

conceito jurídico

ano III | novembro de 2019 | nº 35



Breno Lobato Cardoso

MP da transação tributária
Pág. 8



Trinta anos da Convenção dos Direitos das Crianças

DOCTRINA

Rocco Antonio Rangel
Rosso Nelson

Da regra constitucional sobre o
acúmulo de cargos e o
Parecer GQ -145/98 da AGU

VISÃO JURÍDICA

Marcos Ramayana

Crime de denúncia
caluniosa eleitoral

CIÊNCIA JURÍDICA EM FOCO

Ivan Barbosa Rigolin

O novo pregão eletrônico.
Novidades do Decreto nº 10.124,
de 20 de setembro de 2019

ASSINE

conceito jurídico

À frente dos grandes
temas jurídicos



conceito jurídico

EDITORA E DIRETORA RESPONSÁVEL: Adriana Zakarewicz

Conselho Editorial: Almir Pazzianotto Pinto, Antônio Souza Prudente, Esdras Dantas de Souza, Habib Tamer Badião, José Augusto Delgado, José Janguê Bezerra Diniz, Kiyoshi Harada, Luiz Flávio Borges D'Urso, Luiz Otavio de O. Amaral, Otavio Brito Lopes, Palhares Moreira Reis, Sérgio Habib, Wálteno Marques da Silva

Diretores para Assuntos Internacionais: Edmundo Oliveira e Johannes Gerrit Cornelis van Aggelen

Colaboradores: Alexandre de Moraes, Álvaro Lazzarini, Antônio Carlos de Oliveira, Antônio José de Barros Levenhagen, Aramis Nassif, Arion Sayão Romita, Armand F. Pereira, Arnaldo Wald, Benedito Calheiros Bonfim, Benjamim Zymler, Cândido Furtado Maia Neto, Carlos Alberto Silveira Lenzi, Carlos Fernando Mathias de Souza, Carlos Pinto C. Motta, Décio de Oliveira Santos Júnior, Eliana Calmon, Fátima Nancy Andrighi, Fernando Tourinho Filho, Fernando da Costa Tourinho Neto, Georgenor de Souza Franco Filho, Geraldo Guedes, Gilmar Ferreira Mendes, Gina Copola, Gustavo Filipe B. Garcia, Humberto Theodoro Jr., Inocêncio Mártires Coelho, Ivan Barbosa Rigolin, Ives Gandra da Silva Martins, Ivo Dantas, Jessé Torres Pereira Junior, J. E. Carreira Alvim, João Batista Brito Pereira, João Oreste Dalazen, Joaquim de Campos Martins, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, José Alberto Couto Maciel, José Carlos Arouca, José Carlos Barbosa Moreira, José Luciano de Castilho Pereira, José Manuel de Arruda Alvim Neto, Lincoln Magalhães da Rocha, Luiz Flávio Gomes, Marco Aurélio Mello, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Mário Antonio Lobato de Paiva, Marli Aparecida da Silva Siqueira, Néelson Nery Jr., Reis Friede, René Ariel Dotti, Ricardo Luiz Alves, Roberto Davis, Tereza Alvim, Tereza Rodrigues Vieira, Toshio Mukai, Vantuil Abdala, Vicente de Paulo Saraiva, William Douglas, Youssef S. Cahali.

Diretor Geral: André Luis Marques Viana

Revisão: ZK Editora

Arte e Diagramação: Charles Design

Marketing: Diego Zakarewicz

CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CLIENTE

Tel. (61) 3263-1362

Redação e Correspondência

artigos@zkeditora.com.br

Revista Conceito Jurídico é uma publicação da Zakarewicz Editora. As opiniões emitidas em artigos assinados são de inteira responsabilidade dos seus autores e não refletem, necessariamente, a posição desta Revista.

ANÚNCIOS

comercial@zkeditora.com.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo.

APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

LEITURA INDISPENSÁVEL
PARA QUEM QUER ESTAR
EM SINTONIA COM AS
TENDÊNCIAS DO
MUNDO JURÍDICO


zakarewicz
editora





Renato Scardoa

Projeto de Novo Código Comercial: Preceitos e Objetivos

A nomeação da equipe técnica que terá a incumbência de trazer suporte jurídico aos Senadores na apreciação do projeto de novo Código Comercial reacendeu os embates dos que defendem um novo Código Comercial e aqueles que têm aversão a este novo projeto. Os dois grupos são formados por juristas admiráveis que fundamentam o seu posicionamento em justificativas extremamente razoáveis.

Entretanto, apesar dos diversos argumentos então apresentados, neste momento é precipitado definir qualquer posicionamento. Primeiro, porque a versão atualizada da proposta de substitutivo a ser apresentado pela Senadora Soraya Thronick, ainda não foi concluída; segundo, porque é justamente o papel e objetivo da Comissão, trazer reflexões e buscar respostas e argumentos para que se chegue a uma conclusão embasada, e não, apontar vencidos e vencedores. A resposta sobre a necessidade de um novo Código Comercial deve surgir após

os debates e não antes deles. É assim que são (ou deveriam ser) as decisões nos sistemas democráticos.

Temos que ter muito cuidado para que os erros do passado não se repitam, afinal, o Direito Comercial foi muito desgastado nos últimos anos, seja com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, que praticamente retirou a sistematicidade do Direito Comercial, ao trazer poucos avanços, muita polêmica e refletindo uma realidade empresarial já ultrapassada naquela época, seja como a proliferação de leis esparsas, desorganizadas e redundantes, muitas desatualizadas com as práticas empresariais atuais, com a realidade do empresariado brasileiro, com nosso contexto econômico, com as boas práticas adotadas internacionalmente e com as pretensões brasileiras de se alinhar a uma nova economia.

Esse fenômeno teve como consequência a insegurança jurídica para os empreendedores brasileiros, investidores estrangeiros e para os aplicadores do Direito Brasileiro. O que nos leva a crer na necessidade de um novo marco legal, mais organizado, enxuto, que proporcione maior segurança jurídica, refletindo nossos valores constitucionais de garantir o livre mercado, estimulando a inovação e a tecnologia com objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos, além de estar alinhado com as boas práticas internacionais, para estimular a integração da nossa economia e dos nossos empreendedores com os mercados internacionais.

Para que se chegue à conclusão sobre como deve ser este novo marco legal do Direito Comercial e se ele deve ser construído a partir de um novo Código Comercial, muitas reflexões devem ser feitas, principalmente, no âmbito da Comissão do Senado, dentre elas:

- (i) Quais são os principais problemas atuais do Direito Comercial Brasileiro?
- (ii) Em que aspectos nosso sistema pode ser melhorado?
- (iii) Quais fatores levaram a necessidade de revisão do arcabouço jurídico do Direito Comercial Brasileiro?
- (iv) Quais problemas pretendemos evitar com um novo Código Comercial?
- (v) Quais bens jurídicos devem ser tutelados por este novo marco legal e de que forma as mudanças legislativas propostas poderão ajudar nesta tutela?
- (vi) Sobre a proposta de um novo marco legal para o Direito Comercial: a) Estão refletidos os princípios constitucionais? De que forma? b) Quais os impactos que se pretende causar no nosso atual estágio econômico? c) As melhores práticas internacionais foram observadas? Quais? e) Qual norma pretende-se revogar ou consolidar? d) De que forma poderá criar os subsídios necessários para a inserção brasileira em uma nova economia baseada na tecnologia e na inovação?
- (v) Qual a melhor forma de sistematizar o Direito Comercial?
- (vi) De que forma a criação de um Código ajuda este processo?
- (vii) Quais temas devem ser codificados e quais deverão ser sujeitos a leis específicas?

Sem que estas e outras perguntas sejam respondidas e os objetivos sejam bem traçados, continuaremos a correr o risco de no presente, repetir os erros do passado, que certamente impactarão o nosso futuro. 

RENATO SCARDOA é sócio de Franco Advogados e integrante da equipe técnica do Senado Federal para debate do projeto de Novo Código Comercial.

MESMO QUE ELA TENHA SE OFERECIDO.
MESMO QUE ELA ESTEJA PRECISANDO DO DINHEIRO.

#MENORNÃO

EXPLORAÇÃO SEXUAL INFANTIL É CRIME.
É VERGONHOSO. É IMPERDOÁVEL. É NÃO.



LIBERTA.ORG.BR



INSTITUTOLIBERTA



LIBERTAINSTITUTO



SUMÁRIO

3

COM A
PALAVRA

Projeto de Novo Código Comercial: Preceitos e Objetivos

Renato Scardoa

8

ENTREVISTA

MP da transação tributária

Breno Lobato Cardoso

10

DIREITO E
BIOÉTICA

De quem é a responsabilidade pelos erros das decisões judiciais sobre matéria de saúde?

Fernando Bianchi

13

PROPOSTAS E
PROJETOS

A reforma da lei de falências e recuperação de empresas

Daniel Carnio Costa e
Pedro F. Teixeira

16

PAINEL
ECONÔMICO

Liberalização Cambial

Jairo Saddi

18

PAINEL DO
LEITOR

Back Friday – Cuidado para não cair na fraude

Gisele Truzzi

22

DESTAQUE

Negar a tipicidade das regras de processo penal é praticar o arbítrio

Antonio Sérgio A. Moraes Pitombo

24

CAPA

Trinta anos da Convenção dos Direitos da Criança

Paulo Afonso Garrido de Paula

31

CAPA

Instrumentos de efetivação dos direitos infantojuvenis nos casos de violência intrafamiliar

Valéria Silva Galdino Cardin e
Tatiana de Freitas Giovanini Mochi

75

CAPA

Casal homoafetivo e a adoção

Eudes Quintino de Oliveira Júnior

79

CONTEXTO

Desastres ambientais, uma fragilidade brasileira diante dos tratados internacionais

Alberto José Pinheiro de Carvalho

82

CONJUNTURA

Transação e o “Contribuinte Legal”

Amanda Pahim e
Diego Fischer

84

GESTÃO
EMPRESARIAL

Empreendendo em tempos de crise econômica, financeira ou patrimonial. Da Recuperação Judicial sob a ótica da ordem econômica

Rose Giacomini

86

CIÊNCIA JURÍDICA
EM FOCO

O novo pregão eletrônico. Novidades do Decreto nº 10.124, de 20 de setembro de 2019

Ivan Barbosa Rigolin

94

TENDÊNCIAS

Desinformação: um risco à democracia

Ana Cristina Rosa

96

PORTAL JURÍDICO

O mínimo existencial no âmbito do Direito Tributário e a responsabilidade internacional do Estado por violação dos Direitos Humanos

Aline Milanski

103

VISÃO
JURÍDICA

Crime de denúncia caluniosa eleitoral

Marcos Ramayana

112

OBSERVATÓRIO
JURÍDICO

Decretar condução coercitiva agora pode caracterizar crime de abuso de autoridade

Eduardo Luiz Santos Cabette e
Francisco Sannini Neto

118

DOCTRINA

Da regra constitucional sobre o acúmulo de cargos e o Parecer GQ-145/98 da AGU

Rocco Antonio Rangel
Rosso Nelson

129

PONTO
DE VISTA

Prazo para ingressar com as ações de revisão do FGTS não se encerrou

Renato Falchet Guaracho



ARQUIVO PESSOAL

Breno Lobato Cardoso

MP da transação tributária

O Governo Federal editou recentemente a MP nº 899, de 16 de outubro de 2019, denominada “MP do contribuinte legal”, que objetiva regulamentar o art. 171 do CTN e prevê a possibilidade de transação na esfera tributária. Diante da nova norma, a classe empresarial ficou animada com a possibilidade de um novo Refis, de modo que as bancas de advocacia estão sendo muito consultadas sobre a possibilidade de adesão ao “novo Refis”. E para falar sobre a MP da Transação Tributária, a Conceito Jurídico convidou o Advogado, Mestre em Direito pela UFPA, MBA em Direito Tributário pela FGV, Diretor da Associação dos Advogados Tributaristas do Pará, Professor da Pós-Graduação em Direito Tributário do CESUPA e Procurador Autárquico da Junta Comercial do Pará, Breno Lobato Cardoso, para discorrer sobre o assunto. Confira!

CONCEITO JURÍDICO – *A MP nº 899 trata de um “novo Refis”?*

BRENO LOBATO CARDOSO – Desde logo, que fique claro: não se trata de um novo Refis! E, além disso, para pleitear a transação é necessário aguardar a regulamentação pela PGFN.

CONCEITO JURÍDICO – *Já que não se trata de um “novo Refis”, qual o objetivo da norma?*

BRENO LOBATO CARDOSO – A norma em questão busca, na verdade, acabar com os recorrentes Refis, que dão descontos “agressivos” e prazos longos em momentos em que o Fisco precisa resolver um problema de caixa, o que tem gerado o efeito perverso na economia, na medida em que o contribuinte, diante de um passivo fiscal, prefere lançar mão da estratégia de litígio para se valer mais à frente dos generosos descontos e prazos a serem concedidos no próximo Refis.

CONCEITO JURÍDICO – *Será que o governo conseguirá diminuir os litígios?*

BRENO LOBATO CARDOSO – Nesse ponto, é importante reconhecer o mérito do Governo em trazer à discussão a possibilidade de transação entre Fisco e contribuinte, medida salutar, que pode servir como diminuição sim, da litigiosidade e que encontra consonância com as normas que inspiraram o CPC/2015.

CONCEITO JURÍDICO – *Será que essa norma irá “pegar”?*

BRENO LOBATO CARDOSO – Há sérias dúvidas se a norma em questão vai “pegar” e uma das razões para isso é que a norma em questão não é tão atrativa ao contribuinte, uma vez que, os descontos concedidos de até 50% nos juros e multas e até 70% para pessoas,

microempresas e empresas de pequeno porte são menores que os concedidos por alguns Refis. Basta lembrar dos descontos concedidos no Refis da Crise, que chegavam a 100% de multa de mora, 45% juros de mora e 100% do encargo legal (lei 11.941/2009, cujo prazo foi reaberto pelas leis 12.685/2013 e 12.973/2014); e, além disso, os descontos somente serão aplicados para créditos irrecuperáveis ou de difícil recuperação, a critério da autoridade fiscal. Ora, se o crédito já é considerado irrecuperável ou de difícil recuperação, provavelmente sequer será objeto de execução fiscal, haja vista o ajuizamento seletivo realizado a partir da Portaria PGFN nº 33/2018, de modo que sem risco de perda patrimonial não há muitos incentivos a regularização desse débito mesmo com desconto, a exceção de empresas que necessitam de regularidade fiscal para trabalhar; e por último o prazo para pagamento em até 84 (oitenta e quatro) meses e de 100 (cem) meses para microempresas e empresas de pequeno porte também é menor que o concedido por alguns Refis. Basta lembrar o prazo de 180 (cento e oitenta meses) previsto no Refis da Crise (lei 11.941/2009, cujo prazo foi reaberto pelas leis 12.685/2013 e 12.973/2014).

CONCEITO JURÍDICO – *Será que o contribuinte vai se sentir atraído por essas vantagens ou vai continuar a “esperar o próximo Refis”?*

BRENO LOBATO CARDOSO – Para que a norma seja efetiva é necessário que o Governo cumpra a promessa de não conceder mais Refis. Todavia, diante de um Congresso alinhado com a pauta econômica, imagina-se que dificilmente o Governo Bolsonaro chegará ao fim do mandato sem um novo Refis.

CONCEITO JURÍDICO – *E sobre a exclusão dos débitos do Simples Nacional?*

BRENO LOBATO CARDOSO – A exclusão dos débitos do Simples Nacional é outro ponto que chama atenção. Tema controverso, mas que possivelmente será emendado no Congresso, para o fim de incluir na possibilidade de transação créditos dessa natureza, a exemplo do que ocorreu com o PERT (programa de regularidade fiscal do Governo Temer), que inicialmente não abarcava os débitos do Simples Nacional, o que foi depois aprovado pela LC 162/2018.

CONCEITO JURÍDICO – *Qual a principal “virada” da norma?*

BRENO LOBATO CARDOSO – A principal “virada” da norma é prever a discricionariedade do Fisco em realizar, ou não, a transação, o que se não for muito bem regulamentado pela PGFN, poderá dar ensejo à violação ao princípio constitucional da impessoalidade.

CONCEITO JURÍDICO – *Qual será o critério para conceder, ou não, a transação do Refis?*

BRENO LOBATO CARDOSO – Veja, enquanto o modelo Refis trata a todos de maneira uniforme, possibilitando a todo contribuinte que tenha dívidas com o Fisco possa aderir ao sistema, seja ele um bom ou um mal contribuinte, o novo modelo da transação prevê que caberá a PGFN, em decisão discricionária, guiada por critérios de conveniência e oportunidade, conceder, ou não, a transação, conforme prevê o art. 1º, §1º da MP.

CONCEITO JURÍDICO – *Isso quer dizer que os contribuintes serão tratados com diferenças?*

BRENO LOBATO CARDOSO – Isso significa que quando o Fisco não considerar conveniente, não concederá a transação. E isso inclui, certamente, diante do art. 5º, I, todo contribuinte que tenha patrimônio suficiente para pagar a dívida, cujo crédito fatalmente não será classificado como irrecuperável ou de difícil recuperação. Penaliza-se, assim, o “bom contribuinte”, que eventualmente tenha um litígio com o Fisco e que tenha condições de garantir a dívida seja mediante seguro, fiança ou penhora de bens.

CONCEITO JURÍDICO – *Qual o recado que o Sr. deixa para os nossos leitores?*

BRENO LOBATO CARDOSO – É necessário reconhecer os méritos do Governo ao trazer ao debate proposta de transação tributária, o que por si só já é louvável. Mas, há de se reconhecer que o texto merece melhoramentos a serem realizados na Casa Legislativa. E, além disso, deve-se estar vigilante a regulamentação a ser feita pela PGFN. 

De quem é a responsabilidade pelos erros das decisões judiciais sobre matéria de saúde?

■ POR FERNANDO BIANCHI

O crescimento das ações judiciais tratando de questões relacionadas à saúde tem cada vez mais conquistado relevância na movimentação e no volume de demandas junto ao Poder Judiciário.

Em recente pesquisa realizada pelo INSPER, encomendada pelo CNJ, divulgada no Hospital Sírio Libanês em São Paulo em março de 2019, foi constatado o aumento de 130% de ações judiciais relativas à saúde entre os anos de 2008 e 2017. Nesse período foi contabilizado cerca de 500 mil ações dessa natureza.

Conforme constatado também pela referida pesquisa, a qualidade da prestação jurisdicional em tais ações não tem sido a desejada.

Tal reconhecimento tem decorrido da própria cúpula do judiciário, tanto que o próprio Presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. Dias Toffoli, afirmou que “os magistrados não podem administrar o orçamento das empresas de saúde”, assim como sobre “a necessidade de minorar a participação da Justiça na resolução de conflitos ligados à saúde”.

E boa parte da responsabilidade pela má prestação jurisdicional no julgamento de ações afetas à matéria relacionada à saúde, se dá pela postura de magistrados que não utilizam ferramentas criadas pelo próprio CNJ em parceria com conceituadas instituições médicas como Hospital Albert Einstein e Hospital Sírio Libanês, para melhorar a qualificação das decisões, como o “NATs, NAT-JUS e COMITEC”, por exemplo.

Conforme dados da referida pesquisa produzida pelo INSPER, menos de 20% dos acórdãos utilizam pareceres técnicos e fundamentação específica.



“Tão importante quanto a discussão sobre o crescimento da judicialização da saúde, é a responsabilização de suas consequências de forma eficaz, situação que convida os operadores do direito a refletir sobre eventual alteração legislativa, visando de forma objetiva e autônoma, a responsabilização pessoal e direta do magistrado responsável por uma medida de urgência mal concedida, sem o anteparo do Estado e de todos os atuais óbices protetivos impostos pela legislação infraconstitucional.”

O que se vê na prática forense contenciosa, são decisões com pouco embasamento técnico à luz da medicina e até mesmo jurídico, à luz das respectivas legislações específicas.

Para os planos de saúde e hospitais, o resultado de tais decisões é catastrófico, injusto e extremamente danoso.

Para os pacientes, há situações que também se mostram danosas, pois existem decisões que consideram exclusivamente a posição do médico assistente, sem qualquer filtro ou ponderação, não obstante, por vezes estar contaminada por conflito de interesses, gerando perigo e má prestação jurisdicional, mesmo nas hipóteses de procedências dos respectivos pleitos.

Em São Paulo, 82% das ações relativas à saúde, se referem às operadoras de planos de saúde privado.

E nesse peculiar, se verifica milhares de decisões contrárias a tais empresas que exercem importante papel na prestação da saúde complementar, num estado, cuja saúde pública não tem condições de cuidar da população.

A lida processual do dia a dia, demonstra o desequilibrado assistencialismo indevido, trazido por decisões judiciais, que ignoram o subsistema legislativo editado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, bem como disposições contratuais e pareceres médicos, considerando meramente a necessidade da cobertura do atendimento por parte do paciente, e, não, o seu efetivo direito à luz do contrato e da legislação.

Ocorre que esse tipo de “pseudo solução” individual, no âmbito global, provoca uma reação em cadeia, que prejudica milhares de outros beneficiários e a própria sociedade.

O cenário se torna ainda pior, em relação à desenfreada concessão de tutelas de urgência, “liminares”, em sede de ações judiciais, que impõe imediato desembolso de verdadeiras fortunas no custeamento de coberturas que ao final em seu julgamento de mérito, são julgadas improcedentes.

Nessas situações, em que pese a lei processual civil garantir que o autor da ação é responsável pelos prejuízos decorrentes da concessão das medidas de urgência, na prática, os beneficiários, em grande parte, detentores dos benefícios da justiça gratuita e sem patrimônio pessoal para fazer frente aos prejuízos, saem impunes e com o tratamento que não tinham direito gratuito e, por sua vez, a operadora com o prejuízo.

O pior é que a própria lei processual civil determina aos magistrados que as tutelas de urgência não devem ser concedidas quando se mostrarem irreversíveis, como no exemplo supra, porém, ainda assim, a concessão de tais medidas não encontra efetivo filtro.

É de vital necessidade que os magistrados desconstruam o pré-conceito de que as operadoras de planos de saúde adotam posturas ilegais como regra, assim como ter a sensibilidade sobre a irreversibilidade prática das medidas de urgência antes de sua concessão.

Tudo porque, nas hipóteses de erro judiciário na concessão das medidas de urgência, confirmados por decisões de improcedência de mérito no julgamento da ação, mesmo existindo lei processual civil garantindo em tese, o respectivo ressarcimento pelos prejuízos gerados pela liminar, na prática, o prejuízo e dano definitivo à operadora de plano de saúde são certos.

Portanto, tão importante quanto a discussão sobre o crescimento da judicialização da saúde, é a responsabilização de suas consequências de forma eficaz, situação que convida os operadores do direito a refletir sobre eventual alteração legislativa, visando de forma objetiva e autônoma, a responsabilização pessoal e direta do magistrado responsável por uma medida de urgência mal concedida, sem o anteparo do Estado e de todos os atuais óbices protetivos impostos pela legislação infraconstitucional. 



FERNANDO BIANCHI é Advogado e sócio de Miglioli e Bianchi Advogados. Especializado em Direito Médico e da Saúde. Membro das Comissões de Direito Médico e de Estudos de Planos de Saúde da OAB/SP.

A reforma da lei de falências e recuperação de empresas

■ POR DANIEL CARNIO COSTA E PEDRO F. TEIXEIRA

O Brasil está finalmente perto de aprovar a primeira grande reforma da Lei nº 11.101/05 (Falências e Recuperação de Empresas), que há muito vem sendo discutida por estudiosos e profissionais da área.

A discussão teórica dessa reforma de grande relevância para as empresas brasileiras teve início em 2016, quando o governo brasileiro decidiu tomar algumas medidas para aumentar a eficiência dos processos de insolvência e transformar o Brasil num destino mais seguro para investidores estrangeiros, sendo este um dos principais caminhos para superar a crise econômica. Nesse sentido, o então Ministério da Fazenda criou uma comissão para estudar e redigir um projeto de lei para reformar a Lei nº 11.101/05 (Portaria nº 467, de 16 de dezembro de 2016).

Como resultado dos esforços da mencionada comissão, foi apresentada no final de 2017 uma minuta de Projeto abrangente e complexa. Durante o período em que permaneceu na Casa Civil do governo Temer, as autoridades fiscais fizeram muitas alterações no anteprojeto original, transformando-o num projeto exageradamente favorável ao Fisco, se distanciando dos principais objetivos de uma necessária reforma do sistema de insolvência.

Devido a essas alterações, o projeto perdeu o apoio de muitos setores, incluindo dos membros da própria comissão. Mesmo assim, apesar das inúmeras críticas, o Ministério da Fazenda enviou o Projeto de Lei ao Congresso em 2018 (PL 10.220/18). Devido à falta de apoio e à forte resistência de importantes setores da economia, a Câmara dos Deputados não avançou com a discussão e aprovação do projeto.

Em 2019, sob o novo governo, destacando a atuação do Ministro Paulo Guedes, o tema entrou novamente na pauta da agenda econômica do país, ou seja, a organização da economia brasileira e o desenvolvimento de um sistema mais eficiente de reorganização das empresas foram considerados essenciais para superação da



“O Projeto Substituto, que já foi entregue oficialmente à reunião de líderes na Câmara dos Deputados em 17 de setembro de 2019, tem como grande mérito a reforma de aspectos pontuais que tornam o sistema brasileiro de insolvência mais moderno e adequado às necessidades do mercado. No mais, restam preservados os institutos já sedimentados na jurisprudência dos Tribunais, em respeito à segurança jurídica.”

crise econômica. Dessa forma, em maio deste ano, o Ministério da Economia criou uma nova comissão para trabalhar na formulação de um projeto de lei (Projeto Substitutivo), a partir de duas premissas fundamentais: ampla discussão com os diversos setores afetados pela crise das empresas e a busca por um consenso sobre os principais pontos a serem reformados.

O Deputado Federal Hugo Leal, designado pelo Presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia, assumiu a liderança deste Projeto na Comissão e na Câmara dos Deputados.

De acordo com o Projeto Substitutivo, é possível destacar dez principais pontos: o reequilíbrio do poder dos credores, com destaque para a possibilidade

de apresentação de plano de recuperação judicial pelos credores e vedação a distribuição de lucros ou dividendos pelos sócios da devedora. A maior segurança jurídica também é uma preocupação do projeto, ao definir de forma precisa o voto abusivo. Persegue-se, ainda, a redução do problema da sucessão nas unidades produtivas independentes e na alienação de bens. O fisco ganhou tratamento adequado à sua importância, mas compatível com a necessidade de preservação da atividade empresarial. Nesse sentido, há previsão de sua participação no processo recuperacional, com destaque para a criação de solução para a tributação do *hair-cut* (RJ) e do ganho de capital na alienação de bens (falência), a transação fiscal e novo parcelamento do crédito fiscal, além da maior participação do fisco também na falência. O Projeto Substitutivo também busca conferir maior modernização, desburocratização e celeridade aos processos de insolvência, com destaque para a revisão dos prazos processuais e criação de sistema eletrônico para deliberações dos credores, deliberações por adesão, intimação eletrônica, leilão eletrônico, compartilhamento de custos, fim do preço vil nas alienações judiciais e restrições a impugnações. Há significativa facilitação do encerramento da recuperação judicial e da falência. Há também a intenção de melhorar a eficiência da liquidação de ativos na falência, com redução do prazo para o recomeço empresarial do falido (*fresh-start*). Ponto igualmente importante, relacionado à injeção de dinheiro novo nas recuperações judiciais, é a criação de superprioridade para os créditos concedidos na modalidade de financiamento do tipo DIP Finance. Há expressa previsão e regulação da prática jurisprudencial da Perícia Prévia, uma vez que se trata de boa prática reconhecida pelo Conselho Nacional de Justiça. Há também regulamentação expressa da recuperação judicial de grupos econômicos e da ocorrência da consolidação substancial. Por fim, o Projeto Substitutivo traz uma completa regulação para insolvências transnacionais, com adoção do padrão utilizado pela Lei Modelo da Uncitral.

O Projeto Substituto, que já foi entregue oficialmente à reunião de líderes na Câmara dos Deputados em 17 de setembro de 2019, tem como grande mérito a reforma de aspectos pontuais que tornam o sistema brasileiro de insolvência mais moderno e adequado às necessidades do mercado. No mais, restam preservados os institutos já sedimentados na jurisprudência dos Tribunais, em respeito à segurança jurídica.

Construído a partir de discussões amplas e profundas com diversos setores do mercado e da academia, o Projeto Substitutivo pode ser considerado como um texto de consenso. Nesse sentido, espera-se que o Projeto tramite regularmente no Congresso, atingindo sua aprovação em curto espaço de tempo. Definitivamente, será uma vitória para todos os brasileiros. 



ARQUIVO PESSOAL

DANIEL CARNIO COSTA é Juiz de Direito titular da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo. Professor da PUC/SP. Membro do Grupo de Trabalho criado pelo Ministério da Fazenda pela Portaria nº 467/16 e também da Comissão formada pelo Ministério da Economia em 2019.



ARQUIVO PESSOAL

PEDRO F. TEIXEIRA é advogado especialista em insolvência empresarial. Professor da FGV-Rio. Membro da Comissão formada pelo Ministério da Economia em 2019.

Liberalização Cambial

■ POR JAIRO SADDI

“Conferir tratamento isonômico entre locais e estrangeiros não é apenas seguir os ditames constitucionais, mas minimamente se equiparar a qualquer jurisdição que celebra tratados internacionais e pretenda atrair capitais para o seu desenvolvimento.”

Reveste-se da maior importância o envio ao Congresso Nacional, na última semana do mês de outubro, do projeto de lei da liberalização cambial. Trata-se da consolidação das normas sobre o mercado de câmbio brasileiro, assim como dos capitais brasileiros no exterior e dos capitais estrangeiros por aqui. A exposição de motivos bem o justifica, uma vez que o arcabouço vigente nasceu e se desenvolveu ao “longo de momentos de severas restrições no balanço de pagamentos” e atualmente está dispersa em mais de 40 textos legais diferentes. Desde o Acordo de Taubaté, em 1906, que estabelecia preços mínimos para a compra do excedente da produção de café, criando assim a Caixa de Conversão do Banco do Brasil a fim de estabilizar o câmbio, nossa disciplina de capitais estrangeiros é discutida e remendada, assunto que em qualquer outro lugar não causa o mesmo *frisson*.

Essencialmente nada muda – já que se trata de uma sistematização das normas vigentes, mas, ao mesmo tempo, tudo muda. Por exemplo, a possibilidade de abrir as operações de câmbio às instituições não bancárias, o avanço da agenda da plena conversibilidade do real e a admissibilidade da compensação privada em determinados casos entre residentes e não residentes, entre outras inovações.

Como nos ensina a teoria geral, trata-se (se aprovada, claro) de uma lei programática. Vale dizer, pretende-se delinear as normas gerais em que os agentes econômicos podem agir e como devem se comportar. Já no início do texto, afirma-se que a taxa de câmbio será livremente pactuada entre as instituições autorizadas e que todas as operações são livres e ilimitadas, observadas a legislação e as diretrizes estabelecidas. Isto é, em si, uma afirmação da liberdade econômica, especialmente se considerarmos nosso triste histórico de intervenção no domínio econômico, especialmente em matéria cambial. Ilustra-se, e apenas como curiosidade histórica, com a Lei nº 4.131/61, que, em sua versão original, estabelecia limites quantitativos ao repatriamento de capital e à remessa de lucros e dividendos. Por

exemplo, uma vez registrado, o capital não poderia ser retornado senão à proporção de 20% por ano; os rendimentos do capital de risco não eram remetidos no que excedesse anualmente a 10% do registro, sem qualquer compensação nos exercícios subsequentes, entre outras excentricidades.

É bom lembrar que todo esse arsenal foi criado no passado pelo fato de haver centralização cambial no Brasil – o que significa dizer um caixa único para divisas estrangeiras. No passado, a liberdade cambial se circunscrevia às remessas autorizadas com base na CC-5 – remessas de entrada e saída de divisas em moeda nacional para o exterior por não residentes. Se no passado recente o fluxo de ingresso ou saída era ato registral de autorização expressa do Banco Central (ainda que depois tenha se transformado em mera formalidade, seja para pedidos de autorização, seja para ingresso de investimentos), atualmente fala-se em “prestação de informações” à Autoridade Monetária, o que, convenhamos, é um avanço institucional notável.

Não há como continuar a regular todas as operações cambiais possíveis e imagináveis num mundo globalizado. Daí a necessidade de modernizar nossa ideia de capital estrangeiro: aqui, é importante separar a discussão sobre haver ou não restrição à entrada de capitais, se trazem ou não maior vulnerabilidade, como apontou Mônica de Bolle, no *Jornal Valor Econômico*. O Brasil só tem a ganhar com uma agenda clara e límpida para o capital estrangeiro, com requisitos mínimos e confiáveis. Evidente que, em última análise, o que define se o capital estrangeiro será ou não investido aqui depende da confiança no país, o que o define como uma condição suficiente. Mas é verdade que a infernal burocracia poderia acabar por afastar os já tão desejados investidores e inibir possíveis investimentos brasileiros no exterior. Assim, conferir ao BC a possibilidade de expandir o acesso de pessoas físicas e jurídicas não bancárias a titulares de contas em moedas estrangeiras é um sinal de progresso econômico e modernidade, assim como autorizar os bancos a deterem depósitos em reais e em moeda estrangeiras com objetivos de reduzir custos de transação.

Quanto às restrições de conversibilidade, Mônica de Bolle está correta ao afirmar que, se não houver medidas de abertura econômica, o impacto da modernização será minimizado, dado que não haverá demanda por reais. Mas as restrições cambiais precisam ser analisadas com muito cuidado. Há o risco de termos meros *currency boards*, moedas locais trocadas por moedas mais fortes, como no caso argentino do Cerralito (1991), mas também há a amarração total a uma moeda única, como o euro, no caso europeu. São casos distintos que envolvem certo grau de renúncia de soberania pela moeda em que um funciona e o outro não. E é este o tema que Roberto de Oliveira Campos Neto, em seu pronunciamento na cerimônia de posse do cargo de presidente do Banco Central, deixou explícito ao afirmar que, apesar de termos um “diagnóstico bem definido, sabemos onde queremos chegar e temos também um caminho a seguir”. Pois bem, o caminho acaba de começar e espera-se que tenhamos, um dia, a livre conversibilidade do real.

Redesenhar a legislação do capital estrangeiro, dando-lhe um aspecto atual, espírito modernizador e jeito mais racional já não tem o mesmo condão ideológico no debate nacional, mas ainda causa certo desconforto. Conferir tratamento isonômico entre locais e estrangeiros não é apenas seguir os ditames constitucionais, mas minimamente se equiparar a qualquer jurisdição que celebra tratados internacionais e pretenda atrair capitais para o seu desenvolvimento. Nada mais. 

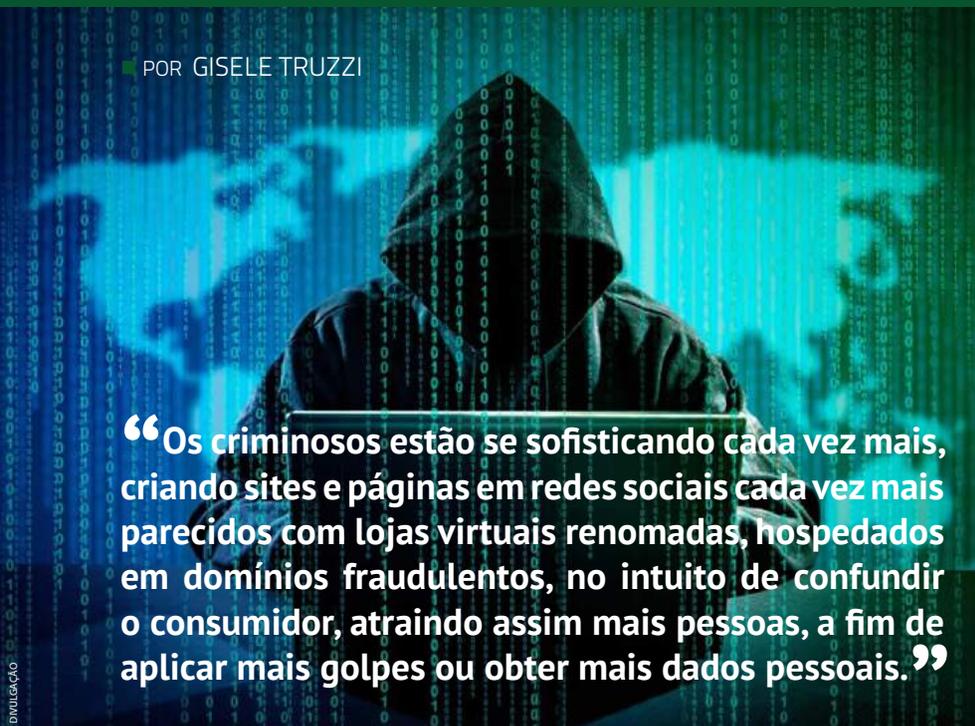


ARQUIVO PESSOAL

JAIRO SADDI é Pós-Doutor pela Universidade de Oxford. Doutor em Direito Econômico (USP). Professor da Escola de Direito da FGV-Rio.

Black Friday – Cuidado para não cair na fraude

■ POR GISELE TRUZZI



“Os criminosos estão se sofisticando cada vez mais, criando sites e páginas em redes sociais cada vez mais parecidos com lojas virtuais renomadas, hospedados em domínios fraudulentos, no intuito de confundir o consumidor, atraindo assim mais pessoas, a fim de aplicar mais golpes ou obter mais dados pessoais.”

A *Black Friday* surgiu nos Estados Unidos, quando muitas lojas lançam promoções na última sexta-feira de novembro, após o “Dia de Ação de Graças”, para liquidarem seus estoques de final de ano.

Como não poderia deixar de acontecer, muitos países acabaram se espelhando nesta data comemorativa do varejo americano e também fazem suas liquidações. No Brasil, também vemos inúmeras lojas (online e físicas) já divulgando suas promoções de *Black Friday*, a fim de atraírem os consumidores para as compras natalinas.

Enquanto muitas empresas estão se preparando para lançar as promoções na *Black Friday*, muitos cibercriminosos também preparam seus golpes.

São inúmeros *phishing scam* espalhados pela internet e redes sociais, a todo o momento, que se aproveitam de datas comemorativas do comércio para fisgarem os mais desatentos.

Você sabe o que é *phishing scam*?

É um e-mail, mensagem (via SMS, Whatsapp, mensagem direta nas redes sociais, etc) ou página (fanpage no Facebook, perfil em rede social, site, blog, etc) falso, que tem o intuito de se passar por terceiro (uma conhecida rede de varejo, por exemplo), divulgando informações inverídicas, mas extremamente atrativas para quem as recebe estimulando assim o usuário a clicar neste conteúdo. Uma vez que o indivíduo clica no material recebido, geralmente é instalado um código malicioso em seu dispositivo (celular ou computador), que acaba capturando os dados digitados e trafegados naquele aparelho. Assim, o fraudador poderá ficar sabendo, por exemplo, das senhas digitadas em redes sociais, contas bancárias, e-mails, conteúdo enviado/recebido e outros dados pessoais armazenados no dispositivo. Geralmente o usuário não percebe qualquer alteração em seu dispositivo: ele clica em um link recebido ou na página em questão e nada acontece, mas a fraude já está ocorrendo em 2º plano.

É desta forma que ocorrem grande parte das invasões a dispositivos informáticos e vazamentos de dados pessoais.

Como que o fraudador consegue obter esse clique do usuário? Simples. Basta atrair a atenção do seu alvo: utilizar o assunto do momento – “Black Friday”, por exemplo – ou qualquer outro fato curioso, polêmico, e vinculá-lo a um conteúdo visualmente atrativo, que pareça verídico. Exemplo típico de fraude na *Black Friday*: uma promoção de um produto por um valor extremamente inferior ao preço real, hospedada em uma fanpage falsa de uma grande loja de eletrônicos, com identidade visual semelhante. O consumidor, atraído pela oferta sedutora, clica no link rapidamente, efetua a compra, paga o boleto bancário e tempos depois, quando não recebe o produto, percebe que caiu em uma fraude. Só neste momento é que ele vai perceber que o endereço da página onde comprou era diferente da página oficial daquela rede de lojas, que o valor do produto no site oficial desta rede era diverso, que o boleto emitido estava em nome de terceiro desconhecido sem qualquer relação com este varejista... Aí já é tarde, ele já caiu no golpe. Resta registrar um Boletim de Ocorrência e aguardar o desfecho do caso.

Esse tipo de situação ocorre com frequência e tal fato pode ser considerado um crime de estelionato, previsto no art. 171 do Código Penal:

Art. 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.

No exemplo citado acima, a fraude eletrônica estará configurada a partir do momento em que a vítima efetuar o pagamento da transação bancária. Portanto, será vítima da fraude somente o indivíduo que de fato teve prejuízo financeiro. O simples recebimento de mensagens de cunho fraudulento, sem que o destinatário sofra efetivamente qualquer prejuízo, não caracteriza o crime de estelionato, pois esta conduta estará no âmbito da tentativa.

Os criminosos estão se sofisticando cada vez mais, criando sites e páginas em redes sociais cada vez mais parecidos com lojas virtuais renomadas, hospedados em domínios fraudulentos, no intuito de confundir o consumidor, atraindo assim mais pessoas, a fim de aplicar mais golpes ou obter mais dados pessoais.

Se você pesquisar por “Black Friday” e outros termos relacionados nos principais buscadores da internet, com um pouco de atenção, certamente já irá se deparar com essas páginas falsas.

Portanto, todo o cuidado é pouco! Fique atento para que sua “Black Friday” não se transforme em uma grande dor de cabeça.

Para evitar cair em fraudes eletrônicas, fique atento a estas dicas:

1. Instale um ótimo antivírus em seu computador e em seu celular (sim, é muito importante que seu celular também possua antivírus de varredura instantânea. Há bons antivírus gratuitos nas lojas de aplicativos, e há excelentes antivírus pagos por valores menores do que você imagina). Habilite a pesquisa segura para este antivírus: o software poderá alertar-lhe sobre eventuais sites nocivos/invasivos quando você estiver navegando na internet.

2. Não abra todo conteúdo que recebe principalmente se tiver um link, mesmo que seja mensagem enviada no grupo da família via WhatsApp. (Pode ser um *phishing scam* (ou uma *fake news*) encaminhado por alguém que não tem ideia desse risco).

3. Desconfie de todos os e-mails recebidos. Verifique se o endereço do remetente do e-mail é conhecido, se tem relação com o conteúdo enviado, se o domínio do e-mail tem relação com o site vinculado àquela oferta.

4. Pare o mouse sobre o link e não clique, apenas observe o link que se forma: geralmente os links fraudulentos são extensos e/ou possuem uma terminação sem qualquer relação com a loja virtual pela qual tentam se passar. Portanto, se o conteúdo do e-mail fizer menção a uma determinada loja, mas o link que aparece não está relacionado à mesma loja/marca, pare por aí!

5. Veja se a página da loja virtual onde você vai comprar é segura, se possui certificado digital com a menção “https”.

6. Observe se há erros de ortografia/gramática. Páginas, e-mails e mensagens fraudulentas geralmente deixam passar batidos os erros de português.

7. Utilize um navegador que em suas políticas de privacidade bloqueie o rastreamento de seus dados pessoais por sites considerados invasivos.

8. Desconfie de anúncios com preços muito inferiores aos praticados pelo mercado. Não acredite em promoções fenomenais.

9. Procure pela página ou site oficiais da marca/loja. Confira se aquele anúncio é real (grandes marcas possuem um selo de verificação em suas páginas nas redes sociais). Compare os preços no site da marca/loja e no link divulgado em questão. Veja se o endereço da página divulgado no anúncio confere com o endereço da página oficial. Observe o link que aparece em seu navegador, caso esteja navegando em uma rede social.

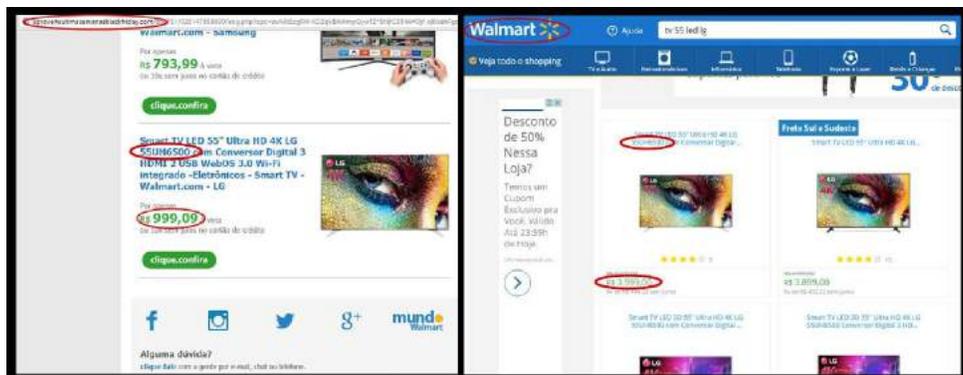
10. Verifique se o site consta na “lista negra” do PROCON de seu Estado.

11. Pesquise pelo nome da loja nos buscadores da internet e sites como o “Reclame Aqui”. Veja se há comentários negativos nas redes sociais vinculadas à loja em questão.

12. Ao receber um e-mail de ofertas, tome as mesmas precauções e não clique em qualquer link, pois poderá ser instalado um código malicioso em sua máquina, que poderá danificar seu dispositivo, monitorar sua navegação ou capturar seus dados.

13. Todo o cuidado é pouco! Confira sempre ANTES de comprar! Verifique sempre no site da loja/marca se aquela campanha publicitária/promoção é real, quais são as condições de pagamento e de envio do produto. Se faltarem informações, certamente é porque aquela oferta é falsa.

*Na imagem abaixo: à esquerda, exemplo de um site falso, com anúncio fraudulento; e à direita, site original c/oferta real.



14. Havendo qualquer dúvida ou notando alguma divergência, não prossiga com a compra. Encaminhe o anúncio recebido para o site oficial da marca/loja, denuncie a fanpage/perfil para a rede social.

Caso você perceba que caiu em uma fraude eletrônica, tome as seguintes providências:

1. Armazene o anúncio que foi objeto do golpe: salve o e-mail original recebido, mantenha as mensagens recebidas, tire prints do anúncio publicado em rede social ou site com os respectivos links.

2. Guarde o(s) comprovante(s) de pagamento(s): boleto bancário recebido e respectivo comprovante, fatura do cartão de crédito, comprovante de depósito ou transferência bancária, etc.

3. Armazene toda e qualquer comunicação recebida durante e após o processo de compra (e-mails, mensagens, etc.).

4. Com estas provas impressas e também salvas em mídia eletrônica (ex: pen-drive), registre um Boletim de Ocorrência na delegacia mais próxima de seu endereço, pela prática do crime de estelionato. Caso sua cidade possua delegacia especializada em Crimes Eletrônicos, confira se tal delegacia atende especificamente este tipo de ocorrência.

5. Após o registro do Boletim de Ocorrência, dependendo do tipo de situação, se o golpista já for identificado, você poderá ingressar com uma ação junto ao Juizado Especial Cível e Juizado Especial Criminal, na tentativa de obter-se o reembolso do prejuízo causado, e também no intuito de punir o indivíduo pela prática do delito. Estas ações judiciais propostas perante os Juizados Especiais possuem um limite específico de valor para ressarcimento, não necessitam de advogado para seu acompanhamento e não requerem pagamento de custas judiciais.

6. Com as provas em mãos, você poderá entrar em contato com um advogado, preferencialmente especialista em Direito Digital, para que ele possa avaliar outras medidas cabíveis. 



GISELE TRUZZI é Advogada especialista em Direito Digital e fundadora de Truzzi Advogados;



*Antonio Sérgio Altieri de
Moraes Pitombo*

Negar a tipicidade das regras de processo penal é praticar o arbítrio

“As desculpas alicerçadas em pretensão poder geral de cautela do juiz penal ou em argumentos político-sociais – como o problema da corrupção – desnudam um Judiciário que em nada diverge dos juízes da França do Ancien Régime. Resta a dúvida, tão só, qual destino nossa história lhes proporcionará, com certeza bem diversa da guilhotina dos revolucionários de então.”

Passado tanto tempo de exercício da profissão de advogado, não poderia eu ter imaginado voltar a questões objeto de debates que espelhavam o encanto estudantil com a Revolução Francesa.

Dispendíamos horas em considerações em torno de Montesquieu, no primeiro ano de Direito no Largo de São Francisco. Afinal, havia exagero na afirmação do iluminista quanto ao juiz limitar-se a ser “la bouche qui prononce les paroles de la loi” (a boca que pronuncia as palavras da lei)?

Em verdade, ressalvado o Direito Penal (*lex certa, scripta, stricta e previa*), a rigidez do princípio da legalidade vinha temperada, pelos estudantes e professores do fim dos anos 80, pela necessidade de impor interpretação constitucional que iluminasse o ordenamento jurídico com os avanços trazidos pela Constituição de 1988.

No processo penal, isso era muito claro, pois o reconhecimento de direitos individuais no artigo 5º da Lei Maior exigia repensar o Código de Processo Penal de 1941, a contar de nova valoração jurídico-constitucional. O envolvido na persecução penal passava à condição de sujeito de direitos perante o Estado-jurisdição, e o processo penal deveria se caracterizar pela proteção jurídica ao indivíduo.

À época, almejavam-se Direito Penal e processo penal aplicados com vistas ao reconhecimento da dignidade humana, como princípio norte do sistema, apto a abrir os olhos do juiz criminal à pessoa do investigado, do réu e do condenado. Motivações vagas nas decisões judiciais quanto à culpabilidade e à pena, julgados obsoletos em tema de prisão cautelar, burocracia na execução penal seriam demolidos pela nova ordem constitucional.

Em três décadas, o sonho transformou-se em convívio com a ignorância preconceituosa, propalada pelo oportunismo da “lava jato”. Reitero, mais uma vez, que nunca se disse tanta bobagem na Justiça penal – e em cortes – como nos últimos tempos. O Brasil atual vê magistrados atuarem nos casos judiciais, negando normas cogentes e interpretando sem vínculo a método, regras e princípios de Direito.

É ilegítimo judicar em processo penal sem acatamento à legalidade estrita. Negar-se a tipicidade das disposições do processo penal significa praticar o arbítrio. E a interpretação dessas normas processuais depende de embasamento constitucional e em tratados internacionais, bem assim de respeito à técnica jurídica. Quer dizer, liberdade de interpretação do juiz penal não existe e tem a mesma importância da opinião em filosofia: nenhuma consideração intelectual merece!

Trata-se de mais um equívoco contemporâneo quanto às sociedades democráticas, as quais deveriam autorizar a emissão de qualquer juízo de valor, e todas as declarações teriam em si a mesma relevância no âmbito do debate. Isso não é verdade. A começar, no ponto sob análise, mostra-se inconfundível a liberdade de pensamento e manifestação com a comunicação que funcionários públicos têm com os particulares, porque seja na forma, seja no conteúdo, esta comunicação só deve ocorrer consoante à lei.

Há, sim, relação intrínseca entre o que diz (ou escreve) o magistrado e a lei. Decisões sem fundamento jurídico devem ser anuladas por vício de motivação (art. 93, IX, da Constituição), ou reformadas. Aqui, vale a legalidade como princípio da administração pública (art. 37 da Constituição), inclusive.

As desculpas alicerçadas em pretenso poder geral de cautela do juiz penal ou em argumentos político-sociais – como o problema da corrupção – desnudam um Judiciário que em nada diverge dos juizes da França do Ancien Régime. Resta a dúvida, tão só, qual destino nossa história lhes proporcionará, com certeza bem diversa da guilhotina dos revolucionários de então. 

Trinta anos da Convenção dos Direitos da Criança

■ POR PAULO AFONSO GARRIDO DE PAULA

O DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A NORMATIVA INTERNACIONAL

A história do Direito da Criança e do Adolescente confunde-se com a construção dos direitos humanos, na exata medida em que o culturalismo reativo determinante dos avanços dos mecanismos de combate à barbárie derivou, sobremaneira, dos sentimentos de repulsa às atrocidades cometidas contra crianças. Nada induz mais solidariedade aos movimentos reativos do que crianças sofrendo algum tipo de agravo ou violência, porquanto a fragilidade das vítimas desperta, hoje e quase que de imediato, compaixão e revolta. Muito embora, no passado e atualmente, crianças continuem sendo vítimas de abusos, em regra ditados pela fragilidade que lhes é própria, também é certo que um dos componentes da civilidade é o desiderato de que crianças sejam respeitadas e se desenvolvam de forma saudável.



“A construção da normativa internacional dos direitos da criança não é uma tarefa acabada. Ainda que o desafio jurídico deste século resida na criação de mecanismos jurídicos destinados à garantia de eficácia dos direitos já declarados, é certo que muitos interesses próprios da infância e adolescência carecem ainda de proteção legal.”

Os direitos humanos, especialmente os chamados direitos sociais, devem muito, sob esta ótica, à criança. Anote-se, neste sentido, que a Sociedade das Nações, criada formalmente com o Tratado de Versalhes, de 29 de junho de 1919, incorpora, em 26 de setembro de 1924, a primeira Declaração dos Direitos da Criança, conhecida como Declaração de Genebra. Trata-se do primeiro documento internacional com expressa referência aos direitos sociais, pois os anteriores, Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, tinham as limitações de suas próprias fronteiras. Assim, a criança inspirou a primeira proclamação mundial dos direitos sociais, historicamente alavancando o surgimento de uma nova geração de direitos fundamentais.

Os postulados da Declaração de Genebra de 1924 derivaram de uma carta de princípios de uma organização não governamental defensora dos direitos das crianças, criada em 1919 pela inglesa Eglantyne Jebb para socorrer as crianças vítimas da Primeira Grande Guerra, a “Save the Children”, ainda em funcionamento. Em 1924 a Liga das Nações incorpora a Carta Eglantyne, transformando-a no primeiro documento internacional de proclamação de direitos sociais.

Também é importante consignar que da Declaração de Genebra de 1924, baseada na Carta Eglantyne, defluiu a colocação da criança como sujeito de direitos, de vez que proclama a titularidade sobre uma série de interesses juridicamente subordinantes. Se não previu os obrigados e nem tampouco criou condições de exigibilidade, o que pouco se discutia juridicamente naquele momento histórico, teve o inquestionável mérito de ater-se aos destinatários da proteção, tratando-os como sujeitos, de modo que é possível nela vislumbrar uma verdadeira carta de direitos.

Em primeiro lugar a Declaração de Genebra estabeleceu o direito aos meios necessários para um desenvolvimento normal, renunciando a essência da proteção integral representada pelas garantias de um desenvolvimento saudável. O segundo princípio encerrou uma utopia, objetivo em contínua perseguição: o direito à alimentação quando da fome, primordial interesse humano imprescindível ao exercício de outros. O terceiro princípio – direito de auxílio na orfandade – colocou a assistência social como direito, afastando ideias de dádiva, favor ou concessão. Também prescreveu o direito de receber auxílio nos momentos de perigo, retirando da fragilidade característica das diversas faixas etárias uma peculiar situação a exigir um direito especial. O direito de ganhar sustento anteviu o direito ao trabalho regular, colocando a criança em sua situação de proteção estatal que, ainda que mínima, era negada às crianças já submetidas à faina diária. A Carta Eglantyne também previu o direito de proteção contra a exploração sinalizando que sem a garantia da integridade inexistia possibilidade de desenvolvimento sadio e harmonioso. Por fim, o sétimo e último princípio: direito à educação como forma de desenvolvimento de talentos que devem ser colocados a serviço dos semelhantes, realça a educação como direito que transcende o indivíduo e alcança a comunidade, única forma de progresso pessoal e social.

Na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, sob os auspícios da ONU, sucessora da Sociedade ou Liga das Nações, a criança contou apenas com uma ligeira menção. Restou prometido à infância “cuidado e assistência especiais” e, ao tratar da educação, acabou consignado que seria “orientada no sentido do pleno desenvolvimento da personalidade humana e do fortalecimento do respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais. A instrução

promoverá a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e grupos raciais ou religiosos, e coadjuvará as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz”.

A timidez da Declaração Universal dos Direitos Humanos levou a ONU a proclamar uma carta especial, depois de muita discussão a respeito de seu conteúdo. Assim, em 20 de dezembro de 1959, é promulgada a Declaração dos Direitos da Criança, com dez princípios fundamentais. Uma síntese das suas razões e objetivos está em seu preâmbulo, de onde é possível destacar o objetivo da “infância feliz” mediante a explicitação de “direitos e liberdades”, indicando a concepção de que a criança tem interesses protegidos e garantias necessários ao seu desenvolvimento saudável.

Neste caminhar progressivo no reconhecimento dos direitos da criança, depois de alguns documentos setoriais ligados à proclamação e eficácia dos direitos humanos, a ONU chega à Convenção dos Direitos da Criança, principal documento normativo a regular as relações jurídicas da infância e adolescência com o mundo adulto. Mais uma vez se percebe a explicitação de direitos humanos de todas as gerações, indicando a importância da criança na definição de regras que, não raras vezes, são também apropriadas pelo mundo adulto no processo perene de construção da civilidade.

Em ligeiro esboço histórico, de modo a clarificar a preocupação da comunidade internacional com o assunto, registrem-se cronologicamente os seguintes documentos de expressão internacional: (1) Declaração de Genebra de 1914; (2) Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; (3) Declaração dos Direitos da Criança de 1959; (4) Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, de 23 de março de 1966; (5) Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 16 de dezembro de 1966; (6) Declaração sobre Proteção de Mulheres e Crianças em Situação de Emergência ou de Conflito Armado, de 14 de dezembro de 1974; (7) Regras Mínimas das Nações Unidas relativas à Administração da Justiça para Menores, de 29 de novembro de 1985; (8) Declaração sobre os Princípios Sociais e Jurídicos Aplicáveis à Proteção e Bem-Estar das Crianças, com Especial Referência à Adoção e Colocação Familiar nos Planos Nacional e Internacional, de 3 de dezembro de 1986; (9) Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil, de 1º de março de 1988, aprovadas no 8º Congresso das Nações Unidas sobre prevenção do delito e tratamento do delinquente, realizado em Havana, Cuba, de 27 de Agosto a 7 de Setembro de 1990; (10) Convenção dos Direitos da Criança, de 1989, e (11) Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída na Haia, em 29 de maio de 1993.

A CONVENÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA

A Convenção dos Direitos da Criança, adotada pela ONU em assembleia em 20 de novembro de 1989, foi aprovada no Brasil pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990, texto promulgado pela Presidência da República mediante o Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.

Consta do decreto presidencial, fazendo interpretação autêntica, que o Governo brasileiro ratificou a referida Convenção em 24 de setembro de 1990, tendo a mesmo entrado em vigor para o Brasil em 23 de outubro de 1990, na forma do seu art. 49,

1 e 2. Tais dispositivos se encontram assim redigidos: “1. A presente convenção entrará em vigor no trigésimo dia após a data em que tenha sido depositado o vigésimo instrumento de ratificação ou de adesão junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas. 2. Para cada Estado que venha a ratificar a convenção ou a aderir a ela após ter sido depositado o vigésimo instrumento de ratificação ou de adesão, a convenção entrará em vigor no trigésimo dia após o depósito, por parte do Estado, de seu instrumento de ratificação ou de adesão”.

A Convenção dos Direitos da Criança, como instrumento normativo hierarquicamente superior às Declarações, Diretrizes e Resoluções, sobrepõe-se aos dispositivos eventualmente conflitantes inseridos nestes últimos documentos, substituindo em validade e vigência aqueles de igual teor. Assim, afirma-se a preeminência da Convenção dos Direitos da Criança sobre os demais textos integrantes da normativa internacional, sendo hoje o marco regulatório mundial dos Direitos da Criança. Somente sucumbe não em razão da hierarquia, mas por força da especialidade e também da cronologia, à Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída na Haia, em 29 de maio de 1993 que, no Brasil, foi promulgada pelo Decreto Presidencial nº 3.087, de 21 de junho de 1999 em razão da aprovação do seu texto pelo Congresso Nacional mediante o Decreto Legislativo nº 1º de 14 de janeiro de 1999, convenção com validade no território nacional a partir de 1º de julho de 1999.

CONTEÚDO DA CONVENÇÃO

Três partes compõem a Convenção dos Direitos da Criança: a primeira, composta dos arts. 1º a 41, dispõe sobre os direitos em espécie, a segunda, integrada pelos arts. 42 a 45 prescreve regras de fiscalização, pela ONU, da efetividade de suas normas, e a terceira, representada pelos arts. 46 a 54 disciplina o procedimento de aceitação e validação do documento.

Na Carta de Direitos inserta nos mencionados arts. 1º a 41 destaca-se liminarmente a intencionalidade de proclamação da titularidade de interesses subordinantes próprios da infância e adolescência. A partir da definição de “criança como todo ser humano com menos de dezoito anos de idade” a Convenção, vedando quaisquer formas de discriminação, disciplina basicamente direitos derivados da liberdade, direitos de cunho social e garantias tendentes à preservação da integridade da criança.

Sob o prisma mundial, considerando os diferentes estágios de desenvolvimento dos países que formam a comunidade internacional, notadamente social, a afirmação do princípio basilar da não discriminação é de magna importância, posto que ao vedar distinção de “de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra índole, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais” (art. 2-1), a Convenção potencializa uma transformação cultural capaz de alijar diferenças que, não raras vezes, tem sido causas de guerras e conflitos entre nações, aumentando a dívida do mundo adulto para com o infanto-juvenil. E este cambio decorre da incorporação da prática protetiva como sinal de civilidade, bastando atentar para a promessa de coibição à vitimização derivada, discriminação em razão da condição, das atividades, das opiniões manifestadas ou das crenças dos pais, representantes legais ou familiares da criança (art. 2-2),

conduta que, se suprimida do espaço de convivência entre pessoas, importará imenso salto em direção à qualidade das interações entre os seres humanos.

Enuncia a Convenção, também como princípio, que “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança” (art. 3-1), regra há de muito conhecida no âmbito do Direito da Criança e que encontrou no documento internacional sua expressão mais abrangente. Na essência, indica que a criança deve figurar no centro das preocupações intervencionistas, como elemento definidor e catalizador das preocupações normativas, administrativas e judiciais, de modo a orientar as decisões sob a ótica do desenvolvimento saudável. No direito brasileiro o “interesse superior da criança” vem modulado no art. 100, parágrafo único, inciso IV, do ECA, que ao indicar que a “intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto”, prescreve a necessidade de ponderação entre os direitos, desse prudente balanço de interesses, de um agir com cautela no encontrar da prevalência axiológica das razões em conflito, de modo, a não suplantar indevidamente direitos dos integrantes do mundo adulto, como os dos pais em ter os filhos sob sua companhia e guarda.

A Convenção afirma também o direito à vida, ao desenvolvimento, ao nome, à nacionalidade, à identidade, à família, à liberdade de opinião, expressão, pensamento, consciência e crença, de associação e de reunião, direito à honra e dignidade, saúde, educação, direitos especiais aos deficientes, assistência social, descanso, lazer, cultura e também relacionados à resistência à repressão estatal. Também promete proteger as crianças de quaisquer formas de exploração econômica, sexual, da dependência química, do sequestro, venda e tráfico, de penas cruéis, desumanas e degradantes.

Em síntese, a Convenção se assenta em três princípios, dois expressos e um implícito. Expressos: (a) não discriminação e; (b) superior interesse da criança. Implicitamente adotou o da titularidade de direitos, posto que enumerou vários interesses subordinantes da criança, explicitando seu conteúdo, utilizando-se ainda da técnica do enunciar de garantias tendentes a protegê-la de sérios agravos perpetrados pelo mundo adulto, compondo um documento internacional representativo de enorme avanço civilizatório.

A FORÇA NORMATIVA DA CONVENÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA NO BRASIL

A Constituição da República prescreve que “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais” (art. 5º, § 3º). Este dispositivo foi incluído na Constituição pela Emenda nº 45, de 30 de dezembro de 2004, posteriormente, portanto, à promulgação e vigência da Convenção dos Direitos da Criança. Com base nesta sistemática, somente tem vigência no Brasil como normas formalmente constitucionais aquelas insertas na “Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência”, aprovada pelo Congresso Nacional mediante o Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008 e promulgado através do Decreto Presidencial nº 6.949,

de 25 de agosto de 2009, bem como o “Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com Outras Dificuldades”, firmado em 27 de junho de 2013, aprovado no Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 261, de 25 de novembro de 2015, e promulgado por intermédio do decreto nº 9.522, de 08 de outubro de 2018, posto que observaram o procedimento e obedeceram aos quóruns exigidos na Constituição Federal.

Tomada a Convenção dos Direitos da Criança como uma Convenção de Direitos Humanos, anterior à EC 45/2004, bem como adotando entendimento majoritário no Supremo Tribunal Federal, sua posição hierárquica no ordenamento brasileiro ostenta o patamar de norma supralegal, acima da lei ordinária, mas subalterna à Constituição da República. Estão as normas da Convenção dos Direitos da Criança, portanto, em degrau superior ao do Estatuto da Criança e do Adolescente e inferior à disciplina constitucional da matéria, especialmente delineada nos arts. 227 e 228 da Magna Carta. A premissa do raciocínio advém da compatibilidade material das normas residentes na Convenção com os ditames dos §§ 1º e 2º do art. 5º da Constituição da República, vigentes desde sua promulgação, que respectivamente prescrevem que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” e que “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”.

Ainda que se considere, mais em razão da nomenclatura do que em função do conteúdo, que as normas da Convenção dos Direitos da Criança não se constituem em regras integrantes de um Tratado de Direitos Humanos, a supralegalidade deriva do concerto internacional estabelecido em defesa da criança, defluindo do seu longo processo de validação internacional e internalização local que tais regras ingressaram no nosso ordenamento em uma situação de proeminência sobre a legislação ordinária. Não teria sentido que o Estado Brasileiro participasse de um exaustivo processo de gestação de normas, de uma assembleia de aprovação, exercesse o direito de ratificação, aprovasse seu texto no Poder Legislativo e contasse com a promulgação do Poder Executivo e, posteriormente, interpretasse que tais regras ostentariam a qualidade de ordinárias, podendo ser desditas por um simplificado procedimento legislativo interno.

Anote-se, ainda, que as mesmas observações valem para a Convenção Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, concluída na Haia, em 29 de maio de 1993, aprovada pelo Congresso Nacional mediante o Decreto Legislativo nº 1, de 14 de janeiro de 1999, promulgada pelo Decreto Presidencial nº 3.087, de 21 de junho de 1999 e que teve sua vigência no território nacional fixada a partir de 1º de julho de 1999.

A IMPORTÂNCIA DA CONVENÇÃO NO CENÁRIO JURÍDICO NACIONAL

No Brasil a importância normativa da Convenção foi secundária em razão da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, de 1990, prescreverem dispositivos semelhantes e com maior amplitude, encerrando uma proteção jurídica mais completa e eficiente. Em outros países com legislações atrasadas ou de proteção insuficiente, a Convenção dos Direitos da Criança representou o único esteio normativo a possibilitar a inserção jurídica da criança como sujeito de direitos fundamentais.

Anote-se que de acordo com o art. 41 da Convenção dos Direitos da Criança aplicam-se as leis locais e internacionais mais convenientes para a realização dos direitos da criança, defluindo a existência de um sistema complementar onde as normas mais favoráveis à garantia do desenvolvimento saudável e da integridade da criança devem ser aplicadas em detrimento das mais restritas.

Além disso, tirantes aspectos relacionados ao direito privado e algumas outras questões públicas, especialmente atinentes à extradição de criminosos, não era costume no Brasil, de quarenta há mais anos, a validação de interesses locais mediante a invocação de tratados ou convenções internacionais. A Constituição de 1988 e o ECA inauguraram uma nova fase de aplicação do direito, voltado ao constitucionalismo e à imperatividade de normas subsequentes interpretadas conforme a Lei Maior, o que não era comum na nossa tradição hermenêutica, notadamente no período antecedente imediato por força do estado de exceção provocado pela ditadura militar. Até então nos assuntos jurídicos, sejam decisórios ou consultivos, era comum o arrimo apenas na legislação ordinária, como o Código Civil, de modo que a partir de 1988 a fase subsequente foi de verdadeira afirmação cotidiana da Constituição de 1988 e, com o advento do ECA, de iniciativas tendentes à garantia da sua eficácia, resultando num certo esquecimento da Convenção.

Paulatinamente a Constituição e o ECA foram ganhando respeito e efetividade, principalmente em razão de decisões dos nossos Tribunais, abrindo-se as portas para a invocação da Convenção dos Direitos da Criança, ainda que retoricamente mediante a utilização exclusiva de argumentos de reforço, ante a esfera de completude maior da normativa brasileira. Todavia, em razão da sua hierarquia no conjunto das leis e da sua base principiológica de Direitos Humanos, a Convenção dos Direitos da Criança ocupa hoje, e deve ocupar cada vez mais, lugar de proeminência no contexto normativo brasileiro, servindo como antídoto as tentativas de retrocessos. Além disso, como convenção internacional, caracteriza-se como normativa mais perene e globalmente consensual, de modo que blinda a legislação local com o selo da garantia do respeito ao direito internacionalmente proclamado.

Por fim, diga-se que a construção da normativa internacional dos direitos da criança não é uma tarefa acabada. Ainda que o desafio jurídico deste século resida na criação de mecanismos jurídicos destinados à garantia de eficácia dos direitos já declarados, é certo que muitos interesses próprios da infância e adolescência carecem ainda de proteção legal. Embora se possa intuir que os principais direitos humanos, entre os quais os relacionados à criança, já foram proclamados, é certo que novas demandas e concepções impõem um constante atualizar do conjunto de regras destinado à proteção de interesses que se afiguram fundamentais. A normativa internacional nem sempre responde às especificidades de todas as fases da infância e adolescência, nem sempre tem a potencialidade de promover mudanças valorativas nas diversas culturas que permeiam a vida em nosso planeta e ainda não abarcam todos os meios necessários à conquista da dignidade da existência. Todavia, percebe-se com nitidez um caminho histórico de progresso normativo, malgrado a lentidão no processo de universalização dos direitos já declarados. É preciso caminhar continuamente em direção à civilidade, na proclamação e efetividade dos direitos. 



PAULO AFONSO GARRIDO DE PAULA é Procurador de Justiça. Ex-Corregedor Geral do Ministério Público do Estado de São Paulo. Ex-Presidente da Associação Brasileira de Magistrados e Promotores de Justiça da Infância e da Juventude. Coautor do anteprojeto de lei que deu origem ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Autor e coautor de livros e artigos jurídicos. Mestre em Direito Social pela PUC-SP. Professor, palestrante e conferencista.

Instrumentos de efetivação dos direitos infantojuvenis nos casos de violência intrafamiliar

■ POR VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN E TATIANA DE FREITAS GIOVANINI MOCHI

“A implementação de políticas públicas de prevenção em nível primário, secundário e terciário é urgente, sendo necessário um esforço conjunto entre União, Estados e Municípios, em parceria com a iniciativa privada, sem olvidar o envolvimento da sociedade civil, no sentido de criar uma rede de atendimento eficiente no combate à violência intrafamiliar, bem como no acompanhamento e tratamento não só das vítimas como também dos familiares e do próprio agressor, pois apenas deste modo os direitos da personalidade da criança e do adolescente serão respeitados.”



ACESSO À JUSTIÇA DA VÍTIMA: PAPEL DO CONSELHO TUTELAR E DO MINISTÉRIO PÚBLICO

É imprescindível que a população infantojuvenil vitimizada, bem como seus familiares tenham um efetivo acesso à justiça. Contudo, este acesso não pode mais ser entendido como a simples garantia de ingresso ao Poder Judiciário.

Não basta para a criança e o adolescente que o Estado diga o direito. É necessário que o direito lhes seja conferido materialmente, isto é, que “a pretensão se efetive através do instrumento colocado à disposição do vencedor e que esteja em sintonia com os princípios constitucionais processuais”.¹

Mauro Cappelletti e Bryant Garth destacam que, no decorrer dos séculos XVIII e XIX, o acesso à justiça limitava-se à garantia de que qualquer cidadão poderia ajuizar uma ação perante o Poder Judiciário, cabendo ao Estado abster-se de intervir nesta esfera individual. Tratava-se, portanto, de um acesso formal, que era exercido por poucos, os quais tinham condições financeiras e materiais de acionar os órgãos judiciais. Com a alteração do conceito e do conteúdo dos direitos humanos, sobretudo a partir do final da II Guerra Mundial, surgiu a necessidade do Estado posicionar-se de maneira ativa, como garantidor destes novos direitos, tendo o papel de assegurar que todos tivessem acesso material ao direito à saúde, à educação, ao trabalho, à segurança etc².

Galdino Augusto Coelho Bordallo afirma que, hodiernamente, o conceito de acesso à justiça apresenta dois desdobramentos: primeiramente, como acesso aos órgãos que compõem o Judiciário; enquanto que o segundo possui um conteúdo axiológico, englobando o primeiro, podendo ser compreendido como o “acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano”³.

O acesso à justiça não se limita, destarte, à garantia de ingresso ao Poder Judiciário, devendo ser conceituado, na lição de Kazuo Watanabe, como um “acesso a ordem jurídica justa”⁴.

Nesse sentido, Josiane Rose Petry Veronese afirma que o acesso à justiça passou a integrar o rol elementar de direitos humanos, em decorrência de que “não é mais suficiente que os ordenamentos jurídicos proclamem direitos, tornando imprescindível, antes, que estes sejam concretizados”⁵.

Tal ensinamento tem por base o pensamento de Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar o direito de todos.⁶

No tocante à criança e ao adolescente, o ordenamento jurídico brasileiro prevê uma série de direitos fundamentais que devem ser observados pelo Estado, pela família e pela sociedade. O desafio, entretanto, é a concretização de tais direitos, é garantir que todo ser humano com menos de 18 anos tenha seus direitos respeitados, o que inclui o direito de acesso a uma ordem jurídica justa.

No Título VI do Estatuto da Criança e do Adolescente, constam disposições acerca do acesso à justiça da população infantojuvenil, estabelecendo o art. 141 que “é garantido o acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, por qualquer de seus órgãos”. Trata-se de uma concepção um pouco restrita do conceito de acesso à justiça, em decorrência de que este também engloba toda a rede de proteção, bem como as medidas que devem ser tomadas para que os direitos da infância e da adolescência sejam concretizados.

Os dispositivos legais que protegem os direitos infantojuvenis, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente, não têm o condão de, por si só, garantir o acesso à justiça, pois como assinala Ricardo Castilho, a lei não é capaz de alterar instantaneamente a realidade. São necessários mecanismos que tornem factíveis os direitos prescritos em lei, assegurando-lhes efetividade⁷.

Nos casos em que uma criança ou um adolescente são vítimas de violência intrafamiliar, o acesso destes seres vulneráveis à justiça também implica em mais do que as medidas a serem adotadas pelo Poder Judiciário quanto ao poder familiar e à punição dos culpados. Abrange, destarte, os primeiros atendimentos que são realizados quando a violência é denunciada, bem como o encaminhamento que é dado a estes casos, além de outros meios de resolução de conflitos de interesses diversos da prestação jurisdicional.

O Conselho Municipal dos Direitos da Criança, o Conselho Tutelar, bem como o Ministério Público são essenciais para possibilitar que a criança e o adolescente vitimizados no âmbito familiar tenham acesso a um sistema de garantias que não só faz cessar a violência, como também contribui para que a vítima tenha a oportunidade de crescer e desenvolver-se em um lar seguro, onde predomine o afeto, o respeito, a liberdade e a dignidade.

Maria Regina Fay de Azambuja destaca que é por meio da atuação do Conselho Tutelar que a sociedade é capaz de cumprir com sua função de zelar pela defesa dos direitos da infância e da adolescência, conforme preceitua o art. 227 da Constituição Federal. Este órgão possui, ainda, na visão da autora, parcela da soberania estatal, em decorrência de que detém poderes e atribuições próprias, estampadas no art. 136 da Lei nº 8.069/1990⁸.

Wilson Donizeti Liberati salienta que o Conselho Tutelar é um órgão da própria sociedade, sendo que o seu principal diferencial é repartir com o Estado e com a família a responsabilidade de executar a política de atendimento à população infantojuvenil.⁹

Cada Município deve conter, ao menos, um Conselho Tutelar, composto por cinco membros de reconhecida idoneidade moral, que devem ser eleitos para um mandato de três anos pela comunidade local. O modo de funcionamento e atuação do Conselho, assim como o procedimento para a escolha dos conselheiros, deve ser regulamentado por lei municipal, conforme dispõem os arts. 134 e 139 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Tânia da Silva Pereira ressalta o fato do Conselho Tutelar ser um órgão colegiado, cuja deliberação é sempre coletiva. Logo, a despeito de ser possível a realização de atendimentos individualizados por parte dos conselheiros, a adoção de qualquer medida de proteção dependerá da aprovação e votação de todos os membros.¹⁰

Segundo Patrícia Tavares, as principais características do Conselho Tutelar são a permanência, a autonomia e o não exercício da jurisdição. Isto significa que, preliminarmente, trata-se de um órgão perene, que não pode simplesmente ser

extinto; que, em segundo, não está subordinado administrativamente a qualquer órgão público, a despeito de ser possível a revisão de suas decisões pelo Poder Judiciário (art. 137 do ECA); e, por fim, que suas decisões são apenas administrativas, não possuindo força jurisdicional¹¹.

O art. 136 do Estatuto da Criança e do Adolescente enumera diversas atribuições do Conselho Tutelar: atender crianças e adolescentes que cometeram atos infracionais ou cujos direitos foram ameaçados ou violados, aplicando as medidas previstas nos incisos I a VII do art. 101 (inciso I); atender e aconselhar os pais ou responsáveis, adotando as medidas indicadas nos incisos I a VII do art. 129 (inciso II); promover a execução de suas decisões, podendo, para tanto, requisitar serviços públicos nas áreas de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança (inciso III); encaminhar ao Ministério Público notícia de fato que constitua infração administrativa ou penal (inciso IV); encaminhar à autoridade judiciária os casos de sua competência (inciso V); implementar a medida estabelecida pela autoridade judiciária em relação ao autor de ato infracional (inciso VI); expedir notificações (inciso VII); requisitar certidões de nascimento e de óbito de algum infante (inciso VIII); assessorar o Poder Executivo na elaboração da proposta orçamentária concernente à efetivação dos direitos infantojuvenis (inciso IX); fazer representações contra a violação dos direitos previstos no art. 220, § 3º, inciso II, da Constituição Federal (inciso X); encaminhar ao Ministério Público casos de perda ou de suspensão do poder familiar (inciso XI).

Uma das atribuições mais essenciais do Conselho Tutelar é de atender a criança e o adolescente vítimas de violência intrafamiliar, aplicando as medidas de proteção previstas no art. 101, incisos I a VII, do Estatuto¹², conforme determina o inciso I do art. 136 deste mesmo Diploma Legal. São ações destinadas ao infante, seja com o escopo de encaminhá-lo aos pais ou responsáveis, de incluí-lo em programas de auxílio à família, bem como de atendimento médico, psiquiátrico e psicológico ou de submetê-lo a um tratamento por vício em drogas ou em álcool.

O rol de medidas previstas nos incisos do art. 101 da Lei nº 8.069/1990 não é taxativo. É que o Conselho Tutelar pode adotar outras ações, dentro do âmbito da legalidade, que sejam essenciais para garantir o acesso à justiça das vítimas de violência, haja vista que estabelecem mecanismos capazes de salvaguardar os direitos infantojuvenis¹³.

Tânia da Silva Pereira ressalta que as medidas de proteção não possuem caráter punitivo. Antes, visam o fortalecimento dos vínculos familiares, considerando as necessidades pedagógicas e educacionais não só da criança e do adolescente, como da família¹⁴. São providências administrativas que visam reintroduzir a criança ou o adolescente no seio familiar e, ao mesmo tempo, disponibilizar a esta família ajuda comunitária, psicológica e psiquiátrica para que não haja novas violações aos direitos dos infantes.

A medida consistente na colocação da criança em um programa de acolhimento institucional (art. 101, VII) deve ser adotada apenas em *ultima ratio*, ou seja, quando todos os outros esforços de proteger a vítima revelarem-se inócuos. Além disso, o período de permanência em um abrigo deve ser provisório e, tão logo seja possível, o menor deverá ser reintegrado à família ou colocado em família substituta (art. 101, § 1º).

De acordo com o art. 100, parágrafo único, do ECA, uma gama de princípios devem ser observados quando da aplicação das medidas de proteção: a) a condição

da criança e do adolescente como sujeitos de direitos (inciso I); b) a proteção integral e prioritária de seus direitos (inciso II); c) o princípio do melhor interesse (inciso IV); d) a intervenção mínima das autoridades competentes apenas nos casos em que são indispensáveis à efetiva promoção dos direitos e à proteção da criança e do adolescente (inciso VII); e) a proporcionalidade e atualidade da intervenção, a qual deve ser necessária e adequada à situação de perigo em que a criança ou o adolescente se encontram (inciso VIII); f) a responsabilidade parental (inciso IX); e g) a prevalência da família, dando-se prioridade no caso concreto a medidas que mantenham ou reintegrem a criança e o adolescente à sua família natural ou extensa ou, se isso não foi possível, à família substituta (inciso X).

Existem diversas medidas que o Conselho Tutelar também pode adotar, mas que dizem respeito aos pais ou responsáveis. São aquelas previstas nos incisos I a VII do art. 129 do Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁵. Nestes casos, são os adultos e não os infantes que são encaminhados a programas de auxílio à família e de orientação e que, outrossim, recebem tratamento médico, psicossocial, bem como para alcoólatras e toxicômanos.

Nota-se que há um interesse por parte do Estado em auxiliar os pais a superarem seus problemas, a fim de que exerçam a parentalidade de forma responsável, criando um ambiente seguro para os filhos. Tais medidas têm por escopo diminuir os fatores de risco, os quais estão presentes nas famílias em que há violência.

O Conselho Tutelar tem, portanto, o dever de prestar à criança e ao adolescente que sofrem violência intrafamiliar um atendimento adequado, encaminhando tanto a vítima quanto a família e, inclusive, o agressor para um atendimento psicológico e psiquiátrico, com o objetivo de, na medida do possível e dependendo das circunstâncias do caso, restabelecer a convivência familiar. Além disso, é sempre preferível a adoção de tais medidas administrativas do que a representação ao Ministério Público para o fim de determinar a perda ou a suspensão do poder familiar, como permite o inciso X do art. 129 do Estatuto.

Contudo, a realidade distancia-se da situação ideal prescrita no Estatuto da Criança e do Adolescente. É que muitos Conselhos não contam com a ajuda especializada de psicólogos, médicos ou assistentes sociais, prestando, destarte, um atendimento precário às vítimas de violência. Outrossim, existe grande dificuldade em acompanhar o cumprimento das medidas de proteção, o que pode resultar na reincidência silenciosa da violência intrafamiliar, expondo à risco a saúde psicofísica das crianças e adolescentes vitimizados¹⁶.

Conforme dispõe o art. 136, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Conselho Tutelar possui a atribuição de promover a execução de suas decisões, inclusive no tocante à adoção de medidas de proteção, podendo, para tanto, requisitar serviços públicos nas áreas de saúde, educação, serviço social, previdência, trabalho e segurança, bem como representar junto à autoridade judiciária os casos de descumprimento injustificado de suas deliberações.

São ainda atribuições do Conselho Tutelar, nos termos do art. 136, incisos IV e V, encaminhar ao Ministério Público a ocorrência de situações que constituam infração administrativa ou a prática de crime contra os direitos da criança ou adolescente, levando ao conhecimento do Poder Judiciário os casos de sua competência.

Existem situações de violência intrafamiliar nas quais as medidas que podem ser adotadas pelo Conselho Tutelar são insuficientes para proteger a vítima, demandando o encaminhamento do caso ao Ministério Público ou ao Poder Judiciário, com

o objetivo de serem tomadas, se necessário, medidas mais drásticas, como a perda da guarda, a colocação em família substituta ou a destituição do poder familiar.

Ressalte-se que nas hipóteses, por exemplo, de abuso sexual praticado contra a criança e o adolescente, de violência física e de negligência, o Conselho Tutelar deve noticiar a ocorrência ao Ministério Público, a fim de que sejam tomadas as medidas cabíveis para a punição do culpado pelo delito de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal), de lesão corporal (art. 129 do Código Penal) e de abandono material (art. 244 do Código Penal), respectivamente.

O Ministério Público também detém um papel fundamental na proteção da criança e do adolescente que sofrem violência intrafamiliar, em decorrência de que atua não só no atendimento da vítima e de seus familiares e na adoção de medidas administrativas, como também intervém no decorrer do processo judicial, assegurando o efetivo acesso à justiça desta população vulnerada.

Segundo Hugo Nigro Mazzilli, o Ministério Público tem como uma de suas funções precípua a de possibilitar o acesso à justiça por parte de todos os cidadãos, visando preservar os valores democráticos e assegurar um equilíbrio entre as partes tanto nas fases pré-processuais como dentro do processo. Este órgão, destarte, dotado de autonomia e independência funcional, é voltado para a defesa da ordem jurídica, bem como dos interesses sociais e individuais indisponíveis, seja na propositura de algumas ações ou na intervenção de outras¹⁷.

Tânia da Silva Pereira destaca que o papel institucional do Ministério Público foi totalmente reformulado a partir da Constituição Federal de 1988, pois, além de manter a função de persecução penal, também acumulou a tarefa de representar a sociedade, seja como fiscal da lei ou como defensor de interesses difusos e coletivos.¹⁸

A Constituição da República estabelece no art. 127 que “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Nota-se que o órgão ministerial pode atuar tanto na qualidade de parte como de substituto processual, como nas ações penais e na ação civil pública, como também atua como representante de pessoas vulneráveis (crianças e adolescentes, idosos, pessoas com deficiência etc), podendo, outrossim, intervir na qualidade de fiscalizador quanto ao cumprimento da lei em algumas situações, a exemplo daquelas que tratam de interesses de incapazes ou mesmo nas ações de família (art. 82 do Código de Processo Civil)¹⁹.

Na proteção dos direitos da infância e da adolescência, a Lei nº 8.069/1990 elencou no art. 201 uma série de atribuições específicas do Ministério Público, desde a instauração de procedimentos administrativos e de inquéritos civis, da promoção de ações de suspensão ou destituição do poder familiar, do ingresso de ação civil pública para a defesa de interesses individuais ou coletivos, até a adoção de quaisquer medidas extrajudiciais ou judiciais que assegurem a observância dos direitos da criança e do adolescente. Trata-se de um rol exemplificativo, à medida que o §2º do supramencionada cláusula prescreve que “as atribuições constantes deste artigo não excluem outras, desde que compatíveis com a finalidade do Ministério Público”.

Uma das funções das Promotorias da Infância e da Adolescência é o atendimento ao público. Logo, é possível que um caso de violência intrafamiliar praticada contra um menor seja notificado primeiramente ao Ministério Público antes mesmo de chegar ao conhecimento de outros órgãos municipais. Neste caso, o

Promotor poderá encaminhar a ocorrência ao Conselho Tutelar se for necessária a adoção de qualquer medida de proteção ou mesmo determinar a instauração de um procedimento investigatório preliminar caso necessite de provas²⁰.

É importante que a população saiba que o Ministério Público também possui a função de zelar pelos direitos da infância e da adolescência e que podem procurar uma Promotoria de Justiça para denunciar a ocorrência de violência intrafamiliar associada ou não à prática de um crime. Para isso, deve haver uma divulgação do serviço prestado pelo Ministério Público, indicando aos cidadãos a qual local devem se dirigir caso tenham interesse em registrar uma denúncia.

Além disso, a Promotoria da Infância e da Juventude deve, se possível, ser composta por funcionários especializados, sejam psicólogos ou assistentes sociais, e o próprio Promotor necessita ter sensibilidade para conversar com a criança ou o adolescente vítimas de violência intrafamiliar, como ensina Galdino Augusto Coelho Bordallo:

Para exercer de forma correta as atribuições que lhe foram conferidas pelo legislador, o Promotor de Justiça da Infância e da Juventude não pode ser um mero burocrata que se manifesta em todos os processos sob sua responsabilidade e só sai de seu gabinete para se dirigir à sala de audiências. Deve ir à rua, contatar os órgãos representativos da sociedade, conhecer a comunidade com a qual trabalha e se fazer conhecer, conhecer os problemas *in loco* para melhor poder solucioná-los²¹.

Diante de uma denúncia de violência intrafamiliar praticada contra uma criança ou um adolescente, se o Promotor Público verificar que a vítima não possui condições de continuar convivendo com seus pais, poderá promover uma ação de suspensão ou de destituição do poder familiar, com a colocação do menor em uma família substituta (art. 201, III, do Estatuto da Criança e do Adolescente).

O dispositivo legal supramencionado autoriza que o Ministério Público também promova ações de alimentos. Esta faculdade deve ser utilizada pelo órgão ministerial, por exemplo, se for constatado que a criança vítima de violência sofrerá alguma privação material se for afastada do agressor, caso este também seja o provedor da família, ainda que colabore parcialmente para o sustento do filho. O *parquet* poderá atuar, outrossim, como assistente em qualquer ação alimentícia, com o escopo de verificar se o melhor interesse da criança interessada será observado.²²

É possível, ainda, que o Promotor de Justiça ingresse, como substituto processual, com uma ação para nomeação ou remoção de tutores ou guardiões sempre que se verificar que estes estão praticando qualquer forma de violência contra o infante, infringindo, destarte, o contido no art. 33 c/c o art. 36, parágrafo único, ambos do Estatuto da Criança e do Adolescente, os quais estabelecem a necessidade dos cuidadores, tanto no caso de guarda quanto de tutela, de prestarem assistência material, moral e educacional aos menores sob sua proteção.

Acrescente-se que o Ministério Público deve intervir em todas as ações cuja matéria se relacione com os direitos da infância e da adolescência. Logo, conforme dispõe o art. 201, III, do ECA, nas ações de guarda, tutela, alimentos, de suspensão ou destituição do poder familiar, se o *parquet* não estiver atuando como autor do feito, deverá intervir em defesa do melhor interesse da criança e do adolescente.

O representante do Ministério Público também é competente para ingressar com uma representação administrativa contra o pai, a mãe ou o responsável em decorrência do descumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar. Tal

infração administrativa prevista no art. 249 do ECA é punida com multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência.

No inciso V do art. 201 do Estatuto, o legislador autorizou o Ministério Público a promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos ou coletivos relativos à infância e à adolescência. E, no art. 208, consta um rol exemplificativo das ações a serem intentadas pelo *parquet* quando o Poder Público for omissivo ou ofertar irregularmente serviços que deveriam ser obrigatoriamente prestados em favor da população infantojuvenil, a exemplo dos incisos VI, VII, IX e X²³.

Se o Ministério Público verifica, portanto, que não existe na rede municipal de atendimento à criança e ao adolescente programas sociais e psicológicos voltados às vítimas de violência intrafamiliar ou abrigos de acolhimento dos menores que foram afastados dos genitores por ter ocorrido uma grave violação aos seus direitos, o Promotor de Justiça deve promover uma ação civil pública para este fim, garantindo, assim, o acesso a uma ordem jurídica justa por parte destas vítimas.

Outra hipótese de atuação do Ministério Público diz respeito aos meios de comunicação em massa e à divulgação de conteúdos impróprios para menores e que incentivem a violência intrafamiliar. É que a não observância por parte de programas televisivos, de músicas, filmes ou qualquer expressão radiofônica aos princípios estabelecidos no art. 221 da Constituição Federal, notadamente o “respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família” (inciso IV), autoriza o *parquet* a promover uma Ação Civil Pública em decorrência da violação a um interesse difuso, nos termos do art. 1º, IV, da Lei nº 7.347/1985.

José Carlos Barbosa Moreira prenota que “o interesse (que o art. 220, § 3º, nº II, da Constituição visa a preservar) em defender-se de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221 enquadra-se com justiça no conceito de interesse difuso”, haja vista que se trata de um bem transindividual e indivisível. Além disso, o autor também defende que “ação civil pública é remédio processual apropriado para servir a essa defesa”²⁴.

Um caso que ganhou repercussão nacional por se tratar de uma canção que faz clara alusão à prática do incesto é da banda gaúcha “Bidê ou Balde”, com a música “E por que não?”, que consta do álbum “Se sexo é o que importa só o rock é sobre amor” (2000), e que foi regravada no CD e DVD “Acústico MTV bandas gaúchas” (2005). Eis a letra:

Eu estou amando a minha menina
E como eu adoro suas pernas fininhas
Eu estou cantando pra minha menina
Pra ver se eu convenço ela entrar na minha

E por quê não?
Teu sangue é igual ao meu
Teu nome fui eu quem deu
Te conheço desde que nasceu

Eu estou adorando ver a minha menina
Com algumas colegas dela da escolinha
Eu estou apaixonado pela minha menina
Pelo jeito que ela fala, olha o jeito que ela caminha

É evidente que a canção faz nítida referência a um caso de incesto praticado entre pai e filha. A letra deixa claro que se trata de uma criança, em decorrência de que a menina tem as “pernas fininhas” e também vai à “escolinha”. Além disso, é evidente que não existe alusão a um inocente amor paterno, haja vista que o compositor diz estar apaixonado pelo jeito da criança, pelas suas pernas e, por isso, está tentando convencê-la a praticar um ato incestuoso.

A França já vivenciou uma situação similar em relação à canção “Lemon incest”, de 1986, escrita por Serge Gainsbourg e interpretada por ele juntamente com sua filha Charlotte Gainsbourg. A letra possui frases ambíguas, como “seus beijos são tão doces”²⁵, “eu te amo te amo, te amo mais do que tudo”²⁶ e “criança deliciosa”²⁷. Mais polêmica do que a música foi o clipe gravado por Serge e Charlotte, no qual ambos estão em uma cama de casal, ele sem camisa e ela apenas com uma blusa e uma calcinha. Tendo em vista que, à época, a menina tinha apenas 13 anos de idade, o clipe causou escândalo e Serge foi acusado de romantizar o incesto e a pedofilia. Houve suspeitas de que a canção era baseada em fatos reais, mas isso sempre foi negado pelo compositor²⁸.

Inconformado com o conteúdo artístico da canção “E por que não?”, o Ministério Público do Rio Grande do Sul propôs uma Ação Civil Pública contra a banda “Bidê ou Balde”, requerendo, em sede de tutela antecipada, a supressão dos CDs e DVDs que continham a canção, bem como a proibição de sua veiculação por rádios, programas televisivos e shows. A liminar foi negada pelo juízo de Porto Alegre e o *parquet* interpôs um Agravo de Instrumento ao Tribunal de Justiça gaúcho. O recurso foi parcialmente provido nos seguintes termos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LETRA DE MÚSICA QUE FAZ APOLOGIA À PEDOFILIA E AO INCESTO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. POSSIBILIDADE, EM TERMOS.

Inegável que a letra da música “E por que não?”, da banda “Bidê ou Balde”, materializa apologia ao incesto e à pedofilia, sendo impossível, material e constitucionalmente, a pura e simples extirpação do material do universo social, já entranhada nos lares e à disposição em centenas de “sites” na Internet.

Hipótese de reconhecimento judicial da ofensa, com minimização de seus efeitos, com aplicação de multa, por veiculação e decorrente de parcela dos lucros, em benefício de órgão estadual de bem estar do menor.²⁹

O voto vencedor foi proferido pelo relator do caso, o desembargador Ricardo Raupp Pruchel, para quem a simples supressão da canção, como pleiteado pelo Ministério Público, não seria o meio mais indicado para proteger o melhor interesse da criança e do adolescente, haja vista ser “materialmente impossível a erradicação social da canção, já que inserida em mais de uma centena de sites na Internet, à disposição de quem dela quiser dispor”³⁰.

Preferiu, então, o relator aplicar uma multa de 10% a 20% sobre o faturamento obtido com a comercialização dos CDs “Se sexo é o que importa, só o rock é sobre amor” e “Acústico MTV bandas gaúchas”, bem como em relação ao DVD da banda. Também estipulou uma multa de 10% a ser recolhida do total da arrecadação dos shows em que fosse tocada a música “E por que não?”.

Não houve, pois, nenhuma proibição no tocante à exibição do clipe da canção nos programas de televisão ou mesmo quanto à sua veiculação nas rádios. Ao invés

disso, o desembargador Ricardo Raupp Pruchel determinou apenas que “toda vez que a referida composição for veiculada, consignem, expressa e antecipadamente, que a mesma tem conteúdo que estimula e banaliza a violência sexual contra crianças, ao incesto e à pedofilia”³¹.

A atuação do Poder Judiciário consistente na limitação da liberdade de comunicação de programas de rádio ou de televisão, ou mesmo em relação à liberdade de expressão de bandas brasileiras, não constitui censura. Isso porque, segundo José Carlos Barbosa Moreira, “se a Constituição [...] legitima o recurso ao Judiciário em tema de programação da TV, ao mesmo tempo em que veda a censura, então fica fora de dúvida que a interferência do Judiciário, nos termos expostos, não se acha compreendida na área conceptual”³².

No entanto, no caso da canção “E por que não?”, as medidas adotadas pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul com o intuito de cessar a lesão aos direitos da criança e do adolescente não foram adequadas. Preliminarmente, a imposição de multa pela comercialização de CDs e DVDs não foi eficaz, pois não houve nenhuma determinação no sentido de proibir a veiculação da canção em programas de rádio ou de televisão. E essa medida seria constitucionalmente legítima, haja vista que o conteúdo da música viola os princípios morais e éticos da família.

O pedido feito pelo Ministério Público para que a música não fosse veiculada em rádios, em programas televisivos ou em shows mostrava-se mais adequado, além de ser necessário, porquanto seria o único meio capaz de impedir que a música continuasse a ser propagada. Além disso, o pleito ministerial também deveria ter incluído a vedação da divulgação e da disponibilização tanto da canção quanto do clipe nos sítios da internet, estabelecendo uma multa diária para o provedor ou a empresa que descumprisse a ordem.

A atuação do Ministério Público é essencial na defesa dos interesses da criança e do adolescente. Logo, é imprescindível que esse órgão atue de forma mais ativa quanto ao conteúdo dos programas e das músicas veiculadas nas rádios e na televisão, instaurando procedimentos administrativos que culminem no ajuizamento de uma Ação Civil Pública por violação a interesse difuso.

Saliente-se que a legitimidade para propor uma ação civil pública por lesão ou ameaça de lesão a interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo da população infantojuvenil não é privativa do Ministério Público, podendo também ser exercida, de acordo com o art. 210 da Lei nº 8.069/1990, pelas associações legalmente constituídas há pelo menos um ano que atuem na defesa dos direitos protegidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Conselho Tutelar e o Ministério Público possuem um papel fundamental no combate à violência intrafamiliar e na defesa dos direitos fundamentais da população infantojuvenil. Se, por um lado, a essencialidade do Conselho Tutelar justifica-se pela adoção de medidas administrativas destinadas tanto às vítimas quanto aos pais ou responsáveis, o campo de atuação do Ministério Público abrange as ações judiciais em que o interesse de um infante esteja em voga, seja para o fim de destituir um agressor do poder familiar, de fiscalizar o andamento de processos alimentícios ou de propor uma ação civil pública quando haja violação a um interesse difuso da infância e da adolescência, como nos casos em que os meios de comunicação em massa legitimam o abuso intrafamiliar.

SOLUCIONANDO OS CONFLITOS: O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO E OS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DE INTERESSES

Existem situações em que a adoção de medidas administrativas é insuficiente para proteger a vítima, sendo imprescindível a atuação do Poder Judiciário como forma de assegurar o acesso à justiça por parte do infante e de sua família.

Certamente, a família tem reservado para si um *quantum* de liberdade negativa, no sentido de agir conforme melhor lhe aprouver, sem a intervenção de terceiros, inclusive do Estado. Tal liberdade é essencial para o fortalecimento das relações familiares e para a formação individual de cada um dos seus membros. Cabe, portanto, aos pais decidirem quantos filhos querem ter, como irão educá-los, que valores irão ensinar-lhes e qual método de disciplina será adotado. Todas essas prerrogativas estão asseguradas pelo texto constitucional (art. 5º, *caput* e incisos IV, VI, X, XII e art. 227, §7º). Todavia, essa liberdade de que gozam não é absoluta, uma vez que, em algumas hipóteses, a intervenção do Estado por meio do Poder Judiciário faz-se necessária.³³

Sempre que os pais, no exercício do poder familiar, violarem os direitos fundamentais de seus filhos, será dever do Estado, em atenção ao princípio da proteção integral, interferir na relação familiar, a fim de que tais direitos sejam assegurados. No caso de violência intrafamiliar perpetrada contra o menor, a atuação do Poder Judiciário é indispensável, por exemplo, nas ações de suspensão e destituição do poder familiar, nas ações de guarda, tutela e colocação em família substituta e na responsabilização civil e penal dos culpados.

O art. 145 do Estatuto da Criança e do Adolescente faculta aos Estados e ao Distrito Federal a criação de Varas Especializadas e exclusivas da infância e da juventude. Todavia, quando a comarca não dispuser de tal especialização, os feitos deverão ser julgados nas Varas de Família. O art. 23 da Lei nº 13.431/2017 também prevê a possibilidade dos órgãos responsáveis pela organização judiciária criarem juizados ou varas especializadas em crimes contra a criança e o adolescente.

No tocante à competência, Tânia da Silva Pereira afirma que as hipóteses previstas nos incisos I a VII do art. 148 do ECA³⁴ são de competência exclusiva das Varas da Infância e da Juventude. Por outro lado, as situações elencadas no parágrafo único³⁵, as quais devem ser aplicadas quando há ameaça ou violação aos direitos infantojuvenis, são de competência concorrente, sendo que o juiz responsável pela causa deverá observar sempre os princípios da proteção integral e do melhor interesse³⁶.

O perfil do juiz da infância e da juventude, assim como um juiz de família que atue em ações que tratam do interesse de menores, deve apresentar uma sensibilidade adicional em comparação com os demais magistrados. Isto porque a criança e o adolescente precisam de uma atenção diferenciada no julgamento dos processos. É importante que estes confiem na figura do juiz, que se sintam seguros em relatar o ocorrido, sobretudo nos casos de violência intrafamiliar³⁷.

A criança e o adolescente vítimas de violência encontram-se em uma situação exponencial de vulnerabilidade, o que justifica um tratamento especializado. Foi, portanto, com o propósito de garantir tal assistência que a Lei nº 13.431/2017 foi criada, estabelecendo, para tal fim, uma série de direitos e garantias fundamentais no art. 5º, como por exemplo, o direito a:

- I – receber prioridade absoluta e ter considerada a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento;
- II – receber tratamento digno e abrangente;
- III – ter a intimidade e as condições pessoais protegidas quando vítima ou testemunha de violência;
- V – receber informação adequada à sua etapa de desenvolvimento sobre direitos, inclusive sociais, serviços disponíveis, representação jurídica, medidas de proteção, reparação de danos e qualquer procedimento a que seja submetido;
- VI – ser ouvido e expressar seus desejos e opiniões, assim como permanecer em silêncio;
- VII – receber assistência qualificada jurídica e psicossocial especializada, que facilite a sua participação e o resguarde contra comportamento inadequado adotado pelos demais órgãos atuantes no processo;
- VIII – ser resguardado e protegido de sofrimento, com direito a apoio, planejamento de sua participação, prioridade na tramitação do processo, celeridade processual, idoneidade do atendimento e limitação das intervenções;
- IX – ser ouvido em horário que lhe for mais adequado e conveniente, sempre que possível;
- X – ter segurança, com avaliação contínua sobre possibilidades de intimidação, ameaça e outras formas de violência;
- XI – ser assistido por profissional capacitado e conhecer os profissionais que participam dos procedimentos de escuta especializada e depoimento especial;
- XV – prestar declarações em formato adaptado à criança e ao adolescente com deficiência ou em idioma diverso do português.

De acordo com o art. 212 do Estatuto da Criança e do Adolescente, são admissíveis todas as espécies de ações pertinentes para a defesa dos direitos infanto-juvenis. Existe, portanto, um amplo acesso da criança e do adolescente ao Poder Judiciário. Mas para que isso ocorra de forma efetiva, é indispensável à presença de um advogado ou de um defensor público.

Seguindo as prescrições dos tratados e convenções internacionais³⁸, o ECA determinou no art. 206 a necessidade da criança ou do adolescente, assim como sua família, serem acompanhados por um advogado e, no parágrafo único, garantiu a assistência judiciária integral e gratuita àqueles que dela necessitem. Logo, nos casos em que a família não tenha condições de contratar um advogado particular, a atuação da Defensoria Pública faz-se necessária, sendo que, na verdade, este órgão tem sido responsável por atender mais de 90% das representações processuais em curso nas Varas da Infância e da Juventude³⁹.

Para a superação dos obstáculos que impedem o acesso à justiça, Mauro Cappelletti e Bryant Garth propuseram três “ondas” de soluções práticas para a transposição de tais barreiras: a primeira onda é a assistência judiciária para os desfavorecidos economicamente; a segunda é a representação dos interesses difusos; e, por fim, a terceira é a que os citados autores preferem chamar de “novo enfoque do acesso à justiça”, que abrange o “conjunto de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas”, como, por exemplo, “a utilização de mecanismos privados ou informais de solução de litígios”⁴⁰.

O caminho tradicional para que um cidadão alcance a resolução de um problema ou solução de um conflito é por meio do ingresso de uma ação junto ao Poder Judiciário. Contudo, esta não é a única forma de se garantir o acesso à justiça e obter a

pacificação social. Na verdade, a conscientização do jurisdicionado acerca de seus direitos proporcionou um aumento geométrico no número de ações ajuizadas na Justiça brasileira, o que potencializou os males corrosivos causados pelo processo, como a eternização das demandas e a angústia das partes ou de seus sucessores envolvidos no conflito⁴¹.

Saliente-se que o Poder Judiciário não consegue promover isoladamente o acesso à justiça. Tanto é verdade que, para abrandar o crescente descrédito da sociedade e o sentimento calado de insegurança jurídica, o Judiciário tem sido compelido a adotar métodos alternativos para a solução de conflitos de interesses, os quais “vão desenhando o novo enfoque que deve ser dado à questão do acesso à justiça”⁴².

Estes métodos alternativos de solução de conflitos de interesses são, na visão de Joel Dias Figueira Junior, “mecanismos hábeis à ampliação do acesso à ordem jurídica justa, como novo instrumento de democratização da justiça, colocado à disposição dos jurisdicionados”⁴³.

José Luis Bolzan de Moraes cita como exemplos de métodos alternativos a mediação, a arbitragem, a negociação e a conciliação, as quais têm contribuído para descongestionar os tribunais e para reduzir o custo e a demora dos procedimentos, estimulando a participação da comunidade na resolução dos conflitos, de modo a garantir um efetivo acesso à justiça⁴⁴.

A arbitragem é um meio heterocompositivo de solução de conflitos de interesses, em que as partes convencionam conferir poderes a uma terceira pessoa, o árbitro, o qual decidirá a controvérsia com base nos limites expostos pelos próprios interessados. Este instituto é regulado pela Lei nº 9.307/1996, a qual estabelece, no art. 1º, que apenas poderão utilizar-se da arbitragem as pessoas capazes de contratar e desde que os litígios sejam relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Não há, por ora, a possibilidade de utilização do juízo arbitral nos conflitos familiares em que está em voga o melhor interesse de uma criança ou um adolescente vítima de violência intrafamiliar, pois se tratam de direitos indisponíveis, insuscetíveis, portanto, de resolução por meio da decisão de um árbitro.

Quanto à conciliação, trata-se de um método autocompositivo, porque são as próprias partes que chegam a um acordo. Conciliar significa harmonizar, sendo que neste método também existe uma terceira pessoa, responsável por conduzir a tratativa. O conciliador deve ser neutro e imparcial, tendo por função aproximar as partes e controlar as negociações, cabendo-lhe, inclusive, sugerir um possível acordo, apontando as vantagens e desvantagens que tal proposta traria às partes⁴⁵.

Outro meio de resolução de conflitos de interesse que vem ganhando destaque é a mediação. Tal modalidade, segundo Fernando Milia, é caracterizada pela intervenção de um terceiro, o qual, ciente do conflito existente entre as partes, conduz a transação de tal forma que os próprios interessados chegam a um acordo satisfatório para ambos⁴⁶.

Nesse sentido é o entendimento de Eduardo de Oliveira Leite:

Na mediação – as partes participam de um processo conjunto de tomada de decisão. São elas próprias que tomam a decisão. Ela proporciona oportunidade ilimitada para que as partes manifestem suas preocupações e prioridades básicas com relação à disputa. O mediador mostra às partes soluções alternativas potenciais, estimulando-as a explorar e atingir soluções criativas que materializam o acordo⁴⁷.

Ivan Aparecido Ruiz, Judith Aparecida de Souza Bedê e Lissa Cristina Pimentel Nazareth Ferenc definem a mediação como um meio alternativo de solução de conflitos de interesses caracterizado pela interdisciplinaridade, isto é, com a colaboração de profissionais da psicologia, do direito e da assistência social, em que uma terceira pessoa, que deve ser neutra e imparcial, aproxima as partes, auxiliando-as a encontrarem uma resposta que seja satisfatória para ambas⁴⁸.

A mediação é amplamente indicada para a solução de conflitos relacionados ao rompimento do vínculo conjugal e a consequente discussão acerca da partilha de bens, fixação de alimentos e guarda dos filhos⁴⁹. Contudo, sempre que tal procedimento envolver situações em que crianças ou adolescentes são vítimas de violência intrafamiliar, sobretudo nos casos mais graves, é necessária uma análise mais profunda das circunstâncias envolvidas, com o escopo de se verificar se a mediação é ou não realmente indicada.

Oswaldo Daniel Ortemberg defende a utilização da mediação nos casos de violência familiar. O autor assevera que enquanto o abuso estiver em curso não é aconselhável a intervenção de um mediador, mas sim de médicos, psicólogos, assistentes sociais etc, a fim de que os maus-tratos sejam coibidos. Superada esta questão, Oswaldo sugere a realização de mediação mesmo nos casos de abuso sexual ou de violência física, esclarecendo que o procedimento pode ser realizado paralelamente a uma intervenção judicial ou policial. Nota-se que o citado autor compreende a mediação como uma forma de aproximar as partes em conflito, de estabelecer um diálogo e de possibilitar uma solução que seja benéfica a todos.⁵⁰

Por outro lado, as autoras Malvina Muszkat, Maria Coleta Oliveira, Sandra Unbehau e Susana Muszkat, que conduzem núcleos de mediação familiar transdisciplinar no Estado de São Paulo, inclusive em casos de violência doméstica, alertam que nos conflitos em que o ato violento é determinado por sadismo, crueldade, tirania e perversão, e o agressor age com a intenção de torturar, subjugar ou abusar da vítima, a mediação não deve ser utilizada, sendo necessária a adoção de medidas de proteção em favor desta⁵¹.

A situação descrita pelas autoras supramencionadas caracteriza-se como um assédio moral e, considerando que se trata de uma violência perversa que tem como objetivo o aniquilamento psíquico da vítima, como defende Marie-France Hirigoyen⁵², a mediação é realmente desaconselhada, pois a tentativa de estabelecer um diálogo com o agressor, dotado de uma personalidade narcísica, é inócua e terminaria por assediar ainda mais a parte vitimizada.

O Novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105-2015 inovou ao regulamentar a mediação e conciliação em uma seção própria – arts. 165 a 175. Isto porque passou a ser obrigatório no Procedimento Comum a realização de uma ou mais audiências de conciliação ou mediação no início do processo, desde que ao menos uma das partes tenha interesse em transigir.

Nos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação, o supracitado Diploma Processual Civil determina no art. 694 que “todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação”.

Assim como no Procedimento Comum, nas ações de família o juiz deverá designar uma audiência de conciliação e mediação para o início do processo. O réu será citado para comparecer em tal audiência, contudo, o mandado de citação não

será acompanhado da contra-fé, de modo a evitar a litigiosidade que um processo judicial implica, aumentando, assim, a probabilidade de se chegar a um acordo entre as partes, conforme determina o art. 695 do Código de Processo Civil.

Nos termos do art. 698, sempre que a ação familiar envolver criança ou adolescente, o Ministério Público será chamado para intervir, e, caso haja um consenso entre as partes, o acordo deverá ser homologado pelo *parquet*, a fim de se evitar que a vontade dos genitores não se sobreponha ao melhor interesse dos infantes.

Para a solução de conflitos familiares em que se constata a prática de abuso sexual contra a criança ou o adolescente, em que há excesso na punição corporal, em que existe um abuso emocional grave, caracterizando a alienação parental ou até mesmo o assédio moral, ou mesmo quando o infante é demasiadamente negligenciado, a intervenção do Ministério Público faz-se necessária como forma de proteção da vítima. Nestes casos, é inadmissível que decisões referentes à guarda da criança submetam-se ao critério exclusivo dos pais ou responsáveis em uma mediação, sobretudo quando aqueles eram os abusadores ou quando consentiam com os maus-tratos.

A criança e o adolescente vítimas de violência intrafamiliar necessitam de um acesso a uma ordem jurídica justa, a fim de que os direitos que foram violados por seus cuidadores sejam restabelecidos. O Poder Judiciário é essencial neste aspecto, sobretudo quando as medidas administrativas adotadas pelo Conselho Tutelar forem insuficientes para proteger as vítimas. Os meios alternativos de resolução de conflitos de interesses também têm se apresentado como formas eficazes de garantir este acesso, todavia, quando o caso envolver maus-tratos, é imprescindível analisar se o acordo dos pais ou responsáveis está em consonância com o melhor interesse dos infantes, a fim de que estes sejam protegidos integralmente.

GUARDA E PODER FAMILIAR

Diante de um caso de violência intrafamiliar, cabe ao Poder Judiciário decidir diversas questões relacionadas à autoridade parental. Isso envolve a análise de quais direitos da personalidade infantojuvenil devem prevalecer, se, por exemplo, o direito à convivência familiar com ambos os genitores ou se o direito à integridade psicofísica. O imprescindível é que todas as decisões sejam sempre fundamentadas com razoabilidade (art. 93, IX, da CF) e pautadas no melhor interesse de criança.

Considerando a urgência que demandam as ações que tratam do interesse da criança e do adolescente, o juiz competente para julgar o caso poderá atuar preventivamente, concedendo cautelares (art. 213 do ECA).

Para a concessão de uma medida cautelar é imprescindível que o juiz conclua que os fatos alegados são plausíveis e dignos de confiança. Trata-se do *fumus boni iuris*. Outro requisito é a existência do *periculum in mora*, ou seja, a constatação da urgência da medida, pois uma eventual espera por um provimento jurisdicional definitivo seria inócua na tutela dos bens jurídicos que estão em situação de risco⁵³.

Em sendo verificado que a criança ou o adolescente estão sendo vítimas de violência intrafamiliar, o juiz poderá, a pedido do Ministério Público ou de outro interessado, determinar, em sede de medida cautelar, que o agressor se afaste do lar, podendo ainda fixar alimentos provisórios para o menor caso dependa do sustento do agressor, nos termos do art. 130 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Se os pais da criança vítima de violência são separados ou divorciados, cabe discutir junto ao Poder Judiciário as questões pertinentes à guarda do menor. É

possível que a guarda seja atribuída apenas a uma figura parental, exercendo a outra apenas o direito de visitas – guarda unilateral. Neste caso, o genitor que não detém a guarda não perde o poder familiar, conforme se aduz do disposto nos arts. 1.632, 1.635 e 1.636 do Código Civil. Paralelamente à guarda unilateral, os pais podem optar por estabelecer a guarda compartilhada, a qual permite a responsabilização conjunta do exercício do poder familiar.

De acordo com o art. 1.584, §2º, do Código Civil, caso não haja consenso parental em relação à guarda, “encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor”.

Em que pese haver algumas críticas quanto à efetividade da guarda compartilhada, o fato é que tal modalidade tutela os interesses do menor quanto ao seu desenvolvimento psicossocial, desde que os pais tenham um bom relacionamento.⁵⁴ Estudos norte-americanos relatam que filhos cujos pais compartilham a guarda têm melhor desempenho escolar, são menos propensos a se envolverem com crimes e desempenham a parentalidade de forma satisfatória sob a ótica das crianças.⁵⁵

O ideal é que os pais, após a ruptura do vínculo matrimonial, exerçam a guarda compartilhada em decorrência dos benefícios que ela acarreta para a criança; contudo, na prática, isso raramente ocorre, uma vez que as mágoas e os ressentimentos nutridos entre os pais fazem com que estes utilizem os filhos como instrumento de *vindicta*.

Nas hipóteses em que uma criança ou um adolescente sofre violência intrafamiliar perpetrada por um de seus genitores, quando estes estão separados ou divorciados, o pai ou a mãe que perpetrar os abusos pode ser penalizado com a perda da guarda, conforme determina o art. 129, VIII, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A alteração da guarda poderá ser requerida a título de medida cautelar ou em ação autônoma. Antes de o juiz tomar qualquer decisão, é importante que seja verificado se os argumentos aduzidos pela parte interessada são verdadeiros. Se o pai, por exemplo, está sendo acusado de praticar abuso sexual contra o filho ou mesmo de agredi-lo fisicamente, é necessário constatar se as acusações são verdadeiras ou se é caso de alienação parental. Por essa razão, o § 3º do art. 1.584 do Código Civil estabelece que o julgador poderá pautar sua decisão em orientação técnico-profissional ou de equipe interdisciplinar.

O Código de Processo Civil em consonância com apontamentos doutrinários, inclusive de psicólogos e assistentes sociais, estabelece no art. 699 que “quando o processo envolver discussão sobre fato relacionado a abuso ou a alienação parental, o juiz, ao tomar o depoimento do incapaz, deverá estar acompanhado por especialista”.

Arnoldo Wald e Priscila Corrêa da Fonseca asseveram que a perícia psicológica é de extrema relevância, em decorrência de que possibilita ao magistrado o acesso a elementos seguros quanto aos traços da personalidade dos detentores da guarda, bem como do infante, além de revelar suas condições psíquicas e o modo de interação do menor com os interessados.⁵⁶

Destarte, antes de se alterar a guarda, é necessário verificar qual é a intensidade dos abusos perpetrados. Se o agressor é aquele que apenas exerce o direito de visitas, então a magnitude dos maus-tratos poderá ensejar até mesmo a suspensão das visitas, ao menos por um tempo determinado, com o escopo de proteger a integridade psíquica, sexual, física e moral da vítima. Por outro lado, pode ser que os pais de uma criança exerçam a guarda de forma compartilhada. Neste

caso, em sendo constatado que um dos genitores está abusando do filho, o juiz poderá inverter a guarda em favor daquele que não é o agressor, estabelecendo a guarda unilateral. Se, outrossim, o agressor for o detentor atual da guarda, o juiz deverá averiguar se o outro genitor tem condições de cuidar da criança, caso contrário deferirá a guarda à pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade, conforme a redação do § 5º do art. 1.584 do Código Civil.

Wilson Donizeti Liberati destaca que é cabível a aplicação de sanção inibidora relativa à guarda quando o responsável viola os direitos infantojuvenis, pois o dever dos pais e cuidadores é de zelar pelos direitos dos filhos⁵⁷. Isso é reflexo do princípio da parentalidade responsável previsto no §7º do art. 226 da Constituição Federal.

Ressalte-se que a Lei nº 12.318/2010 (Lei de Alienação Parental) autoriza o juiz a alterar a guarda quando for constatada a prática de alienação parental (art. 6º, inciso V), cabendo-lhe decidir se o genitor alienador perderá a guarda em favor do genitor alienado ou se é do melhor interesse da criança a instituição da guarda compartilhada. O juiz poderá também, liminarmente, suspender o exercício do direito de visitas ou estabelecer o regime de visitas monitoradas.

A alteração da guarda não deve se restringir aos casos de violência intrafamiliar mais graves. Nas situações moderadas, em que há, por exemplo, a negligência parental relacionada à alimentação do filho que culminou em uma obesidade mórbida infantil, o juiz deve ponderar se é do melhor interesse da criança a inversão da guarda, a fim de proteger o infante de riscos futuros e iminentes decorrentes desta circunstância.

Existem hipóteses em que simples modificações referentes à guarda da criança ou do adolescente são insuficientes para proteger a vítima da reincidência de episódios de violência intrafamiliar. É mister que a intervenção do Poder Judiciário seja mais radical, implicando na suspensão ou perda do poder familiar.

Segundo Paulo Lôbo, o poder familiar “é o exercício da autoridade dos pais sobre os filhos, no interesse destes”⁵⁸. O autor ressalta que a expressão escolhida pelo legislador brasileiro não é a mais acertada, a despeito de ser um avanço em comparação com o decaído “pátrio poder”. É que os pais não detêm a força e o direito de fazerem o que quiserem com os filhos. Trata-se, na verdade, de uma autoridade parental, seja no aspecto pessoal quanto patrimonial, em que a criança e o adolescente se submetem aos genitores enquanto não completarem a maioridade. É, destarte, “menos poder e mais dever, [...], concebido como encargo legalmente atribuído a alguém, em virtude de certas circunstâncias, a que se não pode fugir”⁵⁹.

No art. 1.634 do Código Civil, consta um rol de incumbência dos pais em relação aos filhos no exercício do poder familiar, como dirigir-lhes a criação e educação; tê-los em sua companhia e guarda; conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; nomear-lhes tutor; representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil; reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; e exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. Este poder-dever relaciona-se diretamente com o princípio da parentalidade responsável, pois a obrigação constitucional que os genitores têm de assistir a criança e o adolescente em todas as suas necessidades decorre do estado de posse do poder familiar.

O poder familiar extingue-se com a superveniência das seguintes situações, nos termos do art. 1.635 do Código Civil: quando os pais falecem (inciso I); no caso da emancipação do adolescente, conforme a redação do art. 5º, parágrafo único, do citado Diploma Legal (inciso II); quando o infante atinge a maioridade civil (inciso

III); quando sobrevém uma adoção (inciso IV); e por decisão judicial consistente na suspensão ou perda do poder familiar (inciso V).

A forma mais grave de ingerência estatal na vida privada da família é a decisão judicial que determina a suspensão ou a perda do poder familiar. A ação que tem tal objetivo tramita por um procedimento especial previsto nos arts. 155 e seguintes do Estatuto da Criança e do Adolescente. São medidas que devem ser tomadas quando todos os outros esforços para superar a violência constatada *in loco* mostrarem-se inócuos.

Decretar-se-á a suspensão do poder familiar quando for caso de abuso de autoridade ou descumprimento dos deveres inerentes aos pais no cuidado com os filhos, conforme determina o art. 1.637 do Código Civil. De acordo com o parágrafo único desse artigo, a condenação criminal transitada em julgado do genitor em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão, como é o caso do delito de estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal), também justifica a suspensão.

Ressalte-se que a suspensão do poder familiar pode ser revogada a qualquer tempo, desde que superados os fatores que a provocaram. Maria Berenice Dias ensina que durante o período de afastamento da criança de um ou de ambos os pais, é recomendável que seja aplicada alguma das medidas de acompanhamento, apoio e orientação aos filhos previstas no art. 101 do Estatuto da Criança e do Adolescente ou as medidas pertinentes aos pais ou responsáveis expostas no art. 129 do referido Estatuto.⁶⁰

Pontes de Miranda faz referência a algumas situações que podem ensejar a suspensão do poder familiar, como a prática de maus-tratos; a negligência consistente na privação de alimentos ou de cuidados essenciais à saúde da criança; permitir e incentivar o infante a exercer um ofício proibido ou contrário à moral e aos bons costumes; o desleixo, o abuso ou o descuido; permitir que o filho se envolva com a delinquência etc.⁶¹

No tocante à perda do poder familiar, são quatro as hipóteses legais descritas nos incisos do art. 1.638 do Código Civil:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

I – castigar imoderadamente o filho;

II – deixar o filho em abandono;

III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

A previsão legal do “castigo imoderado” é um resquício do *pátrio poder*. Na conjuntura atual de proteção aos direitos da personalidade infantojuvenis, não há que se admitir que os pais castiguem os filhos, ainda que moderadamente. No Comentário Geral nº 8 do Comitê dos Direitos da Criança, órgão pertencente à Organização das Nações Unidas, cuja função precípua é fiscalizar o cumprimento das disposições da Convenção sobre os Direitos da Criança por parte dos Estados signatários, há uma clara reprovação a previsões legais, a exemplo da brasileira, que admitem a utilização de castigo corporal moderado como forma de disciplinar os filhos.⁶²

Qualquer espécie de punição aplicada que redunde em lesão à integridade física, psíquica ou moral da criança ou do adolescente “deve ser prontamente repudiada e severamente punida”⁶³. Contudo, apenas os casos de castigos mais severos é que

devem ensejar a perda do poder familiar. Quando o disciplinamento corporal não causar injúrias no infante, a medida a ser aplicada pode ser meramente administrativa, consistente, por exemplo, no encaminhamento dos pais ou responsáveis a programas que ensinem os cuidadores formas alternativas de corrigir as crianças, como determina o art. 18-B do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 18-B. Os pais, os integrantes da família ampliada, os responsáveis, os agentes públicos executores de medidas socioeducativas ou qualquer pessoa encarregada de cuidar de crianças e de adolescentes, tratá-los, educá-los ou protegê-los que utilizarem castigo físico ou tratamento cruel ou degradante como formas de correção, disciplina, educação ou qualquer outro pretexto estarão sujeitos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, às seguintes medidas, que serão aplicadas de acordo com a gravidade do caso:

I – encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família;

II – encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico;

III – encaminhamento a cursos ou programas de orientação;

IV – obrigação de encaminhar a criança a tratamento especializado;

V – advertência.

Parágrafo único. As medidas previstas neste artigo serão aplicadas pelo Conselho Tutelar, sem prejuízo de outras providências legais.

A perda do poder familiar por abandono não inclui as famílias que, por deficiência financeira, não conseguem disponibilizar aos filhos alimentação, vestuário e abrigo adequados. A medida apenas deverá ser decretada quando, “exauridas as diligências de promoção da família, através da inclusão desta em programas oficiais e comunitários de auxílio”⁶⁴, for constada a negligência parental em suprir as necessidades básicas de saúde, afeto e educação do filho.

Devem ser aplicados os critérios utilizados para verificar se existe negligência física, médica, afetiva, educacional ou supervisão inadequada, bem como se o descuido é tão extremo a ponto de colocar em risco a vida da criança, sendo os pais relapsos e omissos em atender eventuais prescrições do Poder Público, do Conselho Tutelar, do Ministério Público, no sentido de dispensarem ao infante todo o cuidado que este necessita, conforme a idade em que se encontra.

A prática contrária à moral e aos bons costumes deve ser aferida objetivamente, “segundo *standards* valorativos predominantes na comunidade, no tempo e no espaço, incluindo as condutas que o Direito considera ilícitas”⁶⁵. O abuso sexual, o assédio moral, a alienação parental são exemplos de condutas que contrariam a moral e os bons costumes e que, destarte, podem justificar uma decisão que determina a perda do poder familiar.

Por fim, também resultará na sanção em questão a reiteração das faltas que deram ensejo à suspensão anterior do poder familiar. Atos isolados de violência perpetrados contra os filhos muitas vezes são insuficientes para ensejar a perda da autoridade parental, haja vista que medidas mais brandas podem ser aplicadas, como a inversão da guarda, a proibição de visitas e a suspensão do poder familiar. Contudo, diante de uma constância na prática de abusos ou de negligência, o art. 1.683, IV, do Código Civil, autoriza o juiz a decretar a perda do poder familiar por parte do agressor.

Paralelamente à ação de suspensão ou destituição do poder familiar, pode tramitar pedido de colocação da criança em família substituta. Neste caso, as ações devem ser reunidas e caminhar conjuntamente, em decorrência de que um dos

pressupostos para que o menor seja encaminhado para outra família é a perda do poder parental.

Se uma criança ou um adolescente estão sofrendo violência doméstica perpetrada pelos pais ou responsáveis, sobretudo nos casos em que pai e mãe praticam os abusos ou quando um consente com os atos violentos cometidos pelo outro, a situação de risco a qual o infante está exposto demanda uma intervenção estatal no sentido de encaminhá-lo a uma família substituta.

Segundo Tânia da Silva Pereira:

A valorização da família substituta, em contraposição à família natural, [...], é decorrente da tendência moderna por parte de nossa Doutrina em desvincular a paternidade do biologismo tão fortemente considerado, sobretudo nos países latinos, e valorizar a convivência familiar ligada, essencialmente, à “paternidade social”, ou seja, relação afetiva desvinculada do vínculo biológico, representando um convívio de carinho e participação no desenvolvimento e formação da criança⁶⁶.

A guarda, a tutela e a adoção são as hipóteses previstas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 28) por meio das quais os infantes poderão ser inseridos em uma família substituta. Antes de autorizar esta inserção, o juiz deve considerar o grau de parentesco e a relação de afinidade ou de afetividade entre o menor e a nova família (art. 28, § 3º, do ECA). Além disso, sempre que possível os irmãos deverão ser encaminhados para o mesmo local (art. 28, §4º, do ECA).

Tanto na ação de suspensão ou perda do poder familiar, quanto no processo de colocação em família substituta, o Estatuto da Criança e do Adolescente aconselha a oitiva prévia da criança por uma equipe interprofissional (art. 28, §§ 1º e 2º e art. 168), sendo que a opinião daquela deverá ser considerada pelo juiz e pelo Promotor. Além disso, trata-se de uma escuta especializada, já que a Lei nº 13.431/2017 determina que qualquer criança ou adolescente em situação de violência deverá passar por um procedimento diferenciado de entrevista perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade.

Nas ações relativas à destituição do poder familiar, se a criança tiver mais de 12 anos, o seu prévio consentimento é obrigatório (art. 28, § 2º, do ECA).

Ressalte-se que a concessão da medida, seja a perda do poder familiar ou a colocação em família substituta, deverá ser precedida por um estudo social, de preferência com a intervenção de uma equipe multidisciplinar, conforme dispõem os arts. 161, § 1º e 167 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Os relatórios elaborados por assistentes sociais, psicólogos, médicos, dentre outros profissionais afins, são imprescindíveis para fundamentarem a decisão do juiz em um caso de violência intrafamiliar, sobretudo quando se é necessário utilizar do princípio da proporcionalidade e seus desdobramentos para verificar qual a decisão mais razoável a ser tomada.

Assim, deve ser analisado, inicialmente, se o meio empregado para a restrição de um direito fundamental é hábil, idôneo a “atingir o fim perseguido”⁶⁷, que consiste na satisfação de um outro preceito fundamental. Em seguida, deve-se verificar “se não há uma outra medida estatal de restrição, diferente da utilizada ou que se pretende utilizar, mas igualmente adequada e eficaz, além de menos prejudicial ao direito fundamental em questão”⁶⁸. Por fim, impende realizar uma

ponderação em sentido estrito, a fim de que haja o menor sacrifício possível dos bens jurídicos envolvidos.⁶⁹

Aplicando-se o princípio da proporcionalidade às decisões jurisdicionais circunscritas ao âmbito familiar, notadamente aquelas que tratam da autoridade parental, o juiz deve analisar, dentre todas as medidas que podem ser adotadas, quais delas são adequadas, idôneas para atingir o fim perseguido, que é a proteção do infante em seu melhor interesse. Em segundo, não é suficiente que tais medidas sejam adequadas. Cabe averiguar qual delas importa na menor restrição possível aos direitos fundamentais em jogo, pois devem ser preservados, conforme possível, o direito à convivência familiar e o direito dos pais de educarem e criarem seus filhos. Por isso, a perda da guarda é sempre preferível em relação à suspensão do poder familiar, e esta deve ter primazia quanto à perda deste poder.

Por último, havendo dúvida, por exemplo, acerca da suspensão do direito de visitas ou no tocante a qual família substituta encaminhar a criança, o juiz há de fazer uma ponderação entre os meios e fins erigidos, a fim de que haja um equilíbrio entre valores e bens constitucionalmente protegidos, ou seja, se deve prevalecer o direito dos genitores de continuarem a conviver com o filho ou se é mais importante afastar o infante de seus pais a fim de proteger sua incolumidade psicofísica.

Nesse sentido, o art. 100, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente, determina no inciso VIII que um dos princípios a serem observados quando da aplicação de medidas protetivas, é justamente a proporcionalidade, sendo que a “intervenção deve ser a necessária e adequada à situação de perigo em que a criança ou o adolescente se encontram no momento em que a decisão é tomada”.

A atuação do Poder Judiciário nas ações que versam acerca da autoridade parental, seja na concessão de medidas cautelares, na modificação da guarda ou na suspensão ou destituição do poder familiar, deve ser pautada sempre no princípio do melhor interesse, a fim de garantir que o infante que sofreu violência intrafamiliar desenvolva a personalidade em um ambiente seguro, de preferência em seu núcleo familiar ou, caso isso não seja possível, que seja encaminhado a uma família substituta, na qual predomine o afeto, o respeito e a dignidade.

RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS CULPADOS

Diante de um quadro de violência intrafamiliar em que as vítimas são crianças e adolescentes, surge a questão relativa à responsabilização civil dos agressores, isto é, se é cabível a condenação dos culpados em danos materiais e morais em favor daqueles que sofreram os abusos.

A responsabilidade civil remonta ao princípio de direito segundo o qual *non nemine laedere*, ou seja, de que ninguém possui o direito de lesar outrem, sob pena de ser obrigado a ressarcir o prejuízo causado.⁷⁰

Responder significa que cada ser humano deve dar conta de seus próprios atos. Logo, quando a ação decorrente de um ato unilateral constitui-se em uma violação a um dever moral e jurídico, produzindo no sujeito passivo um prejuízo, surge o dever de indenizar. Destarte, a responsabilidade civil representa sempre o dever de computar ao outro o dano que lhe foi causado⁷¹.

Américo Luís Martins da Silva relata que “a vida em sociedade exige que os indivíduos respondam por seus atos, atitudes e reações ou por atos de terceiros a que possam estar ligados moralmente como seus auxiliares ou prepostos”. Conclui,



“A prática de violência intrafamiliar contra a criança e o adolescente configura um ilícito civil que ocasiona sequelas psicológicas, cognitivas e até mesmo corporais nas vítimas. Os pais ou cuidadores que violam os direitos de seus filhos devem ser responsabilizados civilmente, em decorrência de que não exerceram a parentalidade de forma responsável. Ainda existe muito preconceito nesta seara, notadamente quanto à monetarização do afeto, contudo, os danos morais não possuem uma função reparatória, mas sim compensatória e pedagógica.”

ainda, afirmando que “todo indivíduo tem o dever de não praticar atos nocivos, danosos ou prejudiciais a outro indivíduo, dos quais resultem ou possam resultar-lhe prejuízo”⁷².

Segundo Inacio de Carvalho Neto, a palavra responsabilidade apresenta um duplo sentido. Por um lado, reveste-se da característica de uma obrigação, de um dever, de uma promessa que deve ser observada. De outra sorte, responsabilidade significa a obrigação de reparar um dano, o que se amolda com mais exatidão à definição de responsabilidade civil.⁷³

Pode-se definir a responsabilidade civil como contratual quando decorre de um negócio jurídico; ou extracontratual, se o ato ou a omissão de uma pessoa extrapola a conduta normal do indivíduo diligente, lesando o direito de outrem.

É necessária a verificação de quatro elementos para a configuração da responsabilidade civil: a prática de um ato ilícito, a existência ou não de culpa, o nexo causal e, por fim, a comprovação do dano.

Segundo Jorge Bustamante Alsina, o conceito de ilicitude é toda conduta anti-jurídica, ou seja, qualquer ação ou omissão contrária ao ordenamento jurídico considerado em sua totalidade⁷⁴.

O Código Civil brasileiro estabelece no art. 186 que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Uma vez praticado o ato ilícito, deve-se analisar se a ação ou omissão do agente foi resultado de uma vontade livre e consciente (dolo) ou se decorreu de negligência, imprudência ou imperícia (culpa)⁷⁵.

Alvino Lima conceitua a culpa como elemento distinto do ato ilícito, considerando-a como um desvio da conduta normal esperada do indivíduo adaptado à vida social:

Em face, pois, de um fato concreto violador do direito de outrem, uma vez verificados o dano e o laço de causalidade, surge, então, a indagação de se conhecer se o agente, ao praticar o ato, ao cometer a omissão, agiu atendendo às circunstâncias que o rodeavam, como todos nós agiríamos, como atuaria o homem prudente, normal, avisado⁷⁶.

Em regra, a responsabilidade civil é subjetiva, ou seja, depende da verificação da culpa ou do dolo do agente. Contudo, excepcionalmente, a responsabilidade pode ser aferida objetivamente, isto é, independentemente de culpa. Isto se aplica nas hipóteses definidas em lei, como no art. 927, parágrafo único, do Código Civil e nos arts. 12, 14, 18 e 20, todos do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990).

O nexo de causalidade ou a relação causal é, por sua vez, um elemento material da responsabilidade civil, porque constitui o vínculo externo entre a ação ou omissão do agente e o dano sofrido pela pessoa. De acordo com a teoria da causalidade adequada, um fato apenas será causa de um evento danoso se for possível prever aquela conduta produziria tal resultado, ou seja, deve haver uma relação de adequação entre a causa e a consequência⁷⁷.

Por fim, para que haja a responsabilização civil é necessário que ocorra um dano, ou seja, a ação ou omissão do agente deve ocasionar uma lesão sobre o patrimônio moral ou material da vítima. O vocábulo dano significa o “mal ou ofensa pessoal; prejuízo moral; prejuízo material causado a alguém pela deterioração ou inutilização de bens seus; estrago, deterioração, danificação”.⁷⁸ Contudo, no sentido jurídico, o termo “dano” é de origem latina – *damnum*, consistente na lesão que sofre uma pessoa em qualquer bem patrimonial ou moral, em decorrência de um evento que aconteceu contra sua vontade⁷⁹.

Jorge Bustamante Alsina define o dano como o menoscabo que se experimenta no patrimônio em consequência de uma perda nos valores econômicos (dano patrimonial) e também de uma lesão aos sentimentos, à honra e a afeições legítimas (dano moral)⁸⁰.

A própria definição de dano revela a existência de uma classificação quanto ao seu objeto, podendo ser patrimonial ou moral. Aquele, “pressupõe sempre ofensa ou diminuição de certos valores econômicos”, de modo que é verificável “mediante o confronto entre o patrimônio realmente existente após o dano e o que possivelmente existiria, se o dano não se tivesse produzido”⁸¹.

Ressalte-se que o ressarcimento do dano patrimonial pode ocorrer a título de danos emergentes ou de lucros cessantes. Na primeira hipótese, os danos

são medidos conforme a diminuição real causada no patrimônio do lesado. Já a segunda diz respeito aos proventos que a vítima deixou de ganhar em decorrência do ato ilícito, ou seja, corresponde ao montante que seria conquistado caso não houvesse o evento danoso.

O dano moral, por sua vez, é aquele que, segundo Clayton Reis, causa um aviltamento no direito da pessoa de se realizar por meio de sua personalidade. Ainda, para o autor, “a constatação da existência de um patrimônio moral e a consequente necessidade de sua reparação, [...], constituem marco importante no processo evolutivo das civilizações”⁸².

Objetiva-se, por meio do dano extrapatrimonial, compensar a dor, o sofrimento íntimo e os prejuízos psíquicos sofridos pela vítima, porquanto houve uma violação à sua dignidade. Maria Celina Bodin de Moraes entende que a reparação por danos morais é justamente a “contrapartida do princípio da dignidade da pessoa humana”⁸³.

Inacio de Carvalho Neto assevera que, enquanto a reparação por dano material tem por escopo possibilitar o retorno do bem lesionado ao *status quo ante*, ou permitir que este objeto seja novamente adquirido pelo sujeito prejudicado, o dano moral não permite tal desiderato, isso porque é impossível que o sentimento aviltado volte ao estado anterior, sendo cabível apenas uma satisfação compensatória da dor.⁸⁴

Jorge Bustamante Alsina assevera que o dano moral seria “la lesión en los sentimientos que determina dolor e sufrimiento físicos, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas, y en general toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria”⁸⁵.

Carlos Alberto Bittar apreende o conceito de danos morais a partir da violação aos direitos da personalidade:

[...] os danos morais são lesões sofridas pelas pessoas, físicas ou jurídicas, em certos aspectos de sua personalidade, em razão de investidas injustas de outrem. São aqueles que atingem a moralidade e a afetividade da pessoa, causando-lhe constrangimentos, vexames, dores, enfim, sentimentos e sensações negativas. Contrapõem-se aos danos denominados materiais, que são prejuízos suportados no âmbito patrimonial do lesado. Conclui-se que o dano moral consiste na lesão sofrida pela pessoa física em seu foro íntimo provocado por outrem.⁸⁶

Por muitos anos, permaneceu a discussão acerca da reparabilidade do dano moral. Isto porque se defendia que a dor não admitia compensação pecuniária. De outra banda, Clayton Reis já afirmava que “negar a reparação dos danos morais, sob os mais diversos fundamentos, é negar a existência de um patrimônio ideal das pessoas, ou, pelo menos, a não-aceitação de que todos os seres humanos são detentores de valores espirituais”⁸⁷.

No entanto, a promulgação da Constituição Federal de 1988 encerrou tal discussão ao afirmar no art. 5º, incisos V e X, que:

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Em relação à cumulação do dano material com o dano moral decorrentes do mesmo fato, a Súmula nº 37 do Superior Tribunal de Justiça, de 17 de março de 1992, esclareceu ser possível tal situação.⁸⁸

O Código Civil regulamentou a indenização por dano moral, de forma genérica, no art. 186 e, no mesmo sentido, os arts. 953⁸⁹ e 954⁹⁰ elencam situações que ensejam a reparabilidade extrapatrimonial. Outrossim, o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, incisos VI e VII, também admitiu a reparação por danos patrimoniais e morais

A reparação do dano moral possui uma dupla função: é compensatória, porque não objetiva voltar ao *status quo* anterior à lesão, mas tão somente atenuar a dor, proporcionando ao ofendido uma vantagem que poderá ser destinada a satisfações materiais ou ideais que julgar pertinentes. Por outro lado, o dano moral é também dotado de uma função punitiva ou expiatória, em decorrência de que busca aplicar uma “pena” ao ofensor, qual seja uma diminuição em seu patrimônio⁹¹.

Não existem em nosso ordenamento jurídico critérios pré-fixados para a apreciação do *quantum* devido a título de danos morais. A partir de uma análise jurisprudencial, Luiz Antonio Rizzatto Nunes apontou alguns parâmetros a serem seguidos, como a natureza da ofensa sofrida e sua repercussão no meio social; a existência de dolo por parte do ofensor; a capacidade econômica deste; a intensidade real, concreta, efetiva do sofrimento do ofendido e a posição social deste⁹².

Maria Helena Diniz defende que, para a fixação do *quantum* da indenização do dano moral, o julgador “deverá considerar a gravidade da lesão, baseado na conduta culposa ou dolosa do agente, a situação econômica do lesante, as circunstâncias do fato, a situação individual e social da vítima ou dos lesantes etc”⁹³.

Feitas tais considerações acerca da responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro, resta compreender porque tal instituto deve ser aplicado no Direito de Família, sobretudo quando os pais não exercem a parentalidade de forma responsável, praticando atos de violência, abuso ou negligência contra os filhos.

Preliminarmente, deve-se ressaltar que a família moderna tem se caracterizado pelo afeto, pelo cuidado mútuo, pelo companheirismo, pela colaboração, amizade, comprometimento e cumplicidade. Ao mesmo tempo, o princípio da solidariedade familiar também é essencial para a estruturação da família, porque implica em cooperação e respeito entre todos os entes familiares⁹⁴.

Diante desse novo contexto em que a família está inserida, a lesão ocasionada por um dos membros em relação a outro causa um prejuízo maior do que aquela provocada por um terceiro que não é parte do núcleo familiar, haja vista a situação privilegiada de afeto e solidariedade que desfrutam tais entes, justificando-se, portanto, a aplicabilidade da teoria geral da responsabilidade civil.⁹⁵

Beatriz R. Bíscaro afirma que quando um membro da família lesiona o direito de outro, isto demonstra que a harmonia não existe e a negação da reparação civil nestes casos estimularia a reiteração da lesão, acelerando o processo de desintegração familiar⁹⁶.

Se a responsabilidade civil deve ser aplicada nas relações familiares, a prática de um ato ilícito neste contexto também pode acarretar a reparação por danos morais, como ensina Arnaldo Marmitt:

No Direito de Família abundam os valores imateriais indenizáveis. É terreno fértil da violência familiar, que por sua força e insuportabilidade já não mais permanece oculta aos olhos dos outros. Com frequência exsurtem lesões graves dessa área do Direito. São os

prejuízos morais resultantes de vulneração de virtudes da personalidade, dos atributos mais valiosos da pessoa, de sua riqueza interior, de sua paz jurídica, destruídas pelo parente, pelo esposo ou convivente. O patrimônio moral e familiar é algo muito precioso e de grande estimação, visto ser construído com carinho, afeto e sentimento em cada minuto da vida. A ofensa a esses bens superiores gera o dano moral ressarcível.⁹⁷

O princípio da dignidade da pessoa humana, o afeto e o dever de solidariedade devem prevalecer em qualquer entidade familiar. A partir do momento em que tais princípios não são respeitados, assim como o princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança e do adolescente, deve-se responsabilizar os entes familiares que praticam condutas incompatíveis com os princípios acima referidos⁹⁸.

Quando os pais violam os direitos assegurados aos seus filhos em tratados e convenções internacionais e no ordenamento jurídico pátrio, não exercendo, portanto, a parentalidade de forma responsável, devem ser responsabilizados pelos danos morais e materiais causados aos infantes.

A Lei nº 13.431/2017 clareou a matéria ao estabelecer no art. 5º, inciso XII, o direito fundamental da criança ou adolescente “ser reparado quando seus direitos forem violados”.

Américo Luís Martins da Silva afirma que:

É evidente que a criança e o adolescente também podem ser vítimas de dores físicas e morais. Os sofrimentos e as angústias das crianças e dos adolescentes podem constituir danos espirituais injustos quando causados por ato ilícito. Além disso, a ofensa à dignidade, ao respeito e à liberdade da criança e do adolescente constituem dano injusto.⁹⁹

Existe uma série de ações ou omissões dos pais ou responsáveis que violam os direitos da criança e do adolescente e que, portanto, são indenizáveis, como a violência física, a alienação parental, o abuso sexual, o abandono, a recusa de reconhecimento de paternidade etc.

Na data de 24 de abril de 2012, em uma decisão paradigmática, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça condenou um pai, por maioria de votos, a pagar indenização por danos morais decorrentes de abandono afetivo em relação a uma de suas filhas. Trata-se do Recurso Especial nº 1.159.242, originário do Estado de São Paulo e de relatoria da Ministra Nancy Andrigui. Segue o teor da ementa:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.

2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o *non facere*, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia – de cuidado – importa em vulneração da imposição legal, exsurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.

4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes – por demandarem revolvimento de matéria fática – não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.

6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

7. Recurso especial parcialmente provido.¹⁰⁰

Trata-se do caso de Luciane Nunes de Oliveira Souza, a qual fora abandonada pelo pai, Antonio Carlos Jamas dos Santos, logo após o nascimento. O reconhecimento de paternidade ocorreu apenas por via judicial, sendo que durante todo o período de sua infância e adolescência, Luciane não recebeu do pai cuidados morais ou materiais. De outro lado, os três filhos de Antônio, havidos com outra mulher com quem se casou, sempre obtiveram do pai afeto e assistência material abastada¹⁰¹.

Em 1º grau, o pedido indenizatório foi julgado improcedente, sob o fundamento de que a omissão afetiva de Antonio decorreu das atitudes agressivas da mãe de Luciane. Contudo, o Tribunal de Justiça de São Paulo reformou a decisão, entendendo que houve a violação ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e da igualdade entre os filhos, caracterizando, portanto, um abandono moral grave:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. FILHA HAVIDA DE RELAÇÃO AMOROSA ANTERIOR. ABANDONO MORAL E MATERIAL. PATERNIDADE RECONHECIDA JUDICIALMENTE. PAGAMENTO DE PENSÃO ARBITRADA EM DOIS SALÁRIOS MÍNIMOS ATÉ A MAIORIDADE. ALIMENTANTE ABASTADO E PRÓSPERO. IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO¹⁰².

Inconformado, Antonio Carlos Jamas dos Santos recorreu, sem sucesso, ao Superior Tribunal de Justiça. No Recurso Especial, a Relatora Nancy Andrigui asseverou em seu voto que “não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o conseqüente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família”. A Ministra fundamentou o seu voto no dever legal de cuidado que os pais devem ter em relação aos filhos. Se não é possível obrigar um ser humano a amar a outro, ainda que seja sua prole, cuidar deste é uma obrigação e seu descumprimento implica na prática de um ato ilícito e, portanto, na responsabilidade civil por danos morais¹⁰³.

Ainda há grande resistência nos Tribunais pátrios em reconhecer a reparabilidade por dano moral quando um filho é abandonado afetivamente por seu pai ou mãe. De fato, não se pode exigir que um pai ou uma mãe ame seu filho. Contudo, a partir do momento em que a negligência parental implica na prática de um ato ilícito, uma vez que viola o princípio da parentalidade responsável, causando-lhe dano, há inequivocamente o dever de indenizar.

Inacio de Carvalho Neto entende que a recusa no reconhecimento da paternidade implica na indenização por danos morais, desde que o pai não tenha razões fundadas para suspeitar que não se tratava de um filho seu. Ademais, o autor

assevera que a reparação civil não tem o condão de penalizar o genitor faltante, mas sim de compensar o sofrimento psíquico suportado pelo filho rejeitado.¹⁰⁴

Nesse diapasão, Beatriz Bíscaro defende que:

El daño moral al hijo no reconocido espontáneamente consiste en desconocerle su estado de familia, que es un atributo de la persona, impidiéndole el emplazamiento respecto del progenitor que omitió reconocerlo. [...] Si no se adoptan las debidas precauciones para evitar el embarazo, los principios de la paternidad y maternidad responsables son los que deben prevalecer. La mera circunstancia de no haber adoptado esas medidas es fuente de responsabilidad.¹⁰⁵

Ressalte-se que, independentemente de o reconhecimento da paternidade ter ocorrido de forma voluntária ou não, o abandono afetivo por parte do pai ou mesmo por parte da mãe também gera indenização, pois esta omissão causa na criança e no adolescente sequelas graves no desenvolvimento da personalidade e no próprio cérebro da vítima.

Segundo Marcial Barreto Casabona, o afeto é um valor que não pode ser desprezado pelos magistrados nas ações que versam acerca do abandono moral, “pois é na família onde a formação individual para o convívio social encontra sua primeira base de desenvolvimento”. Portanto, fixar o dano moral não seria, para o autor, impor ao genitor o afeto, mas tão somente obrigá-lo a cumprir seu dever paterno ou materno de solidariedade¹⁰⁶.

Clayton Reis e Simone Xander Pinto salientam a aplicabilidade do instituto da responsabilidade civil nos casos de abandono afetivo paterno-materno-filial, haja vista que há uma transgressão aos deveres inerentes ao poder familiar. Outrossim, as sequelas ocasionadas por tal omissão são profundas e irreversíveis, desestruturando a personalidade da vítima e enfraquecendo seu espírito.¹⁰⁷

A prática de qualquer forma de violência no âmbito familiar configura um ilícito, haja vista que transgrede os direitos da personalidade da criança e do adolescente. O Código Civil atual prevê expressamente no art. 12 que a lesão aos direitos da personalidade pode resultar em perdas e danos, logo, não há por que negar esse direito ao menor que tenha violada sua liberdade, intimidade, dignidade e integridade psicofísica em decorrência de abandono afetivo, negligência física ou médica, agressões físicas, violência psicológica, assédio moral, alienação parental, abuso sexual, bem como qualquer conduta que lhe cause dano físico, psíquico, moral ou sexual¹⁰⁸.

De fato, as condutas parentais que implicam em violação aos direitos do infante não podem ser monetarizadas, contudo, acarretam inúmeros prejuízos à vítima, que se sente desprezada, humilhada, impotente e com a noção de identidade mitigada. A punição por dano moral arbitrada nessas circunstâncias pode ser somada com danos materiais e também se prestará à responsabilização do agressor pelo pagamento das despesas de tratamento do infante com psiquiatras, psicólogos, educadores e até mesmo para suprir as necessidades materiais que a vítima venha a ter.¹⁰⁹

É também necessário apurar a responsabilidade civil do genitor não agressor: se ele tinha ou não conhecimento dos abusos, se foi negligente, se consentiu com as violações por medo etc. Essa não é uma tarefa simples e exige muita cautela, pois nem sempre o pai ou a mãe cujo filho é agredido no seio familiar tem condições mentais e estrutura psicológica para perceber e delatar a violência.

Pode ser que em decorrência do abuso sexual a vítima tenha contraído alguma doença sexualmente transmissível, curável ou não, ou pode ser que tenha

engravado. Aquele que sofreu agressões físicas ou negligência também pode apresentar sequelas no próprio corpo. Nessas circunstâncias, é cabível a condenação do agressor por danos materiais, a fim de custear o tratamento médico da criança ou do adolescente vitimizados. No caso de um incesto do qual resultou uma gestação, a reparação patrimonial poderá ser direcionada a suportar os gastos com o bebê, ou, caso assim prefira a adolescente e, desde que haja o consentimento de um representante legal, com o aborto.

No tocante à legitimidade ativa para ajuizar uma ação indenizatória, se o filho que sofreu o dano já tiver atingido a maioridade civil, então ele poderá intentar a medida. Caso contrário, poderá ser representado por um de seus pais ou responsáveis, quando um deles não tenha sido o autor do ato ilícito, ou até mesmo pelo Ministério Público, nos termos do art. 201 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A partir do momento em que o adolescente violentado por seus familiares completar dezoito anos de idade, inicia-se o prazo prescricional para que ajuíze uma ação reparatória pelos danos morais e materiais sofridos, conforme entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1298576, de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão:

RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. APRECIÇÃO, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL, DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE. COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS, POR ABANDONO AFETIVO E ALEGADAS OFENSAS. DECISÃO QUE JULGA ANTECIPADAMENTE O FEITO PARA, SEM EMISSÃO DE JUÍZO ACERCA DO SEU CABIMENTO, RECONHECER A PRESCRIÇÃO. PATERNIDADE CONHECIDA PELO AUTOR, QUE AJUIZOU A AÇÃO COM 51 ANOS DE IDADE, DESDE A SUA INFÂNCIA. FLUÊNCIA DO PRAZO PRESCRICIONAL A CONTAR DA MAIORIDADE, QUANDO CESSOU O PODER FAMILIAR DO RÉU. [...] 4. O autor nasceu no ano de 1957 e, como afirma que desde a infância tinha conhecimento de que o réu era seu pai, à luz do disposto nos artigos 9º, 168, 177 e 392, III, do Código Civil de 1916, o prazo prescricional vintenário, previsto no Código anterior para as ações pessoais, fluiu a partir de quando o autor atingiu a maioridade e extinguiu-se assim o “pátrio poder”. Todavia, tendo a ação sido ajuizada somente em outubro de 2008, impõe-se reconhecer operada a prescrição, o que inviabiliza a apreciação da pretensão quanto a compensação por danos morais. 5. Recurso especial não provido.¹¹⁰

A prática de violência intrafamiliar contra a criança e o adolescente configura um ilícito civil que ocasiona sequelas psicológicas, cognitivas e até mesmo corporais nas vítimas. Os pais ou cuidadores que violam os direitos de seus filhos devem ser responsabilizados civilmente, em decorrência de que não exerceram a parentalidade de forma responsável. Ainda existe muito preconceito nesta seara, notadamente quanto à monetarização do afeto, contudo, os danos morais não possuem uma função reparatória, mas sim compensatória e pedagógica. Portanto, a população infantojuvenil vitimizada dentro de seu lar tem direito a receber o ressarcimento pelos abusos que sofreram.

A ADOÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE PREVENÇÃO EM NÍVEL PRIMÁRIO, SECUNDÁRIO E TERCIÁRIO

É constante no Brasil a ocorrência de casos de violência intrafamiliar praticados contra a população infantojuvenil e, a despeito da legislação brasileira garantir a

proteção integral desses menores, seus direitos personalíssimos continuam a ser desrespeitados, ferindo sua integridade, liberdade e direito ao desenvolvimento saudável.

É inadmissível que o governo brasileiro fique inerte diante de tamanha violação aos direitos da criança e do adolescente, sendo necessária a adoção de políticas públicas que objetivem a prevenção da violência, dando-se primazia, destarte, ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Conforme redação do § 8º do ar. 226 da Constituição Federal “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece no art. 70 que é dever de todos prevenir a ocorrência de qualquer ameaça ou violação aos direitos infanto-juvenis. Nesse sentido, o art. 87, inciso III preconiza que uma das linhas de ação da política de atendimento à infância e à adolescência é o oferecimento de “serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão”.

Etimologicamente, o vocábulo prevenir é de origem latina – *praevenire*, e significa “vir antes”, “tomar a dianteira”. No campo das políticas públicas, a prevenção não se limita às ações que têm por escopo evitar a reiteração de determinados comportamentos, pois abrange, outrossim, medidas que colaborem para que tais condutas sejam denunciadas e, posteriormente, sejam adotadas providências quanto ao acompanhamento que deve ser disponibilizado às pessoas que foram prejudicadas por essas práticas, com vistas a abrandar as sequelas ocasionadas às vítimas¹¹¹.

Victoria Lidchi explica que as políticas públicas de prevenção, inclusive no que se refere aos serviços prestados à criança e ao adolescente, podem ser aplicadas em três níveis: primário, secundário e terciário. O primário envolve esforços no sentido de impedir que a violência aconteça, sobretudo por meio de programas educacionais. A prevenção secundária destina-se às famílias nas quais é verificada a presença de fatores de risco para a prática do abuso, como o alcoolismo, o estresse, o desemprego etc. Por último, o terceiro nível diz respeito às políticas que visam diminuir as consequências provocadas pelos episódios de violência, tanto em relação à criança quanto aos demais entes familiares¹¹².

A supramencionada autora aponta a existência de pesquisas internacionais que revelam que os programas de prevenção mais eficientes são aqueles mais simples, que implicam em ações menos complicadas. Tais programas podem ser de curto, médio e longo prazo. Além disso, podem desdobrar-se em intervenções individuais e interpessoais, como o apoio pré e pós-natal para o fortalecimento do vínculo materno-filial, e ações de cunho social, que visem alterar padrões culturais de legitimação do uso da violência na educação dos filhos¹¹³.

Para que haja políticas públicas efetivas é imprescindível que se tenha ciência do grau de incidência da violência nas famílias brasileiras; de onde existe a maior concentração do fenômeno e de quais os fatores que levam os pais e responsáveis a vitimizarem os filhos, dentre outras informações que direcionem os recursos financeiros para programas efetivos, em consonância com a realidade de cada local. Mas, para isso, o governo federal, bem como os estaduais e municipais, devem investir em pesquisas de campo, no levantamento de dados acerca da violência no Brasil, sobretudo diante da precariedade desse tipo de informação no território nacional¹¹⁴.

Ressalte-se, ainda, que é impossível proceder a um levantamento do mapa da violência contra menores no Brasil ou mesmo implementar políticas públicas de prevenção, se não houver um envolvimento articulado em rede de todas as entidades e órgãos que trabalham na defesa dos direitos da criança e do adolescente, sejam públicos ou privados, em parceria com a sociedade civil¹¹⁵.

Nesse diapasão, o art. 14 da Lei nº 13.431/2017 determina que “as políticas implementadas nos sistemas de justiça, segurança pública, assistência social, educação e saúde deverão adotar ações articuladas, coordenadas e efetivas voltadas ao acolhimento e ao atendimento integral às vítimas de violência”. E, ainda, no art. 15 estabelece a possibilidade da União, Estados e Municípios criarem “serviços de atendimento, de ouvidoria ou de resposta, pelos meios de comunicação disponíveis, integrados às redes de proteção, para receber denúncias de violações de direitos de crianças e adolescentes.”

No Brasil, a Lei nº 8.069/1990 criou os Conselhos dos Direitos da Criança em âmbito municipal, estadual e federal, com o escopo de deliberar e controlar todas as ações relacionadas à política de atendimento da população infantojuvenil (art. 88, II), bem como, no caso do Conselho Municipal, de fiscalizar as entidades não governamentais que atuam na defesa dos direitos da criança e do adolescente (art. 91 do ECA).

O Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente deve ser criado por lei de iniciativa do Poder Executivo, votada na Câmara dos Vereadores. Sua composição é sempre paritária, contendo igual número de representantes do Poder Público e da sociedade civil. O papel do Conselho é fundamental na elaboração das diretrizes que serão adotadas no Município acerca das políticas públicas em favor da criança e do adolescente e de como será utilizado o orçamento destinado para este fim. Além disso, possui um papel de controlador de todas essas ações, bem como de conscientizar a comunidade acerca dos direitos da população infantojuvenil.¹¹⁶

Nota-se que a municipalização do atendimento à criança e ao adolescente é essencial para fortalecer a participação da comunidade nas ações governamentais de combate à violência intrafamiliar. Destarte, a formação destas redes entre Poder Público e sociedade civil, têm um papel fundamental de transformação social, haja vista que, estabelecendo vínculos horizontais de complementaridade e interdependência, superam a pouca efetiva atuação individualista de determinadas instituições, permitindo a canalização dos recursos públicos e privados em programas que atendam à população de forma integral, com políticas sociais de prevenção em todos os níveis – primário, secundário e terciário¹¹⁷.

Os programas de prevenção primária visam reduzir a incidência da violência intrafamiliar, e isso pode ser feito por meio da conscientização da população acerca dos efeitos nocivos dessa prática; do oferecimento de cursos que ensinem aos pais como educar os filhos de uma forma não violenta; da instrução às crianças e aos adolescentes sobre como se defender de abusos e a quem denunciar etc.

Já a prevenção em nível secundário envolve meios de identificar as crianças e adolescentes mais vulneráveis, bem como desenvolver a habilidade de diagnosticar se um menor está sofrendo violência dentro do seu lar, procedendo aos encaminhamentos necessários.

A conscientização é fundamental no combate à violência, sendo uma estratégia de cunho social, em decorrência do fato de que a legitimação do uso da força física e dos maus-tratos psicológicos, por exemplo, na educação dos filhos é um

padrão cultural que exige mudança de mentalidade. No caso do abuso sexual, o tabu acerca de tal assunto impede discussões mais profundas¹¹⁸.

Para a conscientização da população em geral, James Garbarino e John Eckernode recomendam a realização de campanhas contra a violência intrafamiliar desenvolvidas pelo governo federal, mas em parceria com programas comunitários, organizações não governamentais, escolas, igrejas, órgãos públicos etc¹¹⁹, com o escopo de disseminar quais as condutas parentais que implicam em maus-tratos, quais são os efeitos nocivos destes abusos no desenvolvimento da personalidade da vítima, incentivando, outrossim, pais e cuidadores a utilizarem formas não invasivas de disciplinar os filhos.

Existe no Brasil o Dia Nacional de Luta contra o Abuso e a Exploração Sexual, em 18 de maio, instituído pela Lei nº 9.970/2000, quando são veiculadas campanhas contra esta forma de violência. No entanto, o alcance destes programas é ainda limitado. Além disso, as outras formas de maus-tratos continuam sem receber uma atenção especial do governo federal no que concerne a políticas públicas nacionais de prevenção.

Outra estratégia de prevenção primária é a educação da população quanto ao planejamento familiar, evitando, assim, que famílias desestruturadas tenham filhos e lhes causem risco. Quanto maior for a participação do pai e da mãe no nascimento da criança e maior o controle da situação, maiores também serão as chances dos genitores se apegarem emocionalmente aos filhos, de lhe prestarem os cuidados devidos e, portanto, de não serem os autores de qualquer forma de violência¹²⁰.

Além disso, é importante que a mulher grávida, independentemente de haver planejado ou não a gestação, receba um adequado acompanhamento pré e pós-natal, como assegurado no art. 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Esse acompanhamento não se limita aos cuidados médicos, pois deve englobar ensinamentos acerca das necessidades do recém-nascido, de suas fases de desenvolvimento, de que este precisa de carinho, afeto e compreensão etc. Esse tipo de orientação pode ser disponibilizada tanto em hospitais quanto em organizações não governamentais ou mesmo em creches¹²¹.

O desenvolvimento de estratégias de prevenção primária e secundária nas escolas é essencial. Isso porque é nas salas de aula que as crianças e adolescentes passam grande parte do seu tempo. Por outro lado, a convivência dos professores com os alunos lhes dá a habilidade de verificar quando alguma criança ou adolescente estão com problemas¹²². No entanto, a despeito dessas vantagens, são poucos os centros de ensino que trabalham com a prevenção da violência, em decorrência da falta de capacitação técnico-profissional¹²³.

Um estudo desenvolvido por Marina Rezende Bazon, com 2.350 professores e educadores da rede de ensino de Ribeirão Preto e região, no Estado de São Paulo, com crianças de até 11 anos, revelou que a taxa de casos suspeitos de maus-tratos indicados pelos professores dobrou após estes terem recebido um curso de extensão universitária de 90 horas acerca do assunto¹²⁴. Isso demonstra a necessidade de políticas públicas voltadas para a capacitação dos profissionais da educação.

A prevenção nas escolas não se restringe à capacitação profissional. É que os alunos também podem receber treinamentos de autodefesa, sobretudo para a prevenção do abuso sexual. Nesse aspecto, os Estados Unidos oferecem nas escolas cursos com duração de uma a doze semanas, para todas as idades, a partir dos seis anos. As crianças são ensinadas a entenderem quais os comportamentos

inapropriados de um adulto, como devem reagir caso isso aconteça, bem como sobre a necessidade de relatar o ocorrido a uma pessoa de confiança¹²⁵.

Didaticamente, são utilizados como forma de fixar o aprendizado nos cursos americanos de prevenção do abuso sexual, teatro, livros, filmes, discussões, dramatizações, dentre outras técnicas. Contudo, quando esses materiais são associados a um treinamento de habilidades comportamentais e sociais, o programa de prevenção atinge melhores resultados¹²⁶.

O Laboratório de Análise e Prevenção da Violência – LAPREV aplicou o modelo americano de prevenção do abuso sexual no município de São Carlos. O programa desenvolvido pelo LAPREV tinha como objetivo capacitar os professores para, no primeiro momento, desenvolverem nas crianças habilidades de autodefesa contra o abuso sexual. Após, foram realizadas oficinas informativas com os pais acerca desse tipo de violência. Tanto pais quanto professores ficaram satisfeitos com o programa e entenderam seu papel de proteção à criança e ao adolescente¹²⁷.

Para um combate eficiente da violência intrafamiliar, as políticas públicas de prevenção primária e secundária também devem voltar-se aos profissionais da saúde, notadamente médicos e enfermeiros, que podem contribuir no diagnóstico de casos de maus-tratos, visto que têm condições de descobrir e examinar as marcas físicas deixadas pela violência.

Conforme a redação do art. 245 do Estatuto da Criança e do Adolescente, o médico que deixar de notificar à autoridade competente casos suspeitos ou confirmados de maus-tratos a menores pratica uma infração administrativa punida com multa. No entanto, Maria Regina Fay de Azambuja destaca a falta de capacitação médica para diagnosticar se uma criança está ou não sendo vítima de violência¹²⁸.

As principais dificuldades com que os profissionais da saúde se deparam quanto à obrigatoriedade da notificação dos casos suspeitos ou confirmados de violência são a falta de preparo; o medo de terem que testemunhar em um processo judicial; a visão de que não se deve intervir na vida privada das famílias; a desconfiança quanto ao encaminhamento que será dado à criança; a falta de suporte para um diagnóstico mais aprofundado, dentre outras¹²⁹.

A Lei nº 13.431/2017 fixou no art. 17 a possibilidade de a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarem, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), serviços para atenção integral à criança e ao adolescente em situação de violência, de forma a garantir o atendimento acolhedor. Trata-se, contudo, de mera faculdade, não sendo, portanto, uma imposição aos agentes do Estado, o que, na prática, pode resultar em pouco avanço. É que são necessárias, por exemplo, políticas públicas que incentivem a inclusão, nos cursos de Medicina e de Enfermagem, de disciplinas relacionadas ao diagnóstico de casos de violência praticada contra a criança e o adolescente. Além disso, também devem ser oferecidos cursos de capacitação periódicos aos profissionais que atuam na área, sobretudo pediatras e plantonistas de emergência, incentivando-os a refletir e a discutir acerca do assunto. Por fim, todos os profissionais da saúde devem ter clareza de como e a quem notificar os casos suspeitos e de qual o encaminhamento que deve ser dado a seguir¹³⁰.

Os advogados podem, igualmente, contribuir na prevenção da violência intrafamiliar, pois recebem frequentemente em seus escritórios disputas familiares que envolvem algum tipo de abuso contra menores. Contudo, o preconceito e a tendência de defender os interesses dos agressores impedem que o advogado seja um

aliado, prejudicando a vítima. Por isso, é essencial que esses profissionais também recebam treinamento, o que pode ser oferecido pelo próprio órgão da classe, a Ordem dos Advogados do Brasil.

Ressalte-se, ainda, a atuação de organizações não governamentais comprometidas com a defesa dos direitos da infância e da adolescência, as quais podem atuar na prevenção por meio da oferta de oficinas que ensinem aos pais formas alternativas de disciplinar seus filhos, informando-os acerca dos efeitos nefastos da violência intrafamiliar, ou pela disponibilização de grupos de autoajuda para os pais, para os agressores e para as vítimas.¹³¹

É importante a participação social e comunitária na vida das famílias, pois tende a criar laços de proteção mútua, afastando o isolamento social¹³². A comunidade deve fomentar e participar ativamente de movimentos a favor da não violência, proporcionando apoio financeiro e moral às entidades que trabalham na defesa dos direitos da criança e do adolescente, além de oferecer trabalhos voluntários em prol desse objetivo.

Segundo Diane DePanfilis, pais que vivenciam a solidão, a falta de apoio social e que são socialmente isolados são mais propensos a negligenciar e abusar dos filhos. Deste modo, a construção de uma rede de relacionamentos ao redor desta família pode contribuir para aumentar a autoestima, proporcionar uma sensação de pertencimento, melhorar o acesso a modelos de comportamento saudáveis e fornecer incentivos ao cumprimento das normas sociais. Isto ocorre quando o núcleo familiar que está em situação de risco recebe apoio emocional (compaixão e empatia), encorajamento e conselhos acerca de como lidar com os fatores que provocam estresse, informações de como acessar os serviços locais de saúde e assistência em geral, bem como subsídio em aprender novas habilidades de trabalho, em administrar negócios etc.¹³³

Note-se que todas as ações de prevenção primária e secundária de violência intrafamiliar necessitam da colaboração de profissionais das mais diversas áreas do conhecimento. A conscientização quanto aos efeitos nefastos dos maus-tratos perpetrados contra o infante, a capacitação de professores e médicos, o desenvolvimento de habilidades de autodefesa nas crianças, a oferta de cursos para o fortalecimento das relações familiares, são programas que necessitam da atuação conjunta de médicos, professores, psicólogos, enfermeiros, assistentes sociais, educadores, advogados, dentre outros pesquisadores comprometidos com a tutela integral dos menores e o respeito por sua dignidade.

Uma vez que a criança ou o adolescente tenha sofrido maus-tratos intrafamiliares, as políticas públicas devem ser voltadas para a minimização das consequências da violência. Isso implica em estratégias de prevenção terciária, que envolvem, por exemplo, o atendimento psicoterápico da vítima, dos familiares e do agressor, o encaminhamento jurídico do caso e o acompanhamento social de toda a família.

Cada município deve contar com programas de atendimento sociofamiliar, de iniciativa pública ou privada. O essencial é que as crianças e adolescentes que sofreram violência intrafamiliar recebam um acompanhamento psicológico, pedagógico, social e psiquiátrico¹³⁴.

A psicóloga Dalka Chaves de Almeida Ferrari defende a utilização do tratamento psicoterápico psicodramático em casos de violência intrafamiliar por meio de diferentes abordagens: psicoterapia de família, objetivando fortalecer os vínculos familiares; psicoterapia individual com a vítima, enfocando questões de

identidade, sentimentos de revolta, culpa, vergonha etc; e psicoterapia de grupo com vítimas de violência, cujo objetivo é fomentar a discussão de assuntos relacionados aos maus-tratos, aumentando, assim, a autoestima dos infantes como forma de prevenir a revitimização¹³⁵.

É importante que o agressor também receba acompanhamento psicológico e psiquiátrico, seja durante o cumprimento de eventual pena de privação de liberdade, seja durante a sua reinserção na sociedade. Muitas vezes o autor de uma violência também já foi vítima na sua infância, razão pela qual esse abusador necessita de atenção, a fim de que compreenda seus próprios sentimentos, a dor que causou no outro e, por fim, que deseje mudanças com o estabelecimento de relações saudáveis¹³⁶.

No tocante ao abuso físico e sexual, os postos de saúde e hospitais públicos também devem ter uma equipe treinada para receber vítimas de tal violência, com programas destinados a atender adolescentes com gravidez incestuosa. As meninas nessas condições não se sentem seguras em procurar o sistema de saúde e, muitas vezes, preferem recorrer a clínicas ilegais de aborto, quando, na verdade, o próprio Sistema Único de Saúde deveria oferecer essa possibilidade.

As equipes da saúde da família podem exercer papel fundamental no tratamento dos danos ocasionados às vítimas de abuso sexual e de violência física, em decorrência de que podem atender crianças e adolescentes que nunca teriam condições ou coragem de procurar um hospital ou um posto de saúde.

Em complementação ao atendimento psicológico e médico, não só a vítima como toda a família devem receber acompanhamento social. Isso significa verificar a frequência e o desempenho da criança ou do adolescente na escola, constatar se os pais estão empregados, se há recursos financeiros suficientes para suprir as necessidades básicas etc. Além disso, é interessante inserir o infante em atividades de esporte, lazer, cultura, profissionalização, dentre outras formas de evitar o isolamento da família e, ao mesmo tempo, aumentar a autoestima da vítima¹³⁷.

É papel do Conselho Tutelar verificar se existem programas de atendimento e reinserção social da vítima e da família no âmbito do município. Em caso negativo, deve solicitar ao Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente que envie proposta orçamentária ao Poder Executivo, a fim de que essa falta seja suprida, conforme dispõe o art. 136, inciso IX, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Note-se que a complexidade do fenômeno da violência intrafamiliar e as sequelas que acarreta na vítima, na família e na sociedade, exigem uma atuação interdisciplinar, em que diversos atores rompem com o isolamento de suas áreas de conhecimento para alcançar uma meta única: tutelar a criança vitimizada e, na medida do possível, colaborar para que o abuso não prejudique ainda mais o desenvolvimento de sua personalidade.

Segundo o conceito apresentado por Márcia Rosana Cavalheiro Garcia, a interdisciplinaridade é caracterizada pelo intercâmbio entre diferentes especialidades, “com empréstimos mútuos de instrumentos e técnicas metodológicas, com integração real das disciplinas”¹³⁸. É um modelo ideal de trabalho em equipe nas instituições que realizam atendimento ao público, sobretudo quando há violência doméstica.

As políticas públicas de prevenção terciária também devem envolver o Poder Judiciário, haja vista que esse órgão é o responsável pela adoção de medidas protetivas mais drásticas que estejam em consonância com o melhor interesse da criança e do adolescente vitimizados.

Todas as medidas adotadas pelo Poder Judiciário também devem ser acompanhadas por uma equipe interdisciplinar composta por psicólogos, médicos e assistentes sociais. Esses profissionais, bem como os juízes, os promotores, os advogados e os serventuários da Justiça que atuam nessa área precisam de capacitação e treinamento, pois uma análise equivocada de qualquer caso pode comprometer a integridade psicofísica do infante, privando-o das chances de desenvolver sua personalidade de modo saudável.

Os arts. 150 e 151 do Estatuto da Criança e do Adolescente estabelecem a necessidade do Poder Judiciário destinar recursos específicos para a manutenção de uma equipe interprofissional junto à Justiça da Infância e da Juventude. A função desses profissionais é de fornecer subsídios por escrito, mediante laudos, ou verbalmente, na audiência, e bem assim desenvolver trabalhos de aconselhamento, orientação, encaminhamento, dentre outros.

É recente na história do Brasil a previsão normativa no sentido dos processos que versam acerca dos direitos infantojuvenis serem acompanhados por uma equipe interdisciplinar. Antes do Estatuto da Criança e do Adolescente, vigorava no Brasil o Código de Menores, segundo o qual o juiz tinha a autonomia de tomar todas as decisões sem o auxílio de qualquer profissional, agindo, portanto, conforme seu alvedrio e não de acordo com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente¹³⁹.

Galdino Augusto Coelho Bordallo destaca a importância do papel dos psicólogos e assistentes sociais junto às Varas da Infância e da Adolescência, em decorrência de que, ao elaborarem estudos sociais e pareceres psicológicos, contribuirão para fornecer ao juiz e procuradores das partes um novo prisma acerca de determinado caso, a partir de um olhar profissional diferenciado e preocupado com o bem-estar da criança¹⁴⁰.

Eládia Bello ressalta a necessidade de haver a presença de um psicólogo que atue junto ao Poder Judiciário nos casos de violência praticada contra a criança e o adolescente, haja vista que tal profissional tem treinamento para abordar o menor que se sente tão vulnerável e exposto, minimizando problemas graves como a depressão infantil, que pode levar, se não tratada a tempo, ao suicídio¹⁴¹.

Especificamente nos casos de abuso sexual, Luciane Potter alerta para a ocorrência da vitimização secundária, que corresponde à “violência institucional do sistema processual-penal”, fazendo das vítimas novas vítimas, agora do estigma processual-investigatório”. Segundo a autora, isso acontece em decorrência do modo como a criança vítima de abuso sexual é tratada desde o momento em que a denúncia é realizada, sobretudo quando chega ao Poder Judiciário, momento em que a vítima é compelida a contar repetidamente sua história diante de um juiz, de um promotor e de um advogado que não possuem nenhuma sensibilidade para fazer perguntas e mostrar empatia com a situação vivenciada pelo menor¹⁴².

Nesse aspecto, como forma de combater essa vitimização secundária, a Lei nº 13.431/2017 regulamentou a escuta especializada e o depoimento especial da criança e do adolescente vítimas de violência. Tais procedimentos visam preservar a integridade psíquica do infante, na medida em que proíbe o contato deste com o agressor, bem como garante que a vítima seja acompanhada por um profissional especializado, o qual colherá o depoimento em um local apropriado e acolhedor. No curso do processo judicial, o depoimento especial será transmitido em tempo real para a sala de audiência, preservado o sigilo, e, ao final, poderá o juiz transmitir as perguntas complementares do Ministério Público, defensor e assistentes técnicos, se assim considerar pertinentes. Nesse caso, o profissional especializado deverá adaptar as perguntas à linguagem de melhor compreensão da criança ou do

adolescente. O depoimento é gravado, anexado ao processo, e, em regra, a criança não mais precisará relatar o que ocorreu.

Vale ressaltar, ainda, os esforços desenvolvidos por uma organização governamental localizada no Canadá, a *Centre for Children & Families in the Justice System* (Centro para Crianças e Famílias no Sistema Judicial), que possui um projeto destinado a lidar com infantes que prestam depoimentos ou testemunhos no fórum, estando em andamento desde 1987.¹⁴³ Desde o início da implantação do projeto canadense, a preocupação de seus mentores era de evitar que a criança vítima de violência intrafamiliar, sobretudo de abuso sexual, fosse novamente traumatizada ao comparecer no Fórum para relatar sua versão dos fatos. Por essa razão, desenvolveram diversas estratégias para a redução de danos no depoimento infanto-juvenil. A escuta da vítima em uma sala separada por equipamentos audiovisuais é apenas uma das abordagens utilizadas. Em geral, o objetivo do projeto é diminuir o estresse que um processo judicial causa no infante, seja pela demora no julgamento do feito, pela exposição pública do assunto, pela probabilidade da vítima se encontrar com o agressor, pelo medo da inquirição e do próprio juiz, ou porque a criança costuma acreditar que seu desempenho influenciará diretamente a condenação do acusado pelo tribunal.¹⁴⁴

Alison Cunningham esclarece que o projeto canadense consiste basicamente em cinco etapas: 1) preparar e capacitar a criança para prestar o depoimento, o que pode ser feito por meio de brincadeiras com fantoches e mini réplicas do fórum, de desenhos, livros de atividades para colorir, sítios eletrônicos disponíveis aos adolescentes, bem como outras formas interativas que ensinam o infante a ser claro, objetivo, a repetir o que for perguntado e a não se sentir coagido; 2) a aplicação de dramatizações consistentes, por exemplo, na simulação de uma audiência em que o assunto tratado é totalmente divergente do abuso sofrido; 3) lidar com a ansiedade da vítima e colaborar para o seu relaxamento, explicando as dúvidas que lhe causam estresse, como a possibilidade de se encontrar com o agressor; 4) a orientação sobre o Fórum e o apoio no dia do depoimento, o que inclui uma visita prévia ao local onde se realizará o depoimento, uma conversa informal com o juiz, o promotor, os serventuários etc; e 5) o acompanhamento da vítima após o depoimento, conforme esta revelar necessidade e dúvidas acerca do andamento do processo.¹⁴⁵

O Novo Código de Processo Civil estabelece no art. 699 que “quando o processo envolver discussão sobre fato relacionado a abuso ou a alienação parental, o juiz, ao tomar o depoimento do incapaz, deverá estar acompanhado por especialista”. Nota-se que há imposição legal da presença de um psicólogo ou assistente social para assistirem a criança no momento de ser ouvida em audiência. Inegavelmente, tal exigência já é um avanço na proteção integral da vítima, contudo, sua eficácia dependerá da disponibilidade de especialistas nas varas que tem a função de julgar ações de família, seja em pequenas comarcas ou em grandes centros urbanos.

A implementação de políticas públicas de prevenção em nível primário, secundário e terciário é urgente, sendo necessário um esforço conjunto entre União, Estados e Municípios, em parceria com a iniciativa privada, sem olvidar o envolvimento da sociedade civil, no sentido de criar uma rede de atendimento eficiente no combate à violência intrafamiliar, bem como no acompanhamento e tratamento não só das vítimas como também dos familiares e do próprio agressor, pois apenas deste modo os direitos da personalidade da criança e do adolescente serão respeitados. 

NOTAS

- 1 FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, Jurisdição e Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 134.
- 2 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 9-11.
- 3 BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Os princípios constitucionais do processo. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 541.
- 4 WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: DINAMARCO, Candido. Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Orgs.). *Participação e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128.
- 5 VERONESE, Josiane Rose Petry. A tutela jurisdicional dos interesses individuais, difusos e coletivos da criança e do adolescente. In: SILVA, Moacyr Motta da. *A tutela jurisdicional dos direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: LTr, 1998, p. 155.
- 6 CAPPELLETTI, GARTH, op. cit., p. 11-12.
- 7 CASTILHO, Ricardo. *Acesso à justiça: tutela coletiva de direitos pelo Ministério Público – uma nova visão*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 47.
- 8 AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. *Violência Sexual Intrafamiliar: é possível proteger a criança?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 63.
- 9 LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 134.
- 10 PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 1048.
- 11 TAVARES, Patrícia. O Conselho Tutelar. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 329-331.
- 12 I – encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II – orientação, apoio e acompanhamento temporários; III – matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV – inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; V – requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; VII – acolhimento institucional;
- 13 TAVARES, Patrícia. O Conselho Tutelar. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 514.
- 14 PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 976.
- 15 I – encaminhamento a programa oficial ou comunitário de proteção à família; II – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; III – encaminhamento a tratamento psicológico ou psiquiátrico; IV – encaminhamento a cursos ou programas de orientação; V – obrigação de matricular o filho ou pupilo e acompanhar sua frequência e aproveitamento escolar; VI – obrigação de encaminhar a criança ou adolescente a tratamento especializado; VII – advertência.
- 16 MILANI, Rute Grossi. *Violência Doméstica: recursos e adversidades de crianças e famílias pós ações do Conselho Tutelar*. 2006. 212 f. Tese. (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, p. 119-125.
- 17 MAZZILLI, Hugo Nigro. *O acesso à justiça e o Ministério Público*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 7-9.
- 18 PEREIRA, Tania da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 748.
- 19 CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 298-299.

- 20 BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Os princípios constitucionais do processo. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 402-404.
- 21 BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Os princípios constitucionais do processo. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 402.
- 22 PEREIRA, Tania da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 752.
- 23 VI – de serviço de assistência social visando à proteção à família, à maternidade, à infância e à adolescência, bem como ao amparo às crianças e adolescentes que dele necessitem; VII – de acesso às ações e serviços de saúde; IX – de ações, serviços e programas de orientação, apoio e promoção social de famílias e destinados ao pleno exercício do direito à convivência familiar por crianças e adolescentes. X – de programas de atendimento para a execução das medidas socioeducativas e aplicação de medidas de proteção.
- 24 MOREIRA, José Carlos Barbosa. MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ação civil pública e programação de TV. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 201, p. 45-56, jul./set. 1995. Disponível em: <<http://www.prr5.mpf.gov.br/nid/0nid0148.htm>>. Acesso em 14 mar. 2018.
- 25 Tradução livre de “tes baisers sont si doux”.
- 26 Tradução livre de “je t’aime t’aime, je t’aime plus que tout”.
- 27 Tradução livre de “délicieuse enfant”.
- 28 THE GUARDIAN. *Charlotte Gainsbourg: I had no idea how scared I was of dying*. Disponível em: <<http://www.guardian.co.uk/culture/2010/jan/10/charlotte-gainsbourg-interview-beck>>. Acesso em 24 mar. 2018.
- 29 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70013141262. Relator: Desembargador Ricardo Raupp Pruchel. Data do julgamento: 07 dez. 2005.
- 30 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº 70013141262. Relator: Desembargador Ricardo Raupp Pruchel. Data do julgamento: 07 dez. 2005.
- 31 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento nº Nº 70013141262. Relator: Desembargador Ricardo Raupp Pruchel. Data do julgamento: 07 dez. 2005.
- 32 MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ação civil pública e programação de TV. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 201, p. 45-56, jul./set. 1995. Disponível em: <<http://www.prr5.mpf.gov.br/nid/0nid0148.htm>>. Acesso em 14 mar. 2018.
- 33 GROSMAN, Cecilia P. El maltrato infantil en la familia: el encuentro entre lo público y lo privado. In: CADOCHE, Sara Noemi (Dir). *Violencia familiar*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 165-166.
- 34 Art. 148. A Justiça da Infância e da Juventude é competente para: I – conhecer de representações promovidas pelo Ministério Público, para apuração de ato infracional atribuído a adolescente, aplicando as medidas cabíveis; II – conceder a remissão, como forma de suspensão ou extinção do processo; III – conhecer de pedidos de adoção e seus incidentes; IV – conhecer de ações civis fundadas em interesses individuais, difusos ou coletivos afetos à criança e ao adolescente, observado o disposto no art. 209; V – conhecer de ações decorrentes de irregularidades em entidades de atendimento, aplicando as medidas cabíveis; VI – aplicar penalidades administrativas nos casos de infrações contra norma de proteção à criança ou adolescente; VII – conhecer de casos encaminhados pelo Conselho Tutelar, aplicando as medidas cabíveis.
- 35 Parágrafo único. Quando se tratar de criança ou adolescente nas hipóteses do art. 98, é também competente a Justiça da Infância e da Juventude para o fim de: a) conhecer de pedidos de guarda e tutela; b) conhecer de ações de destituição do poder familiar, perda ou modificação da tutela ou guarda; c) suprir a capacidade ou o consentimento para o casamento; d) conhecer de pedidos baseados em discordância paterna ou materna, em relação ao exercício do poder familiar; e) conceder a emancipação, nos termos da lei civil, quando faltarem os pais; f) designar curador especial em casos de apresentação de queixa ou representação, ou de outros procedimentos judiciais ou extrajudiciais em que haja interesses de criança ou adolescente; g) conhecer de ações de alimentos; h) determinar o cancelamento, a retificação e o suprimento dos registros de nascimento e óbito.

- 36 PEREIRA, Tania da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 689-691.
- 37 BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Os princípios constitucionais do processo. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 402.
- 38 A Convenção acerca dos Direitos da Criança da ONU, de 1989, garante nos arts. 12.3 e 37 "d", o direito de a criança ser ouvida em processo judicial por meio de um representante e de receber assistência judiciária. As Regras Mínimas para a Administração da Justiça, da Infância e da Juventude – regras de Beijing, da UNICEF, o direito à assistência judiciária, ao contraditório e à presença de um advogado (regra 7.1 e 15.1).
- 39 BORDALLO, Galdino Augusto Coelho, op. cit., p. 412.
- 40 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 67-71.
- 41 COSTA, Nilton César Antunes. *Poderes do Árbitro: de acordo com a Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 23.
- 42 MATTOS, Fernando Pagani. *Acesso à Justiça: um princípio em busca de efetivação*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 63.
- 43 FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, Jurisdição e Execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 109.
- 44 MORAIS, José Luis Bolzan de. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 107-108.
- 45 SILVA, Antonio Helio. Arbitragem, mediação e conciliação. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Mediação, arbitragem e conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 25-26.
- 46 MILIA, Fernando A. *El conflicto extrajudicial: mediación, arbitraje e negociación*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 1997, p. 180.
- 47 LEITE, Eduardo de Oliveira. A mediação nos processos de família ou um meio de reduzir o litígio. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Mediação, arbitragem e conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 112.
- 48 BEDÉ, Judith Aparecida de Souza; FERENC, Lissa Cristina Pimentel Nazareth; RUIZ, Ivan Aparecido. Estudos preliminares sobre mediação. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*, Maringá, v. 8, nº 1, p. 163-177, 2008.
- 49 Nesse sentido é a opinião de Eduardo de Oliveira Leite (A mediação nos processos de família ou um meio de reduzir o litígio. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Mediação, arbitragem e conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2008), de John Haynes (*Fundamentos da mediação familiar*. Porto Alegre: Artes Médicas, 1996), de Haim Grunspun (*Mediação familiar: o mediador e a separação de casais com filhos*. São Paulo: LTR, 2000) e de Malvina Muszkat e outras autoras (*Mediação familiar transdisciplinar: uma metodologia de trabalho em situações de conflito de gênero*. São Paulo: Summus, 2008).
- 50 ORTEMBERG, Osvaldo Daniel. *Mediación en la violencia familiar y en la crisis de la adolescencia teoría y práctica*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2002, p. 73-83.
- 51 MUSZKAT, Malvina et. al. *Mediação familiar transdisciplinar: uma metodologia de trabalho em situações de conflito de gênero*. São Paulo: Summus, 2008, p. 89-90.
- 52 HIRIGOYEN, Marie-france. *Assédio Moral: A Violência Perversa no Cotidiano*. Trad. Maria Helena Kuhner. 12. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.
- 53 BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Os princípios constitucionais do processo. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 581.
- 54 CHAVES, Maria Cláudia. *Guarda compartilhada: pequenos apontamentos*. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=602>>. Acesso em 12 mar. 2018.
- 55 Disponível em: <<http://www.deltabravo.net/custody/jointbenefits.php>>. Acesso em 14 mar. 2018.
- 56 WALD, Arnoldo; FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da. *Direito Civil: Direito de Família*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 12, p. 250.
- 57 LIBERATI, Wilson Donizeti. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 130.

- 58 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 268.
- 59 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 270.
- 60 DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 388.
- 61 MIRANDA, Pontes de. *Tratado de Direito Privado: parte especial*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, t. 9, p. 154-155.
- 62 COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD. *General Comment nº 8: the right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment*. Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/comments.htm>>. Acesso em 22 out. 2012.
- 63 MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Poder Familiar. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 136.
- 64 MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Poder Familiar. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: Aspectos Teóricos e Práticos*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 138.
- 65 LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 282.
- 66 PEREIRA, Tania da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 735.
- 67 STEINMETZ, Wilson Antonio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 149.
- 68 *Ibid.*, p. 151.
- 69 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 382-384.
- 70 SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Responsabilidade civil por danos à personalidade*. Barueri: Manole, 2002, p. 21.
- 71 ALSINA, José Bustamante. *Teoría General de La Responsabilidad Civil*. 9. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997, p. 71-73.
- 72 SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 13.
- 73 CARVALHO NETO, Inacio de. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 24-25.
- 74 ALSINA, José Bustamante. *Teoría General de La Responsabilidad Civil*. 9. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997 p. 74.
- 75 SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Responsabilidade civil por danos à personalidade*. Barueri: Manole, 2002, p. 25.
- 76 LIMA, Alvino. *Culpa e Risco*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 60.
- 77 GESUALDI, Dora M. *Responsabilidad civil: factores objetivos de atribución e relación de causalidad*. 2. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2000, p. 72-76.
- 78 Verbete “dano”. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio século XXI – Dicionário eletrônico*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. 1 CD-ROM.
- 79 DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, v. 2, p. 3.
- 80 ALSINA, José Bustamante. *Teoría General de La Responsabilidad Civil*. 9. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997, p. 169.
- 81 SILVA, *op. cit.*, p. 29.
- 82 REIS, Clayton. *Dano Moral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 7, 81.
- 83 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 132.
- 84 CARVALHO NETO, Inacio de. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 55.
- 85 ALSINA, José Bustamante. *Teoría General de La Responsabilidad Civil*. 9. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997, p. 237.
- 86 BITTAR, Carlos Alberto. *Danos morais: critérios e sua fixação*. Repertório IOB, São Paulo, nº 15, p. 293, ago. 1993.

- 87 REIS, Clayton. *Dano Moral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 87.
- 88 “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.
- 89 Art. 953. A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido. Parágrafo único. Se o ofendido não puder provar prejuízo material, caberá ao juiz fixar, eqüitativamente, o valor da indenização, na conformidade das circunstâncias do caso.
- 90 Art. 954. A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao ofendido, e se este não puder provar prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente. Parágrafo único. Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal: I – o cárcere privado; II – a prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé; III – a prisão ilegal.
- 91 SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 41-63.
- 92 NUNES, Antônio Luiz Rizzatto; CALDEIRA, Mirella D’ Angelo. *O dano moral e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 4.
- 93 DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2011, v. 7, p. 155.
- 94 CASABONA, Marcial Barreto. Responsabilidade Civil no Direito de Família. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). *Responsabilidade civil: estudo em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 359-360.
- 95 CARDIN, Valéria Silva Galdino. *Dano moral no Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- 96 BÍSCARO, Beatriz R. Daños derivados de la falta de reconocimiento del hijo. In: GHERSI, Carlos (Coord.). *Derecho de Daños: economía, mercado, derechos personalísimos*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999, p. 436.
- 97 MARMITT, Arnaldo. *Dano moral*. Rio de Janeiro: Aide, 1999. p. 113.
- 98 CARDIN, op. cit.
- 99 SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 369.
- 100 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1159242/RJ; Relatora: Ministra Nancy Andrighi; Terceira Turma; 24/04/2012; DJ 10/05/2012.
- 101 BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 361.389.4/2-00. Relatora: Daise Fajardo Nogueira Jacot. Data do Julgamento: 26/11/2008.
- 102 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1159242/RJ; Relatora: Ministra Nancy Andrighi; Terceira Turma; 24/04/2012; DJ 10/05/2012.
- 103 Ibid.
- 104 CARVALHO NETO, Inacio de. *Responsabilidade Civil no Direito de Família*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 55.
- 105 BÍSCARO, Beatriz R. Daños derivados de la falta de reconocimiento del hijo. In: GHERSI, Carlos (Coord.). *Derecho de Daños: economía, mercado, derechos personalísimos*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1999, p. 438.
- 106 CASABONA, Marcial Barreto. Responsabilidade Civil no Direito de Família. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). *Responsabilidade civil: estudo em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 364-365.
- 107 REIS, Clayton; PINTO, Simone Xander. O abandono afetivo do filho como violação aos direitos da personalidade. *Revista Jurídica Cesumar – Mestrado*, Maringá, v. 12, nº 2, p. 503-523, 2012.
- 108 PEREIRA, Tania da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 204-212.
- 109 CARDIN, Valéria Silva Galdino. *Dano moral no Direito de Família*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- 110 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1298576. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. 4ª Turma. Data do Julgamento: 21/08/2012. Data da publicação/Fonte: DJe 06/09/2012.
- 111 SCODELARIO, Arlete Salgueiro. Pressupostos teóricos e formação de polos no trabalho de prevenção. In: FERRARI, Dalka Chaves de Almeida; VECINA, Tereza Cristina Cruz (Org.). *O fim do silêncio na violência familiar: teoria e prática*. 3. ed. São Paulo: Ágora, 2002, p. 217-219.

- 112 LIDCHI, Victoria. Panorama internacional e a posição do Brasil. In: WILLIAMS, Lucia Cavalcanti de Albuquerque; ARAÚJO, Eliane Aparecida Campanha (Org.). *Prevenção do abuso sexual infantil*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 46-47.
- 113 Ibid., p. 45-46.
- 114 BAZON, Marina Rezende. Estudos epistemológicos de maus-tratos com base nas informações colhidas junto ao setor educacional. In: WILLIAMS, Lucia Cavalcanti de Albuquerque; ARAÚJO, Eliane Aparecida Campanha (Org.). *Prevenção do abuso sexual infantil*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 141.
- 115 SOUZA, Ana Paula Lazzaretti et. al. Juventude em cena: tecnologia social para a promoção da cidadania e enfrentamento à violência. In: HABIGZANG, Luísa et. al. *Violência contra crianças e adolescentes: teoria, pesquisa e prática*. Porto Alegre: Artmed, 2012, p. 268.
- 116 PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 1025-1029.
- 117 CUNHA, Edite da Penha. PAIR: uma experiência no campo das políticas de defesa e proteção às crianças e aos adolescentes. In: FRANÇA, Cassandra Pereira (Org.) *Perversão: as engrenagens da violência sexual infantojuvenil*. Rio de Janeiro: Imago, 2012, p. 102.
- 118 AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. *Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 130.
- 119 GARBARINO, James; ECKENRODE, John. *Por que las familias abusan de sus hijos: enfoque ecológico sobre el maltrato de niños y de adolescentes*. Trad. L. Wolfson. Barcelona: Granica, 1999, p. 275.
- 120 GARBARINO, James; ECKENRODE, John. *Por que las familias abusan de sus hijos: enfoque ecológico sobre el maltrato de niños y de adolescentes*. Trad. L. Wolfson. Barcelona: Granica, 1999, p. 285.
- 121 SANTANA, Ronaldo Pereira de. Creche: local singular para o desenvolvimento de trabalhos voltados ao combate à violência intrafamiliar contra crianças. In: FERRARI, Dalka Chaves de Almeida; VECINA, Tereza Cristina Cruz (Org.). *O fim do silêncio na violência familiar: teoria e prática*. 3. ed. São Paulo: Ágora, 2002, p. 326.
- 122 SCODELARIO, Arlete Salgueiro. Pressupostos teóricos e formação de polos no trabalho de prevenção. In: FERRARI, Dalka Chaves de Almeida; VECINA, Tereza Cristina Cruz (Org.). *O fim do silêncio na violência familiar: teoria e prática*. 3. ed. São Paulo: Ágora, 2002, p. 220.
- 123 BRINO, Raquel de Faria; WILLIAMS, Lúcia Cavalcanti de Albuquerque. Professores como agentes de prevenção do abuso sexual infantil: detalhamento de um programa de capacitação. In: WILLIAMS, Lucia Cavalcanti de Albuquerque; ARAÚJO, Eliane Aparecida Campanha (Org.). *Prevenção do abuso sexual infantil*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 112.
- 124 BAZON, Marina Rezende. Estudos epistemológicos de maus-tratos com base nas informações colhidas junto ao setor educacional. In: WILLIAMS, Lucia Cavalcanti de Albuquerque; ARAÚJO, Eliane Aparecida Campanha (Org.). *Prevenção do abuso sexual infantil*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 140-145.
- 125 BRINO, WILLIAMS, op. cit., p. 113.
- 126 BRINO, Raquel de Faria; WILLIAMS, Lúcia Cavalcanti de Albuquerque. Professores como agentes de prevenção do abuso sexual infantil: detalhamento de um programa de capacitação. In: WILLIAMS, Lucia Cavalcanti de Albuquerque; ARAÚJO, Eliane Aparecida Campanha (Org.). *Prevenção do abuso sexual infantil*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 114-155.
- 127 Ibid., p.117-124.
- 128 AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. *Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 152-153.
- 129 RAMOS, Michele da Silva; TEODORO, Maycon. A importância da capacitação dos profissionais que trabalham com vítimas de violência na infância e na adolescência. In: HABIGZANG, Luísa et. al. *Violência contra crianças e adolescentes: teoria, pesquisa e prática*. Porto Alegre: Artmed, 2012, p. 249-250.
- 130 BANNWART, Thaís Helena; BRINO, Rachel de Faria. Maus-tratos contra crianças e adolescentes e o papel dos profissionais de saúde: estratégias de enfrentamento e prevenção. In: HABIGZANG, Luísa et. al. *Violência contra crianças e adolescentes: teoria, pesquisa e prática*. Porto Alegre: Artmed, 2012, p. 258-262.

- 131 GARBARINO, James; ECKENRODE, John. *Por que las familias abusan de sus hijos: enfoque ecológico sobre el maltrato de niños y de adolescentes*. Trad. L. Wolfson. Barcelona: Granica, 1999, p. 288.
- 132 MINAYO, Maria Cecília de Souza. Vulnerabilidade à violência intrafamiliar. In: LIMA, Fausto Rodrigues de; SANTOS, Claudiene (Coord.). *Violência doméstica: vulnerabilidades e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 288.
- 133 DEPANFILIS, Diane. *Child Neglect: A Guide for Prevention, Assessment, and Intervention*. Washington, DC: U.S. Department of Health and Human Services, 2006, p. 59.
- 134 AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. *Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 156-157.
- 135 FERRARI, Dalka Chaves de Almeida. Atendimento psicológico a casos de violência intrafamiliar. In: FERRARI, Dalka Chaves de Almeida; VECINA, Tereza Cristina Cruz (Org.). *O fim do silêncio na violência familiar: teoria e prática*. 3. ed. São Paulo: Ágora, 2002, p. 163-167.
- 136 VECINA, Tereza Cristina Cruz. Do tabu à possibilidade de tratamento psicossocial: um estudo reflexivo da condição de pessoas que vitimizam crianças e adolescentes. In: FERRARI, Dalka Chaves de Almeida; VECINA, Tereza Cristina Cruz (Org.). *O fim do silêncio na violência familiar: teoria e prática*. 3. ed. São Paulo: Ágora, 2002, p. 201-212.
- 137 GARCIA, Márcia Rosana Cavalhero. Teorias e técnicas do atendimento social em casos de violência intrafamiliar na infância e na adolescência. In: FERRARI, Dalka Chaves de Almeida; VECINA, Tereza Cristina Cruz (Org.). *O fim do silêncio na violência familiar: teoria e prática*. 3. ed. São Paulo: Ágora, 2002, p. 150-151.
- 138 GARCIA, Márcia Rosana Cavalhero. Teorias e técnicas do atendimento social em casos de violência intrafamiliar na infância e na adolescência. In: FERRARI, Dalka Chaves de Almeida; VECINA, Tereza Cristina Cruz (Org.). *O fim do silêncio na violência familiar: teoria e prática*. 3. ed. São Paulo: Ágora, 2002, p. 149.
- 139 BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Os princípios constitucionais do processo. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 395.
- 140 BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Os princípios constitucionais do processo. In: MACIEL, Katia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). *Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 396.
- 141 BELLO, Eládia. A importância da escuta do psicólogo no Sistema Judiciário como uma forma preventiva contra a depressão infantil. In: PAULO, Beatrice Marinho (Coord.). *Psicologia na prática jurídica: a criança em foco*. Niterói: Impetus, 2009, p. 135-140.
- 142 POTTER, Luciane. Violência, vitimização e políticas de redução de danos. In: POTTER, Luciane (Org.). *Depoimento sem dano: uma política criminal de redução de danos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 20-25.
- 143 CUNNINGHAM, Alison. Dificuldades apresentadas por crianças ao prestar depoimento no fórum judicial e como ajudá-las. Trad. Lúcia Cavalcanti de Albuquerque Williams. In: WILLIAMS, Lucia Cavalcanti de Albuquerque; ARAÚJO, Eliane Aparecida Campanha (Org.). *Prevenção do abuso sexual infantil*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 162-163.
- 144 *Ibid.*, p. 166-169.
- 145 CUNNINGHAM, Alison. Dificuldades apresentadas por crianças ao prestar depoimento no fórum judicial e como ajudá-las. Trad. Lúcia Cavalcanti de Albuquerque Williams. In: WILLIAMS, Lucia Cavalcanti de Albuquerque; ARAÚJO, Eliane Aparecida Campanha (Org.). *Prevenção do abuso sexual infantil*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 170-172.



VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN é Sócia-Proprietária da Advocacia Galdino. Advogada – OAB/PR 13.953. Pós-Doutora pela Universidade de Lisboa (Portugal); Doutora em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá; Professora Associada na Universidade Estadual de Maringá; Professora, da graduação e do mestrado, no Centro Universitário Cesumar de Maringá; Presidente do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)- Regional de Maringá/PR; Presidente do Instituto de Direito e Bioética (IDB).



TATIANA DE FREITAS GIOVANINI MOCHI é Mestre em Ciências Jurídicas pelo Unicesumar. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá. Professora de Direito no Unicesumar. Advogada no Paraná.



Casal homoafetivo e a adoção

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR

“Pela legislação brasileira, apesar de não explicitado no Estatuto da Criança e do Adolescente, não há óbice legal e nem qualquer inconveniente na adoção de crianças e adolescentes por casais homossexuais. Percebe-se claramente a evolução legal, exigindo, para um ajuste mais adequado, a inserção de dispositivos atualizados no código menorista, pois o que prevalece, para todos os efeitos, é o afeto que deve imperar no meio familiar.”

Após a Constituição Federal de 1988, várias legislações foram criadas, cada uma voltada para determinada área específica, mas tendo como referência os princípios estabelecidos na Lei Maior. Os 30 Anos da Convenção dos Direitos da Criança, documento universal, ratificado pelo Brasil dentre 196 países, abriu enorme espaço para nele incluir a instituição familiar que, pela sua projeção social, abriga vários temas relacionados com os direitos da criança e do adolescente. “A família, sustenta Rawls, é parte da estrutura básica, visto que um dos seus papéis principais é ser a base de produção e reprodução ordenadas da sociedade e da sua cultura de uma geração para outra.”¹ Daí que vários de seus propósitos e objetivos tuteladores foram inseridos no Estatuto da Criança e do Adolescente, publicado no ano de 1990.

Referido Estatuto, seguindo a esteira da Carta Magna, vocacionada que é para prestigiar os direitos humanos, inseriu em seu bojo direitos de última geração,

visando proporcionar à criança e ao adolescente as melhores condições para que, seja no meio familiar, na participação de movimentos sociais e do próprio Poder Público, possam desenvolver a efetivação dos direitos relacionados à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à adoção, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, conforme proclamado no artigo 4^a do Estatuto.

Dentre os direitos elencados, a adoção de criança e adolescente merece as luzes do presente estudo e cabe perfeitamente neste espaço. O Estatuto prevê a adoção conjunta compreendendo o casal hétero casado civilmente ou que viva em união estável. Permite também a adoção unilateral feita ao longo do tempo, com a criação de um vínculo afetivo da filiação de um dos genitores. Nada menciona, no entanto, com relação à adoção por homossexual ou casal homossexual. Apesar de não manter artigo impeditivo, o obstáculo maior encontrado residia na falta de previsão de união entre pessoas do mesmo sexo, então proibida pelo Código Civil.

“O art. 42 não faz qualquer tipo de restrição à adoção por homossexual, salienta Ishida. Na lei menorista, o parâmetro a se seguir é do art. 43, devendo haver ‘reais vantagens para o adotando’ e ‘motivos legítimos’ do adotante”²

O Direito é uma ciência que acompanha *pari passu* o desenvolvimento social. Cada nova situação exige, em primeiro lugar, a manifestação da comunidade, mesmo não sendo formal, chancelando-a ou não e, posteriormente, a edição de uma norma legislativa para estabelecer as regras apropriadas, balizando-a de acordo com as necessidades sociais. Por isso se diz que a ciência do justo é dinâmica e deve andar de braços dados com a evolução da humanidade. Muitas vezes um fato tem uma leitura jurídica em determinada época e outra completamente diferente alguns anos após e, embora seja o mesmo, prevalece a interpretação ajustada para o momento atual. É sua vertente camaleônica, que tem força suficiente para romper os diques da tradição e as barreiras dos costumes.

A adoção, desde os primórdios da humanidade, sempre despertou a atenção pela sua característica de relação afetiva, na qual uma criança é recebida por uma família, geralmente carregada de uma sensibilidade extremada na busca de tal vínculo, e proporciona a ela um acolhimento caloroso com o propósito de se iniciar uma nova história de vida. Vigora a regra *adoptio naturam imitatur* (a adoção imita a regra da própria natureza), que prevalecia no Direito Romano, compreendendo sempre um ato praticado por um casal formado por homem e mulher. O que se leva em consideração nos casos de adoção é justamente o afeto, o pertencimento, o envolvimento emocional que impulsiona as pessoas que participam dessa interessante e profícua modalidade de relacionamento familiar.

A família, nos moldes da interpretação atual, apesar das variadas formas de constituição que permitem um alargamento em sua estrutura originária, conserva ainda a formatação de um núcleo doméstico, quer seja no relacionamento de casais heteroafetivos ou homoafetivos, cabendo, desta forma, na conceituação do artigo 226 da Constituição Federal, vez que já se solidificou o entendimento contrário a uma interpretação reducionista, estabelecendo restrições entre as entidades familiares.

Tanto é que a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ, ambas julgadas pelo

Supremo Tribunal Federal, reconheceram plena igualdade em direitos e deveres dos casais heteroafetivos e homoafetivos.

O dinamismo que envolve o Direito fez com que o Supremo Tribunal Federal, em processo da relatoria da ministra Carmen Lúcia,³ decidisse favoravelmente à adoção de crianças por casal homoafetivo. Para tanto, reconheceu a união de pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, nos moldes da decisão da ADI 4277/ADPF 132, que teve como relator o então ministro Ayres Britto, que reconheceu a união homoafetiva como entidade familiar. Em consequência, caiu por terra a definição restrita de família, como sendo o núcleo compreendido na união do homem e da mulher.

Com a decisão, que quebrou um paradigma que se norteava como um dogma no direito pátrio deixa de existir qualquer diferença entre os casais heteroafetivos e pares homoafetivos, possibilitando a igualdade de condições para pleitear adoção de crianças. Não deixa de causar certo impacto social em um país que guarda religiosamente os preceitos tradicionais do direito de família, apesar de se ter conhecimento que várias ações idênticas receberam aval de instâncias inferiores, conforme a bem lançada decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

Considerando o avanço da sociedade, bem como as novas configurações da entidade familiar, mormente em atenção aos princípios constitucionais da igualdade, liberdade e dignidade da pessoa humana, não há que se falar em impedimento à adoção de crianças por casais do mesmo sexo, em observância, ainda, aos diversos estudos que concluem pela inexistência de sequelas psicológicas naquelas provenientes de famílias homoafetivas, bem como diante da ausência de óbice legal.⁴

Na mesma esteira a decisão do Superior Tribunal de Justiça:

“... Além disso, mesmo se se analisar sob o enfoque do menor, não há, em princípio, restrição de qualquer tipo à adoção de crianças por pessoas homoafetivas. Isso porque, segundo a legislação vigente, caberá ao prudente arbítrio do magistrado, sempre sob a ótica do melhor interesse do menor, observar todas as circunstâncias presentes no caso concreto e as perícias e laudos produzidos no decorrer do processo de adoção. Nesse contexto, o bom desempenho e bem-estar da criança estão ligados ao aspecto afetivo e ao vínculo existente na unidade familiar, e não à opção sexual do adotante. Há, inclusive, julgado da Terceira Turma do STJ no qual se acolheu entendimento doutrinário no sentido de que “Estudos feitos no âmbito da Psicologia afirmam que pesquisas [...] têm demonstrado que os filhos de pais ou mães homossexuais não apresentam comprometimento e problemas em seu desenvolvimento psicossocial quando comparados com filhos de pais e mães heterossexuais.”⁵

Dias, com a argúcia que lhe é peculiar com referência ao tema, enfatiza: Diante da preocupação do legislador com o bem-estar da criança, nenhum motivo legítimo existe para deixá-la fora de uma estrutura familiar. Constituindo os cônjuges e os parceiros uma família - ainda que do mesmo sexo - é legítimo o interesse na adoção. Não se podendo deixar de ver vantagem a quem não tem nem pais e nenhum lar.⁶

Resta, agora, com a nova configuração familiar, ajustar as exigências estabelecidas no Estatuto da Criança e do Adolescente para a concretização da adoção. O código menorista, em seu artigo 6º é taxativo ao afirmar que na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

O Plano Nacional de Proteção à Criança faz ver que um ambiente familiar afetivo e continente às necessidades da criança e, mais tarde do adolescente, constitui a base para o desenvolvimento saudável ao longo de todo o ciclo vital. Tanto a imposição do limite, da autoridade e da realidade, quanto o cuidado e a afetividade são fundamentais para a constituição da subjetividade e desenvolvimento das habilidades necessárias à vida em comunidade. Assim, as experiências vividas na família tornarão gradativamente a criança e o adolescente capazes de se sentirem amados, de cuidar, se preocupar e amar o outro, de se responsabilizar por suas próprias ações e sentimentos.⁷

Desta forma, preenchidas as condições para a adoção, não se discute mais a respeito de qualquer impedimento em decorrência da escolha sexual dos pretendentes.

Outra questão atrelada ao tema principal é a ausência de regulamentação da licença maternidade para par homoafetivo. A jurisprudência pátria, na interpretação analógica da legislação existente para o relacionamento hétero, estendeu os mesmos direitos a casais homo. A diferente opção sexual não corresponde a uma exclusão da pessoa em razão da omissão legislativa. Na legislação ordinária são concedidos para os funcionários de empresas privadas 120 dias e no serviço público federal 180 dias e no caso dos pais, 5 e 20 dias de licença-paternidade, respectivamente. A Lei nº 11.770/2008, que instituiu o Programa Empresa Cidadã, ampliou em mais 60 dias de licença às funcionárias para a empresa que aderir à proposta, além de obter benefícios fiscais. Estudantes grávidas são regidas pelo Decreto-Lei nº 1.044/1969, que confere três meses de licença a partir do oitavo mês de gestação.

Assim, neste resumido estudo chega-se, inevitavelmente, à conclusão de que, pela legislação brasileira, apesar de não explicitado no Estatuto da Criança e do Adolescente, não há óbice legal e nem qualquer inconveniente na adoção de crianças e adolescentes por casais homossexuais. Percebe-se claramente a evolução legal, exigindo, para um ajuste mais adequado, a inserção de dispositivos atualizados no código menorista, pois o que prevalece, para todos os efeitos, é o afeto que deve imperar no meio familiar. 

NOTAS

- 1 Rawls, John. O direito dos povos. Tradução Luis Carlos Borges : São Paulo : Martins Fontes, 2001, pág. 206
- 2 Ishida, Válter Kenji. Estauto da criança e do adolescente : doutrina e jurisprudência – 12.ed. - São Paulo: Atlas, 2010, p. 93.
- 3 <http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/ministra-do-stf-reconhece-adoacao-de-crianca-por-casal-gay>
- 4 (TJMG, Apelação Cível nº 1.0470.08.047254-6/001, Rel Des. Bitencourt Marcondes, 8ª Câmara Cível, pub. 13/02/2012).
- 5 <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>
- 6 Dias, Maria Berenice. Homoafetividade e direitos KGBTI – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2016, pág. 183.
- 7 Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária (PNCFC), editado pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos e pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, Brasília, 2006.



EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR é promotor de justiça aposentado, mestre em direito público, pós-doutorado em ciências da saúde, reitor da Unorp, advogado.



Desastres ambientais, uma fragilidade brasileira diante dos tratados internacionais



■ POR ALBERTO JOSÉ PINHEIRO DE CARVALHO

“É urgente a necessidade de se trazer à tona a discussão em torno da ratificação dos tratados internacionais, sobretudo os relacionados ao meio ambiente, de forma que o Brasil possa estar protegido futuramente em caso de eventuais desastres que possam ocorrer.”

O episódio de poluição no litoral nordestino traz à tona uma fragilidade de que expõe o meio ambiente e, conseqüentemente, toda a nação. Mesmo que os responsáveis tenham sido identificados, há o risco de que o prejuízo tenha que ser arcado pelos cidadãos brasileiros.

Em calamidades dessa natureza, a recuperação do meio ambiente chega facilmente à casa das dezenas ou centenas de milhões de reais. Segundo dados da Marinha e do IBAMA, o derramamento na costa brasileira atingiu, até os primeiros dias do mês de novembro, cerca de 2.250 km e foram recolhidas aproximadamente quatro mil toneladas de resíduos de óleo. Somente para o seguro defeso a ser pago fora de época, o governo autorizou a liberação de R\$ 130 milhões. Há ainda os custos com a ativação do Plano Nacional de Contingência (PNC), o pessoal dos órgãos governamentais envolvidos, o material para a remoção dos resíduos, além dos meios utilizados para o monitoramento, como helicópteros, aviões e navios.

Segundo o PNC, embora o ressarcimento deva ser feito integralmente pelo poluidor, enquanto o responsável não é identificado, os custos com as atividades de resposta e mitigação devem ser cobertos pelo Executivo – e é o que tem ocorrido até agora no desastre do nordeste brasileiro.

Por outro lado, mesmo com a identificação, ainda há o risco de a conta sobrar para a União. Isso porque, eventualmente, o poluidor pode não ter recursos suficientes ou cobertura de seguro capaz de arcar com tamanho prejuízo.

Embora o transporte marítimo mundial, a cada dia, venha adotando medidas para redução dos acidentes, salvaguarda da vida humana e proteção do meio ambiente, lamentavelmente, acidentes ocorrem. Assim, o risco de grandes derramamentos ainda permanece, uma vez que cerca de dois bilhões de toneladas de óleo são transportadas no mundo anualmente.

Para enfrentar esse tipo de vulnerabilidade, a Organização Marítima Internacional e seus estados-membros decidiram, a partir da década de 1960, estabelecer mecanismos que oferecem compensação em casos de acidentes por derramamento de óleo, reunidos em quatro convenções internacionais.

A primeira delas é a Convenção de Responsabilidade Civil (CLC), de 1992, que fornece compensação por derramamentos de óleos persistentes transportados em navios-tanque, até o limite de responsabilidade do armador, e é paga pela seguradora da embarcação, podendo chegar a cerca de US\$ 91,85 milhões.

Há ainda a Convenção do Fundo, do mesmo ano, que fornece um segundo nível de compensação por derramamentos de navios-tanque, pago por receptores de petróleo nos países signatários, podendo chegar a US\$ 209,5 milhões. Além disso, um fundo complementar também está disponível, fornecendo um terceiro nível, que chega a cerca de US\$ 1,9 bilhão. Ao todo, 115 países já adotaram essa Convenção, dos quais 32 aderiram ao fundo complementar.

Por fim, há a Convenção de Bunker, que se aplica a derramamentos de óleos combustíveis, até o limite de responsabilidade do armador, com pagamento por parte da seguradora da embarcação, e a Convenção sobre Substâncias Perigosas (HNS), que ainda não está em vigor, mas será aplicada a derramamentos

de outros óleos, como hidrocarbonetos não persistentes, óleos vegetais e produtos químicos, transportados a granel e em embalagens.

Embora essas convenções se diferenciem na aplicação, têm pontos em comum. Por exemplo, são aplicadas a derramamentos nas águas jurisdicionais dos países signatários e a reivindicação de reembolso de perdas pode ser feita sem necessidade de provar a responsabilidade do proprietário do navio em relação ao desastre.

Exemplo de como esse tipo de prevenção é importante ocorreu na Grécia, no naufrágio no Golfo Sarônico, no Mar Egeu. Em 2017, um acidente com o Agia Zone II ocasionou a contaminação de aproximadamente quatro quilômetros da costa da ilha de Salamina e cerca de 25 quilômetros da costa ao sul do Porto de Pireus e Atenas. Neste acidente, foram registradas 232 reclamações, perfazendo 80 milhões de euros. Já foram pagos, até hoje, aproximadamente 10 milhões de euros em indenizações. No entanto, o seguro do navio cobria apenas 5 milhões de euros – a metade do valor –, mas, como a Grécia é signatária das convenções, o Fundo providenciou a recuperação das áreas atingidas e as indenizações requeridas.

Mas esse é apenas um exemplo. Os benefícios deste tipo de mecanismo são muito maiores. Desde 1978, quando entrou em vigor a primeira Convenção do Fundo, de 1971, já foram pagos US\$ 959 milhões em compensações em 154 acidentes.

Na verdade, a adesão às Convenções dessa natureza já fez parte da política externa brasileira. Em 1977, o país ratificou a CLC/69. Contudo, essa Convenção já caducou e foi substituída pela CLC/92 e as demais já citadas. Todas essas, porém, carecem de ratificação pelo Estado brasileiro, ou seja, o país está desguarnecido sob esse aspecto e, no atual acidente e em outros semelhantes, corre o risco de arcar sozinho com todo o prejuízo.

Especificamente na legislação brasileira, há um mecanismo de proteção – a Lei do Óleo, de 2000, que, embora recente, está desatualizada, pois ainda faz menção à CLC/69 – não mais em vigor. A Lei do Óleo prevê, em caso de ausência do certificado exigido pela CLC/69, que a embarcação seja retida e apenas liberada após depósito-caução como garantia para pagamento das despesas decorrentes da poluição. Contudo, isso não reduz de maneira significativa o risco de o ônus recair sobre a União. Isso porque a embarcação pode não ser identificada ou nem estar mais acessível para retenção ou ainda seu valor de mercado pode não ser suficiente para cobrir os prejuízos.

Diante desse cenário de vulnerabilidade para o país, é urgente a necessidade de se trazer à tona a discussão em torno da ratificação dos tratados internacionais, sobretudo os relacionados ao meio ambiente, de forma que o Brasil possa estar protegido futuramente em caso de eventuais desastres que possam ocorrer. 



ALBERTO JOSÉ PINHEIRO DE CARVALHO foi Capitão dos Portos do Estado de São Paulo e é Mestre em Ciências Militares pela Escola de Guerra Naval e pelo Colégio de Estudos de Defesa da China.

Transação e o “Contribuinte Legal”

■ POR AMANDA PAHIM E DIEGO FISCHER

“A depender de como vier a ser implementada, a transação poderá se tornar um ganha-ganha que, sem descuidar da segurança jurídica, evidenciará o contribuinte legal como aquele que não necessariamente paga toda a conta, mas que não poupa esforços para pagá-la.”

O dogma da indisponibilidade do crédito tributário, decorrente de leitura enviesada dos princípios de indisponibilidade do patrimônio público e da lei de responsabilidade fiscal, é usado desde tempos imemoriais para impedir a autocomposição entre os contribuintes e o Estado. O crédito tributário sempre recebeu o *status* de sagrado e intocável.

Paradoxalmente, a rigidez aplicada é uma das principais causas da ineficiência da cobrança fazendária. Apesar da perseguição irrestrita ao crédito tributário e da intransigência com que se objetiva satisfazê-lo, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (“PGFN”) apontou, em seu último relatório, que 44,8% do estoque de crédito – em montante aproximado de um trilhão de reais – são irrecuperáveis¹, o que não deixa dúvida sobre a necessidade de utilização de métodos alternativos para recuperá-los.

Não obstante o crédito tributário ser dotado de privilégios e garantias, o engessamento de sua indisponibilidade sempre foi um mito sem fundamento jurídico, já que o art. 171 do Código Tributário Nacional (“CTN”) traz o instituto da transação como modalidade de extinção do crédito tributário. Contudo, como nunca foi promulgada lei que o regulamentasse, o instrumento se consolidou como utopia.

Os motivos são variados, mas aparentemente o principal deles é a insegurança jurídica dos agentes administrativos que, em razão do risco de responsabilização funcional por ato de improbidade administrativa, têm dificuldades em estabelecer critérios gerais, porém objetivos, para orientar as transações. Não à toa várias medidas que visaram à autocomposição entre ente público e iniciativa privada excluíram expressamente o crédito tributário.

Uma janela de oportunidade se abriu com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (“CPC”), que estabeleceu ser lícito aos interessados prevenirem ou terminarem determinado litígio mediante concessões mútuas (art. 1.025).

O CPC também previu a possibilidade de celebração de negócio jurídico processual (“NPJ”) entre partes litigantes (art. 190). Em âmbito tributário, o NPJ foi disciplinado pela Portaria PGFN nº 742/2018 e, por mais interessante e salutar que seja, já que permite versar sobre amortização do débito fiscal e garantias, está longe de ter contornos de transação, em razão da expressa vedação à redução do

montante dos créditos inscritos ou renuncia às garantias e privilégios do crédito tributário. Ou seja, tornou-se lícito ao contribuinte e à Fazenda Nacional transacionarem sobre o fim do litígio, mas sem possibilidades quanto ao conteúdo da obrigação tributária.

A Medida Provisória nº 899/2019, por sua vez, é inovadora nesse sentido. Denominada “MP do Contribuinte Legal” regulamentou o art. 171, do CTN, que há 53 anos pendia dessa providência. Em suma, tratou da possibilidade de transacionar créditos tributários administrados pela Receita Federal do Brasil que não estejam judicializados, além daqueles inscritos em dívida ativa da União cuja cobrança e/ou representação incumbam à PGFN.

A transação poderá se dar por adesão ou por proposta individual e permitirá a concessão de descontos de 50% ou até 70% nos casos de micro e pequenas empresas e pessoas físicas, prazo de até 84 meses para pagamento e possibilidade de substituição de garantias e constrições.

Certamente, se aplicada com eficiência, o mecanismo da transação trará interessantes resultados para a redução de litígios no âmbito do contencioso tributário. Todavia, é preciso ter em mente alguns pontos controvertidos da medida.

Primeiro, o art. 5º, § 2º, da MP, deixa claro que é vedada a transação para a redução do montante principal do crédito inscrito em dívida ativa da União. Ou seja, os descontos só serão conferidos para as multas e os juros aplicados ao contribuinte.

Além disso, o não cumprimento das condições da transação, que implicará rescisão da transação, poderá ensejar peculiar e questionável autorização para a Fazenda Pública ajuizar ação de falência ou, na hipótese de recuperação judicial em curso, requerer sua convocação em falência.

No mais, será preciso que critérios para aferição do grau de recuperabilidade das dívidas e parâmetros para aceitação da transação individual sejam disciplinados, o que pode gerar restrições que relativizem ou reduzam sua eficácia – a exemplo das exigências direcionadas à dação em pagamento tributária, consistente na exigibilidade de declaração de interesse público relacionada ao imóvel a ser recebido, o que inviabilizou o uso da medida. Eis o fator que será determinante para o sucesso ou fracasso da transação.

O que se espera é que a novidade torne a transação entre contribuinte e poder público realidade apta e eficaz ao interesse de ambos, consolidando-se como mecanismo que viabilize a regularidade fiscal, ao passo em que, para a máquina arrecadatória, torne recuperável parte de seu estoque de créditos.

Enfim, a depender de como vier a ser implementada, a transação poderá se tornar um ganha-ganha que, sem descuidar da segurança jurídica, evidenciará o contribuinte legal como aquele que não necessariamente paga toda a conta, mas que não poupa esforços para pagá-la. 

NOTA

1 <http://www.pgfn.fazenda.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/pgfn-em-numericos-2014/pgfn_em_numeros_2019.pdf> Acesso em 18.10.2019.

ARQUIVO PESSOAL



AMANDA PAHIM é Advogada de SABZ Advogados, especialista em direito tributário pelo INSPER.

ARQUIVO PESSOAL



DIEGO FISCHER é Advogado de SABZ Advogados, especialista em direito tributário pela FGV.



Empreendendo em tempos de crise econômica, financeira ou patrimonial. Da Recuperação Judicial sob a ótica da ordem econômica

■ POR ROSE GIACOMIN

“Atualmente ao empreender o gestor precisará se reinventar, e para conquistar seu lugar neste mercado competitivo, inspirar-se na sabedoria do “fio do bigode” poderá sinalizar o caminho para o sucesso no caso concreto.”

Inicialmente destacamos o Vigente Texto Constitucional em seu art. 170¹, que prevê a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]. Assegurando o livre exercício de qualquer atividade econômica independentemente de autorização de órgãos públicos, a exceção da previsão legal.

Podemos considerar como a base do livre mercado dois princípios extremamente importantes para o debate da temática, qual seja, o princípio da livre iniciativa e o princípio da livre concorrência. Vários autores afirmam que a livre iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio; liberdade de empresa e a também liberdade de contrato.

É fato notório que o perfil do empreendedor brasileiro é extremamente otimista. O que se torna frágil no cenário atual é o estímulo da livre iniciativa em tempos de crise econômica, financeira ou até mesmo patrimonial, sem um modelo de negócio extremamente bem estruturado.

Ao empreender em tempos de crise e antes da falência do empresário ou da sociedade empresária contamos com instrumentos para a recuperação judicial e extrajudicial, na Lei nº 11.101/05. Onde em seu artigo 47 é previsto que:

A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a *preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica*. [Grifo meu]

Com base na função social precisamos derrubar o conceito ultrapassado da empresa, como meio único e exclusivo de obtenção de lucro. No mínimo um empresário circula bens ou serviços e exerce profissionalmente atividade econômica organizada (966, CC), recomendo não ressaltar apenas no conceito econômico de empresa.

Estamos em constantes transformações, notadamente no perfil e sobrevivência das empresas. Em sua evolução histórica eram meros instrumentos ao agrupar seus funcionários em operações (coordenadas por poucos), com a finalidade de substituir os trabalhos manufatureiros ou até mesmo o mero escambo, suprindo ao final deste ciclo as necessidades da sociedade.

Para o estímulo da atividade econômica contamos com instrumentos para recuperá-la em tempos de crise, o que não podemos considerar em nenhuma análise jurídica na livre iniciativa é a concorrência desleal e o abuso de poder. Nesta esteira destaco o entendimento:

Em face da atual Constituição, para conciliar o fundamento da livre iniciativa e do princípio da livre concorrência com os da defesa do consumidor e da redução das desigualdades sociais, em conformidade com os ditames da justiça social, pode o Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros. [ADI 319 QO, rel. min. Moreira Alves, j. 3-3-1993, P, DJ de 30-4-1993.]

Atualmente ao empreender o gestor precisará se reinventar, e para conquistar seu lugar neste mercado competitivo, inspirar-se na sabedoria do “fio do bigode” poderá sinalizar o caminho para o sucesso no caso concreto. 

NOTA

1 O art. 1º da Constituição Federal: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. E o art. 170 da Constituição Federal: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional;

II – propriedade privada;

III – função social da propriedade;

IV – livre concorrência;

V – defesa do consumidor;

VI – defesa do meio ambiente;

VII – redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII – busca do pleno emprego;

IX – Tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.



ROSE GIACOMINI é advogada, escritora, professora e consultora empresarial. Autora de diversos artigos e livros. Como função social da carreira colabora como: membro da Asociación Argentina de Justicia Constitucional; membro do Instituto de Estudios Políticos y del Estado; Editor-chefe da Revista da Academia Brasileira de Direito Civil; Membro do comitê avaliativo da Revista Síntese em Direito Empresarial da IOB e Membro do Conselho Empresarial de Educação da ACMINAS.



O novo pregão eletrônico. Novidades do Decreto nº 10.124, de 20 de setembro de 2019

■ POR IVAN BARBOSA RIGOLIN

“É certo que o mundo está se convertendo com velocidade espantosa numa realidade virtual, porém é também preciso considerar que os bens e os serviços licitados no pregão não podem ser virtuais... E esse é o principal limite da virtualização das instituições licitatórias.”

Foi publicado no DOU de 23 de setembro de 2019 o Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019. Entrou em vigor apenas em 28 de outubro de 2019, o tradicional dia do funcionário público, e não imediatamente após publicado.

Eis sua ementa:

Regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal.

Trata-se, portanto, do terceiro decreto que disciplina – e não simplesmente *regulamenta* como a lei do pregão pretende e os três decretos repetem – o pregão eletrônico. Sim, porque quando um decreto, mais do que apenas regulamentar algum disciplinamento superior, ele próprio disciplina inteiramente um assunto como neste caso, então não se trata de mero regulamento, mas de *toda a regra de regência*, o que significa um *disciplinamento*. Não deveria bem ser esse o papel dos decretos, mas de vez em quando o fenômeno ocorre, sobretudo quando existe delegação da lei.

E, com efeito, o pregão eletrônico se rege apenas pelo decreto *de plantão*, e nada, absolutamente zero, pela lei do pregão presencial, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Então e assim sendo, o decreto do pregão eletrônico não regulamentava nem regulamentava coisa nenhuma, mas, muito mais que isso, *disciplina* por completo aquele pregão.

E dizemos decreto de plantão porque este já é o terceiro sobre o tema, o governo federal com certeza esperando que este dê certo – já que em tese, um dia, algum deverá dar certo e ser suficiente.

O primeiro deles foi o Decreto nº 3.697, de 21 de dezembro de 2.000, muito curto, tecnicamente insuficiente e que se revelou, poucos meses após sua edição, outra vítima do endêmico, atávico e insuperável instinto brasileiro de corrupção¹. Essa nefanda instituição, como todos sabem, resiste impavidamente a todos os governos, os processos, as prisões, as operações *lava-jato* e quejandas, as execrações públicas e a degradação absoluta do conceito das pessoas e do país junto – sem dizer dos muitos divórcios que já propiciou.

O segundo foi o Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2.005, que vigorou até 27 de outubro de 2019, quando deu lugar ao presente Decreto nº 10.024/19.

O volume dos três editos foi assustadoramente crescente: 15 arts. (1º), 33 arts. (2º) e agora 61 arts. (3º)! Quem sabe, quando um futuro decreto contiver 200 artigos talvez seja considerado bastante, final e definitivo, como se o volume do regramento jurídico garantisse a sua observância... e enquanto isso não se dá perquirasse sempre, em matéria de pregão eletrônico, qual é o decreto de plantão, e se ainda não está suspenso por liminar.

Este humílimo artigo comenta apenas as *inovações* trazidas pelo novo decreto, e não realiza varredura do seu texto – até por temor de precisar apontar para onde a matéria deveria ser varrida...

Com efeito, modestamente e como sempre que podemos reiteramos, *detestamos* o pregão eletrônico. Se os pregões presenciais, em que as pessoas comparecem ao certame e se identificam – provando ao menos que existem – já com frequência enseja problemas sem conta na sua realização e na execução do contrato, então que dizer de pessoas virtuais e ocultas por trás de uma tela, as quais pessoas que em dado momento parecem existir, mas que muitas vezes não são nada daquilo que fazem parecer através da ciência eletrônica?

É certo que o mundo está se convertendo com velocidade espantosa numa realidade virtual, porém é também preciso considerar que os bens e os serviços

licitados no pregão não podem ser virtuais... E esse é o principal limite da virtualização das instituições licitatórias.

Com todo efeito, enquanto o ser humano não comer programas de informática, nem vesti-los, nem residir em casas virtuais, nem viajar de férias pela internet, nem se reproduzir através de um teclado, nem tomar café a um toque do *mouse*, fácil é perceber que nem tudo se poderá resolver pelo computador. E que a informática, para a qual toda atenção humana parece convergir neste momento da história, não é nem jamais será a solução de todos os anseios humanos, nem dos infínitos desafios da vida.

O pregão eletrônico poderá ser mais adequadamente aproveitado quando o seu operador e o seu usuário se derem conta de que constitui tão somente uma ferramentazinha de trabalho, mais ou menos tal qual uma chave de fenda ou um martelo de borracha, e nada, além disso. E assim e desse modo tratá-lo, e assim com ele conviver no lugar que merece estar, algo como uma caixa de ferramentas.

Endeusar o pregão eletrônico como é comum verificar na Administração, ou divinizar qualquer arte eletrônica só por si e antes de compreender a elevada utilidade para que foi concebida, representa o mesmo que adorar o bezerro de ouro bíblico, parece muito claro. É confundir conteúdo com continente, meio com fim, figura com fundo ou forma com substância, e transformar a insignificância de um fetiche em excelência material.

A frequente alegação, para justificar o pregão eletrônico, de que *gente só traz problema*, ou a de que o teclado e a tela são preferíveis porque *é muito difícil lidar com as pessoas*, apenas desvela o grau de grotesca animalidade a que decaímos nestes dias que correm, de um primitivismo que parecia superado. Gente é indesejável; de modo à solução é a informática! – ora, quanta fidalguia! Que avançadíssima evolução para as cavernas! Um pitecântropo era mais evoluído...

É como se os computadores se programassem sozinhos, ou como se o pregão eletrônico detivesse o condão de excluir por completo os seres humanos que o concebem e o gerenciam. E como se os fornecedores fossem robôs teleguiados.

Resulta impressionante como a informática por vezes reduz o cérebro humano a um teclado, e a humanidade mesma a um mísero programa. Não estranha, num país em que, em outubro de 2019 segundo a pesquisa publicada em jornais como O Estado de S. Paulo, um quarto dos jovens é dependente da informática, como outros tantos outros o são das mais nefandas drogas. Pobre homem-celular, que renega a sua humanidade: a quê se acha reduzido!

Sob a idéia fixa de que o pregão eletrônico é a única via lícita para o futuro – o que se lê do art. 1º, § 1º, do novo decreto, como, aliás, se lia também da regra anterior – a autoridade se reduz a um digitador que pode, eventualmente, nada ter a dizer ao teclado, mas que precisa digitar. Parece entender o Executivo que *inexiste salvação institucional fora da informática*.

E desse modo o excelente pregão presencial, verdadeira revolução institucional dentro de um antigo panorama que já desatendia inúmeras necessidades públicas e privadas, viu-se bem logo suplantado pelo seu irmão eletrônico que, por mais que se esforcem os seus conceptores, ainda recorda a prosaica imagem do cachorro arrojado de um caminhão de mudança, olhando em desespero para toda direção à caça de alguma referência segura.

O teclado e a tela, tal qual o dinheiro, são ótimos escravos, mas péssimos patrões. Cumpre apenas manter cada qual deles no seu lugar.

Superado este inicial muro das lamentações contra a redução da autoridade pública a um vassalo do teclado, examinemos as inovações que o novo decreto oferece sobre a matéria do decreto anterior do pregão eletrônico. Repia-se que não será comentado todo o novo decreto, mas apenas as suas inovações ante o texto anterior.

Inicia-se a novidade já pela ementa e pelo art. 1º, ambos a mencionar

(...) serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia (...).

Pretendeu o Executivo, a toda evidência, sinalizar sobre a interminável discussão sobre se existem serviços comuns de engenharia, como seriam, por exemplo, algumas pavimentações, calçamentos ou quejandos.

Diga o que disser o decreto, se existirem esses serviços então também deverão existir os serviços comuns de medicina, de direito, de arquitetura, de economia, de odontologia, de veterinária, de física, de química, e de toda e qualquer outra disciplina de nível universitário. Com efeito, que tem a engenharia que as demais disciplinas superiores, quanto a isso, não têm?

Então talvez possa existir um serviço comum de cirurgia cardíaca ou cerebral; outro de física quântica; outro ainda de advocacia espacial, mais um ainda de biologia reprodutiva.

A exigência legal de que os profissionais respectivos sejam formados na universidade e inscritos no ente fiscalizador do exercício profissional pelo visto pode perder relevância. Afinal, para realizar serviços comuns – de nível superior – nada disso é necessário, deve ser essa a mentalidade do autor do decreto.

Ora, reza a lógica mais primitiva que se um serviço pode ser realizado por qualquer profissional não especializado em nada, então esse não deve ser um serviço de engenharia, nem de direito, nem de medicina nem de biologia.

Se for qualquer um desses, ou de outra profissão disciplinada por lei federal, então obrigatoriamente é privativo de profissional universitário dessa área, e seu autor tem de ser profissional superiormente habilitado. E não é comum, nem neste decreto nem em instância nenhuma do direito, da lógica, da coerência institucional.

Serviço comum de engenharia é algo, como no dizer de Pontes de Miranda, uma *contradictio in terminis*. Um círculo quadrado. Uma impossibilidade técnica, como alguns asseveram do vôo dos besouros. Ou uma simples girafa, que se diz que ao ser avistada por primeira vez pelo expedicionário inglês no século dezoito mereceu este comentário: – este animal não existe.

Ou bem o serviço é simples ou de outro modo, se a matéria for essa e por tudo que é sagrado é de engenharia, dentro do mesmo raciocínio dos especialistas segundo o qual não se pode ter a mulher bêbada e a pipa cheia... as idéias são reciprocamente excludentes, antinômicas, contraditórias, antitéticas.

Dentre os serviços de engenharia há-os dos mais simples aos mais complexos: mas são todos de engenharia, e exigem assinatura ou autoria de engenheiro, pena de configurado exercício ilegal de profissão, e sujeição do responsável às penalidades da lei civil e criminal.

Se os serviços não exigirem autoria especializada de engenheiro, então serão tudo no universo menos serviços de engenharia – e por mais simples que pareçam ao Executivo federal e a seus decretos.

Figuremos um exemplo dos mais banais. O muro de uma construção, que é obra de engenharia, desabou parcialmente. O respectivo projeto *foi* serviço de engenharia na origem, porém neste momento qualquer pedreiro o reconstrói a perfeição, sem projeto nenhum. Até o amável leitor, com um pouco de boa-vontade e paciência, o faz.

A planificação do muro, ora caído em parte, foi, portanto serviço de engenharia, porém a sua reconstrução parcial não mais é serviço de engenharia, porque nenhum projeto será necessário, nem jurídica nem operacionalmente, ao bom e diligente pedreiro para que o reerga. É, agora, serviço de pedreiro, e ponto final. Detém toda a relevância e a dignidade próprias dos serviços de pedreiro – que edificam materialmente todos os países –, porém serviço de engenharia não é.

E não consideramos bizantina nem despropositada esta discussão porque problemas sem conta, sobretudo com os Conselhos de Engenharia, poderão advir da muito simplista solução que o novo decreto pretendeu dar a uma questão muito maior do que aos seus autores deve ter parecido.

O tempo o dirá, porque é certo que não é decreto nenhum que mudará o direito fundamental das profissões.

O art. 3º, inciso VIII, como se irá ver, pretende definir, ou quase institucionalizar, o que o decreto denomina serviço comum de engenharia. Deu, a nosso ver, com os burros n´água, porque o papel em branco a tudo aceita, mas não o direito.

Um segundo ponto de inovação no decreto é a previsão de dispensa eletrônica (no art. 1º), o que é de esperar num mundo cada dia mais eletrônico. Não tem muito sentido processar todo o complexo pregão eletronicamente, mas autuar e instruir todo um processo físico para dispensar aquela licitação, e até porque a dispensa é muito menos complexa que a realização mesma do pregão.

Nem no anterior Decreto nº 5.450/05 nem no Decreto nº 5.504/05, mais ou menos um seu complemento, constava a dispensa eletrônica.

O art. 3º, inciso X, cuida do tema.

O longo art. 1º insiste na obrigatoriedade do pregão eletrônico nas compras de bens e serviços comuns pelas entidades do Executivo federal, e pelas a ela institucionalmente vinculadas. O papel do decreto nesse momento é de uma ordem hierárquica da autoridade executiva: – façam assim porque eu, que sou o chefe, estou mandando. Nada de ilegal até aqui, quanto a isso.

Mas existem exceções e atenuações da regra da obrigatoriedade eletrônica nos parágrafos do art. 1º, e são muito bemvindas.

A eletrônica, no entanto, verdadeira fixação compulsiva para o cidadão como já é, converteu-se numa obsessão da Administração, que parece inadmitir vida inteligente nos escaninhos burocráticos fora da eletrônica – e aí reside o excesso improfícuo.

Sim, porque mesmo hoje em dia nem tudo nas melhores práticas administrativas se deve à eletrônica, a qual ciência, em matéria de pregões, lembra o palito do sanduíche: por mais delicioso que fosse o sanduíche, o seu palito não desceu garganta abaixo nem com todo esforço.

Nada substitui ainda, entendemos a presença física de candidatos a vendedores para o poder público, muito menos uma tela de computador – atrás da qual ninguém sabe exatamente o que se passa.

Sim, porque a pessoa que se apresente à sessão do pregão presencial ao menos *existe*, mas aquela por trás da tela não se sabe se de fato existe ou se é vírus, *fake*, holograma, golpe de *hacker*, embuste, pirataria ou achaque de bandidos que não valem o ar que respiram, e que em caso de necessidade vendem a mãe.

In medium virtus, ou seja, a virtude está na média, como asseveravam os antigos romanos e como a todo tempo ensina a prudência e a ponderação. Nem oito nem oitenta prefirmamos; situemo-nos nem tanto ao céu nem tanto à Venezuela. O pregão eletrônico, quando dá certo, quando funciona e quando não deixa o agente público falando sozinho e mais desorientado que um canídeo doméstico despencado de veículo logístico em percurso mudancista, é maravilhoso. Quando dá certo.

Assim, a parte final do § 3º, e todo o § 4º, ambos deste art. 1º e que estabelecem as possíveis exceções à obrigatoriedade da forma eletrônica do pregão, de nossa parte merecem ser amplamente prestigiados e convictamente utilizados.

Sim, porque estas exceções, como sói acontecer em nosso país, são melhores que a regra. E no dia em que se assegurar que o pregão eletrônico dará certo, nossa fala será outra.

O art. 2º traz outra vez à baila os princípios de administração constitucionais, os legais de licitação e mais alguns. Citam-se legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência, proibidade administrativa, desenvolvimento sustentável, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo, razoabilidade, competitividade, proporcionalidade, e ainda se referem os correlatos, como se os primeiros fossem poucos.

Dentro da rematada inutilidade de levantarem princípios genéricos e globais – quer na Constituição, quer na lei, porque quem se dispõe a cumprir as regras não precisa ouvi-las repetida, e para quem não se dispõe a cumpri-las elas são inúteis –, entretanto ao menos um que não é discursivo e vazio, o do desenvolvimento sustentável, merece acolhida e prestígio.

Traduz uma urgentíssima preocupação dos governos e dos cidadãos, relativa ao meio ambiente, e a práticas saudáveis de convívio e de colaboração com natureza, o que reflete favoravelmente no próprio convívio humano. O panorama físico dos países, desde o mais civilizado até os mais tenebrosos tugúrios que alguns chamam de países, é aterrador sob qualquer aspecto, e tudo que servir para racionalizar a ocupação do planeta pelo homem é extraordinariamente bem-vindo.

E as possibilidades de melhorar a experiência humana na terra se revestem de infinitos meios e incontáveis possibilidades, que como regra se iniciam jurídica ou formalmente mas que devem materialmente prosseguir e se aplicar à vida prática, tudo o que recomenda enfaticamente esta diretriz de sustentabilidade aos objetos dos pregões, como de resto a qualquer ofensiva institucional que hoje em dia se conceba.

Em muito boa hora foi invocado o princípio do desenvolvimento sustentável, portanto.

O vasto art. 3º segue a tendência legislativa de incluir um rol de conceitos e definições dos institutos no texto das novas regras jurídicas. Assim ocorre em

inúmeros diplomas relativos a licitações e a contratos públicos – a começar pela Lei nº 8.666/93 –, e o decreto não fez diferente. Não acerta sempre aliás, quase nunca acerta, mas merece comentário.

Quando uma lei define instituições ela altera o direito nessa conformidade, porque a fonte do direito é a lei, de modo que a lei verdadeiramente *institui*; mas um decreto que institua verdadeiro pode criar?

De novidades frente à regra anterior temos os seguintes incisos – alguns de embaraçosa inutilidade, outros da mais absoluta imprestabilidade como se examinará:

– inciso III – bens e serviços especiais. Não se imagina a razão disso na regra, se o único que interessa para o pregão eletrônico é o bem comum ou o serviço comum;

– inciso IV – estudo técnico preliminar. Idem. Todos sabem o que vem a ser isto, e não é diferente no pregão. Parece faltar assunto aos autores;

– inciso V – lance intermediário. Outra pedra na sopa. O autor parece inventar, outra vez, a roda;

– inciso VIII – serviço comum de engenharia. Asneira rematada e absoluta, impropriedade técnica integral, este foi um péssimo momento do decreto, que se espera venha a ser invalidado por ofensiva dos Conselhos de fiscalização profissional, tudo conforme iterado ao início deste artigo;

– inciso IX – SICAF. O autor do decreto imagina acaso que está instituindo o SICAF? Terá nascido ontem? Como pode a Presidência da República colocar a seu serviço, para redigir importantes decretos como este, pessoas tão despreparadas e desavisadas? É profundamente embaraçoso, constrangedor este inciso;

– inciso X – dispensa eletrônica. Define-se aqui o sistema federal de processamento das dispensas de licitação, eletronicamente realizadas, incluído no SIASG e aplicável apenas aos entes sujeitos a esse sistema. O decreto não adentra particularidades do sistema como não deveria adentrar, mas fica a instituição, a ser disciplinada por atos internos relativos ao SIASG;

– inciso XI – termo de referência. Instituído, ou ao menos reconhecido como ato formal, pelo anterior Decreto nº 5.450/05, art. 9º, inciso I, agora vem mais detalhado neste decreto, indicando-se seus conteúdos principais como é a definição do objeto; o valor estimado do contrato; o cronograma físico-financeiro da execução, o critério de aceitação do objeto; os deveres de contratado e contratante; os documentos de habilitação técnica e financeira; as normas para fiscalização e gerenciamento do contrato; o prazo para sua execução, e as sanções pelo descumprimento.

É detalhada a lista, e com isso bastante útil ao autor dos termos de referência, servindo-lhe de objetivo e preciso roteiro.

De recomendar apenas é que *o menos seja mais* quanto a exigências documentais e formais aos participantes do pregão, porque em geral os documentos atrapalham dez vezes mais do que ajudam, e não asseguram absolutamente nada a respeito de quem os apresenta – rigorosamente zero. Quem gosta de documentos de habilitação deve detestar a licitação.

Já fora da lista de definições, aparece o § 2º deste art. 3º, e é difícil conceber a que veio. Prevê que:

Os bens e serviços que envolverem o desenvolvimento de soluções específicas de natureza intelectual, científica e técnica, caso possam ser (*classificados como comuns*) serão licitados por pregão, na forma eletrônica.

Indaga-se ao autor se bens ou serviços *intelectuais* – e suponhamos que existam bens intelectuais –, técnicos ou científicos podem ser tidos como comuns, em qualquer hipótese.

A seguir, o autor, admitindo que possam ser comuns, manda que se os licite por pregão eletrônico. Então para esses, justamente para esses, deixam de valer as exceções ao pregão eletrônico? Exatamente os serviços intelectuais, que jamais poderiam ser licitados e muito menos por pregão, esses mesmos precisam sê-lo, e por pregão eletrônico?

Mas calma nada de pânico. Poderia ser pior.

Imagine-se se o autor deste decreto fosse médico, e num desses imponderáveis percalços da existência se visse designado para cuidar da saúde do gentil leitor, ou da de seus familiares. Aí, sim, e então, teríamos bem mais o que chorar. Melhor que apenas escreva decretos.

O art. 4º, encerrando o Capítulo I, repete a arquiconhecida regra segundo a qual o pregão não se aplica a obras, a serviços que o decreto qualifica *especiais* – ou seja não-comuns – e, agora uma novidade, a locações imobiliárias e alienações.

A novidade – apenas para variar – não parece de boa qualidade.

Se existe algo que poderia à perfeição ser licitado por pregão, sempre que licitável o objeto, é uma locação imobiliária. Ou o objeto *não se licita* porque as condições do imóvel condicionam a sua locação direta (cf. lei de licitações, art. 24, inciso X), ou, se precisar ser licitado porque, por exemplo, existem disponíveis várias unidades de um mesmo edifício, todas iguais e que podem ensejar disputa apenas de preço, então a melhor licitação seria o pregão.

Temos então que o autor do decreto de um lado arromba as categorias jurídicas para admitir pregão até para serviços intelectuais e para serviços de engenharia que denomina comuns, e de outro lado o veta para um objeto banalíssimo e perfeitamente licitável como é uma locação imobiliária!... A previsão parece obra de um antípoda, que enxerga o mundo de ponta-cabeça.

E com isso a qualidade do diploma, até este ponto, é *péssima*, o que nos convida a por aqui encerrar esta primeira parte, em prol da regeneração hepática do muito amável leitor, assim àquela do escriba. 🍷

NOTA

- 1 Referimo-nos à regra constante do primeiro decreto do pregão eletrônico, pela qual o pregoeiro decidia, sponte sua, quando finalizar a etapa dos lances. Alguém, genuinamente brasileiro papa-goiaba, logo se deu conta que ali se podia ganhar dinheiro. Bastava combinar com o pregoeiro – que acaso fosse venal e ordinário como o proponente – que o lance terminado, por exemplo, em R\$....2,17, deveria ser o final, porque então a comissão do agente público estaria garantida... Mas como se sabe que para manter um segredo entre dois será só matando um, a gambiarra logo extravazou o âmbito delinqüencial de origem, e o governo federal quando a soube mudou o decreto para, dentre outras providências, eliminar aquela possibilidade. Agora, passados bons anos e sem qualquer vinculação como pssado, temos o terceiro decreto.



IVAN BARBOSA RIGOLIN é advogado em São Paulo.

Desinformação: um risco à democracia

■ POR ANA CRISTINA ROSA

“A Justiça Eleitoral está apostando na educação, no estímulo ao senso crítico, no despertar de responsabilidades individuais e na formação de parcerias com base na certeza de que a desinformação é um problema complexo e multifacetado, que precisa ser enfrentado de forma colaborativa.”

O desenvolvimento da mídia interativa ampliou a liberdade de expressão à medida que deu voz aos cidadãos, mas também potencializou a disseminação de desinformação e, com isso, atingiu em cheio os processos eleitorais nas sociedades democráticas. Em forma de boatos ou informações descontextualizadas, a mentira ganhou corpo e enorme velocidade de difusão, valendo-se de plataformas digitais e aplicativos eletrônicos de mensagem. No Brasil, desde as eleições gerais de 2018, um fato novo foi agregado a esse cenário: os ataques à Justiça Eleitoral incitando dúvidas sobre a lisura do sistema eletrônico de votação.

Nesse contexto, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) promoveu uma série de ações voltadas à produção de contrainformação para desmentir a falácia com a divulgação da verdade. O Brasil é referência internacional em eleição informatizada. E, em que pese à grandiosidade e as mais diversas condições de votação, o processo eleitoral brasileiro tem sido marcado pela inegável celeridade na

totalização dos votos e na divulgação dos resultados, além da ampliação dos sistemas de segurança.

Não obstante, ataques reiterados colocaram em suspeição todo o sistema eleitoral brasileiro, criando graves perturbações e pondo em risco a própria democracia. Segundo o *Relatório de Notícias Digitais 2019 – Digital News Report* – do Instituto Reuters para o Estudo do Jornalismo, a maioria dos brasileiros considera a desinformação disseminada nas mídias sociais um perigo para o bem-estar, ameaçando as democracias. E mais: no Brasil, 85% dos usuários de internet demonstraram preocupação em discernir o conteúdo digital verdadeiro do falso propagado em redes sociais e aplicativos de mensagens.

De maneira geral, é possível inferir que os efeitos nocivos da desinformação foram potencializados, na atualidade, por três situações. A primeira, já referida, é a popularização das mídias interativas, que começaram a competir com os tradicionais veículos de comunicação sem estarem submetidas às mesmas condicionantes. A segunda é a produção e a distribuição de desinformação on-line, sobretudo em redes sociais e por meio de aplicativos de mensagens. A terceira é o uso dessas mesmas ferramentas como instrumentos de campanha por parte de candidatos e de seus apoiadores.

Em meio às ações empreendidas pela Justiça Eleitoral para fazer frente ao fenômeno da desinformação, tive a oportunidade de representar o TSE em mesa redonda promovida pela Organização dos Estados Americanos (OEA), em Washington. Na ocasião, representantes de nove países foram reunidos com a finalidade de compartilhar experiências e buscar soluções para o tema cibersegurança, no qual se insere a desinformação. Destaco algumas das observações feitas por William Carter, Diretor Adjunto do Programa de Políticas Tecnológicas do CSIS – Center for Strategic & International Studies. Para ele, é preciso associar o conceito de resiliência a toda ação voltada a enfrentar ciberataques, porque os mal-intencionados são persistentes, demonstram grande capacidade de adaptação a mudanças e parecem estar sempre um passo à frente. Os estudos do CSIS apontam para a importância de realização de campanhas de educação dos votantes e também para a atualização contínua dos sistemas de segurança eleitoral.

Nesse sentido, o TSE lançou um Programa de Enfrentamento à Desinformação com Foco nas Eleições 2020, que foi dividido em seis eixos, entre os quais se destaca a educação por meio da alfabetização midiática. Até o momento, 40 instituições e entidades, entre elas órgãos de imprensa, agências de checagem de notícias e quatro gigantes da internet – Google, Facebook, Twitter, e WhatsApp – já aderiram ao programa.

Dessa forma, a Justiça Eleitoral está apostando na educação, no estímulo ao senso crítico, no despertar de responsabilidades individuais e na formação de parcerias com base na certeza de que a desinformação é um problema complexo e multifacetado, que precisa ser enfrentado de forma colaborativa. 



ARQUIVO PESSOAL

ANA CRISTINA ROSA é jornalista e tem especialização em Comunicação Pública. Atualmente, é Assessora-Chefe de Comunicação do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), onde coordenou as ações de comunicação da Justiça Eleitoral durante as eleições gerais de 2018. Possui experiência de dez anos de atuação em Assessorias de Imprensa do Poder Judiciário, além de passagens por Assessorias de Comunicação dos poderes Executivo e Legislativo. Sua trajetória profissional também inclui atuação em algumas das principais redações do país, como as do jornal o Estado de S.Paulo, onde foi repórter de política, da revista Época, onde atuou como editora assistente, e da revista Elle, onde foi repórter.



O mínimo existencial no âmbito do Direito Tributário e a responsabilidade internacional do Estado por violação dos Direitos Humanos

■ POR ALINE MILANSKI

“É evidente a necessidade do Estado em conservar o mínimo necessário à existência digna do contribuinte, notadamente porque não é exagero afirmar que, para assegurar dignidade, direitos fundamentais e justiça, o Estado necessita tributar.”

Com o advento da virada kantiana, pós-segunda guerra mundial, o direito passou a caminhar em corolário com os valores constitucionais, consoante aos parâmetros éticos e morais. Isto porque, o Estado Democrático deve buscar a igualdade efetiva através de intervenções, de modo a assegurar a todos os cidadãos condições mínimas de vida.

A Responsabilidade Internacional do Estado é um importante instituto que visa buscar a proteção dos direitos humanos, mas pode ser também responsabilizado por descumprir normas, costumes ou mesmo por causar danos aos indivíduos, principalmente quando violar alguns princípios basilares que protegem a dignidade da pessoa, podendo citar como exemplo o mínimo existencial.

Além disso, é possível afirmar que os tratados internacionais são instrumentos importantes para obrigar um determinado Estado a dar eficácia ao cumprimento na aplicação de princípios relevantes à vida, eis que a violação destes valores principiológicos acarreta na responsabilização daquele Estado.

O Brasil adotou o princípio do Estado Social, previsto no art. 3º da Constituição da República Federativa do Brasil, pelo qual enumera os objetivos fundamentais da República, por possuir a função de buscar dar mais eficácia do direito fundamental ao mínimo existencial e assim assegurar a cada pessoa uma vida condigna, de modo que atenda as necessidades básicas a fim de proporcionar à sociedade uma condição de conteúdo irrenunciável dos direitos fundamentais.

Portanto, a garantia do mínimo existencial é importante para a proteção e promoção da liberdade e da democracia, bem como preservar as condições materiais básicas de vida, das quais deve ser assegurado de forma obrigatória pelo Estado, o que muitas vezes é deixado à mercê.

A responsabilidade internacional do Estado foi reconhecida pela Corte Interamericana defronte a violação ao direito à vida, à liberdade e à integridade pessoal, principalmente em face da afronta à obrigação de respeitar e garantir direitos¹. Para a ocorrência desta responsabilidade, necessário se faz verificar a existência de culpa do Estado.²

Importante ressaltar que após a Segunda Guerra Mundial, com a virada Kantiana, os valores importantes para a sociedade passaram a ser questionados e a moralidade foi reintegrada ao Direito. Neste contexto, Luis Roberto Barroso³ afirma que foi convencionado chamar de 'virada kantiana' (*kantische Wende*), por ser considerada a volta à influência da filosofia de Kant, pela qual trouxe a reaproximação entre ética e direito, com a fundamentação moral dos direitos humanos e com a busca da justiça fundada no imperativo categórica.

O procedimento do imperativo categórico de Kant submete as máximas racionais e sinceras de um agente (formuladas à luz da razão prática empírica do agente) às restrições razoáveis contidas naquele procedimento, submetendo assim a conduta do agente às exigências da razão prática pura. Para tanto, as condições razoáveis impostas às partes na posição original cerceiam-nas no esforço de alcançar um acordo racional sobre princípios de justiça em que cada qual procura defender o bem daqueles que representa. Essa prioridade expressa a prioridade do justo; e é por causa disso que a justiça como equidade se assemelha à visão de Kant.⁴

Desse modo, o conceito de dignidade no período pós-guerra além de ter seu âmbito de aplicação alargado para todas as pessoas com fundamento, sobretudo, na doutrina kantiana, ganha densidade em seu conteúdo, que paulatinamente vai sendo preenchido não apenas por direitos-liberdade (*Abwehrrechte*), que impõem limitações ao poder-estatal em face do indivíduo, bem como por direitos sociais, que impõem ao Estado deveres de prestação ao indivíduo (*Forderungsrechte*).⁵

Os seres humanos passam a figurar como sujeitos, tanto ativos (ante os tribunais internacionais de direitos humanos) como passivos (ante os tribunais penais internacionais), do Direito Internacional. A atual expansão da jurisdição internacional

aumenta o número dos justiciáveis em nível internacional (ante a multiplicidade dos tribunais internacionais contemporâneos), com a concomitante expansão da personalidade internacional assim como da responsabilidade internacional.⁶

A responsabilidade internacional do Estado por atos (comissivos ou omissivos) do Poder Legislativo não tem apenas lugar quando se trata da violação de tratados, podendo também decorrer da violação de costumes internacionais ou de princípios gerais de direito. Conquanto mais rara de ocorrer, a violação de um costume internacional ou de um princípio geral de direito internacionalmente aceito, por ato do Parlamento, é também capaz de responsabilizar o Estado, permitindo à parte prejudicada deflagrar uma queixa perante o organismo internacional competente.⁷

Nas palavras de Caçado Trindade, os tribunais internacionais de direitos humanos têm buscado favorecer o acesso direto dos indivíduos a suas respectivas jurisdições. Os indivíduos petionários são a verdadeira parte demandante perante os tribunais internacionais de direitos humanos. A jurisdição obrigatória dos tribunais internacionais de direitos humanos é o complemento indispensável do direito de petição individual internacional, pois constituem os pilares básicos da proteção internacional, do mecanismo de emancipação do ser humano perante seu próprio Estado.⁸

Conforme lição do internacionalista Valério de Oliveira Mazzuoli, as normas internacionais detêm generalidade e abstração, emanam de uma autoridade conjunta, composta por atores internacionais juridicamente coordenados e em pé de igualdade, e ainda contêm variados meios de resposta ao descumprimento de seus comandos. Essa resposta que o Direito Internacional dá aos Estados que infringem as suas regras, considerado elemento de sua eficácia como ramo jurídico, a ser representada fundamentalmente pelo instituto da responsabilidade internacional.⁹

Com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela ONU em 1948, pode-se dizer que surgiram mecanismos de tutela internacional dos direitos do cidadão contra o Estado. No Brasil, na promulgação da Constituição, em 1988, houve o renascimento do Estado de Direito em grande estilo, inclusive insculpindo em seu texto um capítulo inteiro sobre direitos e garantias fundamentais do homem. Dentre esses direitos, considerados pela corrente jusnaturalista como incorporação dos direitos naturais à Constituição, encontra-se também o direito de proteção ao mínimo existencial que deriva do desdobramento de outros princípios.¹⁰

No plano do direito internacional dos direitos humanos, o art. XXV da Declaração da ONU atribui a todas as pessoas um direito a um nível de vida suficiente para assegurar a sua saúde, o seu bem-estar e o de sua família, a associação direta e explícita do assim chamado mínimo existencial com a dignidade da pessoa humana encontrou sua primeira afirmação textual, no plano constitucional, na Constituição da República de Weimar, Alemanha, em 1919, cujo art. 151 preleciona que a vida econômica deve corresponder aos ditames da Justiça e tem como objetivo assegurar a todos uma existência com dignidade.¹¹

Frisa-se, que a primeira contribuição para a formação da noção de mínimo existencial foi dada, em 1954, pela decisão BVerwGE 1, 159 do Tribunal Administrativo Federal (Bundesverwaltungsgericht) da Alemanha¹², pela qual reconheceu como direito subjetivo, fundado na dignidade humana, o auxílio material do Estado para a existência do indivíduo carente. A partir disso, a definição de mínimo existencial vem se consolidando tanto na Alemanha, país de onde é originário, quanto em todos os demais Estados Democráticos de Direito.¹³

No que tange à análise da eficácia do direito fundamental em prol do mínimo existencial, ensina Ingo Sarlet que a relação entre o mínimo existencial e os diversos direitos fundamentais sociais tem sido marcada por uma doutrina e jurisprudência que em boa medida dão suporte à tese de que o mínimo existencial, compreendido como todo o conjunto de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna representa o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, núcleo este blindado contra toda e qualquer intervenção por parte do Estado e da sociedade.¹⁴

Assim, os direitos fundamentais sociais, o titular do direito é o indivíduo e o destinatário, o Estado, que tem o dever de assegurar a organização necessária para efetivar aqueles direitos. Mas essa organização deve ser proporcionada não apenas a um indivíduo, mas a todos os indivíduos da sociedade.¹⁵

Por essa razão, os direitos fundamentais devem impor limites e restrições, por serem consideradas normas do tipo regras ou normas do tipo princípio. Isto porque o nosso sistema constitucional considera o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana uma categoria universal e consensual, visto que tais valores universais podem ter valorações distintas, a depender da realidade social e cultural concreta. Contudo, o mínimo existencial é indispensável seja qual for à forma de organização social a ser implementada, bem como esse princípio merece ter a mais ampla efetividade.

O DESCUMPRIMENTO ÀS LIMITAÇÕES DO PODER DE TRIBUTAR PELO ESTADO E OS DIREITOS HUMANOS

O Direito Tributário, particularmente, procura se adaptar à evolução das relações econômicas e sociais e ajusta seus conceitos para poder regular e captar as riquezas tributáveis. Se o Sistema Tributário Global adota conceitos de direito privado sem recorrer ao direito civil, os tratados internacionais criam estruturas próprias com validade interna para as jurisdições contratantes. A fonte normativa atual responde pela alteração de padrão no Sistema Tributário interno. O Direito Tributário justo pressupõe a adoção de um imposto de renda global que observe o princípio da capacidade contributiva.¹⁶

Na relação jurídico-tributária, o ator fundamental é o cidadão, titular de diversos direitos fundamentais e ao Estado é atribuído diversos limites para respeitar a dignidade humana. Desta forma, exige-se que se conserve o mínimo necessário à existência digna do contribuinte, assim como a livre-iniciativa e a livre concorrência demandam que respeite o poder de direção das atividades privadas.¹⁷

Um dos temas preferidos da doutrina do Direito Tributário internacional na atualidade é a transparência fiscal. Diversos acordos internacionais foram celebrados no âmbito da União Europeia, numa demonstração de ativismo fiscal na luta contra a fraude fiscal internacional.¹⁸

O direito à proteção jurídica é uma pretensão que qualquer titular de um direito fundamental pode exigir do Estado que o projeta perante agressões de outros cidadãos; um direito fundamental de defesa é um direito cujo conteúdo traduz fundamentalmente em exigir que o próprio Estado (poderes públicos) se abstenha de intervenções coativas na esfera jurídica particular.¹⁹

Nesse contexto, o tributarista José Eduardo Soares de Melo define como princípio da capacidade contributiva o verdadeiro sinônimo da justiça fiscal, pois constitui o

elemento básico de onde defluem as garantias materiais diretas, de âmbito constitucional, como generalidade, igualdade e proporcionalidade.²⁰

Há quem diga que a teoria da indivisibilidade dos direitos humanos chega à utopia, porque representa a quantidade mínima de direitos sociais abaixo da qual o homem não tem condições para sobreviver com dignidade.²¹ Isto ocorre porque o Estado, muitas vezes, se abstém de adotar medidas necessárias, com o objetivo de proteger os valores constitucionais, de modo a buscar efetividade dos direitos fundamentais dos cidadãos.

O tributo sempre foi e seguirá sendo um importante instrumento de política econômica. O legislador opta por determinados princípios constitucionais por meio de tributos, que se mantêm com instrumento de política econômica e social. O caráter instrumental do tributo e seu desenvolvimento pelo Direito Tributário servem à ideologia dominante a permear a Constituição de alguns países (ZIL-VETI, 2017, p. 369)²².

Para o professor internacionalista Valério Mazzuoli, os mecanismos não convencionais de proteção dos direitos humanos têm logrado êxito igual ou maior que os decorrentes de tratados internacionais, especialmente por permitirem o exame de quaisquer temas de direitos humanos relativos a quaisquer países do mundo, ainda que não partes em tratados de direitos humanos. Esses mecanismos e a atuação do Conselho de Direitos Humanos é a possibilidade de ouvir a sociedade civil (opinião pública) sobre a necessidade de adoção de medidas de combate à violação dos direitos humanos em determinado Estado²³, principalmente quando o assunto atinge a economia do Estado na esfera tributária bem como infringe os valores dos cidadãos.

O Direito Internacional está presente nos dias atuais com intuito de proporcionar proteção e permitir uma tutela os direitos humanos. Eis o motivo da aplicabilidade dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, de modo a consolidar parâmetros protetivos mínimos voltados à defesa da dignidade humana.

A RESPONSABILIDADE DO ESTADO EM EXERCER COM MAESTRIA A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL NA ESFERA TRIBUTÁRIA

O mínimo existencial é aquela parcela da renda que se destina a solver as necessidades básicas do indivíduo e do núcleo familiar, tais como: alimentação, vestuário, educação, lazer, saúde, dentre outras prerrogativas consagradas na CRFB/88 e que possibilitam a manutenção da dignidade humana.²⁴

Importante destacar que há grande necessidade de implantar políticas públicas pelo Poder Judiciário a fim de discutir os princípios da Reserva do Possível e do Mínimo Existencial, bem como analisar os direitos sociais como prestações essenciais à vida humana.

Com efeito, o mínimo existencial está enquadrado como subespécie do princípio da dignidade da pessoa humana, este, por sua vez, está previsto de forma explícita na Constituição Federativa do Brasil, conforme estabelece o art. 1º, inciso III: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III – a dignidade da pessoa humana”. Este princípio é um direito indispensável e deve ser respeitado para assegurar ao ser humano existência digna.

Frise-se, que a Carta de 1988 consagra o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais com base na responsabilidade do Estado. Segundo Flávia Piovesan²⁵, esse princípio, representa toda e qualquer norma definidora de direitos e garantias fundamentais que deve alcançar aplicação imediata. É cabível aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito constitucional definidor de direito e garantia fundamental.

Nas palavras de José Afonso da Silva; não é fácil realizar a justiça social num sistema em que predomina a concentração de riqueza. É que ela só se concretizará mediante equitativa distribuição da riqueza nacional. O reconhecimento dos direitos sociais, como instrumentos de tutela dos menos favorecidos, não tem tido a eficácia necessária para reequilibrar a posição de inferioridade que lhes impede o efetivo exercício das liberdades garantias.²⁶

Registre-se, entretanto, que é dever do Estado adotar medidas necessárias, com o objetivo de proteger os valores constitucionais, de modo a buscar efetividade dos direitos fundamentais, principalmente à proteção ao mínimo existencial, por estar inserido como uma subespécie do princípio basilar da dignidade da pessoa humana.

No âmbito dos direitos sociais, o direito tributário é muito relevante para a economia mundial, considerando que na esfera internacional possui uma organização voltada a buscar proteção das normas e respeitar os direitos humanos.

Como já visto, não há como caminhar de forma isolada sem buscar nos valores constitucionais a eficácia imediata dos direitos fundamentais sociais que compõem o mínimo necessário para uma existência digna ao indivíduo, sem que, para tanto, seja necessária a concretização do legislador.

O mínimo existencial, por ser considerado um princípio implícito à Constituição, deve ser correlacionado junto ao princípio da dignidade da pessoa humana, por este ter previsão explícita na nossa atual Carta Magna. Isto porque, este princípio deve ser extraído do próprio princípio da dignidade humana, a ser considerado um dos fundamentos a República Federativa do Brasil, disposto em seu art. 1º, inciso III.

Assim, significa dizer que o Estatuto do contribuinte e seu papel na proteção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, possuem o condão de proporcionar uma garantia, da vida do particular frente ao poder do Estado, devendo o ente estatal garantir o mínimo a subsistência a todos a fim de evitar a ocorrência de violação aos Direitos Humanos.

Desse modo, é evidente a necessidade do Estado em conservar o mínimo necessário à existência digna do contribuinte, notadamente porque não é exagero afirmar que, para assegurar dignidade, direitos fundamentais e justiça, o Estado necessita tributar. Entretanto, existe a limitação ao poder de tributar para evitar que os direitos fundamentais dos cidadãos sejam atingidos de forma direta ou indireta. 

NOTAS

- 1 PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 9. ed., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 235.
- 2 ACCIOLY, Hildebrando, SILVA E NASCIMENTO G. E e CASELLA, Bolba. *Manual de Direito Internacional público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 504
- 3 BARROSO, Luis Roberto. *O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2006-abr-26/triunfo_tardio_direito_constitucional_brasil?pagina=27> às 14h, em 11 de out. de 2019.

- 4 RAWLS, John. *Justiça como Equidade: uma reformulação*. Tradução Claudia Berliner; revisão técnica e da tradução Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes. 2003. p. 115.
- 5 TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 30.
- 6 TRINDADE, Antônio Augusto. *Os Tribunais Internacionais Contemporâneos*. Brasília: Funag, 2013, p. 100.
- 7 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 9. ed. Revi. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015, p. 631-630..
- 8 TRINDADE, Antônio Augusto. *Os Tribunais Internacionais Contemporâneos*. Brasília: Funag, 2013. p. 25-27.
- 9 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 9. ed. Revi. Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015, p. 613.
- 10 VALADÃO, Alexsander Roberto Alves. *O Mínimo existencial e as espécies tributárias*. Tese de doutorado na UFPR. Curitiba: 2008, p. 28.
- 11 SARLET, Ingo Wolfgang, ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais*. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016, p. 118.
- 12 Em 1954, a decisão BVerwG estabeleceu um direito constitucional ao mínimo de subsistência, cujo conteúdo encontra-se no site: <<https://research.wolterskluwer-online.de/news/69a0e-675-5b61-482d-978a-8931adee38be>>.
- 13 TOLEDO, Cláudia. *Mínimo Existencial: A Construção de um Conceito e seu Tratamento pela Jurisprudência Constitucional Brasileira e Alemã*. PIDCC, Aracaju, Ano VI, Volume 11 nº 01, p.102 a 119 Fev/2017, p.103. Disponível em www.pidcc.com.br.
- 14 SARLET, Ingo Wolfgang, ZOCKUN, Carolina Zancaner. *Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais*. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 3, n. 2, p. 115-141, maio/ago. 2016, p.120.
- 15 TOLEDO, Cláudia. *Mínimo Existencial: A Construção de um Conceito e seu Tratamento pela Jurisprudência Constitucional Brasileira e Alemã*. PIDCC, Aracaju, Ano VI, Volume 11 nº 01, p.102 a 119 Fev/2017, p.112. Disponível em www.pidcc.com.br.
- 16 ZILVETI, Fernando Aurélio. *A Evolução Histórica da Teoria da Tributação- Análise das estruturas socioeconômicas na formação do Sistema Tributário*. Saraiva. São Paulo, p. 407-408.
- 17 PEZZI, Alexandra Cristina Giacomet. *Dignidade da pessoa humana: mínimo existencial e limites à tributação no estado democrático de direito*. Curitiba: Juruá, 2008.
- 18 ZILVETI, Fernando Aurélio. *A Evolução Histórica da Teoria da Tributação – Análise das estruturas socioeconômicas na formação do Sistema Tributário*. Saraiva. São Paulo, p. 366.
- 19 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra editora, p. 77.
- 20 MELO, José Eduardo Soares. *Curso de Direito Tributário*. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 31.
- 21 TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 49.
- 22 ZILVETI, Fernando Aurélio. *A Evolução Histórica da Teoria da Tributação- Análise das estruturas socioeconômicas na formação do Sistema Tributário*. Saraiva. São Paulo, p. 369. Apud AMATUCCI, Andrea. Il concetto di tributo in Itália ed in Germania. In: TORRES, Heleno Taveira (coord). *Direito tributário internacional aplicado*. São Paulo. Quartier Latin, 2009, v.V, (333-347).
- 23 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. 5. ed., São Paulo: Método. 2018, p. 129.
- 24 TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 36.
- 25 PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 267.
- 26 SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.



Crime de denúncia caluniosa eleitoral

■ POR MARCOS RAMAYANA

divulgação



FAKE NEWS

“A propaganda política eleitoral e partidária demandam levar ao eleitor um retrato fiel dos perfis das candidaturas, inclusive as redes sociais são o ambiente mais democrático possível para a manifestação da cidadania eleitoral.”

Art. 326-A. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, de investigação administrativa, de inquérito civil ou ação de improbidade administrativa, atribuindo a alguém a prática de crime ou ato infracional de que o sabe inocente, com finalidade eleitoral:
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve do anonimato ou de nome suposto.

§ 2º A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção.

§ 3º Incorrerá nas mesmas penas deste artigo quem, comprovadamente ciente da inocência do denunciado e com finalidade eleitoral, divulga ou propala, por qualquer meio ou forma, o ato ou fato que lhe foi falsamente atribuído.

BEM JURÍDICO

A Lei nº 13.834, de 4 de junho de 2019 incluiu esse tipo penal de denúncia caluniosa eleitoral na Lei nº 4.737/65 (Código Eleitoral). O § 3º foi vetado pelo Presidente da República, mas posteriormente o Congresso derrubou o veto. Desse modo está mantido o texto original, até eventual arguição de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal.

Objetivou o legislador criar uma tutela especial contra a Administração da Justiça Eleitoral, “(...) o bem tutelado é a Administração Pública, no particular aspecto da Administração da Justiça” (STJ-RESP 88881/DF-6ª Turma, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJU 13.10.1997, p. 51653). Na doutrina Rogério Grego, Curso de Direito Penal, Volume 3, Editora Impetus, 2016, página 939.

Deveras, se o crime de denúncia caluniosa previsto no art. 339 do Código Penal está inserido no Capítulo III- Dos Crimes contra a Administração da Justiça, o novo tipo penal eleitoral é natureza especial, considerando o traço distintivo com a finalidade eleitoral.

Nas lições de E. Magalhães Noronha em comentários ao art. 339 do Código Penal: “(...) o bem jurídico que preferencialmente o Código tem em vista é o interesse da justiça. É sua atuação normal ou regular que se objetiva, pondo-se a salvo as falsas imputações e cuidando que ela não sirva a desígnios torpes e ignóbeis, desvirtuando sua finalidade. Concomitantemente, não há que negar que se tutelam a honra e a liberdade do imputado, atingida uma com a acusação falsa e outra pela ameaça do processo que se instaura” (Direito Penal, v. 4, São Paulo, Saraiva, 19. ed., 1992, p. 355).

Como se nota, o tipo penal pune ações preordenadas com o objetivo final de lesar a reputação do agente. O infrator destina seus atos em busca da instauração de investigação penal, administrativa, ação de improbidade, inclusive processo judicial, engendrando fatos que são inverídicos, o que acaba afetando a higidez da propaganda eleitoral.

Uma mentira (*fake news*) que tem a aptidão de gerar o convencimento inicial da autoridade para a instauração de procedimentos ou processos com objetivos eleitorais.

Trata-se de delito especial em relação ao crime do art. 339 do Código Penal.

Desse modo, nas lições de Nelson Hungria, “(...) Uma norma penal se considera especial em relação à outra (geral) quando, referindo-se ambas ao mesmo fato, a primeira, entretanto, tem em conta uma particular condição (objetiva ou subjetiva) e apresenta, por isso mesmo, um *plus* ou um *minus* de severidade. Desde que se realize tal condição (elemento especializante), fica excluída a aplicação da norma geral. O *typus specialis* substitui-se ao *typus generalis*” (Comentários ao Código Penal, Vol. I. Revista Forense. Rio de Janeiro. 1949, página 120/1).

SUJEITO ATIVO

Infere-se que é delito que pode ser perpetrado por qualquer pessoa. Na doutrina Damásio Evangelista de Jesus, Código Penal Anotado, Saraiva, 12. ed., São Paulo, p. 1034, ainda, Heleno C. Fragoso, Lições de Direito Penal, v. 4, p. 1.004 e Magalhães Noronha, Direito Penal, Saraiva, 20. ed., 1995, v. 4, p. 355.

Trata-se de crime comum.

Admite-se que pode o delito ser praticado por servidor público. No Código Eleitoral o art. 283 e respectivos incisos conceituam os funcionários da Justiça Eleitoral. No Código Penal, art. 327, e ainda, Lei nº 8.666/93, art. 84, § 1º (Lei das Licitações).

O art. 327 do Código Penal conceitua funcionário público para fins penais.

Leciona Julio Fabbrini Mirabete, em comentários ao art. 339 do Código Penal (delito de denúncia caluniosa), *in expressi verbis*: “(...) o advogado pode praticar o delito como autor ou coautor, mesmo no exercício do mandato, se agiu com consciência da falsidade da imputação feita por seu cliente. Mas, no exercício regular de um *múnus* público, sem excesso ou desvio, não pode ser responsabilizado pelo crime. O membro do Ministério Público também só pode responder pelo ilícito quando evidente a temeridade ou o abuso de poder. O mesmo se diga do delegado de polícia quanto à instauração do inquérito policial que não estiver amparado em algum elemento informativo” (Código Penal Interpretado, Atlas, São Paulo, ano 2000, p. 1834).

Registre-se em relação ao Ministério Público precedente do Colendo Supremo Tribunal Federal, em destaque: “Ministério Público. Denúncia caluniosa. Não pode ter curso ação penal contra membro do MP pelo crime de denúncia caluniosa senão quando evidente a temeridade ou o abuso do poder. Se a investigação policial leva a suspeita consistente, o MP deve agir na conformidade de seu dever constitucional, não quedando intimidado pela perspectiva da acusação de denúncia caluniosa sempre que resultar provada a inocência do suspeito. Hipótese de trancamento da ação penal por atipicidade” (HC nº 74.318-ES-DJU de 20.06.1997, p. 28.470).

Deveras, a autoridade pública, *v.g.*, o promotor eleitoral ou o delegado de polícia que deflagram a investigação policial eleitoral estão fundados no cumprimento do dever legal e não praticam a denúncia caluniosa eleitoral. Na mesma linha o advogado que provoca a instauração da investigação em conformidade com a orientação do cliente, e nos limites do mandato que lhe foi conferido nos parâmetros éticos e legais. Assim, não surge nenhuma responsabilidade criminal eleitoral, sem que estejam devidamente comprovados excessos ou desvios dolosos.

Por outra, o art. 40 do Código de Processo Penal tem aplicação supletiva no processo penal eleitoral e diz:

“Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.”

Desse modo, processos ou procedimentos que revelem outros fatos que ensejam providências penais devem ser remetidos à autoridade e evidentemente não constitui nenhuma ilegalidade (STF, RTJ 84/830).

Cumpramos ressaltar que a atuação do Ministério Público, inclusive na atribuição eleitoral não pode ser diminuída, aviltada ou aniquilada, pois no exercício de suas funções institucionais não pratica ato de subserviência ao Poder Executivo ou Legislativo, mas de fiscal da ordem jurídica. Como se sabe a primordial função é investigar e jamais poderá ser réu em processo que deflagra uma pródroma investigação.

Deveras, pune-se a ação temerária dolosa do agente público, mas jamais esse delito poderá servir ao propósito de afastar o direito de ação. Não se pune a modalidade culposa.

Por outra, já está sedimentado na doutrina que se a ordem jurídica contempla o desvio de função com a punição administrativa ou civil, afasta-se a tutela penal, salvo se houver ressalva expressa. Nesse sentido (Nelson Hungria, Comentários ao Código Penal, Rio de Janeiro, Forense, 1958, v. IX, p. 417 e Magalhães Noronha, Direito Penal, 20. ed., São Paulo, Saraiva, 1995, v. 4, p. 304).

E ainda: “(...) Não se pode retirar dos agentes do Estado a motivação, força, coragem e dedicação para a busca incessante da paz social e do objetivo maior de proteger a sociedade, erradicar as desigualdades e de dar a cada um o que deve ser seu” (Alberto Silva Franco e outros, Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, Editora Revista dos Tribunais, v. 2, Parte Especial, 7. ed., 2001, p. 4.107).

Percebe-se, no entanto, que a Lei nº 13.869, de 05.09.2019 que dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade cria um tipo penal novo de duvidosa constitucionalidade, ou seja, o art. 27, *in verbis*: “Art. 27. Requisitar instauração ou instaurar procedimento investigatório de infração penal ou administrativa, em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, de ilícito funcional ou de infração administrativa: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Parágrafo único. Não há crime quando se tratar de sindicância ou investigação preliminar sumária, devidamente justificada”.

Nesse rumo, é evidente a possibilidade de conflito aparente de normas que será resolvido pelo tipo penal eleitoral especial (punível apenas por dolo).

É resoluto que os tipos penais da denúncia caluniosa eleitoral e da Lei de Abuso de Autoridade não podem servir ao propósito da impunidade e inibir o exercício da atividade normal das instituições e das profissões.

Somente o ato de temeridade dolosa poderia ensejar a análise da incidência da tipicidade penal, pois o Ministério Público, os Juízes e advogados, cumprem o dever constitucional de agir, não se podendo, *a priori*, inibir a investigação criminal eleitoral por atos suspeitos, sem que esteja resolvida a prova da inocência do acusado ou do investigado, o que enseja sempre uma análise do contexto jurígeno, ou seja, do mérito da causa.

Por outra, não há o crime de denúncia caluniosa eleitoral se o agente público ou o advogado da parte se baseou em informações de terceiros (testemunhas diretas ou indiretas) que o induziram ao erro.

SUJEITO PASSIVO

O Estado no exercício da atividade judiciária eleitoral. Delito que afeta a Administração da Justiça Eleitoral e, secundariamente, a honra e a liberdade de pessoa determinada.

Além de lesar o prestígio da Justiça macula-se a honra do indivíduo caluniado ou difamado, ou seja, a estima conceitual da personalidade perante o eleitorado. É a “denúncia falsa”, a notícia mentirosa. Trata-se de fato objetivamente falso que não foi praticado pela pessoa ou inexistente.

A conduta produz desmerecimento para a Justiça Eleitoral, pois fica exposta ao convencimento da mentira consciente e voluntária do agente provocador do falso, até um período indeterminado de tempo que sacrifica o atributo mais essencial que consiste na justa prestação jurisdicional.

E ainda, “(...) Não se confunde o crime com a conduta de quem solicita à Polícia que apure e investigue determinado delito, fornecendo-lhe os elementos de que dispõe. A vontade da realização da justiça choca-se com o desejo de ver punido um inocente” (NORONHA, Magalhães E. Direito Penal, volume 4, Editora Saraiva, São Paulo, página 356).

O delito de denúncia caluniosa eleitoral não se confunde com o crime de comunicação falsa de crime ou de contravenção previsto no art. 340 do Código Penal, pois nesse caso o agente ativo apenas comunica por forma escrita ou oral um fato penalmente relevante que ele sabe que não existiu. Nesse crime o autor não imputa o fato para uma pessoa.

TIPO OBJETIVO

O tipo penal do art. 326-A do Código Eleitoral é mais amplo do que o do art. 339 do Código Penal, pois na lei penal genérica é fato atípico, quando, por exemplo, se verifica a: (i) instauração sindicância administrativa; (ii) inquéritos administrativos; e (iii) mero ilícito civil.

O tipo eleitoral pune a instauração de processo judicial, investigação administrativa, inquérito civil e ação de improbidade.

Como se nota, deve-se sempre excluir a interpretação extensiva analógica da norma incriminadora em razão do princípio basilar da reserva legal.

Em relação ao processo judicial referido no tipo penal eleitoral a interpretação deve, ao nosso pensar cingir-se ao âmbito de competência da Justiça Eleitoral, com raras exceções. Assim, os processos contenciosos eleitorais são as representações, por exemplo: (i) representação contra a propaganda irregular ou antecipada (art. 96 da Lei nº 9.504/97); (ii) ação de investigação judicial eleitoral (art. 22 da Lei Complementar nº 64/90); (iii) representação do art. 30-A da Lei nº 9.504/97 por captação ou gastos de recursos eleitorais; (iv) representação por captação ilícita de sufrágio, art. 41-A da Lei nº 9.504/97; (v) representação por conduta vedada ao agente público, art. 73 da Lei nº 9.504/97; (vi) ação de impugnação ao mandato eletivo, art. 14, parágrafos dez e onze da *Lex Mater*; (vii) ação de impugnação ao requerimento de registro de candidatura, art. 3º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990; e (viii) Recurso Contra a Expedição do Diploma, art. 262 do Código Eleitoral dentre outras.

Vê-se que o legislador usou de elementar normativa reduzindo a segurança jurídica e ampliando a análise da Justiça Eleitoral sobre o real alcance da expressão, processo judicial. O processo judicial eleitoral é visto dentro do contexto jurídico da legislação eleitoral e, portanto, é *hortus conclusus*, significa que só pode existir

tipicidade dentro dessa órbita eleitoral eliminando-se o arbítrio judicial com a preservação do exercício regular do direito de ação.

As representações eleitorais acima elencadas possuem legitimados especiais como; (i) partidos políticos; (ii) coligações; (iii) candidatos e (iv) Ministério Público Eleitoral.

Na hipótese, os partidos políticos e as coligações não praticam esse crime, mas somente os candidatos e o Ministério Público, por exemplo, Promotor Eleitoral, Procurador Regional Eleitoral e Procurador Geral Eleitoral. No entanto, o denunciante tem que ter a consciência de que inexistiu o fato e de que o acusado é inocente. Não há previsão culposa.

É importante frisar que o art. 25 da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990 consagra o delito de arguição dolosa de inelegibilidade ou de impugnação ao registro de candidato. Nesse ponto, na análise do conflito aparente de normas, a regra da lei das inelegibilidades excepciona o tipo autônomo de denúncia caluniosa eleitoral.

Significa que a especialidade contida na norma de natureza complementar é normativamente valorada afastando o crime do art. 326-A do Código Eleitoral, pois as elementares “inelegibilidade”, “impugnação de registro de candidato”, “poder econômico ou abuso do poder de autoridade” são indicativas da escolha de qualidades essenciais e diferenciadoras. Elementares normativas de natureza especialíssima eleitoral que se identificam como tipos anormais.

As investigações policiais e administrativas também foram objeto da tipicidade normativa. Nesse ponto é oportuna a lição de Damásio Evangelista de Jesus, ao comentar o art. 339 do Código Penal que serve por simetria ao tipo eleitoral, *expressis verbis*: “Na hipótese de o crime imputado ser de ação penal privada ou pública condicionada à representação, somente pode ser sujeito ativo quem tem legitimidade para exercer o direito de queixa ou de representação. Não porque a queixa e a representação constituam elementos do tipo ou condições objetivas de punibilidade, mas sim porque naquelas hipóteses não pode haver investigação policial ou processo penal sem a representação ou a queixa. De modo que sem essas condições de procedibilidade não pode a autoridade dar início às investigações policiais, nem haver ação penal. Assim, é impossível qualquer sujeito “dar causa a instauração de investigação policial ou de processo judicial”, como reclama o tipo” (Direito Penal Parte Especial, 4º Vol., Saraiva, 1992, p. 225/6).

Os crimes eleitorais são de ação penal pública incondicionada nos termos do art. 355 do Código Eleitoral, inclusive os delitos contra a honra como calúnia, difamação e injúria eleitoral.

Registre-se ainda que o tipo penal do art. 326-A inserido no Código Eleitoral inovou ao ampliar o elemento normativo jurídico para o inquérito civil ou ação de improbidade administrativa, causando mais insegurança na análise do fato.

Os arts. 73, parágrafo sétimo e 78 da Lei nº 9.504/97 (Lei das Eleições) consagram a possibilidade de caracterização de atos de improbidade administrativa, quando certas condutas forem praticadas em períodos relativos às eleições, em especial, durante a propaganda eleitoral.

O § 4º do art. 37 da Carta Constitucional assim versa: “Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função

pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Ainda na Constituição podemos verificar os arts. 14, § 9º, 15, V e 85, V, que tratam de alguma forma de atos de improbidade administrativa e suas consequências.

Em termos infraconstitucionais temos dentro outras as seguintes normas legais: (i) Lei nº 8.429/92; (ii) Decreto-Lei nº 201/67; (iii) Lei nº 1.079/50; (iv) Lei nº 8.730/93; (v) Lei nº 10.257/2001, art. 52; e (vi) Lei nº 12.846/2013.

Por exemplo: o candidato a Prefeito que objetiva a sua reeleição realiza uma distribuição gratuita de bens públicos de caráter social no mês de setembro do ano de eleição. Além de responder por uma representação eleitoral que poderá aplicar as sanções dos parágrafos quarto e quinto do art. 73 da Lei das Eleições, ou seja, multa, cassação do registro ou diploma, ficará sujeito à inelegibilidade prevista no art. 1º, inciso I, alínea “j” da Lei Complementar nº 64/90. Assim, o infrator candidato ainda responderá por um inquérito civil e ação de improbidade administrativa na forma legal.

O tipo penal de denúncia caluniosa eleitoral pune a autoridade e os legitimados ativos que tenham dolosamente proposto a ação de improbidade ou instaurado o inquérito civil com a finalidade eleitoral.

Sobre esse assunto é importante verificar que o procedimento da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa) prevê que o juiz antes de receber a petição inicial “notifica” o representado para que no prazo de 15 (quinze) dias apresente sua defesa prévia que poderá ensejar o indeferimento da petição inicial, nos termos do § 7º do art. 17. Trata-se de regra similar aos delitos funcionais cuja previsão está ancorada nos arts. 513 até 518 do Código de Processo Penal.

Nesse caso, transitada em julgado a decisão de indeferimento da petição inicial surge um indício que robustecido pela prova do dolo especial contido na expressão final do art. 326-A do Código Eleitoral, ou seja, “sabe inocente” acarretará a responsabilidade penal do autor da ação de improbidade.

No entanto 3 (três) requisitos são essenciais: (i) o trânsito em julgado na ação de improbidade, seja pelo indeferimento da petição inicial ou o exame do mérito final; (ii) a prova inequívoca do dolo especial no agir do agente ativo da empreitada delitiva contido na expressão “de que o sabe inocente”; e (iii) a finalidade eleitoral.

A finalidade eleitoral deve estar cabalmente demonstrada nas provas do inquérito policial, pois a ciência da inocência do injustamente acusado deve ter o intuito de atingi-lo perante o eleitorado.

Os legitimados ativos para a ação de improbidade são: o Ministério Público e os Procuradores da pessoa jurídica interessada, o que enseja remota possibilidade desses agentes públicos terem agido dolosamente no exercício de suas funções, mas, se porventura, sobrevier suporte probatório no sentido do dolo direto “de que o sabe inocente” e estiver vinculada ação com a finalidade eleitoral, o delito estará configurado.

Impende frisar que a conduta que integra a tipicidade deve ser espontânea, ou seja, desatrelada de testemunhos de terceiros ou palavras de delatores, inclusive de réu que interrogado aponta a participação de outras pessoas.

Não subsiste o delito de denúncia caluniosa eleitoral, por exemplo, quando ocorre a prisão em flagrante de cabos eleitorais distribuindo panfletos no dia

da eleição e for indiciariamente indicada a autoria de candidato como responsável pela ordem ilícita. Como ensina Damásio de Jesus, a imputação deve ser de fato verdadeira, mas que não foi realizado pela pessoa apontada, ou de fato que não ocorreu.

O tipo penal faz menção ao “ato infracional”. Essa expressão somente de forma remota poderá ter relação com o Estatuto da Criança e Adolescente, porque limita ao caso do menor com 17 (dezesete) anos de idade que poderá ser candidato ao mandato eletivo de vereador se completar 18 (dezoito) anos na data-limite para o período de registro de sua candidatura, conforme previsto no § 2º do art. 11 da Lei nº 9.504/97. A data-limite é o dia 15 de agosto do ano eleitoral.

Por exemplo: se Bonifácio tem 17 (dezesete) anos e pretende ser candidato a Vereador, pois completará 18 (dezoito) anos no dia 15 de agosto de 2020, é possível que o sujeito ativo por denúncia falsa provoque dolosamente a instauração de procedimento contido no Estatuto da Criança e Adolescente objetivando uma finalidade eleitoral.

Pois bem: o legislador utilizou a elementar “ato infracional” que enseja um campo interpretativo mais amplo abrangendo procedimentos administrativos disciplinares, inclusive sindicâncias, nos âmbitos da União, Estados e Municípios.

O crime de denúncia caluniosa eleitoral é de dupla subjetividade passiva atingindo a Administração da Justiça Eleitoral e o ofendido (pessoa determinada). Assim, o crime absorve os delitos de calúnia ou difamação previstos nos arts. 324 e 325 do Código Eleitoral afastando-se o *bis in idem*. Assim, o *major absorbet minorem*.

O delito consuntivo é o de denúncia caluniosa eleitoral que lesa de forma mais significativa os bens jurídicos, sendo a calúnia ou a difamação delitos consuntivos (absorvidos).

O parágrafo terceiro do art. 326-A do Código Eleitoral foi vetado pelo Presidente da República, considerando que a divulgação do fato falsamente atribuído enseja pena elevada afrontando o princípio da proporcionalidade, até porque o § 1º do art. 324 do Código Eleitoral (crime de calúnia eleitoral) já possui punição para esse tipo de conduta dolosa.

Ressalte-se que no dia 28 de agosto de 2019, o Congresso Nacional derrubou o veto presidencial e, portanto, o § 3º do art. 326-A do Código Eleitoral está em vigor, ressaltando-se a análise pelo Supremo Tribunal Federal de Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6225 proposta pelo Partido Social Liberal.

É resolvida a violação ao princípio da proporcionalidade previsto no art. 5º, XLVI da Carta Magna, considerando a elevada sanção contida no preceito secundário da norma incriminadora que não permite a incidência dos institutos despenalizadores da Lei nº 9.099/95 como transação penal eleitoral ou suspensão condicional do processo.

Pode-se alinhar de forma evidente que o legislador violou a individualização punitiva, pois o §3º do art. 326-A do Código Eleitoral cinge-se ao ato de divulgação e a reprimenda é altamente excessiva afetando-se a proporcionalidade, ou seja, um juízo mínimo de ponderação.

Por outra, a propaganda política eleitoral e partidária demandam levar ao eleitor um retrato fiel dos perfis das candidaturas, inclusive as redes sociais são o

ambiente mais democrático possível para a manifestação da cidadania eleitoral. Não se nega que as afirmações falsas precisam de punição, aliás, já existem no âmbito penal e não penal, mas o legislador cria de forma desproporcional elemento altamente inibitório e que limita a livre manifestação de pensamento (artigo 5º, inciso IV da *Lex Mater*).

Cumpra enfatizar artigos da legislação eleitoral que já tratam do assunto, o *quantum satis*, tais como: 222, 237, 243, incisos I a IX, parágrafo primeiro e 324, § 1º, do Código Eleitoral; 57- A, 57-J, e 58 da Lei nº 9.504/97.

TIPO SUBJETIVO

Delito punido a título de dolo específico e além de tudo sempre exigirá o elemento subjetivo contido na frase: “de que o sabe inocente”.

Ao comentar o delito do art. 319 do Código Penal Magalhães Noronha se refere a Manzini, nos seguintes termos: “se o denunciante, querelante etc., a princípio considerava de boa fé culpado o denunciado, querelado etc., e, depois, obtida notícia segura de sua inocência, limita-se a calar, não comete calúnia, porque esta pode perpetrar-se somente com ação e não com omissão, seja porque a denúncia, queixa etc., não era subjetivamente caluniosa” (Direito Penal. Volume 4. Editora Saraiva, 19ª edição, 1992, página 358).

Eventuais erros, dúvidas ou suspeitas sobre a inocência da pessoa investigada afastam a tipicidade. Não se pune a culpa.

Registre-se ainda que o cidadão pode levar ao conhecimento da autoridade pública notícia de crime solicitando a devida investigação, pois para caracterizar o tipo penal é imprescindível a má-fé. O dolo específico, ou seja, saber o denunciante que o denunciado é inocente.

Como visto, a certeza da inocência é elemento fundamental, pois no estado de dúvida afasta-se a tipicidade do delito.

Não se pratica o delito por dolo eventual. Exige-se a plena certeza objetiva e subjetiva.

Denúnciação caluniosa eleitoral qualificada e privilegiada.

A previsão da denúnciação caluniosa eleitoral qualificada está no § 1º do art. 326-A, e a forma privilegiada no § 2º.

Os parágrafos primeiro e segundo do art. 326-A do Código Eleitoral tratam do tipo de qualificação (no caso de anonimato), porque o agente ativo vale-se de torpeza no seu gesto e privilegiado, quando a imputação é sobre contravenção, porque é um *minus* em relação ao *plus* da falsa imputação de crime.

Deveras, não existem infrações penais de natureza contravençional no âmbito da legislação eleitoral.

Não existe previsão no Código Eleitoral dos delitos de comunicação falsa de crime ou de contravenção nem de autoacusação falsa. Nesses casos aplica-se o Código Penal, arts. 340 e 341. 



ARQUIVO PESSOAL

MARCOS RAMAYANA é professor, leciona Direito Eleitoral nas instituições: Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (FEMPERJ); Escola de Direito da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (AMPERJ), Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, (EMERJ); e Pós-graduação da Fundação Getúlio Vargas. FGV (professor convidado).

Decretar condução coercitiva agora pode caracterizar crime de abuso de autoridade

■ POR EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE E FRANCISCO SANNINI NETO

“Para evitar esse tipo de discussão e aclarar o âmbito de incidência da norma, bastaria que o legislador punisse a condução coercitiva de imputados em geral, vítimas ou testemunhas, em desacordo com o ordenamento jurídico.”

No dia 2 de janeiro de 2020 entrará em vigor a famigerada Lei nº 13.869/19, que trata dos crimes de abuso de autoridade. Destaque-se que o referido diploma normativo vem a lume em um cenário marcado por um embate entre a classe política brasileira e agentes estatais ligados ao sistema de justiça criminal. É inegável, portanto, a relação existente entre a nova lei e eventuais abusos ocorridos no desenvolvimento da denominada “Operação Lava-jato”.



Tal constatação ganha força se analisarmos os diversos tipos penais constantes na proposta legislativa, inclusive alguns que foram objeto de veto por parte do Presidente da República (*v.g.* arts. 11, 14 e 17). Ao analisarmos os tipos penais da Lei 13.869/19, nós percebemos que, de um modo geral, são punidas condutas ligadas ao excesso na investigação ou instrução processual (arts. 15, 18, 27 e 33), excesso nos atos privativos da liberdade (arts. 9, 12 e 19), ações voltadas a manipulação da verdade (arts. 16, 22 e 23) e a violação da honra, intimidade e imagem das pessoas (arts. 28 e 38).

Particularmente, embora nos pareça impossível não relacionar a publicação dessa nova lei à “Operação Lava-Jato”, fato é que a inovação legislativa apresenta avanços significativos se comparada a Lei 4.898/65, sempre muito criticada pelo conteúdo extremamente vago de seus tipos penais, o que, de acordo com a maioria da doutrina, caracterizava uma ofensa ao princípio da legalidade, especialmente em sua vertente que exige que a lei penal seja certa e taxativa.¹

Sob tais premissas, acreditamos que a nova Lei de Abuso de Autoridade, se bem aplicada, não coloca em risco a Justiça, “encabrestando” os agentes públicos ligados à persecução penal, pelo contrário. Isto, pois, no seu art. 1º, § 1º, foi inserido um mecanismo de controle aos eventuais abusos cometidos na sua aplicação, exigindo-se, para a caracterização dos crimes, que as condutas sejam praticadas com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.

Não é outro o entendimento de NUCCI ao fazer uma comparação entre os diplomas legais que trataram da matéria:

Seria muito interessante que alguém conseguisse, comparando os artigos da Lei nº 4.898/65 com os da Lei nº 13.869/2019, apontar inconstitucionalidades desta última. A verdade é a seguinte: a) a Lei nº 4.898/65 tem sido inoperante há muitos anos; b) a Lei nº 13.869/2019 surgiu para blindar, ainda mais, o agente público. O que era inútil, pois a Lei nº 4.898/65 não era utilizada, passa a ser inútil e, mais, produtora de uma blindagem jamais vista em qualquer outra lei penal aos agentes da autoridade.²

Deveras, não se pode cogitar a prática do crime de abuso de autoridade sem que fique devidamente demonstrado o elemento subjetivo específico previsto na lei e que deve pautar a conduta do agente. Registre-se, ademais, que em caso de dúvida esta deve ser interpretada de forma favorável ao imputado, em respeito ao postulado do estado de inocência.

Feita essa introdução ao tema, focamos no ponto principal desse estudo, que abrange uma primeira análise ao art. 10, da Lei nº 13.869/19, onde se pune, com pena de detenção de um a quatro anos, a conduta de “decretar condução coercitiva de testemunha ou investigado manifestamente descabida ou sem prévia intimação de comparecimento ao juízo”.

Destaque-se que o artigo em questão, conforme já exposto, está diretamente ligado à “Operação Lava-Jato”, onde o então juiz Sérgio Moro decretou inúmeras conduções coercitivas de investigados, fazendo com que tal procedimento tivesse sua constitucionalidade questionada no Supremo Tribunal Federal (ADPFs nº 395 e 444). Ao enfrentar a questão a Corte firmou seu posicionamento pela inconstitucionalidade da condução coercitiva de investigados ou réus para interrogatório, uma vez que o imputado não seria legalmente obrigado a participar desse ato. Contudo,

é importante frisar que a decisão do STF se refere exclusivamente à adoção deste procedimento para fins de interrogatório, não abrangendo, portanto, a condução coercitiva para outros atos, como a formalização de reconhecimento pessoal de suspeito ou a oitiva de testemunha recalcitrante.

Considerando que o tipo penal em enfoque adota o termo “decretar”, parcela da doutrina pode entender que apenas os magistrados podem figurar como autores desse crime.³ Em sentido diverso é o escólio de Rogério Sanches e Rogério Greco, destacando que o delegado de polícia e o promotor de justiça, na presidência de investigações criminais, também podem figurar como autores do crime. Nas lições dos renomados penalistas:

O delito se consuma no momento em que é decretada, isto é, determinada formalmente, *intra autos*, a condução coercitiva de testemunha ou investigado manifestamente descabida ou sem prévia intimação de comparecimento ao juízo.

A efetiva condução coercitiva, trazendo a testemunha ou o investigado à presença daquele que a determinou, deve ser considerada um mero exaurimento do crime.⁴

Data máxima vênia, embora concordando que os magistrados não são os únicos sujeitos ativos, mas nos parece que o núcleo “decretar” deve ser interpretado de forma abrangente, tendo o mesmo significado de “determinar”, “mandar” ou “ordenar” a medida em questão, alcançando, assim, outros agentes públicos, como os policiais, por exemplo. A decretação pode ser informal e não necessariamente formalizada “intra autos”. Caso contrário, a fim de burlar a legislação, bastaria que as autoridades determinassem verbalmente as conduções, sem documentação do ato para que ocorresse atipicidade.

Note-se que, nesse contexto, a condução coercitiva representa, sem sombra de dúvidas, uma medida privativa da liberdade e, se decretada em desconformidade com o ordenamento jurídico (como na hipótese do interrogatório de investigado, por exemplo), poderia caracterizar a própria infração penal descrita no art. 9º da Lei nº 13.869/19. Isso é claro, se não houvesse um tipo penal específico, como o do art. 10, ora em estudo.

Dessa forma, cremos que se um policial, após cumprir um mandado de busca e apreensão em domicílio de investigado, conduzi-lo coercitivamente até a Delegacia de Polícia para ser ouvido nos autos do inquérito policial respectivo, ele responde, ao menos em tese, pelo crime previsto no art. 10, da nova Lei. Só vale lembrar que em todos os casos em que se vislumbre o abuso de autoridade deve ficar demonstrado o elemento subjetivo do tipo (art. 1º, § 1º).

Destaque-se que o art. 10 deve ser interpretado como contendo duas condutas, uma em sua primeira parte, que se refere à determinação da condução coercitiva de testemunha *ou investigado*, claramente voltada com especial escopo para a Autoridade Policial e policiais em geral, já que não há “investigado” em juízo e sim acusado ou réu. Somente na segunda parte é que a referência da lei é feita exclusivamente a magistrados, na medida em que trata da condução indevida porque não houve prévia intimação de comparecimento “juízo”. É preciso ainda notar que a lei, em sua pobreza redacional, utiliza o termo “intimação” quando, na verdade, se trata de “notificação”. As intimações, como de trivial conhecimento, se referem a atos já praticados, enquanto que as notificações se referem a atos que ainda serão praticados, como é o caso do comparecimento de testemunha ou investigado na

Delegacia ou em Juízo. Não obstante, esse equívoco é bastante comum em vários textos legais pátrios, inclusive no Código de Processo Penal e até mesmo no Código de Processo Civil, de modo que acaba não gerando maiores problemas práticos.⁵

Marcado nosso posicionamento sobre quem pode figurar como sujeito ativo do crime, passamos a focar nossa atenção no seu sujeito passivo. Nos termos do tipo penal, a conduta punida sempre irá recair sobre “testemunha” ou “investigado”. Com efeito, em respeito ao princípio da legalidade, que veda a analogia *in malam partem*, é atípica a conduta de decretar a condução coercitiva de acusado, ou seja, pessoa já submetida ao processo. Neste ponto discorda o autor Eduardo Cabette, com o seguinte fundamento:

O réu também poderá ser vítima do magistrado se conduzido ilegalmente, por exemplo, para o ato de interrogatório, pois nos parece que, embora a redação legal seja sofrível, também o magistrado deve responder por uma condução coercitiva decretada de forma “manifestamente descabida”. Ademais, nesse caso do interrogatório, por exemplo, mesmo a prévia intimação do acusado não servirá para justificar sua condução por ordem judicial. Ocorre que a lei disse menos do que pretendia (“*lex minus dixit quam voluit*”). É mais do que claro que não poderia ser fato atípico uma condução coercitiva de acusado ou réu no bojo do processo, enquanto seria aquela realizada durante o Inquérito Policial ou outra forma de investigação. A palavra “investigado” há que ser, neste caso, interpretada de forma ampla, tal como já se decidiu em precedente do STJ quanto ao crime de obstrução da justiça nos casos de crime organizado, quando a Lei nº 12.850/13 faz menção apenas à “investigação”, mas deve abranger também a obstrução do processo (STJ, HC 487.962, 5ª Turma).⁶ No mesmo diapasão a palavra “testemunha” deve ser interpretada no sentido amplo de “prova oral”, abrangendo também eventual condução coercitiva manifestamente ilegal da vítima. Seria absurdo que a condução abusiva de testemunha fosse incriminada e a vitimização secundária do sujeito passivo do crime passasse em brancas nuvens. Portanto, entende-se que o legislador quis se referir à “testemunha” em sua ampla acepção que se refere à prova oral em geral. Para além de justa e coerente, essa interpretação do “testemunho” abrangendo a palavra do ofendido em um sentido amplo é comum a autores clássicos que se debruçaram sobre o tema das provas no processo penal, tais como Malatesta e Mittermaier, os quais tratam explicitamente em suas obras do “testemunho do ofendido”.⁷

Retomando a questão da partição do artigo sob comento, para a melhor compreensão do alcance da norma, devemos dividi-la em duas partes. Isso porque o tipo penal estabelece duas condições alternativas para a sua incidência. Pune-se, destarte, a condução coercitiva de investigado ou testemunha: a) manifestamente descabida; e b) sem prévia intimação de comparecimento em juízo.

Na primeira hipótese a condução coercitiva é decretada em desacordo com o ordenamento jurídico (elemento normativo do tipo), como, por exemplo, nos casos em que sua adoção objetiva a formalização do interrogatório, o que, conforme exposto, vai frontalmente de encontro com a jurisprudência do STF.

Já a segunda condição de incidência do tipo exige que a condução coercitiva seja determinada “sem prévia intimação de comparecimento em juízo” (grifamos). Aqui, por uma evidente falha legislativa, o dispositivo se torna praticamente inaplicável ao investigado por fazer menção expressa à necessidade de prévia intimação de comparecimento “em juízo”.

Explica-se! Conforme sustentamos acima, somente o “investigado” e a “testemunha” podem ser alvo de condução coercitiva criminosa. Ocorre que o “investigado”, ao menos em regra, não é intimado para comparecer perante o juiz na fase de investigação. Logo, diante desta condicionante, só se pode concluir que o investigado só será vítima do crime do artigo 10 se a condução coercitiva for manifestamente descabida.

É evidente que em se tratando do “investigado” em uma interpretação restritiva, ou seja, referindo-se somente àquele objeto de uma investigação criminal na sua fase pré-processual, conforme entende o coautor desse texto, Francisco Sannini. Agora, em se tratando, no caso de uma interpretação mais ampla, do acusado ou réu, como já visto, no entendimento de Eduardo Cabette, poderá ocorrer o crime perpetrado por Juiz de Direito, em casos onde seja cabível a condução, como para fins de reconhecimento, exame de corpo de delito etc., caso não haja prévia intimação desobedecida. Já no caso de interrogatório judicial, em qualquer situação, já que o réu tem direito ao silêncio e a não autoincriminação. Exatamente o fato de que a interpretação restritiva do que seja o “investigado” leva a uma lacuna certamente indesejada pelo legislador, está a alicerçar a indicação de cabimento de uma interpretação mais ampla.

Para o autor Francisco Sannini, de maneira ilustrativa, valendo-se do mesmo exemplo do cumprimento de mandado de busca e apreensão, se o investigado for conduzido coercitivamente até a Delegacia de Polícia para participar do procedimento de reconhecimento pessoal, independentemente de prévia intimação, não há que se falar no crime em questão, uma vez que a parte final do dispositivo só pune a condução coercitiva adotada sem prévia intimação de comparecimento em juízo. Anote-se, nesse caso, nova discordância do autor Eduardo Cabette. Na verdade, o tipo penal prevê duas condutas criminosas, a condução sem prévia intimação em juízo e aquela manifestamente descabida. Ora, é também manifestamente descabida e abusiva a condução coercitiva imediata do suspeito à Delegacia, sem prévia intimação para o ato de reconhecimento ou qualquer outro, salvo em casos, por exemplo, de prisão em flagrante. É claro que se o suspeito acompanhar voluntariamente os policiais para a prática do ato, não há falar em crime, assim como em não havendo o elemento subjetivo específico previsto no art. 1º, § 1º, da legislação em comentário.

Pelas mesmas razões, é entendimento de Francisco Sannini que se o acusado – que, vale lembrar, não é “investigado” – for conduzido coercitivamente perante o juiz para o mesmo procedimento de reconhecimento pessoal, independentemente de intimação prévia, não restará caracterizada a infração penal. Neste ponto reitera-se que, segundo entendimento divergente do coautor Eduardo Cabette, haveria sim a tipificação do abuso se não houver prévia intimação desobedecida, já que o acusado ou réu não deixa de, num sentido amplo, ser considerado um “investigado” durante a instrução criminal. Lembremos que a “persecução criminal” tem duas fases e em ambas o que se procura é apurar os fatos, reconstruir a micro – história do crime. Como já reconheceu o STJ (vide supra), em todo esse percurso há uma “investigação”.

Conclui-se, pois, que para evitar esse tipo de discussão e aclarar o âmbito de incidência da norma, bastaria que o legislador punisse a condução coercitiva de imputados em geral, vítimas ou testemunhas, em desacordo com o ordenamento

jurídico. Sob tais premissas, não temos dúvidas, o bem jurídico tutelado, qual seja, o regular funcionamento da Administração Pública e da Justiça e, secundariamente, a liberdade de locomoção, estariam devidamente resguardados. 

NOTAS

- 1 Nesse sentido: CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 25. E por todos: FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Paula Zomer, et. al. São Paulo: RT, 2002, p. 305.
- 2 NUCCI, Guilherme de Souza. *Lei de Direito e Razão*. Trad. Ana abuso de autoridade blinda ainda mais o agente público. Disponível: <http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/lei-de-abuso-de-autoridade-blinda-ainda-mais-o-agente-publico>. Acesso em 21.11.2019.
- 3 MARQUES, Gabriela, MARQUES, Ivan. *A Nova Lei de Abuso de Autoridade*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 79.
- 4 CUNHA, Rogério Sanches. GRECO, Rogério. *Abuso de Autoridade: Lei nº 13.869/2019 – Comentada Artigo por Artigo*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 101.
- 5 Expondo as distinções doutrinárias ente intimação e notificação e concluindo pela ausência de prejuízo ante a inobservância desse detalhe: Cf. MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 8950-896.
- 6 CRIME de embarçar investigação previsto na lei do crime organizado não é restrito à fase do inquérito. Disponível em <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Crime-de-embarcar-investigacao-previsto-na-Lei-do-Crime-Organizado-nao-e-restrito-a-fase-do-inquerito.aspx>, acesso em 24.11.2019.
- 7 MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996, p. 403. MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*. Trad. Herbert Wüntzel Heinrich. Campinas: Bookseller, 1997, p. 257.

REFERÊNCIAS

- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CRIME de embarçar investigação previsto na lei do crime organizado não é restrito à fase do inquérito. Disponível em <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Crime-de-embarcar-investigacao-previsto-na-Lei-do-Crime-Organizado-nao-e-restrito-a-fase-do-inquerito.aspx>, acesso em 24.11.2019.
- CUNHA, Rogério Sanches. GRECO, Rogério. *Abuso de Autoridade: Lei nº 13.869/2019 – Comentada Artigo por Artigo*. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Paula Zomer, et. al. São Paulo: RT, 2002.
- MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996.
- MARCÃO, Renato. *Curso de Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- MARQUES, Gabriela, MARQUES, Ivan. *A Nova Lei de Abuso de Autoridade*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*. Trad. Herbert Wüntzel Heinrich. Campinas: Bookseller, 1997.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Lei de Direito e Razão*. Trad. Ana abuso de autoridade blinda ainda mais o agente público. Disponível: <http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/lei-de-abuso-de-autoridade-blinda-ainda-mais-o-agente-publico>. Acesso em 21.11.2019.



ARQUIVO PESSOAL

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE é Delegado de Polícia Aposentado, Parecerista Jurídico nas áreas criminal e administrativo – disciplinar, Mestre em Direito Social, Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós-graduação do Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado do Unisal.



ARQUIVO PESSOAL

FRANCISCO SANNINI NETO é Delegado de Polícia, Mestre em Direitos Difusos e Coletivos. Pós-Graduado com Especialização em Direito Público. Professor da Graduação e da Pós-Graduação do Centro Universitário Salesiano de Lorena/SP. Professor Concursado da Academia de Polícia do Estado de São Paulo. Professor do Complexo Educacional Damásio de Jesus.

Da regra constitucional sobre o acúmulo de cargos e o Parecer GQ-145/98 da AGU

■ POR ROCCO ANTONIO RANGEL ROSSO NELSON

“Em face de um parecer temerário, o qual manifestou efeitos por mais de 20 anos e acarretou prejuízo a incontáveis servidores públicos, entende-se plausível que os prejudicados possam adentrar com ação judicial solicitando reparação de danos referente aos últimos cinco anos.”

O objetivo do presente ensaio é o teor do novo Parecer nº AM-04 da Advocacia Geral da União (AGU) que versa sobre a questão do acúmulo de cargos, pondo fim ao teor normativo do Parecer GQ-145/98 que por mais de 20 anos limitou de forma desarrazoada a questão da acumulação de cargo, no seio do Poder Executivo Federal.

Prefacialmente apresenta-se o conteúdo redacional do art. 37, XVI da Constituição Federal de 1988, no que tange a acumulação remunerada de cargos públicos:



Art. 37. (...)

(...)

XVI – é vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto, quando houver compatibilidade de horários, observado em qualquer caso o disposto no inciso XI:

a) a de dois cargos de professor;

b) a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;

c) a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas;

(...)

XVII – a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista, suas subsidiárias, e sociedades controladas, direta ou indiretamente, pelo poder público;

(...)

Historicamente, a vedação expressa a qualquer forma de acumulação de cargos veio com a Constituição Republicana de 1891 (art. 73).¹ A primeira exceção à regra proibitiva fora com a Constituição de 1934 que permitiu o acúmulo de um cargo de magistério com um técnico-científico (art. 172, § 1º).² Com a Constituição outorgada de 1937 não houve previsão de exceções a vedação do acúmulo de cargos (art. 159).³ Já com a Constituição de 1946 tem-se a ampliação das regras de exceção, permitindo que o magistrado acumulasse sua atividade judicante com um de magistério, bem como permitiu que os funcionários em geral pudessem acumular dois cargos de magistério ou um de magistério com um de técnico ou científico e ainda dois cargos de médico (art. 185).⁴ Por fim, com a Constituição militar de 1967, o constituinte apresentou um regramento mais esmiuçado sobre o acúmulo de cargos (art. 97), abaixo transcrito:

Art. 97. É vedada a acumulação remunerada, exceto:

I – a de Juiz e um cargo de Professor;

II – a de dois cargos de Professor;

III – a de um cargo de Professor com outro técnico ou científico;

IV – a de dois cargos privativos de Médico.

§ 1º Em qualquer dos casos, a acumulação somente é permitida quando haja correlação de matérias e compatibilidade de horários.

§ 2º A proibição de acumular se estende a cargos, funções ou empregos em autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista.

§ 3º A proibição de acumular proventos não se aplica aos aposentados, quanto ao exercício de mandato eletivo, cargo em comissão ou ao contrato para prestação de serviços técnicos ou especializados.

Destaca-se a tradição das constituições em contemplar a categoria profissional do professor como a primeira exceção a vedação ao acúmulo de cargos, tendo em vista a finalidade de fomentar a educação no Brasil.

Quando da norma constitucional proibitiva de acúmulos de cargos públicos, nos idos da Constituição Republicana de 1891, Ruy Barbosa, em seu raciocínio e lógica jurídica irrefutável de tal modo indagou:

Suponhamos a coexistência de um curso de bacteriologia e um instituto consagrado às investigações deste ramo de estudos. Seria acaso mais proveitoso à sociedade, nesses

dois serviços, distribuí-los entre um prático sem teoria e um teorista sem prática, do que reuni-los num Pasteur, num Koch, num Oswaldo Cruz, ou num Carlos Chagas?

O telos da norma constitucional proibitiva é vetar que em face do acúmulo de cargos o servidor não execute a contento suas funções, comprometendo efetivação do princípio da eficiência administrativa, e conseqüentemente, abalando o interesse e o serviço público.⁵

Fazendo uso de uma metodologia de análise qualitativa e utilizando-se os métodos de abordagem hipotético-dedutivos de caráter descritivo e analítico, buscar-se-á fazer uma apreciação do conteúdo normativo da regra de acumulação “regulamentado” no parecer nº GQ-145/98 da AGU, o qual limita a carga horária semanal dos cargos acumulados em 60 horas e do novo Parecer nº AM-04 da AGU que supera o parecer retro.

DO CONTEÚDO NORMATIVO DO PARECER Nº GQ-145/98 DA AGU

Segue, abaixo, transcrições do Parecer GQ-145/98 da AGU, feito pelo então Consultor da União, Wilson Teles de Macêdo, cujo conteúdo normativo vem-se perpetuando mais de década, determinando a orientação por parte não só da Administração Pública Federal, como das Administrações Estaduais e Municipais:

A pendência implica exame da acumulação de cargos em que vêm incorrendo dois titulares dos cargos de Assistente Jurídico do quadro de pessoal desta Advocacia-Geral da União e de Professor Adjunto do quadro permanente da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

2. O ponto nodal do assunto prende-se à verificação da constitucionalidade e legalidade da situação cumulativa dos interessados, que cumpriam carga horária semanal de quarenta horas em razão de cada cargo, encontrando-se consignado, nos processos, que estão submetidos ao regime de trabalho de vinte horas semanais, quanto aos cargos de Professor Adjunto, na conformidade dos documentos de fls. 26 a 28 do Proc. nº 46215.008040/97-54 e 27 a 29 do Proc. nº 46215.008041/97-17.

(...)

12. Assim, nos casos em exame, os servidores somente poderiam ser submetidos, necessariamente, às cargas de sessenta ou oitenta horas semanais, presente a exigência da compatibilidade horária, cuja acepção, a seguir delineada, indica a inviabilidade da acumulação de que provenha o último quantitativo.

(...)

15. De maneira consentânea com o interesse público e do próprio servidor, a compatibilidade horária deve ser considerada como condição limitativa do direito subjetivo constitucional de acumular e irrestrita sua noção exclusivamente à possibilidade do desempenho de dois cargos ou empregos com observância dos respectivos horários, no tocante unicamente ao início e término dos expedientes do pessoal em regime de acumulação, de modo a não se abstraírem dos intervalos de repouso, fundamentais ao regular exercício das atribuições e do desenvolvimento e à preservação da higidez física e mental do servidor.

(...)

17. Por mais apto e dotado, física e mentalmente, que seja o servidor, não se concebe razoável entenderem-se compatíveis os horários cumpridos cumulativamente de forma a remanescer, diariamente, apenas oito horas para atenderem-se à locomoção, higiene física

e mental, alimentação e repouso, como ocorreria nos casos em que o servidor exercesse dois cargos ou empregos em regime de quarenta horas semanais, em relação a cada um. (...)

18. *Condições tais de trabalho seriam até mesmo incompatíveis com o fim colimado pela disciplina trabalhista, ao estatuir o repouso de onze horas, no mínimo, entre duas jornadas: este tem o fito de salvaguardar a integridade física e mental do empregado e a eficiência laborativa, intenção que, obviamente, não foi desautorizada pelo constituinte na oportunidade em que excepcionou a regra proibitiva da acumulação de cargos, até mesmo porque estendeu aos servidores públicos as normas trabalhistas sobre o repouso, contidas nos itens XIII e XV do art. 7º, a teor do art. 39, § 2º, ambos da Carta Federal.*

19. O Texto Constitucional, art. 37, XVI, não terá pretendido contemplar cargas de oitenta horas semanais, sob o pretexto não só de que o regime cumulativo regrou-se sem nenhuma limitação, bem assim do pálio da compatibilidade de horários. Este requisito de configuração de direito de titularidade de cargos acumulada é de relevo e deve ser admitido de maneira a harmonizar-se com o interesse público e proporcionar ao servidor a possibilidade do exercício regular dos cargos ou empregos. Admitir-se a exegese que admita a carga total de oitenta horas, acarretando a impossibilidade da razoável execução do trabalho, (...).

(...)

20. *Sob essa ótica, deduz-se irrelevante a conotação de que o regime laboral dos docentes compreende as aulas efetivas e as atividades de “orientação e atendimento a alunos, conferências, correções de trabalhos e provas, elaboração de aulas e trabalho de campo, atividades estas desenvolvidas com ampla flexibilidade de horário e liberdade para exercê-las fora do estabelecimento de ensino”, como o afirma a Universidade (v. o item 4 deste expediente), porquanto, ainda que essa elástica distribuição de atividades apresente respaldo legal, não possui o condão de desobrigar o professor de cumprir integralmente a carga horária e em decorrência da qual é retribuído.*

21. *Vez que dissociadas essas condições de trabalho da garantia da normal capacidade física e mental do servidor, pode-se afirmar, sem receio de incorrer em equívoco, que a acumulação implica prejuízo para exercício de ambos os cargos, nada obstante a percepção integral das correspondentes retribuições.*

(...)

24. *Tem-se como ilícita a acumulação de cargos ou empregos em razão da qual o servidor ficaria submetido a dois regimes de quarenta horas semanais, considerados isoladamente, pois não há possibilidade fática de harmonização dos horários, de maneira a permitir condições normais de trabalho e de vida do servidor.*

(...)

27. *A acumulação, no regime de sessenta horas semanais, não impede a inativação no cargo técnico ou científico, observadas às normas pertinentes, mas não ensejará a posterior inclusão dos servidores no regime de quarenta horas, relativa ao cargo de magistério: caracterizar-se-ia acumulação proibida, por força do art. 118, § 3º, da Lei nº 8.112, com a redação dada pela Lei nº 9.527.⁶ (Grifos nossos)*

Há críticos severos quando a atuação, atual, do Poder Judiciário onde suas decisões vêm por interferir na discricionariedade administrativa, outras que extrapolam o conteúdo técnico jurídico vindo a adentrar em questões políticas, o que levou que alguns utilizassem, pejorativamente, a expressão “juiz legislador”, pois o Poder Judiciário, em especial o STF, está criando normas gerais e abstratas, seja através de controle concentrado, seja através de controle difuso de constitucionalidade, face as omissões e incapacidades do Poder Legislativo em atender a demanda social.

Se estiver a criticar a atuação do Poder Judiciário, que estaria extrapolando o âmbito de suas competências, o que dizer de um parecer que normatiza proveniente do Poder Executivo?

Pelos melhores administrativistas, o parecer seria a peça técnica fruto do exercício da atribuição consultiva, com o fito de esclarecer e sugerir providências. Tem-se um mero opinamento sem força normativa vinculante.

Todavia, fica claro que o parecer GQ-145/98 da AGU galgou um status de fonte produtora do direito, normatizando, além das determinações da Constituição Federal, sobre o acúmulo de cargos, que especifica unicamente a questão da compatibilidade de horários quando de dois cargos, vindo a determinar como razoável e possível o cumprimento máximo de 60 horas semanais, vislumbrando a ilegalidade e a impossibilidade de uma prestação eficiente quando de carga horária superior.

A partir desse parecer, a Administração Pública Federal, Estadual E Municipal, instaurou incontáveis processos administrativos disciplinares por acúmulo ilegal de cargo público, quando desse acúmulo, por mais que sejam compatíveis os horários, venha a ultrapassar as 60 horas semanais, o que tem forçado o servidor público a recorrer aos auspícios do Poder Judiciário na busca de salvaguardar o seu direito subjetivo ao devido acúmulo de cargos, nos termo do regramento constitucional.

Lembrar que o dispositivo constitucional do art. 37, XVI da Constituição Federal trata-se de uma norma constitucional de eficácia plena, ou seja, de aplicabilidade imediata, não tendo remetido o constituinte originário a necessidade de qualquer regulamentação infraconstitucional. De tal sorte, como é que AGU assim o procede, determinando que o acúmulo não deve ultrapassar 60 horas semanais se a Constituição Federal de 1988 não especificou?

Os professores Valério Mazzuoli e Waldir Alves tecem severas críticas a esse parecer da AGU, onde a presente entidade manifesta-se como autoridade máxima em desvelar a essência da Carta de 1988. Assim prescreve os citados professores:

Causa espécie a maneira pela qual a AGU, neste caso, pretendeu burlar o texto constitucional e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação nacional, mol dando ambos os diplomas normativos como se legislador constituinte fosse Primeiramente, a afirmação de que o texto constitucional “não terá pretendido contemplar cargas de oitenta horas semanais, sob o pretexto não só de que o regime cumulativo regrou-se sem nenhuma limitação, bem assim do pálio da compatibilidade de horários”, leva à reflexão sobre qual órgão seria realmente – nos termos do Parecer- o “guardião” da Constituição, se a AGU ou o Supremo Tribunal Federal. A este último a Constituição atribui a tarefa de “guarda da Constituição” (art. 102), e não àquela. Tentar abstrair de uma norma constitucional de eficácia plena uma pretensão limitativa, colocando no texto constitucional palavras que ele não coloca, como a questão de um (inexistente) limite de horas a serem trabalhadas pelos professores ocupantes de cargos públicos, é incorrer em burla à Constituição.⁷

DO PARECER Nº AM-04/19 DA AGU

In verbis, o teor no noval parecer da AGU de abril de 2019:

PARECER Nº AM – 04

ADOTO, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União nº 00319/2019/GAB/CGU/AGU e Despacho nº 2/2017/CNU/CGU/AGU, o Parecer Plenário nº 01/2017/CNUDECOR/CGU/AGU,

e submeto-o ao EXCELENTÍSSIMO SENHOR PRESIDENTE DA REPÚBLICA, para os efeitos do art. 40, § 1º, da referida Lei Complementar, tendo em vista a relevância da matéria versada.
(...)

DESPACHO Nº 02/2017/CNU/CGU/AGU

INTERESSADOS: MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, DESENVOLVIMENTO E GESTÃO, MINISTÉRIO DA SAÚDE E MINISTÉRIO DA FAZENDA ASSUNTO: COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS PARA A ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS.

Exmo. Senhor Consultor-Geral da União Substituto,

A Câmara Nacional de Uniformização de Entendimentos Consultivos, em sessão plenária realizada no último dia 29 de março, aprovou o judicioso Parecer-Plenário nº 1/2017/CNU-DE-COR/CGU/AGU, o qual trata da compatibilidade de horários e da acumulação de cargos e empregos públicos, superando o entendimento do Parecer GQ-145.

Restou aprovada a Orientação Normativa CNU/CGU/AGU nº 5/2017, com a seguinte redação:

Orientação Normativa CNU/CGU/AGU nº 005/2017, de 29 de março de 2017.

A compatibilidade de horários a que se refere o art. 37, inciso XVI, da Constituição de 1988 deve ser analisada caso a caso pela Administração Pública, sendo admissível, em caráter excepcional, a acumulação de cargos ou empregos públicos que resulte em carga horária superior a 60 (sessenta) horas semanais quando devidamente comprovada e atestada pelos órgãos e entidades públicos envolvidos, através de decisão fundamentada da autoridade competente, além da inexistência de sobreposição de horários, a ausência de prejuízo à carga horária e às atividades exercidas em cada um dos cargos ou empregos públicos.

Referências: Art. 37, incisos XVI e XVII, da Constituição de 1988; Art. 118 da Lei 8.112/90; Acórdão nº 1.338/2009 – Plenário/TCU; Acórdão nº 1.168/2012 – Plenário/TCU; RE 351.905 – 2ª Turma/STF; RE 633.298 AgR – 2ª Turma/STF

Na ementa do Parecer aprovado foi consolidado, outrossim, o brocardo *dotempus regit actum*, de maneira que ao novo entendimento devem ser conferidos efeitos prospectivos, a bem da segurança jurídica, de forma que sejam resguardados os atos administrativos consolidados sob a vigência do entendimento superado:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. LEGISLAÇÃO DE PESSOAL. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. ART. 37, INCS. XVI E XVII, DA CONSTITUIÇÃO DE 1988.

1. Segundo entendimento adotado pelo STF e pelo TCU, a aferição da compatibilidade de horários a que se refere o art. 37, inciso XVI, da Constituição de 1988 deve se basear na análise da situação fática a que se submete o servidor público, sendo insuficiente o cotejo do somatório de horas resultante da acumulação de cargos ou empregos públicos com padrão estabelecido em ato infralegal. Revisão do Parecer GQ-145.

2. É admissível, em caráter excepcional, a acumulação de cargos ou empregos públicos que resulte em carga horária superior a 60 (sessenta) horas semanais quando devidamente comprovada e atestada pelos órgãos e entidades públicos envolvidos, através de decisão fundamentada da autoridade competente, além da inexistência de sobreposição de horários, a ausência de prejuízo à carga horária e às atividades exercidas em cada um dos cargos ou empregos públicos.

3. Em respeito aos postulados do ato jurídico perfeito e dotempus regit actum, devem ser concedidos efeitos prospectivos à superação do entendimento constante do Parecer GQ-145, passando a Administração Pública Federal a adotar a nova interpretação exclusivamente nas decisões administrativas a serem proferidas, inclusive em grau de recurso administrativo, após a publicação do despacho de aprovação do presente parecer pelo Exmo. Sr. Presidente da República, mantendo-se inalteradas as situações jurídicas consolidadas sob a égide da interpretação anterior, estejam ou não as decisões respectivas submetidas à reapreciação judicial, e vedada a concessão de quaisquer efeitos financeiros retroativos sem a devida contraprestação pelo servidor.

Foi aprovado, outrossim, o entendimento de que “para o servidor público autorizado, nos termos da legislação vigente, a cumprir carga horária reduzida em relação à carga horária prevista para o cargo, deve ser levada em consideração, para a finalidade da limitação da jornada de trabalho total dos cargos acumulados em 60 (sessenta) horas, a carga horária efetivamente exigida do servidor”.

Sugere-se que o Parecer-Plenário nº 1/2017/CNU-DECOR/CGU/AGU seja submetido à elevada apreciação da Exma. Senhora Advogada-Geral da União, para posterior aprovação do Exmo. Senhor Presidente da República, nos precisos termos dos arts. 40 e 41 da Lei Complementar nº 73, de 1993. (Grifos nossos)

Duas décadas se passaram desde o Parecer GQ-145/98 e finalmente a AGU supera o “mal-afamado” parecer.

Três pontos são definidos no Parecer nº AM-04/19: a) que há possibilidade de acumulação de cargos cuja carga horária ultrapasse 60 horas semanais, devendo ser aferido o caso concreto; b) por uma questão de segurança jurídica o novo posicionamento só teria efeitos quando da publicação do despacho confirmatório do Presidente de República; e c) que no caso de servidor atuando com horário reduzido, para efeito das 60 horas, contabilizar-se-ia a carga horária efetivamente exigida e não a carga horária pela qual recebe.

Primeiramente, não se acredita que houve mudança de entendimento por parte da AGU em decorrência de uma responsável interpretação da Constituição, mas sim em face das numerosas demandas judiciais que o caso acarretava, levando o servidor a “bater as portas do judiciário”, vindo este a obter êxito, inúmeras vezes.

Outro ponto que se deve questionar é a conveniência, em prol de uma segurança jurídica, verter a presente interpretação apenas para os casos futuros. É importante apontar que não está diante de uma redação constitucional obscura plausível de gerar uma dúvida razoável. A regra constitucional é clara em exigir, apenas, a compatibilidade de horários, não se ventilando limite a horas semanais.

Décadas de uma interpretação equivocada da AGU acarretaram, sem dúvida, prejuízos a incontáveis servidores, os quais sofreram processos administrativos disciplinares, tendo que optar por um dos cargos (pedindo exoneração em relação ao outro) ou reduzir, quando possível a carga horária de um para atingir o número mágico das 60 horas.

Em face disso não se pode deixar de questionar o seguinte: não seria plausível e cabível a responsabilidade de um órgão consultivo, como a AGU, em relação aos seus pareceres?

Não se está querendo marginalizar o princípio da segurança jurídica, posto ser o mesmo fundamental, mas não se pode querer deixar de pensar na coerência na postulação de demanda judicial contra a Fazenda Pública, referente aos últimos cinco anos (prazo decadencial), decorrente dos prejuízos acarretados pelos processos administrativos, baseados no Parecer GQ-145/98, que vitimaram um número indeterminados de servidores.

É importante destacar que em sede de tribunais superiores, o teor do Parecer GQ-145/98, encontra-se afastado de forma veemente, nos dias atuais.

Em decisão recentíssima (julgado e publicado o acórdão em junho de 2019) o STJ supera sua jurisprudência e rechaça o limite das 60 horas do Parecer GQ-145/98:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMPRESA BRASILEIRA DE SERVIÇOS HOSPITALARES – EBSERH. ISENÇÃO DE CUSTAS. ART. 1.007, § 1º, DO CPC/2015. NÃO CABIMENTO. PRECEDENTES. SERVIDORA PÚBLICA. ACUMULAÇÃO DE DOIS CARGOS

PRIVATIVOS DA ÁREA DA SAÚDE. JORNADA TOTAL SUPERIOR A 60 (SESENTA) HORAS SEMANAIS. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 66, 67 E 71 DA CLT. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA VINCULAÇÃO AO EDITAL E DA SEGURANÇA DO TRABALHO. SÚMULAS 283 E 284 DO STF. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS DA ÁREA DA SAÚDE. LIMITAÇÃO DA CARGA HORÁRIA. IMPOSSIBILIDADE, HAVENDO INCOMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. REALINHAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA DA PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ, EM FACE DO ENTENDIMENTO DO STF. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE, EM FACE DAS PROVAS DOS AUTOS, CONCLUIU PELA COMPATIBILIDADE DE HORÁRIOS. SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.

I – Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/2015. Incidência do Enunciado Administrativo 3/STJ (“Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC”).

II – Trata-se de demanda na qual a servidora pública objetiva o reconhecimento da licitude de acumulação de dois cargos privativos da área da saúde (enfermeiro), de vez que há compatibilidade de horários. A sentença de procedência da ação foi confirmada, pelo acórdão recorrido, em face da compatibilidade de horários, não obstante a jornada total de 66 (sessenta e seis) horas, nos dois vínculos da autora, como enfermeira.

(...)

VII – Quanto ao ponto central da controvérsia, não se olvida que a Primeira Seção desta Corte, no julgamento do MS 19.336/DF (Rel. p/ acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe de 14/10/2014), assentara novo entendimento sobre a matéria, passando a entender que a jornada laboral, para os ocupantes de cargos acumuláveis, na área da saúde, não poderia ultrapassar o limite de 60 (sessenta) horas semanais, prestigiando o Acórdão TCU 2.133/2005 e o Parecer GQ 145/98, da AGU. Naquela oportunidade, levaram-se em consideração: (i) os limites constitucionais relativos à dignidade humana e aos valores sociais do trabalho; (ii) a proteção do trabalhador, bem como a do paciente; e (iii) a possibilidade de que a realização de plantões sucessivos e intensos colocasse em risco a segurança do trabalho e a saúde dos profissionais e dos pacientes por eles atendidos, o que conduziu ao entendimento de que a ausência de fixação da jornada máxima para a acumulação de cargos não significaria que tal acúmulo estivesse desvinculado de qualquer limitação, não legitimando, portanto, o exercício de jornadas de trabalho ilimitadas ou excessivas. Assim, tomando como base o Acórdão TCU 2.133/2005 e o Parecer GQ 145/98, da AGU, passou-se a fixar o limite de 60 (sessenta) horas semanais para que o servidor da área da saúde se submetesse a dois ou mais vínculos de trabalho, de vez que se atenderia, desse modo, aos princípios da razoabilidade, da eficiência e da proporcionalidade.

VIII – Todavia, em 27/03/2019, no julgamento do REsp 1.767.955/RJ (Rel. Ministro OG FERNANDES, DJe de 03/04/2019), a Primeira Seção do STJ reviu sua compreensão quanto ao tema, a fim de se adequar à jurisprudência do STF, firmada no sentido de que “a acumulação de cargos públicos de profissionais da área de saúde, prevista no art. 37, XVI, da CF/88, não se sujeita ao limite de 60h semanais previsto em norma infraconstitucional, pois inexistente tal requisito na Constituição Federal” (STF, AgRg no RE 1.094.802/PE, Rel. Ministro ALEXANDRE DE MORAES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 24/05/2018). No mesmo sentido: STF, AgRg no RMS 34.257/DF, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/08/2018; AgRg no RE 1.023.290/SE, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, SEGUNDA TURMA, DJe de 06/11/2017. Adotando o novo entendimento, nesta Corte: REsp 1.783.180/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, DJe de 26/03/2019; AgInt no AREsp 1.151.612/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 26/03/2019. Assim, estando o acórdão recorrido em harmonia com a jurisprudência do STJ, aplica-se, ao caso, a Súmula 83/STJ.

IX – Não há, nos autos, qualquer informação no sentido de que a Administração Pública teria realizado, efetivamente, a aferição de incompatibilidade de horários, baseando-se somente na soma das jornadas de trabalho. O acórdão recorrido, por sua vez, à luz das provas dos autos, concluiu que, no caso, não há incompatibilidade de horários ou sobreposição entre as jornadas de trabalho exercidas pela autora. Desse modo, inviável qualquer análise quanto à incompatibilidade de horários, no caso concreto, ante o óbice da Súmula 7 do STJ.

X. Recurso Especial não conhecido.⁸

Afere-se, também, que o STF, em 2019, prolatou decisões entendendo pela ilegitimidade da limitação do acúmulo de cargos em face da ultrapassagem das 60 horas semanais:

AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DECISÃO AGRAVADA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. Nestes autos, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região indeferiu a pretensão de acumulação de cargos públicos ao entendimento de que a OIT – Organização Internacional do Trabalho considera a jornada de 48 horas semanais como limite razoável.

2. *O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL tem entendimento consolidado no sentido de que, havendo compatibilidade de horários, verificada no caso concreto, a existência de norma infraconstitucional limitadora de jornada semanal de trabalho não constitui óbice ao reconhecimento da cumulação de cargos.*

3. Precedentes desta CORTE em casos idênticos ao presente: RE 1061845 AgR-segundo, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 25-02-2019; ARE 1144845, Relator(a): Min. ROSA WEBER, DJe 02/10/2018; RMS 34257 AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe 06-08-2018; RE 1023290 AgR-segundo, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe 06-11-2017; ARE 859484 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe 19-06-2015. 4. Agravo Interno a que se nega provimento.⁹ (Grifos nossos)

AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS NA ÁREA DE SAÚDE. *LIMITAÇÃO DA CARGA HORÁRIA SEMANAL A 60 (SESSENTA) HORAS. PARECER GQ 145/1998 DA ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. ILEGITIMIDADE. COMPATIBILIDADE DE HORÁRIO. INCURSIONAMENTO NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279 DO STF. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.*¹⁰ (Grifos nossos)

É importante descartar que há jurisprudência do Supremo Tribunal de 2005 que apesar de não versar sobre o Parecer GQ-145/98, reconhece a compatibilidade de horários como único elemento para acumulação de dois cargos:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. ACUMULAÇÃO DE CARGOS PÚBLICOS. PROFIS-SIONAL DA SAÚDE. ART. 17 DO ADCT.

1. Desde 1º.11.1980, a recorrida ocupou, cumulativamente, os cargos de auxiliar de enfermagem no Instituto Nacional do Câncer e no Instituto de Assistência dos Servidores do Estado do Rio de Janeiro – IASERJ. A administração estadual exigiu que ela optasse por apenas um dos cargos.

2. A recorrida encontra-se amparada pela norma do art. 17, § 2º, do ADCT da CF/88. Na época da promulgação da Carta Magna, acumulava dois cargos de auxiliar de enfermagem.

3. *O art. 17, § 2º, do ADCT deve ser interpretado em conjunto com o inciso XVI do art. 37 da Constituição Federal, estando a cumulação de cargos condicionada à compatibilidade de horários. Conforme assentado nas instâncias ordinárias, não havia choque de horário nos dois hospitais em que a recorrida trabalhava.*

4. Recurso extraordinário conhecido e improvido.¹¹ (Grifos nossos)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O conteúdo normativo do Parecer GQ-145/98 da AGU, o qual limitava a acumulação dos cargos públicos a uma carga horária máxima de 60 horas semanais, alvo de eternas críticas, finalmente pereceu.

Conforme o novo Parecer nº AM-04/19 da AGU é lícito acumulação de cargos cuja carga horária ultrapasse 60 horas semanais; determinou por uma questão de segurança jurídica o novo posicionamento só teria efeitos quando da publicação do despacho confirmatório do Presidente de República; e que no caso de servidor atuando com horário reduzido, para efeito das 60 horas, contabilizar-se-ia a carga horária efetivamente exigida.

O que impressiona é como ainda na cultura jurídica brasileira dar-se mais valor ao teor de um parecer de um órgão da Administração Pública do que o regramento posto na Constituição. É bom lembrar que a muito já se reconheceu a força normativa das Constituições.

O regramento é muito claro quanto às exceções ao acúmulo de cargos e a única exigência quanto à compatibilidade de horários.

Em face de um parecer temerário, o qual manifestou efeitos por mais de 20 anos e acarretou prejuízo a incontáveis servidores públicos, entende-se plausível que os prejudicados possam adentrar com ação judicial solicitando reparação de danos referente aos últimos cinco anos.¹² 

NOTAS

- * Artigo de investigação elaborado de estudo desenvolvido na linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais”, inscrito no Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, Brasil.
- 1 Constituição Federal de 1891. Art. 73 – Os cargos públicos civis ou militares são acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade especial que a lei estatuir, sendo, porém, vedadas as acumulações remuneradas.
 - 2 Constituição Federal de 1934. Art 172 – É vedada a acumulação de cargos públicos remunerados da União, dos Estados e dos Municípios.
§ 1º Excetua-se os cargos do magistério e técnico-científicos, que poderão ser exercidos cumulativamente, ainda que por funcionário administrativo, desde que haja compatibilidade dos horários de serviço.
 - 3 Constituição Federal de 1937. Art 159 – É vedada a acumulação de cargos públicos remunerados da União, dos Estados e dos Municípios.
 - 4 Constituição Federal de 1946. Art. 185. É vedada a acumulação de cargos, no Serviço Público federal, estadual, municipal ou dos Territórios e Distrito Federal, bem como em entidades autárquicas, parastatais ou sociedade de economia mista, exceto a prevista no art. 96, nº I, a de dois cargos de magistério, ou a de um destes com outro técnico ou científico ou, ainda, a de dois destinados a médicos, contanto que haja correlação de matérias e compatibilidade de horário.
 - 5 Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 655. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes; LEONCY, Léo Ferreira; MENDES, Gilmar Ferreira; Sarlet, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coords). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 871.
 - 6 Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/8324>>. Acessado em: 20 de janeiro de 2016.
 - 7 MAZZUOLI, Valério; ALVES, Waldir. *Acumulação de cargos públicos – uma questão de aplicação da Constituição*. São Paulo: RT, 2013, p. 99.
 - 8 STJ, Segunda Turma, REsp nº 1.773.725/AL, relatora Ministra Assusete Magalhães, julgado em 11/06/2019, DJe 18/06/2019.

- 9 STF, Primeira Turma, RE nº 1.177.532 AgR/RJ, relator Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 09/04/2019, DJe 03/05/2019.
- 10 STF, Primeira Turma, RE nº 1.182.225 AgR/PE, relator Ministro Luiz Fux, julgado em 05/03/2019, DJe 08/04/2019.
- 11 STF, Segunda Turma, RE nº 351.90/RJ, relatora Ministra Ellen Gracie, julgado em 04/05/2005, DJ 09/09/2005.
- 12 Constate nas “entrelinhas” que a própria AGU, vislumbrando o risco de demandas judiciais pelos servidores lesados, no Parecer nº AM-04/19, preocupado com a obediência ao princípio da segurança jurídica, determina que a mudança de interpretação só tem validade após o despacho do Presidente da República. Questiono se há de fato risco a segurança jurídica ou seria mera retórica de conveniência?

REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: atualizada até a Emenda Constitucional nº 101. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 17 de julho de 2019.
- _____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, RJ, 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 17 de julho de 2019.
- _____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, RJ, 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 17 de julho de 2019.
- _____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, RJ, 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 17 de julho de 2019.
- _____. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, RJ, 18 de setembro de 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 17 de julho de 2019.
- _____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 17 de julho de 2019.
- _____. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 12 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm>. Acesso em: 17 de julho de 2019.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; LEONCY, Léo Ferreira; MENDES, Gilmar Ferreira; Sarlet, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz (coords). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.
- MAZZUOLI, Valério; ALVES, Waldir. *Acumulação de cargos públicos – uma questão de aplicação da Constituição*. São Paulo: RT, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SILVA, Corsíndio Monteiro da. O regime de acumulação na Constituição de 1988. *Revista de Informação Legislativa*. V. 26, nº 101, p. 183-196, jan./mar. 1989. Disponível: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181913>>. Acessado em 17 de julho de 2019.

ARQUIVO PESSOAL



ROCCO ANTONIO RANGEL ROSSO NELSON é Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Especialista em Ministério Público, Direito e Cidadania pela Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar. Ex-professor do curso de direito e de outros cursos de graduação e pós-graduação do Centro Universitário FACEX. Membro do Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, vinculado a linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais” do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus Natal-Central. Professor efetivo de Direito do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus João Câmara. Autor do livro *Curso de Direito Penal – Teoria Geral do Crime* – Vol. I (1. ed., Curitiba: Juruá, art. 2016); *Curso de Direito Penal – Teoria Geral da Pena* – Vol. II (1; ed., Curitiba: Juruá, 2017).

Renato Falchet Guaracho



Prazo para ingressar com as ações de revisão do FGTS não se encerrou

Nas últimas semanas de novembro tomou grande repercussão a hipótese das ações que versam sobre a revisão do Fundo de Garantia Por Tempo de Serviço (FGTS) estarem prescritas, em razão de uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2014, que alterou o prazo de prescrição para cinco anos.

No entanto, a defesa desta tese não passa de “Fake News”. Isto porque, a decisão do Supremo Tribunal Federal é muito clara, o processo utilizado como paradigma fala sobre prescrição de depósito de FGTS por empregadores e tomadores de serviço, ou seja, depósito de FGTS não realizados advindos de relação de trabalho.

Nesse sentido, destaco o trecho inicial do voto do Ministro Gilmar Mendes no processo paradigma de 2014, que enterra a tese da prescrição em cinco anos: “O cerne da presente controvérsia diz respeito à definição do prazo prescricional aplicável à cobrança judicial dos valores devidos, pelos empregadores e pelos tomadores de serviço, ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS).”.

Da mera leitura do trecho transcrito já se observa que esta prescrição não se aplica para a tese de correção dos ganhos do FGTS pela TR, que é a defendida atualmente e que será julgada pelo Supremo Tribunal Federal dia 12/12/19.

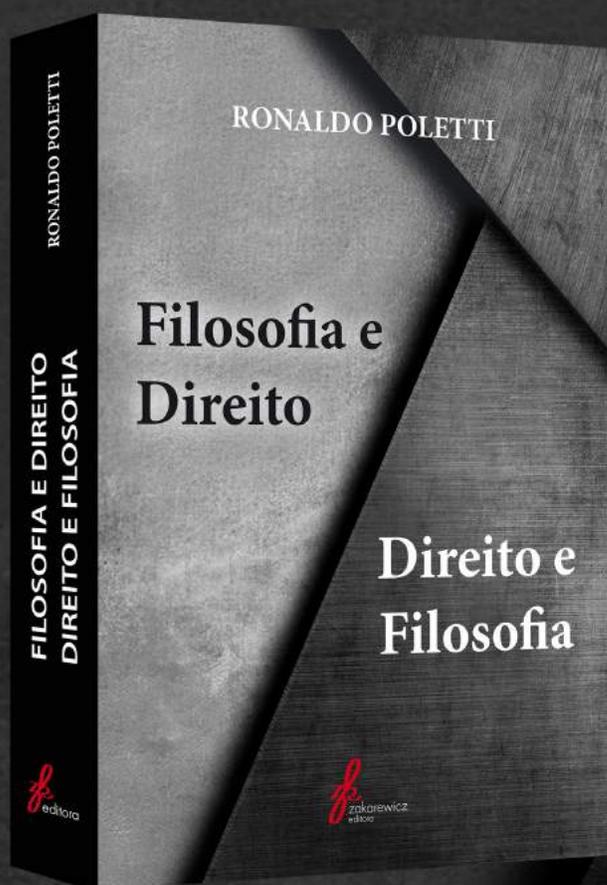
É certo, no entanto, que o STF poderá limitar a prescrição em cinco anos na data do julgamento, todavia, essa questão não foi analisada e não pode ser dada como concreta, excluindo o direito de quem possa ter eventual revisão destes valores.

Por oportuno, é importante destacar que a tese será julgada pelo Supremo, ou seja, não é causa ganha. Além disso, é recomendado que quem tiver interesse ingresse com a ação até 12/12/19, pois nesta data o Supremo Tribunal Federal, mesmo que julgue procedente a ação, poderá modular seus efeitos de formas incertas, inclusive limitando o direito do recebimento para quem já tem ação em andamento, como já fez em outras ocasiões.

Por fim, ao analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal podemos criar certa confiança, pois a Suprema Corte já afastou a TR (Taxa Referencial) de outros títulos públicos, inclusive recentemente, em 12/11/19, afastou a aplicação da TR para atualização das dívidas da Fazenda, no julgamento da ADI 5.348. 

Filosofia e Direito Direito e Filosofia

Ronaldo Poletti



R\$ **72**,00

550 páginas

Frete incluso

Fone: (61) 3263-1362

zkeditora.com



"Filosofia e Direito. Direito e Filosofia, será destinado e utilizado como fonte de informação e de aprimoramento para obtenção da melhor e mais completa formação intelectual filosófico-jurídica de professores e estudantes de Direito ou de Filosofia, ou, simplesmente, para alargamento e embasamento da cultura dita humanística."