível perceber a grande importância das Micro Empresas e Empresas de Pequeno Porte para a economia brasileira se sustentar. Observa-se o gráfico:

SIMPLES NACIONAL - QUANTIDADE DE OPTANTES POR UF - ANO DE 2017 (INCLUSIVE OPTANTES SIMEI)



Fonte: dados RECEITA FEDERAL (2018), feito pela autora.

Verifica-se, conforme o gráfico acima, retirada dos dados da Receita Federal que a quantidade de optantes pelo Simples Nacional veio aumentando desde o início do ano em todos os Estados Federados. Esse crescimento veio na contramão da crise econômica que o país vem sofrendo.

Quantidade de vínculos GFIP

<i>Mês</i>	<i>Ano</i>	<i>Optante</i>	<i>Não-Optante</i>	<i>Total</i>
Janeiro	2001	4,251,621	17,122,317	21,373,938
Dezembro	2002	5,158,001	17,701,597	22,859,598
Dezembro	2003	5,182,063	17,734,732	22,916,795
Dezembro	2004	5,473,598	18,199,198	23,672,796
Dezembro	2005	6,350,235	19,464,639	25,814,874
Dezembro	2006	7,149,945	20,800,607	27,950,552
Junho	2007	7,455,462	22,486,624	29,942,086
Varição anual		9.03%	4.28%	5.32%
Julho	2007	7,040,663	23,182,607	30,223,270
Dezembro	2008	7,801,843	25,517,818	33,319,661
Dezembro	2009	8,382,468	26,471,213	34,853,681
Dezembro	2010	9,311,042	28,207,623	37,518,665
Dezembro	2011	9,949,169	30,460,075	40,409,244
Dezembro	2012	10,581,393	30,904,571	41,485,964
Varição anual		6.28%	3.40%	4.04%

Fonte: elaboração dos autores.

Fonte: PAES (2015).

Como se verifica, existe de fato um aumento de vínculos trabalhistas nas entidades sujeitas ao regime de tributação pelo Simples Nacional. O poder legislativo tem ciência dessa importância do Simples Nacional quanto a esse aspecto, ao que se verifica que no dia 09 de Maio de 2017, a Comissão de Assuntos Econômicos (CAE) debateu a importância do Simples Nacional em audiência pública, nessa oportunidade apontou que 53,3% dos empregados formais do Brasil estão no sistema do Simples Nacional.

Pelos dados apresentados por Nesse, a participação dos serviços e do comércio no Simples é de 41% e de 48%. Ele ressaltou ainda que 53,3% dos empregos formais no Brasil são gerados pelos serviços, e que 74% das empresas do setor apresentam faturamento de até R\$ 180 mil. Após mencionar que o setor de serviços é hoje o que mais paga impostos, Nesse mencionou que hoje o setor de serviços tem uma carga tributária maior que o comércio e a indústria, ou seja, o maior empregador e maior participante do PIB tem também que recolher mais impostos. (SERVIÇO BRASILEIRO..., 2017)

Verifica-se, portanto, que as empresas optantes pelo Simples Nacional geram mais empregos do que as empresas de grande porte. Isso é consequência do maior

número de pequenas empresas e de empreendedores individuais em relação às grandes empresas. Portanto, esses empreendedores auxiliam o Estado no cumprimento de sua função, qual seja, o Direito Constitucional ao trabalho (vide art. 6º CR/88).

4. UMA CRÍTICA AO SIMPLES NACIONAL EM RELAÇÃO À LIMITAÇÃO DO NÚMERO DE FUNCIONÁRIOS DO MEI

O MEI, conforme art. 966 CC/02 e art. 18-A Lei nº 123/2006, é um empresário no sentido legal, ou seja, exerce profissionalmente atividade econômica e organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. Somado a isso, o empreendedor que exerça atividades de industrialização, comercialização e prestação de serviço rural também pode ser enquadrado como MEI. Para tanto, a renda bruta anual da MEI deve ser de R\$81.000,00 (oitenta e um mil reais) ou em caso de início de atividade, R\$ 6.750,00 (seis mil, setecentos e cinquenta reais) multiplicados pelo número de meses compreendido entre o início da atividade e o final do respectivo ano-calendário, consideradas as frações de meses como um mês inteiro.(BRASIL, 2018)

As pessoas que exercem profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda que com colaboradores, não são consideradas empresárias. Entretanto, se o exercício da profissão constitua elemento de empresa, pode sim constituir empresa.

Outra característica do MEI é a limitação quanto à contratação de funcionários. O MEI pode ter apenas um funcionário que receba apenas um salário mínimo, ou o piso salarial da categoria, conforme o art. 18-C *caput* da Lei 123/2006:

Art. 18-C. Observado o disposto no **caput** e nos §§ 1º a 25 do art. 18-A desta Lei Complementar, poderá enquadrar-se como MEI o empresário individual ou o empreendedor que exerça as atividades de industrialização, comercialização e prestação de serviços no âmbito rural que possua um único empregado que receba exclusivamente um salário mínimo ou o piso salarial da categoria profissional (BRASIL, 2006)

4.1. CRÍTICA À LIMITAÇÃO NO NÚMERO DE FUNCIONÁRIOS DO MEI

Como se verifica, a Lei nº 123/2006 permite que o MEI contrate apenas um funcionário, sendo possível contratar um segundo (art.18-C,§2º Lei nº123/2006⁵⁴) apenas em caso de afastamento previdenciário do primeiro funcionário, durante o período em que durar o afastamento. Essa limitação gera dificuldades ao micro empreendedor no exercício de sua atividade e em alguns casos torna-se um empecilho para a formalização.

No artigo já citado neste trabalho “Micro empreendedor individual e as dificuldades pós formalização” foi realizado um questionário onde os Micro Empreendedores relataram as cinco maiores dificuldades do MEI e entre elas foi levantada a limitação da contratação de apenas um funcionário.

Quando questionados em relação aos pontos difíceis em relação à formalização pelo MEI, os respondentes apontam cinco principais fatores. O primeiro deles refere-se à impossibilidade de formalização de sociedade nesta modalidade, e que onera sobremaneira, comparativamente ao MEI, a composição de uma sociedade limitada. O segundo ponto apontado é a falta de orientação de órgãos públicos quanto às possibilidades de atuação e apoio. O terceiro fator elencado aborda a limitação de faturamento não poder ser superior a R\$ 60.000,00. **O quarto ponto a limitação de contratação de apenas um funcionário** e o quinto ponto, a cobrança de algumas taxas, que na percepção dos respondentes seriam indevidas à esta forma de constituição empresarial. (BETTONI, 2017, pg 14. Grifo nosso)

Seria oportuna a expansão do número de funcionários a serem contratados pelos MEI, isso atrairia muitos outros Micro Empreendedores Individuais à formalização, além de gerar novos postos de trabalhos formais, com os direitos trabalhistas e previdenciários tutelados. Em muitos casos a limitação do número de funcionários torna a formalização inviável. Por exemplo, no setor rural, o agricultor dificilmente conseguirá cuidar da lavoura com apenas um funcionário diante da dificuldade do trabalho, principalmente em época de colheita.

⁵⁴ Art. 18-C. Observado o disposto no **caput** e nos §§ 1º a 25 do art. 18-A esta Lei Complementar, Poderá enquadrar-se como MEI o empresário individual ou o empreendedor que exerça as atividades de industrialização, comercialização e prestação de serviços no âmbito rural que possua um único empregado que receba exclusivamente um salário mínimo ou o piso salarial da categoria profissional

§ 2º Para os casos de afastamento legal do único empregado do MEI, será permitida a contratação de outro empregado, inclusive por prazo determinado, até que cessem as condições do afastamento, na forma estabelecida pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

5. AS MUDANÇAS DO SIMPLES NACIONAL QUE ENTRARAM EM VIGOR EM 2018 E POSSÍVEIS IMPACTOS SOBRE A CONTRATAÇÃO.

As principais inovações da Lei Complementar 155/2016 que modificaram a Lei 123/2006 e provavelmente terão impactos sobre a geração de empregos foram: o aumento da receita bruta para as empresas do Simples Nacional e a inserção de novas atividades no rol de abrangidas pelo Simples Nacional.

5.1. DO AUMENTO DA RECEITA BRUTA PARA AS EMPRESAS DO SIMPLES NACIONAL

Como explicado no título anterior, o optante pelo Simples Nacional possui limitações quanto à renda bruta para poder se integrar ao sistema simplificado de arrecadação tributária. Essa limitação funciona como um teto, as empresas cuja renda bruta anual ultrapasse o valor estabelecido por lei, não podem ser optantes pelo Simples Nacional, conforme art 30, III e IV Lei nº 123/2006.

Art. 30. A exclusão do Simples Nacional, mediante comunicação das microempresas ou das empresas de pequeno porte, dar-se-á:
III - obrigatoriamente, quando ultrapassado, no ano-calendário de início de atividade, o limite proporcional de receita bruta de que trata o § 2º do art. 3º;
IV - obrigatoriamente, quando ultrapassado, no ano-calendário, o limite de receita bruta previsto no inciso II do **caput** do art. 3º, quando não estiver no ano-calendário de início de atividade. (BRASIL, 2006)

Esse limite muitas vezes desestimula o crescimento das empresas e o corte de gastos. Assim, com a expansão do teto, as empresas poderão se manter no Simples por maior período do seu crescimento.

Entretanto, o aumento da receita bruta não é garantia da diminuição do ônus tributário. Isso se justifica, pois, a Lei Complementar nº 155/2016 também trouxe uma mudança nas alíquotas, forma de cálculo do imposto e número de faixas de enquadramento para o cálculo do imposto. Anteriormente, as empresas segundo a atividade que desempenhavam calculavam o imposto da seguinte forma: somavam a receita bruta da empresa, encontrava sua faixa na tabela de cálculos e aplicava a alíquota referente à sua receita. Vide tabela abaixo referente às alíquotas das empresas que exercem atividades comerciais.

(vigência: 01/01/2012)

Alíquotas e Partilha do Simples Nacional – Comércio

Receita Bruta em 12 meses (em R\$)	ALÍQUOTA	IRPJ	CSLL	COFINS	PIS/PASEP	CPP	ICMS
Até 180.000,00	4,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	2,75%	1,25%
De 180.000,01 a 360.000,00	5,47%	0,00%	0,00%	0,86%	0,00%	2,75%	1,86%
De 360.000,01 a 540.000,00	6,84%	0,27%	0,31%	0,95%	0,23%	2,75%	2,33%
De 540.000,01 a 720.000,00	7,54%	0,35%	0,35%	1,04%	0,25%	2,99%	2,56%
De 720.000,01 a 900.000,00	7,60%	0,35%	0,35%	1,05%	0,25%	3,02%	2,58%
De 900.000,01 a 1.080.000,00	8,28%	0,38%	0,38%	1,15%	0,27%	3,28%	2,82%
De 1.080.000,01 a 1.260.000,00	8,36%	0,39%	0,39%	1,16%	0,28%	3,30%	2,84%
De 1.260.000,01 a 1.440.000,00	8,45%	0,39%	0,39%	1,17%	0,28%	3,35%	2,87%
De 1.440.000,01 a 1.620.000,00	9,03%	0,42%	0,42%	1,25%	0,30%	3,57%	3,07%
De 1.620.000,01 a 1.800.000,00	9,12%	0,43%	0,43%	1,26%	0,30%	3,60%	3,10%
De 1.800.000,01 a 1.980.000,00	9,95%	0,46%	0,46%	1,38%	0,33%	3,94%	3,38%
De 1.980.000,01 a 2.160.000,00	10,04%	0,46%	0,46%	1,39%	0,33%	3,99%	3,41%
De 2.160.000,01 a 2.340.000,00	10,13%	0,47%	0,47%	1,40%	0,33%	4,01%	3,45%
De 2.340.000,01 a 2.520.000,00	10,23%	0,47%	0,47%	1,42%	0,34%	4,05%	3,48%
De 2.520.000,01 a 2.700.000,00	10,32%	0,48%	0,48%	1,43%	0,34%	4,08%	3,51%
De 2.700.000,01 a 2.880.000,00	11,23%	0,52%	0,52%	1,56%	0,37%	4,44%	3,82%
De 2.880.000,01 a 3.060.000,00	11,32%	0,52%	0,52%	1,57%	0,37%	4,49%	3,85%
De 3.060.000,01 a 3.240.000,00	11,42%	0,53%	0,53%	1,58%	0,38%	4,52%	3,88%
De 3.240.000,01 a 3.420.000,00	11,51%	0,53%	0,53%	1,60%	0,38%	4,56%	3,91%
De 3.420.000,01 a 3.600.000,00	11,61%	0,54%	0,54%	1,60%	0,38%	4,60%	3,95%

Fonte: BRASIL (2018)

A fórmula do cálculo não era complexa, mas as mudanças que entraram em vigor no ano de 2018 modificaram a forma do cálculo. Será aplicada uma nova fórmula para a apuração do cálculo que além da alíquota e da renda bruta, usa-se uma nova tabela com parcelas a deduzir. Outra mudança é a redução do número de faixas de enquadramento. Observa-se a nova tabela para o cálculo do imposto das empresas comerciais:

(Vigência: 01/01/2018)

Alíquotas e Partilha do Simples Nacional – Comércio

	Receita Bruta em 12 Meses (em R\$)	Alíquota	Valor a Deduzir (em R\$)
1ª Faixa	Até 180.000,00	4,00%	-
2ª Faixa	De 180.000,01 a 360.000,00	7,30%	5.940,00
3ª Faixa	De 360.000,01 a 720.000,00	9,50%	13.860,00
4ª Faixa	De 720.000,01 a 1.800.000,00	10,70%	22.500,00
5ª Faixa	De 1.800.000,01 a 3.600.000,00	14,30%	87.300,00
6ª Faixa	De 3.600.000,01 a 4.800.000,00	19,00%	378.000,00

Faixas	Percentual de Repartição dos Tributos					
	IRPJ	CSLL	Cofins	PIS/Pasep	CPP	ICMS
1ª Faixa	5,50%	3,50%	12,74%	2,76%	41,50%	34,00%
2ª Faixa	5,50%	3,50%	12,74%	2,76%	41,50%	34,00%
3ª Faixa	5,50%	3,50%	12,74%	2,76%	42,00%	33,50%
4ª Faixa	5,50%	3,50%	12,74%	2,76%	42,00%	33,50%
5ª Faixa	5,50%	3,50%	12,74%	2,76%	42,00%	33,50%
6ª Faixa	13,50%	10,00%	28,27%	6,13%	42,10%	-

Fonte: BRASIL (2018)

Diante dessas mudanças, muitas empresas nesse exercício fiscal terão de analisar se, de fato, o Simples Nacional tem sido a melhor alternativa para elas. No

geral, essa mudança na base receita bruta tem sido uma vantagem para as empresas e podem levar ao crescimento e conseqüentemente na geração de novos postos de trabalho. Conforme Welinton Mota (2017), diretor tributário da ‘Corfirp Consultoria Contábil’, disse em entrevista ao jornal Diário do Comércio (IBELLI, 2018) que “De maneira geral, as mudanças do Simples são positivas, mas as empresas precisam fazer contas para saber se terão ou não vantagens optando por esse regime.” Vitor Torres, empreendedor e investidor de Startups disse, na mesma entrevista, que as mudanças do Simples foram ‘um passo a favor do empreendedorismo’.

5.2. DA INSERÇÃO DE NOVAS ATIVIDADES NO ROL DE ABRANGIDAS PELO SIMPLES NACIONAL.

O aumento do rol de atividades abrangidas pelo Simples e a facilitação do recolhimento dos tributos podem contribuir também para o aumento das contratações. As novas mudanças oportunizaram às micro e pequenas cervejarias, micro e pequenas vinícolas, produtores de licores e micro e pequenas destiladas aderir ao Simples Nacional.

Lei 123- Art. 17. Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a microempresa ou a empresa de pequeno porte: X - que exerça atividade de produção ou venda no atacado de: c) bebidas alcoólicas, exceto aquelas produzidas ou vendidas no atacado por 1. Micro e pequenas cervejarias 2. micro e pequenas vinícolas; 3. produtores de licores 4. micro e pequenas destilarias; (BRASIL, 2006)

Além dessas atividades, foram inseridas, conforme art. 18, §5-B Lei nº123/2006, XVIII-arquitetura e urbanismo, XIX- medicina, inclusive a laboral e enfermagem, XX- odontologia e prótese dentária, XXI- psicologia, psicanálise, terapia ocupacional, acupuntura, podologia, fonoaudiologia, clinicas de nutrição ou de vacinação e bancos de leite.

Por todo o exposto, percebe-se que as políticas públicas e o Direito Tributário, através da tributação com fins extrafiscais está sendo uma resposta ao problema do desemprego.

6. CONCLUSÃO

O Direito Tributário pode auxiliar indiretamente na promoção de políticas públicas através de sua função extrafiscal. Claramente, os efeitos extrafiscais

do Direito Tributário devem ser bem estudados para não acabar por gerar consequências indesejadas. Entretanto, essa é uma boa forma de gerar benesses a sociedade e não pode ser descartada.

O Simples Nacional, com a facilitação do recolhimento de tributo auxiliou não só na formalidade de empresas pequenas, mas também ajudou na promoção de novos postos de trabalho. Essa realidade é positiva, entretanto, poderíamos ter ainda mais postos de trabalho abertos com modificações na aplicação da lei, o exemplo abordado nesse trabalho foi a limitação na contratação de funcionários para os Micro Empreendedores Individuais.

Existe uma expectativa para que com as mudanças feitas pela Lei nº 155/2016 mais postos de trabalho venham de abrir em 2018 atenuando os efeitos da Crise econômica. Entretanto, para isso é importante que os empreendedores estejam bem informados sobre as peculiaridades, vantagens e desvantagens do Simples Nacional, o que é um desafio em um país como o Brasil em que existem inúmeros empreendedores que são analfabetos funcionais.

Apesar disso, percebemos que as informações sobre o Simples Nacional estão bastante difundidas e tem aumentado o número de optantes pelo regime. Com as mudanças em vigor a partir de Janeiro de 2018, um maior número de empresas pode fazer parte do Simples Nacional, e essa é uma grande vantagem para a geração de empregos, pois além de as pequenas empresas serem atualmente as grandes empregadoras, o Simples facilita a contratação de funcionários, pois diminui as burocracias decorrentes da contratação e manutenção do funcionário.

REFERENCIAS

ANDERY, Maria Amália et al. **Para compreender a ciência: uma perspectiva histórica**. Rio de Janeiro: Editora Espaço e Tempo: São Paulo: EDUC, p. 10-13, 1996.

APPIO, Eduardo Fernando. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. 2004. Tese de Doutorado - Universidade Federal de Santa Catarina, Pós graduação em Direito, Florianópolis.

ARGOLO, João Carlos Tenório e ARAUJO, Maria Arlete Duarte. **O impacto do desemprego sobre o bem-estar psicológico dos trabalhadores da cidade de Natal**. Revista de administração contemporânea, Curitiba, v.8, n.4, Oct./Dec. 2004. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-6552004000400009 > Acesso em 18 de Out. de 2017.

ATALIBA, Geraldo. IPTU: progressividade. **Revista de Direito Público**, v. 23, n. 93, p. 233-238, jan./mar. 1990.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituições Brasileiras**. 3 ed. Brasília: Senado Federal, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. Código Civil 2002. **Código Civil e normas correlatas**. 11. ed. Brasília: Senado Federal, 2017.

BRASIL. Lei 123 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis nº 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei nº 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar nº 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. **Diário Oficial da União**, Brasília, 14 de Dez, 2006.

BRASIL. Presidência da República, Observatório da Equidade. **Indicadores de Equidade do Sistema Tributário Nacional**. Brasília: Presidência da República, Observatório da Equidade, 2009.

DELGADO, Mauricio Godinho, **Curso de Direito do Trabalho**, 14ed, São Paulo, LTR, 2016.

BETTONI, Edimara et al. Micro empreendedor individual e as dificuldades pós formalização; **XXVIII ENANGRAD**, Brasília, 26 a 28 agosto 2017.

FAZENDA NACIONAL, **Enquadramento no Simples Nacional**. Disponível em: <http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/simples_nacional/enquadramento.htm> Acesso em 09 de Out. de 2017.

FAZENDA NACIONAL, **Número de optantes pelo Simples Nacional**. Disponível em <http://www8.receita.fazenda.gov.br/SimplesNacional/Arrecadacao/EstatisticasArrecadacao.aspx>>. Acesso em 09 de Out. de 2017.

IBELLI, Renato Carbonari. O Simples Nacional continuará vantajoso em 2018? **Diário do Comércio**, 21 de Dezembro de 2017. Disponível em: <<https://dcomercio.com.br/categoria/leis-e-tributos/o-simples-nacional-continuara-vantajoso-em-2018>>. Acesso em: 04 de Março de 2018

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATISTICA, **Índice de pessoas desempregadas de 14 anos ou mais de 2012 a 2017 no Brasil**. Disponível em:<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pnad_c ontinua/default.shtm>. Acesso em 05 de Set. de 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATISTICA, **Índice de pessoas desempregadas de 14 anos ou mais de 2012 a 2017 em Minas Gerais**. Disponível em: <

[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pnad_c
ontinua/default.shtm](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/trabalhoerendimento/pnad_continua/default.shtm)>. Acesso em 05 de Set. 2017.

IWAKURA, Mariana, 50 maneiras de cortar custos, **Revista Pequenas empresas e grandes negócios**, Ed 254, março 2010. Disponível em: <
[http://revistapegn.globo.com/Revista/Common/0,,EMI125197-17171-3,00-
MANEIRAS+DE+CORTAR+CUSTOS.html](http://revistapegn.globo.com/Revista/Common/0,,EMI125197-17171-3,00-MANEIRAS+DE+CORTAR+CUSTOS.html)>. Acesso em: 11 de Março de 2018.

LEMGRUBER, Andrea Lemgruber Viol; RODRIGUES, Jefferson. **Tratamento tributário da micro e pequena empresa no Brasil**, Coordenação geral de estudos econômicos e tributários, Brasília, 2000.

MACHADO, Hugo de Brito, **Curso de direito Tributário**, 35 ed., São Paulo, Malheiros, 2014.

MENDES, Glenda. O trabalho dignifica o homem. **O Nacional**. Rio Grande do Sul, maio 2013. Disponível em:<
<http://www.onacional.com.br/geral/cidade/37224/0+trabalho+dignifica+o+homem>
> Acesso em 12 de fevereiro de 2018.

MOURA, Rodrigo Leandro. Crime e emprego. Além do desemprego, o brasileiro pode se deparar com um aumento da criminalidade. **O Globo**. Set. 2016. Disponível em:<
<https://oglobo.globo.com/opiniao/crime-emprego-17633443>>. Acesso em 12 de fevereiro de 2018.

PAES, Nelson Leitão. Reflexos do Simples Nacional no emprego e na formação do mercado de trabalho no Brasil. **Economia, sociedade y território, México**. vol. XV, n 49, p. 639-663, 2015.

PAES, Nelson Leitão; ALMEIDA, Aloísio Flávio Ferreira, Tributação da pequena empresa e Avaliação do Simples. **Caderno de Finanças Públicas**, Brasília, n9, p. 5-55, dez 2009.

POLICIA MILITAR DE MINAS GERAIS, **Índice de criminalidade dos crimes de roubo, extorsão e lesão corporal de 2012 a 2017 em Minas Gerais**. Disponível em:<
<http://www.numeros.mg.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=MapaResultados.qvw&host=QVS%40vm13532&anonymous=true&Sheet=SHOutrosEventos>
> Acesso em 05 de Set. de 2017.

RECEITA FEDERAL, **Quantidade de Optantes - Simples Nacional (inclusive SIMEI)**. Disponível em: <
<http://www8.receita.fazenda.gov.br/SimplesNacional/Arrecadacao/EstatisticasArrecadacao.aspx>>. Acesso em 05 de Jan. 2018.

RIBEIRO, Maria de Fátima. A incidência tributária ambiental no desenvolvimento econômico sustentável e a função social do tributo, **Direito tributário e Segurança jurídica**. coord. Maria de Fátima Ribeiro. São Paulo: MP editora, 2008.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO A MICRO E PEQUENAS EMPRESAS, **Estudos e pesquisas**. Disponível em: <

http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/estudos_pesquisas/quem-sao-os-pequenos-negociosdestaque5,7f4613074coa3410VgnVCM1000003b74010aRCRD>. Acessado em 09 de Out. de 2017.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO A MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. **Notícias do Simples Nacional.** Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/noticias/simples-e-debatido-no-senado,333c23114866c510VgnVCM1000004c00210aRCRD>> . Acesso em 09 de Out. de 2017.

SENADO, **Audiência legislativa extraordinária.** Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/comissoes/reuniao?reuniao=6036&codcol=38>> Acesso em 13 de Set. de 2017.

SERASA, **Indicadores econômicos.** Disponível em: <https://www.serasaexperian.com.br/release/indicadores/falencias_concordatas.htm> Acesso em 24 de out 2017.

SIMPLES NACIONAL, **Perguntas frequentes.** Disponível em:<<http://www8.receita.fazenda.gov.br/SimplesNacional/Perguntas/Perguntas.aspx>>. Acesso em: 04 de Janeiro de 2018.

TOCALINO, Sebastião Buck. **Investing:Alerta ao Brasil.** Out. 2014. Disponível em: <<https://br.investing.com/analysis/alerta-ao-brasil-9956>>. Acesso em 05 de jan de 2018.

TORRES, Vitor. Contabilizei: **O Novo Simples Nacional foi aprovado para 2018: Veja o que muda para sua empresa.** Disponível em:<<https://www.contabilizei.com.br/contabilidade-online/novo-simples-nacional/>> Acesso em: 12 de fevereiro de 2018.

O PRINCÍPIO DA ISONOMIA NA LEI DO AUDIOVISUAL: DIFICULDADES CRIADAS PELA BUROCRATIZAÇÃO

Elisa Bertilla de Siqueira Silva⁵⁵

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República prevê, em seu artigo 215, que o “Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais” (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, uma das maneiras de fomentar a produção cultural é por meio de normas que viabilizem a promoção de projetos que sirvam à proposta disposta no artigo. Existem diversas manifestações culturais como dança, música, teatro, televisão, artes plásticas, cinema, folclore e história popular.

É exatamente para esse tipo de apoio que foi promulgada a Lei nº 8.685, de 20 de julho de 1993, conhecida como Lei do Audiovisual, que fomenta, mediante dedução tributária, a atividade cultural do cinema de longa-metragem nacional. O incentivo da atividade independente de produção audiovisual visa tanto ao entretenimento, quanto à própria preservação, imageticamente, do patrimônio cultural nacional. Para que ocorra esse apoio, o cumprimento de uma série de requisitos, dispostos na norma, é necessário para a garantia tanto da viabilidade do projeto a ser produzido, quanto do cumprimento dos critérios impostos para que o Estado disponha de seus recursos.

Observa-se, contudo, uma frequente exibição de filmes nacionais com apoio da Agência Nacional do Cinema (ANCINE) cujas produtoras são vinculadas a grandes empresas televisivas que possuem equipes especializadas em adequar projetos onerosos, que poderiam obter outros tipos de patrocínio, a editais de fomento.

Surge, a partir dessa constatação um problema de pesquisa: a burocratização estatal interfere na isonomia das partes que pretendem receber o incentivo e, se sim,

⁵⁵ Graduanda em Direito pela PUC Minas. Pesquisadora voluntária do NAP.

quais mecanismos alternativos ou corretivos existem para a reestruturação dessa política pública?

O objetivo deste trabalho é compreender se essa percepção de privilégio de um grupo proponente se verifica e se há isonomia, de direito e de fato, na seleção dos projetos de forma a garantir o apoio de propostas pertencentes a produtoras diferentes.

Para isso, é necessário observar tanto requisitos para inscrição, quanto para seleção dos candidatos. Além disso, é importante a verificação dos resultados, visto que os projetos efetivamente fomentados aparentam, neste momento inicial, corroborar a hipótese de que não há isonomia de fato, apesar de aparentar existir isonomia de direito, dado que a norma foi submetida a um processo legislativo que deve atender, formalmente, ao princípio da generalidade.

2. BUROCRATIZAÇÃO E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA

2.1. CONCEITO DE BUROCRATIZAÇÃO

Comumente utilizada com conotação negativa, a palavra “burocratização” exige, neste artigo, contextualização visto que é um dos pilares utilizados para o estudo do tema proposto.

Esse termo deriva da palavra burocracia, que etimologicamente significa “mesa de poder”. O desmembramento da palavra resulta em “buro”, proveniente de bureau, palavra francesa para “mesa” e “cracia”, cuja origem é kratos, titã grego que representava o “poder”. Pode-se compreender a partir de sua origem que a burocracia consistiria, portanto, em uma estrutura de poder ou local de poder. Essa visão, popularmente, é suficiente para entender a ideia de organização ou procedimentos que está atrelado ao conceito. Prestes Mota e Bresser-Pereira (2004, p.2) afirmam que “a sociedade moderna se caracteriza pelas organizações”. Os autores defendem essa frase por observar a modificação histórica nas cadeias de produção, a intensidade da atividade produtiva e os modelos que estruturam o trabalho que se transformaram de primitivos à indústria como conhecemos hoje. A especialização, as redes de produção e a administração em muito se diferem do modelo feudal ou monárquico moderno por se preocupar com um conceito que a eles não era tão caro: eficiência. Que seria, por definição:

Uma forma específica de racionalidade, na qual a coerência dos meios em relação com os fins visados se traduz no emprego de um mínimo de esforços (meios) para a obtenção de um máximo de resultados (fins). Dessa forma, tanto poderíamos dizer que a burocracia é um sistema social em que a divisão do trabalho é racionalmente realizada, como afirmar que é o sistema social que se administra segundo critérios de eficiência (PRESTES MOTTA; BRESSER-PEREIRA, 2004, p.32).

Burocratização, nesse sentido, seria o processo que ocorre como forma de instalar uma burocracia ou o processo de burocratizar determinada sociedade ou grupo. Para além disso, considerando a influência na formação da personalidade individual, a burocratização seria o processo pelo qual parte da personalidade e dos comportamentos individuais são formados e reproduzidos (PRESTES MOTTA; BRESSER-PEREIRA, 2004).

Academicamente, o estudo do que é burocracia está associado aos trabalhos A Política como Vocação e Burocracia, de Max Weber (1982), um dos expoentes no assunto. O autor, ao definir que o Estado é uma “comunidade humana que pretende, com êxito, o monopólio do uso legítimo da força física dentro de um determinado território” (WEBER, 1982, p.98) expõe a importância da força para a manutenção da “relação de homens dominando homens” (WEBER, 1982, p.98) que é o Estado, enquanto instituição política. Sob sua perspectiva, é perceptível que a ideia de autoridade e hierarquia na relação Estado-indivíduo deve ser presente para a coexistência de ambos.

Seu pensamento prossegue explicitando quais serão os meios de dominação possíveis para legitimar essa autoridade e a obediência decorrente da hierarquia. São eles: dominação tradicional, dominação carismática e dominação legal. A primeira refere-se ao que seria o poder monárquico da época do Absolutismo, muitas vezes atribuído à alguma característica divina do governante: a autoridade provém de um conhecimento não alcançável por outros indivíduos. A segunda, por sua vez, seria exercida pelo “senhor de guerra eleito, pelo governante plebiscitário, o grande demagogo ou o líder do partido político” (WEBER, 1982, p.99), cuja autoridade deriva do poder da palavra, da habilidade de se expressar ou agir. Finalmente, a terceira maneira de dominação está relacionada à prévia existência de regras organizacionais e um plano de ação ou projeto de trabalho e à expectativa de competência da liderança em fazer com que sejam cumpridas as metas estabelecidas seguindo essa normativa previamente estruturada (WEBER, 1982).

Neste ponto, recorta-se para a análise do conceito de burocratização o conceito de dominação legal, visto que são as estruturas de estatutos, normas e regulamentos que apoiam a sistematização burocrática.

Weber caracteriza o funcionamento das burocracias, ao invés de definir o termo, e acentua como deve ser sua estrutura, as pessoas que trabalham para sua manutenção e o processo para sua instalação. Em suma, a burocracia seria um conjunto de leis ou normas administrativas existentes em um sistema hierárquico cujo local de ocorrência possui um banco de dados (ou arquivos) escritos e cujo pessoal apresenta treinamento especializado, além de capacidade para produtividade e conhecimento das regras que regem suas atividades (WEBER, 1982).

Essa ideia de sistematização e organização é também base para o conceito de burocracia que a determina enquanto “um sistema social em que a divisão do trabalho é racionalmente realizada tendo em vista os fins visados” (PRESTES MOTTA; BRESSER-PEREIRA, 2004, p.7).

A burocratização, por sua vez, seria advinda da necessidade do “desenvolvimento específico de tarefas administrativas” (WEBER, 1982, p.243) em determinada estrutura organizacional. Isso não quer dizer que antes da burocracia não existia uma ordem, mas ela não era estruturada de forma tão distinta. A burocracia visaria à maior produtividade e qualidade oriundas das atividades administrativas. A burocratização é, no contexto de análise deste trabalho, o processo pelo qual uma burocracia é formada e transformada visando à eficiência.

2.2. BUROCRATIZAÇÃO NO SISTEMA PÚBLICO

Conforme exposto no tópico acima, a burocracia está diretamente relacionada à organização racional. No caso da burocracia estatal, sua vinculação normativa está descrita nos princípios e regras através dos quais funciona a administração pública (ALEXY, 2008).

Os princípios que regem o funcionamento da administração no Brasil são legalidade, moralidade, publicidade, eficiência e impessoalidade, de acordo com o artigo 37 do Texto Constitucional (BRASIL, 1988).

O primeiro princípio implica a necessidade de que a administração pública só faça algo em decorrência de prévia previsão legal. MARINELA (2016) afirma que há dois tipos de visão de legalidade: uma para o direito privado e outra para o direito

público. No direito privado, a legalidade consistiria em uma “relação de não contradição à lei” (p.85), ou seja, o que está disposto especificamente em lei não pode ser feito em oposição. Todavia, tudo o que não está disposto, seja como proibição, como dever de fazer ou quaisquer outras categorizações, é permitido. No caso da legalidade para o direito público, a conotação é de “critério de subordinação à lei” (p.85), visto que o que não está disposto, não é permitido.

O segundo, por sua vez, consiste na realização do interesse social, de realizar uma organização administrativa que tenha por fim o bem comum. A moralidade, para a administração pública, extrapola a ideia da dualidade bem e mal do ambiente privado, visto que o administrador precisa viabilizar o interesse do grupo, não observando ao seu como primordial (MARINELA, 2016). Atrelado a este princípio está a ideia de que não pode haver um grupo fechado responsável pela contratação de todos os agentes públicos (MACHADO, 2015), que via de regra ocorre mediante concurso público, assim como não há decisão unilateral alheia ao interesse público sobre qual empresa irá realizar uma obra, para tal, existe a lei das licitações (Lei nº 8666/93)

A publicidade, terceiro princípio, visa ao “conhecimento público” (MARINELA, 2016, p.95). É necessária a publicidade para que os atos da administração sejam expostos para fiscalização e notoriedade do povo. No caso de um edital, por exemplo, é necessário que haja publicidade para que haja conhecimento do seu conteúdo específico (edital de quê, para quê?), dos prazos para inscrição e processamento, para a garantia das condições necessárias para aplicar, etc.

O quarto princípio, eficiência, já foi exposto como fim da burocracia. E, sendo a administração pública uma burocracia, é certo que esta vise àquela. Conforme dito, a maximização dos resultados utilizando meios menos onerosos é objetivo por excelência da administração pública, dado que ela possui recursos escassos (PRESTES MOTTA; BRESSER-PEREIRA, 2004).

Finalmente, a impessoalidade, quinto princípio, está relacionada à subjetividade. A administração, exercida por meio de seus agentes, não pode ser subjetiva. Faz-se preciso que interesses alheios ao interesse público, cujo titular é o povo ou o sujeito constitucional, não sejam utilizados na realização de seus atos, de forma a evitar privilégios e favoritismos (MARINELA, 2016). Este princípio atrela-se ao princípio da isonomia, pois se interseccionam em conteúdo na medida em que buscam igualdade.

Todos esses princípios norteiam a administração pública brasileira. Faz-se necessário, porém, salientar que a lei e a realidade social, podendo aqui ser entendida também como o que se percebe, apesar da normativa ser explícita, por vezes divergem.

O Brasil é um país cuja origem civilizatória, na visão europeia, encontra-se no colonialismo de exploração. A relação de poder entre governantes e governados foi, durante muito tempo, inacessível para quaisquer grupos que não as famílias que já estavam no poder ou que poderiam oferecer a estas o que lhes interessasse. Anos depois, pode-se perguntar se não houve transformação ou se tal visão não é agora obsoleta.

A dificuldade de separação, em alguns âmbitos, entre público e privado, contribuiu para o que a administração, cujo foco é o interesse público, se misturasse com a vida privada, cuja força motriz é a autonomia da vontade. Essa herança colonial perpetuada no tempo contribuiu para a visão de que a “relação entre o Estado e os seus funcionários fundava-se em critérios afetivos, familiares e protetores” (MACHADO, 2015, p.55).

Essa realidade concebida como processo de formação da administração pública brasileira, contudo, não foi estimulada sem oposição:

“A obrigatoriedade do concurso para ingresso nos cargos públicos de carreira, a reorganização dos quadros e repartições, a previsão de um estatuto para os funcionários civis (elaborado e transformado em lei em 1939) e a criação de um órgão técnico de administração geral – o DASP – demonstram bem a tentativa de organizar a administração pública federal nos moldes da burocracia weberiana” (OLIVEIRA, 1970, p. 66).

A herança clientelista e patriarcal do sistema brasileiro, contudo, pode ainda ser observada (MACHADO, 2015). A observância do número de assentos de mulheres nas casas legislativas, os nomes dos políticos são conhecidos porque algum parente seu já esteve no poder, existe uma tradição de famílias ricas se manterem no poder ou ascenderem ao poder utilizando-se de lobby e barganha política. O Brasil apresenta ainda traços fortes de herança colonial, apesar do que se prevê para a administração pública.

2.3. O PRINCÍPIO DA ISONOMIA E A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Assim como o significado semântico da palavra burocracia pode ser observado através dos radicais que a formam, a palavra isonomia apresenta semelhante estrutura. *Iso* significa o mesmo, ou igual, enquanto *nomos*, que foi modificado para “nomia” em

português, significa lei ou norma. Muitas vezes utilizado como sinônimo para igualdade, cabe salientar que a igualdade que circunda o conceito é a igualdade diante do aparato normativo estatal. A saber, quando se observa o artigo 5º, inciso I, da Constituição brasileira que determina que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (BRASIL, 1988), verifica-se que a igualdade em questão refere-se à isonomia, uma vez que há os mesmos ditos para as partes (*iso*) e a especificação da norma que os está conferindo (*nomos*).

Todavia, essa espécie do gênero igualdade não confere essa semelhança, no amplo sentido, quando se verifica que, apesar de possuírem os mesmos direitos e deveres, as mulheres recebem remuneração 31% inferior a dos homens, inclusive nas atividades que envolvem a administração pública (WORLD ECONOMIC FORUM, 2017). Há portanto, a isonomia de direito, disposta na norma, e a isonomia de fato, que é verificada quando de sua aplicação.

Fernanda Marinela (2016) conceitua isonomia como “tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida de suas desigualdades” (p.102). A autora salienta que a dificuldade no conceito está em caracterizar essas partes. Tanto os iguais, quanto os desiguais, precisam ser indicados a fim de medir essas desigualdades que também precisam ser caracterizadas (MARINELA, 2016).

A tributação, respeitando esse princípio, se propõe a não realizar tratamento jurídico diferenciado, estando os indivíduos em situação fática de pressuposto equivalente. Contudo, quando da percepção de divergências entre as situações fáticas, cabe, também, a diferenciação dos tratamentos ou medidas apontadas a fim de evitar a manutenção dessa desigualdade social.

Nesse sentido, a tributação pode ser percebida enquanto mecanismo para a diminuição de segregações (CARVALHO, 2016). Pensa-se, por exemplo, no princípio da capacidade contributiva. A Constituição da República, em seu artigo 150, II, expõe que:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

Observa-se, portanto, que, estando os contribuintes em situação fática análoga, seu tratamento desigual é vedado pelo Texto Constitucional. Todavia, o mesmo não se

dispõe sobre os contribuintes em desigualdade que, por suposto, têm o direito de pleitear tratamento desigual.

Contudo, resta salientar que essa realidade não foi sempre observada ao longo da história brasileira. A função de tributar, no sentido adotado neste trabalho, associando-se à ideia de burocracia, foi instituída pela Constituição da República de 1988. Antes, o Estado tinha o *poder* de tributar, não sendo a ele, imposta a necessidade de atribuir aquele tributo, oriundo do poder centralizado feudal, para o interesse público. Hoje, não mais se observa essa visão (CARVALHO, 2016).

Noutro giro, observa-se que a tributação, além de ser o maior aporte do Estado para a captação de recursos, é utilizada como mecanismo de aplicação da extrafiscalidade, que consiste na ingerência do Estado na economia e na sociedade da cobrança de tributos. Dessa forma, além de poder e dever ser utilizada para benefício da sociedade, atendendo ao seu interesse, o Estado possui capacidade para transformar a sociedade por meio do fomento de certas atividades e incentivos fiscais (ELALI, 2007). Essa interferência estatal objetivando o interesse social, é comumente denominada nos estudos político-sociais, como políticas públicas.

3. LEI DO AUDIOVISUAL

3.1. ORIGEM DA LEI DO AUDIOVISUAL: POLÍTICA PÚBLICA

A Lei nº 8.685, de 20 de julho de 1993, conhecida como Lei do Audiovisual surge objetivando a criação de “mecanismos de fomento à atividade audiovisual” (BRASIL, 1993).

Como forma de estimular essa atividade, por meio do processo legislativo, promulgou-se essa lei que se utiliza de incentivos fiscais como forma de apoio indireto estatal, visto que não há injeção direta de dinheiro público na economia, para que projetos que cumpram os requisitos previamente estabelecidos pela Agência Nacional do Cinema (ANCINE) possam ser executados.

Ao conceito de política pública não se verifica uniformização de conceito. Todavia, percebe-se que as definições podem divergir quanto à critérios de análise como tempo, espaço e meios de atuação, mas é homogêneo o entendimento de que as políticas públicas visam a atingir o que seria interesse social ou interesse da coletividade através do estímulo ou desencorajamento de práticas.

Nesse sentido, a Lei do Audiovisual pode ser caracterizada como uma *política pública* na seara que concerne o incentivo à cultura, uma vez que os escritos da lei, em teoria, “traduzem os meios necessários para alcançar os valores estabelecidos pelos Princípios Jurídicos que veiculam as finalidades a serem alcançadas pela sociedade” (SCAFF; TUPIASSU, 2004).

Além disso, uma característica importante dos tributos que surge nesse tema é a extrafiscalidade. Afirma Geraldo Ataliba (1990) que:

“consiste a extrafiscalidade no uso de instrumentos tributários para obtenção de finalidades não arrecadatórias, mas estimulantes, indutoras ou coibidoras de comportamentos, tendo em vista outros fins, a realização de outros valores constitucionalmente consagrados” (p. 233)

No caso específico da Lei nº 8.985, a extrafiscalidade ocorre por meio da dedução do Imposto sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza do montante investido para a produção de obras audiovisuais brasileiras independentes, de natureza cinematográfica. O percentual diminuído do valor pago do tributo varia entre 4% e 6%.

Além disso, o contribuinte que investe nesta arena, tem seu nome associado ao produto final, de forma a promover sua imagem de forma ampla após a realização do produto base.

A ideia, neste caso, é de atender ao interesse estatal de promoção da cultura, uma vez que a contrapartida daqueles que optam por incentivar o audiovisual mediante uso dessa lei é interessante para o *marketing* da própria pessoa, jurídica ou física, que se propõe a contribuir enquanto membro da sociedade consciente da importância das artes e viabilizadora de projetos.

3.2. TRIBUTAÇÃO, BUROCRATIZAÇÃO E PROCEDIMENTOS NA LEI DO AUDIOVISUAL

Conforme já mencionado, o incentivo proposto pela Lei nº 8.685 ocorre através da dedução do Imposto de Renda em uma percentagem fixada na própria normativa, variando conforme a atividade fomentada e a modalidade de fomento.

Para fins de elucidação, observa-se que a referida norma possui 15 (quinze) artigos e que a maioria deles trata sobre como ocorrerá essa dedução, quais sejam, o valor passível de ser deduzido, os requisitos para a promoção do previsto em Lei, o que pode ou não ser considerado patrocínio, a maneira de transferência dos recursos, as

sanções previstas para o caso de haver utilização do dispositivo de má fé descumprindo as determinações necessárias para sua implantação e promoção.

Um dos procedimentos comuns previstos na Lei é o referente ao modo de pagamento do tributo que será utilizado para estímulo da atividade audiovisual:

Art. 4º O contribuinte que optar pelo uso dos incentivos previstos nos arts. 1º, 1º-A, 3º e 3º-A, todos desta Lei, depositará, dentro do prazo legal fixado para o recolhimento do imposto, o valor correspondente ao abatimento em conta de aplicação financeira especial, em instituição financeira pública, cuja movimentação sujeitar-se-á a prévia comprovação pela Ancine de que se destina a investimentos em projetos de produção de obras audiovisuais cinematográficas e videofonográficas brasileiras de produção independente.

§ 1º As contas de aplicação financeira a que se refere este artigo serão abertas:
I - em nome do proponente, para cada projeto, no caso do art. 1º e do art. 1º-A, ambos desta Lei;

II - em nome do contribuinte, do seu representante legal ou do responsável pela remessa, no caso do art. 3º e do art. 3º-A, ambos desta Lei.

III - em nome da Ancine, para cada programa especial de fomento, no caso do § 5º do art. 1º-A desta Lei (BRASIL, 1993).

Verifica-se, a partir do apontado no artigo acima, a sequência de atos que deve ser seguida, de modo satisfatório, para o grupo que os avaliará permitir a arrecadação do tributo para esses fins.

Visualiza-se que essa ordem é, em teoria, a empresa ou contribuinte depositar o valor em uma conta (que esteja de acordo com o regulamento da ANCINE), que geralmente é aberta pelo próprio investidor, e ser o projeto do beneficiário aprovado pela ANCINE.

É esperado que exista um procedimento, visto que se trata da administração pública promovendo um direito constitucionalmente previsto, cuja atividade é fiscalizada tanto pelos cidadãos, que são os sujeitos aos quais a atividade se destina e responsáveis pela garantia do seu interesse, quanto à própria administração que possui entre suas atividades fim, por excelência, o poder de polícia.

Desse modo, a burocracia é exigida para que os fundamentos e princípios vinculados aos atos da administração sejam respeitados. Todavia, observa-se que o trâmite para a realização desse incentivo pode também ser compreendido como um dificultador para que o fomento aconteça.

Isso ocorre porque pode ser preferível, por exemplo, pagar o tributo contabilizado de modo célere a cumprir os critérios necessários para conferir-lhes outra destinação. Por tal razão, percebe-se, majoritariamente, nomes de grandes empresas cujo percentual permitido para arrecadação é alto o suficiente, quando revertido em montante líquido, para contemplar a verba requerida por projetos de

grande alcance popular, no sentido de que serão projetos que serão vistos por um número considerável de pessoas.

É o que se verifica em análise do *site* do Banco Regional do Extremo Sul (BRDE), que é um investidor com parceria com a ANCINE e o Fundo Setorial do Audiovisual (FSA). No setor sobre fomento, os filmes em destaque são “Os Homens são de Marte e é pra lá que eu vou”, “Hoje eu quero voltar sozinho”, “Faroeste Caboclo”, “Entre Nós”, “Irmã Dulce”, “Jogo das Decapitações”, “Julio Sumiu”, “Loucas Pra Casar”, “Boa Sorte”, “Somos Tão Jovens”, “Noite da Virada”, “Os Amigos”, “Praia do Futuro” e “Rio Corrente”. Desses, apenas dois filmes não contam com elenco que trabalha majoritariamente com televisão em canais abertos de ampla recepção (SBT, Globo, Record, Band, etc.), a saber, “Jogo das Decapitações” e “Rio Corrente”.

Por outro lado, é nítido, de acordo com a norma em análise, que os projetos que serão fomentados precisam ter sido aprovados pela ANCINE para que o incentivo seja repassado a eles. Contudo, é também necessário, na maioria dos casos em que o fomentador é pessoa jurídica, que os projetos sejam aprovados, após esse primeiro momento, por editais que os próprios investidores lançam. Se no resultado observado acima se observou que a esmagadora maioria dos projetos aprovados (ou pelo menos em destaque) se refere aos propostos pelas grandes empresas já do ramo audiovisual, que possuem diversos meios de captar patrocínio; esses editais contribuem ainda mais para essa seleção ser menos igualitária entre os proponentes.

A chamada pública do BRDE/FSA para projetos de audiovisual colocou como documentos para inscrição, em seu edital:

“1.1. A proponente deverá anexar ao Sistema BRDE/FSA, com acesso disponível no endereço eletrônico www.brde.com.br/fsa, a documentação e materiais da proposta de produção de obra cinematográfica de longa-metragem arrolados abaixo.

- a) Formulário de Proposta Audiovisual, conforme modelos constantes do ANEXO II (obras de ficção), III (obras de animação) e IV (obras de documentário) desta chamada pública;
- b) Roteiro de obra cinematográfica de ficção; roteiro, artes conceituais e/ou storyboard completo de obra cinematográfica de animação; ou estrutura de obra cinematográfica de documentário;
- c) Contrato de coprodução internacional traduzido para o português, conforme especificado no texto da chamada pública, quando houver;
- d) Contrato de distribuição em salas de exibição no Brasil, quando houver;
- e) Contratos que envolvam cessão de direitos patrimoniais, licenças de exploração comercial e adiantamentos de receita (pré-venda), quando houver;
- f) Contratos e comprovantes de investimentos, patrocínios, doações, prêmios e outras formas de aporte para a execução da obra audiovisual, quando houver;
- g) Contratos do diretor, caso este não seja sócio da empresa proponente;
- h) Contrato de cessão de direitos de realização de roteiro entre o detentor de direitos e a proponente;

- i) Ato constitutivo da empresa (contrato social atualizado), registrado na respectiva Junta Comercial ou, no caso das sociedades simples, o Registro Civil de Pessoas Jurídicas;
- j) Contrato ou comprovante de premiação para desenvolvimento do projeto;
- k) Comprovantes de participações e premiações em festivais e mostras informados através de planilha específica a ser disponibilizada no endereço eletrônico do BRDE” (BRDE, 2018, p.16) (destaques meus)

Em destaque, fica visível que, apesar de não ser obrigatório, possuir contrato de distribuição em salas de exibição no Brasil é um ponto hierarquizante, assim como possuir investimentos de outros apoiadores e contar com o currículo de diretor renomado para a condução da obra.

O diretor ser alguém capacitado e qualificado é, de certo, diferencial para a qualidade do filme. Mas, a contrapartida de visibilidade dos fomentadores fica marcada pela solicitação de contrato de distribuição em salas de exibição e dos investimentos já feitos por outrem.

Pode-se argumentar que as salas de exibição e conhecer demais apoiadores não são ações discriminatórias. Não o são, por natureza. Todavia, se uma grande empresa de distribuição já assinou contrato com a equipe produtora e o projeto possui outros investidores, é mais provável que isso seja um atrativo para quem fomenta, já que visam à contraprestação. Com isso em vista, considerando os filmes selecionados em 2017, apenas dois não foram veiculados em salas de grande público: os demais projetos não possuíam qualidade equiparável ou não conseguiriam competir por serem oriundos de empresas menores, não possuírem atores famosos e não apresentarem dados concretos acerca de potencial para atingir um público tão grande?

Não que haja problema em uma empresa que se propõe a investir e passar pelo trâmite necessário para fazê-lo querer selecionar os projetos que mais trarão bônus em termos de visibilidade. Mas, será que as empresas que obtiveram sucesso em atingir as maiores notas dentro dos requisitos do edital não conseguiriam, por outros meios, esse patrocínio? A produção independente sendo fomentada é independente em qual medida?

Outro ponto a ser observado são os critérios de seleção, visto que já foi exposto o que seria, em amostra, o requisito de inscrição. Os quesitos apontados pelo BRDE/FSA foram projeto, qualificação técnica do diretor, capacidade gerencial e desempenho da produtora, planejamento e adequação do plano de negócios (BRDE, 2018, p.8). Por outro lado, o Banco do Brasil, em edital de 2017, apontou como critérios:

- a) Relevância temática do projeto audiovisual: concepção e argumentação que evidenciem importância histórica e cultural do projeto.
- b) Potencial de Bilheteria do projeto audiovisual.
- c) Equipe Técnica do projeto audiovisual: avaliação dos currículos profissionais de diretor, roteirista e elenco do projeto audiovisual.
- d) Contrapartidas oferecidas pelo investimento no projeto audiovisual. e) Capacidade de realização da empresa produtora responsável pela execução do projeto audiovisual.
- f) Verificação da fase de produção audiovisual.
- g) Viabilidade Financeira: análise da compatibilidade do valor captado com o valor orçado do projeto.
- h) Distribuição do projeto audiovisual: garantir que a obra pronta seja exibida em circuito comercial nacional. (BANCO DO BRASIL, 2017, p.6) (destaques meus)

Assim, observa-se, novamente, que o interesse do investidor é a sua contrapartida. É preferível que um projeto possua previsão de atingir um número maior de pessoas com o nome do apoiador do que de incentivar a produção audiovisual independente daquele cinegrafista que não possui recursos, efetivamente, para produzir sua obra.

Há igualdade entre as partes proponentes quando um grupo é formado por grandes corporações que têm setores especializados em produzir material para editais cujo fomento é alto e já tem, pela sua própria estrutura, atores, diretores e equipe de produção extremamente especializados e a outra parte é formada por profissionais que não têm recursos para angariar uma equipe de apoio de peso, mas possui projetos com uma mensagem, qualidade, refinamento e necessidade de serem produzidos com potencial para apresentarem conteúdo tão bom quanto o das grandes empresas?

Há isonomia quando um requisito para a inscrição é apontar se já possui acordo fechado com salas de exibição? Será que o concorrente que produz cinema *independente*, sendo esse o que é produzido sem interferência de um grande estúdio de cinema, consegue competir com as grandes empresas televisivas? Afinal, as empresas podem não ser de cinema, necessariamente, mas são de área afim.

Em observância com os filmes em cartaz nas salas de cinema do Brasil, não se verifica essa isonomia de fato. Há, contudo, que se reforçar e salientar a importância de salas de exibição que se propõem a apresentar filmes independentes que não são transmitidos nas franquias famosas, geralmente estabelecidas em shoppings.

4. CONCLUSÃO

Em resposta ao problema desenvolvido para este artigo, responde-se que sim, há interferência da burocratização estatal na isonomia das partes que pretendem

receber incentivo para a produção das obras cinematográficas previstas na Lei do Audiovisual.

Essa conclusão decorre da percepção de que a busca do Estado pela eficiência na gestão de recursos contribui para que critérios objetivos sejam elencados para a aprovação de projetos pela ANVISA. Todavia, existe um grupo produtor muito pequeno capaz de cumprir os critérios da ANVISA e conseguir, concorrencialmente, o incentivo dos apoiadores que publicam editais de fomento, uma vez que as obras produzidas já contam com recursos oriundos das próprias produtoras e equipe especializada. Não há patamar de concorrência diante de uma oligarquia televisiva que propõe projetos cinematográficos independentes por não serem agência de cinema propriamente ditas.

Visando à eficiência, ou seja, fazer o mínimo de esforços para obter um resultado, o Estado contribuiu para uma situação de desigualdade de fato; neste caso, colocar o mínimo de critérios igualitários (como o peso do projeto equivaler a mais da metade da nota para qualificação, por exemplo) para que os apoiadores destinem parte do seu tributo para a produção audiovisual e sejam ambos (Estado e fomentador) percebidos como cumpridores do dever de promoção cultural, o resultado obtido é o de fomento de projetos que, em grande parte, poderiam ser viabilizados pela influência de suas próprias produtoras. Há, portanto, a ilusão de isonomia *de direito*, pois todos se submetem à mesma norma, mas ela contribui para minorar o número de postulantes realmente aptos a concorrerem, e não há inonomia *de fato*.

Como mecanismos alternativos ou corretivos existem, por exemplo, o investimento em conteúdo Web e produção caseira, utilização de plataformas *online* de fomento e a busca pela utilização do capital não investido no governo.

Atualmente, introduzir conteúdo cinematográfico em plataformas online tornou-se muito comum e o custo é relativamente baixo, se comparado à produção das obras em estúdio. É possível que um grupo de produção que deseja o patrocínio para determinado projeto, fazendo um trailer, um vídeo explicativo ou resumindo a ideia e a disponibilizando em canais de alcance popular, consiga material que concorra aos incentivos propostos na Lei do Audiovisual, assim como um público que contribua para a produção por meio de *sites* de fomento por conhecerem o trabalho. Mesmo que não seja recurso suficiente, pode ser um valor que contribua para a manutenção do equipamento ou para a contratação de membro da equipe que faça diferencial na seleção do projeto para certames de fomento.

Além disso, os recursos não utilizados para investimento, de acordo com a Lei, são enviados para uma conta do Fundo Setorial do Audiovisual, de forma que, além de propor modificação na normativa para promover isonomia de fato, é possível estabelecer cláusula para que esses valores sejam viabilizados para projetos que não sejam de grandes empresas, de forma a destinar os montantes para produções que são, de fato, independentes.

REFERÊNCIAS:

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. 669 p.

ATALIBA, Geraldo. **IPTU: progressividade**. Revista de Direito Público, v. 23, n. 93, 1990.

BRASIL. **Constituição** (1988). Artigo 37. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 23 de janeiro de 2018.

CARVALHO, R.C. **GENTRIFICAÇÃO: a tributação como atenuante da segregação social e urbana**. Curitiba: Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade, v.2, n.2, p.66-80. Jul/Dez. 2016

Chamada Pública BRDE/FSA. 2018. Disponível em: <<http://www.brde.com.br/wp-content/uploads/2018/03/CHAMADA-PUBLICA-CONCURSO-PRODUCAO-CINEMA-2018-VERS%C3%83O-FINAL-PARA-PUBLICA%C3%87%C3%83O-EM-19.03.18.pdf>> Acesso em: 20 de março de 2018

Edital de fomento do Banco do Brasil. 2017. Disponível em: <<http://www.bb.com.br/docs/pub/siteEsp/sitedtvm/dwn/editalcavbbdtvm.pdf>> Acesso em: 20 de março de 2018

ELALI, André. **Incentivos Fiscais, neutralidade da tributação e desenvolvimento econômico: a questão da redução das desigualdades regionais e sociais**. In Incentivos Fiscais: Questões Pontuais nas esferas federal, estadual e municipal. Ives Gandra da Silva Martins, et al (coord.), São Paulo: MP Editora, 2007.

Filmes destacados BRDE. 2018. Disponível em: <<http://www.brde.com.br/fsa/resultados/avaliacao-dos-projetos/>> Acesso em: 20 de março de 2018

Lei nº 8.685 de 20 de julho de 1993 (Lei do Audiovisual) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8685.htm> Acesso em: 20 de janeiro de 2018

MACHADO, C.T.C. A burocracia weberiana e sua aplicabilidade na administração federal brasileira: os estudos de caso da década de 1970 e dos dias atuais. **Revista Ensaios**, v.9, jul-dez. 2015. ISSN 2175-0564

MARINELA, F. **Direito Administrativo**. 10^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

OLIVEIRA, G. A. A burocracia weberiana e a administração federal brasileira. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, 4 (2), p. 47-74, jul/dez. 1970. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/viewFile/4847/3585>>.

Acesso em: 23 de janeiro de 2018.

PRESTES MOTTA, F. C; BRESSER-PEREIRA, L. C. **Introdução à Organização Burocrática**. São Paulo: Thomson, 2004.

SCAFF, F.F.; TUPIASSU, L.V.C. **Tributação e políticas públicas: o icms ecológico**. Verba Juris – ano 3, n. 3, jan./dez. 2004

WEBER, M. **Ensaio de Sociologia**. 5^a ed. Rio de Janeiro: LTC, 1982.

WORLD ECONOMIC FORUM. **Global Gender Gap 2017**. Disponível em: <<http://reports.weforum.org/global-gender-gap-report-2017/dataexplorer/#economy=BRA>> Acesso em 5 de fevereiro de 2018.

**TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM
SOCIAL-ECONÔMICA E REGULAÇÃO**

**DÍVIDA PÚBLICA: RESPONSABILIDADE FISCAL
E DESENVOLVIMENTO**

Coordenador do Grupo de Pesquisa:
Prof. Antônio Carlos Lúcio Macedo de Castro

A DIMENSÃO SOCIAL DA DÍVIDA PÚBLICA BRASILEIRA

*Antônio Carlos Lúcio Macedo de Castro*⁵⁶

*João Alves de Souza Junior*⁵⁷

1. INTRODUÇÃO

Os custos da dívida pública brasileira são responsáveis pelo abocanhamento de quase metade do Orçamento da União. A saber, segundo consta nas informações fiscais disponíveis no sítio eletrônico da Auditoria Cidadã da Dívida⁵⁸, uma respeitável organização social que atua nesta seara, no ano de 2017 foram gastos R\$ 986 bilhões, 110 milhões, 833 mil no pagamento de juros e amortização da dívida pública. Este montante equivale a impressionantes R\$ 2,7 bilhões de reais/dia. Nesse sentido, tem-se que dos R\$ 2,483 trilhões executados pelo Orçamento Federal (fiscal e seguridade social) em 2017, os referidos pagamentos relativos à dívida pública representaram 39,70%, ao passo que áreas importantes como saúde e educação, sempre defendidas com denodado afincamento pela classe política, receberam 4,14% e 4,30%, respectivamente. Desta maneira, pode-se dizer que os gastos exorbitantes com a dívida consistem numa espécie de nó górdio que garroteia o orçamento da União.

Inegavelmente, as outras áreas, para ficar apenas naquelas que foram acima mencionadas, ficam prejudicadas e, evidentemente, que a parcela mais pobre da população, precisamente aqueles que dependem e fazem uso dos serviços públicos, é a principal penalizada e sente cotidianamente as consequências deste desequilíbrio nos percentuais de distribuição dos recursos no orçamento. Nesse ínterim, não se pode

⁵⁶ Doutorando e Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor do curso de Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

⁵⁷ Mestrando em Direito Internacional no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

⁵⁸ Disponível em: <https://auditoriacidadada.org.br/>. Acesso em: 15 de jul de 2018.

olvidar que no Brasil persiste um sistema tributário profundamente regressivo (grosso modo, quem tem mais paga menos e quem tem menos paga mais) que taxa principalmente o consumo e a produção. Desta maneira, uma vez que parte substancial da arrecadação dos recursos que perfazem o Orçamento Geral da União é oriunda dos tributos (isto é, dos impostos, taxas e contribuições pagas direta ou indiretamente pela população), mais de 50% do valor total executado em 2017, consoante dados disponibilizados pela Receita Federal⁵⁹, inferimos, sem nenhum impeditivo lógico ou epistemológico, que, paradoxalmente, quem paga a dívida - feita pelo Estado por meio de seus dirigentes majoritariamente pertencentes à elite econômica que, em muitos aspectos conforme veremos adiante, se beneficia com a manipulação interessada dos instrumentos da política monetária e fiscal, preferencialmente - é a população mais pobre, isto é, aqueles vertidos desvalidos que compõem a classe trabalhadora brasileira.

Nessa linha, o presente artigo tem como objetivo fazer uma abordagem conceitual e jurídica da dívida pública brasileira e analisar as consequências de seu elevadíssimo custo no esgarçamento dos recursos destinados especialmente para as políticas sociais, reforçando distorções e desigualdades que historicamente marcam a realidade do povo brasileiro e interditando a concretização dos direitos fundamentais e sociais constitucionalmente garantidos. Para tanto, dividir-se-á em duas partes: na primeira abordaremos aspectos conceituais da dívida pública sob uma perspectiva jurídica e, na segunda, demonstraremos as consequências sociais e os impactos negativos advindos da claudicante gestão da dívida pública brasileira, bem como dos principais instrumentos fiscais e monetários, inclusive os mais recentemente criados que funcionam como dispositivos de segurança (ao mercado) acerca do pagamento de juros e amortização, sendo este resolutamente assegurado pelo Estado brasileiro aos seus incógnitos credores.

2. A DEFINIÇÃO CONCEITUAL DE DÍVIDA PÚBLICA

Compreender a dívida pública como a soma de todos os débitos atribuídos ao Estado significa destacar a relevância dos elementos jurídicos que a perfazem, vez que se trata, antes de tudo, de uma competência (para endividar-se) que nos Estados

⁵⁹ Disponível em: <http://idg.receita.fazenda.gov.br/noticias/ascom/2018/janeiro/receita-arrecadou-r-1-34-trilhao-em-2017>. Acesso em 13 de jul de 2018.

constitucionais é juridicamente regulada. Assim, existem características comuns entre os Estados de Direito no que tange às suas normas de organização e funcionamento, muito embora não haja um conceito preciso de dívida pública na arena do direito internacional. Neste caso, um dos aspectos comuns reside na regra que concede aos membros do parlamento a prerrogativa da autorização para a tomada de crédito pelo Estado. Desta maneira, a competência para endividar-se não subjaz apenas no espectro do Poder Executivo. Ora, se o Poder Legislativo é o responsável pela aprovação do orçamento, nada mais coerente que também o seja pela autorização do endividamento que está diretamente relacionado tanto à receita quanto à despesa públicas. Além disso, a participação dos representantes do povo confere - ao menos em tese - mais legitimidade, transparência e publicidade a este processo. Nas palavras do professor Gabriel Loretto Lochagin⁶⁰,

Certamente o Estado, para desempenhar suas funções administrativas e prestar os serviços públicos que lhe cabem, se obriga perante outras pessoas que se podem denominar vagamente de credores, as quais disponibilizam bens e serviços mediante pagamento. Para atender às necessidades públicas, o Estado, mediante regime jurídico próprio, realiza despesas que decorrem, por exemplo, de contratos administrativos, despesas de pessoal, indenização de desapropriações e outras atividades típicas da Administração. Não faria sentido que estas despesas, a que Laband se refere como a *dívida administrativa* do Estado, dependessem de autorização legislativa específica, pois são o exercício legítimo da função administrativa, nos limites constitucionais estabelecidos. Há, no entanto, encargos ao Estado que não se destinam à satisfação de suas atividades-fim, mas à provisão de meios; visam, portanto, a conferir ao Estado capacidade financeira de exercício de suas funções, por meio da obtenção de crédito. Esta é a *dívida financeira* propriamente, que consiste em instrumento de obtenção de crédito e cujo exercício não decorre imediatamente da autorização constitucional conferida ao exercício da função administrativa, mas depende de autorização legislativa específica conferida pelo órgão legislativo. É a dívida financeira, que requer autorização específica, que se identifica com o conceito de dívida pública como tomada de crédito pelo Estado, ao passo que a dívida administrativa não poderia ser descrita como tal (LOCHAGIN, 2017, p.37).

Por outro lado, a acepção do termo Estado é abrangente e engloba as entidades da administração direta e indireta que desempenham funções governamentais. Assim, a dívida de tais entidades, ainda que eventualmente se submetam a regimes jurídicos diferenciados, compõe a dívida pública. Do conceito de dívida pública afasta-se, portanto, a dívida dos setores privados da economia, isto é, as famílias e as entidades

⁶⁰ Gabriel Loretto Lochagin, Professor Doutor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, na área de Direito Econômico e Financeiro. Doutor (2016) e Mestre (2012) em Direito Econômico-Financeiro pela Universidade de São Paulo.

financeiras e não financeiras privadas. Deste modo, diz-se da contração de empréstimos pelo Estado junto a instituições financeiras públicas ou privadas pertencentes ao mercado interno ou externo, bem como junto a empresas, organismos nacionais e internacionais, pessoas ou outros governos. A dívida pública pode ser formalizada por meio de contratos celebrados entre as partes, ou por meio da oferta de títulos públicos emitidos pelo Tesouro Nacional.

Teoricamente, a dívida pública é distinguida de acordo com a localização dos seus credores e com a moeda utilizada nas operações em dívida interna e dívida externa. Esta é contraída no exterior e tem seu pagamento condicionado a moeda estrangeira e aquela é contraída junto a credores do próprio país (instituições ou pessoas naturais) e paga em moeda nacional.

Para tanto, diz-se teoricamente porque diante da ausência de restrições ao ingresso e saída de moedas internacionais no Brasil através do sistema bancário – o que convencionalmente se chama de liberdade de movimentação de capitais – esses conceitos precisam ser revistos, pois bancos e instituições estrangeiras são credores da dívida “interna”, da mesma forma que bancos e instituições brasileiros podem ser credores da dívida “externa”. Além disso, o Estado brasileiro tem emitido títulos da dívida externa em reais.

Tais exemplos demonstram que, atualmente, a natureza de ambas as dívidas – interna e externa – se confunde. Destarte, somando a chamada dívida “interna” com a “externa”, tem-se o total da dívida pública brasileira que, de acordo com as informações divulgadas pela já referida Auditoria Cidadã⁶¹, no mês de dezembro de 2017 fixava-se respectivamente em: R\$ 5.094.970.665.512,80 e US\$ 550.775.126.164,84. O que representa aproximadamente 74% do PIB consoante dados do Banco Central⁶².

3. AS DIMENSÕES SOCIAIS DO ENDIVIDAMENTO DO ESTADO BRASILEIRO

Consoante já mencionado, os dados proporcionados pela Auditoria Cidadã da Dívida revelam que no ano de 2017 foram destinados mais de 986 bilhões de reais para o pagamento de juros e amortização da dívida pública brasileira. Este montante

⁶¹ Disponível em: <https://auditoriacidada.org.br/>. Acesso em: 15 de jul de 2018.

⁶² Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pec/Indeco/Port/IE4-29.xlsx>. Acesso em: 15 de jul de 2018.

corresponde a 39,70% do Orçamento Geral da União e equivalem a nada menos que R\$ 2,7 bilhões de reais/dia. No mesmo ano, as áreas de saúde e educação granjearam 4,14% e 4,30% respectivamente. A título de comparação, o Programa Bolsa Família, que consiste numa política assistencial de transferência de renda e atende cerca de 14 milhões de famílias em todo o país⁶³, concedendo-lhes um auxílio financeiro mensal, custou para os cofres públicos em 2017 pouco mais que R\$ 29 bilhões de reais, segundo informações do próprio Tesouro Nacional⁶⁴. Desta maneira, o total gasto mensalmente com os juros e amortização da dívida satisfaz duas vezes o valor que se investe anualmente no citado programa social do Governo.

TABELA 1. ORÇAMENTO E DESPESAS DA UNIÃO

Ano	Orçamento (R\$ trilhão)	Juros e Amortização	Previdência Social	Educação	Saúde	Assistência Social
2014	2,168	45,1%	21,8%	3,7%	4%	3%
2015	2,268	42,43%	22,69%	5,91%	4,14%	3,05%
2016	2,572	43,94%	22,54%	3,70%	3,90%	3,02%
2017	2,483	39,70%	25,66%	4,30%	4,14%	3,39

Fonte: SIAFI e Senado Federal. Elaboração do autor.

Como se vê os dispêndios com juros e amortização da dívida pública brasileira absorvem a maior fatia do orçamento e é seguido pela previdência social que figura como a segunda área em termos de aplicação dos recursos, ainda que abisquite praticamente a metade do percentual direcionado à dívida. Não é acidentalmente que a PEC 287/16⁶⁵ ocupa centralidade na agenda do Estado desde a súbita ascensão de Michel Temer ao posto de presidente da República. Trata-se de uma proposta fundada sob a tese controversa do déficit previdenciário, mas que na realidade tem como objetivo a redução dos percentuais gastos nesta área a fim de garantir a honorabilidade e a ampliação dos percentuais pagos aos credores do Estado brasileiro, por meio dos juros e amortização. Assim, a despesa com a dívida não apenas representa o maior percentual (disparado!) dos gastos da união, mas também figura como eixo basilar de outras políticas, especialmente a fiscal e a monetária.

⁶³Apud <http://mds.gov.br/assuntos/bolsa-familia>. Acesso em: 15 de jul de 2018

⁶⁴ Disponível em: <http://www.tesouro.fazenda.gov.br/siafi>. Acesso em: 15 de jul de 2018

⁶⁵ Proposta de Emenda Constitucional sobre a reforma da Previdência e da Assistência Social, enviada pelo governo ao Congresso Nacional no início de dezembro de 2016, ainda em tramitação.

É nesse cenário que exsurge as ideias de ajuste fiscal, austeridade, responsabilidade e etc., impulsionadas principalmente nos últimos anos frente à queda de arrecadação da união provocada, dentre outros, pela crise que afetou as principais economias do mundo. Neste contexto, chamamos atenção para os efeitos da DRU (Desvinculação das Receitas da União), instrumento criado pela Emenda Constitucional de Revisão (ECR nº1/1994) que, por sua vez, modificou a redação da ADCT (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias) da Constituição da República de 1988, tornando obrigatória a desvinculação de 20% do total angariado de todos os impostos e contribuições da União a fim de compor um determinado Fundo Social de Emergência. Em outras palavras, este mecanismo surgiu com objetivo de contribuir para a formação de superávits primários (total de receita menos as despesas primárias) que, por seu turno, serviria (e ainda serve) de garantia (ao mercado) do pagamento de juros e amortização da dívida pública. O problema é que este dispositivo, que se apresentava como transitório, tem sido reiteradamente prorrogado nas últimas décadas, reforçando ainda mais a prioridade do Estado brasileiro no estipêndio dos custos da dívida em detrimento das políticas sociais.

Nesse diapasão, no ano de 2016, o Congresso Nacional aprovou a Proposta de Emenda Constitucional nº 93 que prorrogou a Desvinculação das Receitas da União (DRU) para até 2023 e ampliou o percentual desvinculado de 20% para 30%. Para tanto, vale registrar o que diz Maria Lucia Fattorelli, coordenadora da Auditoria Cidadã da Dívida:

Além de absorver quase a metade do orçamento federal e boa parte dos orçamentos estaduais e municipais, a chamada dívida pública tem sido a justificativa para contínuas contrarreformas, como a da Previdência; privatizações, além de outras medidas de ajuste fiscal, como o aumento da desvinculação das receitas da União (DRU) e dos entes federados (DREM) para 30%, e a Emenda Constitucional 95 que estabeleceu teto somente para as despesas primárias – por 20 anos! – para que sobrem mais recursos ainda para as despesas não primárias, que são justamente as despesas financeiras com a dívida. O rombo das contas públicas no Brasil decorre especialmente dos gastos financeiros com a dívida. E dizem que são os direitos sociais que prejudicam o equilíbrio fiscal do Estado, mas, na verdade, é o sistema da dívida pública que quebra o Estado e impede os direitos sociais (FATTORELLI, 2016).

Nessa linha, para dizer com Fattorelli, é importante destacar mais uma modificação recentemente perpetrada no texto constitucional. Trata-se da Proposta de Emenda Constitucional nº 241 que, aprovada pelo Congresso Nacional em 2016, criou um teto para os gastos públicos congelando as despesas primárias do Governo Federal por 20 anos. Isto é, sob o manto de conter a trajetória de crescimento dos gastos

públicos e equilibrar as contas, impôs-se um limite determinado por até duas décadas, permitindo uma revisão depois dos primeiros dez anos: tornou-se lícito aplicar apenas o mesmo montante do ano anterior corrigido pela inflação (na prática, em termos reais - na comparação do que o dinheiro é capaz de comprar em dado momento - fica praticamente congelado). A nosso juízo, estamos diante de outra medida que privilegia os pagamentos dos juros e amortização da dívida, visto que estes não configuram despesas primárias e, portanto, não se enquadram nos critérios do “congelamento”, em desfavor das políticas sociais que, em tese, atendem à necessidade de efetivação das garantias e direitos fundamentais.

TABELA 2. DISPOSITIVOS DE DESVINCULAÇÃO DE RECEITAS

Denominação	Emendas Constitucionais	Vigência
Fundo Social de Emergência	ECR nº 1/1994	1994 e 1995
Fundo de Estabilização Fiscal	EC nº 10/1996	1996 e 1º sem. 1997
FEF – Prorrogação	EC nº 17/1997	2º sem. 1997 a 1999
Desvinculação de Recursos da União	EC nº 27/2000	2000 a 2003
DRU – 1ª prorrogação	EC nº 42/2003	2003 a 2007
DRU – 2ª prorrogação	EC nº 56/2007	2008 a 2011
DRU – 3ª prorrogação	EC nº 68/2011	2011 a 2015
DRU – 4ª prorrogação	EC nº 93/2016	2015 a 2023

Fonte: SIAFI e Senado Federal. Elaboração do autor.

Tobaldini e Suguihiro⁶⁶ expõem cálculos realizados pelo TCU⁶⁷, ANFIP⁶⁸ e IPEA⁶⁹ sobre os saldos da seguridade social com e sem a incidência da DRU. Em todos eles, independentemente da metodologia adotada, a seguridade social sem a DRU mostrou-se superavitária, o que desmonta os argumentos que se baseiam na existência de um “rombo” nesta área. A Constituição da República de 1988 já havia previsto em seu art. 195 uma grande gama de fontes de financiamento para a seguridade social, a fim de garantir a sua sustentabilidade. Assim, pode-se dizer que os déficits decorrem, em grande medida, dos efeitos da DRU.

⁶⁶ TOBALDINI, Renata Teixeira de Castro; SUGUIHIRO, Vera Tieko. *A Desvinculação de Recursos da União – DRU e o (des)financiamento da seguridade social brasileira*. Anais do I Circuito de Debates Acadêmicos. IPEA: Code, 2011. p. 5-7.

⁶⁷ Tribunal de Contas da União

⁶⁸ Associação Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal

⁶⁹ Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

Não obstante, convém mencionar os impactos de um sistema tributário marcadamente regressivo. O termo “tributação regressiva” indica que a carga tributária absorve uma proporção superior de contribuição dos mais pobres em relação aos mais ricos. Isto é, grosso modo, quem tem mais acaba pagando menos e quem tem menos acaba pagando mais. Os impostos diretos (que atingem diretamente a renda) são substancialmente progressivos. No entanto, o sistema brasileiro constitui-se majoritariamente de impostos indiretos, que são substancialmente regressivos e incidem sobre o consumo de mercadorias e serviços. Estudo realizado pelo IPEA divulgado em 2011, feito com base nos dados da Pesquisa de Orçamento Familiar (POF) 2002/2003 e 2008/2009 e na PNAD⁷⁰, ambas de responsabilidade do IBGE⁷¹, demonstra que poucas foram as alterações havidas no caráter regressivo do sistema tributário nacional entre 2003 e 2009. De maneira que enquanto os 10% mais pobres sofriam uma tributação média de 30% sobre seus ganhos, nos 10% mais ricos este índice caía para 12%.

Nesse sentido, diz-se com Laura Romano Campedelli e Gisele Barra Bossa,

Vamos imaginar que o sujeito “A” recebe por mês 1.000 moedas, tem retenção na fonte de 30%. Sobram 700 moedas para consumo, das quais consome 200 moedas com incidência de 25% de tributos sobre o consumo (50 moedas arrecadadas em favor do Estado) e investe 500 moedas em fundo de renda fixa com incidência de 10% de imposto (50 moedas arrecadadas). Isso perfaz um total de 100 moedas de carga tributária para o Estado.

Já um sujeito “B” que recebe por mês 200 moedas, e que portanto está na faixa de isenção do Imposto sobre a Renda, consome a totalidade das suas moedas com incidência de 25% de tributos sobre o consumo e gera para o Estado a arrecadação de 50 moedas.

Constata-se claramente que “B”, embora isento da tributação sobre a renda, foi mais onerado que “A”, visto que comprometeu 25% (50 de 200 moedas) de sua renda enquanto “A” comprometeu apenas 10% da sua renda (100 de 1.000 moedas) (CAMPEDELLI e BOSSA, 2014).

Como visto, a tributação regressiva, que incide fortemente sobre o consumo (preservando a renda e a propriedade), agrava a desigualdade social e confronta os princípios da justiça distributiva. Quando todas as pessoas pagam nominalmente o mesmo imposto sobre o consumo, as famílias menos favorecidas acabam entregando uma porção maior de seus ganhos ao Estado comparativamente às mais ricas. Deste modo, conforme já dito na introdução deste artigo, a classe trabalhadora é a mais prejudicada com o sistema tributário que vige no país e com a prioridade orçamentária

⁷⁰ Pesquisa Nacional de Amostra Domiciliar

⁷¹ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

dedicada à dívida, vez que as políticas sociais e os serviços públicos ficam profundamente comprometidos em face dos altos volumes de recursos que são destinados ao pagamento de juros e amortização e, além disto, a regressividade tributária faz com que os mais pobres paguem proporcionalmente mais que os mais ricos e não vejam retorno destes recursos na forma de políticas e serviços públicos.

4. CONCLUSÃO

Fica claro, portanto, que a dívida pública brasileira, historicamente, não tem funcionado como instrumento de financiamento do Estado, mas como uma engrenagem que promove contínua transferência de recursos públicos para o setor financeiro privado nacional e internacional. O privilégio do gasto com a dívida é revelado na execução orçamentária federal. No ano passado (2017), quase 40% do orçamento geral da União executado destinou-se ao pagamento de juros e amortizações da dívida, ao passo que os gastos com outras áreas, especialmente aquelas referentes às políticas sociais não ultrapassaram a casa dos 5%. Assim, inferimos que a garantia da efetivação dos direitos sociais e fundamentais é obstaculizada, principalmente, pelo sistema da dívida pública. Esta realidade impõe políticas monetárias, fiscais e tributárias que penalizam a parcela mais pobre da população brasileira, reforçando as desigualdades, a concentração de renda e gerando distorções absurdas, mormente incompatíveis com os patamares de um país desenvolvido e diametralmente opostas aos princípios universais dos direitos humanos, principalmente aquele que versa sobre a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AUDITORIA CIDADÃ DA DÍVIDA. **Dividômetro**. Disponível em: <<https://auditoriacidada.org.br/>> Acesso em: 15/07/18.

BRASIL. BANCO CENTRAL DO BRASIL. COMITÊ DE POLÍTICA MONETÁRIA. **Histórica das Taxas de Juros**. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?COPOMJUROS>> Acesso em: 13/07/18.

BRASIL. **Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada**. Equidade Fiscal no Brasil: impactos distributivos da tributação e do gasto social. Comunicados do Ipea: 19 de maio de 2011, n. 92.

BRASIL. MINISTÉRIO DA FAZENDA. SECRETARIA DO TESOUREIRO NACIONAL. **Relatório Mensal da Dívida Pública Federal.** Disponível em <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/relatorio-mensal-da-divida>> Acesso em: 13/07/18.

CARVALHO, Carlos Eduardo. **Dívida Pública:** um debate necessário. In: SICSÚ, João; PAULA, Luiz Fernando e MICHEL, Renault (ORG.). Novo-desenvolvimentismo: um projeto nacional de crescimento com equidade social. Barueri: Manole; Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

CORAZZA, Gentil. **Dívida Interna:** o Estado paga a conta. Ensaio FEE, Porto Alegre 6 (2): 1985.

DUSSEL, Enrique. **A Produção Teórica de Marx:** um comentário aos Grundrisse. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2012.

FANINI, Valter. **Dívida Pública Mobiliária e Mercado de Títulos Públicos.** 2005. 118 fls. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Econômico) – Departamento de Economia. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

Fattorelli, Maria Lucia (org) (2016). **Dívida Externa:** Questão de Soberania, Ed. Contraponto, Rio de Janeiro. Ferreira, Carla; Scherer, André (orgs.) (2016).

FURTADO, Celso. **A Nova Dependência:** dívida externa e monetarismo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983. 5. ed. GRIFFITH-JONES, Stephany;

LOCHAGIN, Gabriel Loretto. **Elementos jurídicos da reestruturação internacional da dívida pública.** In: Série Direito Financeiro, Coord: José Maurício Conti. São Paulo: Blucher, 2017.

NAKATANI, Paulo. **O Papel e o Significado da Dívida Pública na Reprodução do Capital.** In: Primer Simposio Internacional Deuda Pública, Auditoria Popular y Alternativas de Ahorro e Inversión para los Pueblos de América Latina. Caracas, Venezuela. Septiembre de 2006.

OURIQUES, Nilo. **Plano Real:** o mito da estabilidade e do crescimento. In: Le Monde Diplomatique Brasil, ano 8, n. 85. Agosto de 2014.

SILVA, Giselle Souza da. **Dívida Pública e Política Social no Governo Lula:** fundo público sob o jugo do capital portador de juros. Revista SER Social, Brasília, v. 13, n. 28, p. 81-103, jan./jun. 2011.

TOBALDINI, Renata Teixeira de Castro; SUGUIHIRO, Vera Tiekko. **A Desvinculação de Recursos da União – DRU e o (des)financiamento da seguridade social brasileira.** Anais do I Circuito de Debates Acadêmicos. IPEA: Code, 2011.

TRINDADE, José Raimundo. A Dívida Pública como Componente Estrutural do Sistema de Crédito. **Revista Econômica**, Rio de Janeiro, v 13, n 1, junho 2011

TRINDADE, José Raimundo Barreto. **Dívida Pública e Capital de Empréstimo:** elementos para análise da atual crise financeira mundial. Revista de Economia, v. 39, n. 3 (ano 37), p. 77-102, set./dez. 2013.

VIEIRA, José Guilherme Silva; OLIVEIRA, Jedson César; MOTTA, Fernando. **Política Fiscal e Dívida Pública:** o gerenciamento da dívida pública e a sustentabilidade fiscal. Revista Economia & Tecnologia – Ano 3, Vol. 10 – Jul./Set. 2007.

SISTEMA DA DÍVIDA PÚBLICA FEDERAL BRASILEIRA: ANÁLISE DE SUA INSTITUIÇÃO, GESTÃO E CONTROLE SUPLEMENTAR

*André de Figueiredo Pereira*⁷²

*Antônio Carlos Lúcio Macedo de Castro*⁷³

*Gabriela Sol Guedes da Silva*⁷⁴

1. INTRODUÇÃO

O Direito Financeiro e o orçamento público estão no centro das controvérsias políticas brasileiras na atualidade, o que pode ser confirmado pela interrupção do mandato presidencial em 2016, que teve como fundamento jurídico o suposto descumprimento da legislação orçamentária.

Os sucessivos déficits orçamentários que vêm ocorrendo desde 2014 justificaram a promulgação da Emenda Constitucional nº 95, de 15 de dezembro de 2016, que estabeleceu um limite de gastos públicos para realização de despesas primárias, deixando de fora de seu alcance as despesas com o pagamento de juros da dívida pública.

Todavia, é expressivo o comprometimento do orçamento público com o denominado sistema da dívida pública, que já representa mais de 70%⁷⁵ (setenta por cento) do orçamento da União em 2018, com forte tendência de crescimento de acordo com seu histórico.

Buscando compreender o sistema da dívida pública federal brasileira, por meio do grupo de trabalho “Dívida Pública: Responsabilidade Fiscal e Desenvolvimento”, do NAP – Núcleo Acadêmico de Pesquisa, da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas

⁷²Estudante da graduação do curso de Direito da PUC-MG, apereirafigueiredo20@gmail.com.

⁷³ Doutorando e Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor do curso de Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

⁷⁴ Estudante da graduação do curso de Direito da PUC-MG, gabrielaguedes.sol@gmail.com

⁷⁵ Conforme Relatório de Acompanhamento Fiscal de 04/05/2018, elaborado pelo IFI – Instituto Fiscal Independente, órgão vinculado ao Senado Federal.

– Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, linha de pesquisa “Transformações na Ordem Social-Econômica e Regulação”, sob a orientação do Prof. Antônio Carlos Lúcio Macedo, os acadêmicos Gabriela Sol Guedes da Silva e André de Figueiredo Pereira, desenvolvem estudos acerca dessa problemática, cujo resultado evidencia-se no presente trabalho.

Primeiramente, no item 2 do presente estudo o grupo tenta identificar o regime jurídico da Dívida Pública da União, notadamente por meio do estudo das normas constitucionais que fundam o sistema da Dívida Pública e da legislação complementar que a regulamenta.

Em seguida, no item 3 será desenvolvida pesquisa com o intuito de investigar as competências dos órgãos e entidades envolvidos na instituição e gestão da Dívida Pública Federal, descrevendo as atuações do Senado Federal, do Conselho Monetário Nacional, da Secretaria do Tesouro Nacional e do Banco Central do Brasil.

Em seguida, no item 4 o grupo realiza estudo das atas do COPOM – Conselho de Política Monetária, órgão integrante do Banco Central do Brasil, especificamente das atas produzidas nos anos de 2015 e 2016, exercícios financeiros onde a taxa de juros definida para remuneração da dívida chegou a elevado valor nominal, com substancial aumento no comprometimento do orçamento federal, na tentativa de identificar os fundamentos econômicos e jurídicos que justificaram a política de juros adotada.

E por fim, o estudo investigará se de fato os fundamentos da política monetária na definição das taxas de juros estão em conformidade aos fins a que se propõe, assim como se há algum tipo de relação com os objetivos da República e possibilidade de controle popular.

2. REGIME JURÍDICO DA DÍVIDA PÚBLICA FEDERAL BRASILEIRA: DÍVIDA PÚBLICA E CONSTITUIÇÃO

A Constituição de 1988 inaugurou o chamado Estado Democrático de Direito, estabelecendo como valores fundantes da sociedade brasileira a dignidade da pessoa humana e o pluralismo, assim como definindo como objetivos da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a promoção do bem de todos, dispondo uma série de competências entre os entes estatais para a persecução de tais valores e objetivos.

Para a realização de todas as competências materiais da União definidas na Constituição de 1988 é necessária a previsão de recursos financeiros para o custeio dessas atividades. Desse modo, deve haver equilíbrio entre o que deverá ser realizado pelo ente estatal e os recursos que farão face às despesas necessárias para a consecução das respectivas atividades.

Nesse sentido a própria Constituição prevê um conjunto de normas que institui um sistema de arrecadação, gestão e controle de recursos financeiros, aptos a custear as ações estatais necessárias ao atendimento dos objetivos da República, dispostos no art. 3º do texto constitucional.

Trata-se da chamada Constituição Financeira do Estado, que prevê todas as fontes de recursos, especialmente por meio das competências tributárias e dos recursos provenientes da exploração do patrimônio público e realização de atividade econômica pelo Estado, assim como os critérios para a realização das despesas e seus respectivos mecanismos de controle.

De acordo com FERRAZ, GODOY e SPAGNOL (2017, p. 22) *“a atividade financeira do Estado consiste, em resumo, na tarefa de obtenção das receitas públicas, efetivação das despesas públicas, utilização de crédito público e elaboração/execução do orçamento público e seu controle”*.

Mas nem sempre as fontes de recursos tributários e decorrentes da exploração econômica direta pelo Estado conseguem suprir todas as suas necessidades econômicas e financeiras, sendo por vezes necessária a realização de operações de crédito para o atendimento de tais necessidades, o que produz a denominada Dívida Pública.

Conforme OLIVEIRA (2014), o endividamento estatal é um fenômeno imprescindível para a consolidação do sistema das finanças públicas. Uma boa gestão da dívida pública propicia o levantamento imediato de recursos para obras públicas e para a manutenção do Estado de bem estar social. No entanto, para que esse objetivo seja alcançado de forma sustentável, é indispensável que sejam estabelecidos instrumentos jurídicos de controle e fiscalização pelos órgãos competentes.

A importância do Direito Financeiro para a efetivação dos objetivos da República é tamanha que suas principais diretrizes se encontram presentes no texto constitucional. TORRES (2011) ensina que esse ramo do direito encontra seus fundamentos na Constituição de tal forma minuciosa que às demais fontes normativas

cabe apenas “*explicitar o que já se contém, em parcela substancial, no texto básico*” (p.38).

Consoante o já mencionado, a doutrina brasileira defende a existência de uma verdadeira Constituição Financeira, com sistema de normas constitucionais composto por princípios, valores, regras e competências que regulam a atividade financeira de todos os entes da federação.

Mas, para o atendimento dos propósitos metodológicos do presente trabalho, estudaremos aqui somente as normas que definem as competências dos órgãos e entidades que cuidam da instituição, gestão e controle da Dívida Pública da União, matéria bastante regulada pelo direito positivo brasileiro.

O art. 21 da Constituição estabelece a competência material da União para emissão de moedas (inciso VII), administrar as reservas cambiais e fiscalização as operações financeiras, notadamente as operações de crédito (inciso VIII), além de elaborar planos nacionais e regionais de desenvolvimento econômico e social (inciso IX).

Para realização de mencionadas competências materiais, o art. 22 prescreve a competência da União para legislar privativamente sobre sistema monetário (inciso VI) e política de crédito (inciso VII).

Quanto à competência específica para a instituição de normas relativas à Dívida Pública, importante a menção inicial da previsão do art. 24 da Constituição de 1988, que estabelece a competência legislativa concorrente de União, Estados e Distrito Federal em matéria financeira, com previsão nos parágrafos do mesmo artigo da competência da União para definição de regras gerais, e dos demais entes para instituição de regras específicas, estando prevista, também, a competência suplementar dos Municípios, de acordo com o art. 30, para promulgação de legislação em matéria financeira para assuntos de interesse local.

O art. 163 da Constituição de 1988 estabelece como matéria reservada à lei complementar as disposições sobre dívida pública externa e interna, concessão de garantias, emissão e resgate de títulos da dívida pública, definindo, portanto, um quórum qualificado de deliberação acerca de mencionados assuntos.

Para regulamentar o art. 163 a denominada Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/00) trata o endividamento do Estado em capítulo inteiro (Capítulo VII), dispõe sobre conceitos básicos (art. 29), define limites para a Dívida Pública e para as Operações de Crédito (art. 30), estabelece critérios para a recondução

aos limites do endividamento (art. 31) e prescreve os requisitos legais para a realização das Operações de Crédito (art. 32 a 42).

Com o objetivo de evitar a assunção de dívidas que ultrapassem a capacidade de investimentos dos entes da federação, assim como para evitar empréstimos para o financiamento das despesas correntes, o legislador constituinte definiu no art. 167, III, o que a doutrina denominou de “Regra de Ouro” das finanças públicas brasileiras, que é a vedação da realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital.

O legislador ordinário conceituou no art. 12, da Lei nº 4.320/64, o que são despesas de capital, descrevendo-as como investimentos (dotações para o planejamento e a execução de obras, inclusive as destinadas à aquisição de imóveis considerados necessários à realização destas últimas, bem como para os programas especiais de trabalho, aquisição de instalações, equipamentos e material permanente e constituição ou aumento do capital de empresas que não sejam de caráter comercial ou financeiro), inversões financeiras (aquisição de imóveis, ou de bens de capital já em utilização; aquisição de títulos representativos do capital de empresas ou entidades de qualquer espécie, já constituídas, quando a operação não importe aumento do capital; constituição ou aumento do capital de entidades ou empresas que visem a objetivos comerciais ou financeiros, inclusive operações bancárias ou de seguros) e transferências de capital (dotações para investimentos ou inversões financeiras que outras pessoas de direito público ou privado devam realizar, independentemente de contraprestação direta em bens ou serviços, constituindo essas transferências auxílios ou contribuições, segundo procedem diretamente da Lei de Orçamento ou de lei especialmente anterior, bem como as dotações para amortização da dívida pública).

Na instituição da legislação financeira e orçamentária, compete ao chefe do Poder Executivo (art. 165, CR/88) a elaboração e envio para o Poder Legislativo dos projetos de plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias, das propostas orçamentárias para o exercício, além da prestação de contas do exercício anterior (art. 84, XXIII, XXIV, CR/88), devendo ser incluída na proposta da Lei de Orçamento as operações de crédito, em atendimento ao disposto no §8º, do art. 165, CR/88 e art. 3º, da Lei nº 4.320/64.

A proposta orçamentária apresentada pelo Poder Executivo deve conter mensagem com exposição circunstanciada da situação econômico-financeira, documentada com demonstração da dívida fundada e flutuante, saldos de créditos

especiais, restos a pagar e outros compromissos financeiros exigíveis, exposição e justificção da política econômico-financeira do Governo, justificção da receita e despesa, particularmente no tocante ao orçamento de capital (art. 22, Lei nº 4.320/64).

Recebidos mencionados projetos de legislação orçamentária, cabe ao Congresso Nacional, após a análise de comissão mista (§1º, art. 166, CR/88), deliberar e aprovar a legislação orçamentária, além da competência para dispor sobre operações de crédito, matéria financeira, cambial e monetária, moeda, e montante da dívida mobiliária federal (art. 48, II, XIII e XIV).

Essa atribuição decorre do princípio democrático, uma vez que os membros do Congresso Nacional foram eleitos para exercer a representação popular, logo, medidas que afetam os recursos públicos terão a aprovação da sociedade por meio de deliberação política de seus representantes.

Importante registrar que as finanças públicas vêm sofrendo significativas mudanças dentro das diversas perspectivas de atuação desde a origem do denominado Estado moderno, mesclando características de fiscalidade e extrafiscalidade, com a atividade fiscal servindo também para implementação de uma política econômica distributiva e intervencionista, pois *“o orçamento público deixou de representar mera catalogação contábil de receitas e despesas correspondentes, para se apresentar como um quadro orgânico de economia nacional”* (FERRAZ, GODOY e SPAGNOL, 2017, p. 24), tornando-se um importante instrumento de política econômica.

Em matéria de Dívida Pública Federal, a Constituição estabelece atribuições específicas ao Senado Federal, com previsão expressa no art. 52 atribui de competência privativa para autorizar operações externas de natureza financeira (inciso V), fixar limites globais para o montante da dívida consolidada (inciso VI), dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno (inciso VII), dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia em operações de crédito externo e interno (inciso VII).

Exercendo sua competência constitucional, o Senado Federal editou a Resolução nº 48, de 21 de dezembro de 2007, que dispõe sobre limites e garantias relativas a operações de crédito da União e entidades a ela vinculadas e, no art. 7º, traz previsão de limite para o montante global das operações de crédito realizadas em um exercício financeiro, que não poderá ser superior a 60% (sessenta por cento) da receita

corrente líquida, assim como o montante da dívida consolidada não poderá exceder o teto estabelecido pelo Senado Federal, conforme o disposto em resolução específica.

Todavia, a indispensável resolução específica do Senado Federal que estabeleceria o teto para o endividamento federal ainda está pendente de promulgação, pois o Projeto de Resolução do Senado nº 84, de 2007, já aprovado pela CAE – Comissão de Assuntos Econômicos, sofreu uma emenda no plenário, não examinada pela CAE, foi arquivado ao final de 2014 e desarquivado em 2015 por requerimento do Senador José Serra, que emitiu relatório aprovado na Comissão Especial do Desenvolvimento Nacional, tendo ido a plenário e retornou, por acordo de líderes, para exame da CAE, onde está atualmente.

Portanto, de acordo com a legislação sobre a Dívida Pública Federal em vigor, há uma lacuna normativa relativamente à existência de limites específicos para o endividamento público da União, o que, em alguma medida, justifica o exponencial e discricionário aumento da dívida pública desde 2014.

Por fim, cabe o registro da promulgação da Resolução nº 42, de 1º de novembro de 2016, que criou a IFI – Instituição Fiscal Independente, órgão integrante do Senado Federal, com competência para analisar e fiscalizar, de forma independente, as contas públicas federais. O órgão é integrado por um Conselho Diretor composto de três membros, com mandatos fixos e sem recondução, com garantia de estabilidade funcional e independência técnica, auxiliado por servidores públicos de carreira que integram a estrutura de pessoal do Senado Federal.

3. OS ÓRGÃOS DE GESTÃO DA DÍVIDA PÚBLICA

3.1. O CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL

O art. 192 da Constituição dispôs sobre a necessidade de estruturação do Sistema Financeiro Nacional de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do país e atender aos interesses da coletividade, prescrevendo a necessidade de Lei Complementar para sua regulamentação, o que ainda não foi cumprido pelo legislador ordinário, estando em vigor a legislação anterior ao texto constitucional.

A Lei nº 4.595/64 instituiu originariamente o Sistema Financeiro Nacional, com o objetivo de regulamentar a política monetária e creditícia no Brasil, além de regular o sistema bancário, definindo as competências dos órgãos e entidades públicos que o

integram, assim como regulando as atividades das instituições privadas que o compõem.

De acordo com o art. 1º do mencionado diploma legislativo, o Sistema Financeiro Nacional é composto pelo Conselho Monetário Nacional, pelo Banco Central do Brasil, pelo Banco do Brasil, pelo Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social e pelas demais instituições financeiras públicas e privadas.

O Conselho Monetário Nacional é o órgão de cúpula do Sistema Financeiro Nacional e gestor da política da moeda e do crédito, objetivando o progresso econômico e social do país (art. 2º, Lei nº 4.595/64), o que o faz através da adaptação do volume dos meios de pagamento às reais necessidades da economia nacional e seu processo de desenvolvimento, regula o valor da moeda e o equilíbrio da balança de pagamentos do país, orienta a aplicação dos recursos das instituições financeiras, zelando por sua liquidez e solvência, além de coordenar as políticas monetária, creditícia, orçamentária, fiscal e da dívida pública, interna e externa, autorizando a emissão de moeda e operações de crédito pelo tesouro nacional.

Desde a sua criação, o Conselho Monetário Nacional vem sofrendo alterações em sua composição, sendo integrado atualmente pelo Ministro da Fazenda, como Presidente do Conselho, pelo Ministro do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e pelo Presidente do Banco Central do Brasil (art. 8º, Lei nº 9.069/94).

Com reuniões mensais, o órgão delibera acerca de suas competências institucionais, expedindo normas regulamentares publicadas no Diário Oficial da União, juntamente com o extrato das atas das reuniões, seguindo as normas constantes do Regimento Interno, aprovado pelo Decreto nº 1.307/94.

O art. 9º da Lei nº 9.069/94 previu a criação da Comissão Técnica da Moeda e do Crédito (COMOC) como órgão de assessoramento técnico do CMN na formulação da política da moeda e do crédito do País, com competência expressa para manifestação prévia sobre os assuntos de competência do CMN. Além da Comoc, o art. 11 da Lei nº 9.069/94 prevê a atuação perante o CMN de mais sete comissões consultivas, com destaque para as Comissões de Política Monetária e Cambial e de Endividamento Público.

Como órgão de deliberação acerca da política econômica monetária e creditícia brasileira, analisando a sua legislação de regência (Lei nº 4.595/64; Lei nº 9.069/94; Decreto nº 1.307/94), importante ressaltar sua condição de órgão eminentemente técnico e de atuação com alto grau de discricionariedade, em razão de sua composição

ser de agentes políticos ocupantes de cargos comissionados nomeados pelo Presidente da República e da qualificação técnica exigida para o exercício de suas funções.

Chama a atenção também o fato das reuniões do Conselho Monetário Nacional (art. 16, do Decreto nº 1.307/94) e de suas comissões, como é o caso da COMOC (art. 11, do Decreto nº 1.304/94) ocorrerem de forma reservada, sem qualquer possibilidade de participação de integrantes da sociedade, salvo para convidados das autoridades monetárias.

3.2. A SECRETARIA DO TESOUREIRO NACIONAL

Criada pelo Decreto nº 92.452/86, a Secretaria do Tesouro Nacional é órgão vinculado ao Ministério da Fazenda, cujo objetivo é o aperfeiçoamento do gasto público por meio de sua gestão e controle, com competência para gestão da Dívida Pública Federal, na medida em que funciona como órgão central de planejamento, coordenação e controle financeiro da União, gestão e controle de pagamentos de todas as despesas correntes e financeiras.

A partir dos limites constitucionais de endividamento, regulamentados pelas Resoluções do Senado Federal, assim como com base nas previsões da legislação orçamentária e deliberações normativas do Conselho Monetário Nacional, compete à Secretaria do Tesouro Nacional a contratação de operações de crédito interno e externo, notadamente por meio da emissão e resgate de títulos da dívida pública.

A Secretaria do Tesouro Nacional desenvolve atividades de execução orçamentária do gasto público, e o faz por meio da implantação de um sistema informatizado (SIAFI – Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal), que integra os sistemas de programação financeira, de execução orçamentária e de controle interno do Poder Executivo e que fornece informações gerenciais para todos os níveis da administração pública federal.

Especificamente para a gestão e definições de estratégias do endividamento da União, dentro da estrutura orgânica da Secretaria do Tesouro Nacional há a Subsecretaria da Dívida Pública – SUDIP, composta por três coordenadorias de operações (CODIP), planejamento (COGEP) e controle (CODIV), responsáveis pela elaboração do planejamento estratégico de curto, médio e longo prazo, condução das estratégias de financiamento interno e externo da União, elaboração da proposta orçamentária atual e realização de sua execução financeira.

Mencionados órgãos também são responsáveis pela elaboração e divulgação de relatórios para o acompanhamento da evolução da Dívida Pública Federal, por meio do Plano Anual de Financiamento da Dívida Pública Federal e do Relatório Anual da Dívida Pública Federal, ambos de competência da COGEP e do Relatório Mensal da Dívida elaborado pela CODIP.

A Secretaria do Tesouro Nacional publicou em 2013 a 2ª edição do documento oficial denominado Conheça o Tesouro Nacional, onde apresenta suas funções institucionais, estrutura orgânica, expondo seu histórico de atuação, valores e missão, sendo esta a de *“defender o cidadão contribuinte, de hoje e de amanhã, por meio da busca permanente do equilíbrio dinâmico entre receitas e despesas e da transparência e da qualidade do gasto público”* (BRASIL, 2013, p. 11).

Mas apesar de mencionada missão definir como objetivo principal a defesa do cidadão contribuinte, verifica-se pelo histórico de atuação da STN e dos relatórios por ela publicados que sua atuação também tem como finalidade atender aos interesses dos adquirentes (investidores) dos títulos públicos vinculados à sua gestão. De acordo com as lições de Pellegrini:

À STN cabe, portanto, compatibilizar os interesses do Estado e dos investidores, em um complexo ambiente macroeconômico, por meio do ajuste da composição da carteira de títulos em poder do mercado, até encontrar combinação adequada e possível de custos, riscos e prazos. (PELLEGRINI, 2017, p. 10)

Nesse sentido, a Secretaria do Tesouro Nacional acompanha a formulação e execução da política fiscal e gerenciamento financeiro da conta única do tesouro federal a partir das definições da legislação orçamentária e deliberações do Conselho Monetário Nacional, assim como administra o endividamento público federal, expedindo relatórios anuais e mensais com o objetivo de dar publicidade e esclarecimento aos cidadãos acerca de sua atuação, bem como para garantir informações e previsibilidade para os investidores, adquirentes dos títulos públicos federais por ela emitidas.

3.3. O BANCO CENTRAL DO BRASIL

O Banco Central do Brasil (BCB) é uma autarquia federal criada pela Lei nº 4.595/64 em substituição à Superintendência da Moeda e do Crédito (SUMOC) e

vinculada ao Ministério da Fazenda, sendo órgão de execução das políticas econômicas monetárias e de crédito definidas pelo Conselho Monetário Nacional.

Possui competência exclusiva para emissão de moeda expressamente prevista na Constituição da República de 1988 (art. 164), sendo vedada a concessão de empréstimo ao Tesouro Nacional ou a qualquer outra entidade que não integre o Sistema Financeiro Nacional, mas podendo comprar e vender títulos de emissão do Tesouro Nacional, com o objetivo de regular a oferta de moeda ou a taxa de juros, atuando como banco oficial da União, onde ficam depositadas suas disponibilidades de caixa.

Sua administração é composta por diretoria integrada por nove membros (Decreto nº 91.961/85), escolhidos por deliberação do Conselho Monetário Nacional entre pessoas de reputação ilibada e notório saber econômico e financeiro, nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal, estando tais previsões dispostas nos art. 8º a 16 da Lei nº 4.595/64 e art. 5º do Regimento Interno do BCB.

O Banco Central do Brasil atua como a Secretaria-Executiva do Conselho Monetários Nacional (art. 8º, §5º, da Lei nº 9.069/94) e na coordenação da COMOC (art. 9º, §2º, da Lei nº 9.069/94), competindo-o organizar e assessorar as sessões deliberativas de ambos os órgãos (preparar, assessorar e dar suporte durante as reuniões, elaborar as atas e manter seu arquivo histórico), devendo, além de atender as determinações legislativas que regulamentam suas competências, cumprir também com as normas expedidas pelo CMN.

O Banco Central do Brasil possui a competência institucional para atuar como agente responsável pelo controle inflacionário do Brasil, o que faz mediante a regulação da quantidade de moeda circulante na economia com o objetivo de garantir a estabilidade de preços (art. 10, I e II, Lei n.º 4.595/64).

Possui também a responsabilidade da garantia da estabilidade financeira nacional, razão pela qual suas competências de regular e supervisionar as instituições financeiras públicas e privadas que atuam no mercado brasileiro (art. 10, X, Lei n.º 4.595/64).

Além disso, de acordo com os demais incisos do art. 10 da Lei nº 4.595/64 cumulado com art. 2º do Regimento Interno do BCB (Portaria nº 84.287/2015), conduz as políticas monetária, cambial, de crédito (realizando operações de compra e venda de títulos públicos federais), e de relações financeiras com o exterior; a regulação

e da supervisão do Sistema Financeiro Nacional (SFN); a administração do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB) e os serviços do meio circulante.

Apesar do vasto rol de competências do Banco Central elencadas na Constituição e na legislação ordinária, aqui nos interessa apenas as relativas a execução da política monetária, sua atuação como importante agente de política econômica e financeira na República brasileira.

Nesse sentido, segundo TORRES, sua importância em matéria de finanças públicas se dá principalmente em função de atribuições como o do monopólio para a emissão de moedas, a compra e venda de Títulos do Tesouro Nacional e recebimento dos depósitos correspondentes à disponibilidade de caixa da União, nos termos do art. 164 da Constituição.

A emissão de moeda (metálica ou em papel), de competência exclusiva do Banco Central, é uma medida essencial no combate à inflação, não podendo ser utilizada como meio para sanar o déficit público ou realizar empréstimos diretos e indiretos, visto que, de acordo com a ortodoxia, tal ação resultaria na desvalorização da moeda.

Os títulos do Tesouro Nacional representam uma parcela substancial da dívida pública brasileira. A Constituição da República autoriza o BCB a realizar a compra e venda desses títulos (art. 164, §2º, CR/88). Por meio dessas transações a autarquia federal pode exercer sua influência na economia de uma forma alternativa à política monetária: por meio de uma política fiscal. Quando há pouco dinheiro em circulação, o banco compra os títulos, injetando crédito na economia. Na situação inversa, realiza a venda de Títulos que promove a diminuição do inchaço.

Por último, a prerrogativa de ser depositário do dinheiro da União (art.164, §3º), fornece ao BCB mais uma ferramenta de controle da circulação de moeda. Tal função também permite que as reservas financeiras da União sejam adequadas à compra e venda de Títulos do Tesouro. Essa combinação de atribuições favorece o equilíbrio orçamentário e resulta em um melhor controle da dívida.

Para NETO (2014), é possível estabelecer uma relação entre as competências do CMN e do BCB que o autor sintetiza em controle sobre 3 matérias: a moeda, as instituições financeiras e as operações de câmbio. Finalmente, em relação ao funcionamento do sistema financeiro pátrio, pode se concluir que na mesma proporção em que o CMN possui competências para emitir normas reguladoras, é de responsabilidade do BCB executar essas normas se utilizando de instrumentos de fiscalização e sanção.

4. ESTUDO DAS DECISÕES DA POLÍTICA MONETÁRIA COM FOCO NA TAXA BÁSICA DE JUROS (COPOM/ 2015 E 2016)

4.1. POLÍTICA MONETÁRIA – TAXA SELIC

A política monetária, em síntese, pode ser entendida como uma das espécies de política econômica que é responsável pela quantidade de dinheiro em circulação e pelas taxas de juros e de crédito em um país, por meio de uma autoridade monetária, essa autoridade, no Brasil, é o Banco Central (Bacen).

Nessa acepção, a política monetária brasileira tem como instrumentos, em geral, as variáveis que o Bacen controla diretamente. Tradicionalmente são utilizados três instrumentos de política monetária: a taxa de juros no mercado de reservas bancárias, a taxa de redesconto e as alíquotas das reservas compulsórias sobre os depósitos do sistema bancário (BARBOSA, 1996).

Contudo, o presente estudo irá analisar apenas o primeiro desses instrumentos, ou seja, a taxa de juros no mercado de reservas bancárias, mais conhecida como taxa Selic (Sistema Especial de Liquidação e de Custódia) ou taxa básica de juros.

A taxa Selic é entendida a partir do depósito dos bancos no Banco Central, isto é, recursos, chamados de reservas bancárias, são depositados em uma espécie de conta corrente dos bancos junto ao Bacen. Essas reservas são utilizadas pelos bancos nas transações entre si, em nome próprio ou de terceiros, e com o Banco Central, assim elas são recursos financeiros imediatamente disponíveis (RELATÓRIO DE INFLAÇÃO, 1999).

As transações que acontecem no sistema bancário brasileiro passam, necessariamente, pela conta de Reservas Bancárias, a qual não rende juros. Ademais, como mencionado anteriormente no tópico 1.3, apenas o Bacen pode afetar a liquidez do sistema financeiro, haja vista que as operações entre bancos apenas trocam o titular das reservas bancárias e, desse modo, não criam e nem reduzem estas.

Não raro, na administração diária de liquidez, alguns bancos encontram-se em situação superavitária enquanto outros em situação deficitária, porém, o saldo dessas transações dificilmente é zero, devido a isso, o sistema está sempre com sobras ou faltas de reservas. Como consequência, o Bacen fixa a taxa de juros do mercado de reservas, após essa fixação os bancos passam a emprestar – bancos superavitários – e a tomar

emprestado – bancos deficitários – com essa taxa de juros fixada. Ressalta-se que esta é uma taxa de um dia, pois todo dia a situação de liquidez do mercado muda, ou seja, os empréstimos entre os bancos têm o prazo de um dia.

A definição dessa taxa de juros supostamente influencia a economia de todo o país, uma vez que a partir dela é que as outras taxas de juros são ajustadas, bem como a quantidade de dinheiro em circulação também é afetada. Isso porque quanto maior a taxa básica de juros, menor a quantidade de dinheiro para consumo⁷⁶ e, como consequência, diminui a alta dos preços, em contrapartida, reduz a atividade econômica do país.

Por outro lado, se a taxa Selic é reduzida, em geral, os juros são reduzidos, é aumentado o crédito, conseqüentemente o consumo e atividade econômica também, porém, a inflação tende a aumentar, o que em dado momento reduz o consumo. Volta, dessa maneira, ao cenário anterior.

Ademais a taxa básica de juros gera impactos diretos nos orçamentos governamentais, pois ela é utilizada como referencial dos juros incidentes em boa parte dos títulos da dívida pública, os quais são pagos pelo governo aos proprietários dos títulos. Destarte, há um aumento dessa dívida (na parcela correspondente aos juros) quando a Taxa Selic está elevada, nota-se, portanto, que esse aumento é derivado somente da política monetária praticada no país. Isto é, a dívida cresce ainda que não haja nenhum investimento social ou expansão do aparato público (quadro de funcionários, bens públicos, entre outros).

4.2. ANÁLISE DOGMÁTICA DO CONTEÚDO DAS ATAS DO COPOM DE 2015 E 2016

No Brasil, o controle da taxa Selic é feito pelo Banco Central, mais especificamente, pelo Comitê de Política Monetária do Banco Central (COPOM).

O Copom, de acordo com o site da instituição, tem o:

⁷⁶ Controle da quantidade de moeda: o Banco Central (Bacen) realiza essa política monetária por meio da compra e venda de títulos da dívida pública brasileira dos bancos comerciais. Tais operações são chamadas de “operações de mercado aberto” e permitem que o Bacen faça uma política monetária expansionista - elevando a quantidade de moeda em circulação - ou contracionista, o oposto. Na primeira política, o Bacen compra os títulos públicos, assim, os bancos comerciais recebem moeda; já na segunda, ele vende os títulos da dívida pública, nesse momento os bancos comerciais recebem títulos (POLÍTICA MONETÁRIA: controle de quantidade de moeda).

(...) objetivo de estabelecer as diretrizes da política monetária e de definir a taxa de juros. A criação do Comitê buscou proporcionar maior transparência e ritual adequado ao processo decisório. (...) Formalmente, as competências do Copom são definir a meta da Taxa Selic e divulgar o Relatório de Inflação. A taxa de juros fixada na reunião do Copom é a meta para a Taxa Selic (taxa média dos financiamentos diários, com lastro em títulos federais, apurados no Sistema Especial de Liquidação e Custódia), a qual vigora por todo o período entre reuniões ordinárias do Comitê (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2017).

As atas do Comitê de Política Monetária (Copom) são uma síntese das reuniões ordinárias deste órgão, nestas reuniões - que participam o Presidente e os Diretores do Banco Central, membros do comitê, bem como chefes de alguns departamentos do Banco Central - são apresentadas a conjuntura técnica econômica e decidida a meta da Taxa Selic.

Ressalta-se que o que é decidido e publicado nas atas do Copom é a meta da Taxa Selic, o que se efetivou desta taxa para um determinado período é divulgado no site da Receita Federal - Selic Acumulada no curso de cada mês. No entanto, a diferença da meta para a Taxa Selic efetivada é mínima, para mais ou para menos, mesmo porque, quando a meta para a taxa básica é decidida, o Banco Central controla a quantidade de moeda na economia para que ela seja, senão igual, próximo à meta.

A pesquisa das atas teve como foco os anos de 2015 e 2016, uma vez que eles marcaram o início de uma grande sensação de insegurança tanto política quanto econômica no país, o que afetou a confiança nos investimentos em títulos públicos, tendendo à elevação dos juros. Exemplos disso foram, no ano de 2015, às renúncias de cinco diretores da Petrobrás e da Presidente da empresa, na época, Graça Foster; as manifestações que levaram às ruas milhares de brasileiros insatisfeitos com a corrupção sistêmica do Estado brasileiro; o acolhimento pela Câmara dos Deputados do Brasil do pedido de *impeachment* da Presidenta Dilma Rousseff.

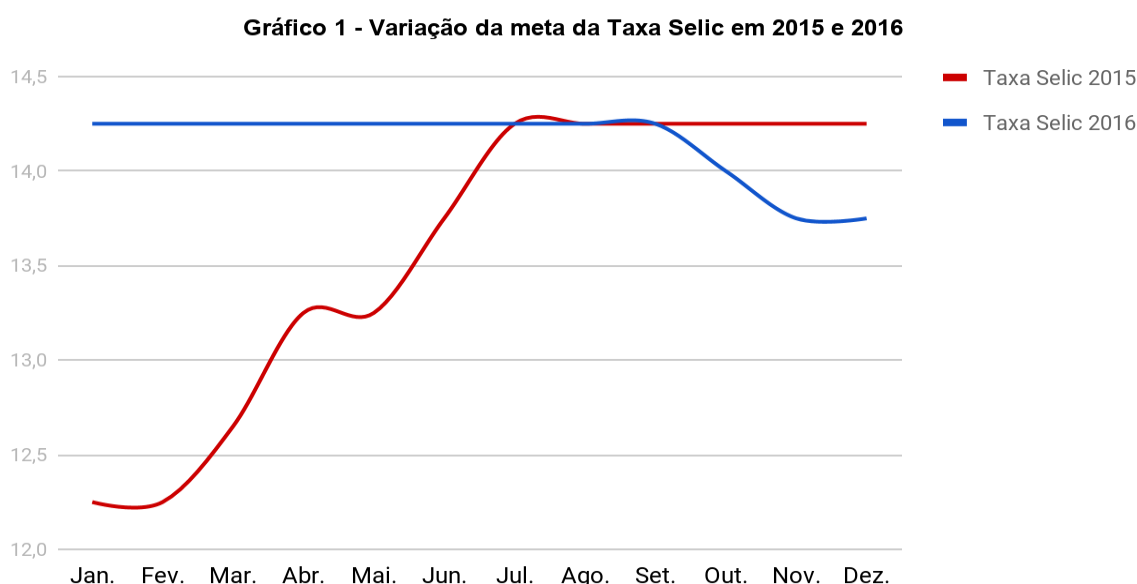
Já no ano de 2016, houve o afastamento do Presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, por uma decisão do STF, que mais tarde renunciou ao cargo; a Presidenta foi afastada permanentemente; e alguns políticos conhecidos nacionalmente foram presos devido às investigações por suspeita de corrupção.

Quanto ao conteúdo de uma ata⁷⁷, observa-se que ela segue um modelo de fundamentos, isto é, é inicialmente dividida em tópicos: (i) evolução recente da economia; (ii) avaliação prospectiva das tendências da inflação; e (iii) implementação da política monetária. Dentro do primeiro tópico são discriminados índices (em

⁷⁷ Banco Central do Brasil, Atas do Copom.

porcentagem) de variáveis econômicas que influenciam na Taxa Selic, como o Índice Nacional de Preços ao Consumidor (IPCA) e a taxa de desemprego.

No segundo tópico são traçadas projeções futuras gerais, como é a variação percentual de preços administrados por contrato e monitorados. Por último, terceiro tópico, é descrito um panorama econômico internacional, o qual, em tese, influencia a economia brasileira. Neste tópico ainda são delineadas perspectivas de comportamento da economia e são avaliadas decisões políticas dessa esfera, a partir disso há a conclusão de quais medidas serão adotadas na política monetária e, por conseguinte, a meta para a Taxa Selic.



Fonte: Atas do Copom (2015-2016)

A seguir há a variação da meta da Taxa Selic nesses dois anos:

Como pode ser observada no gráfico⁷⁸ acima, no decorrer do ano de 2015 a meta da Taxa Selic foi reajustada, usualmente, com aumentos. No início do ano, a meta foi firmada em 12,25% (doze inteiros e vinte e cinco centésimos por cento) e dentre as justificativas dos membros do Comitê para a taxa neste patamar estava o fato de que a inflação estava persistindo, de acordo com os índices consultados. Isso, em parte, devido a dois processos de ajustes de preços relativos na economia – realinhamento dos preços domésticos em relação aos internacionais e realinhamentos dos preços

⁷⁸ Informações retiradas das publicações, no site do Banco Central Brasileiro (BCB), das Atas do Comitê de Política Monetária (Copom), nos anos de 2015/2016.

administrados em relação aos livres, refletindo, dessa maneira, na dinâmica dos preços e, conseqüentemente, na taxa básica de juros⁷⁹.

Em abril desse mesmo ano, a meta da Taxa Selic chegou a 13,25% (treze inteiros e vinte e cinco centésimos por cento), aumentando um ponto percentual, em comparação à janeiro, o fundamento dessa elevação foi o mesmo da ata do mês de janeiro:

27. Para o Copom, o fato de a inflação atualmente se encontrar em patamares elevados reflete, em grande parte, os efeitos de dois importantes processos de ajustes de preços relativos na economia – realinhamento dos preços domésticos em relação aos internacionais e realinhamento dos preços administrados em relação aos livres. O Comitê considera ainda que, desde sua última reunião, entre outros fatores, esses ajustes de preços relativos na economia tornaram o balanço de riscos para a inflação desfavorável para este ano. Nesse contexto, conforme antecipado em Notas anteriores, esses ajustes de preços fazem com que a inflação se eleve no curto prazo e tenda a permanecer elevada em 2015. Ao tempo em que reconhece que esses ajustes de preços relativos têm impactos diretos sobre a inflação, o Comitê reafirma sua visão de que a política monetária pode e deve conter os efeitos de segunda ordem deles decorrentes, para circunscrevê-los a 2015⁸⁰. (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2015).

O último aumento da meta da taxa básica de juros, em 2015, ocorreu em julho, chegando a 14,25% (quatorze inteiros e vinte e cinco centésimos por cento), patamar que se manteve no ano seguinte.

A meta da taxa Selic, em 2016, ficou inalterada, bem como os fundamentos para mantê-la se mostraram muito similares, até outubro, quando foi reduzida a 14% (quatorze por cento)⁸¹. Neste momento, a justificativa para a redução, além da flexibilização monetária, ancorou-se também no otimismo em relação às promessas políticas do novo Presidente para conter gastos do governo por meio de reformas econômicas, como a Emenda Constitucional nº 95, de 15/12/2016, chamada de “PEC do Teto dos Gastos Públicos”. Por fim, o ano terminou com a meta em 13,75% (treze inteiros e setenta e cinco centésimos por cento).

4.3. DISCURSO TECNOCRÁTICO

De início é necessário estabelecer, resumidamente, o sentido da expressão “discurso tecnocrático”. Para isso, utilizaremos os estudos realizados por Norberto

⁷⁹ Ata da 188ª reunião (20 e 21/01/2015).

⁸⁰ Ata 190ª reunião (28 e 29/04/2015).

⁸¹ Ata 202ª reunião (18 e 19/10/2016).

Bobbio para definir a palavra tecnocracia, a qual ele designa como uma das “mais ambíguas de todo corpo conceitual das modernas ciências” (BOBBIO, 1998, p. 1.243).

O termo tecnocracia era empregado para designar somente químicos e físicos e o papel que eles exerciam no desenvolvimento da sociedade, mais tarde passou a ser adotado também para se referir às variadas categorias profissionais e o poder ou a influência que elas detinham. Nesse sentido, o discurso tecnocrático pode ser entendido como o discurso usado por tecnocratas, isto é, especialistas “com conhecimento global das variáveis da ação” (BOBBIO, 1998, p. 1244), sobre o assunto da especialidade deles.

O discurso tecnocrático, nessa acepção, está presente nas atas publicadas pelo Copom, haja vista que os membros deste são profissionais que, além de participarem do Comitê, exercem funções nas diretorias do Banco Central e, para isso, é necessário um elevado nível de conhecimento, compatível com a área de atuação. É notável, destarte, que a matéria a qual o Comitê é responsável é dotada de complexidade, devido, em grande parte, às variáveis da economia, tanto internas, quanto externas, que devem ser levadas em consideração para que se possa chegar a uma decisão.

No entanto, o que é proferido, mesmo por especialistas, não pode ser compreendido como verdade indiscutível, absoluta. Pelo contrário, questionar construtivamente os fundamentos, a posição adotada, também é uma forma de aprimorar o que foi pronunciado pela autoridade no assunto. Isso deve ocorrer principalmente quando os discursos decidem elementos de extrema importância para a economia de todo um país, como é o caso do Copom.

A forma como a meta da taxa básica de juros é decidida, porém, dificulta questionamentos, isso porque não há representantes das diferentes esferas de interesses da sociedade nas reuniões. Pois os membros do Copom são diretores do Banco Central do Brasil, os quais, em sua maioria, estão ligados aos interesses mercado financeiro na esfera privada, a julgar por já terem ocupados cargos na diretoria dos bancos comerciais e, não raro, voltam a trabalhar defendendo os interesses desses bancos. Ocorre que a diretoria do Banco Central é composta por pessoas ocupantes de cargos em comissão, dessa forma, quando há mudança de governo, normalmente, mudam-se os diretores do Bacen.

Cabe ressaltar que as decisões tomadas pelo Copom devem ser norteadas pelo compromisso com o bem estar da coletividade, como expressa a Constituição (1988), no art. 192, *in verbis*:

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 40, de 2003)
(...) (BRASIL, 1988)

Este artigo integra o que foi definido anteriormente - tópico 1.1 Dívida Pública e Constituição - como “Constituição Financeira”, nesse sentido a determinação de que o sistema financeiro nacional deve promover, em todos os seus segmentos, o desenvolvimento equilibrado do País e também servir aos interesses da coletividade comina a todas as áreas desse sistema um objetivo comum a ser alcançado com as decisões tomadas.

De outro lado, há, também, o senso comum de que assuntos ligados à política monetária são demasiadamente complexos, a ponto de serem de competência exclusiva de economistas e banqueiros. Devido a isso são poucos os questionamentos em relação às decisões tomadas por esses setores.

Portanto, falta uma maior participação dos diferentes setores de interesses da sociedade brasileira nas decisões dos órgãos estatais do sistema financeiro brasileiro, em especial, o Banco Central do Brasil e o seu Comitê de Política Monetária.

5. CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho pôde-se analisar que o ordenamento jurídico brasileiro, em especial a Constituição Federal (1988), delinea de forma minuciosa como deve se dar a atividade financeira. Isso ocorre de tal forma que parte dos estudiosos dessa área defendem que existe uma verdadeira Constituição Financeira, a qual determina princípios, valores, regras e competências da atividade financeira dos entes federados.

Nesse diapasão a assunção de dívida pelo Estado também deve observar as disposições desta Constituição Financeira, exemplo disso é a chamada *regra de ouro* das finanças públicas brasileira, a qual está disposta no art. 167, III, e que veda a realização de operações de créditos que excedam o montante das despesas de capital, estas despesas são definidas na legislação ordinária como os investimentos, as inversões financeiras e as transferências de capital.

O Poder Executivo fica responsável pela elaboração do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias, das propostas orçamentárias para o exercício financeiro,

bem como pela prestação de contas do exercício anterior, as quais são enviadas para o poder Legislativo para que sejam aprovadas.

Nessa acepção, com objetivo de controlar os gastos públicos e, como consequência, a dívida pública brasileira, foi criada a Secretaria do Tesouro Nacional, a qual é vinculada ao Ministério da Fazenda. Essa secretaria funciona como órgão central de planejamento, coordenação e controle financeiro da União e, assim, compete a ela a contratação de operações de crédito interno e externo, o que ocorre principalmente por meio de emissão ou resgate de títulos da dívida pública federal.

O Banco Central do Brasil (Bacen), por sua vez, possui a faculdade de comprar e vender títulos que foram emitidos pelo Tesouro Nacional, para tentar equilibrar a oferta de moeda circulante na economia ou a taxa de juros.

Diante disso foi possível notar que os títulos do Tesouro Nacional representam uma parcela substancial da dívida pública brasileira, a qual sofre influência direta da Taxa Selic. Isso porque ela é utilizada como referencial dos juros incidentes em grande parte dos títulos da dívida pública brasileira. Dessa forma o aumento dessa dívida pode ocorrer quando há o aumento da taxa básica de juros, nota-se assim que há a elevação da dívida ainda que não haja nenhum investimento social ou expansão do aparato público.

Os membros do Copom, órgão ligado ao Banco Central, são responsáveis, entre outras atividades, por definirem a meta para a taxa Selic, alicerçados no cenário político econômico, tanto interno quanto externo. A meta para essa taxa geralmente não se diferencia significativamente da taxa básica de juros efetivada no mês analisado por conta do controle realizado pelo Bacen.

Portanto observa-se a importância e complexidade do tema tratado ao longo desse trabalho, o qual não teve o propósito de exaurir a discussão sobre a instituição, gestão e controle da dívida pública brasileira, mas sim trazer para o âmbito acadêmico o debate sobre esse tema que possui implicações na economia do país e, por conseguinte, para o povo brasileiro.

Devido a isso essa temática não pode ficar restrita aos chamados especialistas, a sociedade deve saber das origens, como é a gestão e o que é feito com o crédito adquirido com a dívida pública, isto é, a contrapartida da dívida. A Constituição Federal (1988) já determina, no art. 192, que o sistema financeiro nacional deve ser estruturado com escopo de fomentar o desenvolvimento equilibrado do país e servir aos interesses da coletividade. Torna-se essencial, desse modo, maior transparência no

que diz respeito às decisões tomadas no âmbito das políticas econômicas e discussão pelos diversos setores da sociedade como meio de materializar o disposto nesse dispositivo constitucional.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. **Curso De Direito Financeiro Brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2017.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Sistema de Metas para a Inflação**: Copom. Disponível em: http://www.bcb.gov.br/htms/copom_normas/a-hist.asp?idpai=copom>. Acesso em: 02 mar.2018.

BARBOSA, Fernando de Holanda. **Política Monetária**: instrumentos, objetivos e a experiência brasileira. In: Barbosa, F.H. O Plano Real e a Política Econômica. São Paulo: Educ, 1996.

BICHOFFE, Ana Carolina. **Mais que uma razão econômica**: Apontamentos sobre a constituição do mercado de títulos da dívida pública brasileira. Política & Sociedade - Florianópolis - Vol. 15 - Nº 33 - Maio./Ago. de 2016.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mônaco, João Ferreira, Luís Guerreiro Pinto Cacais e Renzo Dini. 11. ed. Brasília: Editora: UnB,1998.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 20 de Fev. 2018.

BRASIL. **Lei 4.595/64**. Promulgada em 31 de dezembro de 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4595.htm?TSPD_101_RO=79e3106a140f21935803a1240c6a2fcdkty0000000000000000bf9e11c9ffff000000000000000005a9db6090039b367c7> Acesso em 20 de Fev. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 91.961**. Promulgado em 19 de novembro de 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D91961.htm?TSPD_101_RO=64793eeb74073471347bee6218aob17bvP0000000000000000bf9e11c9ffff000000000000000005a9db6c600fe152118>

BRASIL. **Lei 9.069/95**. Promulgada em 29 de Junho de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9069.htm?TSPD_101_RO=d125de167e2c20ba39786938c951abc5z7p0000000000000000bf9e11c9ffff0000000000000000005a9db7da005800a90e> Acesso em 17 de Fev. 2018

BRASIL. **Conheça O Tesouro Nacional**. 2 ed. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.tesouro.fazenda.gov.br/conheca-o-tesouro-nacional>> (Acesso em 25/05/2018)

EQUIPE DO PQ?. **Política Monetária**: controle da quantidade de moeda. 01 setembro 2015. Disponível em: <<http://porque.uol.com.br/cards/controle-da-quantidade-de-moeda/>>. Acesso em: 09/03/2018.

FERRAZ, Luciano; GODOY, Marciano Seabra de; SPAGNOL, Werther Botelho. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de Direito Financeiro**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

OMAR, Jabr Hussein Deeb Haj. **Taxa de Juros**: comportamento, determinação, e implicações para a economia brasileira. R. Econ. contemp., Rio de Janeiro, v. 12, n. 3, p. 463-490, set./dez. 2008.

PELLEGRINI, J. A. **Dívida Pública Brasileira**: Mensuração, composição, evolução e sustentabilidade. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Fevereiro/2017
(Texto para Discussão nº 226). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em 9 de fevereiro de 2017.

RELATÓRIO DE INFLAÇÃO: **Processo de Definição da Taxa De Juros**. BCB. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/htms/relinf/port/1999/06/ri199906b3p.pdf>> Acesso em 04 mar. 2018.

SALOMÃO NETO, Eduardo. **Direito Bancário**. 2. São Paulo Atlas, 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 18º Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

TÍTULO TERCEIRO

TRANSFORMAÇÕES NO DIREITO PRIVADO

ARRANJOS FAMILIARES NA
CONTEMPORANEIDADE

Coordenadora do Grupo de Pesquisa:

Profa. Dra. Anne Shirley de Oliveira R. Martins

**OS IMPACTOS NEGATIVOS DE UMA ADOÇÃO
FRUSTRADA NA VIDA DO ADOTANDO E O
CONSEQUENTE FORTALECIMENTO DO SENTIMENTO
DE ABANDONO**

Ana Carolina Ronizini Braga ⁸²

Raquel Virgínia Assis Pereira ⁸³

1. INTRODUÇÃO

Com o advento do Estatuto da Criança e do Adolescente, muito se discutiu acerca da viabilidade e das consequências do processo de adoção na vida dos menores que se encontram desamparados e/ou esperando para serem reinseridos em outra entidade familiar. Paulatinamente, a adoção deixou de ser um tema extremamente debatido, tornando-se medida corriqueira na realidade brasileira.

O presente artigo busca analisar o instituto da adoção aplicado na atualidade pelo direito brasileiro, destacando e compreendendo os efeitos causados pela frustração da devolução do menor ao abrigo.

O fato da medida ter se tornado costumeira em nossa sociedade, só reforça a importância e conscientização de tal medida, vez que a adoção tem como finalidade garantir a criança a proteção e a dignidade pleiteada para seu desenvolvimento.

O escopo deste artigo vem elucidar e reafirmar a importância do reconhecimento da criança como parte nesse processo, que ao se inserir em um âmbito familiar e ser devolvida para o abrigo, incorre no abandono gerando assim mais uma vez frustração.

⁸² Graduanda em Direito pela PUC Minas. Pesquisadora do Núcleo Acadêmico de Pesquisa no núcleo Novos Arranjos Familiares, coordenado pela Prof.^a. Anne Shirley Oliveira Rezende Martins.

⁸³ Graduanda em Direito pela PUC Minas. Pesquisadora do Núcleo Acadêmico de Pesquisa no núcleo Novos Arranjos Familiares, coordenado pela Prof.^a. Anne Shirley Oliveira Rezende Martins. Email: raquelassis1@outlook.com.

Sem embargo, as consequências nefastas da desistência de adotar uma criança ou adolescente que ansiavam em ter uma família não são evidenciadas e debatidas com excelência, ensejando frustrações para todos os envolvidos: adotantes e adotando. Frustrações estas desenvolvidas pelas expectativas geradas de ambas as partes, no qual temos em um polo o adotante que deseja construir uma família, com um anseio de uma prole, mas enseja no erro de acreditar que as expectativas serão sempre supridas, e no outro polo tem-se o adotado, que anseia por um lar, por uma família e o preenchimento de um vazio e a superação do abandono, pela família natural, ou por outras famílias pela qual passaram pelo estágio probatório.

2. DO PROCESSO DE ADOÇÃO

O processo de adoção é um tema tratado com grande cuidado, pois é determinado pelo Estatuto da criança e do Adolescente, como medida excepcional, tendo suas disposições regulamentadas pelo Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), que é uma norma especial, pela lei da Adoção 12.010/09, código civil de 2002 e Constituição Federal de 1988.

Para a professora Maria Helena Diniz:

A adoção é o ato jurídico solene pelo qual alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que geralmente lhe é estranha. (DINIZ, 1996)

Ainda para Venosa (2010):

A adoção é modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural. Daí ser também conhecida como filiação civil, pois não resulta de uma filiação biológica, mas de manifestação de vontade, conforme o sistema do Código Civil de 1916, ou de sentença judicial, no atual sistema. (p.273)

A adoção é realizada por meio de um processo, a qual só ocorrerá efetivamente depois do trânsito em julgado, sendo considerado ato irrevogável e excepcional, somente podendo ocorrer quando esgotados os recursos visando à manutenção da criança ou adolescente na sua família natural ou extensa. A irrevogabilidade de tal ato acentua a importância e o cuidado que devem ser conferidos a tal procedimento, uma vez que é defeso à família original retomar o poder familiar.

O Art. 39, §1º do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8069/90 (ECA) dispõe que:

Art. 39 A adoção de criança e de adolescente rege-se-á segundo o disposto nesta Lei.

§ 10 A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei. (BRASIL, 1990).

Tal dispositivo ressalta a excepcionalidade do processo de adoção, devendo ocorrer em último grau, depois de cessada todas as tentativas da convivência e permanência da criança ou adolescente, perante a sua família biológica. Uma criança ou adolescente que se encontra na “fila” para o processo de adoção não se está mais sob o poder familiar da família biológica, perdendo assim os direitos sobre os filhos, não podendo o simples ato de arrependimento configurar para que a criança volte ao lar de origem.

Para dar início ao processo de adoção, é necessário que o requerente seja maior de 18 anos, conforme dispõe o Art. 42 do ECA (BRASIL, 2009), sendo essa idade também considerada como a idade limite para que se processe a adoção, salvo nos casos em que se possa constatar a convivência familiar, como na tutela e guarda. No mesmo sentido, é necessário que o adotante seja, pelo menos, 16 (dezesesseis) anos mais velho que o adotando. Ressalta-se ainda que os ascendentes e irmãos da criança ou adolescente são impedidos de adotá-lo.

Atualmente, no Brasil, o simples desejo de adotar uma criança não é suficiente, tendo o adotante que estar inserido no Cadastro Nacional de Adoção (CNA), que é um cadastro composto pelo registro dos adotantes e crianças ou adolescentes que podem ser adotadas, caso preencham diversos requisitos:

- a) O **consentimento dos pais e do adolescente**. Entretanto, conforme dispõe o Art. 45, § 1º do ECA (BRASIL, 2009), ele será dispensado quando aqueles forem desconhecidos ou destituídos do poder familiar. Por sua vez, o adolescente deverá ser ouvido e seu consentimento será necessário para a efetivação do processo de adoção. Sendo o adotando “criança”, seu consentimento não é requisito indispensável para a adoção, mas o magistrado poderá levar em conta a opinião deste menor ao formar seu convencimento sobre a necessidade de tal medida.
- b) A necessidade de um **estágio de convivência** é um requisito previsto no Art. 46, caput, do ECA (BRASIL, 2009), de modo a assegurar a eficácia da adoção e coibir possíveis frustrações para adotante e adotando. A duração do estágio de convivência pode variar de acordo com as peculiaridades de cada caso (salvo no caso de adoção internacional, onde o prazo mínimo exigido por lei é de 30 dias). Ele também poderá

ser dispensado quando a criança ou adolescente já estiver sob a guarda ou a tutela da família que pretende adotá-lo, vez que o vínculo familiar, nestas hipóteses, resta configurado.

c) A existência de **reais vantagens** para o adotando, condicionando o deferimento da adoção à motivos legítimos e indispensáveis à própria eficácia desta medida excepcional.

Em muitos casos, mesmo diante do término do estágio de convivência, é aconselhável que os futuros pais e o adotando frequentem reuniões presididas por psicólogos e conselheiros tutelares, de modo a minimizar os riscos de uma possível devolução, o que ocasionaria um desconforto ainda maior para essa criança e adolescente.

Adotar não se exprime em um ato de caridade e sim de amor, em que a família adotante visa criar e educar uma criança ou adolescente que não possui o mesmo sangue, ou a mesma carga genética, transmitindo-lhes valores de moralidade e, principalmente uma filosofia de vida.

Arnaldo Marmitt descreve que “Pelo relevante conteúdo humano e social que encerra, a adoção muitas vezes é verdadeiro ato de amor, tal como o casamento, não simples contrato.” (1993, p.102).

A adoção é uma questão de consciência, responsabilidade e comprometimento com o próximo que não teve a oportunidade de ser feliz em sua família biológica, independentemente do motivo que o levou ao recolhimento institucional.

3. DA ADOÇÃO FRUSTRADA

É cediço que o Estatuto da Criança e do Adolescente elevou a convivência familiar ao patamar de direito fundamental dos menores que se encontram sem o poder familiar, por considerá-los como pessoas em formação psíquica e social, necessitando de valores morais e éticos para alcançar a fase adulta com uma formação sólida e com os direitos inerentes à personalidade bem definidos.

Pautado pelas diretrizes traçadas pela Lei Nacional de Adoção (Lei 12.010/2009), o ECA sempre buscou, em primeiro lugar e com absoluta prioridade, a manutenção da criança e do adolescente na sua família natural. De maneira excepcional, diante da imperiosa necessidade de se retirar estas pessoas em desenvolvimento de sua família natural, elas serão encaminhadas para outra entidade

familiar extensa. A adoção só será conveniente se a família natural não se reestruturar, sendo a última alternativa para contextualizar o menor num ambiente familiar.

Justamente por ser considerada como uma “última alternativa”, muitos são os requisitos impostos para o procedimento de adoção (conforme já abordado no tópico anterior) e as fases a serem observadas. A **preparação** é primordial para evitar-se possíveis frustrações e arrependimentos. Nela, ao adotante são transmitidas as dificuldades que podem surgir no cotidiano de convivência com o adotando, procurando conscientizá-lo de que a adoção é extremamente importante para a criança e adolescente que já sofreu muito por problemas vivenciados em sua família natural.

O estágio de convivência permite justamente um conhecimento recíproco entre os futuros pais e o menor, com o intuito de potencializar as chances de uma adoção exitosa. Nesta fase de adaptação, ocorre um acompanhamento psicossocial dos envolvidos, especialmente para o menor que se encontra nessa mudança extrema.

Este acompanhamento permite que o próprio menor ou os adotantes optem pela desistência da adoção, pelo fato de não estar formalizada oficialmente. Igualmente, o magistrado pode utilizar-se de sua discricionariedade para indeferir uma adoção, caso verifique que o interesse do menor não se encontra salvaguardado em determinado caso. Todo o procedimento da adoção considera o que for melhor para o interesse da criança ou do adolescente.

No entanto, a possibilidade de desistir do processo de adoção não dá aos adotantes o direito de devolver o menor sem motivação, fazendo com que a criança ou adolescente sofra com a rejeição novamente. Infelizmente, essa é uma realidade muito comum durante o prazo do estágio de convivência, e o menor é a parte mais prejudicada neste caso.

Muito se discute acerca do cometimento de ato ilícito e o conseqüente dever de indenizar daquele que injustificadamente devolve uma criança ou adolescente durante o estágio de convivência ao abrigo de origem. O colendo Tribunal de Justiça de Minas Gerais tem se manifestado de forma favorável à reparação por danos morais do menor devolvido à instituição que se encontrava antes do estágio de convivência:

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - I. ADOÇÃO - GUARDA PROVISÓRIA - **DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO DE FORMA IMPRUDENTE** - DESCUMPRIMENTO DAS DISPOSIÇÕES DO ART. 33 DO ECA - REVITIMIZAÇÃO DA CRIANÇA - REJEIÇÃO - SEGREGAÇÃO - DANOS MORAIS CONSTATADOS - ART. 186 C/C ART. 927 DO CÓDIGO CIVIL - **REPARAÇÃO DEVIDA** - AÇÃO PROCEDENTE - II. QUANTUM INDENIZATÓRIO - RECURSOS PARCOS DOS REQUERIDOS - CONDENAÇÃO INEXEQUÍVEL - MINORAÇÃO - SENTENÇA

PARCIALMENTE

REFORMADA.

- A inovadora pretensão do Ministério Público, de buscar o ressarcimento civil com a condenação por danos morais daqueles que desistiram do processo de adoção, que estava em fase de guarda, de forma abrupta e causando sérios prejuízos à criança, encontra guarida em nosso direito pátrio, precisamente nos art. 186 c/c arts. 187 e 927 do Código Civil.

- O ilícito que gerou a reparação não foi o ato em si de desistir da adoção da criança, mas o modus operandi, a forma irresponsável que os requeridos realizaram o ato, em clara afronta aos direitos fundamentais da criança, bem como ao que está disposto no art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, pode haver outra situação em que a desistência da adoção não gere danos morais à criança, no entanto, não é este o caso dos autos (TJMG, 2014).

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS E MATERIAIS - ADOÇÃO - DEVOLUÇÃO DO MENOR - RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS ADOTIVOS CONFIGURADA. Tendo os pais adotivos abandonados o menor, devolvendo-o ao abrigo, não tendo demonstrado sequer um mínimo de esforço para reaproximarem da criança, patente o dever de indenizar, não só porque o filho foi privado do convívio de seus pais mas, primordialmente, de sua irmã de sangue de quem sente muita saudade. Negligenciando os requeridos na criação e educação do adotado, mormente, por terem ciência de que a adoção somente foi concedida, para possibilitar o convívio irmãos, ferindo, assim, o princípio constitucionalmente assegurado, da dignidade da pessoa humana, cabe-lhes indenizar a criança pelos danos sofridos (TJMG, 2011).

Quando um casal está à espera de um filho, na maioria das vezes, ele já é muito amado e esperado mesmo antes de nascer. Ele cresce seguindo os exemplos que lhe foram passados e perpetuando os valores que aprendeu de sua família. Ainda assim, podem existir frustrações decorrentes de uma expectativa dos pais que essa criança não conseguira satisfazer. Agora, no que tange à adoção de filhos nascidos em outro seio familiar, por que essa mesma frustração dá o direito de devolução ao abrigo em que esse menor se encontrava? Para essa pergunta ainda faltam respostas.

Estudos comportamentais evidenciam que a frustração é um sentimento que ocorre quando algo tão esperado não se concretiza. A pessoa cria expectativas que não puderam ser alcançadas, gerando assim um desapontamento. No que concerne ao estágio de convivência, os pais adotantes projetam nas crianças e adolescentes que esperam por uma adoção anseios e expectativas para a vida destes menores, mas se olvidam de que estes são seres humanos e, portanto, são falhos.

Permitir-se solucionar uma frustração com um abandono é causar ainda mais dor numa pessoa já atormentada pela insegurança de não ter uma família é mais brutal que deixá-la até que complete a maioridade na instituição acolhedora, pois a desistência da adoção apenas fortalece a dor de não ser amada e querida por alguém.

3.1. DESISTÊNCIA DO PROCESSO DE ADOÇÃO DURANTE O ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA: A INCERTEZA DESSA PERMISSÃO LEGAL NA VIDA DO ADOTANDO

Precedendo a concretização da adoção, o adotando e os adotantes passam pelo estágio de convivência, período estipulado pelo juiz a fim de ter plena certeza de que eles estão realmente preparados e que tal medida será satisfatória.

O estágio de convivência é um tempo destinado ao conhecimento e adaptação da família para com a criança e adolescente, sendo um requisito para a efetiva adoção. Em termos gerais, pode ser entendido como um lapso temporal necessário para o conhecimento mútuo entre adotante e adotando, além de fomentar a formação vínculos familiares suficientemente fortes entre as partes envolvidas, buscando, dessa forma, satisfazer as expectativas de ambos.

O Artigo 46 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 2017) prevê o estágio convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso. Entretanto, esse prazo legal deve ser avaliado com cuidado, partindo-se da premissa de que as crianças ou adolescentes que se encontram na fila para o processo de adoção, já sofreram um primeiro abandono e uma frustração com a família natural.

Roberto João Elias esclarece a importância e valoração deste período:

O estágio de convivência é de suma importância, pois permitirá que haja, antes da adoção, um relacionamento íntimo entre o adotando e adotante, possibilitando a este chegar à plena convicção de consumir a adoção, desde que a adaptação das partes seja adequada. (ELIAS, 2004, p. 43).

Ele ainda poderá ser dispensado na seguinte hipótese, mediante prevê o Artigo 46, §1º do ECA:

Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias, observadas a idade da criança ou adolescente e as peculiaridades do caso.
1º. O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando já estiver sob a tutela ou guarda legal do adotante durante tempo suficiente para que seja possível avaliar a conveniência da constituição do vínculo. (BRASIL, 2009).

A mencionada dispensa justifica-se pelo convívio anterior entre as partes envolvidas no processo de adoção, visto que o vínculo familiar tão estimado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente presume-se alcançado.

O estágio de convivência é o momento no qual, legalmente, ainda é possível desistir do processo de adoção. A desistência se dá, na maioria das vezes, pelo fato do adotando não corresponder às “expectativas” da família. Sem embargo, essas expectativas tidas como falhas susceptíveis de devolução ao abrigo de origem são errôneas, uma vez que a concepção de um filho biológico não é garantia de hábitos idênticos, prévio conhecimento de todo quadro de saúde e compatibilidade de costumes, que são muitos dos motivos alegados para a devolução das crianças e adolescentes.

Ao integrar um processo de adoção, a família deve se preparar para lidar com o novo, com o desconhecido, e encarar a fase de descobrimento, e desvincular-se da ideia de que adoção será perfeita, e que a criança ou adolescente atenderá todos os anseios e expectativas desta nova entidade familiar. Aceitar o adotando como um ser humano com costumes constituídos e hábitos arraigados em sua realidade anterior é o primeiro passo para atestar o sucesso da adoção.

Essa aceitação não indica que o convívio familiar se dará de forma espontânea, ou que não ocorrerão conflitos, entretanto a família estar ciente de todas as possibilidades, estando preparados para tal, de modo a evitar que uma segunda frustração possa ocasionar-se com a desistência da adoção, decorrido do abandono e da rejeição nessas crianças e adolescentes.

3.2. A devolução da criança ou adolescente à instituição de origem após o término do procedimento da adoção: revivendo um sentimento de abandono

A legislação brasileira considera a adoção, depois de concluída, irreversível por ser um instituto que lida com um dos direitos fundamentais do indivíduo, tal seja o direito de personalidade. De modo a evitar a existência de arrependimento por parte dos pais adotivos e da criança, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê um período de adaptação para que seja estabelecido o contato entre as partes e a formação de um vínculo familiar.

É sabido que a maioria das devoluções na adoção acontece no estágio de convivência, configurando-se como uma realidade traumática para o menor. Quando este período de adaptação é cumprido com êxito, o magistrado tende a proferir sentença satisfatória aos adotantes, deferindo a adoção. Dessa forma, o menor adotado

passa a ter os mesmos direitos e deveres que possuem os filhos biológicos, sendo vedada por lei qualquer distinção entre eles. Atualmente, a justiça permite a devolução apenas em casos de rejeição muito intensa, uma vez que a prioridade é manter a criança na família adotiva. Além disso, a própria criança pode não se adaptar.

Apesar disso, existem casos em que a adoção é concluída e só então a criança é devolvida para a instituição de origem. Quando isso acontece, a justiça busca por parentes da família adotiva que estejam interessados em obter a guarda provisória daquela criança. Caso não exista, ela é encaminhada a um abrigo, onde permanecerá até que seja adotada novamente.

Quando a devolução ocorre, o processo de busca por uma nova família substituta é novamente iniciada a partir da destituição da anterior. Consequentemente, o desgosto de ter revivido tal situação manifesta-se na vida do menor de forma mais assoladora. Um dos impasses decisivos que acarretam no abandono de crianças e adolescentes que já foram adotados é a existência de pessoas que sonham com o “filho ideal” e que, quando confrontadas com os desafios de educar uma “criança real”, não conseguem lidar com “imperfeições” que, em filhos biológicos, seriam toleradas.

No que concerne aos traumas vivenciados por este menor, infere-se que a sua devolução após ser adotado apenas corrobora com o sentimento de abandono e desilusão que tanto o assolava. Ele passa a projetar em si próprio a culpa pelo insucesso da adoção, além de se tornar um indivíduo mais introvertido e desconfiado. Ademais, a autoconfiança desta criança ou adolescente é simplesmente destruída.

Destarte, ao submeter-se um menor a um novo processo de adoção, após ser devolvido ao abrigo por seus pais adotivos, a eficácia de tal procedimento torna-se ínfima, vez que o conceito de entidade familiar já se perdera. Por este motivo, a justiça brasileira tende a responsabilizar civilmente estes pais pela conduta de abandono praticada.

4. DOS MOTIVOS QUE DETERMINAM A FRUSTRAÇÃO

Como já salientado acima, a adoção dá-se em caráter excepcional, depois de esgotado todos os meios de manter as crianças e os adolescentes com a família natural. Em alguns casos, as famílias naturais abrem mão do poder familiar a ela conferidos sobre o menor, em outros, esse poder é destituído em razão da manifestação da

incapacidade de se cuidar da prole, enviando a criança para um lar de adoção, na expectativa de superação de seus traumas iniciais e um novo recomeço.

O estágio probatório pode ter como objetivo “ser um teste” para evitar mais frustrações para a criança, entretanto, muitas delas são devolvidas durante ou após o término desse estágio por motivos banais. Levando-se em consideração que durante o processo de estágio, cria-se um vínculo de filiação, para uma criança que já sofreu abandonos, estar novamente em um seio familiar, gera expectativas e esperanças para a constituição de um novo recomeço.

A psicóloga Cintia Liana Silva, em seu artigo “Preparo, estágio de convivência e adaptação”, no blog Psicologia de Família e Adoção, resume o estágio de convivência como sendo:

O momento da adaptação é fundamental para o sucesso do vínculo porque acontece a integração de elementos de sentido e de significação que caracteriza a organização subjetiva de um âmbito da experiência dos sujeitos, ação construção, história, transações, trocas sociais e culturais como configurações subjetivas da personalidade. É um complexo de articulações e possibilidades contraditórias, processos de ruptura e renascimento, tudo deve ser visto com sensibilidade e não com um olhar determinista, universalista, as 43 coisas acontecem e tudo é bem vindo para que a relação tome sua própria forma e não uma forma mágica aprendida em livros de contos de fadas. (SILVA, 2018)

O ponto a ser questionado é a nova frustração que se dá com a devolução da criança no estágio probatório, fazendo com que a mesma se encontre mais uma vez no quadro de rejeição e abandono, desenvolvendo-se, assim, medos e mecanismos para autorrepressão, na mesma medida em que gera no menor a culpa por tal abandono, por sempre acreditar que não é bom o suficiente para pertencer a uma família.

Segundo o ECA art. 4º (BRASIL, 1990), o estágio de convivência deve ser acompanhado por uma equipe, tal acompanhamento se faz necessário, mas não modifica a construção e a consagração do afeto construído pelas crianças, e tão pouco a frustração pelo “segundo” abandono.

Uma criança ou adolescente que não tem uma sólida base familiar muito provavelmente apresentará distúrbios psicológicos ao lidar com o próximo e com os próprios problemas pessoais, dado a situação irregular a que foi submetida, a ausência da segurança que o poder familiar pode proporcionar, em consonância com seu crescimento e desenvolvimento psicológico e pessoal.

É evidente que a "devolução" da criança no estágio de convivência ou mesmo depois de concretizada a adoção causa abalos emocionais severos no adotando,

ensejando frustrações para ambos os envolvidos. Notoriamente, quem sofre mais é o menor, pois a desistência de uma adoção causa prejuízos nefastos ao adotando, que alimenta em si a esperança de que o ato será concretizado, o que culminará com sua entrada na nova família.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os impactos negativos de uma adoção frustrada foram elucidados no presente artigo, em consonância com o período de estágio de convivência estabelecido pelo ECA, tendo como base o despertar de consequências, emocionais e psicológicas no adotando. É certo que o processo de adoção vem evoluindo, sendo criados sempre novos arranjos familiares para que venha se tentar suprir as necessidades dos interessados. Por isso, o presente artigo destaca tantas vezes as palavras “esperança” e “expectativa”, pois são essas expressões, ou melhor, dizendo, sentimentos, que após frustrados desencadeiam os impactos negativos no adotando.

As crianças e adolescentes anseiam e desejam ter um lar, pouco importando se ela será natural, substituta, eles desejam ser acolhidos, e o que importa para o presente artigo é a situação a qual a criança será submetida, visando sempre o melhor interesse do menor e sua proteção tanto física quanto psicológica. Então devemos entender a responsabilidade que é autorizar uma criança a conviver e criar novos vínculos familiares, e os mesmos poderem ser frustrados incontáveis vezes por motivos banais, não desqualificando a importância do estágio de convivência, mas ressaltando sua importância e consequências para o adotando.

Há uma necessidade de conscientização da seriedade e gravidade da adoção, e os riscos que os adotantes podem submeter às crianças e adolescentes, por não estarem preparados para lidar com o novo cenário e com as novas necessidades que ocorrerão no âmbito familiar. Na qual se trata de seres humanos, com dias bons e dias ruins, sujeitos a erros e acertos e regados de sentimentos e emoções, todos com suas diferenças, mas esses aspectos não geram impossibilidade para uma convivência familiar, quando se tem a real consciência de que as crianças e adolescentes, não estão sujeitas a trocas, e não podem ser colocadas no mesmo patamar de um objeto, que pode ser dado, trocado, jogado fora quando acreditamos não ter mais serventia, de acordo com nossa realidade.

REFERÊNCIAS

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM. **Tentativa de adoção frustrada.** Disponível em <http://www.ibdfam.org.br/noticias/6320/Tentativa+de+ado%C3%A7%C3%A3o+frustrada>. Acesso em 12 de abr. 2018.

BRASIL, **Código civil**, Publicado em 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, Lei n. 8.069, de 13-7-1990.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de família.** 11. Ed. São Paulo: Saraiva 1996. V. 5.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 1.0702.09.567849-7/002**, Relator(a): Des.(a) Vanessa Verdolim Hudson Andrade, 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 15/04/2014, publicação da súmula em 23/04/2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível 1.0702.09.568648-2/002**, Relator(a): Des.(a) Teresa Cristina da Cunha Peixoto, 8ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 10/11/2011, publicação da súmula em 16/12/2011.

OLIVEIRA JÚNIOR. Eudes Quintino. **Estágio de convivência na adoção.** Disponível em <http://m.migalhas.com.br/depeso/270389/estagio-de-convivencia-na-adocao>. Acesso em 12 de abr. 2018.

REZENDE, Guilherme Carneiro de. A responsabilidade civil em caso de desistência da adoção. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná**, ano 1 - nº 1, dez./ 2014. Disponível em <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1797.html>. Acesso em 12 de abr. 2018.

SILVA, Cintia Liana Reis de. Preparo, estágio de convivência e adaptação. Blog Psicologia de Família e Adoção. Disponível em www.psicologiaeadocao.blogspot.com.br/ de 2011. Acesso em 15 de Mar. de 2018.

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE BRASÍLIA. Documentário: **Danos morais na adoção frustrada: Os filhos devolvidos pelos pais.** Disponível em <https://youtu.be/GBUIOOrhHsI>. Acesso em 12 de fev. 2018.

O MENOR INFRATOR E A RELAÇÃO FAMILIAR

*Anne Shirley de Oliveira R. Martins*⁸⁴

*Mariana Costa Martoni*⁸⁵

*Mariana Fernanda de Souza Braga*⁸⁶

*Mariana Mendes Ribeiro*⁸⁷

1. INTRODUÇÃO

Algumas crianças e adolescentes adentram para a criminalidade e praticam atos infracionais, apesar de toda proteção que é resguardada a eles pela Constituição da República de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990. Entender o motivo pelo qual isso ocorre e a influência da família para esses jovens infratores é fundamental para tentar coibir essas práticas que causam danos tanto a eles quanto à sociedade. Assim, como tema do presente artigo tem-se o menor infrator e a relação familiar.

Para compreender a causa, opta-se por fazer um estudo sobre as transformações da família brasileira e o seu impacto sobre aquele jovem que adentrou na prática de atos infracionais. Tentar-se-á fazer um paralelo entre a família e a criminalidade para tentar compreender uma parte do problema. Justifica-se esse estudo já que se acredita que a família possui grande influência na vida dos menores e que, junto a isso, há a precariedade das políticas públicas.

⁸⁴ Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (1995), Mestra em Master of Law (International Law) - University Of London (1996), Mestra em Direito Mercantil - Universidad de Deusto (2001) e Doutora em Direito Privado - Universidad de Deusto (2002).

⁸⁵ Graduanda do curso de Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. 8º Período. Monitora das disciplinas Direito Civil I (Obrigações) e Direito Civil II (Responsabilidade Extracontratual; Teoria Geral dos Contratos) pela PUC MG; Trabalhou como conciliadora voluntária no Juizado Especial Criminal - Março/2017 - Janeiro/2018; Publicou o Artigo intitulado "Liberdade de Expressão x Discurso de Ódio" pelo IX IICCP (2017).

⁸⁶ Graduanda do curso de Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.9º Período. Estáguiu em Grupo Exemplo Consultoria e Assessoria Jurídica; Dr. Antônio Raimundo De Castro Queiroz Júnior; Monteiro Panhotta Guedes Lustosa Sociedade de Advogados; Primeira Secretária da AMAT JOVEM (Associação Mineira de Advogados Trabalhista).

⁸⁷ Graduanda do curso de Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.8º Período.

Como metodologia, utilizou-se a pesquisa bibliográfica em artigos científicos e em obras literárias que abordam o tema da pesquisa. É válido mencionar que a pesquisa em questão possui caráter exploratório.

E, por fim, é importante ressaltar o motivo pessoal pelo qual realiza-se essa pesquisa. A fase da infância e da adolescência são marcadas pelo encantamento, fantasia, questionamento e descobertas. Por mais que esses perpassam pela vida toda, é necessário preservá-los naquelas épocas em que são preponderantes. Entretanto, muitos menores não desfrutam dessas experiências por estarem imersos no mundo do crime. Tentar entender um lado do prisma que envolve a questão do menor infrator é um objetivo para que, quem sabe, no futuro, consigam solucionar pelo menos parte do problema que envolve o menor infrator e, assim, devolver a infância e a adolescência que lhes foi retirada.

2. HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO APLICADA AO MENOR EM CONFLITO COM A LEI

Historicamente, observam-se três principais formas de tratar o menor infrator, que são: a chamada corrente penal, o Código de Menores de 1927, juntamente com as legislações que surgiram a partir dele, e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) de 1990. Será abordada, no presente capítulo, a forma como o menor era corrigido pelo Estado em cada uma. Assim, poderá ser observada a evolução histórica para se compreender como foi chegar ao ECA e quais são as evoluções que ele trouxe.

O Código dos Menores, de 1927, foi implementado pelo Decreto n 17.943 – A e submetia o maior de 14 e menor de 18, abandonado ou delinquente, ao seu regime. Pode-se considerar que ele foi um avanço no sentido que atribuía uma legislação diferente para corrigir os menores infratores. Antes de entrar em vigência, vigorava a chamada “Corrente Penal”, na qual o menor era punido conforme dispunha a legislação vigente, a mesma aplicada para adultos que cometiam crimes. (BARROS, 2014).

Conforme explicitado,

Em 1940, o Código Penal estabeleceu a inimputabilidade aos menores de 18 anos, atribuindo à legislação especial a análise dos atos cometidos por menores abandonados ou delinquentes, sob uma pedagogia corretiva e de caráter tutelar. (BARROS, 2014, p. 5).

A inimputabilidade estabelecida pelo Código Penal corroborava com a disposta pelo Código do Menor de 1927.

Reitera esse pensamento Josiane Rose Petry Veronese e André Viana Custódio:

Abandonou-se a postura anterior de reprimir e punir e passou-se a priorizar, como questão básica, o regenerar e educar. Desse modo, chegou-se à conclusão de que questões relativas à infância e à adolescência devem ser abordadas fora da perspectiva criminal, ou seja, fora do Código Penal. (VERONESE apud BARROS, 2014, p. 5).

No ano de 1942 foi implementado o Serviço de Assistência à Menores (SAM). Este tratava da correção de menores infratores e de menores com baixa renda. A proteção, então, não se destinava a todos os menores. Assim, a respeito do SAM, Meneses, explica o seu funcionamento:

Então se apresentava a diferenciação legal do menor e da infância. A criança pobre e o menor, termo reservado ao autor de ato contra a lei, passaram a ter tratamentos diferenciados. Para desencadeamento do atendimento dos menores 'delinquentes', várias instituições (internatos, patronatos agrícolas) foram criadas, desde o início com evidente conotação de presídio de menores. Caracterizavam-se pelos castigos físicos, maus-tratos, para correção dos rebeldes suspeitos. Nas casas de meninas, as denúncias de abuso sexuais cresciam. O SAM, órgão centralizador das ações, perdeu controle das instituições que dele nasceram. (MENESES apud BARROS, 2014, p. 5)

A Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (FUNABEM) assume o lugar do SAM, com a Lei nº 4.513, de 01 de dezembro de 1964. Após aplicada, a FUNABEM foi criticada pela forma como tratava os menores infratores. Apesar de substituir o SAM, não apresentou grandes alterações na forma de lidar com o menor a que lhe era encaminhado. Segundo Veronese e Custódio (2011):

vigorava uma prática não participativa, autoritária e repressiva representada pela centralização das políticas públicas. Havia controle por parte de um Poder Judiciário onipotente e assessorado pelas práticas policiais mais violentas, no qual a institucionalização era a regra para o menino e a menina, simplesmente porque eram pobres e destituídos das condições básicas de exercer seus poderes políticos e ter uma vida digna como deveria ser o direito de toda criança. (VERONESE; CUSTÓDIO apud BARROS, 2014, p 6).

E, ainda, Franciele Becher:

Segundo avaliação de Lia Junqueira, as Fundações não atingiram seus objetivos devido à incompetência e descompromisso de suas direções, o tráfico de influências, e o uso político-partidário das instituições como cabideiros de empregos. Segundo ela, os internos das instituições da FEBEM são preparados para nunca mais conseguirem viver fora de instituições fechadas; são criados para serem dependentes, sem conhecimentos sobre como gerir sua própria sobrevivência. (BECHER, 2011, p 14)

No ano de 1979, ainda no período da Ditadura Militar brasileira, passa a vigorar um novo código de menores, que veio em substituição ao de 1927. Entretanto, assim como a FUNABEM, não apresenta modificações significativas em relação ao primeiro.

“O Código de Menores de 1979 constituiu-se em uma revisão do Código de Menores de 27, não rompendo, no entanto, com sua linha principal de arbitrariedade, assistencialismo e repressão junto à população infanto-juvenil.” (FUNDAÇÃO TELEFÔNICA DO BRAIL, 2016)

Com o fim do período militar e a redemocratização do Brasil, surgiu a Doutrina de Proteção Integral dos Direitos da Criança, com a Constituição da República de 1988. Ela suprimiu a forma de tratar o menor infrator, até então aplicada, e que havia tido início com o Código dos Menores, e passa a aplicar uma proteção a todos os menores, sem distinção. Esse entendimento ganha respaldo no artigo 227 da Constituição da República/88 e no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). (DOI; FERREIRA, [20--]).

A proteção integral dos Direitos da Criança possui três princípios básicos que a norteiam, a saber: o menor deixa de ter uma postura passiva e passa a ser o titular de direitos e deveres; são destinatários de absoluta prioridade; por fim, é respeitada a sua condição de pessoa em desenvolvimento. (DOI; FERREIRA, [20--]).

Será discorrido, ao longo do artigo, sobre os principais pontos do ECA que abordam a questão do menor infrator. A seguir, será abordada a evolução histórica do entendimento de família conforme a legislação vigente de cada época, até a atual.

2.1 TRANSFORMAÇÕES NA ESTRUTURA FAMILIAR DO SÉCULO XXI

A família foi e, por óbvio, é, em grande parte das sociedades modernas, um instituto de grande importância, um dos constituidores das bases sociais e que vem, atualmente, sofrendo enormes mudanças. Para falar sobre a família e sua relação com o adolescente em conflito com a Lei, faz-se necessário “contextualizar” família, entender o porquê de suas mudanças e como essas podem afetar crianças e adolescentes, tidos pela lei como pessoas especiais em situação de desenvolvimento.

Algumas das mudanças que geraram a estrutura conhecida na família brasileira na atualidade são:

a) Lei nº 883 de 1949: permitiu o reconhecimento de filhos extraconjugais desde que já dissolvida a sociedade conjugal, permitindo que os bens familiares fossem herdados por uma pessoa de fora daquele núcleo matrimonializado;

b) Lei nº 4.121 de 1962: garantiu que o pátrio poder fosse exercido pelo pai com o auxílio da mãe, podendo ela também manter o citado poder ainda que contraísse novas núpcias;

c) Emenda Constitucional nº 9 de 1977 e Lei 6.515 de 26 de Dezembro de 1977: permitiu o divórcio no Brasil;

d) Leis nº 8.971 de 29 de dezembro de 1994 e nº 9.278 de 10 de maio de 1996: implementação da União Estável;

e) Lei nº 11.340 de 2006, Lei Maria da Penha, que em seu art. 5º, inciso II, consagra a família “como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”;

f) STJ – Resp. 205.170 – SP: reconheceu a existência de outras formas de família, como a família unipessoal ou singular e a família anaparental, da qual não há um ascendente, mas um grupo de irmãos;

g) STF em 2011, ADI 4277 – DF: tomou como base o princípio da igualdade e da diversidade da orientação sexual, reconhecendo a possibilidade de casais homoafetivos constituírem união estável;

h) CNJ – Resolução nº 175: proibiu os oficiais de cartório de se recusarem a proceder a habilitação, celebração de casamento civil ou conversão deste último em união estável entre pessoas do mesmo sexo.

Tomando como base o artigo 227 da Constituição Federal:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).

Esse artigo modificou antigos pilares no Direito de Família por bases que fossem mais adequadas aos Estado Democrático de Direito, entendendo a família como protetora e asseguradora dos direitos, como um espaço de proteção, desenvolvimento, dignidade, enfim, um espaço de formação de concepções individuais e sociais.

Um dos princípios presente no Estatuto da Criança e Adolescente (Lei 8.069, de 13 de julho de 1990), é o princípio do melhor interesse. Para Tânia da Silva Pereira (2000), o princípio do melhor interesse da criança teve origem no instituto do *parens patriae* existente no Direito inglês, o qual era uma prerrogativa da Coroa inglesa destinada à proteção e à guarda das pessoas incapazes e do seu patrimônio.

O princípio do melhor interesse está muito relacionado com a efetivação dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, tendo em vista que o prestígio de tal princípio jurídico como parâmetro de avaliação dos casos concretos se deu porque o menor se encontrava em uma situação difícil, em que seus direitos e garantias não estavam sendo efetivados e preservados da forma como deveriam.

Rodrigo da Cunha Pereira liga o melhor interesse ao princípio do direito à vida, à saúde e ao desenvolvimento saudável, afirmando que “zelar pelo interesse do menor é cuidar da sua boa formação moral, social e psíquica. É a busca da saúde mental, a preservação da sua estrutura emocional e de seu convívio social” (PEREIRA, 2004, p. 97). Já Cillero Bruñol (2011) destaca a complementariedade entre o melhor interesse e o princípio da participação.

Pensando nisso, é possível estabelecer uma conexão entre a família, a criança e o adolescente.

Com o reconhecimento de crianças e adolescentes como sujeitos de direitos em condição especial de desenvolvimento, eles adquirem um novo papel no contexto familiar, deixando a condição de coadjuvantes para se tornarem importantes interlocutores, personagens ativos na vida familiar, cujos interesses são considerados na organização da família. (VILLELA, 1980). A família deve ser encarada, então, como o lugar por excelência no qual devem se efetivar, em primeiro lugar, os direitos de crianças e adolescentes e cujas opiniões devem ser priorizadas para a tomada de decisões familiares. (MORAL FERRER, 2007).

Dito isso, cabe questionar agora o papel da família na vida do (a) jovem infrator(a).

Crianças e adolescentes não cometem crimes, eles cometem atos infracionais. A eles não podem ser aplicadas as mesmas medidas que sofrem os imputáveis, como pena privativa de liberdade, por exemplo. A eles são aplicadas as Medidas Socioeducativas.

As medidas socioeducativas podem ser 7 (sete), conforme estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 112: verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:
I – advertência;
II – obrigação de reparar o dano;
III – prestação de serviços à comunidade;
IV – liberdade assistida;
V – inserção em regime de semiliberdade;
VI – internação em estabelecimento educacional;

VII – qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI. (BRASIL, 1988).

É na rotina com os familiares que as crianças irão constituir suas bases de afeto, seus interesses, seus conceitos básicos sobre a sociedade. É na rotina com os familiares que irão viver experiências novas, ter frustrações, experimentar sentimentos, enfim, é nessa rotina, nessa convivência, que irão moldar suas concepções para o futuro, refletindo até mesmo para o resto da vida.

Os motivos que podem levar crianças e adolescentes a cometerem atos infracionais são vários, desde necessidade até coação, não se podendo jamais pensar em cada criança, cada adolescente, como uma totalidade. Cada um tem sua história, seus sonhos e suas frustrações. Desde o início da vida já irão ter as bases para formar seu caráter e entender o mundo lá fora.

A família tem um importante papel nisso. Uma família desestruturada é um dos moldes para a prática, e, muitas vezes, a reiteração, do cometimento do ato infracional.

Adolescentes que não possuem uma figura familiar de referência, seja um tio, um avô, ou qualquer parente, apresenta dificuldades de seguir exemplos. Muitas vezes, por isso, acaba seguindo os exemplos que veem nas ruas, dos amigos que se apresentam como más influências ou apenas como interesseiros.

Segundo Costa (2001), a adolescência é um período marcado por interesses especializados, ou no mínimo, pela busca deles, contextualizada numa época de grandes tempestades e perturbações emocionais. A necessidade de um referencial na adolescência é importante na medida em que se constata, naquele período, a busca desesperada pelos adolescentes de modelos que traduzam uma imagem daquilo que se quer ser no futuro, enfim, que possam dar uma ideia da vocação a ser abraçada.

Tendo como base o fato de que os jovens se moldam, em muitos aspectos, pela rotina vivida com seus familiares, faz-se pertinente estudar os fatores de desagregação da família na atualidade para compreender a sua relação com a delinquência juvenil.

2.2 FATORES DE DESAGREGAÇÃO

A estrutura familiar se modificou e como causa dessa alteração pode-se citar o fato de que a preservação do patrimônio deixou de ser o motivo do surgimento de famílias e que o afeto passou a ser esse elemento motivacional. A família passa a ter

como características a descentralização e a busca por felicidade. Mais especificamente, como exposto pelo professor Cristiano Chaves de Farias:

Sobreleva apontar dois motivos essenciais para a formação do núcleo familiar na sociedade, dos quais um é, antes, o fim imediato visado pelo outro: o desenvolvimento da personalidade humana e a concretização do projeto de felicidade. A família, pois, não se localiza dentro de um conjunto de muros ou num campo, mas em atitudes mentais, no terreno fecundo da cultura. (FARIAS, 2002, p. 3).

Há uma nítida transição da família formada por uma finalidade essencialmente patrimonial, conforme o Código Civil de 1916, para uma família marcada pelo afeto, conforme o Código Civil de 2002 e a Constituição da República de 1988. (FARIAS, 2002). Compreender o que faz pessoas na atualidade constituírem uma família facilita, também, entender algumas das possibilidades que acarretam na desagregação familiar. Essa pode ser entendida como a desunião e desfazimento dos laços afetivos de indivíduos que compunham o mesmo núcleo familiar.

Compreender o conceito de desagregação familiar é tarefa fácil, porém, compreender os motivos que a levam não o é. Isso se justifica pelo fato de muitos serem as possibilidades de conflitos que poderão romper esse laço que a constituiu a princípio. Por isso, o presente artigo não visa esgotar o assunto, apenas apontar algumas das principais causas que a acarretam para assim compreender, a posteriori, o seu impacto na vida de crianças e adolescentes que cometem infrações penais.

Um primeiro motivo a ser apontado seria a falta de diálogo entre os membros. Uma vez que a família se forma pela afetividade, se os membros não alimentam os sentimentos que os fizeram se unir a princípio, é de se esperar que decorrido um certo lapso temporal aqueles que formavam uma família passam a ser apenas indivíduos que possuem o mesmo domicílio. A falta de diálogo pode ser tão prejudicial que é comparada à uma agressão psíquica, sendo que “o próprio silêncio pode servir como uma forma de agressão, na medida em que a outra pessoa é privada das respostas das quais precisa.” (GAUER, 2015, p 15).

Outro motivo que desencadeia a desagregação são as agressões vivenciadas no ambiente familiar. Essas podem ocorrer entre adultos ou entre adultos e criança. Seja de uma forma ou de outra, a criança exposta à violência no meio familiar torna-se vítima. Em relação à violência praticada diretamente à criança, Geovana Oliveira Delanez (2012) elucida quatro: negligência, violência física, sexual e psicológica e as explica. A negligência pode ser entendida como a omissão do dever de cuidado daqueles que detém o poder familiar em relação ao menor. A violência, que pode ser

física ou psicológica, é o excesso de um indivíduo em relação a outro. A sexual refere-se ao aproveitamento da criança para que com ela tenha conjunção carnal ou outro ato libidinoso. E a psíquica é aquela em que está ligada, de forma direta, às citadas, sendo ela uma forma de interferência negativa do adulto na criança. Em relação à violência entre adultos, percebe-se, de forma majoritária, as três últimas. Independentemente de qual for a violência e contra quem for praticada, é lamentável sua existência e é por natural que ela desencadeie em desagregação familiar. Desagregação essa que nem sempre é percebida como a separação de corpos, em que aqueles indivíduos deixam de coabitar a mesma residência, mas que por vezes é percebida como a redução e até a extinção do diálogo entre os membros, já elucidada no presente artigo.

Por fim, uma última causa de desagregação familiar a ser citada aqui é aquela que tem por origem a crise econômica. Apesar de as famílias se formarem não mais por razões patrimoniais, estas influenciam naquelas. Segundo Cristina Sanchez Gomes Ferreira,

O desenvolvimento da teoria econômica do divórcio, assim como a teoria econômica do casamento, teve como precursor o economista Gary Becker. A teoria afirma, de forma bastante objetiva, que um indivíduo somente se divorciará quando o nível de utilidade esperado a partir do divórcio superar a utilidade obtida com aquele parceiro. (FERREIRA, 2012, p 44).

Assim, em um ambiente de crise econômica que adentra as casas das famílias brasileiras é de se pressupor que não haverá a prevalência daqueles laços que um dia fizeram aqueles indivíduos constituírem uma família. Segundo o último censo do IBGE, 2010 foi o ano que mais registrou divórcios no país, pois:

“A taxa geral de divórcio atingiu, em 2010, o seu maior valor, 1,8% (1,8 divórcios para cada mil pessoas de 20 anos ou mais) desde o início da série histórica das Estatísticas do Registro Civil, em 1984, um acréscimo de 36,8% no número de divórcios em relação a 2009.” (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2010).

Como já explanado, o presente capítulo não tem como objetivo discorrer de forma taxativa sobre as causas de desagregação familiar. O objetivo é compreender algumas de suas possibilidades, atentando sempre à relevância do tema na possível prática de atos infracionais decorrentes dessa realidade familiar. Corrobora-se então com o pensamento de Geovana Oliveira Delanez:

Ao nascer, a criança é totalmente dependente do ambiente da sua volta para sobreviver, as relações que se estabelecem serão cruciais para o seu desenvolvimento. Quando a criança nasce ela é como um livro aberto com páginas em branco não conhece nada, mas vem disposta a apreender novas

coisas, ela não é capaz de fazer comparativos – certo e errado, bom e mau - apenas absorve tudo. (DELANEZ, 2012, p 15).

Igualmente, segundo Levisky, "Por trás de cada criança desajustada devemos procurar uma família. A desorganização do grupo familiar tem consequências graves no nível das relações humanas..." (LEVISKY apud DELANEZ, 2012 p 15). Analisadas algumas das causas que podem ensejar a desagregação familiar, é pertinente para o presente trabalho questionar se elas podem, de alguma forma, contribuir para a imersão do menor na prática de atos infracionais.

3 A RELAÇÃO ENTRE A DESESTRUTURAÇÃO FAMILIAR E A DELINQUÊNCIA JUVENIL

Observados, então, os fatores de desestruturação familiar, pode-se tentar traçar sua relação com a delinquência juvenil, ressaltando que o discorrido no presente capítulo não possui caráter taxativo. Em 1996, foi publicado na revista brasileira de ciências criminais um artigo muito esclarecedor sobre o tema, intitulado "Tribunal de Justiça: um olhar sobre a delinquência juvenil", pela autora Celia Soibelman Melhem.

O lapso temporal entre a obra citada e a presente não impede que haja a reprodução de algumas constatações que evidenciam a importância desse estudo, como a seguinte, feita pela autora Celia Soibelman Melhem:

Delinquentes juvenis gostam de agir em grupo, pois a maioria dos envolvidos com furtos e roubos estava com pelo menos um comparsa, quando não dois ou três. Estes dados reforçam a tese da importância fundamental do ambiente social e das companhias na decisão de delinquir, pois criminalidade também é um aprendizado. (MELHEM, 1996. P.220).

Importante para toda a sociedade compreender como a delinquência juvenil se dá e a influência da família pode ajudar a evitá-lo em tempos futuros. Para que se possa fazer essa correlação entre as duas esferas, a prática de crimes de menores e a influência da família, é preciso compreender três pilares.

Primeiramente, as causas da desestruturação familiar, tema já abordado no presente artigo. Em segundo lugar, as causas da delinquência juvenil, que serão abordadas a seguir. E, por fim, a ligação entre ambos e, se, de fato, existe algum elo entre ambos.

Um primeiro fator que pode desencadear a delinquência juvenil é a situação patrimonial da família. É por óbvio destacar que aqui não se faz uma conclusão preconceituosa, na qual toda família em que há recursos econômicos escassos haverá

delinquentes juvenis. O que se está dizendo aqui é que em alguns casos de delinquência juvenil pode-se ter uma família com recursos econômicos escassos. Explica-se essa afirmativa com as lições de Amaro, citado por Marlene Moraes da Costa:

Do mesmo modo, a desestruturação da família emerge também em decorrência da situação econômica, sendo influenciador para marginalização de crianças e adolescentes, pois, em “muitos desses casos originam-se da busca de responder à satisfação das necessidades do grupo familiar, quando a renda do chefe de família é insuficiente ou inexistente”. (AMARO *apud* COSTA, 2001, P.152).

Se a criança ou o adolescente está imerso em um ambiente familiar de miséria em que há uma marginalização pela sociedade, se o jovem não se vê inserido naquela comunidade, uma das possíveis ou consequências saídas pode ser a delinquência juvenil. Corrobora com esse entendimento Marli Marlene Moraes da Costa:

Desta forma, a situação econômica em que crianças e adolescentes vivem junto com sua família enseja que aqueles tomem iniciativas em busca de garantir a substância dos seus lares, seja a mando de familiares ou por vontade própria. (COSTA, 2010. P. 266)

Além da questão econômica, outro fator que pode levar à desestruturação familiar são as várias formas de violência que podem ocorrer no âmbito familiar, como já abordado. Tal relação se dá porque a criança e o adolescente tendem a repetir as situações vividas em casa. Assim, se ele é vítima da violência doméstica, ele tende a repeti-la fora e até mesmo dentro de casa, ensejando a delinquência juvenil. Nas palavras da autora Angela Corrêa Trentin, ele deixa de ser apenas vítima e passa a ser, também, vitimizador. A autora diz ainda:

Com papel fundamental na formação do indivíduo, do seu caráter, dos seus valores, os pais são a referência da criança, as pessoas com quem se identificará. Isso porque, as crianças são viajantes recém chegados a um país estranho, do qual nada sabem. Crianças e adolescentes necessitam, assim, de uma base familiar sólida. (TRENTIN, 2011, P. 220).

Uma terceira correlação entre a desestruturação familiar e a delinquência juvenil é o fato de que o jovem tende a buscar limites. Esses limites, em um primeiro momento, são impostos pela família. Se há uma desunião dos laços afetivos naquela família e se, por isso, limites não forem impostos, ele os procurará fora de casa, podendo encontrá-los por meio do Estado, ao impedir que ele pratique atos contrários à lei. Nesse sentido, Ângela Corrêa Trentin afirma que:

Em primeiro lugar a busca da ordem ocorre dentro da família, mas, se ela falhar, o caminho seguinte será buscar os limites exteriores, no mundo exterior, como a escola, a Igreja e a sociedade. Contudo, se esse padrão

acessório da educação por causalidade tampouco satisfizer às expectativas da criança, ela recorrerá às instituições mais severas, conseqüentemente as de funcionamento mais primitivos, tais como a polícia, a justiça ou o hospital. (TRENTIN, 2011. P. 226).

Então, percebe-se que pode sim haver uma ligação entre a desestruturação familiar e a delinquência juvenil. No capítulo anterior foram colocados as três possibilidades de desestruturação familiar e neste presente, pôde-se traçar uma relação entre esta e a prática de atos infracionais pelos menores. Importante ressaltar que essa ligação não exprime uma relação de “causa” e “efeito”. Seria uma falácia afirmar que em toda família desestruturada haverá um menor infrator. O que se apresenta aqui é que alguns menores infratores podem ter famílias desestruturadas, e que essa desestruturação pode colaborar para que o menor cometa infrações. Posto isto, os três pontos principais a serem examinados são: as causas da desestruturação familiar, da delinquência juvenil e a ligação que pode existir entre ambos.

3.1 EFICÁCIA DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS E A RESSOCIALIZAÇÃO DOS JOVENS INFRATORES

Um dos temas mais polêmicos e sempre atuais na mídia e nas sociedades em geral é o envolvimento de menores em atos infracionais. De acordo com o levantamento nacional realizado pela CNJ, no ano de 2016, o número de jovens infratores cumprindo algumas medidas socioeducativas no Brasil era aproximadamente 192 mil. Os dados foram extraídos do Cadastro Nacional de Adolescentes em Conflito com a Lei (CNAACL) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que contém informações dos adolescentes que cumprem medida socioeducativa desde março de 2014. (CONSULTOR JURÍDICO, 2016).

A partir da Constituição Federal de 1988, a família juntamente com o Estado e a sociedade, passam a ser responsáveis a garantir os direitos fundamentais da criança e do adolescente.

A família, como já exposto, é o primeiro grupo em que o indivíduo tem a oportunidade de aprender experiências positivas e negativas, sendo o núcleo social em que acontece (ou deveria acontecer) a integração, o amor, compreensão, confiança, estímulo e comunicação da relação, formas de proteção utilizadas para facilitar o processo de integração e participação do indivíduo nos diferentes grupos sociais da sociedade.

A Carta magna, estabelece a condição de inimputável ao menor, uma vez que a ele não se pode ser aplicada pena. Além disso, o texto constitucional busca proteger os direitos da criança e do adolescente, sendo certo que muitos de seus dispositivos exprimem a obrigação de assegurar o melhor desenvolvimento dos jovens, como o artigo 227:

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

§ 1º - O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo os seguintes preceitos:

§ 1º O Estado promoverá programas de assistência integral à saúde da criança, do adolescente e do jovem, admitida a participação de entidades não governamentais, mediante políticas específicas e obedecendo aos seguintes preceitos: (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

II - criação de programas de prevenção e atendimento especializado para as pessoas portadoras de deficiência física, sensorial ou mental, bem como de integração social do adolescente e do jovem portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência, e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 2º A lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência.

§ 3º O direito a proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

I - idade mínima de quatorze anos para admissão ao trabalho, observado o disposto no art. 7º, XXXIII;

II - garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente à escola;

III - garantia de acesso do trabalhador adolescente e jovem à escola; (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

IV - garantia de pleno e formal conhecimento da atribuição de ato infracional, igualdade na relação processual e defesa técnica por profissional habilitado, segundo dispuser a legislação tutelar específica;

V - obediência aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, quando da aplicação de qualquer medida privativa da liberdade;

VI - estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado;

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança e ao adolescente dependente de entorpecentes e drogas afins.

VII - programas de prevenção e atendimento especializado à criança, ao adolescente e ao jovem dependente de entorpecentes e drogas afins. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

§ 4º A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

§ 5º A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

§ 7º No atendimento dos direitos da criança e do adolescente levar-se-á em consideração o disposto no art. 204.

§ 8º A lei estabelecerá: (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

I - o estatuto da juventude, destinado a regular os direitos dos jovens; (Incluído Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)

II - o plano nacional de juventude, de duração decenal, visando à articulação das várias esferas do poder público para a execução de políticas públicas. (BRASIL, 1988).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) foi inserido no ordenamento jurídico por meio da Lei 8.069 de 13 de setembro de 1990, com a proposta de romper com os modelos até então existentes no Brasil e para regulamentar a situação das crianças e dos adolescentes. O referido diploma estabelece a distinção entre criança e adolescente, estabelece a aplicação de medidas de proteção para o caso e atos infracionais cometido por jovens e a aplicação de medidas socioeducativas em atos infracionais praticados por estes. O referido diploma legal busca tratar a criança e o adolescente, independentemente deste ser infrator ou não, como uma pessoa em condições especiais de desenvolvimento. (BRASIL, 1990).

A medida socioeducativa não é uma pena, mas tem ou pelo menos deveria ter caráter pedagógico. Isso não significa que o menor infrator não sofra consequências por seus atos infracionais, sendo certo que ele recebe uma sanção condizente com sua idade e sua formação psicológica.

Segundo Norival Acácio Engel (2006, p.38), “as medidas socioeducativas têm cunho unicamente educativo e ressocializador com o propósito de reabilitar o adolescente.”

Uma lei de extrema importância para o tema é a lei 12.594/12, acerca do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE). A lei foi criada em 2012 e sancionada pela então Presidente, Dilma Roussef, e seu principal objetivo era regulamentar a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescentes que praticassem ato infracional. (BRASIL, 2012).

De acordo com a Secretaria de Direitos Humanos, o SINASE busca:

[...]uniformizar, em todo o País, o atendimento aos adolescentes em conflito com a lei e o processo de apuração de infrações cometidas. O projeto de 88

artigos, aprovado pelo Congresso Nacional em dezembro do ano passado, estabelece as medidas socioeducativas que devem ser adotadas para reinserção sócio cultural do adolescente. [...] articular em todo território nacional os Governos Estaduais e Municipais o Sistema de Justiça, as políticas setoriais básicas (Assistência Social, Saúde, Educação...) para assegurar efetividade e eficácia na execução de medidas Socioeducativas do Meio aberto de Privação e restrição de Liberdade, aplicadas ao adolescente que inflacionou. (BRANDT, 2017)

Pode-se perceber que o SINASE é um grande avanço, na tentativa de tornar real a aplicação e execução das medidas socioeducativas para os menores Infratores, por meio de uma operacionalização correta, e adequada dos instrumentos previstos no ECA.

As medidas socioeducativas vigentes no Brasil não são aplicadas arbitrariamente (ou não deveriam ser), pois as mesmas seguem alguns trâmites para que sejam efetivadas, que estão previstos no ECA.

Primeiramente é importante ressaltar o que é ato infracional. Conforme o artigo 103 do ECA, considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal. Importante ressaltar que o referido estatuto nos aduz que para cada ato infracional praticado por um menor, haverá uma medida socioeducativa correspondente, sempre adequando a proporcionalidade, necessidade e individualização do ato e infrator. (BRASIL, 1990).

Nas palavras de Liberati:

se o ato praticado por crianças e adolescentes estiver adequado ao tipo penal, estão terão praticado um ato descrito como crime ou contravenção penal, ou como preferiu o Estatuto, um ato Infracional. (LIBERATI, 2006, P.62)

A apuração do ato infracional é complexa e para que seja designada uma medida socioeducativa é necessário que haja todo um tramite, qual seja:

- a) Fase policial;
- b) Atuação do Ministério Público;
- c) Notificação dos responsáveis legais;
- d) Oitiva informal;
- e) Fase Judicial;
- f) Audiência de instrução.

Somente após esse tramite legal é que se designa uma das medidas socioeducativas, que será adequada e proporcional ou pelo menos deveria ser assim.

O ECA separa as medidas socioeducativas em dois ramos, medidas em meio aberto, e medidas privativas de liberdade. Estão previstas no Capítulo IV, nos artigos 112 a 130 do Estatuto:

Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:

I - advertência;

Consiste na adversão verbal, reduzida a termo e assinada, em que o juiz da infância e da juventude procura repercutir positivamente no íntimo do infrator e seus familiares, aos quais indiretamente se destina a medida.

II - obrigação de reparar o dano;

Consiste na medida que poderá ser aplicada ao infrator, quando o ato infracional repercutir patrimonialmente a vítima.

III - prestação de serviços à comunidade;

Consiste na medida socioeducativa em que o jovem infrator realizará serviços gratuitos e de interesse geral à comunidade. Vale ressaltar que segundo o ECA, o período não poderá ultrapassar seis meses e nem a oito horas semanais, e não pode afetar sua frequência escolar. Tais serviços serão prestados em entidades assistenciais, escolas, creches, hospitais, asilos, desde que sejam entidades filantrópicas.

IV - liberdade assistida;

Consiste em uma medida de caráter educativo e preventivo de fundamental importância, em que o jovem infrator será atendido em meio aberto. Essa medida em regra é dirigida a infratores reincidentes.

V - inserção em regime de semi-liberdade;

Consiste em uma medida que objetiva reintegrar o adolescente à sociedade, de forma gradual, fazendo com que ele trabalhe / estude durante o dia e se recolha em estabelecimento adequado e vigiado durante o período da noite. Em regra é aplicável aos jovens que não possuem responsáveis por si e aos que apresentam ambiente familiar inexistente, ou seja jovens sem auxílio para sua reinserção.

VI - internação em estabelecimento educacional;

Consiste em uma medida mais severa e tem efeito punitivo, pois são normalmente medidas restritivas de liberdade.

VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

§ 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.

§ 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.

§ 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições.

Art. 113. Aplica-se a este Capítulo o disposto nos arts. 99 e 100.

Art. 114. A imposição das medidas previstas nos incisos II a VI do art. 112 pressupõe a existência de provas suficientes da autoria e da materialidade da infração, ressalvada a hipótese de remissão, nos termos do art. 127.

Parágrafo único. A advertência poderá ser aplicada sempre que houver prova da materialidade e indícios suficientes da autoria. (BRASIL, 1990).

Medidas de Meio Aberto são as não privativas de Liberdade, quais sejam, advertência (art. 115), reparação do Dano (art. 116) prestação de serviços à comunidade (art. 117), liberdade assistida (art. 119) e Remissão (art. 126, 127, 128). (BRASIL, 1990).

Medidas privativas de liberdade são a semiliberdade (art. 120) e a internação (art. 121, 122, 123, 124, 125). (BRASIL, 1990).

As medidas socioeducativas possuem caráter educativo. Todavia, são suficientes? Por óbvio, não.

Claramente as medidas socioeducativas não são suficientes para educar e ressocializar um menor infrator. É preciso um trabalho conjunto, em rede e harmônico entre todos os setores da sociedade, para buscar uma medida realmente eficaz frente ao jovem infrator.

Os jovens infratores vêm com uma carga de problemas e questões sociais, familiares e psicológicas, que somente lhe atribuindo uma sanção não irá resolver o problema.

A existência de uma lei, estatuto, norma entre outros, não se mostra suficiente para solucionar a questão dos menores infratores. Existe a necessidade de instituições preparadas para receber esses infratores e mostrar aos mesmos os diversos caminhos longe do crime.

Ao ser aplicada a medida socioeducativa, ela precisa ser realmente educativa, precisa ter credibilidade em face de toda a população.

Essa mesma população deve se desvincular de preconceitos sociais com relação aos jovens infratores e passar a lutar pelo cuidado e pelo zelo dos mesmos, para que cada vez mais haja efetivação das medias socioeducativas, e cada vez haja menos menores infratores e mais escolas cheias de crianças e adolescente dispostos a crescer, conhecer e aprender, podendo, desse modo, tornarem-se adultos capazes de construir um país melhor.

4 CONCLUSÃO

Fica clara a influência da família na vida do menor infrator, que pode ser percebida de duas formas negativas, abordadas no trabalho. A primeira, é aquela em que o jovem vê a desestruturação do seu núcleo familiar e que, por isso, pode desencadear a prática de atos infracionais. E a segunda, a da omissão do núcleo familiar em que reserva unicamente para o texto legal a correção relativa ao ato infracional.

Como a família é o primeiro local em que o indivíduo, em regra, socializa-se, é a partir de suas primeiras interações que essa influência, de forma sutil, começa a ser percebida. Assim sendo, a Constituição da República do Brasil discorreu sobre os deveres da família, em seu artigo 227.

Por isso, torna-se nítida a necessidade de se compreender os fatores de desagregação familiar juntamente com o impacto causado por eles na vida do menor. Foram abordados, no presente artigo, três fatores que desencadeiam na desunião do núcleo familiar bem como o impacto na vida do menor infrator. São eles: a falta de diálogo, as agressões e aqueles originados pela crise econômica. Em seguida, analisou-se a contribuição de cada forma de desestruturação familiar para a entrada do menor pertencente a esse núcleo familiar, na prática dos atos infracionais.

Ao final, buscou-se analisar a eficácia das medidas socioeducativas que são aplicadas, conforme prevê o ECA. Os dispositivos legais que tratam acerca dos atos infracionais são coerentes, resguardando a dignidade do menor ao aplicar as penas além de se ater à questão da proporcionalidade. Entretanto, para que haja eficácia, é necessário que o disposto no texto legal se irradie para o mundo dos fatos. Para tanto, concluiu-se que é necessário mais do que a imposição normativa da pena, é imprescindível que além dela, haja um trabalho conjunto da família e da sociedade como um todo, devido a carga psicológica do menor em conflito com a lei.

Então, espera-se que o presente artigo tenha cumprido com o seu objetivo, que foi o de compreender qual a influência da família na vida do menor que comete atos infracionais. Sabe-se que o problema é muito mais amplo e necessita de muito mais linhas de pesquisa acerca de suas causas e consequências. O trabalho em questão buscou analisar apenas parte dele para que, quem sabe, contribuir, de alguma forma, na retirada de crianças e adolescentes do mundo do crime para o mundo dos estudos. Assim, há uma perspectiva de mudança do futuro tanto desses jovens quanto da sociedade como um todo.

REFERÊNCIAS

AMARO, Sarita. **As duas faces de um crime: crianças vitimizadas e adolescentes infratores**. 2001. 5f. Tese (Livre docência) - Redes, Santa Cruz do Sul. Disponível em <file:///C:/Users/Mariana/Downloads/10819-44899-1-PB.pdf> Acesso em: out. 2017

BARROS, Thais Allegretti. **A eficácia das medidas socioeducativas frente à criminalidade infanto-juvenil**. 2014. 38 f. Monografia - Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), 2014. Disponível em <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2014_1/thais_barros.pdf> Acesso em: jan. 2018

BECHER, Franciele. **Os "menores" e a funabem: influências da ditadura civil-miliár brasileira**. 2011. 16 f. Tese (Livre docência) - Anais do XXVI Simpósio Nacional de História – ANPUH, São Paulo, 2011. Disponível em <http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1300846619_ARQUIVO_FrancieleBecher-SimposioANPUH.pdf> Acesso em: jan. 2018.

BRANDT, Laís Michele; BRANDT, Lauro Junior. **Delinquência juvenil: causas e consequências**. 2016. 19f. XIII Seminário Internacional – Demandas sociais e políticas públicas na sociedade contemporânea. Disponível em <file:///C:/Users/Mariana/Downloads/15759-12684-1-PB%20(9).pdf> Acesso em: out. 2017.

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

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. 1990.

BRUÑOL, Miguel Cillero. **El interés superior Del niño em el marco de La convención internacional sobre los derechos del niño**. Justicia y Derechos del Niño. Santiago-Chile: Unicef, n. 1, p. 45-62, nov. 2009.

CONSULTOR JURÍDICO. **Dobra número de adolescentes cumprindo medidas socioeducativas por infrações**. 26 nov 2016. Disponível em

<<https://www.conjur.com.br/2016-nov-26/dobra-numero-adolescentes-cumprindo-medidas-socioeducativas>> Acesso em: nov. 2017

COSTA, Tarcísio José Martins. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. Belo Horizonte: Del Rey: 2004.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

DELANEZ, Geovana Oliveira. **A violência intrafamiliar e suas consequências no desenvolvimento da criança**. 2012. 29 f. Monografia – Bacharel em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul, 2012. Disponível em <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_1/geovana_delanez.pdf> Acesso em: out. 2017.

ENGEL, Norival Acácio. **Prática de ato infracional e as medidas socioeducativas: uma leitura a partir do Estatuto da Criança e do Adolescente e dos princípios constitucionais**. Dissertação (Mestrado). Univali – Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí, SC, 2006. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Norival%20Ac%C3%A1cio%20Engel.pdf>>. Acesso em: 15 de janeiro 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **A família da pós modernidade: em busca da dignidade perdida da pessoa humana**. 2004. 10 f. Dissertação (Livre docência) - Revista de Direito Privado. Disponível em <<http://files.direito-uninove.webnode.com.br/200000004-c8b30c9ae0/A%20FAM%C3%8DLIA%20DA%20P%C3%93S-MODERNIDADE.pdf>> Acesso em: set. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Direito constitucional à família (ou famílias sociológicas 'versus' famílias reconhecidas pelo direito: um bosquejo para uma aproximação conceitual à luz da legalidade constitucional)**. 2002. 11 f. Dissertação (livre docência) - Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe. Disponível em <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/22426/direito_constitucional_familia.pdf> Acesso em: set. 2017.

FERREIRA, Cristiana Sanchez Gomes. **Análise econômica dos institutos do casamento e do divórcio**. 2012. 10 f. Tese (Livre docência) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, 2012. Disponível em <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/49558/analise_economica_dos_ferreira.pdf> Acesso em: out. 2017.

DOI, Cristina Teranise; FERREIRA, Luiz Antônio Miguel. **A proteção integral das crianças e dos adolescentes vítimas**. [20--]. 7 f. Tese (Livre docência) - Grupo temático: - direito à cultura e ao lazer, e direito à liberdade, dignidade respeito e diversidade cultural. [20--]. Disponível em: <http://www.mpdf.mp.br/portal/pdf/unidades/promotorias/pdij/XXICongressoNacional_ABMP/2%20TESE_-

[_A_PROTECAO_INTEGRAL_DA_CRIANCA_E_DO_ADOLESCENTE_VITIMAS.G5.pdf](#)> Acesso em: jan. 2018

FERRER, Anabella J. Del Moral. **El derecho a opinar de niños, niñas y adolescentes em la Convención sobre los Derechos del Niño**. Cuestiones Jurídicas, Maracaibo, n. 2, vol. 1, n. 2, p. 73-99, jul./dez. 2007.

FUNDAÇÃO TELEFÔNICA DO BRASIL. **Uma breve história dos direitos da criança e do adolescente no Brasil**. Disponível em <<http://fundacaotelefonica.org.br/promenino/trabalho infantil/noticia/uma-breve-historia-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-no-brasil/>> Acesso em: jan. 2018.

GAUER, Patricia Inglez de Souza Machado. **Alienação Parental: as falsas acusações e o efeito alienador na atuação do Poder Judiciário**. 2015. 28 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul 2015. Disponível em: <<http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/7866/1/000477760-Texto%2bParcial-o.pdf>> Acesso em set. 2017

LAZZARINI, Alvaro. **A desagregação familiar e seus reflexos na violência e na criminalidade**. 1995. 7 f. Dissertação - Revista dos Tribunais. Disponível em <[file:///C:/Users/Mariana/Downloads/RTDoc%2027-01-2018%2021_00%20\(PM\).pdf](file:///C:/Users/Mariana/Downloads/RTDoc%2027-01-2018%2021_00%20(PM).pdf)> Acesso em set. 2017.

LISBOA, Roberto Senise. **Dignidade e solidariedade civil-constitucional**. 2010. 24 f. Dissertação - Revista de Direito Privado, Disponível em <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/82396>> Acesso em set. 2017

MACHADO, Martha de Toledo. **A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos**. Manole: São Paulo, 2003.

MELHEM, Celia Soibermann. **Tribunal de justiça: um olhar sobre a delinquência juvenil**. 1996. 14 f. Dissertação (livre docência) - Revista brasileira de ciências criminais. Disponível em <[file:///C:/Users/Mariana/Downloads/RTDoc%2028-01-2018%2011_04%20\(AM\).pdf](file:///C:/Users/Mariana/Downloads/RTDoc%2028-01-2018%2011_04%20(AM).pdf)> Acesso em: out. 2017.

MENDEZ, Emílio Garcia. **História da criança como história do seu controle**. 2000. Disponível em: <http://www.unicef.org.br>. Acesso em: 20 jun. 2010.

PAES, Genaldo Maia. **Marginalização social e desagregação familiar**. 1996. 32 f. Tese - Aprovação no Curso Superior de Defesa Continental - Colégio Interamericano de Defesa. Washington D. C, 1996. Disponível em <<https://rededepesquisasemfavelas.files.wordpress.com/2012/05/817.pdf>> Acesso em set. 2017.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. 2004. 157 f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Faculdade de Direito, Curitiba.

PEREIRA, Sergio Gischkow. **Tendências modernas do direito de família**; 1988. 25 f. Dissertação - Revista dos tribunais. Disponível em <file:///C:/Users/Mariana/Downloads/RTDoc%2027-01-2018%2021_07%20(PM).pdf> Acesso em set. 2017

PEREIRA, Tânia da Silva. **O Melhor Interesse da Criança: um debate interdisciplinar**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999;

REVISTA BRASILEIRA DE GEOGRAFIA. Rio de Janeiro. IBGE, 2010.

TRENTIN, Ângela Correa. **Adolescentes em conflito com a lei e a família: um estudo interdisciplinar**. 2011. 13f. Livre docência - Congresso Internacional de Ciências Criminais, 11 ed, 2011. Disponível em <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/edicao2/Angela_Trentin.pdf> Acesso em: out. 2017.

VIEIRA, Marcelo de Mello. **Direito de crianças e de adolescentes à convivência familiar**. V. 1. Belo Horizonte: DPlácido, 2016;

DA (IM)POSSIBILIDADE JURÍDICA DA CONVERSÃO POST MORTEM DA UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO

Mateus Rocha de Souza¹

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 garante a todos o direito constituir entidade familiar, mesmo que inexista o laço matrimonial. Dentre vários modelos, ressalta-se aqui a União estável, mais especificadamente na disposição constitucional acerca da garantia de facilitação da conversão desta em casamento.

Dessa forma, uma vez inexistindo uma solução expressa e específica na legislação vigente, questiona-se acerca da (im) possibilidade jurídica da conversão da União Estável em casamento, mesmo após o óbito de um dos conviventes, precipuamente quando já ajuizada procedimento de jurisdição voluntária por ambos, ocorrendo o falecimento no transcurso de tal feito.

O presente trabalho visa demonstrar, de maneira expressa, a partir da análise crítica da apelação cível nº 2005.032.313-0, 3ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, sendo o relator o juiz Sérgio Izidoro Heil, acerca da possibilidade de conversão da União Estável em casamento após o óbito de um dos conviventes durante o procedimento judicial, sendo certa a necessidade de se garantir aos indivíduos o direito da continuidade em tal feito, tendo em vista a consensualidade quando do ingresso da ação de conversão.

A presente temática merece destaque e debates constantes, ante o atual e crescente número de indivíduos que estão optando por constituir novas entidades familiares, independentemente de laço matrimonial, dentre elas, a União Estável.

A referida pesquisa baseia-se em metodologia bibliográfica, com ênfase na utilização do mecanismo do direito comparado. Quanto à fundamentação teórica da pesquisa em questão, destaca-se a utilização dos trabalhos desenvolvidos por diversos autores renomados no âmbito do Direito de Família, com ênfase no instituto da União

estável, bem como do Julgado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação Cível nº 2005.032.313-0.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A UNIÃO ESTÁVEL

A União estável foi concebida durante muito tempo, especificadamente sob a vigência do Código Civil de 1916, por uma ótica preconceituosa, sob a denominação do antigo instituto “concubinato”, o qual não era reconhecido como entidade familiar, ou mesmo passível de previsão legal, tratando-se simplesmente de uma relação entre homem e mulher incapaz de constituir uma entidade familiar por não se ater à formalização matrimonial.

No entanto, através da sistemática constitucional, bem como com o Código Civil de 2002, a ideia de que uma família somente se constituía através do casamento foi superada, abrindo um leque maior de possibilidades de identificação de entidades familiares, sendo uma destas a união estável, devidamente admitida no âmbito do direito de família como entidade familiar amparada pela Constituição da República, art. 226, § 3.º, recebendo a devida proteção do Estado. (BRASIL, 2008), mas ainda expressa certo zelo conservador, por parte do legislador, acerca da preferência do modelo familiar constituída pelo matrimônio, visto que prevê o dever de facilitação da conversão da União estável em casamento, conforme nos ensina Zeno Veloso:

A Constituição de 1988 deu dignidade, mandou proteger, reconheceu a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, respeitável a todos os títulos, merecedora de amparo, deferência consideração. Mas a carta magna sinalizou claramente a sua preferência pelo modelo de família formalmente constituída pelas sociedades matrimonializadas, ao determinar que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento. (VELOSO, 1997, P. 109)

Ademais, considerando que este instituto é recente e em amadurecimento, devido ao constante surgimento de novos arranjos familiares, tem-se o conceito de União Estável, por Marco Aurélio S. Viana, como sendo "a convivência entre homem e mulher, alicerçada na vontade dos conviventes, de caráter notório e estável, visando a constituição de família" (VIANA, 1999, P.29), e o instituto firmado pelo ordenamento jurídico pátrio, especificamente no artigo 1.723 do Código Civil, em que é:

Reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família. (BRASIL, 2002).

Além disso, analisando a disposição legal acima, extraem-se claramente as circunstâncias necessárias para a caracterização de tal entidade familiar, a saber, a publicidade, continuidade e durabilidade, conforme ensina Áurea Pimentel Pereira:

(...) que para ser reconhecida como estável a união, deve ser ela pública, contínua e duradoura, afastando, portanto, a possibilidade de sua configuração, quando se estiver diante de um relacionamento revestido de clandestinidade, marcado durante sua vigência por seguidas separações e reconciliações, de efêmera duração, contraído de forma descompromissada para simples comunhão de leitos, sem o objetivo de constituição de uma família. (PEREIRA, 2008, P. 84)

Complementando, ressalta-se o devido acatamento também de preceitos fundamentais, com vistas a não violar até mesmo o direito à intimidade, principalmente ao requisito da publicidade, sendo este compreendido em sentido mais restritivo, mais especificamente ligado ao próprio comportamento social do casal, que ao menos devem se apresentar publicamente como se casados fossem, evidenciando o desejo de constituir família, como o principal requisito a ser superado, tendo em vista que se trata de um arranjo familiar, devendo ser formado seguindo os preceitos básicos de qualquer espécie, previstos no artigo 1.511 do Código Civil, como a “comunhão plena de vida, com base na igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges” (BRASIL, 2002). Acerca de tal entendimento assevera Pena Jr.:

O requisito da publicidade deve ser visto com uma certa cautela, até pelo respeito que se deve ter à vida privada das pessoas. Há companheiros que se mostram de forma ostensiva no meio social, outros preferem não se fazerem (sic) notar com tanta intensidade. Nenhum deles é obrigado a declarar em ato ou documento oficial que vive em união estável. O importante é que a relação afetiva não tenha caráter clandestino e não passe despercebida perante os olhos da sociedade.

A continuidade é requisito subjetivo que não deve ser aferido com tanta rigidez, até porque ninguém consideraria estável uma relação cheia de interrupções. Deve-se entender que, assim como no casamento, podem ocorrer eventuais desentendimentos entre os companheiros que os levem a uma rápida separação, logo seguida de reconciliação, o que, ao (sic) nosso ver, não seria suficiente para descaracterizar a estabilidade da união.

De difícil análise é o requisito da durabilidade, visto que, ao contrário da Lei nº 8.971/94, o Código Civil, ao (sic) nosso ver, acertadamente, não determinou um prazo específico para a caracterização da união estável. Apesar de algumas leis fixarem prazo para que os companheiros se façam merecedores de alguns benefícios, muitas vezes só saberemos o tempo de duração da união estável ao término da relação. (PENA JÚNIOR, 2008, pp. 148/149).

Por fim, em observância às disposições legais acima expostas, principalmente as regras e princípios basilares do ordenamento jurídico pátrio, resta cristalino que esse modelo familiar pode ser constituído independentemente se dessa relação advenham ou não filhos, que se mantenham ou não relações sexuais, ou que seja

formada por pessoas do mesmo gênero sexual, o que inclusive foi decidido no STF, em sede controle concentrado de constitucionalidade no julgamento da ADI 4277:

ADI 4277 / DF - DISTRITO FEDERAL - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator: Min. AYRES BRITTO Julgamento: 05/05/2011 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Ementa

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual

direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição.

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (Brasil, 2011)

3. DA CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO SEGUNDO A LEGISLAÇÃO VIGENTE: UMA VISÃO CRÍTICA

Preliminarmente, no que tange à conversão de União Estável em casamento, dispõe o artigo 226, §3º, da Constituição da República, que categoricamente reconhece a união estável como entidade familiar, “devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”. (BRASIL, 2002)

Nesse sentido, com vistas a regulamentar o dispositivo supramencionado, adveio a Lei 8.971/94, versando somente nos direitos a alimentos e sucessão aos companheiros, porém, posteriormente, a Lei nº 9.278/96, de uma forma mais ampla, abordou mesmo que de forma não expressamente declarada, conferir a devida relevância jurídica do instituto familiar União Estável, conforme ressaltado por Silvio Rodrigues:

A conceituação da união estável é a mesma dada pela Lei n.º 9.278/96, ou seja, conveniência pública, contínua e duradoura, com o objetivo de constituição de família, não se fala em prazo mínimo de duração, que a Lei n.º 8.971 / 94 estipulava uns cinco anos não será possível união estável se houver impedimento matrimonial entre os parceiros nesse sentido dispõe o art. 1723 §1, porém, com importante ressalva que resolve ter imensa questão: não se aplica o impedimento do inciso VI do art. 1.521 relativo a pessoa casada, se era se achar separada de fato ou judicialmente. (RODRIGUES, 2002. P. 86)

Por conseguinte, a Lei nº 9.278/96, foi a primeira a estabelecer em texto legal, acerca do procedimento, a fim de se concretizar a conversão de União estável em Casamento, com a possibilidade de ser realizada diretamente pela via extrajudicial, desde que ultrapassado o único requisito, a saber, anuência de ambos os companheiros, não prevendo quanto às demais formalidades exigidas para o casamento propriamente dito, como a necessidade da expedição de editais e proclamas, os efeitos jurídicos de tal procedimento.

Por certo, prescreve o artigo 8º da lei 9.278/96 que:

Os conviventes poderão, de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio". (BRASIL, 1996).

Suprindo tais deficiências, bem como atribuindo definitivamente a devida relevância de tal instituto, o Código Civil de 2002, cumpriu tal papel categoricamente, inserindo a união estável no Livro IV – Do direito de família; Título III – Da união estável, prescrevendo especificadamente quanto a possibilidade de conversão em casamento, no artigo 1.726 do Código Civil, que a “união estável poderá converter-se

em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil". (BRASIL, 2002)

Entretanto, tal disposição legal deixou evidenciada a necessária anuência do estado ao declarar tal situação, vez que indica a autoridade competente para realização de tal procedimento, a saber, o Juiz de Direito, contrariando sobremaneira o disposto na lei anterior supra mencionada, vez que estabelece a apreciação judicial de eventuais impedimentos matrimoniais entre os conviventes, bem como os requisitos para caracterização da União Estável, tirando a competência anteriormente atribuída ao oficial de Registro Civil.

Em consonância, tal entendimento é reafirmado por Azevedo:

O art. 1.726 do novo Código Civil acolheu o disposto no art. 8º da Lei nº 9.278/96, de modo mais simplificado e com melhor redação, submetendo, todavia, a conversão da união estável ao Juiz de Direito, excluída a competência direta do Oficial do Registro Civil." (AZEVEDO, 2003, p. 275 apud LEMOS PEREIRA, Tarlei, 2011).

Igualmente e complementando tal posicionamento, ressalta Caio Mário da Silva Pereira, em posicionamento crítico ao sistema imposto pelo artigo 1.726 do Código Civil de 2002, em comparação ao estabelecido anteriormente pela lei nº 9.278/96:

No que concerne ao direito à conversão da união estável em casamento, o art. 1.726 de 2002 pouco inovou em relação à Lei nº 9.278/96, uma vez que mantém o sistema de pedido conjunto pelos companheiros. Incluiu, no entanto, a obrigatoriedade de pedido judicial de conversão, o qual, a nosso ver, será provimento de jurisdição voluntária, cabendo à organização judiciária do Estado indicar o Juízo competente. (PEREIRA, 2007, p. 547 apud LEMOS PEREIRA, Tarlei, 2011).

Além disso, cumpre ressaltar que tal dispositivo legal dispensa as formalidades solenes exigidas para celebração do casamento, bastando tão somente o aval do órgão judicante, seguida de mandado de averbação ao Registro Civil para o devido assentamento.

Nessa perspectiva afirma Rolf Madaleno, que:

decidindo o juiz pelo provimento da conversão da união estável em casamento ordenará a lavratura desse assentamento que dispensa o processo de habilitação o matrimônio, evidentemente se também ausentes os impedimentos do artigo 1.521 do Código Civil". (MADALENO, 2009, p. 816).

Outrossim, analisando tal método estipulado, afere-se claramente a afronta ao mandamento constitucional e verdadeiro retrocesso em comparação ao estabelecido anteriormente pela lei 9.278/96, dificultando a efetivação de tal direito.

Isso se deve ao fato de a esfera judicial não ser o meio mais célere e eficiente, devido à morosidade e onerosidade resultantes dos processos judiciais, justificando-se somente em relação à aplicação do efeito *ex tunc* ao casamento.

No entanto, este argumento também é superado devido a possibilidade de formalização do pacto antenupcial sem necessidade de intervenção do poder judiciário, como assevera Maria Berenice Dias:

A exigência de intervenção judicial afronta a própria recomendação constitucional de que deve ser facilitada a conversão da união estável em casamento. Ora, a necessidade de processo judicial, que implica contratação de advogado pagamento de custas e, quem sabe, até produção de provas, é fator complicador. Talvez a exigência se justifique para emprestar efeito retroativo ao casamento. Mas, ainda assim, podem os conviventes obter o mesmo efeito de ordem patrimonial por meio de pacto antenupcial". (DIAS, 2010, p. 156)

Além disso, tal apreciação judicial se faz ainda mais desnecessária principalmente nos casos em que a união estável já tenha sido declarada judicialmente, de tal sorte presente todos os requisitos exigidos legalmente afim de que seja declarada de pleno direito, após a sentença transitada em julgado, o que, para efeitos de conversão desta em casamento bastaria ser apresentada ao Oficial de Registro, incumbindo a este aferir somente se os companheiros têm algum impedimento matrimonial e formalizá-lo com o assentamento no registro civil dos cônjuges.

Conforme lições de Paulo Lôbo, depreende-se que:

Converte-se um ato-fato jurídico em ato jurídico, cuja complexidade deve ser reduzida, notadamente quanto à dispensa da celebração e à simplificação da habilitação. A união estável pressupõe que tenha sido constituída sem violação aos impedimentos matrimoniais, que lhe são igualmente aplicáveis (art. 1723), tornando desnecessária publicação de edital, pois sua finalidade é a de permitir sua oposição. O único impedimento a ser considerado é o do companheiro que estava separado de fato ou judicialmente, quando foi iniciada a união estável que deve comprovar já estar devidamente divorciado, no período de conversão". (LÔBO, 2009, p. 162)

Em suma, o procedimento judicial de conversão da união estável é prejudicial e contrário à determinação constitucional prevista no artigo 226, § 3º, considerando a onerosidade e morosidade característica da prestação jurisdicional.

Acrescente-se, por fim, que tal critério não deve ser adotado de forma absoluta, devendo-se resguardar a provocação do Judiciário para casos complexos, em que nem ao menos tenha sido declarada a união estável.

O mesmo deve ocorrer na situação investigada no presente trabalho, em que envolve necessariamente um suprimento de vontade do *de cuius*, demandando

necessariamente dilação probatória e análise mais acurada dos fatos, o que é possível somente por esta via, contanto inclusive com a atuação direta pelo órgão Ministerial.

4. APLICAÇÃO DOS EFEITOS *EX TUNC* OU *EX NUNC* NA CONVERSÃO DA UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO

Quanto aos efeitos da união estável convertida em casamento, diante da omissão legal, discute-se se os mesmos seriam *ex tunc* ou *ex nunc*.

De acordo com a corrente doutrinária majoritária, em relação à conversão da união, considera que os efeitos do casamento retroagirão desde o termo inicial da união estável (efeito *ex tunc*), sob o fundamento de que nenhuma diferença prática teria entre a conversão e a celebração do casamento propriamente dita se não considerasse o ato-fato jurídico já existente, com vistas a resguardar principalmente a questão patrimonial do casal.

Nessa perspectiva, Rodrigo da Cunha ensina que:

O sentido prático e facilitador da conversão em casamento seria, principalmente, o de se estabelecerem regras patrimoniais retroativas ao termo inicial da união estável, como acontece, por exemplo, em países como Cuba e Rússia, que em seus respectivos códigos de família assim estabeleceram.

(...)

"Uma questão de grande pertinência é saber se a conversão da união estável tem efeitos ex tunc ou ex nunc, ou seja, se alcança a data do início da união, ou se suas conseqüências começam a surtir efeito a partir do ato jurídico da conversão.

(...) A tendência doutrinária tem firmado o entendimento de que, com a convalidação da vida more uxorio em casamento, todos os efeitos da sociedade conjugal retroagem à data do início da união, ou seja, produziria a conversão efeitos ex tunc.

(...) entendo que a conversão tem efeitos ex tunc, ficando isento de dúvidas que o patrimônio adquirido na constância da união estável será partilhado somente na ação de divórcio, quando da dissolução do vínculo conjugal.

Devemos refletir sobre o aspecto "moralista" dessa norma. A inserção da possibilidade de se converter uma união estável em casamento foi a vitória das forças conservadoras na Assembléia Constituinte. Está muito mais ligada a um valor moral que propriamente um meio facilitador e prático para "regularizar" uma relação sem vínculo formal. Converter em casamento tais uniões soa como a salvação, tirando as pessoas de uma relação inferior, de segunda classe, para resgatar-lhe a dignidade com o casamento. (PEREIRA, 2007, pp. 78, 207/208)

Para mais, outra questão não abordada pela disposição legal, é a data que constará da certidão de casamento, ou seja, a data da declaração judicial da conversão ou do termo inicial da união estável, sendo este um fator importante para solucionar a dúvida existente entre a aplicação temporal dos efeitos do casamento, sendo adotado

também majoritariamente pela doutrina no sentido de que deva contar a data do início da união estável.

Tal posicionamento encontra subsídio lógico na diferenciação dos dois institutos, visto que, ao constar a data da conversão, estar-se-ia primeiramente desconsiderando o ato-fato jurídico anterior e, além disso, não seria propriamente uma conversão, e sim a celebração do casamento propriamente dito, sendo somente feito pela via judicial, de tal sorte que se retiraria de tal norma sua plena eficácia social.

Suplementando tal entendimento Rodrigo Pereira da Cunha ressalta que:

(...) Outra lacuna deixada sobre a conversão refere-se à data que constará no assento de casamento: a da conversão ou a do início da união estável? Se são dois institutos diversos, não haveria razão se a data a ser registrada na certidão fosse a conversão. Se assim fosse, bastaria as partes se casarem. Portanto, penso que, não obstante o silêncio da lei, a que deverá constar no registro do casamento é a do início da união, devendo as partes elaborarem (sic.) um Pacto Antenupcial, com vistas à regulação dos efeitos patrimoniais e pessoais advindos do período em que viveram em união estável. (PEREIRA, 2007, p. 215 apud LEMOS PEREIRA, Tarlei, 2011).

De tal sorte, tendo em vista que independentemente das formalidades características do casamento, identifica-se nitidamente o requisito da comunhão plena de vida, tanto quanto as demais circunstâncias caracterizadoras da união estável, tal instituto necessariamente merece ter maior eficácia jurídica sem distinção do casamento, vez que inclusive foi convertida para tal.

Ademais, com relação aos demais direitos conjugais, convertida a união estável em casamento, por consequência, aplicam-se todos desde o início da união como se casados fossem.

Corroborando tal fato, Fábio Ulhoa Coelho assevera que:

É certo que os conviventes podem, a qualquer tempo, se casar, como quaisquer outras pessoas desimpedidas. Mas essa é uma alternativa diferente da conversão, porque os efeitos do ato não retroagem à data da formação da união estável. Quer dizer, quando os conviventes optam por simplesmente se casarem, em vez de buscarem a conversão, os efeitos do casamento projetam-se a partir da celebração. Na conversão, ao contrário, os efeitos retroagem para a época em que os conviventes constituíram sua união. Convertida esta em casamento, produzem-se os mesmos efeitos que existiriam como se os conviventes estivessem casados desde o início de sua convivência. (...) A conversão da união estável em casamento é feita mediante processo judicial e importa a retroatividade dos efeitos da constituição do vínculo matrimonial para a época em que teve início a convivência, inclusive em relação ao regime de bens escolhido pelos agora cônjuges. (COELHO, 2009, pp. 131/132 apud LEMOS PEREIRA, Tarlei, 2011).

Tal entendimento é também acolhido por Arnoldo Wald (2009), uma vez que, muito embora o casamento seja um instituto diverso da união estável, deve prevalecer

o regime jurídico patrimonial já praticado pelos conviventes, com vistas a não causar enorme insegurança jurídica, resguardando as relações jurídicas realizadas anteriormente à conversão.

Controverte-se acerca dos efeitos da conversão da união estável em casamento, divergindo os doutrinadores se estes teriam início após a conversão (*ex nunc*) ou se as conseqüências adviriam a partir da data do início da união estável (*ex tunc*).

A posição mais acertada é aquela que referenda a eficácia da conversão a partir do momento em que ela é efetivada. E assim deve ser porquanto o casamento perfilha regime jurídico diverso, em diferentes aspectos, daquele reservado à união estável. Apenas a título de exemplo, o que poderia ocorrer com os atos jurídicos praticados pelos conviventes, que dependeriam, se casados fossem, de outorga uxória, como fianças, avais, alienações etc. Admitindo-se que seus efeitos pudessem retroagir à data do início da união, uma vez praticados esses atos isoladamente por apenas um dos companheiros e convertida a união em casamento, aqueles negócios jurídicos poderiam ser inquinados de nulidade. A insegurança jurídica que daí poderia decorrer afigura-se manifesta. Ademais, avenge-se, por igual, a hipótese de o regime de bens adotado para o casamento não ser o mesmo daquele que vigia ao tempo da união estável. Os prejuízos que essa modificação de regime poderiam acarretar para terceiros são, também, por demais evidentes.

Precisamente por essa razão, convertida a união estável em casamento, não se deve admitir que o regime que venha presidir o casamento seja diverso daquele que vigorava para a união estável.

No entanto, na hipótese de desejarem os ex-companheiros celebrar matrimônio sob regime diverso daquele que até então regulava as suas relações patrimoniais, deverão observar os requisitos reclamados pelo art. 1.639, II, para a alteração do regime de bens. (WALD, 2009, pp. 402/403 apud LEMOS PEREIRA, Tarlei, 2011).

Sendo assim, é preciso frisar a necessária retroatividade dos efeitos patrimoniais desde data de início da união estável, devendo ainda constar esta mencionada data na certidão de casamento, com vistas a conferir maior eficácia social a norma regulamentadora de tal procedimento, atendendo, inclusive à finalidade precípua que nortearam sua criação, a saber, a facilitação da conversão da união estável, bem como no reconhecimento desta como entidade familiar.

Por fim, cumpre destacar que se trata de um assunto de grande repercussão social, porém, refém da omissão legal, incumbindo ao juiz decidir tal complexidade, entregando a solução para os questionamentos aqui evidenciados, a saber, a aplicação ou não da retroatividade dos efeitos e quanto à pertinência no assento do Registro Civil, que deverá conseqüentemente prolatar decisão, atendendo, sobretudo “aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum” (BRASIL, 1942), conforme preceituado no artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

5. DA (IM) POSSIBILIDADE JURÍDICA DA CONVERSÃO "POST MORTEM"

Superada as demais lacunas legais supracitadas, passa-se a questionar acerca da remota possibilidade de ser declarada a conversão da união estável em casamento mesmo após o falecimento de um dos conviventes.

Precipuamente, impende ressaltar que tal questionamento foi suscitado em sede judicial perante o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, caso em que o autor da ação de conversão de união estável em casamento faleceu durante o curso da demanda, dando ensejo à extinção do processo sem resolução de mérito, decisão sob a fundamentação no sentido de que se tornou impossível confirmação da vontade das partes face ao falecimento de uma das partes no curso do processo.

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO CONSENSUAL DE CONVERSÃO DE UNIÃO ESTÁVEL EM CASAMENTO – FALECIMENTO DO COMPANHEIRO – EXTINÇÃO DA AÇÃO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO – PEDIDO DE CARÁTER PERSONALÍSSIMO – RECURSO DESPROVIDO.

(...) Trata-se de recurso de apelação interposto por M. de M., contra decisão proferida pela Dra. Juíza de Direito da Vara da Família, Órfãos, Infância e Juventude da Comarca de Criciúma que, nos autos da ação de conversão de união estável em casamento nº 020.04.020561-4, movida juntamente com o seu companheiro B. B., julgou extinto o processo sem análise do mérito, com base no art. 267, IX, do CPC, diante do caráter personalíssimo da ação, já que o autor B. B. veio a óbito.

Irresignada com a decisão de primeiro grau, a autora interpôs recurso de apelação sustentando, em síntese, que o processo deveria prosseguir, à medida que a apelante propôs a ação em consenso com o falecido; ele já era divorciado; o processo já se encontra bem instruído, a ponto de ter a concordância do representante do Ministério Público para haver a devida conversão da união estável em casamento. Ao final, pugnou pelo provimento do recurso a fim de que seja declarada a união estável entre as partes.

(...) Primordialmente, deve-se observar a questão sub judice como um todo, ou seja, de que se trata de um pedido de conversão de união estável em casamento em que as partes pleitearam consensualmente, tendo o companheiro, no desenrolar do processo vindo a óbito o que deu azo ao julgamento do feito sem a análise do mérito.

Ora, a ação de conversão de união estável em casamento, possui caráter eminentemente personalíssimo, já que não há como realizar um matrimônio entre uma pessoa viva e outra já falecida, muito embora já tenham convivido como marido e mulher durante muitos anos.

O casamento é um ato solene, mesmo quando dispensada a celebração formal, a exemplo do casamento nuncupativo e da conversão da união estável em casamento, as partes devem demonstrar interesse e consentimento ao ato até ultimado o termo.

Logo, não há a possibilidade de considerar uma declaração, mesmo que expressa da vontade do de cujus em se casar, pois diante da morte tem fim a existência da pessoa natural, e em conseqüência, dissolve-se qualquer vínculo matrimonial.

Assim, é ilógico acreditar que alguém poderia casar-se com uma pessoa já falecida, eis que o vínculo entre eles já estaria extinto antes mesmo de ter início.

À vista disso, tem-se que "se o casamento é a união entre homem e mulher em comunhão de vida, dizemos então que é ato de autonomia privada, já que é necessária a confirmação da vontade e do consentimento das partes para que seja válido e eficaz de acordo com as suas finalidades." (CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa W. – Casamento e união estável: requisitos e efeitos pessoais, São Paulo, Manole, 2004, p. 103).

Dos julgados desse Tribunal de Justiça, *mutatis mutandis*, retira-se:

"Visto o caráter personalíssimo das ações de separação e divórcio, a morte de um dos cônjuges, antes do trânsito em julgado da sentença, extingue o processo sem julgamento do mérito, à míngua de pressupostos da constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo." (Embargos de Declaração na Ap. Cív. nº 03.023077-7, da Capital, Rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento, j. em 26 de março de 2004).

Sebastião Amorim, perfilhando esse entendimento, ensina que:

"Por fim, cumpre assinalar que o caráter personalíssimo das ações de separação e divórcio não permite a substituição processual do cônjuge falecido no curso do processo, ainda que já ratificado eventual acordo, ou proferida sentença de que penda recurso (ou prazo para sua interposição). Falecida uma das partes, nessas circunstâncias, extingue-se o processo sem julgamento do mérito. Com efeito, restará prejudicado o pedido, em face do perecimento do objeto da ação, já não havendo que falar em separação ou divórcio, uma vez que *mors omnia solvit*." (Separação e divórcio – teoria e prática – Sebastião Amorim, 5ª edição, São Paulo, Editora Universitária de Direito, 1999, p. 54).

Assim, considerando que o companheiro faleceu e o pedido de conversão de união estável em casamento tem caráter personalíssimo, a sentença vergastada deve permanecer incólume.

Pelas razões declinadas, é de negar-se provimento ao recurso. (SANTA CATARINA. 2005 apud LEMOS PEREIRA, Tarlei, 2011).

Em discordância à decisão supracitada, é perfeitamente possível a aplicabilidade a sucessão processual pelos herdeiros nas ações que envolvam questão de estado do *de cuius*, independentemente da repercussão na esfera patrimonial, analogicamente nas ações de reconhecimento e dissolução de união estável "*Post Mortem*", sendo que:

Falecido o companheiro, os legitimados a figurar na demanda referente à união estável são os herdeiros, e não o espólio representado pelo inventariante (CPC 12 V), quer no pólo ativo, quer no pólo passivo. Tal legitimação cabe tanto para o pólo ativo como para o pólo passivo, pois, tratando-se de ação que envolve questão de estado, cujos reflexos não são exclusivamente de ordem patrimonial, imperiosa a presença dos sucessores em nome próprio. (DIAS, 2010, p. 191)

Nesse sentido, muito embora o caráter personalíssimo do direito aqui discutido, não há que se cogitar a substituição processual pelos herdeiros, sendo cristalino a anuência do *de cuius*, ao tempo em que ajuizara a ação.

Uma vez que a conversão da união estável e casamento, somente é possível na forma consensual, ou seja, com a ratificação de ambas as partes, com a aposição de suas assinaturas em petição conjunta ou mesmo conferindo poderes específicos para

reconhecimento da procedência do pedido por seu procurador, incumbindo ao juiz somente conferir validade jurídica à vontade das partes.

Acrescentando, esclarece Cássio Scarpinella Bueno que:

Certo que na chamada jurisdição voluntária não se visa à atuação do direito mas à constituição de situações jurídicas novas, não há propriamente caráter substitutivo (a intervenção jurisdicional é necessária para dar validade e eficácia a um específico negócio jurídico, não para impor um resultado ou decisão. (BUENO, 2008, p.256).

Outrossim, considerando a retroatividade dos efeitos da conversão da união estável em casamento, tal ato jurídico surtiria seus efeitos desde o termo inicial da união estável, declarando existente um ato-fato jurídico do início até a extinção pela morte do cônjuge, e não celebrando casamento com pessoa falecida, somente alterando o regime jurídico do período de convivência do casal.

Nesse sentido, nem sequer a ausência das formalidades características do casamento pode ser considerada como fato impeditivo, uma vez que este argumento é refutado em razão de terem sido ultrapassados tais requisitos quando do reconhecimento da união estável.

Assim, quanto à conversão da união estável em casamento após o falecimento de um dos conviventes no curso da ação já em andamento, conforme ressaltado alhures, tal fato resta perfeitamente plausível, vez que a manifestação de vontades já fora identificada ao tempo do ajuizamento da ação de jurisdição voluntária.

Portanto, é perfeitamente possível a aplicação do efeito *ex tunc* à conversão, consolidado a vontade de ambos os conviventes. Assim, por consequência, confere-se a devida validade jurídica à situação jurídica em questão pelo período de duração da união do casal, agora se aplicando o regime jurídico de casamento, igualmente constando como data de extinção do matrimônio o do óbito do convivente.

6. CONCLUSÃO

Por todo exposto, em consonância ao disposto constitucionalmente, resta cristalino a importância da União Estável, bem como a garantia que deverá prevalecer de conversão desta em casamento devendo a lei regulamentar em tal sentido. Ademais, constata-se a omissão da legislação vigente em relação ao procedimento a ser adotado para efetivação de tal direito, dando margem ao ativismo judicial, vez que tal situação somente é regulada via jurisprudência.

Para mais, outro aspecto relevante e também carente de regulamentação gira em torno da possibilidade de retroatividade dos efeitos da conversão da união estável em casamento, restando sedimentado na doutrina majoritária a aplicação do efeito *ex tunc* a tal ato, de tal sorte retroagindo os efeitos do casamento à data inicial da união estável devidamente declarada.

Quanto à possibilidade jurídica de conversão de união estável em casamento mesmo após o falecimento de um dos conviventes durante o curso da ação, muito embora se trata de direito personalíssimo, carecendo de manifestação de vontade de ambos, conforme fundamentação supra, este requisito é superado pelo próprio ajuizamento da ação.

Nesse sentido, é irrelevante a reiteração da anuência de qualquer destes, visto que, devido à natureza da ação, esta somente pode ser ajuizada por via de ação de jurisdição voluntária, de tal sorte sem litígio e com concordância de ambas as partes, devendo o órgão judicante somente conferir validade jurídica a situação posta, ou seja, podendo os herdeiros serem habilitados após o falecimento do convivente para fins de substituição processual.

Ademais, tal provimento declarará existente o casamento desde o início da união estável até sua extinção pelo falecimento de um dos cônjuges, com o devido reconhecimento do regime jurídico que lhe é próprio durante este período, resguardando a questão patrimonial, acatando eventual pacto antenupcial, ou regime escolhido quando do reconhecimento da união estável.

Por fim, não subsistindo nenhum impedimento para tal ato, visto que as solenidades exigidas para a celebração do casamento não se aplicam à conversão, conforme salientado veementemente *supra*, resta perfeitamente possível a conversão, mesmo após o óbito de um dos conviventes incidentalmente ao procedimento de conversão ajuizado por ambos consensualmente.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Comentários ao Código Civil: parte especial – Do Direito de Família**, Coordenador: Antônio Junqueira de Azevedo, vol. 19, São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.** Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm >
Acesso em: 28/11/2017

BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em:
28/11/2017

BRASIL. **LEI Nº 9.278, DE 10 DE MAIO DE 1996.** Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm> Acesso em: 28/11/2017

BRASIL. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm> Acesso
em: 28/11/2017

Brasil. **Supremo Tribunal Federal. ADI 4277.** Relator: Min. AYRES BRITTO
Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 14 de out. de
2011. Disponível em: <
<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+4277%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+4277%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/bkxmaby>> Acesso
em: 19 de abril de 2018.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil.** 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: família e sucessões.** 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009

CUNHA PEREIRA, Rodrigo da. **Comentários ao Novo Código Civil.** Coordenador: Sálvio de Figueiredo Teixeira, vol. XX, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LE MOS PEREIRA, Tarlei. Análise acerca dos efeitos da conversão da união estável em casamento. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2927, 7 jul. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19488>>. Acesso em: 1 ago. 2018.

LÔBO, Paulo. **Famílias.** 2. ed. - São Paulo: Saraiva, 2009.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Áurea Pimentel. **União estável. Doutrina e Jurisprudência.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008

PENA JR., Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias.** São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. ***Instituições de Direito Civil: direito de família.*** v.5, atualizadora: Tânia da Silva Pereira, Rio de Janeiro: Forense, 16^a edição, 2007.

VELOSO. Zeno. **União estável - Doutrina, jurisprudência, legislação, direito comparado.** Belém. Editora cejup. 1997. P. 109

VIANA, Marco Aurélio S. ***Da União Estável.*** São Paulo: Saraiva, 1999.

RODRIGUES. Silvio. **Direito de civil. Direito de Família.** 25^a ed. São Paulo: Saraiva 2002. P. 86

SANTA CATARINA. TJSC. **Apelação Cível nº 2005.032.313-0**, 3^a Câmara de Direito Civil, Relator: Juiz SÉRGIO IZIDORO HEIL, Julgado em 16.12.2005.

WALD, Arnaldo. ***Direito Civil: direito de família.*** v. 5. 17^a edição, São Paulo: Saraiva, 2009.

ARRANJOS FAMILIARES NA CONTEMPORANEIDADE: RESPONSABILIDADE CIVIL DA FAMÍLIA NOS CASOS DE ABUSO DE DIREITO DURANTE O EXERCÍCIO DO PODER FAMILIAR

Matheus Henrique Vieira Lage⁸⁸

Rafael Martins Souza⁸⁹

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo nasceu de reflexões realizadas ao longo do ano de 2017, no exercício da pesquisa voluntária pelo NAP/ PUC – MINAS, que tentou explorar o panorama atual do direito das famílias.

Nesse artigo, será realizado um estudo sobre o contexto evolutivo do Direito das Famílias, considerando o atual estágio como o mais evoluído, tendo como escopo a defesa da dignidade da pessoa humana e da autonomia do planejamento familiar. Ainda, serão tecidas considerações sobre a responsabilidade civil inerente a esse ramo.

O problema desse estudo está na conexão do Direito das Famílias com as relações internas ao Direito Civil, bem como as externas, que são as outras províncias jurídicas, como, por exemplo, o Direito Constitucional, considerando que essa visão holística vem urdindo novos panoramas e, como consequência, trazendo inovações às Famílias.

2. DO PODER FAMILIAR

O Direito das Famílias encontra-se normatizada no Código Civil e nas legislações extravagantes e pode ser classificado como um ramo que se divide em duas

⁸⁸ Graduando em Direito. Email: matheus.henriquevieira@hotmail.com

⁸⁹ Graduando em Direito. Email: rafaelmartins2@hotmail.com

vertentes: a existencial e a patrimonial, em que a sua aplicação é ponderada dentre essas duas vertentes, em igualdade.

Pode-se conceituar o viés existencial como aquele centrado na dignidade da pessoa humana, regido por normas de ordem pública, enquanto o lado patrimonial, por dispor de questões de patrimônio, goza da autonomia privada. (TARTUCE, 2016).

Contudo, é evidente a existência de uma variedade de fatores e uma multiplicidade de relações que admitem uma variabilidade histórica da feição da família, não permitindo a fixação de um modelo familiar uniforme. Por essa razão inicia-se nesse tópico a reconstrução histórica do conceito de poder familiar.

Desde os primeiros registros da humanidade, as pessoas se organizavam em grupos, de modo a facilitar a sua sobrevivência. Porém, apenas na Roma antiga foram obtidos os conceitos mais relevantes sobre a família, que era estruturada no modelo romano, por óbvio.

Nessa época, o conceito de família se confundia com o de propriedade, uma vez que todos os membros daquele vínculo familiar estavam submetidos ao pátrio poder, assim como a administração das riquezas daquele grupo, em que se designava à família o caráter de unidade de produção, com a concepção de formação de patrimônio, pouco importando a composição de laços afetivos, admitindo-se o abandono da felicidade pessoal dos membros da família em favor de um vínculo de casamento.

Na doutrina tradicional, pode-se encontrar o pátrio poder definido como “o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, em relação à pessoa e aos bens dos filhos não emancipados, tendo em vista a proteção destes”. (RODRIGUES, COMEL, 2003).

Contudo, conforme é cediço, percebe-se que esse conceito deu lugar ao poder familiar que, na voz de Diniz (1998), poderia ser definido como:

(...) conjunto de direitos e obrigações quanto à pessoa e aos bens do filho menor não emancipado, em igualdade de condições, por ambos os pais, para que possam desempenhar os encargos que a norma jurídica lhe impõe, tendo em vista o interesse e a proteção do filho. (DINIZ, 1998).

Deste modo, abandona-se a regra que definia a inseparabilidade dos vínculos advindos do casamento, salvo a morte, concebendo-se assim, novos valores que rompem com um conceito histórico e tradicional, em que se evidencia uma descentralização de poder e igualdade das partes, oriunda de uma democratização de

todos os atos diretamente ligados à noção de família, prezando em especial pela solidariedade social, em que o afeto se apresenta como cerne do núcleo familiar.

Ciente dessa modificação, na qual a importância exclusiva da figura do pai foi substituída pela valorização das figuras dos pais, é preciso entender o motivo dessa transição.

É evidente um quadro evolutivo do conceito de família atrelado ao avanço do homem e da sociedade, visto que a mutabilidade das relações não permite ideias estáticas, presas a conceitos e valores que insistem em se manter distantes da realidade viva, os quais são aos poucos excluídos, dada a inadmissibilidade de pretensões de inalterabilidade conceitual.

Na legislação brasileira, o pátrio poder figurou como uma das principais vertentes até o advento da Constituição de 1988.

Ainda, no século XX, com a constituição cidadã, o conceito de igualdade entre homem e mulher passou a ser um importante parâmetro normativo. Nessa evolução, em 2002, com o novo Código Civil, o pátrio poder entrou efetivamente em desuso e deu lugar ao conceito de poder familiar. Isso se deve a reflexos da própria sociedade que, através de condições proporcionadas por fatores como tempo e local, circunstancialmente altera suas concepções, não podendo ser diferente com o núcleo familiar que antecede, sucede e transcende qualquer noção da fenomenologia biológica enquanto seres sociais que permanentemente buscam a ampliação de suas compreensões, fundados na busca da realização pessoal de seus membros. (TARTUCE, 2016)

Contudo, é necessário entender o motivo que culminou nessa evolução do conceito de família e de poder familiar.

Primeiramente, pode-se ressaltar que os diversos acontecimentos como o Iluminismo e a revolução francesa, que culminou na edição da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que tiveram a sua importância no âmbito internacional e essa mudança de paradigma provocou o empoderamento feminino no âmbito das relações familiares. No Brasil, com a urbanização e o desenvolvimento da indústria, o papel doméstico da mulher deu vez ao trabalho industrial, que nessa perspectiva, estaria no mercado de trabalho, assim como o homem e por vez, tais privilégios garantidos apenas a os “chefes” passaram a ser questionados, garantindo assim, a construção da igualdade.

Consoante a um fenômeno de desencarnação e dessacralização, que afastou do âmbito jurídico-familiar aspectos referentes a elementos sagrados, religiosos e carnais, substituindo-os por elementos psicológicos e afetivos, pautado em princípios como o da dignidade da pessoa humana, permitiu a democratização dos papéis familiares visando uma sociedade igualitária, que cada dia mais emana a ideia da eliminação de hierarquias, sobrepondo-as pelo companheirismo que fomenta princípios de afeto, ética, solidariedade recíproca e dignidade. Em suma, percebe-se que as mudanças sociais deram lugar a todos, garantindo, por assim dizer, o atual estágio do Direito das Famílias, plurais, movido pela igualdade e que valoriza a relação entre seus entes no mesmo patamar das questões patrimoniais. (TARTUCE, 2016).

3. DA RELAÇÃO PÚBLICO X PRIVADO

O Direito das famílias, conforme cediço na doutrina majoritária, se constitui como um ramo do direito privado, que também se submete a normas de ordem pública, por dispor de um viés existencial, além do caráter patrimonialista. (TARTUCE, 2016).

A melhor conceituação para definir esse ramo do direito, que trata sobre a vida afetiva, com aqueles que lhe são caros, está em Jones Figueiredo Alves, no seu artigo intitulado “Abuso de direito no direito de família” de 2005, que ao comparar tal ramo com uma orquestra, o faz com as seguintes palavras:

A família é isso. O casal, como vértice, e todos os demais, sujeitos singulares e correspectivos, partícipes de dignidade de uma mesma estrutura onde a única regência, será aquela, onde o maestro quer significar afetividade. (ALVES, 2005).

Interpretando esse conceito, observa-se que os sujeitos dessa relação se encontram estruturados em uma matriz, que irá se desenvolver conforme o planejamento daquele núcleo familiar.

O planejamento familiar, que cabe apenas aos componentes da família, deve ser realizado em igualdade pelos entes, em conformidade com as normas de ordem pública e, a esse exercício, cabe a proteção entabulada pelo art. 1513 do Código Civil, que dispõe da seguinte redação: “É defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família”. (BRASIL, 2002)

Esse princípio consagra a autonomia familiar, que em outros termos, nada mais é que uma limitação ao poder estatal, que defere ao cidadão a autonomia necessária para organizar a sua vida, na maneira como julgar adequado. Contudo, esse axioma

garante a liberalidade necessária, desde que essa seja exercida em sintonia com os demais princípios norteadores do direito. (TARTUCE, 2016)

Não se pode deixar de afirmar a imperiosa compreensão constitucionalizada do Direito das Famílias, em que, assente aos valores e regras apresentados pela Constituição da República, enfatiza-se que todos os ramos da ciência jurídica estejam vinculados à legalidade constitucional, seguindo diretrizes traçadas pelo sistema.

Deste modo, impõe-se a compreensão das normas e institutos do Direito de Família a partir de uma filtragem constitucional, admitindo-se a superioridade da norma básica do Estado, impondo, de certo modo, uma irradiação dos valores constitucionais que ensejam a uma “humanização” da ordem jurídica, ao exigir do operador do direito um reexame de todas as normas vigentes no momento em que estas serão aplicadas, incorporando a estas o valor da dignidade da pessoa humana, da igualdade substantiva e da justiça social.

Por consequência, é perceptível a prevalência de valores mais humanitários e sociais no que tange ao teor que passou a permear o Direito de Família. (TARTUCE, 2016)

Nessa toada, tem-se a lei 8.069/1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, que em consonância com o art. 227 da Constituição da República Federativa do Brasil, dispõe sobre a proteção e as garantias, atribuídas às crianças e aos adolescentes, que devem ser observadas no planejamento familiar e no consequente exercício do poder familiar, sob pena de caracterização de abuso de direito. (BRASIL, 1990).

Em outros termos, a liberdade é garantida aos particulares, mas a intervenção estatal deve acontecer para garantir o exercício desse direito, bem como para defender o maior interesse da criança e do adolescente. (TARTUCE, 2016).

Considera-se criança aqueles que possuem idade de zero a doze anos; adolescentes os com idade de doze a dezoito; e aos com idade de dezoito a vinte e um são tidos como jovens, que ao seu dispor estão os direitos entabulados pelo Estatuto da Juventude. (TARTUCE, 2016).

A observação atenta aos comandos dos arts. 226 a 230 da *Lex Mater* (BRASIL, 1988) e conduz ao seguinte raciocínio:

(...) a milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar à tutela essencialmente funcionalizada à dignidade de seus membros. (TEPENDINO, 2004, p. 397).

Esses direitos, em suma, traduzem-se como a concretização do princípio da solidariedade familiar, bem como na preocupação do legislador em tutelar tudo aquilo que seja necessário para o desenvolvimento do ser humano, conforme pode-se inferir da leitura do art. 3º, caput, do próprio ECA, com a seguinte redação:

A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.” (BRASIL, 1990).

Nessa mesma linha, Alves (2005) conceitua o poder familiar como um instituto jurídico em função dos interesses dos filhos menores, não podendo ser confundido como uma liberalidade em favor dos pais.

Assim, cabe agora adentrar na possibilidade de abuso de direito, em decorrência do exercício do poder familiar.

O abuso de direito pode ser conceituado como uma conduta que, embora lícita, mostra-se desconforme com a finalidade que se pretende alcançar ou promover. (TEPENDINO, 2004).

Com a superação das concepções individualistas, no final do século XIX, que entendiam o direito subjetivo como um poder absoluto e ilimitado da vontade e da expressão maior da liberdade individual, surge a teoria do abuso. (FARIAS, 2011).

A teoria do abuso do direito resulta, portanto, “de uma concepção relativista dos direitos”, como percebe GOMES (1979), acrescentando tratar-se de um “conceito amortecedor”, cuja função precípua:

(...) é aliviar os choques frequentes entre a lei e a realidade”, tendo como verdadeiro pano de fundo servir como “técnica de reanimação de uma ordem jurídica agonizante, fórmula elástica para reprimir toda ação discrepante de novo sentido que se empresta ao comportamento social”. (ROSENVALD, 2015).

Nesse aspecto, tal fato pode ocorrer entre os próprios detentores do poder familiar, entre os detentores com os filhos e não menos importante, aquele exercido contra a sociedade conjugal. (ALVES, 2005)

A primeira modalidade ocorre quando existe uma disputa entre aqueles que detêm o poder familiar e, como consequência, o outro fica impedido de exercer seus direitos, em sua universalidade, ou seja, um daqueles detentores é hostilizado e, ainda, podendo ocorrer a vitimização da prole. A segunda possibilidade se dá quando aqueles que exercem o poder familiar abusam de suas prerrogativas em relação aos menores.

Por último, têm-se os casos em que os filhos cometem abusos em relação aos seus pais. (ALVES, 2005)

A intenção aqui não é exaurir as possibilidades de abusos, mas em delinear os contornos da autonomia privada, no tocante à vida familiar.

Nos casos de abuso, serão tomadas as devidas providências legais, na esfera cível e criminal, cabendo, dependendo da gravidade da situação, a perda do poder familiar, justificando-se, nesses casos, em razão da defesa da dignidade da pessoa humana, bem como em atenção ao princípio da defesa das crianças e do adolescente, a intervenção estatal, de maneira coercitiva. (ALVES, 2005)

Finalizando, é assegurada a liberdade à comunhão da vida familiar, desde que essa esteja alinhada com todas as finalidades determinadas pelo ordenamento jurídico pertinente. Ainda, caberá ao Estado fomentar o exercício do direito à vida familiar plena e, em casos de necessidade, poderá ter uma atuação centrada no viés punitivo e preventivo, em defesa das pessoas que compõe a relação conflituosa. (ALVES, 2005).

4. DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Até o presente momento, esse estudo teceu breves considerações sobre a evolução da legislação das famílias, assim como foi definida a autonomia concedida aos particulares para planejarem suas vidas, bem como estabelecidos os limites desta.

Nesse momento, passa-se a examinar a possibilidade do uso da teoria da responsabilidade civil nas hipóteses em que o dano ocorre no âmbito familiar.

A possibilidade de caracterização de um ato ilícito (conforme as regras gerais dos arts. 186 e 187 do Código Civil) em uma relação familiar é certa e incontroversa, impondo, por conseguinte, a incidência da responsabilidade civil no Direito das Famílias, com o consequente dever de reparar danos, além da possibilidade de adoção de medidas para eliminação do dano (tutela específica, conforme balizamento do art. 497 do Código de Processo Civil.). (BRASIL, 2015; ROSENVALD, 2015)

Conforme disposto no artigo 186 do Código Civil, aquele responsável por qualquer ação ou omissão, que venha causar dano a outrem, cometerá ato ilícito e, por conseguinte, será obrigado a reparar. (BRASIL, 2002). Portanto, o ato ilícito é configurado quando há o cometimento do dano e esse agente será obrigado a reparar na medida em que sua conduta proporcionou o resultado, ressaltando que a análise da culpa do autor não está excluída dessa análise. Contudo, no âmbito das famílias, a

reflexão deve ser mais profunda, considerando os demais aspectos que serão abordados no presente texto. (TARTUCE, 2016).

Observa-se, no ordenamento jurídico brasileiro, que a responsabilidade civil pode ser dividida entre objetiva e subjetiva. A segunda hipótese é aquela que depende da análise da culpa, sendo a regra geral do ordenamento jurídico. Logo, para que o sujeito seja obrigado a indenizar, faz-se necessário auferir sua culpa genérica, sendo esta a culpa em sentido estrito ou o dolo. (TARTUCE, 2016).

Lado outro, o art. 927 do Código Civil, em seu parágrafo único, estabelece a hipótese da responsabilidade civil objetiva, que não necessita da presença da culpa, mesmo que em sentido genérico, fundamentando tal disposição pelo risco gerado pela atividade desenvolvida. (BRASIL, 2002).

Assim, quando a pessoa for exposta a um risco maior que o restante da coletividade, será necessário utilizar a responsabilidade objetiva, bastando comprovar o risco gerado para imputar o dever de indenizar a outrem. (TARTUCE, 2016).

Um dos entendimentos doutrinários da responsabilidade civil objetiva encontra-se tanto no artigo em comento, quanto no enunciado n. 38 da I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no período de 11 a 13 de setembro de 2002 (BRASIL, 2002), que estabelece que a responsabilidade fundada no risco da atividade, como prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 927 do novo Código Civil, configura-se quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano causar a pessoa determinada um ônus maior do que aos demais membros da coletividade.

Nesses termos, segue o art. 927 do Código Civil:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.” (BRASIL, 2002).

Outra classificação presente na doutrina é a divisão entre a responsabilidade civil contratual e aquiliana.

A responsabilidade civil aquiliana encontrava-se presente desde o código civil de 1916, mas era fundamentada apenas pela existência do ato ilícito. Ainda, previa que seria considerado ato ilícito aquela conduta que causasse violação de direito ou dano, possibilitando, assim, a responsabilização por lesão de direitos, sem a existência do dano. (TARTUCE, 2016).

Atualmente, essa modalidade contempla tanto o ato ilícito, que exige a presença da lesão ao direito e do dano, apesar da recente construção sobre o tema que já fundamenta a ideia da responsabilidade civil sem a existência deste, quanto o abuso de direito, que se encontra previsto no art. 187 da legislação civil vigente, nos seguintes termos:

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes. (BRASIL,2002).

Nota-se que a aplicação da teoria do abuso de direito é ampla, permitindo ao julgador o uso de sua discricionariedade, ao fundamentar sua decisão utilizando a amplitude dos escopos metajurídicos. Contudo, é importante frisar que o magistrado, em uma sentença que envolva essa temática, continua limitado às leis, à jurisprudência e às demais fontes jurídicas, sendo essa limitação aquilo que Robert Alexy define como justificação externa do discurso jurídico. (ALEXY, 2011).

Lado outro, encontra-se a responsabilidade contratual, que surge em razão do inadimplemento de uma relação negocial.

Essa divisão encontra-se em desuso, conforme descrito pela doutrina majoritária, por considerar que toda e qualquer relação humana, já é baseada na existência de um contrato social implícito. (TARTUCE, 2016).

Contudo, mesmo com toda essa gama de especificações, para a temática do direito das famílias, a vertente aplicável é a extracontratual subjetiva, que depende da existência de um ato ilícito ou de um abuso de direito, com a consequente presença da culpa, em sentido estrito, ou dolo.

Ocorrido o evento danoso, passa-se a análise da quantificação da indenização, que se dará por meio de uma decisão judicial.

Para tanto, faz-se necessário pensar sobre a função da responsabilidade civil, o que é feito com maestria por Nelson Roselvald, com a seguinte redação:

Cremos que no direito brasileiro do alvorecer do século XXI, a conjunção dessas orientações permite o estabelecimento de três funções para a responsabilidade civil: (1) Função reparatória: a clássica função de transferência dos danos do patrimônio do lesante ao lesado como forma de reequilíbrio patrimonial; (2) Função punitiva: sanção consistente na aplicação de uma pena civil ao ofensor como forma de desestímulo de comportamentos reprováveis; (3) Função precaucional: possui o objetivo de inibir atividades potencialmente danosas.” (ROSENVALD, 2017, p. 95).

Esclareça-se que as peculiaridades próprias do vínculo familiar não admitem a incidência pura e simples das regras da responsabilidade civil, exigindo uma filtragem,

sob pena de desvirtuar a natureza peculiar (e existencial) da relação de Direito das Famílias.

A aplicação das regras da Responsabilidade Civil na seara familiar, portanto, dependerá da ocorrência de um ato ilícito, devidamente comprovado. A simples violação de um dever decorrente de norma de família não é idônea, por si só, para a reparação de um eventual dano. (TARTUCE, 2016).

Assim, percebe-se que a quantificação da indenização, nas demandas familiares, deve se ater, principalmente, à primeira e terceira função, por se considerar a função existencial das relações afetivas e o dever do estado de promover as condições para a vida no núcleo familiar, conforme já dito.

Concluindo, a responsabilidade civil, no tocante às famílias, deve ser utilizada para reparar o dano causado e coibir a reincidência deste, de modo a possibilitar um horizonte reparador nas relações e estimular um convívio melhor e mais saudável, sempre que possível, devendo se afastar do viés meramente punitivo, que abalaria por completo os vínculos afetivos.

Em tom exemplificativo, tem-se o julgado abaixo que considera toda a fundamentação aqui trabalhada para configurar o abuso de direito e fixar a indenização cabível, em uma situação que extrapola o razoável:

EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA - I. ADOÇÃO - GUARDA PROVISÓRIA - DESISTÊNCIA DA ADOÇÃO DE FORMA IMPRUDENTE - DESCUMPRIMENTO DAS DISPOSIÇÕES DO ART. 33 DO ECA - REVITIMIZAÇÃO DA CRIANÇA - ABUSO SEXUAL - DANOS MORAIS CONSTATADOS - ART. 186 C/C ART. 927 DO CÓDIGO CIVIL - REPARAÇÃO DEVIDA - AÇÃO PROCEDENTE - II - DANOS MATERIAIS - SUSTENTO REALIZADO PELO ESTADO - AUSÊNCIA DE OBRIGAÇÃO DOS REQUERIDOS - CONDENAÇÃO INDEVIDA - III. DANOS MORAIS - O QUANTUM INDENIZATÓRIO - RECURSOS PARCOS DOS REQUERIDOS - CONDENAÇÃO INEXEQUÍVEL - MINORAÇÃO - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

- A condenação por danos morais daqueles que desistiram do processo de adoção, que estava em fase de guarda, de forma abrupta e causando sérios prejuízos à criança, encontra guarida em nosso direito pátrio, precisamente nos art. 186 c/c arts. 187 e 927 do Código Civil. A previsão de revogação da guarda a qualquer tempo, art. 35 do ECA, é medida que visa precipuamente proteger e resguardar os interesses da criança, para livrá-la de eventuais maus tratos ou falta de adaptação com a família, por exemplo, mas não para proteger aqueles maiores e capazes que se propuserem à guarda e depois se arrependeram.

- O ressarcimento civil é devido face à clara afronta aos direitos fundamentais da criança e ao que está disposto no art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente. A situação foi agravada, visto que a criança foi obrigada a presenciar cenas de conjunção carnal e atos libidinosos entre aqueles que teriam o dever de protegê-la e as provas constantes nos autos indicam que o requerido praticava inclusive atos libidinosos com a própria menor. Deve ser ressaltado que também foi constatada a omissão do Estado, que deveria ter acompanhado melhor o convívio, realizando estudos psicossociais com

frequência, e não apenas uma vez nos quase 02 (dois) anos. Ainda assim, a omissão não neutraliza a conduta dos requeridos que tinham o papel de cuidar da infante e a submeteram a lamentáveis situações. (TJMG, Apelação Cível, nº 10024110491578002, Relator(a) Des.(a) Vanessa Verdolim Hudson Andrade, Data de Julgamento: 15/04/2014, Data da publicação da súmula: 23/04/2014).

Assim, percebe-se que o tribunal mineiro reconhece a vertente punitiva do ressarcimento, em condições complexas, mas, como bem salientado pela julgadora, essa aplicação se torna plausível em virtude da afronta aos direitos da criança e do adolescente, o que, conforme trabalhado anteriormente é cabível para fundamentar novas formas de interpretação da responsabilidade civil, nas demandas familiares. O que se conclui é que o caso em tela demonstra que o tribunal se vale das fundamentações dessas leis para compor seus julgados.

5. DA EFETIVIDADE

Após discorrer sobre a legislação das famílias, bem como analisar a responsabilidade civil aplicável a esse tema, faz-se necessário iniciar a conclusão do tema com alguns aspectos processuais.

Um dos temas mais relevantes quando se considera o aspecto processual das demandas judiciais das famílias está na capacidade postulatória.

A capacidade postulatória não se confunde com a capacidade processual e tampouco capacidade para ser parte. O verbo postular, na língua portuguesa, refere-se à ideia de proposição. Portanto, a capacidade postulatória nada mais é que a aptidão para propor uma demanda perante os órgãos investidos de jurisdição. Sendo a demanda proposta, torna-se necessária a realização de atos em juízo. Assim, surge a capacidade processual, que é a qualidade que permite a prática processual. (CÂMARA, 2016)

Por último, há de se falar sobre a capacidade de ser parte, sobre esse ponto:

(...) nos termos do art. 70 do NCPC, todo aquele que tenha capacidade de exercício (o que, em regra, se tem a partir dos dezoito anos de idade, nos termos do art. 5º do Código Civil) terá também capacidade para estar em juízo. Evidentemente, as pessoas jurídicas e os entes formais também tem essa capacidade. Pessoas naturais incapazes (arts. 3º e 4º do CC), porém deverão ser representadas ou assistidas por seus pais, tutor ou curador, como dispõe o art. 71 do NCPC. (CÂMARA, 2016, p.62)

Nesse sentido, a capacidade de ser parte é a qualificação que permite a apresentação da pessoa em juízo como demandante ou demandado de uma ação judicial.

O Ministério Público tem um papel fundamental nas ações de família. Atuando como fiscal da ordem jurídica, deverá intervir no processo quando houver interesse de crianças e adolescentes. Ressalta-se que mesmo na autocomposição, o *Parquet* deverá manifestar-se. Nessas ações, a ausência do Ministério Público acarreta em nulidade processual. Ainda, é de se salientar que preferencialmente os pais devem ocupar o papel de representante ou assistentes, nos termos do art. 1690 do Código Civil. (CÂMARA, 2016).

Faz-se necessário esclarecer que presente artigo não intenta a discorrer de forma ampla acerca do dever jurídico dos pais, no sentido da compensação pelos danos sofridos pelo filho, tampouco em exaurir os temas processuais, se atendo apenas ao prazo para que seja exercida a pretensão.

Inicialmente, é importante pontuar que por se tratar de demanda reparatoria de danos, o prazo a ser aplicado é o prescricional, não adotando o instituído da decadência visto que, prezando por uma maior operabilidade, os prazos de prescrição se associaram às ações de cunho condenatório, enquanto a decadência vinculou-se as ações constitutivas positivas ou negativas.

Assim sendo, entende-se que em tais casos a contagem de prescrição tramita a partir da maioria civil, seguindo os moldes do artigo art. 197, inciso II, que define não correr a prescrição entre ascendentes e descendentes durante o poder familiar, o que é cessado quando o filho completa dezoito anos, em regra, estando a partir deste sujeito a um prazo de três anos para o ajuizamento da ação. (BRASIL, 2002)

Se tratando do início do prazo, é necessário fazer uma impugnação, visto que, pelo caráter subjetivo teoria da *actio nata*, o prazo prescricional tem início não da lesão ao direito subjetivo, mas do conhecimento da lesão, deste modo, não é possível acertar qual o termo a quo para a contagem inicial do prazo, nos casos excepcionais. (TARTUCE, 2016).

6. CONCLUSÃO

Com o desenvolver do estudo, percebeu-se que o direito das famílias é um ramo extremamente complexo, com contextos que podem se relacionar com todos os outros segmentos do direito.

Assim, nota-se que essa relação pode ocorrer ante a unicidade do direito, que é apenas dividido para fins didáticos. Portanto, o que se conclui com esse estudo é que os institutos jurídicos devem se entrelaçar e a aplicação destes deve se ater à interpretação dos princípios constitucionais.

Sendo o Direito das Famílias, no âmbito jurídico, um tema de grande relevância, sua análise e fundamentação se torna necessária dada a superficialidade da sistemática em torno deste, visando não só o alcance mais amplo da compreensão deste direito em si, mas também a busca pela acessibilidade do detentor desta pretensão às vias de concretização do direito adquirido no momento em que, por diversos meios, há por parte dos detentores do efetivo poder familiar o dano causado por meio do abuso do poder a estes delegado.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jonas Figueiredo Alves. **Abuso de direito no direito de família**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família e dignidade humana. Belo Horizonte: IBDFAM, 2008

BRASIL. **Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. Alexandre Freitas Câmara. - 2. ed. - São Paulo: Atlas, 2016

FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias, volume 6**. 7. ed. rev. ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015.

GOMES, Orlando. **Novas questões de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1979.

RODRIGUES, Silvio apud COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: Direito de Família**. -11. ed. rev .. atual. e ampl.- Rio de Janeiro: Forense.2016.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do Direito de Família brasileiro**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1069, 5jun. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8468>>. Acesso em: 3 dez. 2017

TEPENDINO, Gustavo. **A Disciplina Civil-constitucional das Relações Familiares**, in Temas de Direito Civil, Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

O POLIAMOR COMO ARRANJO FAMILIAR À LUZ DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

*Anne Shirley de Oliveira R. Martins*⁹⁰

*Marcos Aurélio Diogo dos Santos*⁹¹

1. INTRODUÇÃO

O presente texto trata da identidade relacional “poliamor” e tem como problema o seu reconhecimento jurídico e social como família na contemporaneidade. Atualmente este assunto é bastante discutido nas mídias, meio eletrônico, acadêmico, tribunais dentre outros lugares. No âmbito jurídico, por sua vez, a temática gira em torno da hipótese deste artigo, a saber, consideração do poliamor como família e deste reconhecimento, conseqüentemente, gerar efeitos jurídicos como, por exemplo, alimentos, filiação, previdenciário, partilha.

É um assunto recente e, por isso, não há um conceito sólido acerca desta nova organização relacional. O poliamor, embora seja uma temática atualmente recorrente no direito das famílias, pouco se vê produção de textos e posicionamentos sobre as questões oriundas deste tipo de relacionamento. Para a construção do texto, utilizou-se de pesquisa bibliográfica existente acerca do tema e outras mais que tangenciam o assunto, sobretudo, o direito civil de família.

Por acreditar-se que a realidade social deve refletir na jurídica, as conseqüências jurídicas devem ser enfrentadas e, portanto, não se pode deixar de prestar assistência para aquilo que a lei não tutelou. Uma família é aquela que se preocupa com o bem estar de seus componentes e se adequa a ideia eudemonista – busca da felicidade - característica precípua da família contemporânea. O poliamor não difere desta reflexão!

⁹⁰ Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (1995), Mestra em Master of Law (International Law) - University Of London (1996), Mestra em Direito Mercantil - Universidad de Deusto (2001) e Doutora em Direito Privado - Universidad de Deusto (2002).

⁹¹ Graduando da Faculdade em Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2014/2019.

Para a realização da escrita, buscou-se apresentar um breve recorte histórico sobre os arranjos de família, tendo como princípio as características da família romana e finalizando com a visão atual a partir do olhar das novas entidades familiares que a constituição trouxe com a aplicação dos seus princípios à aplicação da família. Após, é exposto uma rápida consideração das principais uniões familiares afetivas, existentes e reconhecidas no ordenamento jurídico brasileiro começando pela mais tradicional conhecida como matrimonial e passando pela possível união Poliamorosa e suas respectivas características e finalizando com a diferença entre poliamor e famílias paralelas. Para continuar a construção da reflexão jurídica acerca do Poliamor, é tratada a relação desta identidade relacional com alguns princípios constitucionais e do direito de família. Encerrando o texto elucida-se a necessidade de tratamento jurídico para o Poliamor e as considerações finais.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS ARRANJOS FAMILIARES: DA FAMÍLIA ROMANA AO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Ao longo do tempo o conceito de família e principalmente a sua estrutura (pessoas que a compõe) vêm sofrendo diversas alterações. Novos arranjos de família sempre existiram e irão surgir na sociedade, e por isso é necessário continuar discutindo, sobretudo, na academia os efeitos destes modelos.

Na história dos agrupamentos humanos, dúvida inexistente de que a família é o que precede a todos, como fenômeno biológico e social, motivo pelo qual é preciso compreendê-la por diferentes ângulos. Ademais, em razão da variedade de fatores que envolvem a família, não se permite fixar modelos de família uniforme, mas, a partir das formas relacionais existentes, é possível compreender o seu contexto social e sua relação com o tempo.

Sobreleva, assim, perceber que as estruturas familiares são guiadas por diferentes modelos, variantes nas perspectivas espaço-temporal, pretendendo atender as expectativas da própria sociedade e as necessidades do próprio homem (FARIAS; ROSENVALD, p.35, 2014).

Por entender que não há uma família específica e, portanto, também não há um direito da família, adota-se a expressão “direito das famílias”, termo este cunhado por Maria Berenice Dias, por compreender que esse termo melhor atende e enlaça todo o “âmbito de proteção às famílias, todas as famílias, sem discriminação, sem preconceitos” (DIAS, p.28, 2007).

No presente momento, para uma melhor contextualização do objeto do presente estudo, será realizada uma breve contextualização sobre os arranjos familiares, deixando de lado os aspectos relacionados à origem antiga da família na pré-história e seus reflexos, e tomando-se como ponto de partida o modelo patriarcal sem, no entanto, descrever minuciosamente as transformações que aconteceram.

Dentre as influências sofridas pela família brasileira, destaca-se a romana, em que se considera uma instituição sacralizada, e amparada em uma figura central chamada *pater familias* (chefe da família) – o homem mais antigo dentro do império. Por isso, a noção de “grande família” e a ideia de culto a esta instituição. Essa família tinha o dever de procriar para manter o contingente familiar grande, com o intuito de cultuar os mortos da família - a chamada religião doméstica. Era uma forma protegida pelo Estado e, se não procriasse, a família não estava “abençoada” por Deus. Quando a mulher é estéril era considerada inútil, o homem por sua vez estéril obrigava a mulher a se entregar para um parente e o filho que nascesse desta união era considerado do marido (ALMEIDA; JÚNIOR, p.7, 2012).

Há o declínio do império e a igreja começa a conquistar espaço. A figura do sagrado vinculada ao chefe da família passa para a igreja por meio, por exemplo, do casamento religioso. Neste momento, é estabelecido uma relação triangular: homem, + mulher e prole. Considerada não só como arranjo familiar matrimonial, mas também:

Patriarcal, hierarquizada, patrimonializada e heterossexual. Só era reconhecida a família constituída pelo casamento o homem exercia chefia da sociedade conjugal sendo merecedor de respeito e obediência da mulher e dos filhos a finalidade essencial da família era a conservação do patrimônio precisando gerar filhos como força de trabalho (DIAS, p. 42, 2007).

Neste tipo de família a intervenção do “Estado” é intensa e quando os “nubentes dizem sim é quase um contrato de adesão concordando com o que o Estado estabelece de forma rígida” (DIAS, p.42, 2007). A igreja, ao tomar o poder, conseqüentemente torna o casamento religioso o único válido, indissolúvel, entre homem e mulher, sendo certo que os consortes mantinham a obrigação de perpetuar a espécie.

Com o código civil de 1916, continuou sendo considerado família apenas a união oriunda do casamento, mas agora – o civil. A prole se manteve como obrigação, mas com o caráter de força de trabalho para adquirir propriedade e ser também herdeiros dela. Como o Estado possuía interesses na instituição família sempre resistiu em admitir vínculos de convivência formada sem o selo de oficialidade (DIAS, p.42, 2007).

No século XVI, algumas pessoas que não se casavam, mas viviam juntas, eram conhecidas como união amasiada e informal. Tempos depois começam a ganhar destaque as relações paralelas, dentre elas com a presença do concubinato. Por não estarem respaldadas em lei, mas no mundo dos fatos, tais relações passaram a ter o nome de sociedade de fato. Além disso, há grande repúdio social e pejorativamente chamados de amantes. No entanto, embora haja repulsa social, há vínculos afetivos, e, apesar de serem uniões adulterinas, geram consequências jurídicas como, por exemplo, sucessões. A esta ou este, amante para ter seus direitos assegurados, caberia alegar desconhecimento da duplicidade de relacionamentos do parceiro. Portanto, poderia ser tratados no direito obrigacional como se “sociedade de fato” fosse (DIAS, p.50, 2007).

Os novos valores que inspiram a sociedade contemporânea sobrepujam e rompem definitivamente, com a concepção tradicional de família. A arquitetura da sociedade moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado (FARIAS; ROSENVALD, p.36,2014).

O Estado resistia em aceitar esta relação para tentar manter o preceito ordenador da monogamia, mas corroborando o pensamento de Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, citado por Dias (p.51, 2007), “a monogamia não é um princípio do direito estatal da família, mas uma regra restrita a proibição de múltiplas relações matrimonializadas, constituídas sob a chancela prévia do Estado”. A autora completa que “isso não significa, porém que alguém que constitua famílias simultâneas, por meio de múltiplas conjugalidades, esteja, de antemão, alheio a qualquer eficácia jurídica” (DIAS, p.49, 2007). A saber, em capítulos mais a frente trata-se sobre a monogamia.

Posteriormente, a força da mulher passa a ser exigida e quem não tinha personalidade jurídica começa a ter. A mulher caminha ao mercado de trabalho! Começaram a surgir nas leis esparsas que assegurava alguns direitos às mulheres como: a lei nº4121/1962, denominado Estatuto da Mulher Casada. O casamento começa a declinar e as famílias começam a ter abalo. As pessoas então desquitavam os corpos, estavam separadas, mas o matrimônio continuava, porque o casamento era indissolúvel. Portanto, cresceu o número de pessoas desquitadas e também não casadas. Além disso, é promulgado com a Emenda Constitucional nº 9 a lei nº6. 515/77 denominada lei do divórcio, em que na primeira redação era possível apenas um divórcio. Todavia no ano seguinte alcança a redação definitiva; dizendo que o

casamento será dissolúvel quanto o indivíduo quiser (ALMEIDA; JUNIOR, p. 13 – 17, 2012).

“Família não é mais apenas casamento; não é hierarquia, patriarcalismo, tampouco patrimonialismo. Com isso, a família não se enquadra mais na moldura oferecida pelo Código Civil de 1916.” (ALMEIDA; JUNIOR, p. 17, 2012).

O Estado não pode interferir na família, porque ela é da autonomia do sujeito, ele não pode dizer o lugar da mulher e do homem, por isso considera-se a não obrigação de conceber filho como marco divisor. Dias (2007) sintetiza positivamente algumas mudanças de grande relevância:

Procedeu o legislador constituinte o alargamento do conceito de família, calcado na nova realidade que se impôs emprestando juridicidade ao relacionamento existente fora do casamento. Afastou a ideia de família o pressuposto do casamento identificando como família também a união estável entre um homem e uma mulher. A família a margem do casamento passou a merecer tutela constitucional, porque apresenta condições de sentimento, estabilidade e responsabilidade necessários ao desempenho das funções reconhecidamente familiares. Nesse redimensionamento, passaram a integrar o conceito de entidade familiar as relações monoparentais: um pai com os filhos. Agora, para a configuração família, deixou de ser exigido necessariamente a exigência de um par, o que, conseqüentemente, subtraiu o de seu conceito a finalidade procriativa (DIAS, p.36, 2007).

Assim, começa a observar o humano e seus aspectos pessoais e não a família e seus aspectos patrimoniais. Como são os sujeitos que compõe o núcleo familiar são eles que devem escolher como constituir a família, ou seja, da forma que quiserem se tornar família no seu espaço e na sua liberdade. “Não há mais proteção pela família senão em razão do ser humano, enfim é a valorização definitiva e incontestável da pessoa humana” (FARIAS; ROSENVALD, p.42, 2014)..

Em 1988, com a Constituição da República Federativa Brasileira (CRFB/88), a família ganha real atenção:

A primeira Constituição Brasileira, de 1824, não fez qualquer menção à entidade familiar, sendo que a segunda, datada de 1891, apenas se limitava a reconhecer o casamento civil como o único ato jurídico capaz de constituir família. A Constituição de 1934 preocupou-se somente com o casamento, legitimando apenas a família matrimonializada e não permitindo a dissolução. Sendo que, todas as Constituições seguintes, de 1937, 1946, 1967, 1969, praticamente em nada evoluíram em relação ao conceito de família, protegendo somente a família legítima e o casamento regularmente celebrado (TERCIOTI citado por GOERDET, 2011, p. 13).

Com a CRFB/88, passou-se a verificar o laço de afetividade como vínculo de direitos e deveres, reconhecendo a família como uma entidade familiar que deixa de

ser triangular, pois filho não é obrigação. Há diversas famílias que não tem prole, mas indivíduos que a compõe na sua singularidade! Destarte, aproximou-se a necessidade da realidade social. “A família é toda formação social que envolva ambiente propício ao livre e pleno desenvolvimento das pessoas que a constituem. Configura-se, dessa forma, a partir de três principais elementos: afetividade, estabilidade e ostensibilidade” (ALMEIDA, JUNIOR, p. 19

-21, 2012).

O Código Civil de 2002 muito se desvia da Constituição. Para Almeida e Junior (p. 21, 2012), “em alguns pontos dá sinais de evolução/ em outros, de retrocesso”. A partir das reflexões de Almeida Júnior (2012) será exposto algumas inovações trazidas pelo texto codificado: marido e mulher assumem, mutuamente, a qualidade de responsáveis pelos encargos familiares; o poder de família compete aos pais, em conjunto; igualdade de direitos a filhos havidos ou não da relação de casamento, naturais ou não. O autor também aponta algumas falhas do texto, a saber: indícios de manutenção da concepção de família, fruto do matrimônio – livro IV, referente ao direito de família, tendo como subtítulo Do Casamento; a família monoparental, aquela formada por qualquer dos pais e seus descendentes não teve menção no texto codificado.

Por tudo isso, é forçoso concluir que o novo estatuto civil não apresenta satisfatoriamente a nova ordem implementada pela Constituição Federal de 1988. Na verdade, o que se verificar é uma confusão concatenação de normas, que, avançando e retrocedendo, acaba por comprometer o devido regulamento social. Os remendos impostos ao projeto original, a fim de adapta-los aos ditames constitucionais vigorantes, fizeram mais confundir a disciplina legal. É dizer que a postura do Código Civil de 2002, em particular quanto ao direito das famílias, ainda se mostra fortemente contraditória, o que em nada colabora a condizente referência do contexto social pátrio (ALMEIDA; JUNIOR, p. 24, 2012).

O autor ainda completa: “uma coesa tutela jurídica das famílias só será obtida quando se recorrer aos ditames constitucionais [...]” (ALMEIDA; JUNIOR, p. 24, 2012).

Cabe por hora, dedicar alguns breves comentários sobre o movimento de releitura de todo direito privado, sobretudo, o civil, a partir da Constituição, como afirmam Almeida e Junior (2012), por muito tempo entendeu-se que ela não representava nada além de um enunciado político, ou seja, não é mais que um mero fundamento de validade das leis inconstitucionais, sendo um limite das leis infraconstitucionais. Entretanto, a constituição mostra-se não só como norma jurídica,

mas como norma fundamental e fundamentadora de todo o ordenamento jurídico, portanto os conteúdos das normas infraconstitucionais precisa atentar aos valores (diretrizes) presentes na constituição. A constituição passa a ser um vetor hermenêutico trazendo as bases interpretativas das leis infraconstitucionais.

Em face disso, todos os institutos jurídicos dos mais variados campos não de ser relidos diante das novas prescrições trazidas pela Constituição Federal de 1988. A correta compreensão do Direito Civil, então, carece de uma *filtragem constitucional*. A civilística, na contemporaneidade, apenas é normativa – isto é, imperativa e conformadora – na exata medida em que reflete a postura constitucional, calcada na importância da pessoa e das situações existenciais. Daí por que falar-se em Direito Civil Constitucional a denotar, exatamente, essa congregação de fontes. Daí por que falar-se em Direito Civil Constitucional a denotar, exatamente, essa congregação de fontes. Não se equipara mais o Direito Civil ao Código, mas abrange aquelas normas que possuem, verdadeiramente chancela constitucional (ALMEIDA; JUNIOR, p. 26, 2012).

Diante disto, não há de renegar proteção jurídica a certas situações fáticas contrariando as premissas constitucionais, principalmente, no direito das famílias que se encontra desprovidos de condizente disciplina ordinária. Almeida e Junior (2012), diz que o código de 2002 não só aparenta ignorar a nova concepção de família como também, por vezes, a ofende.

Sob a perspectiva civil constitucional, interesses patrimoniais que regeram os arranjos de família, hoje, já não têm mais tanta influência, mas sim os interesses pessoais, humanísticos, como a solidariedade. Este fenômeno é denominado como repersonalização do direito das famílias. A atenção deve ser voltada para a pessoa humana (sujeito), que é a destinatária efetiva da proteção jurídica:

A repersonalização das relações familiares significaria sair daquela ideia de patrimônio como orientador da família, onde essa se forma pela afetividade e não mais exclusivamente pelo vínculo jurídico-formal que une as pessoas. Deve o Direito Civil, cumprir seu verdadeiro papel: regular as relações relevantes da pessoa humana – colocar o homem no centro das relações civilísticas. (...) E, gravitando o Direito Civil em torno da pessoa, não há lugar para concepções excludentes de determinados sujeitos da tutela jurídica ou atribuidora de um tratamento jurídico inferior a eles – já não há espaço para as discriminações de gênero. (...). Uma das consequências práticas da repersonalização vem ser a nova concepção de família, espelhando a ideia básica da família eudemonista, ou seja, da família direcionada à realização dos indivíduos que a compõe (MATTOS, p. 2017).

No mesmo pensamento de desenvolvimento da sociedade, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2014) asseveram que a instituição família vai se alinhando às necessidades humanas, vinculados aos valores temporais e espaciais. A família apoiada na constituição é igualitária, democrática, pluralista, (não mais necessariamente

casamentaria), sendo protegido todo e qualquer modelo de vivência afetiva e compreendida como estrutura socioafetiva, forjada em laços de solidariedade. Portanto, é necessário justificar que a proteção aos novos arranjos familiares tem como destinatários imediatos e mediatos a pessoa humana. “Não se olvide demais de tudo isso que a lexlegum é de clareza solar ao disparar que é objeto fundamental da república promover o bem de todos” (FARIAS; ROSENVALD, p.42.2014).

Constata-se que houve a valorização do ser frente ao ter, pois a despatrimonialização do direito civil revitalizou os mais variados arranjos familiares entrelaçando-os pela igualdade e vinculando-os pela autonomia. Logo a família deixou:

de ser compreendida como núcleo econômico e reprodutivo (entidade de produção), avança-se para uma compreensão socioafetiva (como expressão de uma unidade de afeto e entre ajuda), e surgem naturalmente novas representações sociais, novos arranjos familiares. Abandona-se o casamento como ponto referencial necessário para buscar a proteção e o desenvolvimento da personalidade do homem. É a busca da dignidade humana sobrepujando valores meramente patrimoniais (FARIAS; ROSENVALD, p.38.2014).

Hoje o conceito de família é múltiplo, diz respeito a um ou mais indivíduos, vinculados por aspectos biológicos, sociais, psicológicos, afetivos – com ânimo de ser família e de contribuir para o desenvolvimento de cada um de seus membros, entendendo a família “como uma organização subjetiva fundamental para a construção individual da felicidade” (FARIAS; ROSENVALD, p.38.2014).

3. O POLIAMOR E AS RELAÇÕES AFETIVAS RECONHECIDAS NO DIREITO BRASILEIRO

A partir da mudança do conceito de família como unidade econômica para uma compreensão solidária, por meio da CRFB/88, além do arranjo familiar matrimonial constituído por mulher, pai e prole, é possível elencar-se atualmente as seguintes formas de famílias: Matrimonial, Monoparental, Homoafetiva, Paralela, Anaparental, Extensa, Socioafetiva, Reconstituídas e/ou Recompuestas. Basta ter laço, comunhão de vida, afeto, direitos, e deveres para que haja uma família. Para uma visão mais sistematizada e “cronológica” acerca da evolução das entidades familiares, o texto organiza-se primeiramente a família matrimonial, por ser a mais tradicional e a que serviu de modelo para a maioria das codificações civis e, logo após, as demais entidades familiares que foram reconhecidas posteriormente.

Composta por seres humanos decorre, por conseguinte uma mutabilidade inexorável na compreensão da família, apresentando-se sob tantas e diversas formas, quantas forem às possibilidades de se relacionar, ou melhor, de expressar amor, afeto. A família, enfim, não traz consigo a pretensão da inalterabilidade conceitual. Ao revés, seus elementos fundantes variam de acordo com os valores e ideais predominantes em cada momento histórico (FARIAS; ROSENVALD, p.37.2014).

Sabe-se que o direito das famílias é vivo e dinâmico, por isso, entende-se os arranjos familiares citados como meramente exemplificativo, sendo certo que a referência expressa a tais arranjos decorre do fato de serem os mais comuns. Entretanto, a sociedade é mutável e novos possíveis modelos de famílias vêm surgindo, por exemplo, o “POLIAMOR”. Por esta razão, ressalta-se a importância de não taxar as identidades familiares.

Excluir do âmbito da juridicidade entidades familiares que se compõem a partir de um elo de afetividade que gera comprometimento mútuo e envolvimento pessoal e patrimonial simplesmente é cancelar o enriquecimento injustificado, é ser conivente com a injustiça (DIAS apud FARIAS; ROSENVALD, p. 90, 2014).

A seguir serão expostas algumas considerações sobre os arranjos de família na atualidade, cujo fundamento primário é a busca de um projeto comum de vida. Importa salientar que não serão aprofundados os temas, porém eles são necessários para a construção do entendimento a que se pretende alcançar.

A. FAMÍLIA MATRIMONIAL

Esta entidade familiar é a considerada tradicional. Entre homem e mulher, unidos por meio do casamento civil e ou religioso mais com a prole. Tem o perfil, portanto, “matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, patrimonializada e heterossexual” (DIAS, p.43, 2007).

B. UNIÕES HOMOAFETIVAS

Em síntese, a união homoafetiva é relação estabelecida entre duas pessoas do mesmo sexo com o objetivo de constituir família.

Em 2011, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade dos votos, julgou procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº132) e a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN nº 4277), com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, para dar ao artigo 1723 do Código Civil [união estável], interpretação

conforme a Constituição Federal para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar (BRASIL, 2011).

Dúvida inexistente de que uma relação [...] entre pessoas do mesmo sexo poderá produzir efeitos no âmbito do Direito das Famílias, seja na esfera pessoal ou na existencial. Trata-se de simples projeção do princípio da pluralidade das entidades familiares, reconhecendo que a sua base fundante é a mesma das relações heteroafetivas como o casamento e a união estável (FARIAS; ROSENVALD, p.92, 2014).

Ainda na ementa e no acórdão da ADPF 132, é exposto que a Carta Maior de 88, ao explicitar a família, não limita a casais heteroafetivos, formalidade cartorária, com cerimônias no civil e religioso. Ao reconhecer a união homoafetiva é um avanço nos costumes e uma caminhada na direção do pluralismo como também nas categorias sócio-política-cultural. O relator Ministro Cezar Pelos, expõe que em “consagração ao juízo não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade” (BRASIL, 2011).

O Ministro Ayres de Brito, em seu voto, lembra que é papel e dever do Estado em uma sociedade democrática assegurar o desenvolvimento da personalidade de todas as pessoas, deixando que cada um realize os projetos de vida lícitos. Continua o ministro que se trata de uma união essencialmente “afetiva e amorosa”. Max Scheler, citado pelo ministro, Ayres Brito (2017) diz: “O ser humano, antes de um ser pensante ou volitivo, é um ser amante” (BRASIL).

Os votos dos ministros foram embasados nos princípios constitucionais os quais, alguns, serão abordados no próximo capítulo, a saber: Princípio da Igualdade; Dignidade da Pessoa Humana; Segurança Jurídica; Razoabilidade ou da Proporcionalidade; Princípio da Liberdade (STF, 2011).

Ademais, a ministra Carmem Lúcia, em seu voto, diz que:

É certo; nem sempre a vida é entendível. E pode-se tocar a vida sem se entender; pode-se não adotar a mesma escolha do outro; só não se pode deixar de aceitar essa escolha, especialmente porque a vida é do outro e a forma escolhida para se viver não esbarra nos limites do Direito. Principalmente, porque o Direito existe para a vida, não a vida para Direito (BRASIL, 2011).

Parafraseando a Ministra, a dignidade e a liberdade são princípios que se relacionam, ou seja, um não faz sentido sem o outro (BRASIL, 2011). E ter liberdade é, sobretudo, poder escolher sexual e sentimentalmente e, além disso, optar por com quem conviver. “Afim de contas, a orientação sexual de alguém não lhe retira direitos conferidos pelo garantismo constitucional” (FARIAS; ROSENVALD, p.92.2014).

C. FAMÍLIA EXTENSA

A família extensa foi introduzida no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em sua reforma que foi realizada por meio da Lei 12.010/09. De acordo com o parágrafo único do artigo 25 do ECA:

Art. 25. (...) Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade (BRASIL, 1990).

É, enfim, como afirma Farias e Roselvald (2014), a grande família, tradicionalmente composta por pessoas agregados, entrelaçados por um vínculo afetivo.

D. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

A filiação socioafetiva é aquela que se constrói a partir de um respeito recíproco, de um tratamento entre pai e filho inabalável, na certeza de que aquelas pessoas, de fato, são pai e filho (FARIAS; ROSENVALD, p.617.2014).

Segundo o Código Civil Brasileiro (BRASIL, 2002), o artigo 1.593 diz que o parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou de outra origem. Entende-se “outra origem” como origem afetiva. Para Maria Berenice Dias (2007):

A filiação socioafetiva corresponde à verdade aparente e decorre do direito à filiação. A necessidade de manter a estabilidade da família, que cumpre a sua função social, faz com que se atribua um papel secundário à verdade biológica. Revela a Constância social da relação entre pais e filhos, caracterizando uma paternidade que existe não pelo simples fato biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de uma convivência afetiva (DIAS, p.334, 2007).

Portanto, é o vínculo que se estabelece entre pessoas, de forma pública e se reconhecem como parentes fossem. Essa consideração, para gerar efeitos jurídicos é necessária, o julgamento de um órgão jurisdicional que determinará o lançamento no assento civil. São os chamados filhos por consideração, mas após a vinculação socioafetiva é como se natural fossem.

E. FAMÍLIA MONOPARENTAL

Segundo o § 4º da Constituição Federal de 1988, “entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes” (BRASIL, 1988), ou seja, constituída apenas por um dos genitores e os filhos. Como escreve Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2014):

Alguns fatores podem determinar a formação de uma família monoparental, como: o divórcio, a dissolução da união estável, a maternidade ou paternidade sem casamento ou união estável, a viuvez, a adoção por pessoa solteira, a fertilização medicamente assistida e mesmo o celibato (FARIAS; ROSENVALD, p.103.2014).

Rodrigo da Cunha Pereira bem percebe: a monoparentalidade decorre da própria “liberdade dos sujeitos de escolherem sua relação amorosa” (PEREIRA citado por FARIAS; ROSENVALD, p. 104, 2014).

F. FAMÍLIAS RECONSTITUÍDAS OU RECOMPOSTAS

Ainda no âmbito da pluralidade de arranjos familiares na esfera constitucional, apresenta-se este vínculo: o reconhecimento de reconstituição de famílias oriundas do divórcio e da dissolução da união estável. A ordem jurídica resguarda essa estrutura relacional formada por indivíduos que, anteriormente faziam parte de outro agrupamento familiar (FARIAS; ROSENVALD, p. 107, 2014). É comum observar famílias em que um dos pais é o padrasto ou a madrasta. Além disso, geralmente a família reconstituída advém de uma família monoparental.

O autor supracitado ainda aponta que:

O acolhimento do afeto como mola propulsora da família contemporânea e o reconhecimento da pluralidade de entidades familiares (rompendo a unicidade matrimonial de tempos pretéritos, pouco saudosos), assim, revela um novo momento de inclusão da pessoa humana, vencendo a frieza e a indiferença dos antigos conceitos de madrasta, como uma vilã cruel (...) e de enteado como um filho de segunda classe. Nesse novo momento garantista, as pessoas inseridas em núcleos familiares merecem, sempre, especial proteção, consoante a expressa precisão constitucional (caput do art. 226, CF) (FARIAS; ROSENVALD, p. 111, 2014).

A família recomposta também pode dar origem à família pluriparental ou mosaico, que resulta na pluralidade de relações parentais. É quando casais trazem para a nova constituição de família filhos do outro casamento e, além disso, também

concebem filhos juntos - “é a clássica expressão: os meus os seus e os nossos” (DIAS, p.43, 2007).

G. FAMÍLIA ANAPARENTAL

De forma breve, este vínculo familiar acontece entre pessoas que não são parentes, mas convivem dentro de uma identidade familiar. Ela também pode se constituir, por exemplo, de dois primos, dois irmãos que juntos constroem patrimônio e relações afetivas. Nos dizeres de Maria Berenice Dias, “não é a verticalidade dos vínculos parentais em dois planos que autoriza reconhecer a presença de uma família merecedora de proteção jurídica” (p.46, 2007).

Maria Berenice Dias ainda escreve que, no caso de falecimento de um dos dois irmãos que moram junto, por exemplo, não cabe dividir o patrimônio com os demais irmãos, como herdeiros colaterais:

A solução que se aproxima de um resultado justo é conceder ao irmão, com quem a falecida convivia, a integralidade do patrimônio, pois ela, em razão da parceria devidas, antecede aos demais irmãos na ordem de vocação hereditária. Ainda que inexistam qualquer conotação de ordem sexual, a convivência identifica comunhão de esforços, cabendo aplicar, por analogia, as disposições que tratam do casamento e da união estável (DIAS, p.46, 2007).

Portanto, para Almeida e Junior (2012), acredita-se que para uma união anaparental ser considerada família não se pode deixar de levar em consideração os requisitos gerais de família, a saber, a afetividade, estabilidade, ostensibilidade. Não é mera convivência social como, por exemplo, universitários em república. Dessa união como o esforço para construção de patrimônio é comum há dever e direito à prestação de alimentos, quando necessário, direitos sucessórios.

H. POLIAMOR

Por se tratar de uma temática recente nas discussões acadêmicas, não há um conceito sólido acerca desta nova organização relacional. O poliamor, embora seja uma temática atualmente recorrente no direito das famílias, pouco se vê produção de textos e posicionamentos sobre as questões oriundas deste tipo de relacionamento. O poliamor, como prática relacional, é novo, mas as relações não monogâmicas existem há tempos. Como exemplifica Junior (2017), principalmente em países do oriente e geralmente com base no fundamento religioso.

Vale *a priori* destacar algo sobre a nomenclatura acerca desta forma de relacionamento. Alguns entendem que como a base dele é o afeto, o amor entre os participantes é denominada tanto como poliafeto quanto poliamor, portanto, relações poliafetivas/poliamorosas. Contudo, este texto não aprecia nenhum dos dois termos por entender que os mesmos são romantizados, mascarando a complexidade comum de uma vida em família, que não é marcada sempre por afeto. Além disso, proporciona o afastamento do seu reconhecimento como possibilidade de família e se aproximando de uma utopia. É necessário evitar rótulos e generalizações, pois, a título exemplificativo, nem toda relação homoafetiva é pautada necessariamente pelo amor e nem toda família matrimonializada tem o aspecto patrimonial como marca principal.

A temática tem sido discutida em muitas redes sociais, na mídia, nos tribunais e nas universidades, em que adeptos a esta relação opinam, problematizam sobre temas relevantes às relações poliamorosas, esclarecem dúvidas de pessoas ou recebem indivíduos que querem estabelecer o relacionamento poliamor. Para o âmbito jurídico, este tema ganha maior atenção no ano de 2012, quando o cartório na cidade de Tupã, no Estado de São Paulo reconhece a união estável entre três pessoas (BRASIL, 2016). Entretanto, este reconhecimento não é o suficiente para tornar o poliamor como um arranjo familiar (em sentido jurídico): é preciso um entendimento jurisprudencial que proporcione uma regulamentação, ou seja, fazer constar no texto da lei seja constitucional ou infraconstitucional.

Buscando conceituar essas relações, encontram na literatura algumas definições. A obviedade é que o poliamor é uma combinação entre grego *poli*/vários e latim *amoris*/sentimento = “muitos amores” ao mesmo tempo. O site vida Poliamor (2017) o conceitua como:

A prática, o desejo, ou a aceitação de ter mais de um relacionamento íntimo simultaneamente com o conhecimento e consentimento de todos os envolvidos. Ou ainda como o exercício de estar aberto para relacionar-se afetiva e romanticamente de forma não-monogâmica, ética, consensual e responsável (VIDA POLIAMOR, 2017).

Stolze dialoga com a definição supracitada ao escrever:

O que dizer, nessa linha de pensamento, do casal que vive em poliamorismo? O poliamorismo ou poliamor, teoria psicológica que começa a descortinar-se para o Direito, admite a possibilidade de coexistirem duas ou mais relações afetivas paralelas, em que os seus partícipes conhecem e aceitam uns aos outros, em uma relação múltipla e aberta (STOLZE, 2008).

O aspecto mais importante referente ao termo “poliamor” é encontrado no contexto da “Igreja de Todos os Mundos” (“Church of All Worlds”), um grupo neopagão que se originou a partir da obra de ficção “Um estranho numa terra estranha”, de Robert Heinlein. Na obra o amor é definido como aquela condição na qual a felicidade de outra pessoa é essencial para a sua própria felicidade. (CARDOSO citado por SANTIAGO, p. 113, 2017). Portanto, basta que o outro esteja feliz para que “eu” esteja também, conforme a nova tendência de denominação de família “eudemonista” que busca a felicidade individual e plena, vivendo um processo de emancipação de seus membros (DIAS, p.52, 2007).

Portanto, em síntese, é uma forma de relacionamento em que os indivíduos mantêm uma relação afetiva e/ou amorosas com mais de duas pessoas ao mesmo tempo. Essa prática relacional marcada por uniões múltiplas não monogâmicas com característica de honestidade, ética, responsabilidade e respeito. Não é engano, nem traição, há consenso sobre as questões do relacionamento daí a diferença entre poliamor e as relações paralelas denominadas como concubinatos.

Poliamor não é – Poligamia se refere a casamento, a contrair matrimônio, com mais de uma pessoa, simultaneamente. Há casos de poligamia onde todos consentem e há casos de poligamia em que os (as) cônjuges nem sequer sabem que o outro existe. Além disso, é comum que a poligamia esteja ligada a conceitos de fundamentação religiosa, e muito comumente ligada à hierarquização de pessoas da relação. O mais comum é o patriarca de uma família ter o poder absoluto de voz sobre as suas esposas (e isso encontrar validações na religião que seguem). Isso entraria na esfera das relações cujo funcionamento se baseia em regras impostas, e não acordadas. Assim, mesmo estando debaixo do grande guarda-chuva da não-monogamia, poligamia e poliamor são coisas completamente diferentes (VIDA POLIAMOR, 2017).

Embora haja uma relação entre poliamor e as poligâmias, pois ambas são práticas não monogâmicas, a poligamia é sustentada por regras impostas geralmente pelo patriarca, tendo sua forma mais comum a poliandria, com embasamento religioso. Já o poliamor, as regras são

oriundas dos indivíduos envolvidos na relação. Além disso, não é exclusivamente heterossexual, e não é apoiada em fundamentação religiosa (JUNIOR, p. 25, 2017). O fato de diferenciar o poliamor da poligamia do senso comum não é querer enfatizar a importância de um sobre o outro, mas apenas mostrar no que difere.

Poliamor também não é sinônimo de relação sexual, pois o foco não é o sexo. Não ser o foco não quer dizer que se exclua tais relações, mas a emoção, o afeto, o amor, a durabilidade, a publicização, o respeito e o ânimo de constituir família se sobrepõem

às questões sexuais. “Poliamor é a possibilidade de construir relacionamentos afetivos e românticos, com a possibilidade de surgirem engajamentos emocionais” (VIDA POLIAMOR, 2017).

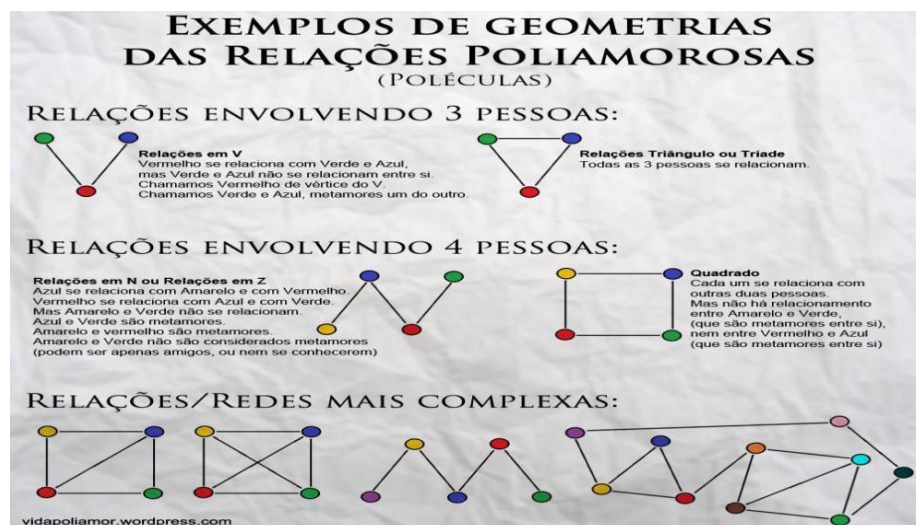
Ainda apresentando o conceito e as características das relações poliamorosas, importa destacar as configurações existentes desta estrutura relacional. A figura 1 encontrada no site vida poliamor (2017), demonstra as relações poliamorosas e suas estruturas também chamadas de geometria das relações.

As redes íntimas e românticas no poliamor são chamadas de poléculas. Há sempre no mínimo três indivíduos envolvidos (trisal), mas este número não define a geometria, pois todos podem se relacionar ou apenas algumas pessoas se relacionam com todos (JUNIOR, p. 2017).

Ele ainda explica que:

Nas relações envolvendo 3 pessoas, podemos ter dois tipos de poléculas: Relações em V: uma das pessoas, chamada “vértice”, relaciona-se com as outras duas. No entanto, essas duas não se relacionam entre si. Essas duas pessoas são chamadas de “metamor” uma da outra. Metamor é a pessoa que se relaciona com o meu (minha) parceiro(a), mas não se relaciona comigo; Relações triângulo ou triade: nessa polécula, temos todos os envolvidos se relacionando. Não haverá nenhum metamor, pois todos são parceiros. Nas relações envolvendo 4 pessoas, podemos ter outros dois tipos de poléculas: Relações em N ou Z: polécula de configuração composta por 4 pessoas, onde duas pessoas que se relacionam entre si e também se relacionam com mais uma cada, mas estas últimas não se relacionam entre si. Relações em quadrado: cada um relaciona com outras duas pessoas e o outro é metamor (JUNIOR, p. 27, 2017).

FIGURA 1: GEOMETRIA DAS RELAÇÕES POLIAMOROSAS



Fonte: <https://vidapoliador.wordpress.com>, 2017.

Na imagem mostrada anteriormente, é possível, utilizando o texto de Santiago (2017), diferenciar os tipos de poliamor existentes, a saber, polifidelidade, poliamor aberto e poliamor individual. A polifidelidade é uma relação com mais de três pessoas, onde há o relacionamento íntimo entre eles, com ânimo de constituir família, construir patrimônio; não se envolve, em regra com pessoas de fora.

O Poliamorismo aberto, por sua vez, é a possibilidade de uma das pessoas da polifidelidade relacionar-se com alguém de fora do grupo. Para elucidar, Santiago (2017), estabelece a diferença entre família originária e família derivada. A polifidelidade seria a família originária formada por “A”, “B” e “C”. No entanto, é acordado que “C” pode se relacionar com “D”, sem “A” e “B”. Portanto, “C” e “D” seria a família derivada. Já o poliamorismo individual é a pessoa que não fixa relacionamento com somente um grupo de indivíduos, mas com vários de acordo com seu desejo.

Por fim, ainda com Santiago (2017), é importante estabelecer em quais princípios o poliamor está sedimentado, isto é: 1) autoconhecimento - com relação ao querer, ao que se deseja, à identidade sexual, por exemplo, homossexual, heterossexual, bissexual. 2) Honestidade Extrema – conduta de vida exercida diariamente; 3) Consentimento – tem relação com a liberdade de escolhas e das normas do relacionamento; e 4) Maturidade – sobretudo, na superação do ciúme.

I. FAMÍLIA PARALELA E O POLIAMOR

Em síntese, a família paralela se configura quando um casal monogâmico se envolve com outra pessoa sem o consentimento da sua parceira (o). Geralmente, é visto de forma pejorativa, recebendo as denominações de concubinato, adultério, impróprio, amantes, dentre outros, havendo, portanto, uma repulsa social. O reconhecimento jurídico advém se a pessoa alegar desconhecimento da duplicidade de vidas do outro, ou seja, se a pessoa estava sendo levada a erro. Portanto, são alocados no direito obrigacional e tratados como sociedade de fato (DIAS, p.49, 2007).

Como não dá para negar a sua existência, o STJ vem reconhecendo um fictícia sociedade de fato ou deferindo a mulher indenização por serviços domésticos prestados. Também já determinou o seguro de vida e a repartição da pensão com a viúva (...) já foi deferido alimentos à concubina com quem o varão manteve relacionamento por mais de quatro décadas (DIAS, p. 52, 2007).

Aproveita-se, a partir das considerações de Santiago (2017), para desde logo diferenciar o poliamor da família paralela. As uniões paralelas geralmente são derivadas da mentira, o que pode ocasionar o rompimento da confiança por parte de seus integrantes ao ocultar a formação de outra família de seu parceiro (a). Já o poliamor, todos devem saber e concordar com a existência de todos os indivíduos, respeitando a “valoração jurídica da ética e da honestidade” (SANTIAGO, p. 180, 2017).

Por sua vez, considerando que, com base no artigo 1.561 do Código Civil, o casamento pode ser putativo, quando, apesar de nulo ou anulável, um ou até mesmo ambos os cônjuges estiverem de boa-fé (incorrendo em erro desculpável), não há motivo para impedir a configuração de uma união estável como tal. Trata-se de um mero emprego da analogia, nos termos do artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (FARIAS; ROSENVALD citado por SANTIAGO, p. 181, 2017).

Santiago (2017) ainda leciona o seguinte: se da traição, desonestidade e rompimento de confiança deriva uma posição jurídica favorável àquele que estava de boa-fé, proporcionando os benefícios da união estável, “como negar o mesmo tratamento àqueles que formam verdadeira entidade familiar, fundada no afeto e na solidariedade?”.

Portanto, desde que cumpram os requisitos gerais de família já abordados no texto como afetividade, estabilidade, publicidade, *animus* de ser família, promover a formação pessoal de seus membros, ter projeto de vida comum, tal estrutura tem que ser considerada como arranjo familiar, não importa nem sua forma e nem sua origem. As famílias simultâneas e sua transparência fazem com que o membro da primeira união verifique se adotou o parâmetro da monogamia; caso tenha adotado deverá desfazer o casamento ou a união estável, mas caso não tenha, e opte por não realizar o fim da união conjugal, pode significar que a exclusividade conjugal ou de companheirismo não os prenda, portanto, “o direito, neste último, não pode negar reconhecimento e concessão de efeitos jurídicos a ambas as entidade familiares” (ALMEIDA; JUNIOR, p.74, 2012).

4. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS, OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A AUTONOMIA PARA A ESCOLHA DAS RELAÇÕES AFETIVAS: CONSTRUINDO O RECONHECIMENTO JURÍDICO DO POLIAMOR

4.1. A **dignidade da pessoa humana** é o valor nuclear da ordem constitucional e se insere em variadas situações sociais e, como todo e qualquer princípio, deve ser aferido no plano dos afetos. Considera-se o princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no inciso III, do primeiro artigo da Constituição do Brasil, o mais universal. A dignidade da pessoa humana fundamenta os princípios da “liberdade, solidariedade, igualdade, autonomia, dentre outros. (DIAS, p.59, 2007).

A dignidade da pessoa humana encontra na família o solo apropriado para florescer. A ordem constitucional dá-lhe especial proteção independentemente de sua origem. A multiplicação das entidades familiares preserva e desenvolve as qualidades mais relevantes entre os familiares – o afeto, a solidariedade, a união, o respeito, a confiança, o amor, o projeto de vida comum -, permitindo o pleno desenvolvimento pessoal e social de cada participante com base em ideais pluralistas, solidaristas, democráticos e humanistas (DIAS, p. 60, 2007).

Todas as qualidades apontadas por Dias (2007), desenvolvidas no seio familiar, garantindo a dignidade da pessoa humana é encontrada nas relações poliamorosas, a qual respeita e assegura a dignidade de seus adeptos, “o que consubstancia mais uma razão para seu reconhecimento jurídico” (SANTIAGO, p.143, 2017).

Importa destacar que, ao elevar a dignidade da pessoa humana como o princípio universal, colocou-se a pessoa no centro protetor do direito. Ele também estabelece o limite da ação do Estado onde tem o objetivo de garantir o mínimo existencial para cada pessoa humana (DIAS, p.60, 2007).

Uma forma de o Estado prover o mínimo existencial é reconhecendo o poliamor, pois estaria contemplando os participantes com seus anseios existências pertinentes à formação de uma família poliamorosa, “assegurando o respeito à sua legítima expectativa de se inserir na sociedade a partir de sua própria identidade relacional, e não a partir de um dogma mitificado e propagado pela sociedade ocidental” (SANTIAGO, p.142, 2017).

Santiago acrescenta:

Ainda que o reconhecimento jurídico do poliamor possa trazer dificuldades quanto à filiação, à sucessão, às questões previdenciárias e às relações patrimoniais no âmbito familiar, ou, até mesmo, evidenciar o desgaste da família em seu modelo tradicional, não se pode priorizar qualquer um desses institutos em detrimento dos praticantes dessa identidade relacional, que, antes de qualquer qualificação, são sujeitos de direitos fundamentais que devem ser assegurados e respeitados pelo Estado.

A repersonalização do Direito Civil, trazendo para o centro das reflexões jurídicas a pessoa em detrimento de uma ordem patrimonial, é um fator relevante para o reconhecimento jurídico do poliamor. Valorizar a pessoa humana sobre qualquer outro instituto do direito - até mesmo o instituto da família - demonstra que todo o ordenamento jurídico deve estar em prol da proteção da pessoa, com seus anseios e aspectos existenciais. Ademais, se mais de dois seres humanos, com autonomia e capacidade plena são responsáveis por decidir o rumo de suas vidas, sobretudo, a íntima, e concluem que sua crença existencial e seus anseios familiares estarão satisfeitos “com a prática do poliamorismo, cabe ao Estado reconhecer a prioridade dessas pessoas em detrimento de qualquer outro instituto ou dogma do Direito” (SANTIAGO, p. 141, 2017).

4.2. MONOGAMIA

Considera-se importante fazer uma ressalva à monogamia. Ela não se trata de um princípio vinculado ao direito das famílias, mas uma regra de proibição de se ter múltiplas relações matrimonializadas chancelada pelo Estado. Não é possível considerá-la como um princípio até mesmo porque a constituição não a contempla, tanto, por exemplo, que tolera e não deixa discriminar filhos que nasceram de relações adúlteras (DIAS, p. 58, 2007).

Assim, se alguns indivíduos entendem que devem ter uma identidade relacional não-mogâmica, o Estado não deve interferir na escolha. A proteção deve ser de aspecto plural, solidário, desenvolvendo a dignidade de seus participantes. Ademais, não é aceitável que a regra da monogamia force a realização de certos comportamentos das pessoas. Não é possível delimitar a família em um conceito fixo e rígido em um valor, impondo de maneira generalizada, seja por razões cultural, moral e religiosa, ou qualquer outro motivo existencial (SANTIAGO, p. 104, 2017).

Almeida e Junior (2012) conclui que frente às alterações sociojurídica que a família sofreu, o qual a preponderância patrimonialista foi superada e diante da instalação de um Estado laico, entendendo a monogamia como um fator também

religioso, fica a dúvida sobre a possibilidade de ainda hoje se defender a monogamia como um pilar sustentador da formação familiar, imposto juridicamente.

4.3. PRINCÍPIO DA PLURALIDADE DAS ENTIDADES FAMILIARES

A família deve ser vista de maneira ampla, independentemente da sua constituição e do modelo familiar adotado. Este princípio preza pelo o reconhecimento do Estado sem qualquer impedimento (FARIAS; ROSENVALD, p. 91, 2014).

Retirar do âmbito jurídico entidades que se estabelecem pelo afeto gerando responsabilidades mútuas e envolvimento pessoal e patrimonial é estar de acordo com o enriquecimento injustificado e com a injustiça. Contudo, “o princípio do pluralismo das entidades familiares é encarado como o reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de arranjos familiares” (DIAS, p. 64, 2007). Assim sendo, o poliamor seria mais uma parte desta diversidade de modelos familiares, pois a pessoa deve ter a autonomia da escolha de suas relações familiares. “Não importa a procedência, tampouco a maneira de se estruturar, é possível dizer que hoje não cabe mais falar em família única” (ALMEIDA, JUNIOR, p. 44, 2012).

4.4. PRINCÍPIO DA MÍNIMA INTERVENÇÃO DO ESTADO NAS RELAÇÕES FAMILIARES

Este princípio tem grande relevo atualmente no direito das famílias, por se tratar da projeção da autonomia privada frente ao Estado que, para assegurar direitos considera-se autorizado a intervir nas relações familiares. Assim, para Farias; Rosenvald (2014), o Estado somente deve intervir de forma justificada, para proteger os direitos, principalmente, os constitucionais, quando estes estiverem vulneráveis e em risco.

O Estado, logo, deve agir somente para assegurar as garantias mínimas e necessárias. Portanto, não cabe ao Estado dizer com quem eu me relaciono e nem estabelecer padrões a serem cumpridos, ou seja, a pessoa deve cultivar e desenvolver uma relação afetiva da maneira que o interessar. Após a CRFB/88, houve a “afirmação da autonomia privada nos Direitos das Famílias” e foi imposto limites na intervenção do Estado. Assim, podem os componentes do núcleo

familiar responder por seus projetos de vida (FARIAS; ROSENVALD, p. 150, 2014).

“A presença excessiva estatal na relação familiar pode asfixiar a autonomia privada, restringido a liberdade das pessoas” (FARIAS; ROSENVALD, p. 151, 2014).

O poliamor, embora tenha natureza eminentemente fática, detém características iguais às famílias reconhecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, cabe ao direito proteger a liberdade de constituição de família e tutelar sobre o tema, “ainda que elas não se amoldem ao padrão encontrado na sociedade, desde que, por óbvio, suas condutas estejam em sintonia com o regramento constitucional da família pós-moderna” (SANTIAGO, p. 187, 2017).

5. A LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL BRASILEIRA E A NECESSIDADE DE TRATAMENTO JURÍDICO PARA O POLIAMOR

Após ser discorrido sobre os princípios constitucionais relacionados aos aspectos do poliamor e também as referências trazidas das identidades familiares afetivas reconhecidas pelo Direito das Famílias que não difere da essência das relações poliamorosas, e ainda as questões iminentes fáticas já tratadas da união poliamorosas, não há dúvida de que o poliamor tem possibilidade de ser um tipo arranjo familiar juridicamente reconhecido. “Primeiramente, quanto à sua natureza jurídica, é importante mencionar que o poliamor, assim como a monogamia, consiste em um valor, mera preferência pessoal, que não é dotado de pretensão de universalidade ou obrigatoriedade” (SANTIAGO, p. 186, 2017).

Ademais, a repersonalização do direito civil, ao atribuir maior valoração à pessoa humana frente ao patrimônio, trouxe a pessoa para o centro das relações jurídicas. Além disso, houve a imposição de uma leitura dos institutos de direito civil conforme a Constituição Federal, o denominado - Direito Civil Constitucional - o qual deve ser utilizado os princípios constitucionais para nortear as relações privadas e orientar as relações entre o Estado e os particulares. Esta relação deve harmonizar os valores, regras e preceitos consagrados na CRFB/88 com os que regem as relações interpessoais. Assim sendo, cumpre-se também atentar que sob a luz do Direito Civil Constitucional as uniões poliafetivas, devem ser reconhecidas como modelo familiar.

Por não ter tantas referências sobre o poliamor, parece que não há tanta relevância na sociedade. Entretanto, gradativamente, esta identidade relacional vem ganhando destaque, principalmente, em redes sociais (tais como grupos no *facebook* e *watsapp* para adeptos a esta união), na mídia, nos tribunais e universidades, além dos encontros nacionais para os participantes. Há também uma fomentação em pesquisas no campo psicológico sobre o poliamor e seus desdobramentos em tal temática. Além disso, já houve alguns casos, como já citado no texto, de reconhecimento do poliamor realizados por cartórios como união estável.

Estes reconhecimentos isolados levaram ao Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a aceitar o requerimento da Associação de Direitos da Família e das Sucessões (ADFAS), o qual sustentava a inconstitucionalidade da consideração poliamorosa, falta de princípios básicos familiares e também a moral e os bons costumes brasileiros. Além disso, sugeriu que os cartórios suspendessem as escrituras públicas de relacionamento entre mais de duas pessoas até o tema ser tratado e discutido (BRASIL, 2016).

Já que o rol de arranjos familiares não é taxativo, faz-se necessário estabelecer critérios mínimos para sua configuração. Como as pesquisas sobre o poliamor ainda são precárias, não se sabe a dimensão e todos os reflexos deste tipo de relacionamento, mas é possível identificar as características do poliamor que faz dele uma família, a saber:

[...] deve ser sustentada pela solidariedade, pela cooperação e pelo respeito à dignidade de cada um de seus componentes, fundando-se, portanto, no afeto, na ética, na solidariedade recíproca e na preservação da dignidade de seus membros. Deve refletir um espaço plural, aberto, democrático e multifacetário, permeado pela compreensão igualitária de seus componentes, um verdadeiro ambiente privilegiado para que os seus praticantes se complementem e se completem a partir do estabelecimento de relações de entreajuda (SANTIAGO, p. 185, 2017).

Desse modo, Elpídio Donizetti e Felipe Quintella citado por Santiago (2017, p.186) defendem a necessidade de criação de normas de Direito de Família que disciplinem as uniões não monogâmicas, com o intuito de não deixar sem a devida proteção normativa uma série de situações que, no atual mundo globalizado, só tendem a se tornar mais frequentes.

Diante do conjunto de normas de que o Direito das Famílias dispõe na atualidade, acredita-se não ser necessária a criação de mais regras jurídicas para se alcançar o reconhecimento e a regulação plena das relações de poliamor. Essas regras já existem, estão dispostas na Constituição, no Código Civil e na legislação extravagante (SANTIAGO, p. 187, 2017).

Por conseguinte, não reconhecer as uniões poliafetivas e não as acatar, sobretudo, na legislação infraconstitucional, é privar, aos adeptos desta relação, direitos de família, como os patrimoniais e extrapatrimoniais. Há também lesões aos princípios constitucionais já tratados. Além disso, o artigo 226 §3º que versa sobre a família, não proíbe esta forma de relacionar (BRASIL, Constituição 1988).

6. CONCLUSÃO

Ao levar em consideração o que foi observado, é na temática do poliamor que se encontram as inquietações como estudante/pesquisador do direito, os quais se formaram os pilares desta pesquisa, a saber, a intervenção mínima do Estado nas relações privadas, sobretudo, no direito das famílias, a repersonalização da pessoa como centro do direito e a constitucionalização do Direito Civil.

A investigação mostra que as questões sobre o poliamor ainda não estão consolidadas doutrinariamente e tampouco no Ordenamento Jurídico, mas, de certo modo, elas instauram a crise do sistema jurídico monogâmico do Brasil. Esta possível modalidade de família ainda não está regulamentada e positivada. Acontece que é um fenômeno atual e existente na sociedade, e, por se tratar de um fato que está se tornando recorrente na sociedade, o Direito deve resguardar os interesses dessas pessoas, não podendo se omitir e desconsiderar a sua existência, pois esta identidade relacional provoca consequências jurídicas e a estas somente pode-se delimitar a dimensão se estiver diante do caso concreto. Para tanto, faz-se indispensável tratar e estudar temas como direitos sucessórios, previdenciários, de filiação e as suas repercussões jurídicas na família poliamorosa.

Em vistas dos argumentos apresentados, pode-se constatar que as organizações sociais e as modificações culturais são dinâmicas e, conseqüentemente, provocam mudanças na família e em sua estrutura. A justiça brasileira não pode ficar inerte às mudanças da sociedade. Uma mudança social traz novas informações ao Direito que precisa se adequar e oferecer novas respostas.

Quanto à questão norteadora desta pesquisa, com efeito, o poliamor, sobretudo, a categoria de polifidelidade, é uma identidade relacional como outra qualquer, que gera os mesmos efeitos decorrentes da monogamia, entretanto, com mais de duas pessoas. Todos os princípios que integram o direito familiar guardam harmonia com os princípios do relacionamento poliamoroso e a falta de previsão legislativa não pode

servir de justificativa para o juiz negar a prestação jurisdicional ou de motivo para deixar de reconhecer a existência de direito merecedor da chancela jurídica.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Renata Barbosa de; JÚNIOR, Walsir Edson Rodrigues. **Direito Civil: Famílias**. 2ª ed. São Paulo: Atlas S.A, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor Líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos**. Rio de Janeiro/RJ: Editora Zahar, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. **Sociedade Líquida**. Rio de Janeiro/RJ: Editora Zahar, 2004.
BRASIL. Código Civil. In: ANGHER, Anne Joyce (Org). **Vade mecum acadêmico de direito**. 22ª ed. São Paulo: Rideel 2016 (Coleção de Leis Rideel).

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um. Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais... Diário Oficial da União, Brasília 05 de out. 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em 11 de nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Ayres Brito. **Diário de Justiça**. 09 de mai. 2011. Disponível em: < http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfDestaque_pt_br&idConteudo=179003> Acesso em 11 de nov. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS - 0001459-08.2016.2.00.0000**. Brasília: CNJ abril 2016. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/5/art20160504-06.pdf>> Acesso em 11 de nov. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DONNAMARIA, Carla P; NASCIMENTO, Fátima R. M.; TERZIS, Antonio. **Vínculos conjugais na contemporaneidade: revisitando parâmetros definitórios**. Vínculo – Revista do NESME, 2010, v. 1, n. 7, p. 01-81. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-24902010000100002> Acesso em 10 de dez. 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: direito das famílias**. 6ª. ed. Salvador: Jus Podivm, 2014. v. 6.

FRANÇA, Matheus Gonçalves. **Além de dois existem mais: estudo antropológico sobre o Poliamor em Brasília/ DF**. 2016. Dissertação

(Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social, Universidade de Brasília, Brasília. 2016. Disponível em:
<http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/20804/1/2016_MatheusGoncalvesFranca.pdf> Acesso em 05 de jan. 2018.

FREIRE, Sandra Elisa de Assis. **Polyamory, a non-exclusive way of loving: values and afectives correlates.**2013. Tese (Doutorado) - Psicologia Social - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa. 2013 Disponível em: Disponível em:
<<http://sites.middlebury.edu/sexandsociety/files/2015/01/polyamory4-klesse-polyamory.pdf> > Acesso em 12 de jan. 2018.

JÚNIOR, Eustáquio de Oliveira. **Uma relação amorosa sem ciúmes? O poliamor sob a perspectiva da abordagem gestáltica.** 2014. Monografia (Graduação) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Minas Gerais 2014. Mensagem recebida por
<marcosdioogo@hotmail.com > em 15 de out. 2017.

MACHADO, Gabriela Soares Linhares. **Dos princípios constitucionais e infraconstitucionais aplicáveis ao Direito de Família: Repercussão na relação paterno-filial.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/23437/dos-principios-constitucionais-e-infraconstitucionais-aplicaveis-ao-direito-de-familia-repercussao-na-relacao-paterno-filial>> Acesso em 05 de mar. 2018.

MATTOS, Ana Carla Harmatiuk. **As famílias não fundadas no casamento e a condição feminina:** Rio de Janeiro: renovar, 2000. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:livro:2000;000577548>> Acesso em 02 de fev. 2018.

PILÃO, Antônio Cerdeira; GOLDENBERG, Mirian. **Poliamor e monogamia: construindo diferenças e hierarquias.** In: Revista Artemis v. 13. 2012. Disponível em:<<http://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/artemis/article/viewFile/14231/8159>> Acesso em 06 de mar. 2018.

PEREIRA, de Lima Renata. Reconhecimento Jurídico das Entidades Familiares Afetivas: uma análise baseada no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. 2006.

Dissertação (Mestrado) Universidade Federal de Pernambuco . 2006. Disponível em: <http://repositorio.ufpe.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/4274/arquivo5211_1.pdf?sequence=1> Acesso em 11 de nov. 2017.

SANTIAGO, Rafael da Silva. **O mito da monogamia à luz do direito civil-constitucional: a necessidade de uma proteção normativa às relações de poliamor.** 2014. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília. 2014. Disponível em: < <http://repositorio.unb.br/handle/10482/16193> > Acesso em 12 de dez. 2017.

SANTANA, Márcia Cristina de Souza. **Poliamor é possível: saúde, cuidado e famílias.** 2015. Monografia (Graduação) Universidade de Brasília. 2015. Disponível em:
<<http://bdm.unb.br/handle/10483/13918>> Acesso em 11 de nov. 2017.

SOUZA, Paula Feijó de. **A relevância do princípio da afetividade nas relações familiares.**

Disponível em:

<http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2013_1/paula_s_ouza.pdf> Acesso em 02 de fev. 2018.

STOLZE, Pablo (2008). **Direitos da(o) amante.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1841. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/11500/direitos-da-o-amante>> Acesso em 11 de nov. 2017.

VIDA POLIAMOR. Disponível em: < <https://vidapoliamor.wordpress.com/compersao/>>. Acesso em: 10 dez. 2017

TÍTULO QUARTO

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA

FILOSOFIA POLÍTICA, CONSTITUIÇÃO
E DEMOCRACIA

DEMOCRACIA:

O QUE ISSO SIGNIFICA (OU DEVERIA SIGNIFICAR)?

*Márcio Henrique Guimarães Baulino*⁹²

1. INTRODUÇÃO

A palavra Democracia foi primeiramente empregada na Teoria Aristotélica das Formas de Governo, há cerca de 2.500 (dois mil e quinhentos) anos atrás e, até hoje, é empregada não só pela doutrina do Estado, nas diversas tipologias elaboradas pelos autores, mas por qualquer um que se julgue apto a fazê-lo. Tudo é Democracia. E, embora muito se tenha dito acerca da importância desta palavra na modernidade, pouco se tem avançado na tentativa de precisar o seu real sentido técnico, pode-se dizer, nos dias atuais.

Adriano Moreira, referindo-se à Democracia, já afirmava que se trata de “uma das palavras mais equívocas da literatura moderna, estando a sua popularidade talvez relacionada com a sua imprecisão”⁹³. E, embora já passados mais de meio século desde que a frase foi escrita, o problema anunciado pelo autor ainda é muito atual, bastando a leitura de quaisquer dois manuais de Teoria do Estado distintos para perceber como a natureza jurídica da Democracia é abordada de forma diferenciada entre eles. Além disso, os autores frequentemente recorrem a conceitos muito abstratos e de tal forma amplos que impedem a própria formulação de uma ideia componente da essência da Democracia, que é justamente o objetivo deste trabalho.

Assim, traçando comparações entre as modernas propostas de Teorização do Estado e analisando as diversas instituições que compõem essa disciplina, busca-se encontrar uma tipologia ideal que, ao menos formalmente, possa dar à Democracia este sentido técnico e objetivo que há tempo vem sendo demandado pela comunidade acadêmica.

⁹² Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, atualmente está cursando Mestrado na área de Teoria do Direito, na PUC-MG; e-mail: mhbaulino@yahoo.com.

⁹³ MOREIRA, Adriano. Ideologias Políticas. Instituto Superior de Ciências Sociais e Política Ultramarina; Lisboa, 1964, p. 63.

2. A ESTRUTURA DO PODER DAS CIDADES-ESTADO GREGAS

A tentativa de descrever a estruturação da sociedade grega, no período antigo, esbarra nas diversidades encontradas dentro do próprio território grego. É que as Cidades-estado, frações consideravelmente autônomas do que hoje forma o Estado Nacional da Grécia, eram bastante diferentes entre si, e, também de forma distinta, exerceram influência na formação da sociedade moderna.

Além do mais, há se consignar que a enorme repercussão alcançada, ainda hoje, pelas ideias de Platão e Aristóteles, sobretudo com relação às prescrições de uma possível “cidade ideal”, acaba por influir, também, na visão de alguns autores sobre a histórica Grécia antiga, levando-os a confundir, muitas vezes, a descrição realística daquelas Cidades-estado com as idealizações teóricas formuladas pelos precitados filósofos.

Nesse sentido, muito esclarecida a consideração feita por Eusébio de Queiroz Lima, quando diz que:

Para traçar do Estado grego as linhas gerais que o caracterizam não se deve ter em vista a república militarista de Esparta, tal como Platão e Xenofonte a descreveram, dando-a por modelo aos vários povos da Hélade. Não é o Estado lacedemônio o normal da Grécia antiga; esse Estado normal deverá ser procurado especialmente em consideração de sua larga influência civilizadora, através das instituições atenienses do século de Péricles.⁹⁴

Sahid Maluf, a propósito do tal século de Péricles, afirma que “a partir do século IX a. C., o Estado grego era monárquico e tipicamente patriarcal. Cada Cidade tinha seu Rei e seu

Conselho de Anciãos. Só em casos de maior importância se convocavam as Assembléias Gerais dos Cidadãos”.⁹⁵

E foi face a esta realidade que surgiram as primeiras tentativas de classificação do que hoje conhecemos por Formas de Governo. Os teóricos viam, por toda a parte, organizações político-administrativas centralizadas⁹⁶ e concentradas⁹⁷, de forma a

⁹⁴ LIMA, Eusébio de Queiroz. Teoria do Estado; 8ª Ed. Rio de Janeiro: RECORD, 1957, p. 62.

⁹⁵ MALUF, Sahid. Teoria Geral do Estado. 31ª ed., rev. e atual. São Paulo: SARAIVA, 2013, p. 97.

⁹⁶ Refere-se à distribuição territorial do poder. Uma organização centralizada guarda relação com a ideia de Estado Unitário, em contraposição à ideia de Estado Federal que teria uma organização descentralizada.

⁹⁷ Refere-se à distribuição funcional do poder. Uma organização concentrada seria aquela em que um único órgão acumula para si as funções de legislar, julgar e administrar.

tornar a gestão pública relativamente simples. As funções de legislar, administrar e julgar as controvérsias, nas palavras de Sahid Maluf, ficam restritas a um só órgão em todo o território, seja ele representado por assembleias ou pela própria pessoa do monarca⁹⁸, donde se infere sua ilimitabilidade⁹⁹.

Esse órgão dirigente, seja quando pessoal, seja quando colegiado, via de regra, era ocupado vitaliciamente, já que não era comum o rei perder a qualidade de monarca durante a vida, ou o cidadão¹⁰⁰ perder a posição de cidadão. Logo, uma vez incorporado este *status* necessário à ocupação do órgão, *status* que, vale dizer, se adquiria geralmente de forma natural, quer na completude dos 21 (vinte e um) anos para o homem grego, quer pelo argumento da hereditariedade para os filhos de reis, esses homens lá ficavam até a morte.

Nesse contexto, a tentativa de estabelecer teorias para a classificação dos diferentes governos não poderia levar em consideração a concentração de poder, ou sua centralização, a temporariedade da ocupação desse poder, ou as limitações ao exercício do mesmo, já que estes critérios, que surgiram com as mudanças modernas na estruturação do poder do Estado, não eram sequer vislumbrados pelos teóricos antigos, em razão justamente de uma certa uniformização estrutural do poder naquelas cidades-Estado.

2.1. A TEORIA CLÁSSICA DAS FORMAS DE GOVERNO

Aristóteles, renomado filósofo grego, há muito tempo já se preocupava com a classificação das Formas de Governo, e apesar da aparente simplicidade da tipologia elaborada pelo pensador, em que se toma por referência, a princípio, tão simplesmente a quantidade de pessoas em exercício do poder, o brilhantismo de sua colocação se revela no reconhecimento de que, ainda hoje, esta é uma classificação que se mostra adequada à realidade.

Diz-se ser aparentemente simples a classificação elaborada pelo filósofo porque, no contexto da formulação de sua teoria, como acima mencionado, os únicos critérios que lhe era possível visualizar para distinguir os governos de umas Cidades-estado das

⁹⁸ MALUF, Sahid. Teoria Geral do Estado. 31^a ed., rev. e atual. São Paulo: SARAIVA, 2013, p. 209.

⁹⁹ Consequência desse fato é a própria inexistência da separação entre Estado e governo, que aí se resumiam em uma só representação. Tal situação só será evidenciada muito tempo depois, já no século XVI, nos escritos de Jean Bodin, pioneiro na separação entre os dois entes.

¹⁰⁰ Homem, filho de pais gregos, maior de vinte e um anos.

outras seriam um critério quantitativo e um critério qualitativo: quantas pessoas ocupam o órgão encarregado de exercer o poder? Quantas pessoas são beneficiadas pelo exercício do poder?

Aristóteles adota, portanto, uma classificação dúplice, levando em conta: 1) a promoção do bem comum, e 2) a quantidade de pessoas exercendo o governo. Sob o aspecto qualitativo, aquelas formas em que os gestores se dedicassem a beneficiar toda a sociedade seriam chamadas de puras, sendo denominadas impuras as que visassem o interesse particular destes gestores. E sob o aspecto quantitativo, o governo poderia ser ocupado 1) por uma única pessoa da sociedade, 2) pela minoria delas, ou ainda 3) pela sua maioria.

As Formas Puras de Governo seriam, portanto, nessa ordem, Monarquia, Aristocracia e Governo Constitucional, enquanto as Formas Impuras seriam nomeadas, também nessa ordem, Tirania, Oligarquia e Democracia¹⁰¹.

Há, contudo, neste ponto, a necessidade de se tecer um comentário acerca da Teoria Aristotélica. É que uma classificação pautada em valores como os de bom e ruim, de melhor e pior, de comunitário e individual, à luz das atuais discussões filosóficas e da forte tendência relativista dos movimentos pós-modernos, não se mostra adequada, sobretudo porque carecem de um parâmetro objetivo as tais definições valorativas, permanecendo os julgamentos entre Formas Puras e Impuras de Governo sempre no campo do subjetivismo. Aqui parece ter pecado o autor.

Essa observação foi, há muito tempo, objeto dos escritos de Jean Bodin, que, nos Seis

Livros da República, buscou demonstrar que a “virtude ou o vício não alteram as formas de governo”¹⁰². Para o autor, os méritos e os defeitos de uma gestão governamental não alteram a natureza deste governo, pois que são fatores acidentais, e, “uma vez que a qualidade não altera a natureza das coisas, não nos podemos ater aos acidentes, que são inumeráveis, mas às diferenças essenciais e formais; de outro modo nós podemos cair em um labirinto infinito, que não conduz à ciência”¹².

¹⁰¹ ARISTÓTELES. Política. Trad. de Mario da Gama Kury. Brasília: UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA, 1985, p. 91.

¹⁰² BARROS, Alberto Ribeiro de. Estado e Governo em Jean Bodin. Disponível em: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_27/rbcs27_08.htm. Acesso em setembro de 2017. ¹² Idem.

Logo, da dúplice classificação elaborada por Aristóteles considerar-se-á, doravante, como aliás tem sido feito pela doutrina de um modo geral, somente o seu aspecto quantitativo.

3. A FORMAÇÃO DOS ESTADOS NACIONAIS MODERNOS

No decorrer da Idade Média o poder, seja econômico, político ou militar, estava esparsamente distribuído nas figuras dos senhores feudais, pessoas sob cujas autoridades viviam a maioria da população europeia, em razão mesmo da tradição ruralista daquela época.

Cada senhor feudal era livre para estabelecer a política tributária que desejasse sobre suas terras, assim como também o eram para decidir sobre a moeda oficial daquele território. Detinham, ainda, seu próprio exército, responsável pela defesa de todos aqueles que vivam sob o território do respectivo senhor feudal.

Vê-se, portanto, que embora existisse a figura do rei em muitos lugares da Europa, esta era meramente simbólica, pois que nenhum poder, de fato, tinha o monarca.

No entanto, com o passar do tempo, uma certa classe social começou a ganhar destaque pelo seu considerável poder econômico, a burguesia, que, por consequência, ganhou também influência política. Passou, então, a ser politicamente ativa nas reivindicações que lhe interessavam, como a unificação do sistema tributário e da moeda, já que a variedade que muitas vezes se encontrava dentro de um pequeno território dificultava os negócios comerciais.

Concomitantemente, inúmeros conflitos surgiam entre os próprios senhores feudais, que, não mais satisfeitos com seu espaço territorial, almejavam a expansão da sua zona de influência.

Da necessidade de acalmar os ânimos, seja no campo com os senhores feudais, seja na cidade com a burguesia, surge a ideia de centralizar todo o poder em uma só figura, que exerceria sua autoridade sobre um certo grupo identitário. Para isso, ninguém melhor que o rei.

E foi assim que surgiram os Estados Nacionais, caracterizados pelos elementos território, nação e soberania. Surgiram no tipo essencialmente unitário, onde a uma só autoridade, em um só território, cabe as funções de legislar, julgar e administrar; e na forma monárquica, em que uma autoridade exerce o poder de modo vitalício. Portanto,

nos escritos dessa época pouco se disse com relação à separação entre Estado e governo¹⁰³, justamente em razão da estruturação que confundia, numa autoridade personificada, estas duas coisas. O memorável Luís XIV bem contribuiu para a explicação dessa circunstância, quando disse: “L'État c'est moi”¹⁰⁴.

Mais à frente, com o surgimento dos primeiros teóricos oficiais do Estado, ou cientistas políticos, tais como Maquiavel, Locke, Montesquieu e J. S. Mill, o Estado passou por profundas transformações, estas que modificarão, por consequência e completamente, muito embora ignorado pela doutrina, a forma de pensar e classificar as Formas de Governo.

O exercício do poder nas cidades-Estado que antes era ilimitado, irrestrito e incondicionado, agora nos Estados Nacionais passa a ser submetido a um documento público escrito, a Constituição. Surge então a noção de Estado de Direito que, nos dizeres de Eusébio de Queiroz Lima, seria um “regime em que o direito regula, minuciosa e imperativamente, a vida e a atividade do Estado, a sistematização e o funcionamento de seus órgãos e suas relações com o direito dos indivíduos”¹⁰⁵.

“O aumento do território e da população”, como dizia Darcy Azambuja, “nos grupos mais complexos, obrigava necessariamente a delegação de atribuições a pessoas de confiança do chefe ou príncipe, que não conseguiria mais atender pessoalmente a tudo”¹⁶. Surgia aí o Estado Federal.

A administração, a legislação e o julgamento, que antes cabiam a um só Órgão, concentrando o poder na própria ideia de Estado, agora passam a ser exercidos de forma separada, garantindo maior imparcialidade e eficiência. Logo, as classificações do Estado deveriam, a partir daí, levar em conta essa separação, indicando precisamente qual seria a função, ou o Órgão ao qual se refere a classificação. Aristóteles não fez essa diferenciação porque, como se viu, em seu contexto histórico as funções do Estado estavam unificadas em um só Órgão, de modo que não lhe restava alternativa senão a promoção de uma classificação uma. Atualmente a figura do Estado, em si mesma considerada, e a função Executiva, que se traduz no exercício do

¹⁰³ Separação esta que, hoje, se faz muito necessária ao entendimento de alguns institutos. Daí a destinação posterior de um item específico para esta finalidade.

¹⁰⁴ Tradução nossa: “O Estado sou eu”.

¹⁰⁵ LIMA, Eusébio de Queiroz. Teoria do Estado; 8ª Ed. Rio de Janeiro: RÉCORD, 1957, p. 54. ¹⁶ AZAMBUJA, Darcy. Teoria Geral do Estado. 20ª ed. Rio de Janeiro: GLOBO, 1981, p. 175 ¹⁷ Função Executivo-Administrativa.

governo, devem ser vistas de forma separada, já que não representam mais um único e mesmo órgão como outrora.

O governo¹⁷, por sua vez, que antes era ocupado de forma vitalícia, agora tem a possibilidade de ser ocupado temporariamente, o que implicou na criação da moderna ideia de República e da de Sistema de Governo Representativo, cujo entendimento só é possível a partir da compreensão da diferença existente entre titularidade do poder e exercício do poder, diferença essa da qual hoje muito raramente se fala.

E, por fim, quase que como consequência lógica de todas essas mudanças, houve a gradual concessão de Direitos Políticos, primeiro aos homens membros das camadas mais pobres da sociedade, e segundo às mulheres, trazendo a participação política, que antes era um privilégio de alguns poucos, agora à maioria da população.

Duas destas principais inovações do mundo moderno merecem especial consideração para que sejam bem compreendidas, possibilitando seguir o entendimento aqui proposto.

3.1. A SEPARAÇÃO ENTRE ESTADO E GOVERNO

Alguns autores vão atribuir à Jean Bodin a primeira distinção clara e consistente entre as figuras de Estado e governo, tão necessária à compreensão dos institutos modernos.

O pensador, embora limitado pelo seu contexto histórico, mostrou-se bastante perspicaz ao sinalizar, já no século XVI e antes mesmo da consolidação da teoria de Monstequieu sobre a Tripartição dos Poderes, um entendimento que até hoje é pouco dominado pelas pessoas.

Assim disse Bodin, citado nos escritos de Alberto Ribeiro de Barros: “a variedade de formas de governo tem induzido ao erro aqueles que misturaram as repúblicas, sem perceber que o estado de uma república é diferente do seu governo e de sua administração”¹⁰⁶.

A concepção de República defendida pelo autor se difere daquela que aqui se sustenta, o que é até compreensível, já que à época dos seus escritos a ideia de República ainda não tinha sido devidamente delimitada, tendo sido considerada por

¹⁰⁶ BARROS, Alberto Ribeiro de. O Estado e governo em Jean Bodin. Disponível em: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_27/rbcs27_08.htm; acesso em setembro de 2017. ¹⁹ GROPPALI, Alexandre. Doutrina do Estado. Trad. Paulo Edmur, 2ª Ed; São Paulo: SARAIVA, 1968, p. 234.

muito tempo de forma muito mais ampla do que realmente é. No entanto, isto não lhe tira o mérito pela profunda clareza com que percebia a separação entre os entes Estado e governo.

Para Alessandro Groppali, essa distinção:

Vem-se delineando nitidamente com o progresso dos estudos de direito público, em época relativamente recente, pois na antiguidade e em toda Idade Média os autores se limitaram a considerar o Estado apenas na sua expressão concreta de complexo de órgãos, em conformidade, de resto, com o fato de que a esse tempo a soberania residia, não só como exercício, mas também como título, em um dos seus órgãos fundamentais e não no próprio Estado como sujeito de direito¹⁹.

E essa divisão há de ser evidenciada porque o Estado, em si considerado, tem abrangência muito maior do que aquela que diz respeito ao governo. Este último corresponde a somente uma das atribuições daquele primeiro. Portanto, de forma diversa devem ser considerados.

3.2. A DIFERENCIAÇÃO ENTRE TITULARIDADE DO PODER E EXERCÍCIO DO PODER

Com a crise da organização monárquica antiga, em que a figura do rei era empossada sob um pretexto de possuir o direito divino de governar, e com o aparecimento da ideia de República como uma alternativa viável de exercício temporário do poder, havia a necessidade de se instituir um Sistema de Governo novo, pois que a experiência grega no exercício direto da governança¹⁰⁷ não era mais viável pela densa população que ocupava os Estados Nacionais modernos. Surge aí o Sistema de Governo Representativo.

Nesse sistema, os titulares do poder, em razão da inviabilidade prática de exercê-lo por si mesmos, confiam o exercício desse poder à algumas poucas pessoas, que o farão em nome daqueles primeiros.

Dessa forma, surge a necessidade de se fazer a separação, quase nunca abordada nos livros, entre titularidade do poder político e exercício do poder político. A primeira fica, geralmente, com a população, ou com a maioria dela¹⁰⁸, enquanto o segundo compete à alguns poucos, pela própria essência do Sistema. Joaquim Francisco de

¹⁰⁷ Faz-se referência ao Sistema de Governo Direto.

¹⁰⁸ É quando se diz, no sentido aqui defendido, que um governo tem origem Democrática. Mas nem sempre será assim.

Assis Brasil, já no início do século XX, foi um dos poucos a compreender tal fato, afirmando que “o governo direto do povo pelo povo é impossível. Eis o que também não nego. O que eu nego é que [...] possa concluir-se que o governo e a administração não devam ter origem na vontade popular. O governo nasce do povo, mas não é exercido por ele”¹⁰⁹.

E esta diferenciação adquire expressiva relevância quando se retoma a análise da Teoria Aristotélica das Formas de Governo, cujo critério quantitativo se referia ao exercício do poder no Sistema de Governo Direto da Grécia antiga. Hoje, com todas as mudanças já mencionadas na estruturação do Estado, é impossível fazer uso da tipologia proposta por Aristóteles, sem promover-lhe qualquer alteração, sobretudo no emprego das terminologias sugeridas, para fazer referência ao exercício do poder no Sistema de Governo Representativo, que, pelas razões já mencionadas, é bastante distinto daquele primeiro.

As implicações práticas desta separação são melhor compreendidas com a leitura do capítulo seguinte, onde é proposta uma nova tipologia que enquadre adequadamente todos estes novos conceitos.

4. FORMAS DE GOVERNO

É preciso registrar, já de início, que em se tratando de uma tipologia das Formas de Governo, e sendo o governo uma função atrelada, na estrutura dos Estados Modernos, ao Órgão Executivo, a classificação a seguir proposta será vinculada unicamente a este Órgão¹¹⁰.

Além do mais, a dificuldade em se definir Forma de Governo se dá, sobretudo, pelas diversas perspectivas em que essa expressão pode ser compreendida, dando ensejo, aliás, à diversos entendimentos que em nada se relacionam. Isso porque surgem na modernidade outros critérios para se elaborar novas tipologia, ainda que sobre as Formas de Governo, o que acaba por gerar, por consequência, vários “tipos” de Forma de Governo.

¹⁰⁹ ASSIS BRASIL, Joaquim Francisco de. *Dictadura, Parlamentarismo, Democracia*. Rio de Janeiro: LEITE RIBEIRO FREITAS BASTOS, SPICER & CIA, 1927, p. 35.

¹¹⁰ É verdade que os mesmos critérios podem ser utilizados para classificar o órgão Legislativo e o órgão Judiciário, mas a tradição histórica tem se restringido a propor classificações do órgão Executivo, talvez em razão de uma visão simplista que lhe dedica o título de órgão mais importante do Estado.

Mencionado no livro de Darcy Azambuja¹¹¹, o professor da Universidade de Hamburgo Rudolf Laun foi o único autor moderno que apresentou uma classificação na qual se torna possível enquadrar mais de um critério para se referir às Formas de Governo. Ele adota os critérios da origem, da organização e do exercício.

Quanto à origem, poderiam ser 1) governos de dominação ou 2) governos populares.

Quanto à organização, poderiam ser 1) governos de Direito ou 2) governos de fato.

Quanto ao exercício, poderiam ser 1) governos constitucionais ou 2) governos absolutos.

Como foi o único autor capaz de visualizar as diversas modalidades sob as quais as Formas de Governo podem ser compreendidas, é com base na tipologia elaborada por Rudolf Laun que, com algumas modificações que se julga necessárias, será identificada a tipologia ideal das Formas de Governo para o mundo moderno.

4.1. QUANTO A OCUPAÇÃO

Embora não abordada por Laun, deve ser lembrada, neste item, a classificação aristotélica das Formas de Governo, pois que, quando bem compreendida, ainda é adequada à atual realidade. Como já explicado em seção anterior (2.1), aquela Teoria Clássica se referia simplesmente à quantidade de pessoas ocupadas do exercício da função de governança. Assim como antes, tem-se aqui a referência a uma ideia quantitativa, mas que se relaciona tão somente com o exercício do poder e não com sua titularidade¹¹².

Ainda hoje é, de fato, possível classificar os governos de tal forma. No entanto, impende ressaltar, os termos outrora utilizados pelo filósofo grego merecem ser substituídos por outros que melhor representem, atualmente, a ideia que outrora representavam.

Mas, se por um lado é importante ser abordado este critério para demonstrar a necessidade de substituição das palavras originalmente utilizadas por Aristóteles, por outro esta classificação tem pouca utilidade prática, já que as ideias que ela representa

¹¹¹ AZAMBUJA, Darcy. Teoria Geral do Estado. 20ª ed. Rio de Janeiro: GLOBO, 1981, p. 209.

¹¹² A retomada da ideia quantitativa, mas com relação à titularidade do poder será abordada mais a frente, no item 4.4.

acabaram sendo absorvidas pela classificação dos Sistemas de Governo, como se observa adiante.

4.1.1. MONOCRACIA

Reinhold Zippelius foi, senão o único, um dos pouquíssimos autores que notaram a mudança histórica ocorrida na ideia representada pela palavra Monarquia desde a época em que originariamente apresentada na consagrada Teoria Aristotélica das Formas de Governo até os dias modernos. Assim comenta o autor:

A palavra monarquia sofreu, contudo, entretanto, no decorrer dos tempos, uma modificação no seu significado. Os antigos entendiam que a monarquia era simplesmente o governo de um único. Como, porém, na história da Europa o governo dum único se tornou hereditário durante séculos e permaneceu na mão de dinastias, tal conceito restringiu-se apenas à monarquia hereditária.¹¹³

E segue o autor ao fazer outra admirável ponderação quando diz que “para não atraíçoar o sentido da classificação clássica, aplica-se hoje, de preferência, para designar o conceito antigo de monarquia, a palavra *domínio de um* ou *Monocracia*”²⁷.

De fato, soa até mais adequado, etimologicamente, o emprego da expressão Monocracia para designar a ocupação do cargo de governança por uma só pessoa, motivo pelo qual deverá esta ser adotada para fazer-se referência ao significado aqui proposto.

E, como se nota, esta classificação corresponde exatamente ao que Aristóteles chamou de Monarquia/Tirania, retirando-lhes o caráter valorativo.

Atualmente, podemos dizer que os Estados que adotam o Sistema de Governo Representativo Presidencialista e os que adotam o Sistema de Governo Representativo Parlamentarista possuem a Forma de Governo Monocrática, já que, naqueles primeiros, a função de Chefe de Governo é exercida exclusivamente pelo Presidente, enquanto nestes últimos compete ao Primeiro Ministro.

4.1.2. ARISTOCRACIA

Quanto à Forma de Governo Aristocrática, poucos comentários hão de ser feitos, tendo em vista representar, assim como para Aristóteles, simplesmente o exercício do

¹¹³ ZIPPELIUS, Reinhold. Teoria Geral do Estado. 3ª Ed. Lisboa: CALOUSTE, 1997, p. 76. ²⁷ Idem.

governo por uma pequena minoria de pessoas, retirando, aqui também, o caráter valorativo que o filósofo dedicou a esta expressão.

Aqui, em especial, o termo utilizado pelo pensador grego não sofreu demasiadas alterações ao longo do tempo, razão pela qual merece ser mantida sua utilização.

Na prática, a Forma de Governo Aristocrática é encontrada nos Estados que adotam o Sistema de Governo Representativo Diretorial, como é o caso da Suíça, em que a governança é exercida por um órgão colegiado, denominado Conselho, composto, no âmbito federal, por 7 (sete) membros.

4.1.3. DEMOCRACIA¹¹⁴

Se, para Aristóteles, a Forma de Governo em que a maioria do povo é ocupada do exercício do governo era chamada de Governo Constitucional/Democracia, há de ser dito que estas expressões não mais são úteis para se referir a tal ideia.

Muitos vão dizer, ignorando toda a distorção provocada pelos milênios de anos ao sentido da expressão, que ainda hoje Democracia pode ser usada com tal significado. Contudo ignoram, mais uma vez, que Democracia já assumiu na modernidade um sentido próprio, distinto daquele empregado há tempos na Grécia, e que a insistência no uso do termo, tal qual sugerido por Aristóteles, somente servirá para provocar maiores confusões na comunidade acadêmica.

O problema maior que aqui se instaura é em razão da inexistência, na atualidade, de uma outra expressão que substitua aquelas empregadas pelo filósofo grego para se referir ao exercício do governo pela maioria da população. Diferentemente da Monarquia, que pôde ter seu uso antigo substituído por Monocracia e ficou livre para assumir novos significados, aqui não temos esta nova palavra para a Democracia, inobstante ela tenha, também, assumido novos significados na modernidade¹¹⁵.

Assim, faz-se imperioso registrar que a nomeação do título atinente a seção que trata desta Forma de Governo como *Democracia* somente se deu em razão da ausência de outro termo para representar a ideia proposta e, além disso, para situar o leitor na

¹¹⁴ Aqui o emprego aristotélico de Democracia, em cujo sentido hoje muito dificilmente se usa a expressão.

¹¹⁵ Significados estes que serão expostos na seção 4.4.3.

³⁰ Faz-se alusão à Poliarquia, de Robert Dahl.

relação comparativa que aqui se traça com a Teoria Aristotélica. Portanto, afirma-se, o entendimento que se defende é o de cabimento do critério aristotélico para a classificação das Formas de Governo, ainda hoje, mas de total inadequação do uso do termo Democracia para expressar o sentido aqui comentado.

Sugere-se que, nesse contexto, alguma palavra semelhante a Poliarquia fosse criada, já que esta, que muito possivelmente se adequaria a ideia aqui proposta, já detém hoje certa carga de sentido próprio, diverso do aqui pretendido, tendo em vista ter sido objeto de abordagem em uma obra de notável repercussão em todo o mundo³⁰.

Deve-se dizer, portanto, para evitar maiores confusões, quando em referência ao exercício do governo pela maioria da população, em Sistema de Governo Direto, tão somente.

4.2. QUANTO A TEMPORARIEDADE

Ainda como um aspecto não abordado na tipologia original proposta por Laun, o critério da temporariedade é de suma relevância para a classificação das Formas de Governo na modernidade, sobretudo porque é o mais adotado nas doutrinas quando se utiliza um único critério distintivo das Formas de Governo.

Não fica claro na doutrina quem teria sido pioneiro na formulação da distinção entre as Formas de Governo Republicanas e as Monárquicas tal como aqui se propõe, mas, por outro lado, é na identificação do sentido destas expressões onde se encontram os maiores consensos doutrinários.

4.2.1. MONARQUIA

Artaza, lembrado na obra de Darcy Azambuja, define a Monarquia como “o sistema político em que o chefe do Órgão Executivo é vitalício, hereditário e irresponsável, e a República é o sistema em que o citado cargo é temporário, eletivo e responsável”¹¹⁶.

De todas as concepções de Monarquia encontradas na doutrina, esta foi a única que, muito sabidamente, referiu-se à ocupação do Órgão Executivo, responsável, nos Estados modernos em que o poder se encontra exercido por três órgãos distintos, pela

¹¹⁶ AZAMBUJA, Darcy. Teoria Geral do Estado. 20^a ed. Rio de Janeiro: GLOBO, 1981, p. 212.

administração. É que, se se trata de *Formas de Governo*, não há que se abordar, por óbvio, a ocupação de cargos no Órgão Legislativo ou no Órgão Judiciário.

Entretanto, a definição do autor carece de correção quando inclui a hereditariedade e a irresponsabilidade como características peculiares à Monarquia. Esta última muito mais absurda porquê de caráter essencialmente subjetivo, e, quanto ao estabelecimento de critérios que se pautem por tais parâmetros já mencionamos a lição de Jean Bodin, para quem “a utilização de um critério baseado nas qualidades e defeitos impediria a construção de uma verdadeira ciência política, pois são apenas aspectos acidentais”¹¹⁷.

Por outro lado, com relação à hereditariedade, esta se parece mais com um argumento construído historicamente para a justificação de uma Autocracia³³ do que com uma característica da Monarquia em si. É que, se a hereditariedade fosse elementar à Monarquia, seria impossível reconhecer como Monárquico um governo de um rei que não seja descendente de outro rei, e, nesse raciocínio, fica explicado o surgimento do primeiro rei. Além disso, as Monarquias seriam encerradas pela morte de um rei que não deixasse descendentes, o que na prática não acontece.

Enfim, da conceituação anteriormente apresentada, resta intimamente ligada à essência de Monarquia somente a noção de vitaliciedade da ocupação do cargo de chefe do Órgão Executivo.

Nesse sentido vale fazer uma consideração em relação ao Reino Unido. A Forma de Governo desse Estado é hoje, à unanimidade, considerada Monárquica. Porém, se se observa a divisão dos órgãos que exercem as funções do Estado, bem como a sua devida ocupação, perceber-se-á que compete à Rainha do Reino Unido tão somente a chefia do Estado britânico, cargo este que, aliás, é de ocupação vitalícia. Por outro lado, a chefia do governo, que cabe ao Primeiro Ministro, não tem o tal caráter vitalício, já que a ocupação do cargo se dá por escolha periódica dentre aqueles membros eleitos, também periodicamente, para a composição do Parlamento britânico.

Vê-se, portanto, que se se trata de uma classificação das *Formas de Governo*, e se o governo do Reino Unido não é atribuição da Rainha, mas exclusivamente do Primeiro Ministro, a temporariedade deste último cargo é que deve ser tomada por referência para a classificação aqui pretendida. Logo, se a ocupação do cargo de chefe

¹¹⁷ BARROS, Alberto Ribeiro de. Estado e Governo em Jean Bodin. Disponível em: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_27/rbcs27_08.htm. Acesso em setembro de 2017. ³³ Será melhor explicada em item posterior.

de governo do Reino Unido se dá de forma temporária, com renovações frequentes, há que se concluir indubitavelmente pelo fato de aquele Estado adotar a Forma de Governo Republicana, muito embora ainda possua sua realeza.

4.2.2. REPÚBLICA

A maioria da doutrina defende a conceituação de República como, essencialmente, o instituto que se opõe à Monarquia. Não oferecem, entretanto, uma definição que seja própria deste termo, mas o fazem a partir do que se entende por aquilo ao qual ela deveria se opor.

De fato, outra alternativa não há, tendo em vista que o próprio surgimento do termo na antiguidade se deu como alternativa às Monarquias antigas. E, dado o contexto em que surgiu, quando não havia divisão dos órgãos que exercem o poder do Estado, quando não havia limitação legal ao exercício do poder, a opção republicana apresentou-se como uma alternativa que englobava todas estas características.

Contudo, com o advento da modernidade e a nomeação de institutos próprios para a representação destas inovações políticas, a essência da ideia republicana passou a ser muito mais restrita, separada dos outros institutos que adquiriram autonomia própria, e isto, ao que parece, passou despercebido pela doutrina. Ainda hoje, se se consultar as mais variadas obras em busca do sentido elementar de República, as definições encontradas serão as mais amplas possíveis, podendo chegar até a algumas afirmações no sentido de que se confundiria com Sistema de Governo Representativo ou com a própria Forma de Governo Democrática.

Aqui, contudo, após já delimitada a noção de Monarquia, diz-se que a Forma de Governo Republicana é aquela em que a ocupação do cargo de governança se dá de forma temporária. No entanto, cabe mencionar, essa temporariedade há de ser relativamente curta, pois não é razoável admitir-se que a chefia do órgão Executivo seja ocupada de forma contínua por uma pessoa, ou por um grupo delas¹¹⁸, por exemplo, por vinte e cinco anos e, quando destituídas estas pessoas do cargo, chamássemos tal governo de Republicano. Ora, em situações tais como a descrita o governo, apesar de temporário, aproxima-se mais de um caráter vitalício do que de um propriamente temporário, motivo pelo qual deve ser ponderada a tal temporariedade.

¹¹⁸ Vale frisar, o número de pessoas encarregadas da administração estatal é irrelevante para o conceito de República, desde que essa administração se dê de forma temporária.

4.3. QUANTO AO EXERCÍCIO

Cumprе ressaltar, já de início, que muito adequada a abordagem dada pelo autor a este aspecto das Formas de Governo, merecendo, inclusive, sua manutenção sem necessárias modificações.

É que, embora se possa relacionar, a priori, a limitação do exercício do governo à própria estrutura do Estado, inclinando-se à formulação de uma classificação do Estado que compreenda 1) Estado de Direito (limitado) e 2) Estado Absoluto (ilimitado), seria, afinal, uma classificação vazia, incapaz de englobar situações em que, por exemplo, o texto legal não é suficiente para restringir o exercício do governo. Este, por sua vez, pode se dar de forma a ignorar a legislação vigente, que representaria um governo pragmaticamente ilimitado.

Assim, muito acertadamente o professor Laun decidiu por classificar as Formas de Governo quanto à maneira de seu exercício, não fazendo referência, nesse sentido, ao Estado, pois que sua estrutura abstrata não é suficiente em si mesma para garantir a correspondência prática da limitação, ou não, dos governos.

E, importa ressaltar, deve este critério estar ligado ao governo porque, a qualquer momento, pode o governante alterar a forma por meio da qual exerce a função. Por um tempo pode observar a legislação, mas em outro momento pode ignorá-la. É, muito embora não devesse ser, portanto, uma classificação volátil.

4.3.1. ABSOLUTO

Inúmeras expressões são utilizadas pela doutrina para se referir a governos que não devem obediência à legislação¹¹⁹, e é por esta razão que surge a necessidade de uniformização deste sentido em uma única palavra. Quanto a escolha sugerida, diz-se absoluto porque o governo não está limitado pela legislação.

Giovanni Sartori define muito bem a noção de governo absoluto, embora interligando-a à ideia de Estado: “o Estado absoluto é o Estado não-constitucional, isto é, um Estado *legibus solutus*, que não se submete à lei, onde os detentores do poder não são restringidos ou foram liberados dos impedimentos e limites”¹²⁰.

¹¹⁹ Por exemplo, tirania, ditadura e despotismo.

¹²⁰ SARTORI, Giovanni. A Teoria da Democracia revisitada: o debate contemporâneo. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: ÁTICA, 1994, vol. I, p. 259.

Assim, de forma bastante simples, entende-se por Forma de Governo absoluta aquela em que as ações do chefe do Poder Executivo não estão sujeitas a qualquer limitação legal.

4.3.2. CONSTITUCIONAL

Entende-se por Forma de Governo Constitucional aquela exercida em Estados de Direito, ou, melhor dizendo, aquela em que o exercício do órgão Executivo se sujeita ao Estado de Direito¹²¹.

E é meramente isso.

4.4. QUANTO À ORIGEM

O autor, neste aspecto, classificou os governos de forma semelhante à aqui proposta, sendo necessárias somente algumas adaptações na terminologia utilizada para que a teoria seja melhor compreendida. Quando Laun diz que os governos podem ser, quanto à origem, 1) de dominação ou 2) populares, acredita-se que o autor quis se referir à legitimidade do empossamento do governante.

Isso porque a expressão “popular” guarda relação direta com a noção de *maioria do número de pessoas*. Contudo, quando diz “governos de dominação” o autor se refere àqueles governantes cuja eleição não contou com o apoio deste maior número de pessoas, razão pela qual elas precisariam ser *dominadas*. Ocorre que com a utilização da expressão “dominação” o autor não distinguiu claramente se tal dominação seria exercida em nome de uma minoria de pessoas ou se em nome de uma única pessoa, e é nesse sentido que se fará aqui uma correção.

Vê-se que aqui novamente se recorre a uma ideia quantitativa, porém diversa daquela primeiramente abordada no item **4.1**, já que aqui a relação se faz diretamente com a titularidade do poder, e não mais com o seu exercício.

¹²¹ “Estado de direito é um Estado ou uma forma de organização político-estadual cuja atividade é determinada e limitada pelo direito” (CANOTILHO, J. J. Gomes. Estado de Direito; disponível em: <https://pt.scribd.com/doc/43038759/Canotilho-Estado-de-Direito-LIVRO>). Acesso em setembro de 2017.

4.4.1. AUTOCRACIA

Para uma definição do que seria uma Forma de Governo Autocrática é interessante mencionar a lição de Giovanni Sartori na tentativa de definir, a *contrario sensu*, a ideia contida na palavra Democracia. É que, na visão do autor, Democracia e Autocracia se contrariam, sendo possível, a partir de um, chegar-se à definição de outro. Dessa forma, sobre a primeira, o predito autor afirma que “é um sistema onde ninguém pode escolher a si mesmo, ninguém pode investir a si mesmo com o poder de governar e, ninguém pode arrogar-se um poder incondicional e ilimitado”¹²².

Já de início é possível verificar que, quando à incondicionalidade e à ilimitabilidade, características que integram a forma de exercício do governo, mas não sua essência, estas não devem, como tal, ser relacionadas a expressões que se referem à origem do governo, como pretendeu o autor.

Por outro lado, muito acertado seria dizer, a *contrario sensu* da definição de Democracia acima referida, ressalvadas as devidas correções, que a Forma de Governo Autocrática é aquela em que alguém escolhe a si mesmo, investe a si mesmo com o poder de governar. Equivale a dizer, dentro do que Laun chamou de dominação, que essa dominação se dá em nome de uma única pessoa.

Pode-se dizer, ainda, de forma a melhor se distinguir das demais opções, que seria a Forma de Governo em que o ocupante do Órgão Executivo é eleito com a participação de uma só pessoa, ele mesmo, pois que seria o único detentor de Direitos Políticos.

Imperioso lembrar, nessa perspectiva, das antigas “Monarquias absolutas”, nas quais a hereditariedade é considerada, ainda hoje, como característica elementar. Na verdade, a ideia que aqui se propõe é de que cargo de governança, naqueles Estados, não eram hereditários, mas a hereditariedade era tão somente um argumento histórico sobre o qual se estruturavam governos Autocráticos. O príncipe, futuramente, não viria a se tornar rei porque o cargo lhe é hereditário, mas porque ele próprio, príncipe, se autodeclara rei, e é aceito como tal¹²³. A realeza, para não ter que recorrer a um sufrágio mais amplo, típico das Formas de Governo a seguir apresentadas, sempre que o rei

¹²² SARTORI, Giovanni. A Teoria da Democracia revisitada: o debate contemporâneo. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: ÁTICA, 1994, vol. I, p. 278.

¹²³ Por trás da autodeclaração e do falso argumento de hereditariedade havia, de fato, todo um movimento para divinificar a pessoa do príncipe como o escolhido por Deus para exercer aquela função, o que certamente contribuía, e muito, para a aceitação popular do governo na forma autocrática.

falecia, criou o argumento da hereditariedade, assim como a doutrina do direito divino, de forma a sustentar, na realidade, uma Forma de Governo Autocrática.

4.4.2. OLIGARQUIA

O que se pretende dizer por Forma de Governo oligárquica é simplesmente a representação do outro sentido expresso no que Laun chamou de governo de dominação. Se antes, quando a dominação se dava em nome de uma só pessoa, tinha-se a Autocracia, aqui, quando ocorre em nome de um pequeno grupo de pessoas, tem-se a Oligarquia.

Poderia ter sido usada a nomenclatura Aristocracia, pois que etimologicamente representa ideia semelhante, mas, como este termo já fora adotado anteriormente, referindo-se à classificação das Formas de Governo quanto a ocupação, não seria adequado a reprodução da mesma palavra, aqui, para expressar sentido diverso.

É, portanto, seguindo a mesma linha de raciocínio, quando uma pequena minoria de pessoas tem Direitos Políticos e participa da eleição do governante.

4.4.3. DEMOCRACIA¹²⁴

Aqui fica claro um problema para a Teoria do Estado. Uma expressão já carregada de sentido, na modernidade, assumiu outro sentido, sem deixar para trás primeiro. É que, quando se classifica um governo com relação à sua origem, vê-se que, na mesma perspectiva que vem sendo desenvolvida, a Forma de Governo seria Democrática quando da eleição daqueles que ocuparão a chefia do órgão Executivo participarem a maioria da população. Importante reparar que, para participar da eleição do governante, essa maioria da população deve ser detentora de Direitos Políticos. Assemelha-se, portanto, ao entendimento de Roberto Mangabeira, quando este autor diz que “o requisito fundamental da moderna democracia é o direito da massa dos cidadãos de participar em periódicas e honestas eleições nas quais lhe é oferecida uma escolha autêntica”¹²⁵.

¹²⁴ Este o sentido moderno da palavra Democracia, mais comumente aplicado.

¹²⁵ UNGER, Roberto Mangabeira. Conhecimento e política. Trad. Edyla Mangabeira Unger. Rio de Janeiro: FORENSE, 1978, p. 359

À exceção da periodicidade, que compõe a noção de República, como já visto, do elemento da honestidade, que não deve ser considerado em razão de sua natureza intrinsecamente subjetiva, a definição apresentada pelo supracitado autor é aquela que melhor se adequa ao sentido técnico da palavra Democracia nos dias atuais.

5. CONCLUSÃO

Com o acompanhamento histórico da estruturação do Estado foi possível perceber a necessidade, surgida na modernidade, pela adoção de novos critérios na elaboração de tipologias das Formas de Governo. A partir da classificação proposta por Rudolf Laun foi possível não só traçar o esboço de uma tipologia, pode-se dizer, bastante consistente para a explicação das conformações governamentais ao redor do mundo, mas também foi possível perceber que, dentro desta tipologia, o sentido técnico contido na expressão Democracia não é único, até mesmo em razão da ausência de um outro termo que pudesse substituir a carga histórica que a palavra carrega.

Quanto à esta inevitável ambiguidade assumida pela locução *Forma de Governo Democrática*, ora significando que a maioria da população exerce o poder (quanto à ocupação), ora que a maioria da população participa do processo de eleição dos governantes (quanto à origem), a esta não se impõe outra solução, pelo menos a curto prazo, senão reconhecer que, quanto àquele primeiro significado, ao invés de liga-lo à Democracia, deve-se identificá-lo com o Sistema de Governo Direto, de forma a reduzir, então, a mesma ideia a uma só expressão.

E diz-se a curto prazo porque, conforme já esboçado anteriormente, a melhor solução para este problema de linguagem seria a total desvinculação da expressão Democracia do sentido aristotélico que ela representa, por meio da criação de uma outra palavra para tomar-lhe o lugar, palavra esta que, de preferência, ainda não exista no vocabulário da língua portuguesa e que já não fosse associada a qualquer sentido próprio, justamente para evitar confusões semânticas como a aqui observada.

Contudo, a aplicabilidade prática desta última sugestão, sobretudo em uma sociedade em que é frequente o emprego indiscriminado da expressão Democracia, e onde ela tem surtido as mais diversas interpretações, seria de todo inviável, pois que a reeducação quanto a seu uso, que deveria ser de caráter nacional, seria impossibilitada pela própria falta de interesse do Estado, já que as consequências pragmáticas do seu uso equivocado são mínimas.

Resta, enfim, somente a alternativa de indicar, como tem sido feito, a possível, ainda que improvável, solução para uma melhor adequação linguística na futura Doutrina do Estado.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Política**. Trad. de Mario da Gama Kury. Brasília: UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA, 1985.

ASSIS BRASIL, Joaquim Francisco de. **Dictadura, Parlamentarismo, Democracia**. Rio de Janeiro: LEITE RIBEIRO FREITAS BASTOS, SPICER & CIA, 1927.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**. 20^a ed. Rio de Janeiro: GLOBO, 1981.

BARROS, Alberto Ribeiro de. **Estado e Governo em Jean Bodin**. Disponível em: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_27/rbcs27_08.htm. Acesso em setembro de 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estado de Direito**; disponível em: <https://pt.scribd.com/doc/43038759/Canotilho-Estado-de-Direito-LIVRO>; Acesso em setembro de 2017.

GROPPALI, Alexandre. **Doutrina do Estado**. Trad. Paulo Edmur, 2^a Ed; São Paulo: SARAIVA, 1968.

LIMA, Eusébio de Queiroz. **Teoria do Estado**; 8^a Ed. Rio de Janeiro: RECORD, 1957.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. 31^a ed., rev. e atual. São Paulo: SARAIVA, 2013.

MOREIRA, Adriano. **Ideologias Políticas**. Instituto Superior de Ciências Sociais e Política Ultramarina; Lisboa, 1964.

SARTORI, Giovanni. **A Teoria da Democracia revisitada: o debate contemporâneo**. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: ÁTICA, 1994, vol. I.

UNGER, Roberto Mangabeira. **Conhecimento e política**. Trad. Edyla Mangabeira Unger. Rio de Janeiro: FORENSE, 1978.

PPÉLIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. 3^a Ed. Lisboa: CALOUSTE, 1997.



Contidos nesta obra estão seletos estudos jurídicos produzidos por discentes da Faculdade Mineira de Direito - PUC Minas - em participação a ciclo de pesquisa promovido pelo Núcleo Acadêmico de Pesquisa no ano de 2017/2018. Aventuraram-se os autores ao investigar, empregando método multidisciplinar, as problemáticas diversas que os operadores do direito são compelidos a enfrentar.

AUTORES

<i>Ana Carolina Ronizini Braga</i>	<i>Lorena Carmo Sepúlveda</i>
<i>André de Figueiredo Pereira</i>	<i>Márcio Henrique Guimarães Baulino</i>
<i>Anne Shirley de Oliveira R. Martinss</i>	<i>Marcos Aurélio Diogo dos Santos</i>
<i>Antônio Carlos Lúcio Macedo de Castro</i>	<i>Mariana Costa Martoni</i>
<i>Carolina Godoi de Faria Marques</i>	<i>Mariana Fernanda de Souza Braga</i>
<i>Daniely Rosa Lana Araújo</i>	<i>Mariana Mendes Ribeiro</i>
<i>Elisa Bertilla de Siqueira Silva</i>	<i>Mateus Rocha de Souza</i>
<i>Gabriela Sol Guedes da Silva</i>	<i>Matheus Henrique Vieira Lage</i>
<i>Isabela Carvalho Trindade</i>	<i>Natalia Ferreira Figueiredo</i>
<i>Isabela Dias Homssi</i>	<i>Neuler Mendes Gomes Junior</i>
<i>João Alves de Souza Junior</i>	<i>Rafael Martins Souza</i>
<i>José Boanerges Meira</i>	<i>Raquel Virgínia Assis Pereira</i>
	<i>Simone Diogo de Souza</i>
	<i>Vívian Valamiel</i>
	<i>Yara Santos de Oliveira Gomes</i>

**Bárbara Thaís Pinheiro Silva
Neuler Mendes Gomes Junior
Pedro Henrique Cardoso Gonçalves**

Organizadores