

VI Ciclo de Estudos Jurídicos e Mostra de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito



ORGANIZADORES:

Dr. Levi Hulse
Esp. Heitor A. Coffferri
Me. Vantoir Alberti



COORDENADORES:

Cláudio Antonio Klaus Junior
Thaís da Rocha Rosa Cittolin



SUMÁRIO

E-book interativo.

Clique em cada artigo para ir até sua sessão.

01

A ACELERADA EVOLUÇÃO SOCIAL E TECNOLÓGICA GLOBAL COMO VIABILIZADORES DE CRIMES CIBERNÉTICOS, FRENTE AO LENTO DESENVOLVIMENTO DE FREIOS LEGAIS PARA SUA CONTENÇÃO.



- Aldair Marcondes,
- Antônio Luciano Bairos Ceron
- André Lemuel Ferreira Krieguer

04

COTAS RACIAIS NO ENSINO SUPERIOR: UMA POLÍTICA ESSENCIAL NA SUPERAÇÃO DO RACISMO.



- Pedro Paulo Baruffi
- Attila Augusto Santos

02

A (IN)APLICABILIDADE DAS MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS NOS PROCESSOS DE EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO PECUNIÁRIA FRENTE À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL



- Amanda Baseggio
- Letícia Lichs Nascimento Peretto

05

DIREITO DE FAMÍLIA E MEDIAÇÃO: UMA ALTERNATIVA NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS NA DISPUTA DE GUARDA DOS FILHOS.



- Adilson Dalagnol - Nilce Pinz
- Katiane Pereira - Paulo Sergio Kasper
- Larissa de Goes - Vantoir Alberti

03

AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO BRASIL: UMA APRESENTAÇÃO DESTES INSTITUTO OBSERVANDO-SE OS PRINCÍPIOS DE DIREITO PENAL E AS PRISÕES PENAIS DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO



- Rubens Luis Freiburger
- Juarez Diego Siqueira

06

OS EFEITOS DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE.



- Letícia Lichs Nascimento Peretto
- Wesley Alexandre Moraski

SUMÁRIO

07

A EFICÁCIA DO CÓDIGO FLORESTAL DIANTE DO DESENVOLVIMENTO RURAL.

 - Heitor Antônio Cofferi

11

A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE DISPOSIÇÃO DO JULGAMENTO FRENTE AO TRIBUNAL DO JÚRI PELO ACUSADO DE COMETER CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA.

 - Gabriel Piatí
- Ricardo Emílio Zart

08

O FUTURO DO DIREITO DO TRABALHO: PRECARIZAÇÃO OU EXPANSÃO: UMA ABORDAGEM ACERCA DA LUTA DE CLASSES

 - Rubens Luis Freiburger


12

UMA ANÁLISE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA E RESSOCIALIZAÇÃO NO BRASIL À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS.

 - Gabrielle Aparecida Martins
- Caroline Neris Bridi

09

HISTÓRIA DO DIREITO - ANÁLISE DO ESTATUTO EPISTEMOLÓGICO.

 - Adelcio Machado dos Santos
- Dreone Mendes
- Rubens Luis Freiburger

13

VIOLAÇÃO DAS PRERROGATIVAS DO ADVOGADO: A LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE NO BRASIL PÓS LAVA-JATO.

 - Aldair Marcondes
- Marco Antonio Córdova Ransolin

10

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA ASSEGURADA CONSTITUCIONALMENTE FRENTE A JURISDIÇÃO EM CONTRÁRIO BASEADA EM DECISÕES CONDENATÓRIAS NA SEGUNDA INSTÂNCIA DE JULGAMENTO.

 - Aldair Marcondes
- Sabrina Frigotto

EXPEDIENTE

Reitor

Neoberto Geraldo Balestrin

Vice-Reitor Acadêmico

Prof. Dr. Anderson Antônio Mattos Martins

Pró-Reitor do Campus de Fraiburgo

Me. Almir Granemann dos Reis

Secretária Geral

Suzana Alves de Moraes Franco

Secretária Acadêmica

Marissol Aparecida Zamboni

Conselho Curador

Alcir Irineu Bazanella

Claudinei Bertotto

Fernando C. G. Driessen

Gilberto Seleme

José Carlos Tombini

Leonir Antonio Tesser

Moacir José Salamoni

Telmo Francisco Da Silva

Vitor Hugo Balvedi

Victor Mandelli

Carmem Lúcia Thomé Fabiani

Henrique Luiz Basso

Ilton Paschoal Rotta

José Gaviolli

Marlene Luhrs

Nereu Baú

Salen Badr Hanna Elmessane

Eduardo Seleme

João Luiz G. Driessen

Sheila Maria Soares Marins

Leandro Douglas Bello

Ivano João Bortolini

Conselho Fiscal

Mauricio Carlos Grandó

Mauricio Busato

Sandoval Caramori

Reno Luiz Caramori

Elias Colpini

Reni Caramori

Carlos Júlio Luhrs

Terezinha Nunes Garcia

**Capa e Diagramação:**

Agecom - Agência de Comunicação e Marketing - Uniarp

Marketing e Designer: Leonardo Passarin

Designer: Anderson Mazzotti

Conselho Editorial da Uniarp (Ediuniarp)

Editor-Chefe: Prof. Dr. Levi Hülse

Membros

Dr. Adelcio Machado dos Santos

Dr. Anderson Antônio Mattos Martins - Uniarp

Dr. André Trevisan - Uniarp

Dra. Ivanete Schneider Hahn - Uniarp

Dra. Rosana Claudio Silva Ogoshi - Uniarp

Dr. Joel Haroldo Baade - Uniarp

Dra. Marlene Zwierewicz - Uniarp

Dr. Ricielli Endrigo Ruppel da Rocha - Uniarp

Dr. Saturnino de la Torre - Universidad de Barcelona - ES

Dra. Maria Antònia Pujol Maura - Universidad de Barcelona - ES

Dr. Juan Miguel Gonzales Velasco -

Universidad Mayor de San Andres - BO

ISBN e Ficha Catalográfica

**Catálogo na Fonte pela Bibliotecária Célia De Marco CRB14/692
da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP**

C568c

VI Ciclo de estudos jurídicos e mostra de pesquisa e extensão do curso de Direito. – Organizadores: Levi Hulse; Heitor A. Cofferi; Vantoir Aberti. – Caçador: Editora EdUniarp, 2022.

190p.

1. Estudos Jurídicos - Direito. 2. Direito – Pesquisa e Extensão. I. Hulse, Levi. II. Cofferi, Heitor A. III. Alberti, Vantoir. IV. Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP.

CDD: 340

Artigo 01

A ACELERADA EVOLUÇÃO SOCIAL E TECNOLÓGICA
GLOBAL COMO VIABILIZADORES DE CRIMES
CIBERNÉTICOS, FRENTE AO LENTO DESENVOLVIMENTO DE
FREIOS LEGAIS PARA SUA CONTENÇÃO.



Aldair Marcondes

Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP) – Fraiburgo/SC – Brasil



Antônio Luciano Bairros Ceron

Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP) – Fraiburgo/SC – Brasil



André Lemuel Ferreira Krieguer

Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP) – Fraiburgo/SC – Brasil



Resumo

Este estudo busca compreender como a legislação penal brasileira tem tratado os crimes cibernéticos. Vivemos a chamada era do conhecimento, onde a globalização juntamente com a tecnologia, transformaram profundamente a sociedade. Embora essa transformação, em sua maioria, tenha vindo para beneficiar a sociedade de uma maneira geral, infelizmente esta evolução proporcionou novas formas de criminalidade. Com o aumento dos crimes cibernéticos, a sociedade se viu diante de uma lacuna não preenchida para combater tais violações. Se fez necessário o surgimento de normas específicas na esfera penal, para tratar desta nova modalidade de crime.

Introdução

A globalização junto com a internet nos trouxe muitos meios para a difusão de informações e conhecimentos diversos. Como modelo de comunicação na sociedade contemporânea, podemos enviar e receber qualquer coisa em questão de segundos, o que faz a sociedade trabalhar em uma velocidade maior que antigamente.

No atual âmbito social, estamos todos conectados, e para que isso funcione com ordem, precisamos nos prevenir e obter segurança em uma rede que às vezes pode ser instável ao ponto de vista jurídico, pois muitas vezes os direitos individuais podem ser violados, e efetivamente estão sendo atacados por crimes que ainda não possuem uma punição precisa.

Nesse meio aparece uma figura reconhecida atualmente por uma visão geral e deturpada, que são os chamados Hackers, mas

Assim sendo, se verificará como anda a legislação brasileira no tocante ao assunto, visando identificar quais pontos já estão regulados e quais ainda necessitam de uma melhor normatização. No cenário atualmente vivido, o assunto tem se tornado cada vez mais relevante e, de uma maneira geral, de interesse de toda a sociedade brasileira.

Palavras-chave: Evolução Tecnológica. Globalização. Crimes cibernéticos.

devemos distinguir os “bons” dos “maus”, pois tem os Hackers – White Hat’s, que são programadores e desenvolvedores, ou seja, aqueles que se encarregam de conhecimentos mais aprofundados e extensos de arquitetura de redes e estruturação do mesmo.

Por outro lado tem os Crackers – Black Hat’s, traduzidos como aqueles que quebram, que são os reais criminosos, reconhecidos por usar seu conhecimento para violar o sistema e divulgar informações sigilosas sem a permissão de seu respectivo dono, violando assim o direito de privacidade da vítima.

Como diz Milagre (2016), a “sociedade da informação”, para muitos, tem, de certa forma, seus perigos, podendo ser chamada atualmente de sociedade dos riscos. Riscos que podem ser aceitos e riscos que devem ser aplacados, e um desses está associado à criminalidade digital. A isso se pode acrescentar que nem todo o

cidadão decidiu adentrar no universo digital, mas foi totalmente imposto a ele; assim sendo, tornou-se uma presa fácil nas mãos de Crackers, especialistas em crimes cibernéticos, que exploram as informações dos sistemas e também dos processos desenvolvidos no meio da tecnologia da informação, pendendo para a prática de delitos.

Em um mundo onde os crackers figuram como os mais fortes e muitas vezes não são penalizados por seus atos, considerando que a tecnologia se apresenta como um enorme poder aos programadores, profissionais de segurança, ou a qualquer um que se aprofunde em estudos informáticos, se faz necessária uma educação digital nas escolas, para se tentar encaminhar os jovens à utilização desse poder para as boas finalidades.

Com base nesse contexto, a presente pesquisa buscará abordar uma visão histórica e voltada a área jurídica, visando analisar as ações de indivíduos que usam da internet como um meio para a invasão da privacidade alheia, resultando em um dano a integridade humana.

DIREITOS HUMANOS E LEGISLAÇÃO DE CRIMES CIBERNÉTICOS

Assegurado pelos direitos humanos, inclusive no artigo 5º da Constituição Federal Brasileira, se veem garantidos os direitos à vida, liberdade, moradia, segurança, etc., onde além da possibilidade de escolha, todo cidadão pode recorrer à justiça, quando necessário for, sem ser oprimido pela mesma.

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...].

Os Direitos fundamentais como a liberdade, igualdade, segurança e privacidade, são constantemente violados no mundo todo, tendo a internet como o principal meio para se realizar os chamados crimes cibernéticos. Apesar do Marco Civil da internet, com a Lei Carolina Dieckmann (Lei nº 12.737/2012), tais infrações não são devidamente punidas com a severidade dos fatos, pois tal lei não é apta, por si só, para conduzir de maneira eficaz e solucionar os crimes cibernéticos de forma geral, já que no seu contexto não existem órgãos de segurança especializados para esse tipo de crime. Evidentemente há necessidade da inclusão do Direito Eletrônico como uma legislação específica, com a finalidade de prosseguir com os crimes específicos desta área de forma mais efetiva (LIMA; TESSMANN; VENTURIN, 2018).

O foco está nos crimes cibernéticos, pois é evidente que os seus resultados muitas vezes causam danos irreparáveis ao ser humano, principalmente em questões morais. O que se tem são crimes como assédio moral, bullying cibernético, pornografia infantil, difamação, entre outras violações que constantemente são cometidas no mundo inteiro por hackers (crackers) ou até mesmo por aqueles que não possuem tanto conhecimento técnico, mas que se utilizam da internet para obterem suas tão desejadas vinganças, e que muitas vezes deixam de receber a pena apropriada, pois o Direito Penal Brasileiro não se encontra totalmente preparado para esse tipo de delito.

Nesse sentido, para se buscar soluções a esse problema dos crimes de informática, na contemporaneidade, há a necessidade de

adaptação dos princípios constitucionais que norteiam o Direito Penal como um todo, como exemplo o Princípio da Legalidade, previsto no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, segundo o qual “[...] não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (MATA; SANTAGATI, 2013).

A interpretação desta norma, incluindo a dos Direitos cibernéticos e penais, leva a uma conclusão de que os delitos nos meios da informática devem ser específicos, a fim de individualizar o comportamento do criminoso, pois do contrário, quando da aplicação da pena, não se obterá nenhuma garantia real ou efetiva de que o criminoso deixe de praticar determinados atos.

Como resultado, o Direito Penal necessita esclarecer os detalhes do Crime para que seu combate se torne válido e eficaz; em outras palavras, não cabe uma lei genérica que deixe de identificar detalhadamente a conduta delituosa, pois do contrário se estaria gerando uma ameaça a direitos individuais.

TEORIA TÉCNICA, COMPORTAMENTO E CRIME

Em sendo um Estado democrático de direito, o Brasil adota o princípio da Legalidade, ou seja, pratica o pressuposto de que “não há crime sem lei anterior que o defina”, e com isso evita a ocorrência de muitas injustiças no sistema jurídico; sem embargo, em relação aos crimes cibernéticos, na visão de Juristas e atuantes da tecnologia da informação, a técnica para criação de leis deveria ser outra.

Há muito tempo se cobrava uma legislação no Brasil que cuidasse de crimes eletrônicos. Tal mora pode ser atribuída também ao péssimo modo de se legislar sobre o tema adotado no Brasil que, por vezes, tentou condenar técnicas informáticas (ao invés de condutas praticadas por diversas técnicas), técnicas estas que são mutantes, nascem e morrem a qualquer momento, de acordo com a evolução dos sistemas, novas vulnerabilidades e plataformas tecnológicas. Para isso apresentamos uma proposta de sistematização e que deve ser considerada quando se legisla sobre crimes informáticos. Nominamos a proposta de TCC – Técnica, Comportamento e Crime. (MILAGRE; JESUS, 2016, p.26).

Assim, tendo por referência grandes autores e influenciadores da área de Direito informático, em sua obra chamada Manual de Crimes informáticos, José A. Milagre e Damásio de Jesus, abordam uma nova forma de tipificar os crimes informáticos, pela dita proposta chamada TCC (Técnica, Comportamento e Crime).

Há muito a legislação anda atrasada em relação à tecnologia, pois esta se inova muito rapidamente e consigo surgem novas técnicas, com diferentes intuitos, podendo eles ser bons ou maus.

• TÉCNICA

A palavra técnica, em sua tradução, se refere a um conjunto de procedimentos ligados a uma arte ou ciência, podendo ser eles exercidos através de métodos, procedimentos, seja por softwares ou algum outro processo informático que possa caracterizar um comportamento distinto, podendo ser ela manual ou automatizada (MILAGRE; JESUS, 2016).

Um exemplo é o fato de o legislador equiparar o cartão de débito ou crédito ao documento particular, quando aborda sobre a falsificação de documentos (Lei nº 12.737/2012), interpretando ao pé da letra que sem o documento particular se torna impossível realizar a conduta “falsificar”. Sendo assim, o legislador foi

específico ao objeto, evidenciando que atualmente existem inúmeros documentos que não se encontram materialmente, mas sim digitalmente, ou qualquer meio posterior.

Logo, segundo Milagre e Jesus (2016), “alguém que falsifica um documento que está contido em um suporte token ou pendrive, pelos princípios penais, praticaria fato atípico”, limitando-se assim ao objeto do comportamento de forma imprudente, podendo equiparar o documento particular a informações ou a declarações eletrônicas, estando ou não em suporte material, de qualquer natureza.

• COMPORTAMENTO OU CONDUTA

De acordo com a teoria finalista, a conduta para o Direito é o fato típico, ou seja, é a ação ou omissão que produz um resultado reprovável pelo Direito Penal, podendo ser crime ou contravenção penal. Sendo seus elementos a conduta, resultado, nexo causal e tipicidade.

De acordo com Welzel apud Leite (2017), a “ação humana é exercício de atividade final, ou seja, dirige a sua conduta sempre à determinada finalidade”; a ação, por sua finalidade, baseia-se no que o homem pode prever dentro de certos limites, as consequências possíveis de sua conduta, sendo assim, a conduta se distingue em ação, omissão, e comissão por omissão.

Partindo ao segundo ponto, a conduta dolosa, ocorre quando o agente quer o resultado e assume o risco de produzi-lo (art. 18, I, Código Penal).

Sendo ela dividida pela vontade ou dolo direto, quando o agente quer o resultado, e assentimento ou dolo eventual, quando o agente assume o risco de produzir o resultado.

E por último tem-se a conduta culposa, quando o agente produz uma conduta sem querer o resultado, objetivamente previsível, sendo um comportamento voluntário e desatencioso, voltado a um determinado objetivo, lícito ou ilícito, produzindo um resultado ilícito, não desejado, porém previsível, que por sua vez podia ser evitado. Dolo é regra, a culpa exceção (LEITE, 2017).

Resumidamente, a conduta para a teoria “TCC”, é uma ação realizada por meio de uma ou mais técnicas, cometida por um ou mais agentes, por ação ou omissão, por meios tecnológicos, redes de computadores, dispositivos informáticos, etc.

Como exemplo tem-se a técnica “SQL injection”, onde o agente pratica o comportamento de “invasão de sistema informático”, analisando quais foram os resultados de sua conduta e sua real intenção (MILAGRE; JESUS, 2016).

• CRIME

Por fim, o que define crime para os atuantes da Tecnologia da Informação, seria um ou vários comportamentos, que utiliza uma ou várias técnicas, podendo ser praticada por apenas um agente, ou até mesmo vários, ofendendo assim um ou mais bens ou objetos jurídicos protegidos pelo Direito. Como exemplo, cita-se a invasão de sistema informático, que pode ser ou não considerado crime, dependendo do país em que é praticado, e da sua real finalidade (MILAGRE; JESUS, 2016).

Segundo a sistematização de Milagre e Jesus (2016), não se pode legislar sobre técnica, pois qualquer uma dessas tentativas resulta em uma legislação pouco eficaz, que não produz a verdadeira justiça. Tendo rápida obsolescência, torna o Direito mais esparso e

sem uma norma racional e ampla, fazendo necessitar a criação de ramificações de diversas leis.

Este pode ser, data venia, um dos principais erros de grande parte dos doutrinadores e legisladores sobre o tema: confundirem técnica com conduta. A falta de apoio técnico – especialistas em tecnologia e segurança da informação, em setores legislativos – leva o legislador brasileiro à criação de tipos penais incoerentes (MILAGRE; JESUS, 2016, p. 28).

Ao se legislar sobre os crimes informáticos, não se pode começar pela análise de técnicas e definição de tipos penais, mas analisando as condutas que podem ser incriminadas, que são realizadas de diversas formas (técnicas) e que merecem a consideração do Direito Penal Brasileiro, pois muitas vezes uma técnica pode ser integrante de uma ou mais condutas penalmente puníveis, porém nem toda a técnica é um comportamento interminável.

DEFINIÇÃO DE CRIMES CIBERNÉTICOS

Para a destacada doutrina brasileira, os “crimes cibernéticos são como delito de natureza formal, posto que se consumam no momento da prática da conduta delitiva, independente da ocorrência do resultado naturalístico” (ALMEIDA; AZEVEDO, 2015).

Trata-se de crime comum (aquele que pode ser praticado por qualquer pessoa), plurissubsistente (costuma se realizar por meio de vários atos), comissivo (decorre de uma atividade positiva do agente: “invadir”, “instalar”) e, excepcionalmente, comissivo por omissão (quando o resultado deveria ser impedido pelos garantes – art. 13, § 2º, do CP), de forma vinculada (somente pode ser cometido pelos meios de execução descritos no tipo penal) ou de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio de execução), conforme o caso, formal (se consuma sem a produção do resultado naturalístico, embora ele possa ocorrer), instantâneo (a consumação não se

prolonga no tempo), monossujeito (pode ser praticado por um único agente), simples (atinge um único bem jurídico, a inviolabilidade da intimidade e da vida privada da vítima). (MAGGIO apud ALMEIDA; AZEVEDO, 2015, p. 13).

Os crimes virtuais dividem-se em próprio e impróprio. Nos virtuais próprios elencam-se os crimes praticados pelos criminosos através do uso de todo o sistema digital disponível, seja ele físico ou em rede. Nesta modalidade, os agentes infratores se utilizam de computadores ou sistemas de terceiros (invasão), como meio para execução dos crimes. Através deles são acessados hardwares, softwares, ou dados armazenados no computador, com intuito de modificar, alterar, sequestrar ou danificar os mesmos, visando algum lucro ou proveito particular (ALMEIDA; AZEVEDO, 2015).

Nos crimes virtuais impróprios, os criminosos se utilizam de computadores ou sistemas para cometer ilícitos de bem jurídico já tutelado. Estes crimes estão tipificados no Código Penal, e a utilização dos meios digitais (máquinas e redes) é apenas uma forma de viabilizar sua ocorrência. Ele “se difere quanto a não essencialidade do computador para concretização do ato ilícito que pode se dar de outras formas e não necessariamente pela informática para chegar ao fim desejado como no caso de crimes como: pedofilia” (ALMEIDA; AZEVEDO, 2015).

LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA

O Brasil ainda não tem uma legislação tão abrangente e efetiva, mas dispõe ao menos de duas normas específicas, que são as Leis nºs 12.737/12 e 12.965/14.

• LEI CAROLINA DIECKMANN

Acerca da temática, Vitoriano (2018) diz que com o avanço do uso da tecnologia da informação nos últimos tempos, o mundo jurídico precisou incluir no Código Penal os crimes ocorridos no universo virtual. Assim, foi sancionada a Lei dos Crimes Cibernéticos (Lei nº 12.737/12), conhecida como Lei Carolina Dieckmann (atriz famosa que teve seus dados roubados na internet), a qual tipifica os atos de invadir computadores, roubar senhas e dados, divulgando informações particulares na rede.

Com a Lei Carolina Dieckmann começaram a ser penalizados mais efetivamente os infratores dos crimes cibernéticos. As sanções passaram a ser aplicadas como a detenção que pode chegar até a dois anos de reclusão, com várias agravantes, como os prejuízos de ordem econômica causado por ataques de infratores cibernéticos, bem como o vazamento de informações na internet de informações sigilosas, dados de segredo comercial ou ainda ligações comerciais privadas (PINHEIRO; HAIKAL, 2016 apud COSTA; PENDIUK, 2018).

Os referidos autores são mais específicos ao mencionar que:

A Lei n. 12.737/2012 (Carolina Dieckmann), à luz do Código Penal Brasileiro (1988), em seu art. 266, estabeleceu o tipo penal de invasão aos sistemas de informação ilegítima, ampliando o crime de indisponibilização dos serviços públicos, equiparando o cartão magnético ao documento particular para que a falsificação de cartões de débito/crédito se torne punível, porém, o tipo penal exige requisitos para configurar crime (COSTA; PENDIUK, 2018, p. 11).

Segundo Costa e Pendiuk (2018), a Lei Carolina Dieckmann permitiu que os usuários das plataformas digitais e serviços de informática, de um modo geral, passassem a ter uma proteção contra hackers mal-intencionados que têm por objetivo apenas

cometer algum dano contra estes usuários, seja por sequestro de dados e informações ou ainda pela alteração de informações de grande valia, tanto de usos pessoais bem como de grandes corporações públicas ou privadas.

As sanções aplicadas aos delinquentes digitais fizeram com que as empresas passassem a ter uma maior proteção jurídica contra espionagem digital, mas vale a ressalva que os usuários também passam a ser responsáveis pela proteção de seus dispositivos a fim de não facilitar a ação dos criminosos do mundo virtual (PINHEIRO; HAIKAL, 2016 apud COSTA; PENDIUK, 2018).

• MARCO CIVIL DA INTERNET

Conforme explicação de Martins (2015), a Lei 12.965/14, denominada de Marco Civil da Internet, é quem regula os direitos e deveres dos internautas, estabelecendo os princípios e garantias que regem a relação entre os usuários e as empresas provedoras do acesso e serviços de internet.

O referido autor diz ainda que dentre as inovações, tal lei permite a retirada de circulação daqueles conteúdos que causem danos a terceiros. Essa retirada de conteúdos danosos é feita mediante ordem judicial (MARTINS, 2015).

Acerca dessa temática destaca-se que:

O Marco Civil da Internet foi idealizado como uma carta que definisse os princípios-chave da internet e as regras de proteção aos seus usuários, estabelecendo condições mínimas e essenciais para tanto. A iniciativa do projeto foi da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça em parceria com o Centro de Tecnologia e Sociedade da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas no Rio de Janeiro. Ambos estabeleceram um processo aberto, colaborativo e inédito para o desenvolvimento de suas normas, visto que seu

principal “elemento de inspiração foi a Resolução de 2009 do Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br) intitulada Os princípios para a governança e uso da Internet (Resolução CGI.br/RES/2009/003/P).” (CGI.BR, 2014). O texto legal foi construído e colocado uma vez mais na plataforma para debate público, entre abril e maio de 2010. Vale ressaltar que o Marco Civil funcionou como uma iniciativa pioneira na ideia de uma democracia expandida. Ele pro-moveu um amplo debate racional entre os diversos atores que participaram de sua elaboração. No processo de consulta, foram considerados não apenas os co-mentários formalmente feitos por meio da plataforma oficial, mas também todos aqueles mapeados por meio de redes sociais (como o Twitter), posts em blogs e qualquer outra forma de contribuição que pudesse ser identificada online. Uma vez concluída a redação do texto final, pelo Ministério da Justiça e pelo time de professores da Fundação Getúlio Vargas, com base nos comentários públicos recebidos, o texto foi então analisado no âmbito governamental mais amplo[...] (LEMONS, 2014 apud CANCELIER; PILATI, 2017, p. 11).

Costa e Pendiuk (2018), mencionam que a chamada Lei do Marco Civil da internet teve algumas peculiaridades, como a grande participação da população tanto em fóruns de discussão promovidos na Internet, bem como em consultas públicas promovidas pelo nosso Congresso Nacional.

Pode-se assim observar:

Um dos temas abordados pela Lei, gerador de debates, é a responsabilidade civil, por divulgar conteúdos em rede. A Lei envolve diversos deveres aos controladores de sites, que devem remover os conteúdos caso haja denúncia, e quando devida, traz o dever de indenizar aos que sofreram danos decorrentes de sua publicação, além da guarda de registros de atividades no ambiente digital de sua propriedade (HAIKAL, 2016 apud COSTA; PENDIUK, 2018, p. 4).

O Marco Civil da internet teve várias implicações no trato dos assuntos relacionados aos conteúdos digitais, inclusive na velocidade do tráfego de dados disponibilizados nas redes.

O mundo digital é largamente afetado com a promulgação da Lei do Marco Civil da Internet, cuja pretensão é proteger e garantir maior privacidade e maior liberdade ao internauta enquanto usuário dos serviços.” Nesse sentido, o autor afirma que o Marco Civil da Internet tratou do princípio da neutralidade de rede, o qual consiste em garantir igualdade no tráfego de dados, em cujo ambiente todos devem ter acesso igualitário às informações veiculadas e disponibilizadas, seja pelo próprio agente ou por terceiros, sem preferência ao direito (PINHEIRO, 2016 Apud COSTA; PENDIUK, 2018, p. 5).

Um fato destacado por Costa e Pendiuk (2018) é que embora o Marco Civil pregue pelo uso com responsabilidade do uso do princípio da liberdade de expressão, ainda é encontrado algumas dificuldades em se remover os conteúdos ofensivos e uma forma rápida. Assuntos envolvendo conotação sexual no ambiente virtual de menores de 18 anos, amparados pelo ECA (Estatuto da Criança e Adolescente), tem prioridade quase que instantânea para ser retirado do ar, inclusive com plataforma específica online para denúncia e tomadas de mediadas urgentes. As demais ocorrências de publicações, para serem retiradas das plataformas digitais, necessitam de requerimento direcionado ao Juiz, que analisará tais informações, decidindo pela retirada ou não dos conteúdos das plataformas que se encontram.

Seguindo essa linha de pensamento, os autores destacam que:

O mundo digital existe para todos, devendo o internauta repensar na publicação e compartilhamento dos conteúdos considerados abusivos. Na atualidade, vive-se na era digital, um mundo que exige transparência e pela impossibilidade de escondê-los, pois além dessas informações se espalharem muito rapidamente, existem inúmeros meios para rastreá-los, sem anonimato. O Marco Civil da Internet representa um passo importante na proteção de valores na era digital, embora, ainda haja muito o que fazer nesse campo (PINHEIRO, 2016 apud COSTA; PENDIUK, 2018, p. 5).

Vale ressaltar que a tecnologia por si só não causa prejuízos, muito

pelo contrário, veio para revolucionar a vida da humanidade, e nos dias de hoje é impossível se imaginar o mundo sem as inovações promovidas por ela. A forma como ela é utilizada, bem como as intenções dos seus usuários faz com que muitas vezes a tecnologia seja tratada como vilã. O Marco Civil da Internet veio com a finalidade de regular o mundo digital, criando princípios que visam a segurança pública dos usuários das plataformas digitais. Além de proteger o cidadão de uma forma mais direta, legislando e punindo os infratores digitais, o Marco Civil busca promover a conscientização dos usuários diretos para que os mesmos sejam peças-chaves nos combates aos criminosos digitais. Segurança e prudências são necessárias em todos os níveis da sociedade (PINHEIRO, 2016 apud COSTA; PENDIUK, 2018).

A DIFICULDADE EM SE CRIAR FREIOS PARA CRIMES CIBERNÉTICOS

Em conformidade com Nunes e Madrid (2019), dentre as dificuldades para se criar freios na esfera penal para conter os crimes virtuais, deve-se destacar a competência para julgar estes crimes, visto que é necessário determinar o tempo e o local do crime, que pode ocorrer inclusive fora do Brasil e afetar os usuários aqui estabelecidos.

Além do mais, segundo os mesmos autores, nossa Lei não consegue acompanhar o desenvolvimento quase que frenético dos crimes relacionados ao ambiente virtual. A todo momento surgem dispositivos novos, ferramentas virtuais atualizadas, gerando uma nova possibilidade de crime virtual. Eis então um grande impasse em nossa legislação. Não se pode punir alguém

sem norma anterior que defina o crime praticado; sendo assim, com uma nova conduta do agente infrator, o mesmo se torna impune, pois ainda não existe regulamentação sobre tal “crime”.

No mesmo sentido, Padovez e Prado (2019) contribuem com o assunto ao dizerem que os sentimentos de impunidade, que cercam os ambientes virtuais, são sentidos tanto pelos usuários que se veem desprotegidos ao utilizar as plataformas digitais, quanto pelos delinquentes que se encorajam a praticar os crimes devido ao anonimato que os protegem. Os órgãos repressores ao cometimento destes crimes, sejam eles judiciários ou mesmo investigativos, sentem a falta de leis mais específicas para combater os mesmos, sendo assim muito difícil a identificação e punição dos criminosos.

Sobre o tema ainda se verifica que:

O Direito em si não consegue acompanhar o frenético avanço proporcionado pelas novas tecnologias, em especial a Internet, e é justamente neste ambiente livre e totalmente sem fronteiras que se desenvolveu uma nova modalidade de crimes, uma criminalidade virtual, desenvolvida por agentes que se aproveitam da possibilidade de anonimato e da ausência de regras na rede mundial de computadores (PINHEIRO, 2009, apud DULLIUS, 2012, [n.p.], apud ALMEIDA; AZEVEDO, 2015, p. 9).

O Estado, muitas vezes, tem o seu interesse de agir pautado em meras inclinações políticas e não efetivamente relacionado à importância relativa às garantias e proteções aos cidadãos. Infelizmente esse cenário também é aplicado no direito virtual e sua regulamentação, influenciando diretamente na forma dos criminosos em agirem nos meios cibernéticos, onde a lacuna deixada pela demora ou falta de ação do Estado, acaba tornando propício aos crimes e sua propagação em ambiente virtual (ALMEIDA; ROQUE, 2017).

[...] o ciberespaço vulnerável, pois grande parte das autoridades públicas e líderes empresariais não tratam da segurança digital como prioridade absoluta na pauta de estratégias de seu país. No entanto, esse amadorismo, por um lado e grupos armados e profissionais, de outro, estão se organizando a cada dia (PINHEIRO, 2016 apud COSTA; PENDIUK, 2018, p. 15).

Diante do acima exposto, nota-se a necessidade de um plano comum, envolvendo diversos países, bem como a iniciativa privada e pública, devendo ser formado um compromisso onde ações conjuntas fossem tomadas por todos com intuito de reprimir, de maneira global, os ciberterroristas, onde todas as nações e entidades poderiam fazer uma troca de informações, tecnologias e ferramentas, proporcionando assim um alcance de nível mundial no combate dos criminosos digitais (PINHEIRO, 2016 apud COSTA; PENDIUK, 2018).

CAMINHOS PARA REPRESSÃO DOS CRIMES CIBERNÉTICOS

A impunidade no ciberespaço gera um ambiente propício para propagação de delinquentes virtuais. “Os criminosos virtuais aproveitam da fragilidade das leis, a ausência de fronteiras e da tecnologia para se manterem nas práticas delitivas, de modo que surge a necessidade de novos operadores da era digital” (ANDRADE, 2015 apud ALMEIDA; ROQUE, 2017).

Os autores destacam ainda que a carência de profissionais com conhecimento de como agir na área de crimes cibernéticos, acaba se tornando mais uma barreira para coibir tais atos. O pouco conhecimento de procuradores, promotores e até juízes, faz com que muitos crimes fiquem impunes, “pois, quando não possuem

muito conhecimento desta tecnologia ficam mais inseguros por medo de cometer algum ato abusivo em relação ao direito de privacidade” (MELO, 2008 apud ALMEIDA; ROQUE, 2017).

A efetivação do acordado na Convenção de Budapeste de 2001, é a maneira mais eficiente de alcance global para frear os crimes cibernéticos, mas a falta de adesão dos países à mesma, inclusive o Brasil, é um entrave para o seu sucesso (ALMEIDA; ROQUE 2017).

Em suma, a Convenção de Budapeste de 2001 diz que:

[...] persiste a necessidade de estabelecer normas globais e padrões para reger a conduta e comportamento no mundo virtual. Apesar da necessidade, as políticas nacionais e regionais podem colidir com essa normatização global. Isto exige regulamentação universal ou global considerando o impacto transnacional e arrebatador inerente do cybercrime. Apesar da dificuldade intrínseca na harmonização ou unificação de políticas criminais e penais, sendo uma manifestação de poder soberano e autoridade, as participações no ciberespaço têm instigado os Estados a trilharem por uma nova época de cooperação em matéria de direito penal e público, território irregular e vacilante. [...] O objetivo principal da Convenção é harmonizar a legislação penal material e procedimentos de investigação internas. Eram duas as principais preocupações dos redatores da Convenção: a primeira era assegurar que as definições fossem flexíveis a ponto de se amoldar aos novos tipos de crimes e seus métodos e a segunda era manter-se sensível aos regimes jurídicos dos Estados-nação. Estas preocupações foram especialmente desafiadoras na área de direitos humanos, porque os Estados têm diferentes valores morais e culturais. Por exemplo, os países europeus têm um grau muito mais elevado de proteção da privacidade do que os Estados Unidos (CHAWKI; WAHAB, 2006, apud ALMEIDA; ROQUE 2017, p. 3).

Além do mais, Almeida e Roque (2017) citam que a regulamentação do Direito Virtual passa muito pelos interesses e recursos empregados, que podem influenciar positivamente ou negativamente na redução dos crimes virtuais, de acordo com o interesse de agir do Estado.

Como visto anteriormente, o anonimato concedido aos criminosos virtuais e digitais é o principal dificultador da normatização jurídica que visa combater os crimes por eles praticados. São várias as tangentes proporcionadas aos mesmos, e por mais que se busque o controle jurídico, é muito difícil de se chegar, de forma rápida e concisa, a este tipo de criminoso. Essa falta de normatização faz com que muitas vezes o acesso positivo à informação seja comprometido, como por exemplo, o acesso a diversos bancos de dados disponíveis para o uso público, que engrandeceria muitos estudos e pesquisas. Sendo assim, fica evidente que não basta combater condutas delinquentes no meio digital; se faz necessário a punição através de uma regulamentação forense mais efetiva e célere (ALMEIDA; ROQUE, 2017).

■ CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é possível se compreender que a tecnologia que veio para suprir várias necessidades da sociedade atual, passa também por um processo fraudulento causado por malfeitores do mundo digital, os quais se utilizam de formas criminosas para se apoderarem de informações privadas e lesarem outras pessoas.

Nesse contexto, a legislação brasileira busca conter esses criminosos, fazendo com que as penas a eles impostas diminuam a ocorrência desta forma de delito. O contraponto é que as penas e as leis não acompanham a celeridade das novas tecnologias e dos novos crimes que a cercam.

O fato é que no Brasil, por mais que se tenha alguma normatização, a legislação para estes delitos ainda é incipiente, ou seja, ainda está engatinhando na busca de resultados efetivos frente à dificuldade de identificação dos autores de crimes cibernéticos.

Por fim, pode-se dizer que o interesse de agir do Estado é fundamental para a diminuição da sensação de impunidade no ambiente virtual e que este interesse de agir vai desde a regulamentação e capacitação de profissionais específicos para combate de tais ilícitos, até uma maior celeridade na elaboração de Leis que venham coibir os crimes no ambiente virtual.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Jéssica de Jesus et al. Crimes Cibernéticos. Ciências Humanas e Sociais Unit- Aracajú - Sergipe, 2015. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/cadernohumanas/article/view/2013>. Acesso em 12 out. 2020.

ALMEIDA, Julia da Silva; ROQUE, Braynner Victor Silva. Desafio do direito na regulamentação das relações jurídicas na deep web e dos crimes cibernéticos. Escola Superior Dom Hélder Câmara. Belo Horizonte – Minas Gerais, 2017. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/2449>. Acesso em: 20 set. 2020. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). São Paulo: Saraiva, 2010.

CANCELIER, Mikhail Vieira de Lorenzi; PILATI, José Isaac. PRIVACIDADE, PÓS-MODERNIDADE JURÍDICA E GOVERNANÇA DIGITAL: O exemplo do marco civil da internet na direção de um novo direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis – Santa Catarina, 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/316567644_Privacidade_Pos-modernidade_juridica_e_Governanca_digital_o_exemplo_do_Marco_Civil_da_Internet_na_direcao_de_um_novo_direito. Acesso em: 23 set. 2020.

COSTA, Roberto Renato Strauhs; PENDIUK Fábio. DIREITO DIGITAL: O marco civil brasileiro da internet e as inovações jurídicas no ciberespaço. Universidade Federal do Paraná. Curitiba – Paraná, 2016. Disponível em: <http://publica.fesppr.br/index.php/publica/article/view/129>. Acesso em 23 set. 2020.

FACHIN, Odília. Fundamentos de Metodologia. São Paulo: Saraiva, 2003.

JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antonio. Manual de crimes informáticos. São Paulo: Saraiva, 2016.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. Fundamentos de metodologia científica. São Paulo: Atlas, 2003.

LIMA, Alecsandro Moreira. Crimes Virtuais – O cyberbullyng, o código penal brasileiro e a lacuna vigente. 2018. Disponível em: <https://cepein.femanet.com.br/BDigital/arqPics/1411400279P562.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2020.

LIMA, Ueslei de Melo Rodrigues de; TESSMANN, Dakari Fernandes; VENTURIN, Edileuza Valeriana de Farias. Violação dos Direitos Fundamentais em Crimes Cibernéticos e a Necessidade de Inclusão do Direito Eletrônico como Legislação Específica. Disponível em: <http://www.ienomat.com.br/revista2017/index.php/judicare/article/view/85>. Acesso em: 10 ago. 2020.

MARINHO, Guilherme. Hackers, Crackers e o Direito Penal. Disponível em: <https://grmadv.jusbrasil.com.br/artigos/407334629/hackers-crackers-e-o-direito-penal>. Acesso em: 09 ago. 2020.

MARTINS, Geisa. O que é o Marco Civil da Internet? Disponível em: <https://super.abril.com.br/mundo-estranho/o-que-e-o-marco-civil-da-internet/>. Acesso em: 21 jun. 2020.

MATA, Leonardo André da; SANTAGATI, Claudio Jesus. Analogia aos delitos virtuais com ênfase nos Direitos Humanos. Disponível em: <http://revistas.cua.ufmt.br/revista/index.php/revistapanoramica/article/view/436/119>. Acesso em: 10 ago. 2020.

NUNES, Mário Vinicius de Azevedo; MADRID, Fernanda de Matos Lima. CRIMES VIRTUAIS: O desafio do código penal na atualidade e a impunidade dos agentes. Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Presidente Prudente – São Paulo, 2019. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/issue/view/111>. Acesso em: 15 ago. 2020.

PADOVEZ, Rafael Silva; PRADO, Florestan Rodrigo. O direito penal brasileiro no contexto dos crimes cibernéticos. Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Presidente Prudente – São Paulo, 2019. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/issue/view/111>. Acesso em: 18 ago. 2020.

VITORIANO, Larissa. A Lei Carolina Dieckmann atua contra Crimes Virtuais e Possui Grande Influência Midiática. Disponível em: <https://cpjur.com.br/lei-carolina-dieckmann/>. Acesso em: 21 jun. 2020.

Artigo 02

A (IN)APLICABILIDADE DAS MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS NOS PROCESSOS DE EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO PECUNIÁRIA FRENTE À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL



Amanda Baseggio

Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP) – Fraiburgo/SC – Brasil



Letícia Lichs Nascimento Peretto

Bacharel em Direito pela Universidade do Contestado – UnC.
Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP;
Servidora pública do Poder Judiciário de Santa Catarina



Uniarp 50



fapesc

Resumo

Frente aos inúmeros desafios processuais, principalmente no que concerne a efetividade do processo de execução civil, em especial do art. 139, IV, do Código de Processo Civil (CPC), torna-se imprescindível a discussão quanto a sua aplicabilidade frente à Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB 1988). Desta forma, o presente trabalho tem o objetivo principal discorrer quanto à constitucionalidade da (in)aplicabilidade das medidas coercitivas atípicas conferidas no artigo supracitado nas ações de execução que envolvem obrigações pecuniárias, em razão da existência de divergentes posicionamentos judiciais, visto que tal artigo oportuniza ao Poder Judiciário uma maior flexibilização quanto à utilização das novas medidas coercitivas com o fim de compelir o devedor a cumprir sua obrigação perante o credor e, assim, tornar eficaz o processo de execução garantindo seu êxito. Tal revisão bibliográfica se dará por meio de uma pesquisa aplicada descritiva de abordagem narrativa, pelo método dedutivo, por meio de análises sobre a temática em artigos científicos, livros, sites e doutrinas, como também em jurisprudências

Introdução

A implantação do Código de Processo Civil (CPC) apresentou significativas mudanças no cenário processual civil brasileiro, principalmente no âmbito da execução, com a concessão da possibilidade de utilização das medidas atípicas, uma vez que as medidas típicas usualmente aplicadas, geralmente, não cumpriam sua função (PAULA, 2017). Contudo, cabe-se analisar de que forma a aplicabilidade de tais medidas não ferem os princípios constitucionais e, ao mesmo tempo, alcançam o fim destinado, qual seja: garantir êxito à execução (MINATTO, 2017).

Estaduais e Federais. O Processo de Execução sofreu um grande avanço com o advento do Código de Processo Civil de 2015, que, inclusive, com o fim de garantir uma proteção aos princípios processuais, possibilitou uma maior flexibilização dos poderes delegados ao juiz, tendo como foco principal as consequências estabelecidas em decorrência da responsabilidade patrimonial do devedor. Para a aplicabilidade das medidas coercitivas, sejam elas típicas ou atípicas, no processo de execução, torna-se fundamental para garantir o fim ao qual é destinado, ou seja, as constantes modificações presentes no direito processual civil buscaram garantir ao processo uma maior efetividade, razão pela qual conferiu ao juiz amplos poderes no processo de execução, que passou a possibilitar a aplicação de medidas atípicas a fim de tornar o processo célere e garantir o seu objetivo final, qual seja: o direito do credor.

Palavras-chave: Código de Processo Civil. Processo de Execução Civil. Medidas coercitivas atípicas.

O agora disposto no art. 139, inciso IV, do Código de Processo Civil (CPC) prevê aos juízes a possibilidade de adotar medidas mais amplas a fim de assegurar maior êxito às execuções e, consequentemente, garantir o direito do exequente (MINATTO, 2017).

Porém, há a problematização na aplicação destas medidas coercitivas, indutivas, mandamentais ou sub-rogatórias, uma vez que ao tempo que concedem efetividade à execução podem

confrontar diretamente preceitos constitucionais, tais como o princípio da proporcionalidade, da razoabilidade, da segurança jurídica, da liberdade, da integridade física e moral e da eficiência, havendo a eventual probabilidade de resultar em medidas inconstitucionais e, desta forma, impedir que alcance o fim almejado (PAULA, 2017), que será tratada no presente trabalho.

Constata-se que as aplicações das medidas executórias cotidianamente aplicadas não cumprem seu propósito, visto que muitos credores não conseguem receber os valores devidos por escusa do devedor que, reincidentemente, adota meios que dificultam a execução e, assim, frustram as demandas judiciais (PAULA, 2017).

Desta forma, enfrenta-se mais um grande desafio e, para tanto, o presente trabalho tem como objetivo principal discutir o até aqui apresentado, ou seja, estudar-se-á, como objetivo geral, a (in)aplicabilidade frente à Constituição destas novas medidas coercitivas previstas no art. 139, IV, do CPC, uma vez que devem ser eficazes, contudo não podem confrontar os preceitos constitucionais presentes no ordenamento, garantindo o direito de ambas as partes (credor e devedor).

Por esta razão, apresentar-se-á como objetivos específicos do presente trabalho: a) tecer um breve estudo da evolução histórica do processo civil de execução, bem como as particularidades dos princípios inerentes ao processo de execução e suas contraposições frente ao processo de conhecimento; b) analisar as peculiaridades inerentes ao art. 139, IV, do CPC e, consequentemente, às medidas coercitivas típicas e atípicas; e c) delimitar os entendimentos jurisprudenciais quanto a possibilidade de aplicação das medidas coercitivas atípicas no

processo de execução respeitando os preceitos constitucionais.

A (IN)APLICABILIDADE DAS MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS NOS PROCESSOS DE EXECUÇÃO DE OBRIGAÇÃO PECUNIÁRIA FRENTE À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

• DO HISTÓRICO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO CIVIL

Muito se discute desde os primórdios do desenvolvimento das civilizações a relação social estabelecida entre grupos. Contudo, difícil é delinear a ligação da organização da sociedade com as civilizações, uma vez que o processo civilizador significa drástica mudança na conduta dos sentimentos humanos (ELIAS, 1993).

Essas evoluções sociais estavam diretamente ligadas ao progresso do Direito, principalmente no que diz respeito ao direito processual e consequentemente ao processo de execução, uma vez que não havia distinção entre direito material e processual (GONÇALVES, 2017).

Para melhor compreensão, importante discorrer de forma breve acerca de alguns acontecimentos relativos à evolução do direito processual:

Marcadas pelo chamado “princípio do parentesco”, as sociedades do período arcaico utilizavam do instituto da autotutela, ou seja, da

força para punir ou condenar algum indivíduo em razão do cometimento de algum ato ilícito, sendo o Estado uma figura inexistente na época. Tal instituto refletiu diretamente em períodos posteriores, como por exemplo, na Lei das XII Tábuas (FONSÊCA, 2012).

Mais tarde, o Direito Processual Civil Romano fora dividido em três períodos: legis actiones, formulário e extraordinária cognitio. Esses períodos eram diferenciados por suas formalidades, uma vez que o primeiro era predominantemente praticado na oralidade, no segundo se acrescentou uma base escrita e o terceiro por ser predominantemente escrito, deu início ao surgimento de princípios legais a respeito da jurisdição e suas peculiaridades processuais (GONÇALVES, 2017).

Desta forma, tornam-se evidentes os avanços ocorridos na era do Direito Arcaico para o Direito Romano e tais mudanças ocorreram e ocorrem ainda hoje, gradativamente, com o desenvolvimento social (THIBAU et al., 2013).

Já o período medieval, ainda presente a mescla do direito material e processual, esteve marcado pela queda do império e pelas invasões barbaras, o que resultou em um considerável impacto ao avançado Direito Romano (GONÇALVES, 2017).

No que concerne ao processo de execução, importa destacar que tanto na Era Arcaica como no Direito Romano, da mesma forma que acontecia em muitas das situações cotidianas, as medidas executivas recaiam sobre a própria pessoa titular da dívida, ou seja, a quitação do débito não se dava por meio do patrimônio, mas sim pela escravidão ou morte da pessoa do devedor. Assim, naquela época era concedido ao credor o direito de cobrar suas

dívidas por meio da força (THIBAU et al., 2013).

Também não existia a figura do juiz, ou seja, o processo de execução era de caráter privado, o que concedia ao credor a possibilidade de ambicionar o devedor como forma de pagamento, sendo a sua única defesa o fiador (BELLATO; MADRID, 2008).

Apenas no Direito Moderno que se deu início a distinção do direito material e processual e o processo civil ganhou autonomia. Acredita-se que o marco inicial de tal avanço se deu com a publicação do livro Teoria dos pressupostos processuais e das exceções dilatórias, em 1868, do alemão Oskar von Bulow, uma vez que tal obra retratou de maneira coesa a distinção do processo com o exercício do direito privado. Desde então, a ciência processual apresentou um progresso considerável e a partir desse momento juristas alemães e italianos começaram a desenvolver suas teses (GONÇALVES, 2017).

Uma das principais mudanças no processo de execução ocorridas nesse período foi com relação à figura do devedor, que, com a vinda das leis humanitárias, deixou de ser visto como mero objeto capaz de sanar o débito. Sob influência do cristianismo, o patrimônio passou a responder pelas dívidas, ou seja, a execução civil começou a ter caráter patrimonial, ficando, inclusive, vedada a execução de bens necessários para sobrevivência, entendidos hoje como os “bens de família” (BELLATO; MADRID, 2008).

Diferente não aconteceu no Brasil. Sob grande influência histórica, como colônia de Portugal, o Direito Processual Civil brasileiro sofreu direta intervenção da legislação portuguesa (THIBAU et al., 2013). Ainda que houvesse ocorrido a independência política, havia a dependência das normas jurídicas portuguesas oriundas das

Ordenações Filipinas, Manuelinas e Afonsinas (YOSHINO, 2012).

Apenas em 1939 passou a vigor no Brasil um Código de Processo Civil no âmbito Federal, ou seja, unificado, visto que anteriormente cada estado era o responsável por estabelecer suas próprias normas processuais (THIBAU et al., 2013).

Tal Código foi o responsável por provocar críticas e divergências, pois sua abrangência era insuficiente e por esta razão necessitou de alterações, ficando conhecido como “colcha de retalhos” (MIOTTO, 2013). Também ficou delimitada a autonomia unitária dos processos de execução, uma vez que para qualquer título, seja judicial ou extrajudicial, haveria apenas um único tipo de processo de execução (THIBAU et al., 2013).

E tais avanços perduraram até a vigência do CPC de 1973, que foi o responsável por inúmeras conquistas processuais, tais como saneamento processual, julgamento antecipado da lide, recursos e medidas cautelares. Contudo, tais alterações não se mostraram suficientes e no decorrer dos anos, desde meados da década de 1990, o CPC de 1973 precisou sofrer significativas mudanças, como por exemplo, a inserção do procedimento monitorio, resultando na necessidade da edição de uma nova codificação que originou o CPC de 2015 (GONÇALVES, 2017).

O Novo CPC de 2015, por sua vez, foi o responsável pela implantação de inúmeras inovações e flexibilizações a fim de assegurar a celeridade processual e ainda assim a segurança jurídica (GONZATTO; FERRACINE, 2019). Uma das principais novidades deste Código foi o estabelecimento de medidas para solução de conflitos, ou seja, técnicas que promovem a interação entre as partes para que colaborem na solução da lide (ZISMAN, 2019).

Desta forma, tendo como foco principal o controle da morosidade judicial, o CPC do ano de 2015 decorreu das mudanças do Código Buzaid, seguindo-se apenas o que se considerava compatível com a tutela jurisdicional, uma vez que neste novo Código o objetivo principal não era apenas prestar tutela ao direito das partes, mas também assegurar unidade ao sistema jurídico, sendo assim, um direito de dupla dimensão (MARINONI, 2016).

Quanto ao Processo de Execução no Brasil, ainda sob reflexos das Ordenações e da Legislação Portuguesa, as espécies existentes de execução eram propriamente expropriadas (BELLATO; MADRID, 2008). Assim, como já aplicado em outros ordenamentos jurídicos em países Europeus, prezou-se pela determinação de um processo de execução único, ou seja, invariável de acordo com o título seja ele judicial ou extrajudicial, passando, inclusive, a considerar títulos antes não existentes, possibilitando ao credor um único meio de execução (LISBOA, 2018).

• **DAS PARTICULARIDADES DO PROCESSO DE EXECUÇÃO CIVIL E DA FLEXIBILIZAÇÃO PREVISTA NO ART. 139, IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL APLICADAS NOS PROCESSOS DE EXECUÇÃO**

Ante as visíveis mudanças trazidas pelo CPC/2015, importante se faz o estudo do art. 139, IV, do Código de Processo Civil, o qual concedeu ao juiz maior poder de flexibilização nas suas decisões ao possibilitar a utilização de medidas executórias ainda não aceitáveis.

O processo de execução é considerado uma intervenção realizada pelo Poder Estatal que apresenta como objetivo principal a pacificação social ao sanar certo dissabor provocado por um descumprimento de uma obrigação. Mas, tal execução estatal é considerada como um segundo meio propiciado ao credor de procurar a satisfação de seu débito, visto que antes de acionar o Poder Judiciário há a atuação da chamada “força natural” exercida pelo sistema de reprovação social e moral sobre a pessoa do devedor, o que resulta ao cumprimento voluntário da obrigação, sob receio de ser vítima da mora (FELTEN; WICKERT, 2012).

A atuação estatal está diretamente ligada ao enaltecimento da estrutura da justiça o que, certamente, resulta em uma significativa preocupação legislativa em conferir a utilidade prática de uma decisão judicial, ou seja, aquela determinação ir “além do papel”. Contudo, há inúmeros obstáculos enfrentados quando o assunto é o Poder Judiciário, como por exemplo: o desgaste moral estabelecido entre as partes, o tempo para o tramite de uma ação judicial, bem como as custas judiciais, estabelecendo-se, assim, uma crise da efetividade processual, uma vez que as desvantagens processuais têm superado suas vantagens, visto que enquanto não resolvida a lide e satisfeitos os anseios do credor haverá consequências negativas às partes que compõem a lide, sendo estes motivos a razão do desequilíbrio enfrentado pelo Judiciário (FELTEN; WICKERT, 2012).

Em consequência, o processo de execução foi diretamente afetado, ainda que mantidas características preexistentes, com o fim de possibilitar maior celeridade e eficiência o CPC de 2015. No que diz respeito aos poderes inerentes à figura do juiz, em seu artigo 139, concedeu-se poderes amplos ao possibilita-lo a determinação de medidas coercitivas a fim de que a execução

determinação de medidas coercitivas a fim de que a execução cumpra seu papel, medidas estas que ficaram conhecidas como medidas atípicas. Tal artigo, em seu inciso II, defende também o princípio da duração razoável do processo, cabendo ao juiz dispor sobre esta observância (DONIZETTI, 2018).

Ainda sobre o artigo 139, IV, do CPC, em um primeiro momento, tem-se a impressão que todas as regras que dizem respeito à atividade jurisdicional executiva estariam tratadas no Livro II da Parte Especial do CPC, denominado “Do processo de execução” (ABELHA, 2019).

Contudo, em observância ao CPC, nota-se que o Livro I da Parte Especial trata sobre as regras que concernem o cumprimento de sentença, que não deixa de ser uma atividade jurisdicional executiva que busca satisfazer um título executivo judicial (sentença), bem como se encontrará outras regras de execução em outros dispositivos espalhados pelo CPC que tratam também sobre princípios executivos como é o caso do artigo 139, IV, do CPC que, como já visto, diz respeito aos poderes inerentes ao juiz e é considerado como uma cláusula geral de toda a atividade executiva (ABELHA, 2019).

Desta forma, após a entrada em vigor do CPC de 2015, vários operadores do direito, tais como advogados e juízes, apresentaram diversas indagações quanto à abrangência dos poderes conferidos aos juízes, em especial a aplicação das medidas indutivas, coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias previstas no art. 139, IV, do CPC que têm por objetivo principal assegurar o cumprimento do princípio da efetividade do processo, visto que se busca a concretização de um direito embasado em um título executivo, seja ele judicial ou extrajudicial (VELLASCO, 2019).

Assim, o CPC de 2015 inovou tal dispositivo, passando a estabelecer que, além da aplicabilidade das medidas típicas já previstas, o juiz ainda poderá, segundo o seu art. 139, IV, determinar as chamadas medidas executórias atípicas a fim de conceder maior efetividade ao processo de execução e consequentemente garantir os direitos do credor, visto que tais medidas possuem um maior poder coercitivo (MINATTO, 2017).

Todavia, não obstante o poder delegado ao juiz de usufruir das medidas executórias atípicas, sua decisão deverá respeitar os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, além de estabelecer uma correlação com o objeto pretendido e estar de acordo com os direitos fundamentais assegurados na CF (GONÇALVES, 2019). Da mesma forma, tais medidas deverão ser aplicadas de forma subsidiária, ou seja, sua utilização só poderá se dar após o esgotamento das medidas típicas, assim, primeiramente, deve-se explorar as possibilidades de aplicações de medidas típicas para, quando frustradas, poderem usufruir das medidas atípicas de execução (CASTRO, 2017).

E assim, o artigo 139, IV, do CPC de 2015 (BRASIL, 2020, n.p), estabelece:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária [...].

Dito isto, é possível notar que o texto do artigo supracitado não apresenta qualquer rol exemplificativo de medidas executivas a

serem determinadas, sendo conhecido como cláusula geral processual. Diferentemente preveem os artigos 536, §1º e 538, §3º, bem como os artigos 830; 831 a 869; 876 a 878 e 879 a 903, os quais tratam, respectivamente, sobre o arresto, a penhora, a adjudicação e a alienação, conhecidas como medidas típicas com o fim de satisfazer determinada obrigação cuja prestação seja pecuniária (LOUZADA; TOLEDO, 2019).

Assim, é possível inferir que a aplicação das chamadas medidas atípicas, previstas no art. 139, IV, do CPC, confere ao juiz o poder de discricionariedade, tendo apenas como limite a CF, especificamente os direitos fundamentais, uma vez que o próprio texto legal não limita o uso das tais medidas (MACHADO, 2019).

Desta maneira, cabe ao juiz em observância ao art. 139 do CPC, delimitar as diretrizes de suas decisões conferindo às partes tratamento isonômico em consonância com o art. 5º, I, da CF, bem como zelar pela duração razoável do processo e evitar as ocorrências de atos atentatórios à dignidade da justiça repudiando qualquer atitude conferida pelas partes com o intuito de protelar o feito e, consequentemente, é dever dele determinar todas as medidas executórias essenciais para alcançar o êxito no processo, em especial nos processos que dependem de prestação pecuniária desde que aplicadas em respeito ao princípio do contraditório (CÂMARA, 2019).

Com isso, diante do até aqui exposto, notadamente quanto às peculiaridades do art. 139, IV do CPC, passa-se ao estudo das medidas de execução propriamente ditas, sendo elas típicas ou atípicas e sua aplicabilidade com base no entendimento jurisprudencial trazido por alguns Tribunais.

DA (IN) APLICABILIDADE DAS MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS FRENTE À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

• DAS ESPECIFICIDADES DAS MEDIDAS EXECUTIVAS TÍPICAS E ATÍPICAS

A fim de possibilitar uma maior compreensão sobre o assunto objetivo deste trabalho, faz-se necessário um breve estudo sobre as peculiaridades das medidas típicas e atípicas previstas no artigo 139, IV, do CPC:

• DAS MEDIDAS INDUTIVAS

Em síntese, entende-se por medidas indutivas todas aquelas que têm por fim desencorajar a parte a permanecer esquivando-se injustificadamente de cumprir as ordens dadas pelo juiz para o cumprimento de determinada obrigação, podendo ir além da esfera patrimonial, refletindo nos direitos fundamentais do devedor (VELLASCO, 2019). O termo “medida indutiva” justifica-se por não serem consideradas medidas executivas tradicionais (FELTEN; WICKERT, 2012).

Em um primeiro momento, importa ressaltar que, não obstante as medidas indutivas poderem ser confundidas com as medidas coercitivas, uma vez que ambas apresentam o mesmo objetivo final, qual seja: obrigar o executado à previsão contratual, os seus efeitos punitivos são diversos (MINATTO, 2017).

Ainda que ambas as medidas coercitivas e indutivas tenham por

fim pressionar o executado a cumprir a obrigação, estas se diferenciam, pois as medidas coercitivas buscam impor uma sanção negativa, enquanto as indutivas têm como objetivo oferecer ao devedor um “prêmio” como incentivo a cumprir a obrigação (MEIRELES, 2015).

• DAS MEDIDAS COERCITIVAS

Imprescindível nas obrigações infungíveis, a coerção é considerada como um dos meios mais eficazes com o objetivo de compelir o executado a cumprir determinada obrigação (GONÇALVES, 2020). As medidas coercitivas são aquelas que independem da vontade da parte executada, uma vez que atuam diretamente na pessoa do executado por meio de pressão psicológica a fim de estimular o cumprimento, mostrando que a vantagem de satisfazer a obrigação é maior que sofrer a penalidade (ABELHA, 2019).

Têm-se como exemplos de tais medidas as multas diárias e a prisão civil por dívida alimentícia (ABELHA, 2019). Nota-se que a aplicação das medidas coercitivas está diretamente ligada às medidas sub-rogatórias, sendo que uma se dará subsidiariamente a outra, desde que mantenham o mesmo objetivo: garantir a execução (GONÇALVES, 2020).

• DAS MEDIDAS MANDAMENTAIS

As medidas mandamentais devem ser utilizadas em caráter excepcional, pois antes de serem determinadas deverá o juiz tentar a aplicação das medidas coercitivas, indutivas e/ou sub-rogatórias, visto que o descumprimento de uma medida mandamental poderá acarretar crime de desobediência, que não é o propósito do processo de execução (PAULA, 2017). Cumpre frisar que esta

advertência quanto a eventual descumprimento da ordem é o que de fato caracteriza uma ordem mandamental, uma vez que, assim como ocorre nas outras medidas, também impõe uma obrigação (MEIRELES, 2015).

Paula (2017), por sua vez, ao abordar sobre a utilidade das medidas mandamentais, afirma que são significativamente consideráveis, em especial, para o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer infungível, e exemplifica com muita propriedade.

Não obstante as medidas mandamentais serem adequadas às obrigações de fazer ou não fazer de natureza infungível, não há oposições a sua aplicação nos processos de prestação pecuniária (CASTRO, 2017).

• DAS MEDIDAS SUB-ROGATÓRIAS

Muito utilizada nas execuções por quantia ou obrigações fungíveis, a sub-rogação ocorre quando, na recusa do devedor em quitar sua dívida, o Estado, por meio do juiz, sub-roga-se aos direitos do executado, ou seja, o Estado substitui o devedor, “toma” os bens do executado à força através da penhora de bens, os quais serão posteriormente adjudicados ao credor ou interessados, podendo ainda ser alienados (GONÇALVES, 2020).

As medidas sub-rogatórias dizem respeito à atividade satisfativa executada pelo juiz, uma vez que este substitui o lugar da parte, ou seja, o Poder Judiciário se coloca na posição da parte exequente em que procurará satisfazer o seu direito (MEIRELES, 2015).

Tem-se como exemplo de medida sub-rogatória a técnica

Tem-se como exemplo de medida sub-rogatória a técnica conhecida como desconto em folha que pode ser utilizada tanto no processo de execução de título judicial quanto extrajudicial. Contudo as medidas sub-rogatórias não se aplicam em processos contra a Fazenda Pública (ABELHA, 2019).

Com base no até aqui exposto, sabe-se que as medidas executórias, segundo o art. 139, IV, do CPC, são classificadas como indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias. Desta forma, é facultado ao juiz impor a aplicação destas medidas a fim de garantir maior efetividade ao processo de execução, visto que a modificação da legislação processual concedeu flexibilidade ao Poder Judiciário, possibilitando a aplicação de tais medidas atípicas a fim de alcançar uma maior celeridade processual e eficiência (MINATTO, 2017). Para isso o juiz ao despachar a inicial poderá, se viável, fixar multa pelo atraso ou determinar a aplicação de outra medida que entenda imprescindível, bem como honorários de 10% a encargo do executado (CARNEIRO, 2019).

A utilização das medidas coercitivas atípicas proporciona uma maior flexibilidade nas possibilidades de métodos de executar o devedor, sendo estas medidas diversas das acima elencadas, possuindo um condão mais hostil ao executado, resultando em uma possível efetividade processual (ANDRIOTTI, 2018).

O entendimento jurisprudencial atualmente adotado tem utilizado como medidas executivas atípicas a suspensão da Carteira Nacional de Habilitação – CNH, a apreensão do passaporte e o bloqueio de cartões de crédito da parte que está sofrendo o processo de execução e vem, de certa forma, esquivando-se de suas obrigações legais de uma forma que a simples aplicação das medidas típicas conhecidas não são suficientes para solucionar a demanda (MELLO, 2019).

Desta forma, tem-se que tal potencialidade conferida pelo inciso IV, do art. 139 do CPC, ao Poder Judiciário refletiu nas ações de pagar quantia, visto que a aplicação da medida poderá estar diretamente condicionada à conduta perpetrada pelo executado quando do descumprimento de determinada decisão proferida pelo juízo (CABRAL, 2016).

Assim, nota-se que a aplicação e a discussão gerada pelo art. 139, IV, do CPC, se dão em razão de conferir ao juiz a liberdade de administrar o andamento processual ao determinar medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias, apresentando como objetivo principal sustentar o princípio da efetividade, evitando demandar judiciais inócuas (VELLASCO, 2019). Todavia, a aplicação de tais medidas atípicas não pode ser usada como uma maneira de punição à parte inadimplente, uma vez que seu objetivo é unicamente garantir a satisfação da obrigação do credor (CAMARA, 2019).

• DA (IN)APLICABILIDADE DAS MEDIDAS COERCITIVAS TÍPICAS E ATÍPICAS FRENTE A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA SEGUNDO OS ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS

Ante o até aqui exposto, vê-se que o art. 139, IV, do CPC é o responsável por conceder ao juiz amplos poderes nos processos de execução quanto à determinação de medidas executórias, sejam elas: indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias. Concluiu-se que tal prerrogativa se dá em razão da dificuldade enfrentada pelo Poder Judiciário na efetivação do processo de execução, em especial, no que diz respeito às obrigações pecuniárias.

Diversos têm sido os posicionamentos jurisprudenciais quanto à (in)aplicabilidade das medidas coercitivas atípicas, uma vez que o dispositivo tratado no CPC não define os limites inerentes a utilização destes mecanismos de execução, sendo adotado pelo Poder Judiciário a suspensão da CNH, a apreensão do passaporte e o bloqueio de cartões de crédito, bem como o impedimento de empresas executadas participarem de processos licitatórios (MINATTO, 2017).

Considerando que a aplicação das medidas atípicas é poder discricionário do juiz no caso concreto, não há como analisar o art. 139 do CPC sem verificar o posicionamento jurisprudencial sobre o assunto, visto que o Poder Judiciário ainda não estabeleceu um entendimento consolidado a respeito da aplicação das tais medidas executivas, apresentando diferentes entendimentos sobre sua utilização.

Diante de todo o até aqui exposto, a seguir, será realizada uma breve análise de algumas decisões proferidas pelos Tribunais com relação ao tema:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. CONCESSÃO DE TUTELA PROVISÓRIA - SUSPENSÃO DE CNH E INSCRIÇÃO NO SERASAJUD - REQUISITOS PREENCHIDOS - DECISÃO MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJMS, Agravo de Instrumento n. 1410400-54.2018.8.12.0000, rel. Des. Odemilson Roberto Castro Fassa, Quarta Câmara de Direito Civil, DJ. 28.11.2018) (MATO GROSSO DO SUL, 2018, n.p).

Nesse primeiro julgado, o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul entendeu pela concessão da suspensão da CNH quando devidamente preenchidos todos os requisitos entendidos como necessários para a utilização das medidas coercitivas atípicas.

Contudo, o mesmo Tribunal, posteriormente, se posicionou de maneira diversa quando a medida é a de negativar o nome do devedor, ainda que indeferida a aplicação das medidas coercitivas atípicas com a suspensão da CNH, uma vez que, no caso concreto, o devedor dependia da habilitação para exercer suas atividades, pois é motorista, não se mostrando razoável tal prática:

O CPC, em seu art. 139, IV, permite ao juiz autorizar medidas coercitivas atípicas, a fim de alcançar satisfação da obrigação. É claro que a intenção da lei não é prejudicar o devedor; o intuito é retirá-lo da inércia, pois lhe é muito cômodo esperar que o exequente busque por todos os meios satisfazer seu crédito, enquanto aquele aguarda placidamente pela prescrição intercorrente, mantendo intacto seu estilo de vida. O dever de cooperação não é obtido, como deveria ser num mundo ideal, por meio de atitude honrada de o devedor se empenhar em cumprir com sua obrigação. Infelizmente, apenas quando ele é atingido de alguma forma em seus direitos é que entende que precisa buscar um meio de pagar seu débito; que não pode se esquivar de seus deveres. Em que pese tal dever, as medidas coercitivas atípicas devem ser proporcionais e razoáveis. Não se pode admitir medidas que não trazem benefício ao credor, servindo apenas para punir o devedor. Diante disso, embora se entenda que a medida coercitiva de suspensão do direito de dirigir do devedor não representa violação ao direito de ir e vir (já que a parte poderia se deslocar dentro do território nacional de ônibus, táxi, Uber, carona, etc.), ela deve ser afastada no caso em concreto, já que o devedor tem a profissão de motorista e depende de sua habilitação para trabalhar. Ademais, em se tratando de execução fiscal, deve o credor utilizar medidas coercitivas idôneas e adequadas, que visem o adimplemento da obrigação tributária, e não restrições de direitos pessoais incapazes de satisfazer a tutela de natureza pecuniária, como no caso, que impede o trabalho do devedor e conseqüentemente, o impossibilita de quitar seu débito. (TJMS, Agravo de Instrumento n. 1406978-37.2019.8.12.0000, rel. Des. Marco André Nogueira Hasnson, Segunda Câmara de Direito Civil, DJ. 23.7.2019) (MATO GROSSO DO SUL, 2019, n.p).

Mas, recentemente o Tribunal do Estado Mato Grosso do Sul, no seguinte julgado, posicionou-se pelo indeferimento da utilização

das medidas coercitivas atípicas, por meio da suspensão da CNH e bloqueio de cartão de crédito, sob o fundamento de que, ainda que possuam um cunho coercitivo, haveria ofensa aos princípios da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade e da menor onerosidade da execução, uma vez que a decisão estaria sujeita a limitar os direitos fundamentais do devedor, como o de locomoção e circulação, bem como afirma que a aplicação da medida não atende o objetivo processual que é satisfazer um débito, podendo acarretar no prejuízo do atendimento das necessidades básicas com o bloqueio do cartão de crédito.

Segue abaixo a ementa desse julgado paradigmático:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – ADOÇÃO DE MEDIDAS COERCITIVAS ATÍPICAS – SUSPENSÃO DA CNH – BLOQUEIO DE CARTÃO DE CRÉDITO – IMPOSSIBILIDADE – OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA EFETIVIDADE – PROVIDÊNCIAS QUE IMPLICAM EM RESTRIÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS DO DEVEDOR – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJMS, Agravo de Instrumento n. 1414081-95.2019.8.12.0000, rel. Des. Júlio Roberto Siqueira Cardoso, Quarta Câmara de Direito Civil, DJ. 29.1.2020) (MATO GROSSO DO SUL, 2020, n.p).

A análise do julgado acima colacionado se revela muito interessante, pois demonstra com clareza a divergência dos entendimentos de um mesmo Tribunal quanto a um assunto, ou seja, em um primeiro momento (2018), o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul entendeu pela utilização das medidas coercitivas, contudo, agora em 2020 fundamenta seu entendimento de maneira diversa, afirmando a existência de discussão constitucional quanto ao tema, que ganhou força levando ao indeferimento das medidas coercitivas atípicas.

Já, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina entende pela aplicabilidade das medidas coercitivas atípicas quando evidente o esgotamento dos meios típicos ou se comprovada sua ineficiência agindo o devedor de forma evasiva e desleal, conforme se extrai da ementa abaixo citada:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE INDEFERIU O PEDIDO DE SUSPENSÃO DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO E DO PASSAPORTE DO EXECUTADO. IRRESIGNAÇÃO DO EXEQUENTE. PRETENDIDA SUSPENSÃO DA CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO DO EXECUTADO E DO PASSAPORTE. MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS QUE ENCONTRAM GUARIDA NO ART. 139, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DEFERIMENTO DO PEDIDO QUE SE MOSTRA CABÍVEL QUANDO DEMONSTRADO O ESGOTAMENTO DAS MEDIDAS EXECUTÓRIAS TÍPICAS. SITUAÇÃO EVIDENCIADA, IN CASU. BUSCA PATRIMONIAL PARA A SATISFAÇÃO DE DÉBITO ALIMENTAR SEM ÊXITO POR OUTROS MEIOS. ESGOTAMENTO DAS DEMAIS POSSIBILIDADES DISPONÍVEIS. DECISÃO REFORMADA. "Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, constatando-se que as medidas coercitivas típicas restaram infrutíferas, remanescendo dívida alimentar, é possível a aplicação de meios coercitivos atípicos, com o intuito de dar efetividade ao feito, provocando o executado ao pagamento do débito." (Agravado de Instrumento n. 4002210-15.2020.8.24.0000, de Criciúma, rel. João Batista Góes Ulysséa, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 06-08-2020). RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4002479-54.2020.8.24.0000, de Criciúma, rel. Rosane Portella Wolff, Segunda Câmara de Direito Civil, j. 03-09-2020) (SANTA CATARINA, 2020, n.p).

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça tem manifestado alguns entendimentos com relação ao tema fundamentando que o magistrado deverá considerar os pressupostos da existência de indícios do patrimônio que o devedor é possuidor, bem como o esgotamento das medidas típicas de execução, estabelecendo que as medidas coercitivas atípicas sempre devem ser usadas de maneiras subsidiárias, uma vez que o art. 139, IV, do CPC

concedeu ao poder judiciário a faculdade de assegurar o processo de execução por meio da determinação de medidas apoio (atípicas) (STJ, 2020).

Conforme é possível inferir do julgado abaixo, a Ministra Nancy Andrighi estabelece que, a fim de que seja possível a utilização das medidas atípicas de execução, com o intuito de evitar a violação aos princípios constitucionais, o magistrado deverá determinar desde a intimação o executado para pagar ou apresentar seus bens para quitar a dívida, como esgotar todos os meios coercitivos tradicionais, devendo fundamentar sua decisão com base nas especificidades presentes em cada caso (STJ, 2020).

ARECURSO ESPECIAL. RESCISÃO DE CONTRATO DE FRANQUIA. CONDENÇÃO AO PAGAMENTO DE MULTA CONTRATUAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ART. 536, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC/15. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS. ART. 139, IV, DO CPC/15. CABIMENTO, EM TESE. DELINEAMENTO DE DIRETRIZES A SEREM OBSERVADAS PARA SUA APLICAÇÃO. 1. Cumprimento de sentença iniciado em 15/2/2018. Recurso especial interposto em 14/10/2019. Autos conclusos à Relatora em 7/5/2020. 2. O propósito recursal é definir se as medidas executivas atípicas postuladas pelo exequente são passíveis de adoção pelo juiz condutor do processo. 3. O acórdão recorrido não se manifestou acerca do conteúdo normativo do art. 536, parágrafo único, do CPC/15, circunstância que impede a apreciação da insurgência quanto ao ponto. 4. O Código de Processo Civil de 2015, a fim de garantir maior celeridade e efetividade ao processo, positivou regra segundo a qual incumbe ao juiz determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária (art. 139, IV). 5. A interpretação sistemática do ordenamento jurídico revela, todavia, que tal previsão legal não autoriza a adoção indiscriminada de qualquer medida executiva, independentemente de balizas ou meios de controle efetivos. 6. De acordo com o entendimento do STJ, as modernas regras de processo, ainda respaldadas pela busca da efetividade jurisdicional, em nenhuma circunstância poderão se

circunstância poderão se distanciar dos ditames constitucionais, apenas sendo possível a implementação de comandos não discricionários ou que restrinjam direitos individuais de forma razoável. Precedente específico. 7. A adoção de meios executivos atípicos é cabível desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade. 8. Situação concreta em que as circunstâncias definidas neste julgamento não foram devidamente sopesadas pelos juízos de origem, sendo de rigor – à vista da impossibilidade de serem revolidas questões fático-probatórias em recurso especial – o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau para que se proceda a novo exame da matéria. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (STJ, Recurso Especial n. 1.864.190/SP, rel. Ministra Nancy Andrighi, DJ. 16.6.2020) (BRASIL, 2020, n.p).

Uma vez cumpridos os requisitos autorizadores, o juiz poderá, de forma razoável e necessária, determinar a aplicação das medidas atípicas tendo como objetivo efetivar o direito do credor em receber a quantia executada do devedor que, ainda que demonstrado haver meios de cumprir com suas obrigações, tentar burlar o processo de execução ao se esquivar dos meios executórios (STJ, 2020).

No mesmo sentido do julgado colacionado acima, em outros dois casos, o STJ se posicionou pela não determinação dos meios atípicos nos casos em que não houver demonstrado nos autos a ocultação de patrimônio pelo devedor, ou seja, não havendo no processo indícios de que o executado está, de má-fé, tentando ludibriar o processo executivo ao tentar, através de meios imorais, dissipar seu patrimônio para frustrar a execução (STJ, 2019).

Ou seja, segundo o entendimento firmado pelo STJ, os magistrados poderão adotar medidas executivas indiretas desde

que aplicados de forma subsidiária e fundamentada quando evidente os indícios de que o executado possui meios de arcar com o pagamento da dívida (STJ, 2020).

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL E REPARAÇÃO POR DANO MATERIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. QUANTIA CERTA. MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS. ART. 139, IV, DO CPC/15. CABIMENTO. DELINEAMENTO DE DIRETRIZES A SEREM OBSERVADAS PARA SUA APLICAÇÃO. 1. Ação distribuída em 10/6/2011. Recurso especial interposto em 25/5/2018. Autos conclusos à Relatora em 3/12/2018. 2. O propósito recursal é definir se, na fase de cumprimento de sentença, a suspensão da carteira nacional de habilitação e a retenção do passaporte do devedor de obrigação de pagar quantia são medidas viáveis de serem adotadas pelo juiz condutor do processo. 3. O Código de Processo Civil de 2015, a fim de garantir maior celeridade e efetividade ao processo, positivou regra segundo a qual incumbe ao juiz determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária (art. 139, IV). 4. A interpretação sistemática do ordenamento jurídico revela, todavia, que tal previsão legal não autoriza a adoção indiscriminada de qualquer medida executiva, independentemente de balizas ou meios de controle efetivos. 5. De acordo com o entendimento do STJ, as modernas regras de processo, ainda respaldadas pela busca da efetividade jurisdicional, em nenhuma circunstância poderão se distanciar dos ditames constitucionais, apenas sendo possível a implementação de comandos não discricionários ou que restrinjam direitos individuais de forma razoável. Precedente específico. 6. A adoção de meios executivos atípicos é cabível desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade. 7. Situação concreta em que o Tribunal a quo indeferiu o pedido do exequente de adoção de medidas executivas atípicas sob o singelo fundamento de que a responsabilidade do devedor por suas dívidas diz respeito apenas ao aspecto patrimonial, e não pessoal. 8. Como essa circunstância não se coaduna com o entendimento propugnado neste julgamento, é de rigor – à vista da impossibilidade de esta Corte

reverter o conteúdo fático-probatório dos autos – o retorno dos autos para que se proceda a novo exame da questão. 9. De se consignar, por derradeiro, que o STJ tem reconhecido que tanto a medida de suspensão da Carteira Nacional de Habilitação quanto a de apreensão do passaporte do devedor recalcitrante não estão, em abstrato e de modo geral, obstadas de serem adotadas pelo juiz condutor do processo executivo, devendo, contudo, observar-se o preenchimento dos pressupostos ora assentados. Precedentes. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (STJ, Recurso Especial n. 1.782.418/RJ, rel. Ministra Nancy Andrighi, DJ. 23.4.2019) (BRASIL, 2019, n.p).

Abaixo, colaciona-se mais um caso em que o STJ apresenta o entendimento acima apontado:

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CHEQUES. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. DESCABIMENTO. MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS. ART. 139, IV, DO CPC/15. CABIMENTO. DELINEAMENTO DE DIRETRIZES A SEREM OBSERVADAS PARA SUA APLICAÇÃO. 1. Ação distribuída em 1/4/2009. Recurso especial interposto em 21/9/2018. Autos conclusos à Relatora em 7/1/2019. 2. O propósito recursal é definir se a suspensão da carteira nacional de habilitação e a retenção do passaporte do devedor de obrigação de pagar quantia são medidas viáveis de serem adotadas pelo juiz condutor do processo executivo. 3. A interposição de recurso especial não é cabível com base em suposta violação de dispositivo constitucional ou de qualquer ato normativo que não se enquadre no conceito de lei federal, conforme disposto no art. 105, III, "a" da CF/88. 4. O Código de Processo Civil de 2015, a fim de garantir maior celeridade e efetividade ao processo, positivou regra segundo a qual incumbe ao juiz determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária (art. 139, IV). 5. A interpretação sistemática do ordenamento jurídico revela, todavia, que tal previsão legal não autoriza a adoção indiscriminada de qualquer medida executiva, independentemente de balizas ou meios de controle efetivos. 6. De acordo com o entendimento do STJ, as modernas regras de processo, ainda respaldadas pela busca da efetividade jurisdicional, em nenhuma circunstância poderão se distanciar dos ditames constitucionais,

apenas sendo possível a implementação de comandos não discricionários ou que restrinjam direitos individuais de forma razoável. Precedente específico. 7. A adoção de meios executivos atípicos é cabível desde que, verificando-se a existência de indícios de que o devedor possua patrimônio expropriável, tais medidas sejam adotadas de modo subsidiário, por meio de decisão que contenha fundamentação adequada às especificidades da hipótese concreta, com observância do contraditório substancial e do postulado da proporcionalidade. 8. Situação concreta em que o Tribunal a quo indeferiu o pedido do recorrente de adoção de medidas executivas atípicas sob o fundamento de que não há sinais de que o devedor esteja ocultando patrimônio, mas sim de que não possui, de fato, bens aptos a serem expropriados. 9. Como essa circunstância se coaduna com o entendimento propugnado neste julgamento, é de rigor – à vista da impossibilidade de esta Corte reverter o conteúdo fático-probatório dos autos – a manutenção do aresto combatido. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (STJ, Recurso Especial n. 1.788.950/MT, rel. Ministra Nancy Andrighi, DJ. 23.4.2019) (BRASIL, 2019, n.p).

Quanto à subsidiariedade tratada pela jurisprudência importa ressaltar que diverge do entendimento de alguns doutrinadores que defendem que a previsão legal trazida pelo artigo 139 exime qualquer necessidade prévia de aplicação de meios típicos, sob o argumento de que o adimplemento por meio da coerção é mais vantajoso tanto economicamente quanto na celeridade processual, enquanto outros sustentam que a subsidiariedade das medidas se faz necessária a fim de prezar pela excepcionalidade e necessidade, uma vez que as obrigações pecuniárias devem ser vistas de forma relativa frente à aplicação das medidas coercitivas (BORGES, 2019).

Com isso, a aplicabilidade das medidas coercitivas atípicas há de estar de acordo com vários fatores determinantes além da alegada subsidiariedade, sendo que a fim de serem efetivamente utilizadas, deverão respeitar os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, ambos de acordo com os

eventuais excessos dos meios de execução, em observância a cada caso concreto, pois não podem feri-los de maneira que acarrete lesão aos direitos constitucionais do executado (BORGES, 2019).

Desta forma, conclui-se que o entendimento jurisprudencial majoritário, ainda que divergente de parte da doutrina, é no sentido de que há a possibilidade da aplicabilidade das medidas coercitivas atípicas, previstas no inciso IV do art. 139 do CPC, sem ferir os preceitos constitucionais desde que determinada de forma fundamentada e respeitados os pressupostos de cada caso concreto, ou seja, desde que observadas as peculiaridades de cada executado, uma vez que só poderão ser aplicadas de forma subsidiária à utilização das medidas típicas usualmente conhecidas, a fim de evitar que os princípios constitucionais e os direitos fundamentais da parte executada sejam comprometidos, sem deixar de garantir os direitos do credor.

DELIMITAÇÕES METODOLÓGICAS

Demarcar a aplicabilidade das medidas coercitivas atípicas no processo de execução civil frente à Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB, 1988), é o objeto principal da presente pesquisa.

Para tanto, realizar-se-á uma revisão bibliográfica, por meio de uma pesquisa aplicada classificada como narrativa, uma vez se buscará prosperar a perspectiva atual frente a um problema prático específico enfrentado pelo judiciário, bem como terá como base pesquisas básicas anteriormente realizadas.

Dar-se-á a utilização do método dedutivo como meio para atingir os objetivos propostos, ou seja, há “o propósito de explicar o conteúdo das premissas” (LAKATOS; MARCONI, 2003). Tais buscas serão realizadas em periódicos, artigos científicos, sites e doutrinas e ainda, jurisprudências estaduais e federais, tendo como para tanto tais palavras chaves de pesquisa: Código de Processo Civil, Processo de Execução Civil, Medidas coercitivas atípicas.

Delimita-se o presente trabalho em um tempo amostral estimado de 18 (dezoito) meses entre os anos de 2019 e 2020, com base nas regras da Normalização da UNIARP (UNIARP, 2019), e da Norma Brasileira 6023 (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS, 2002), tendo como foco principal grupos de operadores e acadêmicos do Direito, em especial os atuantes na esfera processual civil, entretanto, abrangerá a população em geral, pois abordará a respeito da administração de bens e direitos frente a um processo de execução.

A fim de cumprir o objetivo principal desta pesquisa, vislumbra-se, portanto, a essencialidade de discorrer a respeito do limite constitucional imposto para utilização das medidas coercitivas atípicas asseguradas no Código de Processo Civil (CPC).

Para isso, na primeira seção será estudada a evolução histórica do processo civil de execução e seus princípios, bem como sua relação com o processo de conhecimento. No segundo momento, serão expostas as peculiaridades e aplicabilidade das medidas coercitivas já utilizadas (conhecidas também como típicas) e das medidas coercitivas atípicas. Ao final, na terceira seção, tendo como base o estudo das seções anteriores e partindo da premissa de que a imprescindibilidade do Poder Judiciário consiste no seu

poder de julgar de forma autônoma e imparcial, bem como que os preceitos constitucionais são instrumentos fundamentais na garantia da justiça entre as partes explorar-se-á a (in) aplicabilidade das medidas coercitivas atípicas frente aos direitos resguardados na Constituição Federal (CF).

Por fim, expõe-se que o objetivo institucional do presente estudo, que foi realizado no ano de 2020, é a produção de um artigo científico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Frente à morosidade enfrentada pelo Poder Judiciário nos processos de execução civil, estabeleceu-se um grande desafio à legislação brasileira a fim de oportunizar maior efetividade nas ações de execução, uma vez que maior parte das ações, sejam elas fundadas em títulos executivos judiciais ou extrajudiciais, apresentavam resultados insatisfatórios, pois o direito do credor não era suprido em razão da negativa por parte do devedor em cumprir com a obrigação a ele inerente.

Para tanto, o CPC de 2015, em seu artigo 139, IV, prevê medidas coercitivas que ficaram conhecidas como atípicas por seu caráter indutivo, coercitivo, mandamental e sub-rogatório.

Tal artigo oportunizou ao Poder Judiciário uma maior flexibilização na aplicabilidade das medidas executórias, tendo como única limitação os Direitos Fundamentais assegurados na

CF, contudo ainda não há entendimento jurisprudencial consolidado ou doutrinário majoritário sobre o tema.

Desta forma, o presente trabalho teve por objetivo principal estudar a (in)aplicabilidade do art. 139, IV, do CPC frente à CF, em especial, em face dos seus princípios fundamentais.

A fim de possibilitar tal compressão, primeiramente, fez-se necessário o estudo da evolução histórica do processo civil, em que se pode concluir que o Direito evolui constantemente e simultaneamente com a sociedade, bem como no Brasil, ainda que conquistada sua independência política, o Direito Brasileiro sofreu fortes influências das Ordenações Portuguesas.

Abordou-se sobre as medidas típicas e atípicas previstas na legislação processual civil, sendo que aquelas são as expressamente tratadas no Código, enquanto estas são tratadas de maneira abstrata, bem como sobre os avanços do inciso IV, do art. 139, do CPC, visto que possibilitou ao Poder Judiciário poderes mais amplos a fim de garantir o processo de execução, uma vez que as execuções frustradas têm prevalecido frente as dificuldades enfrentadas pelos credores em forçar o cumprimento da obrigação só com a utilização das medidas típicas.

Desta forma, confere-se ao juiz o poder de discricionariedade quanto a aplicação do inciso supracitado, buscando facilitar a solução desde desafio processual.

Assim, pode-se observar que o Direito Processual Civil está em constante evolução e seus princípios, que tem base constitucional, são de suma importância para a aplicação da norma, uma vez que tem o condão de proteger os direitos

fundamentais do homem, bem como que a responsabilidade patrimonial, que está diretamente associada ao poder executório exercido pelo Estado, é de suma importância para delimitar a responsabilidade do executado em face do processo de execução, sendo que tal responsabilização poderá ser tanto primária (bens do próprio executado), quanto secundária (bens de terceiros alheios a lide).

Distinguiu-se o poder atribuído aos juízes a fim de proporcionar maior transigência nas decisões de natureza expropriatória, delimitando a aplicabilidade das medidas executórias típicas e atípicas, bem como seu papel na busca pelo êxito no deslinde processual.

E por fim, com base a análise jurisprudencial realizada, foi possível concluir que o entendimento atual, mesmo que haja algumas divergências de parte da doutrina, é no sentido de que é possível a aplicabilidade das medidas coercitivas atípicas, devidamente previstas no inciso IV do art. 139 do CPC, desde que usadas de forma subsidiárias e que não confrontem os preceitos constitucionais, devendo ser concedida de forma fundamentada e em observância as peculiaridades de cada caso concreto, tendo como base a condição de cada executado.

Desta forma, não haverá lesão aos direitos do executado, bem como garantirá o direito do credor.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. Manual de execução civil. 7. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2019.

ALVES, Elisama de Sousa. O sincretismo e sua efetividade processual. Conteúdo Jurídico, Brasília. 2015. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/45297/o-sincretismo-e-sua-efetividade-processual>. Acesso em: 11 jun. 2020.

ALVES, Murilo Ricardo Silva. Avanços e Retrocessos do Novo Código de Processo Civil: Entre Passado e Futuro. Revista Âmbito Jurídico, v. 180, n.p, 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/o-sistema-de-precedentes-vinculantes-no-codigo-de-processo-civil/>. Acesso em: 16 maio. 2020.

ANDRIOTTI, Rommel. Medidas Executórias Atípicas no Processo Civil. Carta Forense. 1 ago. 2018. Disponível em: <http://www.carteforense.com.br/conteudo/entrevistas/medidas-executorias-atipicas-no-processo-civil/18257>. Acesso em: 5 out. 2020.

ASSIS, Araken. Manual da Execução. 18.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6023: informação e documentação: referências. Rio de Janeiro, 2018.

BELLATO, Júnior Fernando; MADRID, Daniela Martins. Evolução Histórica da Execução. ETIC. v. 4, 2008. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/1752/1659>. Acesso em: 15 ago. 2020.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. O Princípio do Processo Novo Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016.

BORGES, Marcus Vinicius Motter. Medidas coercitivas atípicas nas execuções pecuniárias: parâmetros para a aplicação do art. 139, IV do CPC/2015. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BRAGA, Paula Sarno. Processo Civil: Teoria Geral do Processo Civil. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 23 maio. 2020.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869/imprensa.htm. Acesso em: 23 maio. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 23 maio. 2020.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. A atuação do juiz e as medidas executivas no CPC/15. Disponível em: <https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/390527161/a-atuacao-do-juiz-e-as-medidas-executivas-no-cpc-15#:~:text=O%20CPC%2F15%20dedica%20um,139%20uma%20correspond%C3%Aancia%20ao%20art.&text=Assim%2C%20a%20inclus%C3%A0o%2C%20aparentemente%20inofensiva,conferir%20efetividade%20C3%A0%20ordem%20judicial>. Disponível em: Acesso em: 6 out. 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. O Novo Processo Civil Brasileiro. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CASTRO, Daniel Penteado. Medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias: há limites para o art. 139, IV?. 5 maio 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-na-pratica/258376/medidas-indutivas-coercitivas-mandamentais-ou-sub-rogatorias-ha-limites-para-o-art-139-iv>. Acesso em: 10 jun. 2020.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ Serviço: Entenda as fases de conhecimento e de execução do processo. 3 mar. 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-entenda-as-fases-de-conhecimento-e-de-execucao-do-processo/>. Acesso em: 6 jun. 2020.

COELHO, Marcus Vinicius Furtado. Artigos 7º e 8º do CPC - Princípios fundamentais do processo civil. 19 mar. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/cpc-marcado/298393/artigos-7-e-8-do-cpc-principios-fundamentais-do-processo-civil>. Acesso em: 21 maio. 2020.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 17. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

REFERÊNCIAS

DIDIER JUNIOR, Fredie et al. Medidas executivas atípicas: Diretrizes para a concretização das cláusulas gerais executivas dos arts. 139, IV, 297 e 536, § 1º, CPC. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

DONIZETTI, Elpidio. Novo Código de Processo Civil Comentado. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

ELIAS, Nobert. O processo civilizador: Formação do Estado e Civilização. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1993.

EXPOSIÇÃO de Motivos do Código de Processo Civil. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Verbo Jurídico. 2015. p. 433-438. Disponível em: <https://www.verbojuridico.com.br/vademecum/CPC-Exposicao-de-motivos.pdf> Acesso em: 21 out. 2020.

FELTEN, Márcia Silvana; WICKERT, Lisiane Beatriz. Efetividade executiva: A Coerção dos Inadimplentes no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Direito em debate: Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIJUI, v. 37. 2012. Disponível em: <https://revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/378/467> Acesso em: 11 jun. 2020.

FERREIRA, Adriano. Antiguidade: Roma (generalidades e Direito arcaico). 2018. Disponível em: <https://direito.legal/historia-do-direito/hd08-antiguidade-roma-generalidades-e-direito-arcaico/>. Acesso em: 29 mar. 2020.

FERREIRA, Juliana. Evolução do direito processual civil brasileiro. 2018. Disponível em: <https://juristas.com.br/2018/03/11/evolucao-do-direito-processual-civil-brasileiro/>. Acesso em: 26 abr. 2020.

FONSÊCA, Vitor. O Período Arcaico do Direito Processual Civil. Revista dos Tribunais Online, v. 213, p. 35 - 49. nov. 2012. Disponível em: https://www.academia.edu/42822923/O_per%C3%ADodo_arcaico_do_Direito_Processual_Civil?auto=download. Acesso em: 15 ago. 2020.

FONTENELLE, André. Metodologia científica: Como definir os tipos de pesquisa do seu TCC?. 2019. Disponível em: <https://andrefontenelle.com.br/tipos-de-pesquisa/>. Acesso em: 29 mar. 2020.

FORTILLI, Denise de Carvalho. A efetividade da execução por quantia certa contra a Fazenda Pública e o direito fundamental à tutela jurisdicional. 2015. Monografia (Bacharel em Direito) – Centro Universitário de Rio Preto, São José do Rio Preto, 2015. Disponível em: https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/23013/Monografia_Denise_de_Carvalho_Fortilli.pdf. Acesso em: 11 jun. 2020.

FREITAS, Alexandre. O Novo Processo Civil Brasileiro. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito processual civil esquematizado. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Processo Civil: execução civil. 21. ed. São Paulo: Saraiva Educacional, 2019.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Execução, processos nos tribunais e meios de impugnação das decisões. v.3. 13 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GONZATTO, Bianca Gonçalves; FERRACINE, Renato Augusto. O Sistema de precedentes vinculantes no Código de Processo Civil. Revista Âmbito Jurídico, v. 183, n.p, 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/o-sistema-de-precedentes-vinculantes-no-codigo-de-processo-civil/>. Acesso em: 16 maio. 2020.

LAZZARI, João Batista. Os princípios constitucionais do acesso à justiça e da razoável duração do processo. Parte I. 2015. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/08/11/os-principios-constitucionais-do-acesso-a-justica-e-da-razoavel-duracao-do-processo/>. Acesso em: 29 jul. 2020.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. Fundamentos de metodologia científica. 5. ed. São Paulo: Atlas. 2003.

LEITE JUNIOR, Flavio Lucio. O contraditório como garantidor do devido processo legal no inquérito policial brasileiro. Revista Âmbito Jurídico, v. 155, n.p, 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-155/o-contraditorio-como-garantidor-do-devido-processo-legal-no-inquerito-policial-brasileiro/>. Acesso em: 27 maio. 2020.

LIMA FILHO, Francisco das C. Breves considerações sobre os principais princípios estruturantes do novo código de processo civil e sua aplicação ao processo do trabalho. Revista Âmbito Jurídico. v. 153, n.p, 2016. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-153/breves-consideracoes-sobre-os-principais-principios-estruturantes-do-novo-codigo-de-processo-civil-e-sua-aplicacao-ao-processo-do-trabalho/>. Acesso em: 31 maio. 2020.

LISBOA, Celso Anicet. Processo de execução, ontem e hoje. Revista Jus Navigandi, v. 5370, n.p, mar. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/60864>. Acesso em: 11 maio. 2020.

LOURENÇO, Haroldo. Processo Civil Sistematizado. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

REFERÊNCIAS

LOUZADA, Thomas Fernandes Braga; TOLEDO, Luiza Helena Lellis Andrade de Sá Sodero. A atipicidade das medidas executivas como princípio garantidor do direito fundamental à razoável duração da atividade satisfativa civil. *Revista Âmbito Jurídico*, v. 179, n.p, 2019. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/a-atipicidade-das-medidas-executivas-como-principio-garantidor-do-direito-fundamental-a-razoavel-duracao-da-atividade-satisfativa-civil/#_ftn1. Acesso em: 8 jun. 2020.

MACHADO, Paulo Ricardo da Rocha; NASCIMENTO, Izabella de Souza Coimbra. As medidas atípicas no Processo Civil Constitucional Brasileiro e o processo como meio garantidos de qualidade de vida. *Revista Âmbito Jurídico*, v. 186, n.p, 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/as-medidas-atipicas-no-processo-civil-constitucional-brasileiro-e-o-processo-como-meio-garantidos-de-qualidade-de-vida/>. Acesso em: 8 jun. 2020.

MANAUS, Pedro Paulo Teixeira. O livre convencimento do juiz e a prova produzida nos autos. *Revista Consultor Jurídico*, n.p, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-12/reflexoes-trabalhistas-livre-convencimento-juiz-prova-produzida-autos>. Acesso em: 27 jul. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MEIRELIS, Edilton. Medidas sub-rogatórias, coercitivas, mandamentais e indutivas no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo*, v. 247, p.1-13, 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.247.09.PDF. Acesso em: 12 jun. 2020.

MELLO, Vitor Gomes Rodrigues. Medidas atípicas na execução de quantia e o Contempt of Court: da efetividade e dos limites na sua aplicação. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/300358/medidas-atipicas-na-execucao-de-quantia-e-o-contem-pt-of-court-da-efetividade-e-dos-limites-na-sua-aplicacao>. Acesso em: 6 out. 2020.

MINATTO, Kellen. A imposição das medidas atípicas previstas no artigo 139, inciso iv, do código de processo civil: uma análise à luz do direito de ir e vir e dos princípios da realidade e da utilidade da execução. 2017. Monografia (Bacharel em Direito) - Universidade do Extremo Sul Catarinense, Criciúma, 2017. Disponível em: <http://repositorio.unesc.net/handle/1/6067>. Acesso em: 29 mar. 2020.

MIOTTO, Carolina Cristina. A evolução do direito processual civil brasileiro: de 1939 a análise dos objetivos visados pelo Projeto de Lei n. 8.046 de 2010. *Revista da UNIFEFE*, v.1, n.11. 2013. Disponível em: <https://periodicos.unifebe.edu.br/index.php/revistaeletronicadaunifebe/article/viewFile/135/66>. Acesso em: 25 abr. de 2020.

MONNERAT, Fabio. *Introdução ao estudo do Direito Processual Civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

PAULA, Isis Regina. A aplicação de medidas atípicas em obrigações pecuniárias: Artigo 139, IV, do CPC/2015. 2017. Monografia (Bacharel em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/182415>. Acesso em: 29 mar. 2020

REZENDE, Marcus Vinícius Drumond. Uma breve história da execução: do processo romano ao código de processo civil de 1939. 2014. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/37929/uma-breve-historia-da-execucao-do-processo-romano-ao-codigo-de-processo-civil-de-1939>. Acesso em: 16 ago. 2020.

ROSA, Bruna Maria; SIQUEIRA JUNIOR, Orival Correia. O Princípio Constitucional Da Isonomia e a Penhorabilidade do Bem de Família do Fiador no Contrato de Locação. *Revista Âmbito Jurídico*, v. 192, n.p, Jan.2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-principio-constitucional-da-isonomia-e-a-penhorabilidade-do-bem-de-familia-do-fiador-no-contrato-de-locacao/>. Acesso em: 29 maio. 2020.

SANTOS, Maria Claudia Rodrigues. A reforma trabalhista com o advento da Lei n. 13.467 de 2017. *Revista Âmbito Jurídico*, v. 186, n.p, Out. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-trabalho/a-reforma-trabalhista-com-o-advento-da-lei-13-467-de-2017/>. Acesso em: 21 abr. 2020.

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

SHWERZ, Stela Marlene, et al. *Código de Processo Civil Anotado*. Curitiba: OAB Paraná, 2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. Não é possível adotar meios executivos atípicos contra devedor sem sinais de ocultação patrimonial. Maio. 2019. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalt/Paginas/Comunicacao/Noticias/Nao-e-possivel-adotar-meios-executivos-atipicos-contradevedor-sem-sinais-de-ocultacao-patrimonial.aspx>. Acesso em: 2 set. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. Meios de execução indireta dependem do esgotamento das vias típicas para satisfação do crédito. Ago. 2020. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalt/Paginas/Comunicacao/Noticias/21082020-Meios-de-execucao-o-indireta-dependem-do-esgotamento-das-vias-tipicas-para-satisfacao-do-credito.aspx>. Acesso em: 2 set. 2020.

REFERÊNCIAS

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 1.864.190/SP. Relator: Ministra Nancy Andriighi, Diário de Justiça. 16 jun. 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. Recurso Especial n. 1.782.418/RJ. Relator: Ministra Nancy Andriighi, Diário de Justiça. 23 abr. 2019.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. Recurso Especial n. 1.788.950/MT. Relator: Ministra Nancy Andriighi, Diário de Justiça. 23 abr. 2019.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho, et al. História e perspectivas da execução cível no direito brasileiro. Revista Âmbito Jurídico, v. 110, n.p, 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/historia-e-perspectivas-da-execuca-o-civel-no-direito-brasileiro/>. Acesso em: 29 mar. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. Agravo de Instrumento n. 1414081-95.2019.8.12.0000. Relator Desembargador: Júlio Roberto Siqueira Cardoso. Quarta Câmara de Direito Civil, Diário de Justiça. 29 jan. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. Agravo de Instrumento n. 1406978-37.2019.8.12.0000. Relator Desembargador: Marco André Nogueira Hasnson. Segunda Câmara de Direito Civil, Diário de Justiça. 23 jul. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO MATO GROSSO DO SUL. Agravo de Instrumento n. 1410400-54.2018.8.12.0000. Relator Desembargador: Odemilson Roberto Castro Fassa. Quarta Câmara de Direito Civil, Diário de Justiça. 28 nov. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. Agravo de Instrumento n. 4002479-54.2020.8.24.0000. Relator Desembargador: Rosane Portella Wolff, Segunda Câmara de Direito Civil, Diário de Justiça. 3 set. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. Agravo de Instrumento n. 4021730-92.2019.8.24.0000. Relator Desembargador: Denise Volpato, Sexta Câmara de Direito Civil, Diário de Justiça. 28 jul. 2020.

TUCCI, José Rogério Cruz. Lineamentos do princípio da boa-fé no processo arbitral. Revista Consultor Jurídico, n.p, Jul. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-30/paradoxo-corte-lineamentos-principio-boafefe-processo-arbitral>. Acesso em: 26 jul. 2020.

UNIVERSIDADE ALTO VALE DO RIO DO PEIXE-UNIARP. Normalização de trabalhos acadêmicos. Caçador: EdUNIARP, 2019.

VELLASCO, Allan Wellington Volpe. Medidas indutivas no novo Código de Processo Civil: aplicabilidade e limites do art. 139, IV, do Código de Processo Civil. Revista Forense, v. 429, n.p, 2019. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/06/30/revista-forense-429-medidas-indutivas-no-novo-codigo-de-processo-civil/>. Acesso em: 11 jun. 2020.

VILAS-BÔAS, Renata Malta. Princípios constitucionais do Direito Processual Civil. Revista Âmbito Jurídico, v. 92, n.p, 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/principios-constitucionais-do-direito-processual-civil/>. Acesso em: 27 maio. 2020.

WALDRAFF, Célio Horst. Os poderes mandamentais do juiz no novo CPC e a superação da multa do art. 475-J do CPC/1973. JusLaboris, v. 5, p. 113, 2016. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/94739/2016_waldruff_celio_poderes_mandamentais.pdf?sequence=1&isAllowed=y/. Acesso em: 3 jul. 2020.

YOSHINO, André Motoharu. Estudo da evolução do processo no Brasil: influência constitucional e independência das áreas. 2012. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/150022/estudo-da-evolucao-do-processo-no-brasil-influencia-constitucional-e-independencia-das-areas>. Acesso em: 21 de abr. 2020.

ZISMAN, Maria Dé Carli. O Código de Processo Civil de 2015 e a intenção de desjudicialização dos conflitos. Revista Âmbito Jurídico, n.p, Sep. 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/noticias/o-codigo-de-processo-civil-de-2015-e-a-intencao-de-desjudicializacao-dos-conflitos/>. Acesso em: 6 de maio 2020.

Artigo 03

AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO BRASIL: UMA APRESENTAÇÃO DESTE INSTITUTO OBSERVANDO-SE OS PRINCÍPIOS DE DIREITO PENAL E AS PRISÕES PENAIS DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.



Rubens Luís Freiburger

Mestrando do Programa de Mestrado Acadêmico em Desenvolvimento e Sociedade da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP, Caçador/SC



Juarez Diego Siqueira

Bacharel em Direito pela Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP, Caçador/SC.



Resumo

A Audiência de Custódia implementada no ordenamento jurídico nacional por meio da Resolução nº 213 de 15 de dezembro de 2015 do Conselho Nacional de Justiça é marco importante na prática processual penal hoje no Brasil. Os principais argumentos que amparam a celebração destas audiências, é que representam meio a efetivar previsão de tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil, são um avanço na promoção dos princípios de direito penal e um filtro para evitar as arbitrariedades nas prisões penais. Estas audiências visam uma apresentação do indivíduo detido a um juiz para que seja examinada a legalidade da prisão, as condições e o tratamento recebido por parte das autoridades que a realizaram e ainda para verificação sobre a necessidade de manutenção da prisão durante o decorrer do

Introdução

O tema Audiência de Custódia é muito discutido no atual cenário jurídico brasileiro, pois sua regulamentação deu-se recentemente e ainda está em fase de implantação. A matéria versa sobre o instrumento processual que determina que todo o preso deve ser levado à presença da autoridade judicial, para que este avalie a legalidade e necessidade de manutenção da prisão.

O objetivo que tais audiências buscam alcançar é a efetiva aplicação da previsão disposta em tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil como por exemplo a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

Diante da busca pelas garantias citadas incorpora-se um novo

Muitos aspectos foram questionados pela doutrina, magistrados, delegados de polícia e por demais operadores do direito, tanto sobre a legalidade do meio de implantação deste instituto por uma resolução do Conselho Nacional de Justiça e também sobre o próprio mérito da necessidade de realização ou não dessas audiências. Diante deste contexto realizou-se um estudo doutrinário sobre o tema contemplando ainda os aspectos que estão diretamente ligados a ele, como os princípios de direito penal e as prisões penais vigentes no Brasil, visando analisar imprescindibilidade da celebração das famigeradas audiências de custódia.

Termos para indexação: Direito processual Penal. Direito Internacional Público. Audiência de custódia. Prisão.

momento na persecução penal, momento este que implica em diversas consequências como a mobilização do judiciário e das forças policiais para a celebração de tal audiência. Referente a esta apresentação do detido a um juiz resultam ainda os impactos da avaliação da legalidade e da manutenção da prisão.

A constante evolução dos direitos humanos e das ferramentas que asseguram a sua prática é algo natural no atual estado democrático de direito e da própria sociedade como um todo. É certo que deve haver uma compatibilização entre esses direitos e o jus puniendi estatal. Mas afinal, é o instituto da audiência de custódia indispensável à promoção dos princípios de direito penal e assegurar uma justa aplicação das prisões penais previstas no ordenamento jurídico pátrio?

Diante deste problema, o presente estudo objetiva apreciar uma inovação no ordenamento jurídico pátrio que consubstancia previsão disposta em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, previsão que foi consolidada por meio de uma resolução do Conselho Nacional de Justiça.

Assim, importa analisar a estrutura jurídica que levou a criação das audiências de custódia e sua inicial implantação para a diminuição de prisões temporárias no Brasil.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA SUA PREVISÃO LEGAL, FINALIDADES E DINÂMICA

• HISTÓRICO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO BRASIL

As audiências de custódia surgem no Brasil como a efetivação do direito que todo o cidadão preso deve ser apresentado a um juiz ou tribunal para que seja examinada a legalidade da prisão, as condições e o tratamento concedido pelas autoridades que realizaram sua detenção e ainda para verificação sobre a necessidade de manutenção da prisão realizada durante o decorrer do processo.

Da implementação desse instrumento no Brasil vale destacar alguns casos que compuseram um cronograma o qual convergiu para sua estruturação. No ano de 2010 em seu primeiro semestre o ministério público do Ceará buscando a consolidação que toda a pessoa presa no Brasil fosse apresentada a um juiz ou tribunal ingressou com uma ação civil pública. Ainda nesse sentido também já eram realizados estudos no mesmo período pela

defensoria pública do estado de São Paulo.

Em setembro de 2011 é apresentado um projeto de lei no senado federal – PLS 554/2011 com a seguinte ementa:

Altera o § 1º do art. 306 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante.

A justificação de tal projeto de lei é embasada nos seguintes dispositivos:

O art. 5º, inciso LXII, da Constituição determina que a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada, procedimento que o atual art. 306 do Código de Processo Penal detalha, ao dispor que, em até 24 horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública, bem como, no mesmo prazo, será entregue ao preso, mediante recibo, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas. Ressalte-se, todavia, que o Brasil é signatário do Pacto de Direitos Civis e Políticos, promulgado por meio do Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, que reconhece a todos os membros da família humana direitos iguais e inalienáveis, constituindo a dignidade humana o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo.

Ainda de tal justificação vale expor que a República Federativa do Brasil é signatária do Pacto de São José da Costa Rica, este promulgado pelo Decreto 678, de 06 de novembro de 1992, que apresenta a determinação da apresentação do detido a presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais. Esta prática vem sendo adotada por outros países como a Alemanha e a África do Sul. Logo, o referido projeto surge no sentido de adequar o ordenamento jurídico pátrio. O lapso temporal

de vinte e quatro horas adotado segue o padrão do prazo de envio do auto de prisão em flagrante.

Mais tarde em abril de 2014 é dado um passo no sentido de regulamentar a audiência de custódia pelo estado do Maranhão estando tal estado até então na dianteira desta discussão. No mesmo ano é proposta mais uma ação civil pública, sendo desta vez de autoria da Defensoria Pública da União visando a realização das referidas audiências em todo o solo pátrio. Já em novembro de 2014 a cidade de São Luís no Maranhão é a primeira capital brasileira a implementar a realização de tais audiências.

Finalizando o ano de 2014 no mês de dezembro após a conclusão da Comissão Nacional da Verdade uma entre as várias sugestões apresentadas no relatório final desta comissão, no item que prevê reformas constitucionais e legais é disposta a seguinte recomendação:

Introdução da audiência de custódia, para prevenção da prática da tortura e de prisão ilegal. Criação da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro para garantia da apresentação pessoal do preso à autoridade judiciária em até 24 horas após o ato da prisão em flagrante, em consonância com o artigo 7º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), à qual o Brasil se vinculou em 1992.

Já no ano de 2015 o Tribunal de Justiça de São Paulo também regula o tema audiência de custódia no seu provimento conjunto número três (presidência e corregedoria do tribunal):

O Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n. 213/2015, sobre as chamadas Audiências de Custódias. Na sequência, o Tribunal de Justiça de São Paulo editou o Provimento Conjunto nº 03/2015, da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria Geral de Justiça, que implantou a Audiência de Custódia no Estado de São Paulo. O Provimento regulamentou a forma de apresentação do

preso ao Juiz de direito no prazo de 24 horas após sua prisão, buscando com isso dar efetividade ao artigo 7º, item 5, do Pacto de San José da Costa Rica, cujo texto determina que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais (...)”.

Caminhando nesse sentido em fevereiro de 2015 surge o projeto audiência de custódia no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, sendo que nesse mesmo mês é proposta uma ação direta de inconstitucionalidade – ADI 5240 – pela ADEPOL (Associação Nacional dos Delegados de Polícia), que propunha-se a questionar o referido provimento conjunto de número três entre a corregedoria e a presidência do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Do acórdão resultante da Ação Direta de Inconstitucionalidade é possível inferir-se os principais argumentos elencados pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil - ADEPOL-BRASIL: apontou que o regramento da audiência de custódia, por ter natureza jurídica de norma processual, exigiria então a edição de lei federal, por força dos artigos 22, inciso I, e 5º, inciso II, da Constituição Federal, havendo, inclusive, projetos de lei em tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado tratando do assunto (projetos de lei nº 7.871/2014 e 554/2011, respectivamente). Dessa forma, o provimento do TJSP estaria suprimindo lacuna legal e extrapolando de forma inconstitucional o poder regulamentar daquele tribunal.

Ainda, dispondo sobre a Convenção Americana sobre Direitos Humanos:

Prossegue a autora aduzindo que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) tampouco poderia servir de fundamento para a edição do provimento atacado, visto que, segundo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal,

no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil ingressariam no ordenamento jurídico nacional com status supralegal, de modo que, na sua ótica, não seria possível a sua regulamentação direta através da espécie normativa empregada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo.

Convém ressaltar um último argumento apresentado pela ADEPOL na ação objeto do acórdão que aponta a norma como inconstitucional por ferir o princípio da proibição do excesso e a existência de dificuldades operacionais na execução das audiências de custódia, requerendo, liminarmente, a suspensão da eficácia do Provimento Conjunto 03/2015 e, no mérito, a declaração da sua inconstitucionalidade integral.

Desta ação direta de inconstitucionalidade resultou seu conhecimento em parte e na parte conhecida foi julgada improcedente.

É oportuno apresentar o teor do informativo nº 795 do STF que apresenta uma síntese do acórdão supracitado, destaca-se inicialmente que o conhecimento de parte da ação é improcedente o pedido formulado sob a alegação de que o provimento conjunto 3/2015 da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo proporciona a promoção de uma garantia fundamental de liberdade pelo encontro do detido com o juiz, para que este último tomasse conhecimento das condições que se deram sua prisão. Destaca-se a previsão do art. 656 do CPP segundo o qual “recebida a petição de ‘habeas corpus’, o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar”. Concluindo-se no acórdão que a norma questionada não extrapolaria nada que já não estivesse disposto na convenção

internacional que tem força de norma supralegal.

Ainda sobre o provimento conjunto 3/2015 da Presidência do Tribunal de Justiça e da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, o pleno do STF declarou que tal norma apenas organiza de maneira sistemática as disposições da Convenção Americana sobre Direitos do Homem, permitindo assim uma melhor compreensão, não havendo então nenhuma exorbitância em relação à lei. Discorrendo-se sobre outros pontos do provimento, consideram-se estes apenas como comandos de uma organização administrativa interna, exercendo-se então prerrogativa constitucional.

O Provimento Conjunto 3/2015 não inovaria na ordem jurídica, mas apenas explicitaria conteúdo normativo já existente em diversas normas do CPP — recepcionado pela Constituição Federal de 1988 como lei federal de conteúdo processual — e da Convenção Americana sobre Direitos do Homem — reconhecida pela jurisprudência do STF como norma de “status” jurídico supralegal. Outrossim, inexistiria violação ao princípio da separação dos poderes (CF, art. 2º). De fato, não seria o ato normativo emanado do tribunal de justiça que criaria obrigações para os delegados de polícia, mas sim a citada convenção e o CPP, os quais, por força dos artigos 3º e 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, teriam efeito imediato e geral, ninguém se escusando de cumpri-los. Vencido o Ministro Marco Aurélio, que preliminarmente julgava extinta a ação, por entender que a norma impugnada não seria ato primário, e, no mérito, julgava procedente o pedido formulado, assentando que disciplinar tema processual seria da competência exclusiva da União.

Outro fato significativo a ser focado é a propositura da ADPF 347 junto ao STF que pede a declaração do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro e como fruto dessa ação o STF determina a realização em âmbito nacional das audiências de apresentação. Sendo este considerado marco da implementação de tais audiências no Brasil no âmbito federal.

No final de 2015, mês de dezembro é editada a resolução nº 213 de 15/12/2015 através do conselho nacional de justiça que dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas.

Discordando do teor da resolução 213/2015 a Associação Nacional dos Magistrados Estaduais – ANAMAGES propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade pautada na tese de inconstitucionalidade formal, declarando em seu texto que tal resolução versa sobre matéria de direito processual penal indo de encontro à previsão constitucional do artigo 22, inciso I que dispõe que compete privativamente à União legislar sobre: direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

• CONVENÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS E AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A audiência de custódia ou também chamada audiência de apresentação possui diversas finalidades sendo uma das principais e até mesmo a mais importante a de compatibilizar a ordem jurídica brasileira com os tratados e convenções internacionais. Pois nos tempos atuais não há de se falar ou estudar o direito de forma isolada sem traçar conexão com um sistema jurídico internacional. Ainda que a República Federativa do Brasil goze de soberania deve-se reconhecer que pertencemos a uma comunidade jurídica regional e ainda a uma comunidade jurídica internacional. Neste sentido são estabelecidos compromissos, pactos, tratados e convenções os quais vinculam nossa república a aplicar e obedecer aos deveres ali reconhecidos e firmados.

O objetivo primário da implementação da audiência de custódia no ordenamento jurídico pátrio é atender a postura tratada, aderida no plano externo, ou seja, no plano internacional, como por exemplo, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em seu artigo 7º, item 5 e ainda o Pacto internacional dos Direitos Civis e Políticos artigo 9, item 3.

Tal norma apresenta o seguinte texto:

Artigo 7. Direito à liberdade pessoal – [...] 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Vale ressaltar outra norma internacional que versa sobre a apresentação do acusado a uma autoridade judicial ou a quem seja atribuído esse papel o Pacto internacional sobre Direitos Civis e Políticos que dispõe sobre o tema com a seguinte redação no art. 9 item 3:

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

A audiência de custódia possui previsão normativa e é objeto de diversos diplomas internacionais que visam garantir a efetividade dos direitos do homem, entre eles estão o Pacto de São José da Costa Rica do qual o Brasil é signatário e ainda o Pacto

Internacional de Direitos Civis e Políticos promulgado pelo Decreto 592, porém ainda sua aplicação é deficiente e não está totalmente adequada as normas internacionais, mas há esforço neste sentido para a devida implantação e amparo legal destas audiências.

• ATUAL REGULAMENTAÇÃO DESTE INSTRUMENTO PROCESSUAL NO BRASIL

Este novo instrumento processual, atualmente é regido por uma resolução do Conselho Nacional de Justiça, que determina que todo o cidadão preso em flagrante delito deve ser apresentado ao juiz de direito competente no prazo de 24 horas, acompanhado de advogado ou caso não o constitua de um defensor público.

A referida resolução apresenta esta previsão em seu art. 1º ao determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.

Diante disso o custodiado será ouvido pelo juiz, podendo o magistrado optar, conforme previsão elencada no art. 8º parágrafo primeiro, pelo relaxamento da prisão em flagrante, pela concessão da liberdade provisória sem ou com aplicação de medida cautelar diversa da prisão, pela decretação de prisão preventiva ou então a adoção de outras medidas necessárias à preservação de direitos da pessoa presa.

Ainda fruto desta apresentação do preso ao magistrado, após a realização da audiência podem ser observados outros fatores relativos à prisão como:

O juiz também avaliará se a prisão preventiva pode ser substituída por liberdade provisória até o julgamento definitivo do processo, e adotará, se for o caso, medidas cautelares como monitoramento eletrônico e apresentação periódica em juízo. Poderá determinar, ainda, a realização de exames médicos para apurar se houve maus-tratos ou abuso policial durante a execução do ato de prisão.

De acordo com Renato Brasileiro de Lima, a audiência de custódia surge como ferramenta para o magistrado com objetivo não só da verificação dos aspectos legais da prisão em flagrante para concessão se for o caso, de possível relaxamento visando inibir possíveis excessos, mas também para a análise da possibilidade de aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, ou se for necessário a decretação da prisão preventiva ou temporária.

É azado acentuar o projeto de lei do senado nº 554/2011 proposto em 06 de setembro de 2011 que visa à implantação da audiência de custódia através da alteração de diversos dispositivos do atual código de processo penal.

Sobre tal projeto declara o autor:

Entendemos que o PLS contém uma normativa consistente sobre a audiência de custódia, atendendo aos fins dos tratados internacionais, sendo urgente a sua aprovação. Contudo, diante da omissão legislativa por tanto tempo, o Poder Judiciário, através do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), assumiu a responsabilidade de implementar a audiência, até a promulgação definitiva da legislação pertinente.

Em 30 de novembro de 2016 o senado federal aprovou o texto final do projeto, dentre as medidas elencadas na norma convém destacar a inclusão do § 4º no artigo 306 do código de processo penal, sendo então estabelecido o prazo máximo de 24 (vinte e

quatro) horas, após a prisão em flagrante, para a apresentação do preso ao juiz para que seja ouvido com a finalidade de que o magistrado verifique se os direitos fundamentais do detido estão sendo respeitados e para que sejam adotadas as medidas do artigo 310 do mesmo código quais sejam o relaxamento da prisão, a conversão da prisão em flagrante em preventiva ou conceder e liberdade provisória com ou sem fiança. Tal projeto foi remetido à Câmara dos Deputados em 06 de dezembro de 2016, sendo que desde então aguarda o devido andamento.

A implantação das audiências de custódia possui amparo e atende as previsões ratificadas pela República Federativa do Brasil em tratados internacionais, como por exemplo o Pacto de San José da Costa Rica no que se refere a assegurar a integridade física do preso e evitar possíveis abusos e violações aos direitos humanos dos presos. Ainda outro ponto chave das referidas audiências é proporcionar certo alívio o sistema prisional que apresenta-se em situação precária em nosso país, além de proporcionar de maneira imediata o controle do órgão judiciário sobre as prisões e propiciar a possibilidade de aplicação de medidas alternativas diversas da prisão.

Neste mesmo sentido o Conselho Nacional de Justiça:

A audiência de custódia tem por escopo assegurar o respeito aos direitos fundamentais da pessoa submetida à prisão, por meio de apreciação mais adequada e apropriada da prisão antecipada pelas agências de segurança pública do estado. Ela garante a presença física do autuado em flagrante perante o juiz, bem como o seu direito ao contraditório pleno e efetivo antes de ocorrer a deliberação pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Com isso, evitam-se prisões desnecessárias, atenuando-se a superlotação carcerária e os gastos que decorrem da manutenção de presos provisórios indevidamente intramuros. Finalmente, audiências de custódia permitem conhecer e tomar providências diante de possíveis casos de maus-tratos e de tortura.

• ARGUMENTOS CONTRÁRIOS ÀS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA

As audiências de custódia surgem de um discurso de que existe uma omissão quanto a previsão do artigo 7º, item 5 da Convenção Americana de Direitos Humanos que determina que toda a pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais. Tal convenção foi promulgada no ordenamento jurídico pátrio através do Decreto 678 de 06 de novembro de 1992, ou seja, há mais de 20 anos. Logo se conclui que a partir do momento que tomamos tais audiências como algo novo é o mesmo que admitir que desde o ano de 1992 o Brasil vem descumprindo uma cláusula fundamental sobre direitos humanos e mais, esta omissão que persiste há mais de 20 anos até então não fora percebida por nenhuma das partes que compõem o processo penal inclusive pelos advogados e até mesmo pela doutrina.

Ainda reforça Nucci, “Inexistem acórdãos considerando a nulidade da prisão em flagrante lavrada por delegado e fiscalizada por juiz de direito em 24 horas, sem a presença do acusado em audiência de custódia, antes de ter sido levantada a polêmica”.

Da inteligência da legislação utilizada como amparo para a implantação do sistema de audiências de custódia, Pacto de San José da Costa Rica e Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, é possível inferir-se que toda a pessoa presa deve ser levada a uma autoridade estatal a qual decidirá sobre a legalidade da sua prisão, no texto dos referidos dispositivos legais “juiz ou

da sua prisão, no texto dos referidos dispositivos legais “juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais”. Assim sendo, o texto legal tornou competente para a apresentação do preso não somente o magistrado, pois são notórias as dificuldades enfrentadas pelo poder judiciário, logo entregar a este órgão a competência exclusiva de analisar de imediato a legalidade da prisão, sendo-lhe apresentado pessoalmente o detido, seria algo no mínimo inviável.

Segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, quanto à autoridade diversa do juiz, em sentença no caso *Velez Loor VS. Panamá* de 23 de novembro de 2010:

Este Tribunal considera que, para satisfazer a garantia estabelecida no artigo 7.5 da Convenção em matéria migratória, a legislação interna deve assegurar que o funcionário autorizado pela lei para exercer funções jurisdicionais cumpra as características de imparcialidade e independência que deve reger todo órgão encarregado de determinar direitos e obrigações das pessoas. Nesse sentido, o Tribunal já estabeleceu que ditas características não só devem corresponder aos órgãos estritamente jurisdicionais, senão que as disposições do artigo 8.1 da Convenção se aplicam também às decisões de órgãos administrativos. Toda vez que em relação a essa garantia corresponder ao funcionário a tarefa de prevenir ou fazer cessar as detenções ilegais ou arbitrárias, é imprescindível que dito funcionário esteja facultado a colocar em liberdade a pessoa se sua detenção for ilegal ou arbitrária.

Sobre a decisão da Corte Interamericana no caso *Velez Loor versus Panamá* cabe esclarecer que o caso em tela toma como pressuposto uma prisão administrativa, mas ainda assim a prerrogativa da autoridade autorizada a verificar sobre os aspectos legais da prisão é a mesma tratando-se tanto de prisão administrativa ou processual penal.

Neste mesmo sentido, referindo-se ao artigo 7º, item 5, do Pacto de São José da Costa Rica:

Como se percebe através de uma análise perfunctória do dispositivo, o Brasil, de forma alguma, está descumprimento o referido tratado, uma vez que o texto é claro ao estabelecer que o preso deva ser encaminhado ao juiz ou outra autoridade prevista em lei que lhe faça as vezes. Ora, de acordo com o nosso ordenamento jurídico, o Delegado de Polícia é esta autoridade, sendo responsável pela análise da legalidade da prisão e pela observância de todos os direitos fundamentais do preso, devendo coibir qualquer espécie de tortura ou abuso. Posteriormente, o Juiz realizará um novo filtro sobre esses aspectos e ainda verificará a necessidade da manutenção da prisão ou sua conversão em outra medida cautelar.

Prosseguem os autores em sua tese elencando que existe um prejulgamento, uma imagem prejudicada das instituições policiais que outrora atuavam sem a devida observância de alguns direitos fundamentais principalmente em tempos de ditadura, ainda que os demais órgãos estatais também concorressem com eventuais abusos a estes direitos, estes foram esquecidos ficando tal estigma apenas para as instituições policiais. Ainda que hodiernamente possam existir casos de abusos praticados pelos agentes da lei isso é a exceção e não a regra. A atual realidade não permite que a condução do trabalho policial seja acompanhada de ações que não sejam pautadas no estrito cumprimento de dever legal, adversamente a isso, nos dias atuais, as ações policiais são pautadas nas boas técnicas tanto de procedimentos investigativos quanto em técnicas de inteligência que tem evidenciado sua eficácia no combate a criminalidade.

“Por tudo isso, frise-se, cabe à Autoridade de Polícia Judiciária zelar pelos direitos e garantias fundamentais das pessoas presas em flagrante, sendo que o Juiz deve atuar no mesmo sentido, mas num segundo momento”.

Coadunando com este entendimento o desembargador Guilherme de Souza Nucci manifestando-se sobre sua atuação como magistrado:

Entretanto, atuando como desembargador na 16a. Câmara de Direito Criminal do TJSP, notei surgir da lavra de alguns defensores públicos, certamente estudiosos da referida convenção, a preliminar de nulidade da prisão em flagrante, com soltura do preso, pois ele não foi apresentado ao magistrado. Não emergiu tal argumento de nenhum grande escritório de advocacia criminal, mas da defensoria pública, no afã de sempre lutar por ideias novas em benefício de seus patrocinados. Até aí cumpre seu papel. Rechacei a preliminar, considerando o flagrante legal, indeferindo o relaxamento, pois o delegado de polícia, no sistema adotado pelo Brasil, é um bacharel em Direito, concursado, que conhece muito bem o Direito Penal e o Processo Penal. Para essa autoridade, segundo o CPP, deve ser o preso imediatamente apresentado. Faz-se um juízo inicial da legalidade – não por um leigo, mas por alguém qualificado. Encontrando razões para detê-lo, a autoridade policial lavra o auto de prisão em flagrante. Pode, segundo defendemos (art. 304, CPP), ao final do referido auto, percebendo a debilidade das provas, relaxá-lo e não recolher o detido ao cárcere. Há, inclusive, quem defenda possa o delegado fazer o mesmo se não vislumbrar, além da tipicidade, os elementos referentes à ilicitude e à culpabilidade.

Também assevera o magistrado e jurista sobre a possibilidade do delegado de polícia arbitrar fiança em crimes cuja pena máxima não seja superior a quatro anos questionando qual outra autoridade teria esta prerrogativa além do delegado e se não seria uma função típica de juiz. Destaca que nosso atual ordenamento jurídico, vigente a mais de 70 anos, optou por apresentar a pessoa presa ao delegado de polícia e posteriormente este encaminhará os autos da prisão em flagrante ao juiz competente.

Nesta perspectiva:

Portanto, desde a vigência da CF/88 e do Código de Processo Penal, toda pessoa presa em flagrante tem sua prisão comunicada e

analisada pelo Poder Judiciário, logo após a análise do Delegado de Polícia e da respectiva elaboração do auto de prisão em flagrante delito, sendo assegurados todos os direitos dos presos previstos em convenções e tratados internacionais.

Alvitra Davanço que seria mais coerente, tanto no que se refere ao procedimento da prisão quanto nos custos para o Estado, que ao invés de criar uma nova ferramenta que fossem então ampliadas às competências da autoridade policial permitindo-lhe, por exemplo, aplicar fiança em possibilidades não só nos moldes atuais e até mesmo algumas medidas cautelares. Salienta que mesmo com essas possíveis medidas ainda a apreciação da legalidade da prisão bem como a possibilidade da conversão desta em preventiva ainda estaria sujeita a uma análise do poder judiciário.

O juiz de direito Magid Nauef Láuar atual presidente da ANAMAGES (Associação Nacional dos Magistrados Estaduais) manifesta-se sobre o Pacto de São José da Costa Rica:

Uma norma jurídica, porém, é sempre contemporânea ao tempo da sua elaboração. O Pacto de San José foi firmado em razão da Convenção Americana de Direitos Humanos – com muita pertinência – no ano de 1969, quando ditaduras assolavam a América Latina. Alfredo Stroessner, no Paraguai, Juan Velasco, no Peru, Emílio Garrastazu Médici, no Brasil, Fidel Castro, em Cuba. Tal providência legislativa foi uma maneira de comprometer os ditadores a respeitarem os direitos humanos e, ainda, de impedir o assassinato e a tortura. Assim, é preciso salientar que naquela época, no Brasil, grande parcela dos delegados de polícia não era concursada. Ou seja, não tinha formação acadêmica e nem comprovação de mérito. Daí tínhamos que a regra era o completo desrespeito dos direitos humanos.

Avança o magistrado em sua tese explicando que modernamente as relações entre o poder público e os cidadãos são outras, pois o

candidato ao cargo de delegado de polícia é pessoa extremamente preparada e instruída para tal função, assim como são os membros do parquet e da defensoria pública. Ainda conforme a previsão do artigo 306 do código de processo penal surge a obrigação de comunicar ao promotor de Justiça, ao defensor público, à família do preso e ao juiz criminal sobre a detenção.

Assim dispõe o artigo 306 do Código de Processo Penal:

Art. 306. A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada.
§ 1º Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

Então diante de todas as possibilidades de que o cerceamento da liberdade de um cidadão seja contemplado por diversas instituições públicas, compostas por membros concursados e extremamente preparados, não justifica-se a introdução de dispositivos legais que proponham a adição do ato de apresentação pessoal do preso ao juiz, porque em tal caso seria aceitar, que em nossa realidade, não só a autoridade policial estaria homologando prisões ilegais mas também que promotores tem aceitado tais atos ilegítimos e consequentemente que a defensoria pública é instituição faltosa.

Quanto aos argumentos relativos aos dados de solturas resultantes da realização das audiências de apresentação muitos consideram como uma grande vantagem este grande volume de solturas. Denota singularidade tal afirmação porque ou magistrados antes da implementação deste instituto trabalhavam

de maneira errônea mantendo desnecessariamente pessoas presas ou esses magistrados que assumem essa nova função são designados pela presidência dos tribunais? A pergunta se deve porque, para um sistema dar certo, em tese, seria possível designar juízes considerados liberais ou bem instruídos a soltar o maior número de presos, quando apresentados na tal audiência de custódia. A experiência de S. Paulo (Capital) conduz para respostas duvidosas quanto a tais estatísticas.

Além disso uma medida adotando o procedimento da apresentação da pessoa detida ao magistrado refletiria em uma movimentação que geraria grande movimentação dos órgãos envolvidos neste processo, pois seria necessário o transporte, a segurança do local para evitar possíveis tentativas de resgate, além da sistematização das audiências o que afetaria diretamente além do judiciário o ministério público e defensoria pública em certos casos. Há de considerar ainda fatores como os gastos gerados aos cofres públicos e o desvio de função dos policiais que muitas vezes deixariam suas funções típicas para atuar com a custódia de presos.

Dispostos tais fundamentos harmoniza-se ao exposto mais algumas considerações propostas por Nucci :

Em suma: a) durante 23 anos, o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos é o mesmo; somente agora, alguns descobriram que o Brasil o descumpra seguidamente; b) se é um direito humano fundamental, em todos os lugares onde não há audiência de custódia, os flagrantes devem ser imediatamente relaxados, pouco importando o caso concreto; c) se juízes precisam conversar com o réu para dar-lhe algum benefício, devemos transportar o interrogatório novamente para o início da ação penal; d) o projeto-piloto em S. Paulo (é interessante um experimento com direito humano fundamental indisponível...) vale-se do DIPO (Departamento de Inquéritos Policiais), onde os juízes são designados e removíveis a qualquer tempo;

e) o sistema no Brasil não consegue transportar réus para as audiências, mas certamente haverá um imenso número de agentes (policiais?) para levá-los todos os dias à frente do juiz; f) a audiência de custódia, se tão importante, deveria estender-se ao Tribunal, para que também o desembargador/ministro possa conversar com o réu e sensibilizar-se; g) se a avaliação da autoridade policial não vale nada, visto que o preso precisa ir à frente do juiz, o destino dos delegados vai mudar completamente; passarão a sair às ruas para investigar e, prendendo, leva-se direto ao juiz; o auto de prisão em flagrante é inútil; h) os defensores, hoje, da audiência de custódia, como um direito fundamental, demoraram a acordar para isso (apenas 23 anos); mas já que o fizeram e estão despertos, convém levar logo ao STJ e ao STF a questão, por meio do habeas corpus para padronizar para todo o Brasil se sim ou se não a audiência de custódia; h) não há essa previsão no CPP; o STF tem a tendência de equiparar tratados a lei federal; de todo modo, mesmo que se considere a referida Convenção acima de qualquer lei, segundo nos parece, quem deve legislar sobre o procedimento nacional a ser adotado para a audiência de custódia é o Poder Legislativo e não o CNJ, nem qualquer Tribunal Regional ou Estadual.

As audiências de custódia pouco contribuem para o caos do sistema prisional brasileiro. A simples apresentação do preso ao juiz não irá mudar o seu convencimento, porque não é vendo o encarcerado em sua frente usando um “chinelo de dedo” que o magistrado que é acostumado a converter o flagrante em prisão preventiva deixará de fazê-lo. No que tange aos projetos pilotos, tão divulgados pela mídia e acompanhados por altas autoridades, estes não servem de parâmetro para a realidade do sistema porque para compor o quadro funcional destes projetos foram selecionados juízes que concederam muito mais liberdades provisórias do que costumeiramente haviam concedido. E, além de tudo, tão prematuramente já surgem notícias de magistrados que nem chegam a entrar na sala de audiência e o preso apenas assina o termo na frente do escrevente.

CONCLUSÃO

O Direito Penal é a ultima ratio visando limitar o poder incriminador do Estado, contudo apresenta normas indispensáveis a assegurar a proteção de bem jurídicos fundamentais para a convivência em sociedade. Deste raciocínio depreende-se que quando algum indivíduo é detido – principalmente em flagrante delito – não há outro modo de cuidar do fato que deu causa à sua detenção senão aplicando-se as previsões do Direito Penal e do Processo Penal, além das demais repercussões cíveis, administrativas, disciplinares etc.

Para que um episódio seja considerado como fato típico, ou seja penalmente relevante o legislador considera vários fatores entre eles os princípios de direito penal. A observância destes princípios desde a criação até a aplicação da norma é de suma importância para a celebração da justiça, pois proporcionam tanto meios para a verificação da ocorrência de um crime quanto padrões para promoção dos direitos do cidadão em conflito com a lei.

A liberdade de um indivíduo constitui a regra e a prisão consiste em uma exceção decorrente de fato ou fatos que atentaram de algum modo a segurança, logo esta sanção justifica-se como meio de promover a segurança da coletividade. É imperioso destacar que no caso das prisões cautelares, inclusive na prisão em flagrante o detido não passa a ser considerado culpado, mantém-se a sua presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença, a sua detenção dá-se em razão de outros motivos como a garantia da ordem pública, da instrução criminal entre outros.

Enfatize-se que qualquer forma de prisão mesmo sem a vigência

das Audiências de Custódia passa pelo crivo de um magistrado, a ordem da prisão é expedida pelo juiz, como no caso das prisões cautelares, e ainda é positivado no Código de Processo Penal que a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontrem deverão ser comunicados imediatamente ao juiz e ao ministério público. Além de tudo em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão o auto de prisão em flagrante deve ser encaminhado ao juiz competente e caso o detido não tenha constituído advogado cópia deste auto de prisão em flagrante também será enviado a defensoria pública, o envio deste auto ao magistrado se dá pela necessidade de um controle jurisdicional, para que sejam analisados os aspectos da prisão sendo então homologada ou então relaxada no caso de alguma ilegalidade.

Apesar das críticas pela forma que se regulamentou as audiências de custódia nenhum argumento prosperou. A principal questão levantada é o fato de que já existem projetos visando alterar o Código de Processo Penal para incluir as audiências de apresentação. Mesmo tratando-se claramente de matéria de direito processual penal que seria competência da União, o tema foi regido por uma resolução do Conselho Nacional de Justiça.

Todavia o principal fator a ser considerado quando se analisa a necessidade da implantação das audiências de custódia é a sua efetiva imprescindibilidade, a sua indispensabilidade para a persecução penal. Com certeza este novo rito não atenta contra nenhum princípio de direito penal, porém não atua de maneira imediata de forma a causar uma grande mudança nos direitos e garantias do detido. Nem mesmo o argumento do grande número de solturas, frutos das audiências, parece palpável. Ao longo do trabalho foram dispostos elementos que derrubam esta tese vista como um benefício, pois causa estranheza que ao colocar o preso

como um benefício, pois causa estranheza que ao colocar o preso na frente de um juiz de direito este mude toda a sua postura anterior às audiências de custódia e passe a perceber argumentos que justifiquem a liberdade do detido.

Quanto a previsão do Pacto de São José da Costa Rica, com a simples leitura do texto percebe-se que a exigência refere-se a apresentação do preso à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada a exercer as funções judiciais. Já existe julgado da Corte Interamericana de Direitos Humanos que reconhece pessoa diversa do juiz para tal apresentação. Quando toma-se como indispensável a celebração destas audiências na presença de um juiz de direito como meio a viabilizar a previsão deste tratado, a consequência prática é de que o Pacto de São José da Costa Rica foi promulgado no ordenamento jurídico pátrio através do Decreto 678 de 06 de novembro de 1992, logo, até o ano de 2015 o Brasil foi omissor com uma norma fundamental de direito humano e em nenhum momento em mais de 20 (vinte) anos foi arguida qualquer ilegalidade.

Mais fácil e realista é entender que o Delegado de polícia é a primeira autoridade a analisar a legalidade da prisão, sendo pessoa idônea a reconhecer qualquer espécie de abuso por parte das forças policiais ou qualquer outro que tenha efetuado a prisão. Compete ao juiz posteriormente realizar uma nova análise dos fatos e decidir sobre a legalidade e manutenção da prisão. Junta-se a esta fundamentação o fato de o Delegado de polícia arbitrar fiança em crimes cuja pena máxima não seja superior a quatro anos, nenhuma outra autoridade goza de tal prerrogativa que é função típica de um juiz, imediatamente percebe-se que a figura da autoridade policial se amolda perfeitamente à previsão dos tratados internacionais como pessoa competente à apresentação do recluso.

Em face do exposto, conclui-se que as Audiências de Custódia são prescindíveis tanto para uma promoção considerável dos princípios de direito penal quanto para efetivar a previsão disposta em tratados internacionais no que se refere a apresentação de toda a pessoa presa a um juiz ou autoridade que lhe faça as vezes. Muito mais razoável seria ampliar as competências dos Delegados de polícia, visando assegurar as garantias do detido, do que a criação de um novo instrumento oneroso para o Estado, de aplicação dificultosa para seus agentes, que nasce de forma equivocada. Muito mais parece uma medida velada atuando de forma paliativa em favor da diminuição da população carcerária do que ferramenta que assegure a ascensão de qualquer direito ou garantia fundamental.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca (coord.); ALFLEN, Pablo Rodrigo. Audiência de Custódia: da boa intenção à boa técnica. 1. ed. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 2016.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Casa Civil da Presidência da República. Relatório da Comissão Nacional da Verdade. Brasília, 10 de dezembro de 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Audiência de Custódia. Brasília: CNJ, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução N° 213 de 15/12/2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em 20 abr 2017.

BRASIL. Lei n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre Prisão Temporária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7960.htm>. Acesso em 11 jun 2017.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm>. Acesso em 28 set 2017.

BRASIL. Decreto n° 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em 18 abr 2017.

BRASIL. Decreto-lei n° 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 02 mai 2017.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado n. 554, de 06 de setembro de 2011. Altera o § 1º do art. 306 do Decreto-Lei n° 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/matéria/102115>>. Acesso em 25 mar 2017.

BRASIL. Decreto-Lei n° 3.914, de 9 de dezembro de 1941. Lei de introdução do Código Penal (decreto-lei n. 2.848, de 7-12-940) e da Lei das Contravenções Penais (decreto-lei n. 3.688, de 3 outubro de 1941). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm>. Acesso em 27 set 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 42.106-SP, da 6ª Turma, rel. Maria Thereza de Assis Moura, Brasília, DF, 12 de dezembro, 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1289855&num_registro=201303604331&data=20131219&formato=PDF>. Acesso em 11 jun. 17.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 5240/SP. Provimento conjunto 03/2015 do tribunal de justiça de São Paulo. Audiência de custódia. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadordpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>>. Acesso em: 25 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo n° 795. TJ/SP: audiência de custódia e Provimento Conjunto 3/2015 - 1. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo795.htm#TJ/SP:audiencia de custódia e Provimento Conjunto 3/2015 - 1](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo795.htm#TJ/SP:audiencia%20de%20custodia%20e%20Provimento%20Conjunto%203/2015-1)>. Acesso em: 25 mar. 2017.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos; NETO, Francisco Sannini. Audiência de custódia e o sistema processual penal brasileiro: um vislumbre para além da proposta inicial. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/35852/audiencia-de-custodia-e-o-sistema-processual-penal-brasileiro-um-vislumbre-para-alem-da-proposta-inicial>>. Acesso em: 01 mai. 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 18 abr 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Vélez Loor vs. Panamá: sentença de 23 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/7c950d67d3a97c9f9ce9607f8f21a34a.pdf>>. Acesso em 02 mai 2017.

COSTA, Thiago. Audiência de custódia - avanço ou risco ao sistema acusatório?. Disponível em: <<https://thiagofscosta.jusbrasil.com.br/artigos/161368436/audiencia-de-custodia-avanco-ou-risco-ao-sistema-acusatorio>>. Acesso em: 04 mai. 2017.

DAVANÇO, João Eduardo Santana. Audiência de custódia. Disponível em: <<http://www.pc.ms.gov.br/wp-content/uploads/sites/87/2015/08/ARTIGO-AUDI%C3%80NCIA-DE-CUST%C3%93DIA.pdf>>. Acesso em: 02 mai. 2017.

LÁUAR, Magid Nauef. Preso deve ser apresentado a juiz em até 24 horas após flagrante? Não. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2015/10/1689729-presodeve-ser-apresentado-a-juiz-em-at%C3%A9-24-horas-apos-flagrante-nao.shtml>>. Acesso em: 02 mai. 2017.

REFERÊNCIAS

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal. 3. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

LULIA, Luciana de Toledo Temer; SANTOS, Daniel De Andrade. O delegado de polícia como garantidor do direito à liberdade - reflexões sobre o instituto da audiência de custódia. In: XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO, 25, 2016, Brasília.

MENDES, Moacyr Leonardo Coimbra. Audiência de custódia: possibilidades e obstáculos no necessário controle jurisdicional da prisão em flagrante. 2016. 89 f. Monografia (Bacharel em Direito) - Curso de Direito. UFF, Universidade Federal Fluminense, Niterói.

MESQUITA, Ivonaldo da Silva; PEREIRA, Natália Ila Veras. A audiência de custódia como direito humano fundamental à luz das garantias constitucionais e internacionais In: XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO, 24, 2015, Belo Horizonte.

NUCCI, Guilherme de Souza. Os mitos da audiência de custódia. Disponível em: <<http://www.guilhermenucci.com.br/artigo/os-mitos-da-audiencia-de-custodia-2>>. Acesso em: 28 abr. 2017.

OLIVEIRA, Thiago Almeida de. Audiência de custódia. In: Saber Direito. Brasília: TV Justiça, 19 de novembro de 2016. Programa de TV.

Artigo 04

COTAS RACIAIS NO ENSINO SUPERIOR: UMA POLÍTICA ESSENCIAL NA SUPERAÇÃO DO RACISMO.



Attila Augusto Santos

Bacharel em direito pela (UNIARP) - Universidade Alto Vale do Rio do Peixe



Pedro Paulo Baruffi

Mestre em Desenvolvimento e Sociedade, professor do curso de Direito (UNIARP) -
Universidade Alto Vale do Rio do Peixe



Resumo

O abismo social entre brancos e negros no Brasil é longo e cruel. A implantação das cotas raciais visa corrigir essa mazela. Esse estudo busca mostrar os impactos positivos gerados pela ação afirmativa das cotas. Através de um breve histórico das cotas raciais, pretende-se colocar à tona, o porquê de brancos e ricos não devem e podem sentir-se ameaçados por essa ação afirmativa. Evidenciam-se benefícios sob uma perspectiva econômica, e ao mesmo tempo, demonstra, que apesar de positivo, o avanço proporcionado pela lei de cotas ainda deve ser bem maior. O artigo foi pautado em uma pesquisa qualitativa, de forma documental e bibliográfica. Ao fim, entende-se que ser contra essa política, é uma forma de racismo.

Introdução

O racismo, tão presente na nossa sociedade, revela-se em diversas correntes e formas, realçando a importância de ações afirmativas antirracistas, e uma delas, é a política de cotas raciais. Desde 2004, quando a Universidade de Brasília-UnB, primeira instituição no Brasil a estabelecer o sistema de ingresso via cotas, o país começa a ver, um ingresso maior da população negra no ensino superior. E os desafios foram árduos, até que em 2012, institui-se no ordenamento jurídico brasileira a Lei nº 12.711, a lei de cotas. Desde sua promulgação até os dias de hoje não faltaram debates, discussões e polêmicas, levando em consideração a história de um país escravocrata que foi o último a abolir a escravidão, infelizmente não é nenhum motivo de espanto.

Passados mais de 130 anos da abolição da escravidão, o difícil acesso dos negros à universidade ainda é um tenro desafio, levando em consideração as frustrantes tentativas de grupos ligados ao conservadorismo e defesa de uma sociedade igualitária que ainda incendeiam o campo de debates vazios e negacionistas, o atual momento exige um aprofundamento e uma continuidade da defesa da lei que ampliou a participação de negros no ensino superior, aqui vale lembrar (FERNANDES, 2017, p. 160). , um dos grandes pensadores do assunto, que defendeu “[...] a democracia só será uma realidade quando houver, de fato, igualdade racial no Brasil e o negro não sofrer nenhuma espécie de discriminação, de preconceito, de estigmatização e de segregação”.

O presente trabalho tem como objetivo geral analisar as cotas raciais e seus impactos positivos na superação do racismo no Brasil. Os objetivos específicos são: apresentar um breve histórico sobre a história das cotas no Brasil; destruir o mito que brancos e ricos podem ser prejudicados por elas; mostrar como elas podem estar atreladas à eficiência econômica; e por fim, demonstrar, através de estatísticas, que mesmo com avanços, ainda muita coisa tem que ser feita.

Para cumprimento dos objetivos, a pesquisa é predominante qualitativa. Segundo Gerhardt e Silva (2009), ela não se preocupa com questões numéricas, mas com o aprofundamento para poder compreender um grupo social. Os autores também defendem que neste tipo de pesquisa os aspectos da realidade possibilitam a compreensão das relações sociais e suas dinâmicas.

Quanto aos procedimentos da pesquisa, ela é bibliográfica e documental. Conforme Fonseca (2010), ela abrange tudo que já foi publicado sobre o assunto, cujo objetivo é colocar o pesquisador frente a toda realidade do tema do qual ele se aprofunda. Já a pesquisa documental, ela é mais objetiva, pois recorre a fontes sem tratamentos analíticos (FONSECA, 2002). No presente trabalho foram utilizados documentos oficiais e obras de principais autores sobre o tema como Nascimento (2016), Charão (2016), Cornwell (2017), Gomes (2019), Guarnieri (2017) entre outros.

O PERCURSO DAS COTAS RACIAIS

As cotas raciais, ao longo das duas primeiras décadas do século XXI, ocuparam espaço extremamente importante na discussão sobre a luta da população negra no Brasil. A articulação do movimento negro foi muito importante. E na educação não foi diferente, é o que Silva (2016, p. 68-69) relata:

A partir da década de 1990, como resultado da pressão dos movimentos sociais de caráter identitário e os seus sujeitos sobre o campo da produção acadêmica, tais como negros, indígenas, mulheres, homossexuais etc. há uma mudança significativa no panorama acadêmico. A inserção de negros e negras na academia agora se dá não mais como objetos de estudo, mas enquanto sujeitos que possuem e produzem conhecimento.

Um exemplo dessa luta foi a instituição da obrigatoriedade no ensino fundamental e médio, oficiais e particulares, o ensino sobre História e Cultura Afro-Brasileira (BRASIL, 2003). Porém, nenhuma política pública gerou tanto debate e resultado como as cotas raciais.

O primeiro Programa de Cotas brasileiro foi implementado em 2003 pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). Desde então, a quantidade de universidades que aderiram ao programa de cotas foi ascendendo rapidamente em um curto período. De 2003 a 2005, 14 universidades aderiram às Cotas, sendo que em 2006 esse número chegou a 43, e em 2010 já somavam 83 instituições de ensino superior com cotas (GUARNIERI 2008 apud GUARNIERI; MELO-SILVA, 2017, p. 184).

Neste contexto Bezerra; Gurgel (2012 apud NASCIMENTO, 2016, p. 38) lecionam que:

A política de cotas possa servir para amenizar a dificuldade para acessar o ensino superior em instituições públicas no Brasil, bem como colocar na pauta o debate sobre a democratização do acesso ao ensino superior brasileiro fazendo uma reflexão acerca da pequena quantidade de pessoas egressas de escola pública, especialmente das classes menos favorecidas economicamente que alcançam o ensino superior público no Brasil, discutindo a ampliação desse ingresso e de mecanismos mais equânimes nas políticas públicas, sem que haja redução de qualidade na formação.

A ADPF nº 186 foi um marco importante, sendo um “[...] divisor de águas para as políticas de igualdade racial no país” (GUARNIERI;

MELO-SILVA, 2017, p. 184). Em 2009, o partido Democratas-DEM, ajuizou no STF essa ADPF para questionar a intenção da Universidade de Brasília-UnB, que ao propor o Plano de Metas da instituição, visava implementar um sistema de cotas para estudantes negros. Segundo o partido, isso dava a ideia de um “racismo estatal” e afronta ao princípio da dignidade humana. Na petição inicial, foi colocado o parecer de profissionais das áreas da genética, antropologia, entre outros, para apontar, que a pobreza no Brasil tem todas as cores, e que no país, existia uma democracia racial, portanto isso seria uma prática racista. Em resposta, o Reitor da UnB enfatizou a desigualdade socioeconômica entre brancos e negros e propostas da Conferência de Durban, que estabelecia a aplicação de ações afirmativas para rechaçar a discriminação racial (PIMENTA, 2017).

Pode-se destacar da ementa e do acórdão da decisão, que primeiramente, não é contrariado o princípio da igualdade material, que esse tipo de medida busca reverter o quadro histórico de desigualdade ao longo dos anos, a metodologia da seleção diferenciada, levando em conta critérios étnico-raciais ou socioeconômicos beneficia a academia ao trazer mais pluralidade de ideias e justiça social (BRASIL, 2012b).

EXPLICANDO O ÓBVIO: BRANCOS E RICOS NÃO SÃO PREJUDICADOS

A desigualdade vem muito antes do ensino superior. De acordo com o IBGE (2017 apud GOMES, 2019, p. 31-32) enquanto 22,2% da população branca têm 12 anos de estudo ou mais, a taxa da população negra é de 9,4%. O advento da Lei nº 12.711/2012 foi

um grande avanço em prol da comunidade negra, um inegável acerto com o intuito de reduzir as disparidades e responsável por dirimir o ingresso nas universidades federais e de ensino técnico de nível médio, através de reserva de vagas (BRASIL, 2012a).

O funcionamento para o preenchimento de vagas disponibilizadas nos cursos das instituições supracitadas deve ser de no mínimo 50% para alunos de escola pública e o restante para ampla concorrência. Desse ponto, subdivide-se em 50% para alunos com renda igual ou menor a um salário-mínimo e meio per capita e renda acima da referência citada. Em ambos os grupos, a porcentagem mínima apontada pelo IBGE em cada estado da população preta, parda e indígena, deve ser destinada a esse grupo, sendo que dentro desse montante, deve-se aplicar a mesma metodologia do mínimo do IBGE reservada para portadores de deficiências.

Ou seja, o procedimento acima ajuda a desvendar o mito de que só deveriam existir cotas sociais, não raciais. Fica claro que, uma pessoa que defende esse argumento, não entende nada sobre o assunto, uma vez que as vagas oferecidas já são primeiramente para alunos das escolas públicas.

Uma questão polêmica, quando se fala sobre cotas é a autodeclaração racial. A fim de evitar fraudes assim, foi decretada a Orientação Normativa nº 03 de 2016 do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, que dispõe as regras da aferição de veracidade da autodeclaração racial (BRASIL, 2016a). Sobre o assunto, Pimenta (2017, p. 45) afirma:

Outro aspecto de imperiosa importância no artigo 3º da Lei é o fato de que para concorrer as vagas étnico-raciais, o estudante deverá se autodeclarar como pertencente a um dos grupos vulneráveis

Outro aspecto de imperiosa importância no artigo 3º da Lei é o fato de que para concorrer as vagas étnico-raciais, o estudante deverá se autodeclarar como pertencente a um dos grupos vulneráveis alcançados pelo sistema. Ao mesmo tempo em que esse dispositivo faz emergir o debate social sobre identidade, auto reconhecimento e do chamado empoderamento racial, alude as críticas de possíveis fraudes e fragilidades no sistema de autodeclaração.

A escolha de uma identidade (de grupo social) é uma das decisões que tem mais impacto econômico na vida de uma pessoa (AKERLOF; KRANTON 2000 apud CORNWELL; RIVERA; SCHUMUTTE, 2017, p. 721, tradução nossa) . Por conta do racismo estruturado em nossa sociedade, para alguns, essa opção pode acarretar inúmeras dificuldades. Infelizmente. Por conta disso, AYGUN; BÓ (2019) afirmam que é preciso dar a chance a alguém com características associadas às cotas. Em seu estudo, eles afirmam que os policymakers brasileiros construíram políticas, nas quais os alunos de universidades federais que reivindicam por esse ingresso, somente baseados nas notas de exames tendem a serem mais injustiçados, pois existe uma propensão, que alunos de alta classe, com notas mais baixas entrem nessas vagas do que pessoas com notas altas e pertencentes às classes mais baixas, por conta da desigualdade já existente.

Sobre o posicionamento dos brancos em relação às cotas, Vidigal (2018) diz que a opinião contrária à essa política está envolta por um “racismo simbólico” ou “neorracismo”. Em suas palavras:

Isso difere do racismo “tradicional”, que clamava a supremacia branca, segregação física e discriminação legal contra os negros (SEARS et al., 1997). O racismo simbólico envolve sentimentos negativos dos brancos em relação aos negros. McConahay e Hough (1976) definem como a “expressão em símbolos e atitudes simbólicas de que os negros estão violando valores estimados e realizando demandas ilegítimas de mudança no status quo racial” (VIDIGAL, 2018, p. 5-6,

realizando demandas ilegítimas de mudança no status quo racial” (VIDIGAL, 2018, p. 5-6, tradução nossa) .

A oposição às políticas de ações afirmativas, é um dos exemplos do neorracismo. Uma vez, que demonstrações explícitas de racismo não são mais toleradas hoje em dia, as pessoas começaram a expressar seu preconceito através de discursos de vitimização. O racismo simbólico possui três características identificadoras. A primeira delas reflete em um código moral de como a sociedade deve ser arranjada, conforme a mentalidade branca. O segundo consiste em que não existe nenhum tipo de reparação histórica e aposta em uma lógica mais meritocrática, e que não devem ter o porquê de demandar tantos direitos. E por fim, que acreditam que a população negra viola determinados valores tradicionais como trabalho, obediência e autoridade (VIDIGAL, 2018).

Para não ficar somente no pessimismo, pessoas com maior discernimento e conhecimento sofisticado político tendem a ser mais a favor sobre essas ações. É o que aponta Vidigal (2018, p. 31-32, tradução nossa) :

Primeiro, o conhecimento político organiza adequadamente as atitudes individuais de acordo com as suas preferências. Em segundo lugar, um maior conhecimento político permite que os indivíduos moldem suas atitudes políticas de acordo com princípios mais abstratos e complexos. Por fim, o aprimoramento do conhecimento político fornece aos indivíduos uma consciência de tolerância em uma sociedade democrática e reduz o impacto do racismo. Portanto, se o incentivo à adoção de normas democráticas e a tolerância política reduz o preconceito e, nesse sentido, leva a um maior apoio à ação afirmativa, espera-se que o conhecimento político moderará os efeitos dessas causas.

Outro ponto interessante que ajuda a remover a impressão sem fundamento, de que o “racismo reverso” existe na política de cotas,

é sobre a área de atuação dos cotistas. A tendência é que eles estejam em cursos de menor prestígio. Em estudo realizado por Lopes (2017), em cima dos inscritos no Exame Nacional de Desempenhos dos Estudantes-ENADE de 2009 e 2010, e levando em conta características como gênero, idade, região turno estudado e universidade, constatou que:

Quadro 1 - Coeficiente de probabilidade de formação de alunos ingressados por políticas de ações afirmativas X curso (ENADE 2009-2010).

Curso	Coeficiente
Medicina	-0.14
Biomedicina	-0.19
Odontologia	-0.01
Comunicação	0.04
Psicologia	-0.12
Direito	-0.27
Veterinária	-0.07
Nutrição	0.20
Letras	-0.08
Turismo	-0.02
Fisioterapia	0.12
Administração	0.06
Música	-0.11
Teatro	0.09
Economia	-0.11
Enfermagem	0.18
Educação Física	0.22
Contabilidade	0.05
Serviço Social	0.19
Biblioteconomia	0.04

Fonte: Lopes (2017).

Segundo (LOPES, 2017, p. 2.356, tradução nossa) :

O modelo proposto tem como objetivo prever a probabilidade de um aluno de ação afirmativa se formar nos cursos em questão. Todos os modelos levaram em conta gênero, idade, se o aluno está matriculado no turno noturno da universidade e o estado da universidade. Os modelos demonstram que existe uma associação negativa significativa entre a variável indicadora para alunos de ação afirmativa

afirmativa e a variável indicadora para alunos formados em Medicina, Psicologia, Direito, Estudos Ocupacionais e Economia. Em outras palavras, os alunos com ações afirmativas têm menos probabilidade de se formar nesses programas de graduação do que os alunos com ações não afirmativas. Além disso, a tabela mostra que existe uma associação positiva significativa entre a variável indicadora para alunos de ações afirmativas e a variável indicadora para Nutrição, Administração de Empresas, Enfermagem, Educação Física e Serviço Social.

Por fim, vale ressaltar, o ponto de Charão (2016) que um resultado etéreo das cotas foi colocar, definitivamente, a discriminação e o preconceito na agenda pública.

COMO A ECONOMIA SE MOSTRA A FAVOR DAS COTAS RACIAIS

Se a importância o impacto social positivo gerado e o abrandamento da injustiça racial, não forem suficientes para demonstrar as vantagens de ações afirmativas das cotas, existem estudos econômicos que apontam esses ganhos.

A economia da discriminação é definida como o tratamento desigual baseado em critério irrelevante para a atividade envolvida. Segundo Becker (1957) apud Loureiro (2003, p. 126):

[...] se um indivíduo tem preferência por discriminar, ele tem que agir como se estivesse disposto a pagar alguma coisa, ou diretamente ou na forma de uma redução na renda. Nesse sentido, o autor conclui que essa maneira simples de ver o assunto chega à essência do preconceito e da discriminação. Ou seja, discriminação consiste, basicamente, em reduzir lucros, salários ou renda para manter preconceito de algum tipo.

Com base no ENADE, Valente;Berry (2017) escreveram um artigo

apontando o desempenho acadêmico de alunos cotistas e pelo ingresso normal. Eles ressaltam, com justiça, que esses alunos enfrentam desafios muito grandes, uma vez que para se qualificar para ação afirmativa baseada na renda familiar, automaticamente posicionam-se no extrato socioeconômico mais baixo do Brasil, além dos estudantes que apresentam algum tipo de deficiência.

Porém, os alunos admitidos por meio de cotas de ensino médio público ou uma combinação de racial e social tem um desempenho ligeiramente melhor do que os alunos admitidos através dos métodos tradicionais. Para eles, as universidades públicas, portanto, parecem ser equalizadores de bom desempenho.

As diferenças observadas entre o desempenho de estudantes universitários públicos e privados são evidenciadas, pois a maioria dos cotistas admitidos em universidades privadas participava de Bolsas PROUNI. Esses alunos devem ter notas altas durante seus estudos para continuar receber a bolsa, portanto, esse incentivo pode influenciar positivamente seu desempenho na faculdade e no ENADE.

O impacto de fatores socioeconômicos e raciais, portanto, parece reforçar ainda mais a necessidade de afirmativa políticas de ação. E à medida, que mais pesquisas forem disponibilizadas, mas será possível mensurar os impactos, além de estabelecer uma relação entre os efeitos, se houver, desta lei específica sobre o desempenho dos alunos.

Estevan; Gall; Morin (2017) pegaram os resultados dos exames de admissão de 2004 a 2005 da UNICAMP, uma das universidades mais prestigiadas do país. A pesquisa mostrou que houve um

aumento substancial na representação de alunos do ensino médio público entre os alunos admitidos pela UNICAMP via políticas de ações afirmativas. Ademais, os autores comprovaram que não existe queda de qualidade no ensino, já que tantos alunos ricos e pobres tendem a se esforçar no mesmo grau para o ingresso na instituição. Nos seus dizeres:

Curiosamente, não foram encontradas evidências de distorções comportamentais relevantes, e os efeitos dessa política tendem a contorná-las. A diferença no desempenho relativo entre os candidatos a escolas públicas e privadas é praticamente nula após a introdução da política de ação afirmativa (ESTEVAN; GALL; MORIN, 2017, p. 1.187, tradução nossa).

Não obstante, eles afirmam que além de não deixar o ingresso na UNICAMP somente na mão da elite, as cotas geram redistribuições sem distorções econômicas e comportamentais. Por fim, “[...] mostram evidências que políticas de cotas aumentam o acesso, portanto, pode impactar na mobilidade social” (ESTEVAN; GALL; MORIN, 2017, p. 1.217, tradução nossa).

E como, inegavelmente, ainda há um degrau enorme entre brancos e negros no acesso ao ensino superior Lopes (2017, p. 2358, tradução nossa) remedia:

[...] as políticas de ação afirmativa estão expandindo o acesso ao ensino superior para de origens socioeconômicas desfavorecidas. Além disso, esses alunos estão presumivelmente entrando em um status superior, alcançando ocupações que talvez jamais teriam, se não tivessem sido autorizados a entrar na universidade por meio das cotas.

ESTATÍSTICAS APONTAM: APESAR DOS GANHOS, AINDA HÁ UM LONGO CAMINHO A PERCORRER

A política de cotas teve resultados positivos, no que diz respeito ao ingresso em universidades e institutos federais, conforme demonstra Senkevics; Mello (2019, p. 198):

Quadro 2 – Ingressantes provenientes da Rede Pública (%) em Universidades e Institutos Federais (Brasil e Regiões) – 2012/2016.

Região	Universidades		Institutos Federais	
	2012	2016	2012	2016
Norte	71,2	74,1	79,5	83,2
Nordeste	50,4	60,7	66,7	75,1
Sudeste	48,2	55,4	63,0	71,0
Sul	58,0	63,9	79,7	80,2
Centro-Oeste	50,0	60,3	74,5	73,4
Total	53,3	61,2	69,2	74,9

Fonte: Senkevics; Mello (2019, p. 198).

Como se percebe, os institutos federais, em todas as grandes regiões do país, partem de valores, em 2012, superiores ao que as universidades alcançaram em 2016 em termos de participação de egressos do ensino médio público. Essas disparidades são particularmente acentuadas nas regiões Sul e Centro-Oeste e chegaram as diferenças absolutas de 15,8 e 14,2 p.p., respectivamente. Isso significa afirmar que os institutos federais, originalmente mais permeáveis à inclusão da população-alvo da Lei de Cotas, tornaram-se ainda mais inclusivos no período considerado. De toda sorte, essa constatação não nos exime de apontar que foram as universidades que sofreram as maiores variações relativas: entre 2012 e 2016, a presença desses estudantes aumentou 14,8% entre as universidades e somente 8,2% entre os institutos federais (SENKEVICS; MELLO, 2019, p. 198).

Outro dado positivo é apresentado por Mello; Resende (2019). Eles demonstram um exemplo do da Lei nº 12.990, que visa reservar aos negros 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos, em todas as esferas. A tabela abaixo mostra o quadro de docentes nas universidades públicas, ingressados via concurso público:

Quadro 03 – Docente das 63 Universidades Federais por raça/cor autodeclarada (2008, 2009, 2013, 2014, 2015 e 2016).

Ano	Nº UFS ¹⁰	Total de Docentes	Raça/Cor Autodeclarada						
			Branca	Preta	Parda	Amarela	Indígena	Não Dispõe	Não Declarado
2008	-	51.888	-	-	-	-	-	-	-
2009	55	69.788	19.727	745	4.057	403	58	24.537	20.251
2013	62	85.507	24.811	1.000	5.995	609	91	29.857	23.144
2014	63	88.748	30.283	1.285	7.945	870	131	7.424	40.809
2015	63	91.337	31.956	1.144	8.281	911	138	7.755	41.152
2016	63	94.328	32.121	1.364	8.900	928	143	00	50.872
2016 (%)		100%	34%	1%	9%	1%	0%	0%	54%

Fonte: Mello; Resende (2019, p. 171).

[...] entre docentes das universidades federais também prevalecem as/os que se autodeclararam brancas/os (34%, em 2016), com percentuais muito inferiores de autodeclaradas/os pardas/os e pretas/os (9% e 1%, respectivamente, em 2016). O que salta aos olhos de maneira bastante expressiva também é o altíssimo percentual de docentes que não declararam sua raça/cor, 54%, praticamente três vezes o percentual encontrado no conjunto de servidoras/os públicas/os federais do Executivo que também não declaram raça/cor em 2014 (18,2%), como destacado acima. Com essa elevada lacuna de informações relativas a raça/cor, fica difícil qualquer esforço de detalhamento do perfil de raça/cor do corpo docente das universidades federais, ainda que exista uma altíssima probabilidade de que haja uma maioria absoluta de brancas/os, considerando que, entre as/os docentes que autodeclararam sua raça/cor, 79% são brancas/os (MELLO; RESENDE, 2019, p. 171).

Apesar da implementação da política de cotas raciais, ainda há uma enorme discrepância entre brancos e negros, nas áreas que reverberam essa ação. Os dados são do IBGE (2019).

A respeito da Educação, IBGE (2019, p. 1) relaciona:

Entre os jovens pretos ou pardos de 18 a 24 anos que estudavam, a proporção cursando ensino superior, etapa adequada a essa faixa etária, aumentou de 2016 (50,5%) para 2018 (55,6%), porém esse patamar ainda ficou abaixo dos 78,8% de estudantes brancos da mesma faixa etária no ensino superior. De todo modo, em 2018, no Brasil, os estudantes pretos ou pardos passaram a compor a maioria nas instituições de ensino superior da rede pública (50,3%). Entretanto, como formavam 55,9% da população total do país, seguiram sub-representados. Na população de jovens de 18 a 24 anos, frequentando ou não instituição de ensino, o percentual de brancos que frequentava ou já havia concluído o ensino superior (36,1%) era quase o dobro do de jovens pretos ou pardos (18,3%). A taxa de ingresso no nível superior (percentual da população que concluiu ao menos o ensino médio e que entrou no ensino superior, independentemente de tê-lo concluído ou não) dos pretos ou pardos era de 35,4% e dos brancos, 53,2%. Já a taxa de conclusão do ensino médio (proporção de pessoas de 20 a 22 anos que concluíram esse nível) da população preta ou parda era de 61,8% e a dos brancos, 76,8%. Embora as mulheres apresentem melhores indicadores educacionais que os homens de mesma cor ou raça, a taxa de conclusão do ensino médio dos homens brancos (72,0%) era maior que a das mulheres pretas ou pardas (67,6%). Entre os jovens de 18 a 24 anos com ensino médio completo que não estavam frequentando a escola por terem que trabalhar ou procurar trabalho, 61,8% eram pretos ou pardos.

Quando se coloca em voga, a taxa de analfabetismo, IBGE (2019, p. 1) explica:

Entre 2016 e 2018, a taxa de analfabetismo das pessoas pretas ou pardas de 15 anos ou mais passou de 9,8% para 9,1%, mas ainda é maior que a de brancos (3,9%). Nesse mesmo período, a proporção de pessoas de 25 anos ou mais com pelo menos ensino médio completo subiu de 37,3% para 40,3%. Já entre a população branca, esse percentual era de 55,8%. A frequência à creche ou escola de crianças pretas ou pardas de 0 a 5 anos aumentou de 49,1% (2016) para 53,0% (2018), enquanto a de crianças brancas era de 55,8%. Praticamente não havia diferença entre a proporção de crianças de 6 a 10 anos brancas (96,5%) e pretas ou pardas (95,8%) cursando os anos iniciais do ensino fundamental. Indicativo do abandono escolar, a proporção de pessoas de 18 a 24 anos pretas ou pardas com menos de 11 anos

de estudo e que não frequentavam escola caiu de 30,8% (2016) para 28,8% (2018). Esse percentual era de 17,4% entre os brancos.

Sobre o mercado de trabalho e suas estatísticas, IBGE (2019, p. 1) diz:

Em 2018, os pretos ou pardos representavam 54,9% da força de trabalho no país (57,7 milhões de pessoas) e os brancos, 43,9% (46,1 milhões). Entretanto, a população preta ou parda representava 64,2% dos desocupados e 66,1% dos subutilizados. Além disso, enquanto 34,6% da população ocupada de cor branca estava em ocupações informais, para os trabalhadores pretos ou pardos, este percentual atingiu 47,3%. A taxa composta de subutilização da população preta e parda (29,0%) era maior do que a dos brancos (18,8%). A desigualdade persistia mesmo quando considerado o recorte por nível de instrução. Entre os que tinham pelo menos o nível superior, essa taxa era de 15,0% para os pretos ou pardos e de 11,5% para os brancos e entre os sem instrução ou com fundamental incompleto: 32,9% e 22,4%, respectivamente.

No que se refere ao rendimento e salário, entre brancos e negros, mais uma vez, o IBGE (2019, p. 1) relata:

O rendimento médio mensal das pessoas ocupadas brancas (R\$2.796) foi 73,9% superior ao da população preta ou parda (R\$1.608). Os pretos ou pardos receberam menos do que os trabalhadores de cor branca tanto nas ocupações formais, como nas informais. Enquanto o rendimento médio dos ocupados brancos atingiu R\$17,0 por hora, o dos pretos ou pardos foi de R\$10,1 por hora. Os ocupados pretos ou pardos receberam rendimentos por hora trabalhada inferiores aos dos brancos, independentemente do nível de instrução. Os brancos com nível superior completo ganhavam por 45% a mais do que os pretos ou pardos com o mesmo nível de instrução. Quanto à razão de rendimentos, destaca-se a vantagem dos homens brancos sobre as demais combinações. A maior distância ocorre quando comparados às mulheres pretas ou pardas, que recebem menos da metade do que os homens brancos (44,4%).

A ocupação hierárquica dentro do ambiente laborativo, o IBGE (2019, p. 1) conclui que:

Em 2018, entre os 10% da população com os maiores rendimentos, apenas 27,7% eram pretos ou pardos. Por outro lado, os pretos ou pardos representavam 75,2% do grupo formado pelos 10% da população com os menores rendimentos. O rendimento médio domiciliar per capita da população branca (R\$1.846) era quase duas vezes maior do que o da população preta ou parda (R\$934). A proporção de pretos ou pardos com rendimento inferior às linhas de pobreza, propostas pelo Banco Mundial, foi mais que o dobro da proporção de brancos. Na linha de US\$ 5,50 diários, a taxa de pobreza era 15,4% para brancos e 32,9% para pretos ou pardos. Já na linha de extrema pobreza, enquanto 3,6% das pessoas brancas tinham rendimentos inferiores a US\$ 1,90 diários, 8,8% da população preta ou parda estava abaixo desta linha.

A respeito da distribuição de renda, o IBGE (2019, p. 1) informa:

Em 2018, entre os 10% da população com os maiores rendimentos, apenas 27,7% eram pretos ou pardos. Por outro lado, os pretos ou pardos representavam 75,2% do grupo formado pelos 10% da população com os menores rendimentos. O rendimento médio domiciliar per capita da população branca (R\$1.846) era quase duas vezes maior do que o da população preta ou parda (R\$934). A proporção de pretos ou pardos com rendimento inferior às linhas de pobreza, propostas pelo Banco Mundial, foi mais que o dobro da proporção de brancos. Na linha de US\$ 5,50 diários, a taxa de pobreza era 15,4% para brancos e 32,9% para pretos ou pardos. Já na linha de extrema pobreza, enquanto 3,6% das pessoas brancas tinham rendimentos inferiores a US\$ 1,90 diários, 8,8% da população preta ou parda estava abaixo desta linha.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao escrever a história das cotas, grande parte do material disponibilizado retrata a dura luta do povo negro em chegar até aqui. A história da humanidade é marcada pela busca incessante por mais direitos. Certa ela. Os direitos fundamentais devem estar sempre em primeiro plano, e jamais devem ser colocadas em risco. Todo esse sofrimento, foi passado de geração a geração, e

muitas famílias ainda sofrem com esse tipo de abuso. A busca por um ambiente mais justo, digno e que respeitem as garantias constitucionais, prometidas a nós. E é inegável que muitos brancos, não possuem esses direitos garantidos, mas colocá-los no mesmo patamar que negros, ao colocar a questão racial em voga, é um absurdo sem tamanho.

Falar hoje no Brasil, que todos são iguais, que só existe a raça humana, tem dois significados: ou é muita ignorância ou muito racismo. Ser preto no Brasil é lembrar da cor da sua pele, a todo momento. É sobre a roupa que vai vestir, a impressão que vai causar, a oportunidade de emprego que pode ser perdida. É sobre estar no topo dos indicadores sociais que tratam de violência, desigualdades e descasos. O dia que a sociedade tratar negros, pardos, indígenas da mesma forma que trata os brancos, pode-se começar a pensar em falar sobre o fim das cotas.

Em contrapartida, outro discurso que precisa ser encerrado, é que as cotas são prejudiciais, para àqueles que não as integram. Elas geram mais justiça social, e não o contrário. O nível de ensino das universidades não cai, e muito menos viram uma balbúrdia. Outrossim, os que se sentem “injustiçados”, podem apoiar-se nos estudos de economia, que revelam as vantagens de um sistema mais equalitário, que as cotas raciais promovem.

E finalmente, entender que apesar de importantes, as cotas raciais, não vão conseguir salvar o mundo do racismo sozinhas. Existe uma disparidade muito grande entre brancos e negros, principalmente naqueles índices que as cotas alcançam. Obviamente, que a escravidão não é culpa das pessoas que vivem no século XXI, mas é responsabilidade delas, que esse sistema de preconceito não perdure ainda mais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 10.693 de 09 de janeiro de 2003. Altera a Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática "História e Cultura Afro-Brasileira", e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.639.htm. Acesso em: 27 mai. 2021

BRASIL. Lei nº 12.711 de 29 de agosto de 2012a. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm. Acesso em: 27 mai. 2021

BRASIL. Orientação Normativa nº 3, de 1º de agosto de 2016a. Diário Oficial da União. Publicado em: 02/08/2016 | Edição: 147 | Seção: 1 | Página: 54. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/23376081/do1-2016-08-02-orientacao-normativa-n-3-de-1-de-agosto-de-2016-23375906. Acesso em: 27 mai. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF-186/DF, Brasília. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Atos que instituíram sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (cotas) no processo de seleção para ingresso em instituição pública de ensino superior. Alegada ofensa aos arts. 1º, III, 3º, IV, 4º, VIII, 5º, I, II XXXIII, XLI, LIV, 37, 205, 206, I, 207, 208, V, todos da Constituição Federal. Ação julgada improcedente. Ministro Ricardo Lewandowski, 26 abr.2012b. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342750/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-186-df-stf>. Acesso em: 27 mai. 2021

CHARÃO, Cristina. Cotas e contestações: as ações afirmativas colocaram o combate ao preconceito na agenda nacional. In: Universidade Federal de Pelotas (Org). Cotas: um diálogo afirmativo entre a universidade e a escola, p. 1, ago. 2016. Disponível em: <https://wp.ufpel.edu.br/projetocotas/2016/08/03/cotas-e-contestacoes-as-acoes-afirmativas-colocaram-o-combate-ao-preconceito-na-agenda-nacional/>. Acesso em: 27 mai. 2021.

CORNWELL, Christopher. RIVERA, Jason. SCHMUTTE, Ian M. Wage discrimination when identity is subjective: Evidence from changes in employer-reported race. The Journal of Human Resources, Madison, v. 52, n. 3, p. 719-755, ago., 2017.

ESTEVAN, Fernanda. GALL, Thomas. MORIN, Louis-Philippe. Redistribution Without Distortion: Evidence from an Affirmative Action Programme at a Large Brazilian University, The Economic Journal, Oxford, v. 129, p. 1182–1220, abr., 2019.

FERNANDES, F. Significado do Protesto Negro. São Paulo: Expressão Popular, 2017.

FONSECA, R. C. V. Metodologia Científica. Curitiba: IESDE Brasil S. A., 2010.

FONSECA, J. J. S. Metodologia da pesquisa científica. Fortaleza: UEC, 2002.

GOMES, Laurentino. Escravidão: do primeiro leilão de cativos em Portugal até a morte de Zumbi dos Palmares. 1. ed. Rio de Janeiro: Globo Livros, 2019.

GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo (Org.). Métodos de pesquisa. Porto Alegre: Ed. da UFRGS, 2009.

REFERÊNCIAS

GUARNIERI, Fernanda Vieira. MELO-SILVA, Lucy Leal. Cotas Universitárias no Brasil: Análise de uma década de produção científica. *Psicologia Escolar e Educacional*, São Paulo, v. 21, n. 2, p.183-193, mai./ago., 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Pretos ou pardos estão mais escolarizados, mas desigualdade em relação aos brancos permanece. Rio de Janeiro: IBGE, 2019, 1 p.

LOPES, Alice Dias. Affirmative action in Brazil: how students' field of study choice re-produces social inequalities, *Studies in Higher Education*, Oxford, v. 42, n. 12, p. 2343-2359, 2017.

LOUREIRO, Paulo R. A. Uma Resenha Teórica e Empírica sobre Economia da Discriminação. *RBE*, Rio de Janeiro, n. 57, v. 1, p. 125-157, jan./mar., 2003.

MELLO, Luiz. RESENDE, Ubiratan Pereira de. Concursos públicos para docentes de universidades federais na perspectiva da Lei 12.990/2014: desafios a reserva de vagas para candidatas/os negras/os. *Revista Sociedade e Estado*, Brasília, v. 34, n. 1, p. 161-184, jan./abr., 2019.

NASCIMENTO, Ilca Freitas. Lei de cotas no ensino superior: desigualdades e democratização do acesso a universidade. 2016. Dissertação (Mestrado em Educação) – Centro Universitário Salesiano de São Paulo, Americana, 2016.

PIMENTA, Alexandre Jorge. Análise da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 186/DF e sua repercussão na lei de cotas. *Revista Programa Conexões*, Belém, v.3, p. 33-48, jan., 2018.

SENKEVICS. Adriano Souza. MELLO Ursula Mattioli. O perfil discente das universidades federais mudou pós-lei de cotas? *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, v. 49 n. 172 p. 184-208, abr./jun., 2019.

SILVA, Gracielle da Costa. A relevância das cotas raciais como ferramenta de transformação da realidade social da população negra brasileira. *Revista de Estudos e Investigações Antropológicas*, Recife, v. 3, n. 2, p. 59-76, jan., 2016.

VALENTE, Rúbia R; BERRY, Brian J. L. Performance of Students Admitted through Affirmative Action in Brazil. *Latin American Research Review*. v. 52, n.1, p. 18-34, 2017.

VIDIGAL, Roberto. Affirmative Action Attitudes of Whites: Evidence from a List Experiment Survey in Brazil. *Brazilian Political Science Review*, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 1-31, 2018

Artigo 05

DIREITO DE FAMÍLIA E MEDIAÇÃO: UMA ALTERNATIVA NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS NA DISPUTA DE GUARDA DOS FILHOS.



Adilson Dalagnol

Acadêmico Direito X Fase Uniarp-Fraiburgo



Nilce Pinz

Acadêmica Direito X Fase Uniarp-Fraiburgo



Larissa de Goes

Acadêmica Direito X Fase Uniarp-Fraiburgo



Paulo Sergio Kasper,

Acadêmico Direito X Fase Uniarp-Fraiburgo



Katiane Pereira

Acadêmica Direito X Fase Uniarp-Fraiburgo



Vantoir Alberti

Me Professor Direito Processual Civil V- Processos Especiais



Uniarp 50



fapesc

Introdução

O presente artigo tem por finalidade abordar a temática da mediação como instrumento para a resolução de conflitos familiares na disputa de guarda dos filhos, objeto de dissenso entre os pais.

Para tanto, abordar-se-á os aspectos da família e sua evolução, a proteção da criança e do adolescente e os conflitos familiares em relação à guarda dos filhos.

Estudar-se-á a mediação como instrumento de resolução destes conflitos, ressaltando os seus benefícios na solução de conflitos na disputa de guarda entre os genitores.

Abordar-se-á, ainda, uma eventual inadequação do modelo tradicional de resolução de conflitos para as questões familiares, tendo em vista a complexidade de tais relações e a necessidade de um olhar multidisciplinar para solução das demandas familiares.

A mediação é uma prática utilizada há muito tempo e seu método se vale de técnicas de comunicação adequada e escuta qualificada, buscando concretizar o princípio constitucional de proteção à dignidade da pessoa humana e de proteção do Estado.

Tem-se que a mediação surge como alternativa complementar ao método tradicional praticado pelo Judiciário, onde:

A mediação de conflitos aparece assim com uma proposta metodológica diferente no manejo dos dissensos, principalmente de questões familiares, com as quais guarda especial sintonia, uma vez que tem por finalidade incentivar o diálogo entre as partes de forma a

que se sintam confiantes para que possam conjuntamente encontrar soluções de benefício e satisfação mútuos, assim resgatando a comunicação emocional e a intimidade. (MASCARENHAS, FIGUEIREDO, 2011, n.p).

Neste sentido, a mediação nada mais é que um espaço democrático, com o objetivo do restabelecimento da comunicação entre as partes envolvidas no conflito, na busca de uma solução conjunta para o problema. Neste modelo não há parte vencedora ou perdedora, mas uma flexibilização entre as partes através do diálogo.

A utilização de novos instrumentos de composição de controvérsias acompanha os processos de mudanças sociais e culturais nas relações humanas, exigindo que se crie novas possibilidades e alternativas para o bem comum.

Ao final do artigo pretende-se responder: Quais são os benefícios da mediação na solução de conflitos na disputa de guarda? O presente trabalho é baseado no método dedutivo, isto é, “parte de princípios reconhecidos como verdadeiros e indiscutíveis e possibilita chegar a conclusões de maneira puramente formal, isto é, em virtude unicamente de sua lógica”. (PRODANOV e FREITAS, 2013).

A metodologia utilizada para o desenvolvimento deste estudo é a pesquisa bibliográfica, especialmente pesquisa em livros, manuais, artigos científicos, monografias, dissertações, teses e legislação existentes sobre a temática.

A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA

No decorrer dos anos, a família sofreu várias mudanças de função, natureza e formação, pois sempre se atribuiu a ela funções variadas, de acordo com a evolução (religiosa, política, econômica ou procracional). Sua estrutura era patriarcal, legitimando o exercício do poder masculino sobre a mulher (poder marital) e sobre os filhos (pátrio poder). As funções religiosas e políticas não deixaram traços na família atual, mantendo apenas interesses históricos, na medida em que a rígida estrutura hierárquica foi substituída pela coordenação e comunhão de interesses e de vida. (BRANDT, L. M. & BRANDT JR., L., 2018 apud LOBO, 2010).

Na idade média a família era regida com exclusividade pelo direito canônico, o qual regulava as relações dos homens entre si e até mesmo o Estado. Nesta época apenas o casamento religioso era conhecido, entretanto a influência das normas romanas era exercida nas relações patrimoniais entre os cônjuges no que se refere ao pátrio poder. (SANTANA, NASCIMENTO, 2015).

Dias (2016), destaca que a família possuía uma formação extensiva, verdadeira comunidade rural, formada por todos os parentes, que compunham a força de trabalho, além da existência de amplo incentivo à procriação.

Conforme destacam Santana e Nascimento (2015), no Brasil, a Constituição Federal de 1934 trouxe em seu bojo a proteção perante a família através do Estado, uma vez que este passou a ser mediador das relações desse instituto, determinando sua indissolubilidade.

Já na legislação civilista de 1916, pode-se constatar que a família patriarcal e hierarquizada, composta através do matrimônio, exercia várias funções, dentre as quais destaca-se a econômica, ou seja, eram responsáveis pela sua própria sobrevivência. Quanto a sua composição, a mesma era formada por tias, tios, avós, primos e parentes afins, ambos residindo no mesmo local, bem como, trabalhando coletivamente em prol da subsistência. (SANTANA, NASCIMENTO, 2015).

Por outra esteira, a Constituição Federal de 1988, inovou e diferentemente das demais constituições, não exigia como requisito o casamento para a proteção da família, adotando também a possibilidade da dissolução da sociedade conjugal através do divórcio (BRASIL, 1988).

Para DIAS (2016), cada vez mais a ideia de família afasta-se da estrutura do casamento. O divórcio e a possibilidade do estabelecimento de novas formas de convívio revolucionaram o conceito sacralizado de matrimônio. A constitucionalização da união estável e do vínculo monoparental operou verdadeira transformação na própria família.

Ainda segundo DIAS (2016), na busca do conceito de entidade familiar, é necessário ter uma visão pluralista, que albergue os mais diversos arranjos vivenciais. Destaca-se ser preciso achar um elemento que autorizasse reconhecer a origem dos relacionamentos interpessoais. O grande desafio foi descobrir o toque diferenciador destas estruturas e permitir inseri-las em um conceito mais amplo de família.

No que tange ao aspecto epistemológico do termo família, Gagliano e Pamplona Filho (2012) mencionam, baseados no princípio da dignidade humana, que família é o núcleo existencial integrado por pessoas unidas por vínculo socioafetivo, teleologicamente vocacionada a permitir a realização plena dos seus integrantes.

Logo, a família é a base de formação do ser humano, tanto do ser em desenvolvimento como do adulto, uma vez que esta é responsável por promover a educação, saúde, proteção e lazer dos filhos, influenciando dessa maneira o comportamento destes na sociedade. (SANTANA, NASCIMENTO, 2015).

Ressalta Dias (2016), que a lei como vem sempre depois do fato e procura congelar a realidade, tem um viés conservador. Mas a realidade se modifica, o que necessariamente acaba se refletindo na lei. Por isso, a família juridicamente regulada nunca consegue corresponder à família natural, que preexiste ao Estado e está acima do direito.

Neste sentido, ressalta Oliveira (2009) que, a necessidade de discussões sobre a temática família, é algo que perpassa pelos caminhos da sociedade. Muito tem-se afirmado, vários conceitos evoluíram ou, até mesmo, encontram-se novamente perceptíveis na atual realidade.

Em virtude do que foi mencionado, pode-se afirmar que embora tenham ocorrido transformações substanciais na organização familiar ao longo da história, a humanidade continua considerando a instituição familiar o alicerce da sociedade. Sendo assim, nota-se que a finalidade da família é possibilitar que seus membros

desenvolvam de forma plena a sua personalidade, alicerçados em elos comuns e indissociáveis, cujo objetivo final é buscar a realização enquanto indivíduo.

A PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A Constituição Federal, dispõe em seu art. 227 que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de serem postos a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).

Neste mesmo sentido, o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, (Lei n. 8.069/1990) menciona no art. 4º que:

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. (BRASIL, 1990).

Como visto, a família, constituída pelos pais, a sociedade e o Estado devem dar prioridade aos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

O referido dispositivo legal, contempla ainda no art. 3º que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral desta lei, sendo-lhes asseguradas todas as oportunidades e facilidades, com vistas a lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. (BRASIL, 1990).

Neste norte é o disposto no art. 19 do ECA:

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral. (BRASIL, 1990).

Como bem se pode observar, o Estatuto da Criança e do Adolescente, sempre tem como propósito o princípio do melhor interesse, consolidando a doutrina da proteção integral e especial da criança e do adolescente.

Neste diapasão destaca DIAS (2016, apud LOBO, 2010) que o princípio da proteção integral não é uma recomendação ética, mas diretriz determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado. A maior vulnerabilidade e fragilidade dos cidadãos até os 18 anos, como pessoas em desenvolvimento, os faz destinatários de um tratamento especial.

Leciona Paulino da Rosa (2015) que, indo além, sob a ótica da

proteção integral, privar uma criança e adolescente da sadia convivência com seus ascendentes é, por certo, dispensar tratamento negligente, desumano e cruel, formas de atendimento que não se coadunam com a previsão contida no art. 227 da Constituição Federal.

Todavia, para salvaguardar os direitos que lhes são pertinentes, há a necessidade que se concretize de forma eficaz um tratamento diferenciado às crianças e aos adolescentes, da mesma forma é de suma importância que haja respeito com os princípios constitucionais, uma vez que é perceptível que a realidade brasileira é completamente distinta, ou seja, o que está escrito no texto constitucional não é priorizado pela sociedade, tampouco pela estado. (NEVES, BERRO, 2018, apud, PAULA, 2002).

Em síntese, o princípio da proteção integral vigente no nosso ordenamento jurídico está pautado diretamente à proteção dos direitos da criança e do adolescente, ou seja, estabelece que enquanto seres humanos devem ter seus direitos fundamentais resguardados, pela família, sociedade e pelo Estado, até que se tornem plenamente capazes.

A PROTEÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A família é a base primária da sociedade, assumindo a responsabilidade de educar e preparar os filhos para viver com dignidade, respeito e harmonia com o seu semelhante. A convivência familiar é o espelho que reproduz a essência dada em seu interior e deve partir daí o pressuposto de melhorar o mundo em que se vive. (BRASIL, 2016).

Os conflitos familiares, na maioria das vezes, impedem a realização do potencial de trajetórias pessoais, vitimando famílias inteiras, sendo marcadas pela impotência e, conseqüentemente, causam sérios problemas sociais, desencadeando maior dano ao mais frágil, que muitas vezes é negligenciado diante da situação da violência vivenciada. (BRASIL, 2016).

Assim sendo, pode-se dizer que, quem mais sofre é o menor que vivencia no âmbito familiar a violência física, psicológica, entre seus genitores. As sequelas são enormes e deixam marcas tanto físicas quanto emocionais. Por isso, é dever do Estado garantir a toda criança e adolescente proteção, permitindo o seu desenvolvimento em um ambiente saudável e sem violências. (BRASIL, 2016).

A esse respeito destaca Madaleno (2018, p.105):

Que a proteção especial da criança tem sua semente na Declaração dos Direitos da Criança proclamada em 1959, quando expôs no seu segundo princípio, gozar o infante desta proteção especial, devendo ser-lhe dadas oportunidades e facilidades legais e outros meios para o seu desenvolvimento psíquico, mental, espiritual e social em um ambiente saudável e normal, e em condições de liberdade e dignidade, e reafirmado no artigo 3º da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, que todas as decisões relativas a crianças, adotadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas, ou órgãos legislativos, terão preferencialmente em conta o interesse superior da criança.

É inegável a preocupação do Estado e do legislador com o bem-estar, proteção e guarda das crianças e adolescentes em situações de disputas e brigas familiares, razão pela qual a Constituição Federal no art. 227 estabeleceu que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar, com absoluta

prioridade, à criança, ao adolescente e ao jovem, o direito à convivência familiar. (Brasil, 1988).

O Código Civil em seu art.1.583 e seguintes dispõe sobre a convivência familiar, disciplinando a questão da guarda dos filhos quando há rompimento dos laços familiares. Eis o teor do art. 1.583 do Código Civil:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos. (BRASIL, 2002).

Sobre a guarda, o desembargador José Carlos Teixeira Giorgis (2008, n.p), afirma que:

A demolição do prédio conjugal por consenso implica no acertamento do destino dos filhos: é opção traumática, pois ninguém abdica de pedaços de coração ou dos frutos genéticos do afeto. Quando não acontece solução pacificada cabe ao juiz decidir a sorte dos menores apontando o guardião que os vai cuidar; e o direito de visitas para o

genitor carente. Esses assuntos constituem instantes de tormento para o magistrado e para as partes; é que muitos usam o filho como objeto de ressentimento e laurel de disputa.

BRANDT, L. M. & BRANDT JR., L., 2018 apud Gonçalves, 2015), disciplinam que é através do organismo familiar que as pessoas se desenvolvem, criam raízes e bases para construir uma nova família. Resta nítido, assim, o porquê da complexidade dos conflitos familiares, uma vez que o vínculo afetivo que se tem com a família está sobrecarregado de uma grande carga sentimental.

Nesse contexto, verifica-se que a solução judicial tem se revelado insuficiente, pois na medida em que define a contenda, o processo clássico não prepara a pós-ruptura do casal e dos filhos, pois cria a figura do vencedor e do perdedor, além de aumentar o ressentimento numa área na qual as paixões e os ressentimentos são a tônica maior da conduta humana. (BRANDT, L. M. & BRANDT JR., L., 2018 apud Leite, 2008).

Assim, é extremamente importante buscar formas adequadas para a resolução desses conflitos que envolvem disputa de guarda, uma vez que os conflitos familiares são complexos e existe uma relação afetiva entre os envolvidos, sendo uma alternativa a mediação. O que será demonstrado no item abaixo.

A MEDIAÇÃO COMO ALTERNATIVA EM QUESTÕES DE LITÍGIO DE GUARDA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

A mediação é uma prática utilizada há muito tempo, pelo mundo, conforme afirma, Morre (1998, p.32): “Culturas judaicas, cristãs, islâmicas, hinduístas, budistas, confucionistas e muitas culturas indígenas tem longa e efetiva tradição na prática da mediação”.

Segundo Miranda (2012), não há um marco histórico exato da mediação. Todavia, há informações de que a mediação era muito utilizada na China, em meados de 450 a.C., e de acordo com o autor ela foi baseada nos pensamentos de Confúcio.

Confúcio acreditava que a melhor forma de solucionar um conflito era utilizando a sabedoria, e buscava a harmonia através do equilíbrio do mundo e da felicidade dos homens, e com a essência de seu pensamento, iniciou-se a prática da mediação na China. (MIRANDA, 2012). “Para os chineses o equilíbrio das relações sociais estava em primeiro plano” (MIRANDA, 2012, p.3)

Nesta toada, o Código de Processo Civil de 2015 previu no artigo 694 a solução consensual de conflitos familiares por meio da mediação:

Art. 694. Nas ações de família, 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 mediação e conciliação. (BRASIL, 2015).

A mediação pode ser entendida como um princípio, uma conduta que permite desenvolver a personalidade, que capacita a conquista de liberdade interna do ser humano e a igualdade que todo ser merece perante o outro, ao passo que assegura o sentimento de pertença ao gênero humano (BARBOSA, 2004).

Ainda, esclarece Barbosa (2007, p.133) acerca da mediação:

A mediação é um método que se vale de técnicas de comunicação, adequada para escuta qualificada, prestando-se, com muita eficiência, a concretizar o princípio constitucional de proteção à dignidade da pessoa humana e de proteção do Estado. Como se trata de uma linguagem, qualquer profissional pode habilitar para obter uma formação. Com a mediação, as ciências humanas fazem irrupção nas relações jurídicas, pois trata de um conhecimento interdisciplinar a serviço do acesso à, assim, os saberes das diferentes disciplinas – direito, psicanálise, psicologia, sociologia, filosofia etc. – conduzem a uma complementaridade da prática social, função e objetivo desta nobre linguagem, permitindo implementar os paradigmas da pós-modernidade.

No que diz respeito à efetividade da mediação, Moreira (2014) constata que tal instituto demonstrou ser a melhor alternativa para manter ou reatar os laços familiares, já que propicia a capacidade humana de aprendizagem e de resolver conflitos, através do diálogo construtivo.

Importante mencionar que a mediação deve estar sempre pautada pelos princípios a seguir nominados, conforme disciplina Martins (2016):

- **Princípio da Independência:** estabelece que a atuação de mediadores ocorrerá de forma livre e autônoma, ou seja, em hipótese alguma poderá ocorrer subordinação, influência ou pressão em relação as partes envolvidas na disputa;
- **Princípio da Imparcialidade:** estabelece que a atuação de mediadores deve ocorrer de forma imparcial, ou seja, sem demonstrar favoritismo, preferência ou qualquer preconceito;
- **Princípio da Autonomia da Vontade:** estabelece que os mediadores devem respeitar os diferentes pontos de vista das partes, possibilitando que possam expressar suas próprias ideias

e decisões, que as mesmas aconteçam de forma voluntária e não coercitiva. Importante destacar que é facultado as partes em qualquer momento do processo a possibilidade da desistência e a interrupção da mediação;

- **Princípio da Confidencialidade:** significa que todas as informações colhidas no decorrer do procedimento terão total sigilo, ou seja, não poderão ser utilizados para outros fins diversos daquele previsto, por expressa deliberação das partes;
- **Princípio da Oralidade:** deve prevalecer a comunicação oral, aberta e flexível, permitindo dessa forma que através da interação as partes compreendam as razões e perspectivas umas das outras, mesmo que haja discordâncias. Pois é através desse diálogo que se pretende alcançar um acordo que seja viável para ambas as partes;
- **Princípio da Informalidade:** significa que todo processo é construído pelas próprias partes com o auxílio do mediador, ou seja, o foco principal é dirimir as controvérsias e buscar possíveis soluções para a problemática sem que haja necessidade de exposições e convencimentos com fundamento em normas jurídicas.

Portanto, pode-se afirmar que a mediação deve ser dirigida de acordo com a livre vontade das partes, igualmente no que tange à definição dos procedimentos necessários, ou seja, o mediador e as partes podem definir a estrutura e desenvolvimento, que estará sempre atrelado ao tipo de disputa, da mediação, das partes e do programa judicial em que o processo estiver vinculado.

Quanto às crianças e adolescentes, a mediação através do diálogo

é eficaz, na medida em que protege o direito à restauração da convivência e permite o desenvolvimento psíquico dos infantes, ao passo que, quanto aos pais, vincula-os à relação parental através da participação e construção desta, mediante o diálogo, pois assumem papel importante na efetivação dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes (MOREIRA, 2014).

Desta forma, pode-se dizer que “a mediação como comportamento e como método viabilizam a realização dos paradigmas pós-modernos, aprimora a prestação jurisdicional e garante a realização do princípio da proteção do Estado” (BARBOSA, 2007, p.137).

De acordo com Cruz (2005, p.270):

Não há competição na mediação, já que as pessoas conflitantes não são oponentes, não havendo a ideia de uma vence a outra. Pelo contrário, na mediação as partes são vistas como solidárias e colaboradoras, possuindo um objetivo comum de tratar o conflito, encontrando uma solução satisfatória.

Azevedo (2016, p.9) ressalta que as “partes vencedoras de uma disputa frequentemente se sentem perdedoras, em razão do tempo, das custas e principalmente, da perda de vínculo”.

Ainda, conforme Azevedo (2016, p.10), na mediação “ganham os envolvidos, que constroem suas próprias soluções satisfatórias, ganham as famílias que estabelecem seus sistemas familiares”, pois as partes possuem autonomia na solução do conflito.

Maria Helena Diniz (2012, 338) dispõe:

Os conflitos familiares decorrem de uma inadequada comunicação, por isso a mediação familiar tem por escopo primordial estabelecer uma comunicação, conducente ao conhecimento do outro e à

intercompreensão, partindo de explicações, buscando informações e permitindo a intersubjetividade entre os mediandos, para que cada um possa entender o que o outro diz ou quer.

A regulamentação da mediação no direito brasileiro está se desenvolvendo de forma gradual por meio de programas que garantem o direito ao livre acesso à justiça. Importante destacar a Lei nº 13.058 sancionada em dezembro de 2014, a qual tornou obrigatória a guarda compartilhada dos filhos. Todavia, a exceções, que permitem que o magistrado deixe de determinar a guarda compartilhada quando julgar falta de aptidão de um dos genitores ou quando algum dos pais renunciar a esse direito. Convém mencionar ainda, que o juiz pode alegar o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente (art. 227, CF/88) para determinar a guarda unilateral ao invés da compartilhada, caso haja necessidade. (GIMENEZ, 2015).

De acordo com a nova lei, mesmo em casos de litígio a guarda será compartilhada. Os pais continuam a exercer a função parental de forma igualitária. O compartilhamento da guarda retira a ideia de posse e propicia a continuidade da relação com os filhos, ou seja, é comprovado que quanto mais as crianças e os adolescentes conviverem com ambos os pais, mais satisfatório será seu desenvolvimento psíquico e emocional, desde que haja condições para isso. (GIMENEZ, 2015).

Ressalta-se que com o fim do casamento a unidade familiar continua a existir. Ambos os pais continuam como detentores do poder familiar e a melhor maneira de chegar a um acordo sobre como compartilhar a guarda seria através da mediação, ou seja, uma forma alternativa de solução dos conflitos. Através da mediação as partes podem eleger um mediador que, as auxiliará a chegar a uma solução mais célere e menos dolorosa, evitando

dessa forma um processo judicial moroso, onde além de um desgaste emocional significativo haverá um custo maior. (GIMENEZ, 2015).

Em síntese a mediação familiar, como forma de solução alternativa de conflito demonstra ser uma forma mais humanizada de tratar questões tão delicadas, de forma a preservar o melhor interesse do menor.

BENEFÍCIOS DA MEDIAÇÃO NA SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENVOLVENDO A DISPUTA DE GUARDA

Os conflitos conjugais podem desencadear mudanças significativas na vida dos envolvidos; porém, a separação conjugal é a que afeta mais profundamente a vida dos mesmos (LEITE, 2008).

Discorre Leite (2008, apud, FERREIRA, 2004, p. 48):

A separação é uma crise que traz muitas perdas, mas não significa a destruição da família. Dessa crise, a família pode sair tanto desorganizada e assintomática, quanto evoluída e fortalecida, porque crises também são oportunidades para o crescimento.

A possibilidade da separação ou a sua concretização pode provocar sofrimento e complicações de ordem emocional, tanto para o casal quanto para os filhos. Dessa forma a mediação pretende auxiliar nessa possível transição do sistema familiar, buscando evidenciar que o divórcio não significa necessariamente

o fim de uma família, ou seja, que ambos os progenitores devem continuar responsáveis no que se refere aos cuidados relativos a educação dos filhos, assistindo-os nas suas necessidades afetivas, econômicas e físicas. (LEITE, 2008).

Leite (2008, apud, CRUZ, PEREIRA e SOUZA, 2004) ressalta também que “o divórcio visa romper o vínculo matrimonial, mas não tem o intuito de cortar os laços familiares”.

Destaca-se que o objetivo principal da mediação familiar nos casos de separação ou divórcio é buscar a resolução do conflito de forma pacífica. Outrossim, pode ser utilizada em casos de pensão alimentícia, regulamentação das visitas e da guarda compartilhada dos filhos. (MARQUES, 2019).

Em relação ao casal e os filhos MARQUES, (2019, apud, LOBO, 2011, p. 49-50) discorre:

As disputas entre cônjuges, pais e filhos e entre companheiros, que dizem respeito ao direito de família, saem do conflito que degrada as relações familiares, assumindo as pessoas a responsabilidade pelas próprias decisões compartilhadas, que tendem a serem mais duradouras que as decisões judiciais, pois estas não encerram o conflito.

Convém mencionar que a mediação na solução de conflitos que envolvem a disputa de guarda almeja primordialmente a preservação da família, mesmo quando se tem a separação ou divórcio, além de ser um procedimento mais célere e eficaz, para desafogar os trabalhos nas varas de família do poder judiciário (MARQUES, 2019).

Importante ressaltar que após o processo de separação ou divórcio dos pais, os filhos devem continuar tendo um relacionamento

afetivo e saudável com ambos, mesmo que venham a morar só com um deles. A mediação na solução de conflitos com relação a guarda, visa estabelecer a harmonia entre os pais, diminuindo consideravelmente os efeitos nocivos que a separação possa causar na criança (MARQUES, 2019).

De acordo com MARQUES (2019, apud, SILVA, 2016, p. 68), “a mediação também pode abrir espaço para participação dos filhos (dependendo, obviamente, da idade), a fim de se extinguir a “visão adultocêntrica”, o que pode ser benéfico para as crianças”.

Faz-se necessário frisar que nos casos de mediação envolvendo disputa de guarda não se pretende encontrar um culpado pela separação, pois a mediação jamais estimulará a disputa e o antagonismo, razão pela qual não se materializa a figura do vencedor e do perdedor tradicionalmente comum nas demandas jurídicas. Sendo assim, o procedimento da mediação tem por objetivo restabelecer a comunicação entres os ex-cônjuges, promovendo um processo de conscientização quanto aos seus direitos e deveres e, por consequência, a responsabilização das partes quanto a relação de co-parentalidade entre pais e filhos (LEITE, 2008).

Compete destacar a relevância do Poder Judiciário em proporcionar e estimular este método aqui abordado, como mais uma possibilidade de solução de conflitos familiares envolvendo a guarda dos filhos, tendo por escopo propagar no âmbito jurídico uma visão mais ética dos litígios interpessoais, ou seja, humanizar a justiça (LEITE, 2008).

Enfim, a mediação conduzida por pessoas capacitadas, realizada de forma correta e eficaz atenderá os reais interesses dos pais,

bem como deverá atender diretamente os anseios e necessidades da criança, além de viabilizar a escolha da forma mais adequada de guarda, ou seja, dessa forma estar-se-á assegurado as partes dois direitos constitucionais fundamentais: aos pais, a igualdade no que concerne às suas responsabilidades e, aos filhos, uma convivência familiar harmoniosa.

CONCLUSÃO

No decorrer dos tempos, a entidade familiar passou por enormes mudanças, tanto de ordem estrutural quanto substancial, fazendo com que também novos métodos de solução de conflitos surgissem, visando assegurar e garantir a aplicação dos direitos ameaçados em questão.

Essas mudanças no instituto familiar fizeram crescer o número de separações litigiosas e também o descumprimento das sentenças judiciais, principalmente no que se refere a guarda compartilhada dos filhos, pois as pessoas envolvidas neste impasse, carregam um sentimento de fracasso pelo desfazimento do vínculo conjugal, fazendo com que os filhos sejam usados como produto desta relação desfeita.

Neste sentido, a mediação tem a função de pacificação social e é um instrumento da prática do direito que tem como finalidade restabelecer a comunicação entre as partes envolvidas, dando autonomia para solucionar os conflitos de forma consensual, auxiliando, ainda, o Poder Judiciário nas demandas de processos que se apresentam, especialmente na área de família.

Há que se destacar que não significa negar a prestação jurisdicional por parte do Estado, mas propor alternativas

porventura até menos onerosas e mais rápidas para a satisfação das controvérsias, com métodos mais humanísticos, que garantam, com maior qualidade, a obtenção da justiça.

A utilização da mediação como uma alternativa na facilitação das relações familiares em situação de crise e conflito, mais especificamente na disputa de guarda, possibilita encontrar soluções eficientes que correspondam às necessidades das partes – pais e filhos.

Dentre algumas vantagens na utilização deste método, pode-se citar a imparcialidade, o sigilo, a celeridade, a economia processual, garantindo assim a segurança na busca pela solução aos dissensos familiares existentes.

A mediação apresenta-se, portanto, como uma alternativa que permite ao casal separar-se de forma menos dolorosa, bem como causar menos impacto negativos na vida dos filhos.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Gomma de. Manual de Mediação Judicial. 6ª Ed, São Paulo, 2016.

BARBOSA, Águida Arruda. Mediação Familiar: uma cultura de Paz. Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. N. 10, a. 8, 2004. Disponível em: <<https://revistas.direitosbc.br/index.php/fdsbc/article/view/395/262>>. Acesso em 17 set. 2020.

BARBOSA, Águida Arruda. Construção de fundamentos teóricos e práticos do código de família brasileiro. 2007. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, universidade de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/q2131qtde-02082007-115632/pt-br.php>>. Acesso em: 17 set. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF, out. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 01 de set. de 2020.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 01 de set. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 01 de set. 2020.

BRASIL, Congresso Nacional. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código Processo Civil. Brasília: Senado Federal:2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 17 set. 2020.

BRASIL. Combater violência contra crianças é prioridade do governo. Portal Brasil, 2016. Disponível em <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2016/06/combater-violencia-contra-criancas-e-prioridade-do-governo>. Acessado em 17 de set. 2020.

BRANDT, L. M. & BRANDT Jr., L. (2018). A mediação como forma alternativa para as soluções dos conflitos familiares. Revista Prolegómenos Derechos y Valores, 21(42), 177- 193. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87662091008>>. Acesso em 01 de set. de 2020.

CRUZ, Sáskeya Narjara Gurjel da. O estudo da mediação: uma análise principiologicamente. In: SALES, Lília Maria de Moraes (Org.). Estudos sobre a Efetivação do Direito na Atualidade: a cidadania em debate. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2005.

DIAS, Maria Berenice. Manual do Direito das Famílias. 10. ed. rev, atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família. 27º ed. Saraiva, 2012. FILHO, Sergio Cavalieri. Direito, Justiça e Sociedade. Revista da EMERJ, v.5, n.18, 2002.

GIMENEZ. Ana Paula. Mediação contribui para definição rápida e pacífica da guarda dos filhos. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-mai-02/ana-paula-gimenez-mediacao-contribui-para-definicao-rapida-e-pacificada-da-guarda-dos-filhos>>. Acesso em: 01, out. 2020.

GIORGIS. José Carlos Teixeira. A guarda compartilhada. Disponível em <https://www.colegioregistrals.org.br/noticias/a-guarda-compartilhada/>. Acesso em 04 de set. de 2020.

LEITE, Manoella Fernandes. Direito de Família e Mediação: A Busca para Resolução Pacífica na Disputa de Guarda dos Filhos. 2008. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/artigos/436/novosite>>. Acesso em 20 de set 2020.

MADALENO, Rolf. Direito de família. 8. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MARQUES. Deysiane. A mediação e os conflitos familiares: repercussão com a guarda compartilhada. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/72329/a-mediacao-e-os-conflitos-familiares-repercussao-com-a-guarda-compartilhada>. Acesso em: 22 de out. 2020.

MARTINS. Renan Buhemann. Conciliação e Mediação na Ótica do Novo CPC: Uma visão mais aprofundada do tema de acordo com as disposições do CPC/2015. Disponível em: <<https://rbmartins1992.jusbrasil.com.br/artigos/309063697/conciliacao-e-mediacao-na-otica-do-novo-cpc>>. Acesso em: 01 out. 2020.

MASCARENHAS, Fabiana Alves e FIGUEIREDO, Marcela Rodrigues Souza. Construindo Consensos: A importância da Mediação nos Conflitos Familiares de Guarda e Visitação. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f91e24dfe80012e2#:~:text=De%20qualquer%20forma%20s%C3%A3o%20muitos,conjuntamente%20as%20quest%C3%B5es%20referentes%20%C3%A0>>. Acesso em 20 de set. 2020.

MIRANDA, Maria Bernadete. Aspectos relevantes do instituto da mediação no mundo e no Brasil. Revista Virtual Direito Brasil, v. 6, n. 02, 2012.

MOORE, Cristopher W. O Processo de Mediação: estratégias práticas para resolução de conflitos. 2. Ed Porto Alegre: Aertmed 1998.

REFERÊNCIAS

MOREIRA, Luciana Maria Reis. A mediação familiar na transformação dos conflitos parentais e conjugais. Sapiëntia – Revista de Direito do Centro Universitário Estácio de Sá de Belo Horizonte. V. 2. N. 1. 2014. Disponível em: <<http://revistaadmmade.estacio.br/index.php/direitobh/article/view/871/426>>. Acesso em: 17 set. 2020.

OLIVEIRA, NHD. Recomeçar: família, filhos e desafios [online]. São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009. 236 p. ISBN 978-85-7983-036-5. Available from SciELO Books. Disponível em: <<http://books.scielo.org>>. Acesso em 17 set. 2020.

ROSA, Conrado Paulino da. Nova lei da guarda compartilhada. São Paulo: Saraiva, 2015.

SANTANA, Clara Vanessa Maciel de Oliveira e Rocha; NASCIMENTO, Luciana Rodrigues Passos. A Família na Atualidade: Novo Conceito de Família, Novas Formações e o Papel do IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família. 2015. Disponível em <<https://openrit.grupotiradentes.com/xmlui/bitstream/handle/set/1649/TCC%20CLARA%20MODIFICADO.pdf?sequence=1>>. Acesso em 01 de set. 2020.

Artigo 06

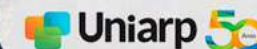
OS EFEITOS DA ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA PROVISÓRIA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

**Wesley Alexandre Moraski**

Bacharel em Direito pela Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP
Assistente de Promotoria do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, Fraiburgo-SC

**Letícia Lichs Nascimento Peretto**

Bacharel em Direito pela Universidade do Contestado – UnC,
Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Alto Vale do Rio do Peixe – UNIARP;
Servidora pública do Poder Judiciário de Santa Catarina



Resumo

O novo regime jurídico da tutela provisória, estabelecido pela Lei n. 13.105/15 – “Novo” Código de Processo Civil –, trouxe consigo a possibilidade de ocorrer uma estabilização da tutela concedida antecipadamente. Ocorre que este efeito não clarificou quanto à natureza jurídica da decisão após o transcurso do prazo de dois anos – prazo estipulado para rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada que se estabilizou. Problema esse que será desenvolvido neste trabalho, com enfoque nos efeitos da indiscutibilidade, imutabilidade e definitividade das decisões. Partindo disso, estabeleceu-se, como objetivo geral, a investigação sobre os efeitos da estabilização da tutela provisória requerida em caráter antecedente. Os objetivos específicos, por sua vez, são: a compreensão acerca do instituto da tutela provisória e o fenômeno da estabilização; responder às

indagações sobre a formação de coisa julgada quando há o transcurso do prazo para manejo da ação para reformar, invalidar ou modificar a tutela estabilizada; e compreensão dos efeitos da estabilização após este lapso temporal. O estudo faz uso do método indutivo associado à pesquisa bibliográfica utilizando a produção descritiva e observando a Normalização dos Trabalhos Acadêmicos da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP) e regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT). De tudo para a conclusão de que o efeito da decisão estável, nos ensinamentos de Adriano Soares da Costa, não torna a decisão indiscutível ou imutável (característica legal da coisa julgada), torna-se, em verdade, definitiva.

Palavras-chave: Tutela provisória antecedente. Estabilização. Efeitos após transcurso do prazo. Imutabilidade.

Introdução

O surgimento da estabilização da tutela provisória no novo Código de Processo Civil trouxe consigo vários questionamentos sobre o instituto, tendo em vista as lacunas que a lei deixou na sua redação ao disciplinar o tema. Uma das grandes indagações é qual o efeito que a estabilização causa no mundo jurídico e outra é saber se a decisão se torna indiscutível?

Embora haja divergências acerca da estabilização da tutela provisória, a contraposição de entendimentos existentes será capaz de aprofundar o estudo do instituto e proporcionar o crescimento profissional daquele que com ele se deparar.

O objetivo geral do presente é investigar sobre os efeitos da

estabilização da tutela provisória requerida em caráter antecedente. O estudo iniciará com um breve traçado sobre a evolução do processo civil brasileiro e sobre a tutela provisória. Posteriormente, será abordada a tutela provisória e seus principais aspectos no Código de Processo Civil. Por fim, será tratado sobre a estabilização da tutela provisória requerida em caráter antecedente e os efeitos da imutabilidade, indiscutibilidade, definitividade e indiscutibilidade.

Tudo para se buscar a resposta de quais são os efeitos da estabilização da tutela provisória após o prazo de dois anos.

Para encetar a investigação, o estudo fez uso do método indutivo

associado à pesquisa bibliográfica utilizando a produção descritiva e observando a Normalização dos Trabalhos Acadêmicos da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP) e regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

A ESTABILIZAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE

Antes de se adentrar na discussão central deste trabalho, será traçado um breve histórico do processo civil no ordenamento pátrio e do surgimento da tutela provisória, de forma a permitir ao leitor um melhor entendimento sobre a evolução e, consequentemente, as justificativas empíricas do instituto.

O estudo do direito processual pátrio começa, paradoxalmente, antes mesmo de o Brasil existir, pois o direito brasileiro está intimamente ligado com o direito português (PACHECO, 1999), uma vez que, da descoberta das terras brasileiras pelos portugueses – ano de 1500, foram, aqui, incorporadas as ordenações Afonsinas, as quais vigoraram em Portugal, durante o império de D. Afonso V, do ano de 1446 até 1521 (CRUZ, 2006). Após, no ano de 1521, ab-rogando as ordenações de D. Afonso V, vigoraram as ordenações Manuelinas, as quais tiveram sua vigência encerrada em 1603, quando foram promulgadas as Ordenações Filipinas (DUTRA, 2008).

Nesse período em que vigoraram as ordenações portuguesas existiam procedimentos capazes de acautelar direitos levados a litígio, todavia sem a presença de uma tutela provisória satisfativa, mas sim, somente com o fito de proteger o objeto litigioso (CARPENA, 2004).

No período imperial, especificamente no ano de 1850, sobrevieram os regulamentos 737 – considerado o primeiro diploma processual brasileiro fora do âmbito criminal - e 738, os quais foram criados para disciplinar o processo comercial (PINHO, 2018). Pouco tempo depois surge, com a proclamação da república, a Constituição Federal - CF de 1891, a qual atribuiu competência concorrente aos Estados para legislar sobre processo civil, dando azo ao surgimento dos Códigos Judiciários Estaduais (GONÇALVES, 2018).

Em 1939 se tem a promulgação do primeiro Código de Processo Civil do Brasil – Decreto-lei n.º 1.608/39. Porém, ainda não existia a figura do processo cautelar ou da tutela provisória (FRANCO, 2019).

Avançando para o ano de 1973, com a Lei n.º 5.869, surgiu o segundo Código de Processo Civil do ordenamento jurídico brasileiro, trazendo consigo várias mudanças e inovações processuais como por exemplo: a intervenção de terceiros – Livro I, Capítulo VI; unidade do processo de execução – Livro II; e a mais importante para este trabalho, que foi o surgimento das medidas cautelares, alocadas no Livro do Processo Cautelar – Livro III, Capítulos I e II (MIOTTO, 2013).

Porém, ainda que tenham ocorrido mudanças substanciais em relação ao Código de 1939, surge, gradualmente, a necessidade de inclusão no ordenamento processual civil de procedimentos que não estavam disciplinados pelo CPC/73 original. Assim, em meados da década de 1990, começou o que se chamou de sistema gradual de implantação de pequenas reformas (GONÇALVES, 2018) também chamado de “minirreformas” (GRINOVER, 2015).

Com os projetos revisores, surgiu a Lei n. 8.952, de 13 de dezembro de 1994, que alterou os dispositivos do CPC/73, sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar, inserindo, dentre outros artigos, o 273, o qual autorizou o juiz, mediante o preenchimento dos requisitos ali estampados e a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial (BRASIL, 1994). Evidencia-se aqui o surgimento da tutela provisória antecipada no processo civil brasileiro.

Com a entrada em vigor, em 2016, do novo Código de Processo Civil brasileiro - CPC, Lei n. 13.105 de 2015 (BRASIL, 2015), o a legislação civil adjetiva sofreu consideráveis alterações e dentre elas merece respeitável destaque as que atingiram o instituto da tutela provisória, disciplinado nos artigos 294 a 311.

Convém ressaltar que o judiciário sempre teve como característica a morosidade na entrega da resposta Estatal para solução do conflito posto sob sua jurisdição. Diante disso, com o intuito de oferecer uma resposta efetiva e menos morosa daquela enfrentada em um procedimento de cognição exauriente, foram criados mecanismos que dão ao magistrado a possibilidade de, antes da prolação da sentença, gerar os efeitos desta, ou proteger o objeto que se persegue, pelas chamadas “liminares”, algo concedido no limiar do processo, antecipando os efeitos da tutela ou acautelando o direito postulado (HARTMANN, 2017).

Assim, a nova legislação processual civil inovou de forma substancial no que tange às tutelas em caráter provisório, cuidando especificamente deste instituto em um livro próprio, trazendo consigo duas espécies delas: a tutela de urgência e a tutela de evidência (BRASIL, 2015).

As tutelas provisórias fundamentam-se, então, na urgência ou na evidência. Essa é a disposição do artigo 294 do CPC. No parágrafo único deste artigo tem-se que a tutela de urgência divide-se em cautelar ou antecipada, as quais podem ser concedidas em caráter antecedente ou incidental, sendo que para a concessão desta última não é necessário o pagamento de custas, conforme artigo 295 do CPC (BRASIL, 2015).

Para a concessão da tutela de urgência, dois são os requisitos. A primeira condição a ser preenchida é, nos termos da última parte do artigo 300 do CPC, perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo (BRASIL, 2015), também conhecido pelo brocardo jurídico *periculum in mora*, sendo que nos dois casos está diante de uma situação de urgência, a justificar a pretendida concessão da tutela provisória (MONTENEGRO FILHO, 2018). Ainda, como apontam Fredie Didier Jr. et al (2017), o perigo de dano deve ser certo, atual e grave. Certo de modo a não invocar questões hipotéticas ou eventuais oriundas do mero temo da parte; grave a ponto de prejudicar ou impedir que tenha a fruição de um direito; e atual devendo demonstrar que está na iminência de ocorrer, ou esteja ocorrendo.

Além do perigo de dano, deve o postulante demonstrar que a tutela final lhe é provável, porquanto somente demonstrar o possível perecimento do bem discutido não é suficiente. Trata-se da probabilidade relacionada à conhecida locução “fumaça do bom direito”, ou *fumus boni iuris*. Para obter a tutela de urgência – cautelar ou antecipada – deve haver um convencimento do juiz de que provavelmente terá uma tutela final concedida (MARINONI, 2017).

A probabilidade do direito é apurada pelo magistrado por meio das provas produzidas pela parte que pretende obter a tutela provisória e da análise do direito aplicável ao caso concreto. O legislador infraconstitucional nem usou a expressão *fumus boni juris*, que é própria das ações cautelares, tampouco a expressão prova inequívoca da verossimilhança das alegações, própria da tutela antecipada, no regime do CPC/73. A probabilidade (da existência) do direito deve ser apurada através de cálculo a ser realizado pelo magistrado em cada caso, verificando se possivelmente a tutela definitiva será favorável ao requerente da tutela provisória ou se é mais provável o julgamento da ação pela improcedência dos pedidos (MONTENEGRO FILHO, 2018).

Antagonicamente à tutela de urgência, a de evidência está para os casos em que haja a evidência do direito do autor, e não a urgência de se ter a reposta provisória do litígio pela possível ocorrência do perecimento do bem levado à jurisdição (BRASIL, 2015).

Assim, o objetivo precípuo da tutela de evidência não é propriamente afastar o risco de um dano econômico ou jurídico, e sim de que haja um combate à privação do usufruto de um direito que está sendo abusivamente resistido pelo adversário, ainda que demonstrado de forma incontestada o direito material do postulante (DIAS, 2017).

Retornando às tutelas provisórias baseadas na urgência, há um ponto específico que este estudo pretende abordar, notadamente no que toca à tutela antecipada requerida em caráter antecedente, a qual, nos termos manifestos no CPC, torna-se estável, mas não forma coisa julgada (BRASIL, 2015).

Essa espécie de tutela provisória está disciplinada pelos artigos 303 e 304 do CPC, sendo que a previsão para sua estabilização repousa no caput do artigo 304 do CPC, que assim dispõe: “A tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso” (BRASIL, 2015).

Na interpretação legal do dispositivo, tem-se que o recurso cabível para se evitar a estabilização é o agravo de instrumento, conforme dispõe o artigo 1.015, inciso I, do CPC (BRASIL, 2015). No entanto, Cassio Scarpinella Bueno (2018) questiona se a apresentação de embargos de declaração teria força para evitar a estabilização da tutela. O autor conclui que sim, desde que eles tenham fundamento no inconformismo do réu com a decisão concedente da tutela antecipada, e não que seja voltada ao esclarecimento, complementação ou integração desta.

Há de se destacar o entendimento ampliativo do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que não há necessidade de se interpor agravo de instrumento para evitar a estabilização da tutela, basta, tão somente, que a decisão seja impugnada por qualquer meio. Veja-se, na íntegra, o julgado em que tal posição foi adotada:

Inicialmente cumpre salientar que uma das grandes novidades trazidas pelo novo diploma processual civil é a possibilidade de estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, disciplinada no referido art. 303. Nos termos do art. 304 do CPC/2015, não havendo recurso do deferimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, a referida decisão será estabilizada e o processo será extinto, sem resolução do mérito. O referido instituto, que foi inspirado no *référé* do Direito francês, serve para abarcar aquelas situações em que as partes se contentam com a simples tutela antecipada, não havendo necessidade, portanto, de se

prosseguir com o processo até uma decisão final (sentença). Em outras palavras, o autor fica satisfeito com a simples antecipação dos efeitos da tutela satisfativa e o réu não possui interesse em prosseguir no processo e discutir o direito alegado na inicial. A ideia central do instituto, portanto, é que, após a concessão da tutela antecipada em caráter antecedente, nem o autor e nem o réu tenham interesse no prosseguimento do feito, isto é, não queiram uma decisão com cognição exauriente do Poder Judiciário, apta a produzir coisa julgada material. Por essa razão é que, conquanto o caput do art. 304 do CPC/2015 determine que "a tutela antecipada, concedida nos termos do art. 303, torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso", a leitura que deve ser feita do dispositivo legal, tomando como base uma interpretação sistemática e teleológica do instituto, é que a estabilização somente ocorrerá se não houver qualquer tipo de impugnação pela parte contrária. Sem embargo de posições em sentido contrário, o referido dispositivo legal disse menos do que pretendia dizer, razão pela qual a interpretação extensiva mostra-se mais adequada ao instituto, notadamente em virtude da finalidade buscada com a estabilização da tutela antecipada. Nessa perspectiva, caso a parte não interponha o recurso de agravo de instrumento contra a decisão que defere a tutela antecipada requerida em caráter antecedente, mas, por exemplo, se antecipa e apresenta contestação refutando os argumentos trazidos na inicial e pleiteando a improcedência do pedido, evidentemente não ocorrerá a estabilização da tutela. Ora, não se revela razoável entender que, mesmo o réu tendo oferecido contestação ou algum outro tipo de manifestação pleiteando o prosseguimento do feito, a despeito de não ter recorrido da decisão concessiva da tutela, a estabilização ocorreria de qualquer forma. Com efeito, admitir essa situação estimularia a interposição de agravos de instrumento, sobrecarregando desnecessariamente os Tribunais, quando bastaria uma simples manifestação do réu afirmando possuir interesse no prosseguimento do feito, resistindo, assim, à pretensão do autor, a despeito de se conformar com a decisão que deferiu os efeitos da tutela antecipada (grifo nosso) (BRASIL, 2019).

No entanto, ainda no ano de 2019, outra decisão do STJ, com voto vencedor da lavra da Ministra Regina Helena Costa, deu ao dispositivo legal uma interpretação diversa e mais restritiva, no sentido de que, para evitar a estabilização, a parte precisa

necessariamente interpor o recurso de agravo de instrumento, por entender que por opção do legislador não foi utilizada uma expressão mais genérica, como impugnação (BRASIL, 2019).

Assim, conforme o último precedente da Corte de Justiça, sem a interposição do recurso da decisão concessiva da tutela, ela se estabiliza. Dessa estabilização, conforme o §4º do artigo 304 do CPC, nasce para a parte o direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada. Mas existe um prazo decadencial previsto no próprio artigo: 2 (dois) anos. A sua contagem se dá a partir da ciência da decisão que extinguiu o processo (BRASIL, 2015).

É o que ocorre após o transcurso de tal prazo – para rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada - que se encontram debates doutrinários sobre a formação ou não de coisa julgada, ou qual seria o efeito da estabilização, já que não se pode mais modificar a tutela antecipada após decorridos os 2 (dois) anos, nos termos do art. 304, §6º do CPC (BRASIL, 2015).

Chega-se, aqui, ao cerne da discussão do trabalho. O que ocorre após o transcurso do prazo para rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada? Iniciando a partir dessa indagação é possível encontrar debates doutrinários acerca da formação, ou não, de coisa julgada, ou, ainda, qual seria o efeito da estabilização, porquanto, nos termos do art. 304, §6º do CPC (BRASIL, 2015), não há possibilidade de modificar a tutela antecipada após decorridos os 2 (dois) anos.

Importa frisar, primeiramente, que se deve ter uma noção breve de o que é coisa julgada.

O Código de Processo Civil em seu artigo 502 (BRASIL, 2015) dispõe que: Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

Desse conceito legal de coisa julgada material retira-se que a sua composição circunda a imutabilidade e a indiscutibilidade da decisão.

É esse o ponto que leva alguns processualistas a defenderem a ideia de que há coisa julgada da decisão estabilizada após o transcurso de prazo de dois anos para manejar a ação de que trata o artigo 304, §6º, do CPC (BRASIL, 2015).

Ocorre que o fenômeno da indiscutibilidade da sentença impede que ela seja reprocessualizada, ou seja, que se rediscuta o direito já posto a julgamento. Esta indiscutibilidade está relacionada tanto ao efeito positivo da coisa julgada, ou seja, ser colocado como premissa para julgamento, como no efeito negativo dela, que é o impedimento de nova análise do direito já declarado. Todavia, não impede que a parte transacione sobre aquilo que a sentença lhe proporcionou, ou a renuncie. Assim, a eficácia da coisa julgada não impede a negociação sobre a eficácia da sentença (GOUVEIA FILHO et al, 2018).

A sentença que tem força de coisa julgada material tem o nível mais alto de estabilidade, reflexo desta indiscutibilidade que lhe é afeta, nos termos do artigo 502 do CPC. Esta impossibilidade de rediscussão só é afastada, no plano jurisdicional, pela ação rescisória (GOUVEIA FILHO et al, 2018).

Todavia, a decisão que concede a tutela provisória requerida em

caráter antecedente e que se estabilizou sem que fosse manejada a ação para sua revisão no prazo de dois anos, não é indiscutível, uma vez que, como visto, coisa julgada não faz. Torna-se, em verdade, definitiva (COSTA, 2018).

Esta estabilização traduz-se em uma definitividade daquilo que foi antecipado, não tornando, porém, indiscutível o direito que se pleiteia, ou seja, a declaratividade pode ser buscada por ação futura (COSTA, 2018).

É por estes argumentos que Adriano Soares da Costa (2018) concluiu em seus estudos sobre a estabilização da tutela de urgência que, após o transcurso do prazo para manejar a ação de que trata o §5º do artigo 304 do CPC, a decisão estabilizada torna-se definitiva, e não indiscutível ou imutável.

Para se ter uma visão prática desta definitividade, cita-se como exemplo uma pessoa que pleiteia, em caráter antecedente, o fornecimento de um medicamento por uma empresa de plano de saúde. Como é um caso em que a urgência é contemporânea à propositura da ação, a parte se limita em sua petição inicial ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo, seguindo o que dispõe o artigo 303, caput, do CPC (BRASIL, 2015).

Após protocolado o pedido, o juiz irá analisá-lo e deferirá o pedido de tutela provisória de urgência, se presentes os elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Deferido o pedido, a parte que sofreu com a antecipação terá que interpor agravo de instrumento para

que a decisão não se estabilize. Caso contrário, nos termos do §1º do artigo 304 do CPC, o processo será extinto com resolução do mérito e a decisão que concedeu a tutela estabilizar-se-á (BRASIL, 2015).

Desta estabilização, conforme dicção do §4º do artigo 304 do CPC, qualquer uma das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar esta decisão, mas isso, no mandamento do §5º do artigo 304 do CPC, deverá ocorrer dentro do prazo de dois anos a contar da ciência da decisão estabilizada (BRASIL, 2015).

Até aqui, tem-se uma pessoa que está recebendo o medicamento com base em uma tutela provisória que está estabilizada debilmente, podendo, qualquer das partes, ingressar com uma ação e alegar tudo aquilo que entender de direito para reformar, invalidar ou rever a decisão antecipatória.

Passados esses dois anos sem o manejo da ação, a decisão não poderá mais ser reformada, invalidada ou revista, passando a ser definitiva (BRASIL, 2015).

Como visto, esta definitividade impede, então, que se altere o que foi determinado que se faça: a constituição do direito ou a execução provisória para a entrega do medicamento. Todavia, por não ser indiscutível o direito envolto, o plano de saúde poderá ajuizar, dentro do prazo prescricional, ação para declarar, em cognição exauriente, que o indivíduo não mais se encontra abarcado por aquela situação fática que lhe conferia o direito de ter o fornecimento de medicamentos.

De outro norte e indo ao revés do concluído pelo autor

supracitado, Roberto Campos Gouveia Filho, Ravi Peixoto e Eduardo José da Fonseca Costa (2018) afirmam que a decisão estabilizada, após o transcurso do prazo para manejo da ação de que trata o §5º do artigo 304 do CPC, gerará uma “imutabilidade das eficácias antecipadas”, ou seja, trata-se de decisão imutável.

Os autores defendem esta posição afirmando que a imutabilidade deriva de um alcance de nível maior de estabilização após os dois anos, momento em que fica entre a estabilização da decisão antecipatória e a eficácia da coisa julgada (GOUVEIA FILHO et al, 2018).

A imutabilidade afirmada pelos autores seria a impossibilidade de se alterar a declaração do poder dado sumariamente, mas sem que isso torne indiscutível o direito daquele que sofreu os efeitos da tutela antecipada. O dizer contido na decisão não é discutível a fim de que sejam alteradas as eficácias antecipadas. Todavia, o é para que se tenha uma pretensão à indenização futura (GOUVEIA FILHO et al, 2018).

Na mesma linha é o entendimento de Cassio Scarpinella Bueno (2018), o qual leciona que, quando se esvai o prazo do §5º do art. 304, é extinto o direito de as partes demandarem contra os efeitos da tutela antecipada antecedente, não podendo revê-los, reformá-los ou invalidá-los, tendo, então, um prazo decadencial que afeta somente o direito de manejar a ação de que trata o §2º do art. 304 do CPC. Assim, não há óbice de que os interessados questionem em juízo as razões da concessão da tutela ou que o autor reverso – que sofreu com a antecipação – busque responsabilizar o beneficiário da tutela, tudo dentro dos respectivos prazos prescricionais.

Para se entender o efeito prático da indiscutibilidade, segue um exemplo elucidativo: não se pode mais protestar o título quando há uma decisão que determina o cancelamento de um protesto de forma antecedente e se estabiliza, tendo, logo após, perdido o prazo para rever, invalidar ou alterar a decisão, mas é possível a rediscussão da dívida a fim de buscar uma condenação do devedor a pagá-la (GOUVEIA FILHO et al, 2018).

O mesmo ocorre com uma obrigação de desfazer um muro em que se obteve, por meio do procedimento do artigo 303 do CPC, uma tutela provisória antecipada em que a decisão, primeiramente, possibilitou ao autor o desfazimento do muro que foi, em tese, indevidamente construído (eficácia mandamental por autorização). A estabilização dessa decisão e o transcurso do prazo para manejo da ação para reformá-la, invalidá-la ou modificá-la, impossibilitaria a alteração da eficácia autorizativa da demolição do muro (impedimento do refazimento do muro). Todavia, é possível que haja a reprocessualização do direito de demolir para se buscar a improcedência deste e pleitear a indenização pelos danos causados pela demolição (GOUVEIA FILHO et al, 2018).

Deste exemplo os autores concluem que:

O dictum sentencial (declaração de existência do poder de demolir) é, pois, discutível. Se se estivesse diante da verdadeira eficácia de coisa julgada, por força dos efeitos positivos e negativos que desta exsurtem, a discutibilidade aludida seria impensável (GOUVEIA FILHO et al, 2018, p. 294).

Adriano Soares da Costa argumenta sobre o exemplo dado acima apontando que:

[...] processualistas pontesianos do maior quilate entenderam de modo diverso, sustentando, ao menos nessa meditação inicial sobre o novo código de processo civil, que a estabilização geraria a imutabilidade da decisão, embora podendo ser rediscutido o que fora objeto do dictum em cognição sumária.

[...]

Acreditamos que apenas depois de dois anos tenha surgido para o réu eventual o interesse de reconstruir o muro (e.g., porque o local ficou perigoso com a expansão urbana ou porque passou a ter interesse em criar gado naquela propriedade rural, ou porque aquela servidão de passagem causava a desvalorização do imóvel, etc.) O que estará em jogo na questão de fundo não é propriamente o direito de construir ou destruir o muro, mas o direito de propriedade ou, talvez, apenas a proteção da posse legítima. Pode haver a necessidade de demarcação da terra, definindo corretamente a sua extensão, o que implica em eventual mudança na extensão da propriedade dos confrontantes. Ora, o direito subjetivo que venha a ser invocado pelo réu eventual – que réu não foi! – em ação própria que tenha carga elevada mandamental ou executiva e declaratória, acaso julgada precedente, faz coisa julgada material e os seus efeitos são totais. A destruição do muro, efeito definitivo daquela decisão estabilizada, demarcatória, ou possessória, tem eficácia total e efetiva. A única decisão definitiva que é imutável é aquela que gerou a irreversibilidade dos efeitos práticos produzidos [...] (grifo nosso) (2018, p. 318)

Destes ensinamentos, Adriano Soares da Costa concluiu que a estabilização dos efeitos práticos da tutela antecipada a torna definitiva, não impedindo, todavia, que ela seja derrotada pela tutela exauriente que venha a impor seus efeitos práticos da efetividade do pleito final (2018).

Por sua vez, Roberto Campos Gouveia Filho, Ravi Peixoto e Eduardo José da Fonseca Costa chegam à conclusão de que a decisão se torna, em verdade, imutável, ganhando um grau a mais de estabilidade, chamando este fenômeno processual de “imutabilidade das eficácias antecipadas”, o que impede a mudança do plano fático, mas não a busca pela indenização dos prejuízos sofridos (GOUVEIA FILHO et al, 2018).

Lado outro, não dando termo aos posicionamentos, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Sérgio Cruz Arenhart, sem desenvolver o estudo com a profundidade dos autores supracitados, concluem, ainda, que em verdade, há uma inafastabilidade da decisão, pois ela se torna indiscutível e imutável (MARINONI et al, 2017).

Com a mesma conclusão - pela indiscutibilidade e imutabilidade - e com a mesma superficialidade, Daniel Amorim Assumpção Neves discorre que:

[...] a concessão de tutela antecipada se torna imutável e indiscutível. Pode-se dizer que não se trata de coisa julgada material, mas de um fenômeno processual assemelhado, mas a estabilidade e a satisfação jurídica da pretensão do autor estarão presentes em ambas (NEVES, 2016, p.529).

Contudo, há entendimento no Superior Tribunal de Justiça de que a decisão concessiva ou modificativa da tutela provisória não impede a rediscussão do objeto controvertido na ação principal, ainda que transite em julgado, o que, quando contrastado com os estudos até aqui colacionados, demonstra a inexistência de indiscutibilidade e imutabilidade, mas sim, definitividade (BRASIL, 2019).

Vislumbra-se que existem várias posições doutrinárias, as quais, levando em consideração os aspectos da imutabilidade, indiscutibilidade e, também, a definitividade, apontam pela não formação de coisa julgada e, na análise dos efeitos da estabilização da tutela provisória, concluem de forma diferente com base em análises sob o ponto de vista destes efeitos da decisão.

Frisa-se que tais posicionamentos não são capazes de encerrar a controvérsia doutrinária que paira sobre o efeito da estabilização da tutela provisória quando passados os dois anos sem que seja ajuizada a ação de que trata o §5º do artigo 304 do CPC, pois, pela ausência de disciplina legal e por ser matéria recentemente introduzida no ordenamento pátrio, a doutrina pode elaborar novos estudos científicos na tentativa explicar o fenômeno e atribuir-lhe o efeito diverso.

Ademais, podem surgir posicionamentos jurisprudenciais que vão de encontro ao levantado pela doutrina até aqui, posicionamento que pode até mesmo ter caráter vinculante, sendo que tal fonte do direito pode recepcionar a nova regra com olhos distintos, assumindo um ponto que, com base nos efeitos sociais, seja mais eficiente para a estabilização.

DELIMITAÇÕES METODOLÓGICAS

Demarcar a extensão dos efeitos da indiscutibilidade da estabilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente é o objeto principal da presente pesquisa.

Para tanto, realizar-se-á uma revisão bibliográfica, por meio de uma pesquisa aplicada classificada como narrativa, uma vez se buscará prosperar a perspectiva atual frente a um problema prático específico enfrentado pelo judiciário, bem como terá como base pesquisas básicas anteriormente realizadas. Dar-se-á a utilização do método dedutivo como meio para atingir os objetivos propostos, ou seja, há “o propósito de explicar o conteúdo das premissas” (LAKATOS; MARCONI, 2003). Tais buscas serão realizadas em

periódicos, artigos científicos, sites e doutrinas e ainda, jurisprudências estaduais e federais, tendo como para tanto tais palavras chaves de pesquisa: Código de Processo Civil, Processo de Execução Civil, Medidas coercitivas atípicas.

Delimita-se o presente trabalho em um tempo amostral estimado de 18 (dezoito) meses entre os anos de 2018 e 2019, com base nas regras da Normalização da UNIARP (UNIARP, 2019), e da Norma Brasileira 6023 (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS, 2002), tendo como foco principal grupos de operadores e acadêmicos do Direito, em especial os atuantes na esfera processual civil.

Por fim, expõe-se que o objetivo institucional do presente estudo, que foi realizado no ano de 2019, é a produção de um artigo científico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os regramentos do direito adjetivo civil no ordenamento jurídico brasileiro antes da república, não trouxeram consigo a tutela provisória, o que foi pensado posteriormente, na tentativa de se obter a efetivação e celeridade da entrega da prestação jurisdicional.

Assim, se observou a introdução de técnicas antecipatórias no direito processual civil brasileiro, que no Código de Processo Civil de 2015, foram apresentadas como tutelas provisórias.

Da análise da sua estruturação mediante o desenvolvimento das

disposições gerais, disciplinada nos artigos 294 a 299 do CPC, foi possível verificar a divisão em tutela de urgência e de evidência, além de outros regramentos afetos às tutelas provisórias.

Outrossim, no que tange aos efeitos da decisão antecipada que se estabilizou, concluiu-se que ela não se torna indiscutível ou imutável (característica legal da coisa julgada – logo incabível ação rescisória) mas torna-se, em verdade, definitiva. Este efeito definitivo autoriza a nova discussão a respeito do bem sobre o qual recaiu a tutela e a sua estabilização, sem que tenha sido manejada a ação do §5º do artigo 304 do CPC. Esta ação após é autônoma, e para que haja possibilidade de seu manejo basta que haja uma mudança nos fatos que envolvam tais direitos para que se perquiria um pronunciamento jurisdicional fundado em cognição exauriente e com declaratividade suficiente para atribuir o efeito de coisa julgada, diferentemente da estabilização atribuída. Ademais, tal definitividade também possibilita a busca da responsabilização civil daquele que pleiteou a tutela e dela não fazia jus, seja pela ocultação de fato ou sua modificação.

Por óbvio que tais conclusões não seriam óbices, se houver a opção legislativa, de se atribuir, legalmente, efeito de coisa julgada à tutela provisória estabilizada, visto que tal efeito está ligado à segurança jurídica, estando a estabilização, atualmente, em uma segurança intermediária por opção política.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6023: informação e documentação: referências. Rio de Janeiro, 2018.

BRASIL. Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015. Lei do Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 4 abr. 2021.

_____. Lei n. 8.952 de 13 de dezembro de 1994. Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8952.htm. Acesso em: 4 abr. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AR 5.857/MA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, julgado em: 07 ago. 2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1847540&num_registro=201602064445&data=20190815&formato=PDF. Acesso em: 4 abr. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1797365/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, Rel. p/ Acórdão Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em: 03 outubro 2019. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em 26 mar. 2021.

BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CARPENA, Márcio Louzada. Do processo cautelar moderno. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

COSTA, Adriano Soares. Estabilização da tutela de urgência. Coleção grandes temas CPC, In. Tutela Provisória. Grandes Temas do Novo CPC (Col.). DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). Cap. 12. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

CRUZ, André Luiz Vinhas da. A evolução histórica das tutelas de urgência: breves notas de Roma à idade média. Revista da Esmese, Aracaju, n. 9, p. 147-156, 2006. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/a-evolucao-historica-das-tutelas-de-urgencia-breves-notas-de-roma-a-idade-media>>. Acesso em: 4 abr. 2021.

DIAS, Jean Carlos. Tutelas provisórias no novo cpc. Salvador: Juspodivm, 2017.

DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil. 19 ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: antecipação da Tutela. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 1999.

DUTRA, Nancy. História da formação da Ciência do Direito Processual Civil no mundo e no Brasil. Disponível em: www.jus.com.br/artigos/11192/historia-da-formacao-da-ciencia-do-direito-processual-civil-no-mundo-e-no-brasil#:~:text=O%20direito%20processual%20civil%20s%C3%B3,em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20ao%20direito%20material. Acesso em: 4 abr. 2021.

FRANCO, Loren Dutra. Processo civil: origem e evolução histórica. Revista Vianna Sapiens. Disponível em: http://intranet.viannajr.edu.br/revista/dir/doc/art_20002.pdf. Acesso em: 4 abr. 2021

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito processual civil esquematizado. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GOUVEIA FILHO, Roberto P. Campos; PEIXOTO, Ravi; e COSTA, Eduardo José da Fonseca. Estabilização, imutabilidade das eficácias e eficácia da coisa julgada: uma versão aperfeiçoada. In. Tutela Provisória. Grandes Temas do Novo CPC (Col.). DIDIER JUNIOR, Fredie (Coord.). Cap. 12. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel; CINTRA. Antonio Carlos de Araújo. Teoria geral do processo. 31. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

HARTMANN, Rodolfo Kronember. Curso Completo do novo processo civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, v. 1. 2017. p 114.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. Fundamentos de metodologia científica. 5. ed. São Paulo: Atlas. 2003.

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

MONTENEGRO FILHO, Misael. Direito processual civil. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo cpc comentado artigo por artigo. Bahia: Juspodivm, 2016.

PACHECO, José da Silva. Evolução do processo civil brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

RISTINA MIOTTO, Carolina. A EVOLUÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO: de 1939 a análise dos objetivos visados pelo Projeto de Lei n. 8.046 de 2010. Revista da UNIFEDE, v. 1, n. 11, ago. 2013. Disponível em: www.periodicos.unifebe.edu.br/index.php/revistaeletronicaunifebe/article/view/135/66. Acesso em: 04 abr. 2021.

UNIVERSIDADE ALTO VALE DO RIO DO PEIXE-UNIARP. Normalização de trabalhos acadêmicos. Caçador: EdUNIARP, 2019. Disponível em: www.uniarp.edu.br/home/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/2019/09/Normaliza%C3%A7%C3%A3o_EditoraUNIARP2019.pdf. Acesso em: 4 de abr. 2021.

REFERÊNCIAS

ZEHR, Howard. Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008.

STF – ADC 12 MC, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00015 EMENT VOL-02245-01 PP-00001 RTJ VOL-00199-02 PP-00427, JusBrasil, 2006. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/761859/medida-cautelar-na-acaodeclaratoria-de-constitucionalidade-adc-mc-12-df>. Acesso em 23 de fevereiro de 2021.

STF – MS 27621, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-092 DIVULG 10-05-2012 PUBLIC 11-05-2012, JusBrasil, 2011. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21585021/mandado-de-seguranca-ms-27621-df-stf>. Acesso em 23 de fevereiro de 2021.

Artigo 07

A EFICÁCIA DO CÓDIGO FLORESTAL DIANTE DO DESENVOLVIMENTO RURAL



Heitor Antônio Cofferi

Mestrando em Desenvolvimento e Sociedade pela UNIARP – Universidade Alto Vale do Rio do Peixe.



Uniarp 50



fapesc

Resumo

O presente artigo busca trazer à eficácia da aplicação do Código Florestal no solo brasileiro mediante os inúmeros avanços que estão ocorrendo no âmbito rural. O meio ambiente é primordial para a manutenção da vida humana, e é fato que a sua preservação é praxe para um futuro longínquo. Insta salientar que com o avanço tecnológico no desenvolvimento rural, criação de máquinas que auxiliem a produção e o manejo de técnicas agrícolas, o meio ambiente tem perdido vez e voz no Brasil diante da incessante busca pelo desenvolvimento econômico, diante disso, foi necessário o surgimento de um Código Florestal afim de preservar e manter aquilo que há de mais precioso para a população.

Palavras-chave: Código Florestal, Preservação Ambiental, Meio Ambiente, Avanço Tecnológico.

Introdução

O desenvolvimento rural sempre esteve presente no solo brasileiro, desde à época do plantio do café, no século XVIII, até o presente momento, ocorre que o mesmo passou por diversas transições com o passar do anos, trazendo consigo um dos maiores questionamentos em como avançar tecnologicamente, mas manter a preservação de áreas florestais buscando unicamente preservar e manter por longos anos as matas do solo brasileiro.

Com tantos avanços e a necessidade de um olhar aprofundado sob a questão, foi necessária a criação de um Código que objetiva a preservação e manutenção do meio ambiente. Surgiu então o

Abstract

This article seeks to bring about the effectiveness of the application of the Forest Code on Brazilian soil through the countless advances that are occurring in the rural scope. The environment is essential for the maintenance of human life, and it is a fact that its preservation is customary for the distant future. Insists that with technological advances in rural development, the creation of machines that assist the production and management of agricultural technicians, the environment has lost its voice and voice in Brazil in the face of the relentless pursuit of economic development. of a Forest Code in order to preserve and maintain what is most precious to a population.

Keywords: Forest Code, Environmental Preservation, Environment, Technological Advancement.

Código Florestal Brasileiro, apresentando sua última modificação no ano de 2012, delimitando em como a mata nativa brasileira pode ser extraída ou até mesmo explorada.

Ainda possui uma atenção grande na Constituição da República Federativa do Brasil do ano de 1988, através do Título VII – Da Ordem Social, no Capítulo VI – Do Meio Ambiente, instigando a proteção do meio ambiente através de políticas públicas e aplicando punições para o descumprimento do está resguardado em si.

Ademais, traz consigo a diferença entre a Reserva Legal e a APP –

Área de Preservação Permanente, para que assim possa diferenciar e analisar a sua aplicação no território nacional.

Nesse trilhar, indaga ainda a eficácia do Código Florestal Brasileiro no solo catarinense, sabendo que hoje Santa Catarina é um dos maiores estados com produção, tanto no agronegócio como na pecuária, com este fato questiona-se a manutenção da área verde e se este se aplica no estado.

Por fim, também neste estudo objetiva-se analisar a aplicabilidade do Código Florestal no território brasileiro, dividindo-se em 3 seções como sendo o histórico da criação de leis de proteção ambientais para preservação de áreas verdes. Já na segunda seção procura indagar a eficácia da lei no território brasileiro vislumbrando as principais discussões atuais sobre o desenvolvimento rural e as matas nativas e por último busca verificar a aplicabilidade da lei em Santa Catarina, considerando que hoje é um dos maiores produtores no agronegócio.

CRIAÇÃO DO CÓDIGO FLORESTAL BRASILEIRO

O Brasil é um país com muitas áreas verdes, isto é inegável, porém para que este mantenha-se conforme passam-se os anos foi necessário a Criação de um Código próprio para manutenção deste bem. O Código Florestal Brasileiro é de suma importância para o meio ambiente, porém é preciso ressaltar que as questões debatidas por ele não surgiram no século XXI, mas sim a preocupação com a sua preservação, manutenção e o cuidado para com este meio vem de muito antes de que se possa imaginar.

O primeiro Código Florestal surgiu no ano de 1934 que fora editado através do Decreto Federal nº 23.793, quando no Brasil o plantio e comércio de cafeeiro estava em expansão, vislumbrando principalmente o sudeste, o qual fora precursor do plantio deste mantimento (SENADO, s.d). Editado pelo então Presidente da República, Getúlio Vargas buscou trazer nesta primeira aprovação os limites para ocupação de território e recursos naturais, afim de preservar desde início as grandes matas que afloraram o sudeste brasileiro, ainda estabeleceu fortemente que ao menos 25% da propriedade deveria manter consigo a área florestal (ÂGENCIA CAMARA, 2012).

Praes (2012, p. 4) com o advento de ambientalistas e a pressão deste movimento, houve a pressão para que mudasse esta regulamentação, conforme explicita:

A partir daí com a influência de movimentos ambientalistas e o crescimento do desmatamento no Brasil, em 1962 iniciaram os movimentos com o intuito de revisar o código florestal de 1934, com o intuito de adequá-lo à situação atual.

Após longos 31 anos o Código Florestal teve uma nova mudança, desta vez promovida e sancionada pelo então presidente da república Castello Branco, em 1965, o qual sancionou a Lei 4.771/1965, insta salientar a importância da criação de modo que com o advento e início da descoberta das tecnologias houve a indispensabilidade de uma alteração naquilo que havia sido criado por Getúlio Vargas, surgindo através da ideia do então Ministro da Agricultura, o min. Armando Monteiro Filho, o qual relatou as inovações vivenciadas, e a importância em delimitar a pecuária, tendo em vista que se não houvesse o controle haveria sim problemas futuros advindos da prática (JÚNIOR; et al; 2017).

Além disso, o Código Florestal de 1965 trouxe consigo a

localização das APP's – Áreas de Preservação Permanente, que segundo a definição da Associação OECO (2014, p.n), nada mais é que:

As Áreas de Preservação Permanente têm a função de preservar locais frágeis como beiras de rios, topos de morros e encostas, que não podem ser desmatados para não causar erosões e deslizamentos, além de proteger nascentes, fauna, flora e biodiversidade destas áreas. As APPs são áreas naturais intocáveis, com rígidos limites, onde não é permitido construir, cultivar ou explorar economicamente.

Ademais, Castello Branco ainda definiu os limites e as proporções das reservas legais, que significa segundo a Associação OECO (2014, p.n):

[...] A Reserva Legal é a parcela de cada propriedade ou posse rural que deve ser preservada, por abrigar parcela representativa do ambiente natural da região onde está inserida e, por isso, necessária à manutenção da biodiversidade local. A exploração pelo manejo florestal sustentável se dá nos limites estabelecidos em lei para o bioma em que está a propriedade.

Muitos anos se passaram com essas regulamentações e estes regimentos, porém foi necessário uma nova adequação para que apresentasse uma proteção de cunho integral diante do desmatamento que vinha acontecendo, para isso em 1990 surgiu a Conferência Rio-92 orquestrado pela ONU – Organização das Nações Unidas, com pautas importantes para alcançar um consenso quanto às questões ambientais (PRAES, 2012).

Porém, mesmo com toda mobilização nacional e internacional para questões ambientais, entre os anos de 1994 e 1995 a Amazônia viveu os piores anos, com os maiores desmatamento, brucas queimadas da sua flora, desse modo, não havia outra solução se não que o atual presidente na época Fernando Henrique Cardoso alterando a Lei 4.771/1965, que é o Código

Florestal, utilizando-se da Medida Provisória de número 2.166 (PRAES, 2012).

Vislumbrando atender ainda mais dos recursos naturais brasileiros houve a criação da Lei de Crimes Ambientais, lei própria que não se falava anteriormente por não ser achada necessária na resolução de conflitos de interesse de terras particulares e área nativa, afim de unicamente responsabilizar quem estivesse longe das regulamentações solicitadas pelo código de 1965, conforme Praes (2012, p. 6) explica:

Após este episódio surgiu em 1998 a Lei de Crimes ambientais nº 6.905, no intuito de punir as propriedades que estivessem em desacordo com as normas do código florestal de 1965. E em 22 de julho de 2008 o governo editou o Decreto nº 6.514, que além de regulamentar a Lei de Crimes ambientais, estabelecia sanções administrativas e penais imediatas. Exigindo ainda, a averbação das áreas de Reserva Legal, sendo que o não cumprimento desta impedia o proprietário rural de receber financiamentos; ficando ainda, sujeito ao pagamento de multas diárias.

Após longos 31 anos o Código Florestal teve uma nova mudança, desta vez promovida e sancionada pelo então presidente da república Castello Branco, em 1965, o qual sancionou a Lei 4.771/1965, insta salientar a importância da criação de modo que com o advento e início da descoberta das tecnologias houve a indispensabilidade de uma alteração naquilo que havia sido criado por Getúlio Vargas, surgindo através da ideia do então Ministro da Agricultura, o min. Armando Monteiro Filho, o qual relatou as inovações vivenciadas, e a importância em delimitar a pecuária, tendo em vista que se não houvesse o controle haveria sim problemas futuros advindos da prática (JÚNIOR; et al; 2017).

Buscando solucionar os problemas advindos da última atualização do Código Florestal, sendo ela multas de valores altíssimos,

Buscando solucionar os problemas advindos da última atualização do Código Florestal, sendo ela muitas de valores altíssimos, ganhas antes do período de 22 de julho de 2008, houve a preocupação de uma adequação afim de resolver essas situações que surgiram durante o caminho. Com esse problema em busca-se uma solução da qual em 2009 foi constituída uma Comissão Especial na Câmara dos Deputados objetivando as alterações necessárias para que fosse melhor a população brasileira (PRAES, 2012).

Cabe ressaltar, que o deputado José Aldo Rebelo Figueiredo, do partido Solidariedade, trouxe em 25 de novembro de 2011 uma apresentação afim de que fosse modificado o Código Florestal, buscando atender ao interesse de todos, desde o agrônomo até o ambientalista. Entretanto como toda criação ou modificação de Lei muitos se desagradaram com tais modificações, relutando com a alteração desta, tendo como principal argumento de alguns ambientalistas um retrocesso ao tempo em questão de conteúdo. Contudo, não demorou para que tomasse forma e fosse alterada, diante de uma nova mobilização, na data de 06 de dezembro de 2011, a mesma foi aprovada (PRAES, 2012).

Diante de toda mobilização, em 25 de maio de 2012, a presidente que estava à época no comando do Brasil, Dilma Rousseff, promulgou a Lei 12.651/12, permitindo uma alteração, modificação e melhora no quesito visibilidade dos problemas ambientais no território brasileiro, dando uma atenção e um auxílio também aos agricultores brasileiros (JÚNIOR, et. al, 2017).

Comparado com o último Código Florestal, este não teve tantas alterações e modificações, mas buscou-se estabelecer regras para que a Vegetação Nativa fosse protegida integralmente, procurou diferenciar áreas de uso restrito para aquelas que são

consideradas de Reservas Legais, além de também estabelecer o fornecimento que vem do meio ambiente, ademais também trouxe o zelo pelas queimadas que destroem boa parte da vegetação (EMBRAPA, s. d).

Evidencia-se que a construção do novo Código Florestal pode contar com a voz ativa de toda a sociedade, tendo a presença de ambientalistas e também partindo para os agricultores brasileiros, estabelecendo medidas que auxiliariam ambas as partes, tanto na proteção e manutenção do meio ambiente, matas nativas e áreas de preservação, quanto também para que o agronegócio continuasse tendo um crescimento acelerado e pudesse romper ainda mais as barreiras internacionais, exportando muito mais do que já era feito anteriormente.

EFICÁCIA DO CÓDIGO FLORESTAL DIANTE DOS DESENVOLVIMENTOS E DO CENÁRIO BRASILEIRO.

Com o advento da reformulação do Código Florestal, de Lei nº 12.651/12 que ocorreu em 25 de maio de 2012, veio a confirmação da necessidade da preservação das matas nativas. Ainda cabe dizer que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 sempre teve a pretensão de manter as matas, principalmente da Amazônia em excelente estado, para que as futuras gerações pudessem fazer uso deste grande benefício deixado para a sociedade, conforme explicita o art. 255:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Ocorre que mesmo com tanto empenho em criação de políticas públicas, leis e regulamentações expressas na Constituição Federal nem sempre é de fato o que acontece, há de fato no cenário atual uma inaplicabilidade do Novo Código Florestal Brasileiro, constando que somente o CAR – Cadastro de Ambiente Rural tem sido seguido à risca, sendo que este nada mais é que um registro obrigatório afim de informar as situações ambientais de florestas, reservas legais e outras informações legais para o agrônomo brasileiro (BRITO, 2017).

Uma pauta que tem sido levantada regularmente pelos ambientalistas brasileiros quanto a aplicação do Código Florestal brasileiro, sendo que hoje há uma falta de cobrança dos órgãos públicos e dos estados quanto às empresas e setores rurais, para que esse consiga ser fielmente efetivado no Brasil, permitindo práticas abusivas de empresas que ferem o meio ambiente (BRITO, 2017).

Cabe ressaltar ainda que o desmatamento sempre esteve presente no solo nacional, desde a vinda dos portugueses ao Brasil, onde encontraram uma fonte de renda com muitos retornos financeiros e possibilidade de crescimento com a extração de minérios naturais, porém atualmente o problema encontra-se muito mais agravado, brascas retiradas de árvores nativas, extrações ilegais e a falta de uma fiscalização fidedigna fez com que hoje a estimativa de desmatamento tenha passado de 5 mil quilômetros quadrados anualmente (PENSAMENTO VERDE, 2018).

Insta salientar que além de todo o desmatamento presente ainda há as queimadas, fruto de agricultores que apresentam o intuito de ter terras muito maiores para maior rentabilidade e produção dobrada do plantio efetivado (PENSAMENTO VERDE, 2018).

Desse modo, elenca-se o art. 1º e seus incisos: I, II e III do Código Florestal:

Art. 1º-A. Esta Lei estabelece normas gerais sobre a proteção da vegetação, áreas de Preservação Permanente e as áreas de Reserva Legal; a exploração florestal, o suprimento de matéria-prima florestal, o controle da origem dos produtos florestais e o controle e prevenção dos incêndios florestais, e prevê instrumentos econômicos e financeiros para o alcance de seus objetivos. (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).

Parágrafo único. Tendo como objetivo o desenvolvimento sustentável, esta Lei atenderá aos seguintes princípios: (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).

I - afirmação do compromisso soberano do Brasil com a preservação das suas florestas e demais formas de vegetação nativa, bem como da biodiversidade, do solo, dos recursos hídricos e da integridade do sistema climático, para o bem estar das gerações presentes e futuras; (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).

II - reafirmação da importância da função estratégica da atividade agropecuária e do papel das florestas e demais formas de vegetação nativa na sustentabilidade, no crescimento econômico, na melhoria da qualidade de vida da população brasileira e na presença do País nos mercados nacional e internacional de alimentos e bioenergia; (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).

III - ação governamental de proteção e uso sustentável de florestas, consagrando o compromisso do País com a compatibilização e harmonização entre o uso produtivo da terra e a preservação da água, do solo e da vegetação; (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012) (BRASIL, 2012, n.p).

Importa dizer, que o Código Florestal trouxe em seu texto diversas formas de proteção, reflorestamento e atenção às matas nativas não quer dizer que a mesma tenha apresentado eficácia completa no território nacional. Os pontos elencados em seu art. 1 inciso I, II e III, buscam reverter o quadro geral em que o meio ambiente estava passando, porém sem a devida fiscalização o que era para ser preservado e as partes desmatadas replantas não tem sido feito, prejudicando a área preservação permanente, vislumbrando que hoje não há uma maior cobrança dos órgãos públicos, tanto pela falta de pessoas nestas áreas quanto pelo desinteresse da manutenção da fauna e flora brasileira (SILVA JÚNIOR, et. al., 2017).

Cabe ressaltar as palavras de Silva Júnior et.al (2017, p.n):

Não é que seja errado o desenvolvimento socioeconômico nas zonas rurais, bem como o acesso as moradias nas zonas urbanas, porém, sem uma consciência ambiental de responsabilidade com as gerações futuras, pode piorar em muito a vida humana a longo tempo.

Em muitos casos, apenas a aplicação de punições é o instrumento para conscientização para se evitar a grande destruição do meio ambiente, e, com a nova lei, fica mais fácil explorar o meio ambiente de forma desregada sem punições severas, fundamentando, sempre, na ausência de grande impacto ambiental, no clichê no interesse social e utilidade pública, sem sombra de dúvidas podemos esperar grandes surpresas negativas deste código.

É demasiadamente importante ressaltar que hoje apenas punições não é o sustento para que não haja mais crimes ambientais, mas sim, se faz necessário um consenso de todos os órgãos de proteção do meio ambiente para que consigam aplicar e fiscalizar o meio ambiente, afim de fazer valer o Novo Código Florestal, buscando num futuro próximo que o Brasil seja referencial em sustentabilidade e preservação do meio ambiente e que mesmo com toda proteção e visibilidade seja também referencial no desenvolvimento rural com preservação de áreas nativas (SILVA JÚNIOR, et. al, 2017).

EFICÁCIA DO CÓDIGO FLORESTAL DIANTE DOS DESENVOLVIMENTOS E DO CENÁRIO BRASILEIRO.

Não obstante do Código Florestal Brasileiro, Santa Catarina se antecipou no ano de 2009, na data de 13 de Abril, na cidade de Campos Novos para criar o primeiro Código Ambiental de Santa Catarina através da Lei 14.675, na presença do então Governador Luiz Henrique da Silveira (PEDROZO, 2019).

Na época havia um grande embate para os produtores rurais, tendo em vista que muitos estavam falindo e iam deixar de participar da agricultura catarinense, não há o que se negar que é uma lei que precisa de muitos ajustes, porém para 2009 foi um avanço que permitiu muitas pessoas continuarem no ramo do plantio (PEDROZO, 2019).

O Código Ambiental de Santa Catarina trouxe em seu seio primeiramente a proteção das áreas nativas, a utilização de maneira admissível dos recursos naturais, além disso trouxe novamente que os meios naturais como sendo matas e que até mesmo a vegetação nativa são elencados como um bem comum, salientado que o futuro depende desse cuidado e manutenção, contando com a participação de 3.000 produtores rurais na criação puderam dar a palavra e pactuar com a preservação da biodiversidade brasileira (PEDROZO, 2019).

Ocorre que a luz da legislação Santa Catarina vivência um momento diferente do resto do Brasil, considerando seu clima, vegetação e produção na área do agronegócio, podendo então viver uma agricultura focada na sustentabilidade e no desenvolvimento catarinense. Cabe salientar as palavras de Pedrozo que contribui sobre o tema da criação desta lei (2019, p. n):

Para assegurar clareza e viabilidade ao primeiro Código Ambiental, as entidades contribuíram com estudos e sugestões apresentadas em conjunto. O primeiro Código Ambiental catarinense tornou-se possível graças a uma inovação institucional de grande relevância: o respeito ao princípio do pacto federativo de forma que cada Estado da federação tem autonomia para legislar sobre matéria ambiental de acordo com as características de seus recursos naturais.

Buscando atender as necessidades catarinenses quanto a rigorosidade do Código Florestal que não atendiam ao que Santa Catarina precisava a norma estadual atendeu as mais diversas

situações, tendo como parâmetro principal o estabelecimento de medidas que protegessem a mata nativa, mas que não impedissem e retrocedessem o plantio e o agronegócio. Desse modo, cabe ressaltar que Santa Catarina tem sido modelo à outros estados, pois hoje, 40% do território catarinense possui áreas verdes recuperadas, considerando um avanço no quesito sustentabilidade rural (PEDROZO, 2019).

Contabiliza-se segundo o Atlas, que no ano de 2019 o estado de Santa Catarina desmatou 22% à menos que os anos de 2017 e 2018, este dado, mesmo que impactante, mostra que algumas medidas estão sendo utilizadas afim da diminuição deste número, uma busca que é constante pela fiscalização e o controle destes dados (GOVERNO DE SANTA CATARINA, 2020).

Reforça-se através do site do Governo de Santa Catarina (2020, p. n) que o estado tem se destacado por ser um dos que mais preservou e menos desmatou, conforme informa:

Outro levantamento divulgado nesta semana foi o primeiro Relatório Anual de Desmatamento no Brasil, elaborado pelo MapBiomas, onde Santa Catarina destaca-se como o estado que menos desmatou no último ano na Região Sul, e figura entre os 10 estados brasileiros que mais preservou a vegetação.

Mesmo diante de todo o cuidado na criação de leis que busquem a preservação é preciso dizer que muitos agricultores não respeitam o que é delimitado através das leis, burlando o Código e invadindo as áreas verdes pertencentes à reserva legal (GOVERNO DE SANTA CATARINA, 2020)

Poucos observam o avanço do efeito estufa em decorrência do desmatamento, pessoas voltados ao seu crescimento financeiro, olhando somente para o seu próprio umbigo, fazem com que o estado ao invés de avançar algumas vezes retroceda, inclusive a

própria falta de incentivo do atual governo no quesito preservação, conforme delimita as falas de Jair Messias Bolsonaro, conforme apresenta o site UOL: "Olha, você não vai acabar com o desmatamento, nem com queimadas, é cultural". Ele falou a jornalistas na saída do Palácio da Alvorada, na manhã de hoje...." (UOL, 2019).

É clarividente que a falta de posicionamento do atual presidente, admitindo a prática da extração do meio ambiente, corrobora para que mais áreas futuramente venham ser desmatadas pela classe dos agricultores em vista do favorecimento econômico, é preciso uma intervenção neste âmbito a ponto de que futuramente não sobre somente o arrependimento de não ter se tomado uma posição com maior antecedência (UOL, 2019).

Deste modo, ainda cabe dizer que Santa Catarina faz valer, em sua grande maioria, o Código Ambiental, buscando sempre melhorar no quesito fiscalização do meio ambiente, além de buscar trazer tecnologias que melhorem e aprimorem a proteção das matas nativas, além de incessantemente adentrar no mérito da Polícia Militar Ambiental, que vem auxiliando em todo o processo de buscas e aplicação da Lei. Não obstante, a todo momento políticas públicas vem sendo criadas para orientar os produtores rurais de que é preciso preservar para as futuras gerações, além de não somente os alertar, é feito um trabalho abrasivo com as empresas catarinenses, escolas e sociedade catarinense, assim, intensificando, ensinando e aconselhando da melhor forma possível no intuito de preservar e manter o nosso bioma (GOVERNO DE SANTA CATARINA, 2020).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É fato que a criação do Código Florestal brasileiro teve grande importância e relevância no solo nacional, procurando de maneira intensa aplicar políticas de proteção e cuidado para com o meio ambiente local, preocupando-se de maneira incessante com o futuro da vegetação nativa e das futuras gerações que virão a habitar no país.

A elaboração e efetivação do Código trouxe em seu seio trouxe o clamor público pela contenção do desmatamento e brucas queimadas que vinha ocorrendo em diversos estados do Brasil. Resta ainda dizer que tendo em vista o histórico mundial no quesito preservação era sabido que interesses econômicos seriam postos à frente das necessidades ambientais, para isso as limitações criadas pelo Código trouxe um alívio para os ambientalistas vislumbrando que poderia ser revertido todo o caos do desflorestamento.

Ainda é preciso ressaltar que muitas mudanças são necessárias no Código Florestal brasileiro, pois muitos avanços estão ocorrendo desde o ano de sua criação, para isso é preciso novas atualizações e repaginações em seus artigos, além de ser necessário uma aplicação mais precisa e certa para evitar o avanço de práticas criminosas das áreas verdes.

Cumpramos salientar ainda que o Estado de Santa Catarina no ano de 2009 deu um grande passo no quesito criação do Código Ambiental próprio, pois especificou e delimitou as prioridades e as principais características do solo catarinense. Ademais, verifica-se que a sua elaboração foi um salva-vidas para muitos produtores rurais que estavam condenados a deixar seus campos e partirem para outros locais de trabalhos, sendo um grande incentivo do agronegócio local.

Ademais, a construção de um Código preciso para Santa Catarina contribuiu para a diminuição do desmatamento e a expansão da mata nativa, além de contribuir com a fiscalização, policiamento e enfrentamento de práticas criminosas que devastam áreas do bioma catarinense.

Por fim, é preciso que o Código seja constantemente analisado, se adequando conforme o tempo e que o mesmo seja aplicado em sua totalidade, garantindo assim, para as gerações futuras um país com sustentabilidade em foco e com crescimento e desenvolvimento do agronegócio catarinense.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA CÂMARA. Código Florestal: entenda o histórico da legislação ambiental brasileira. Canal Rural. 2012. Disponível em: <https://www.canalrural.com.br/sites-e-especiais/codigo-florestal-entenda-historico-legislacao-ambiental-brasileira-34196/>. Acesso em: 14 nov. 2020.

ASSOCIAÇÃO OEKO. O que é o Código Florestal. OEKO. 2014. Disponível em: <https://www.oeko.org.br/dicionario-ambiental/28574-o-que-e-o-codigo-florestal/>. Acesso em: 13 nov. 2020.

BRASIL. Lei 4.771, de 15 de setembro de 1965. Instituiu o código florestal brasileiro. Brasília, DF, 1965. Disponível em . Acesso em: 22 jul. 2013..

BRASIL. Lei no 12.651, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis no 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis no 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória no 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12651compilado.htm. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 07 abr. 2020.

BRASIL. Código Florestal de 1934. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/codigo-florestal/senado-oferece-um-projeto-equilibrado-para-o-novo-codigo-florestal-brasileiro/codigo-florestal-de-1934.aspx#:~:text=Em%20meio%20%C3%A0%20forte%20expans%C3%A3o,encarecendo%20o%20transporte%20de%20lenha>. Acesso em: 10 nov 2020.

BRITO, Débora. Perto de completar cinco anos, Código Florestal ainda tem pontos a implementar. Agência Brasil. 2017. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-03/cinco-anos-codigo-florestal>. Acesso em: 11 nov. 2020.

EMPRESA BRASILEIRA DE PESQUISA AGROPECUÁRIA – EMBRAPA. Entenda a Lei 12.651 de 25 de maio de 2012. EMBRAPA. s.d. Disponível em: <https://www.embrapa.br/codigo-florestal/entenda-o-codigo-florestal#:~:text=A%20Lei%2012.651%2C%20de%2025,o%20controle%20da%20origem%20dos>. Acesso em: 10 nov. 2020.

GOVERNO DE SANTA CATARINA. Santa Catarina reduziu desmatamento em 22%, aponta Atlas da Mata Atlântica. GOVERNO DE SANTA CATARINA. 2020. Disponível em: <https://www.sc.gov.br/noticias/temas/meio-ambiente/santa-catarina-reduziu-desmatamento-em-22-aponta-atlas-da-mata-atlantica>. Acesso em: 11 nov. 2020.

SILVA JÚNIOR, Juraci Pereira da. O novo Código Florestal Brasileiro e suas alterações. Jus.com.br. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/58372/o-novo-codigo-florestal-brasileiro-e-suas-alteracoes>. Acesso em: 11 nov. 2020.

PEDROZO, José Zeferino. 10 anos do Código Ambiental de SC. Revista Safra. 2019. Disponível em: <http://revistasafra.com.br/10-anos-do-codigo-ambiental-de-sc/>. Acesso em: 11 nov. 2020.

PENSAMENTO VERDE. Desmatamento na Amazônia está prestes a atingir limite irreversível. SISTEMA MATO GROSSO. 2018. Disponível em: <http://www.sintemamt.org.br/noticias/exibir.asp?id=2531¬icia=desmatamento-na-amazonia-e-esta-prestes-a-atingir-limite-irreversivel>. Acesso em: 14 nov. de 2020.

PRAES, Elaine Oliveira. Código florestal brasileiro: evolução histórica e discussões atuais sobre o novo código florestal. VI COLÓQUIO INTERNACIONAL. p.n. 2012. Disponível em: https://educonse.com.br/2012/eixo_19/PDF/20.pdf. Acesso em: 11 nov. 2020.

GOVERNO DE SANTA CATARINA. Santa Catarina reduziu desmatamento em 22%, aponta Atlas da Mata Atlântica. GOVERNO DE SANTA CATARINA. 2020. Disponível em: <https://www.sc.gov.br/noticias/temas/meio-ambiente/santa-catarina-reduziu-desmatamento-em-22-aponta-atlas-da-mata-atlantica>. Acesso em: 11 nov. 2020.

UOL. Bolsonaro diz que desmatamento no Brasil "é cultural": "Não vai acabar". Notícias UOL. 2019. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/meio-ambiente/ultimas-noticias/redacao/2019/11/20/bolsonaro-diz-que-desmatamento-no-brasil-e-cultural-nao-vai-acabar.htm>. Acesso em: 14 nov. 2020

Artigo 08

O FUTURO DO DIREITO DO TRABALHO:
PRECARIZAÇÃO OU EXPANSÃO:
UMA ABORDAGEM ACERCA DA LUTA DE CLASSES



Rubens Luís Freiburger

Advogado e professor, militante na área trabalhista no Estado de Santa Catarina.



Uniarp 50



fapesc

Resumo

Existe enorme discussão com referência ao impacto do Direito do Trabalho na sociedade hodierna, todos os dias, nos mais variados veículos de comunicação social há debates sobre os direitos dos trabalhadores, sobre os ônus aos empregadores, sobre a existência de trabalho escravo em pleno século XXI. Todos os dias se versam sobre greves, novas leis e até mesmo alguns termos se tornaram chavões na mídia tupiniquim, como flexibilização e terceirização. É nítida a importância desse ramo do Direito, por isso, com o presente estudo, tenta-se responder, qual o futuro do Direito do Trabalho? Nada obstante, para isso, fugindo à futurologia, recupera-se à análise, a imprescindível ligação do direito com as relações materiais de produção e se apresenta,

Introdução

Tendo-se em consideração que todas as coisas e os seres estão em permanente mudança, tanto em suas relações como inter-relações, somente é possível uma mínima compreensão e uma análise crítica de um objeto, se tomadas essas ligações e variações. Destarte, para entender o Direito do Trabalho toma-se a contradição existente entre o capital e o trabalho, para analisar a construção e o desenvolvimento desse ramo do Direito, somente assim, então, apontar uma possibilidade para o futuro, como é o que se pretende neste artigo.

É tempo de falar da divisão social do trabalho para entender o Direito do Trabalho, que, como assinala Schwarz (SCHWARZ, 2007) na epígrafe de seu manual, não é somente emancipador, mas um acordo entre capital e trabalho, tendo-se como um limite ao capital, permitindo, entretanto, sua acumulação. Nem bom, nem mau, muito próximo, todavia, ao ideário de socialistas como Poudhon.legislativos e práticos.

ligação do direito com as relações materiais de produção e se apresenta, como a proposição do trabalho, o papel central da luta de classes, conforme preconizada pela teoria econômica marxista, para então podermos espiar pelo buraco da fechadura e meditar sobre as possibilidades do futuro.

Palavras-chave: economia política, desenvolvimento econômico, luta de classes, direito do trabalho.

A partir disso, dessa contradição, observa-se historicamente a formação do Direito do Trabalho, principalmente no Brasil, fazendo sempre uma inflexão sobre a estrutura econômica e sua influência no desenvolvimento do Direito do Trabalho em seus aspectos legislativos e práticos.

É central nesse artigo o conceito econômico de mais-valia que, na teoria marxista de contrato de trabalho, o trabalhador entrega ao empresário o valor de uso de sua força de trabalho e recebe em retribuição um determinado salário, fixado pelas condições impostas pelo mercado, sendo remunerado o trabalhador, sempre, por menos horas do que tem seu trabalho valor, propiciando o lucro, ou renda à empresa capitalista. Ou seja, é a forma como o capital se reproduz, acumula-se, sendo, imprescindível, sobre esse aspecto, exploração do homem pelo homem. (KONDER, 1976)

Diametralmente oposta é a visão econômica de que o trabalhador é apenas uma engrenagem no sistema econômico moderno, como expresso no pensamento dominante dos capitalistas, máxima que pode ser retirada da clássica obra do economista austríaco Joseph Alois Schumpeter para quem: “O lucro empresarial é um excedente sobre os custos. Do ponto de vista do empresário, é a diferença entre receitas e despesas no negócio(...) Por 'despesas' entendemos todos os desembolsos que o empresário deve fazer direta ou indiretamente na produção.” (SCHUMPETER, 1982, p.87)

Assim, explicita-se a contradição entre o capital e o trabalho, em que este busca a melhor remuneração pelo seu tempo e aquele, contrariamente, acúmulo, lucro.

Nessa dicotomia criou-se o Direito do Trabalho. Nessa contradição desenvolve-se.

Portanto, utilizando-se como referencial teórico o pensamento de Antônio Gramsci, exposto por Portelli (PORTELLI, 2002), partindo-se da análise que há uma simbiose entre a estrutura socioeconômica e a superestrutura político-ideológica, associação mantida pelos intelectuais (funcionários da superestrutura solidários à classe dominante, que organizam-na ideológica, jurídica e politicamente), será analisado o processo de criação e desenvolvimento do Direito do Trabalho e o papel de vários atores da sociedade civil na construção e reconstrução, no combate e defesa dos direitos dos trabalhadores e dos capitalistas.

Dentro dessa articulação, a função do Direito do Trabalho é vista sobre duas hipóteses: emancipação da classe trabalhadora, ou empecilho ao desenvolvimento econômico na era globalizada.

Discursos contraditórios, que se apresentam hoje no foro da sociedade civil e que apontarão para o futuro do Direito do Trabalho.

GENEALOGIA DO DIREITO DO TRABALHO: A REVOLUÇÃO INDUSTRIAL

O Direito do Trabalho surge com o desenvolvimento do capitalismo e com a Revolução Burguesa, mais notadamente a Revolução Industrial, antes, na denominada Idade Média e em tempos mais remotos, o trabalhador era identificado como escravo, servo ou ligado a uma corporação de ofício.

Nessa época não havia regulamentação especial aos trabalhadores, exceto, quíça, aqui e acolá, legislação acerca da empreitada, prestação de serviço, como, por exemplo a locatio conductio operis do Direito Romano (VENOSA, 2004, p.190), o certo é que, em suma, tratavam-se de relações pessoais parcamente administradas pelo Estado.

Cronologicamente, para se ter uma ideia do quão recente é o Direito do Trabalho, veja-se que havia servidão vitalícia até o ano de 1799 no Reino Unido, os trabalhadores não eram livres, tendo essa condição a partir do movimento da Revolução Francesa, que culminou com o Decreto de D'Allarde, que instituiu a liberdade de trabalho aos homens (MARTINS, 2012, p. 05).

A Revolução Industrial mudou o mundo, antes desconectado,

composto de pequenas vilas, predominantemente rural e agrícola, em que os trabalhadores estavam ligados à terra e não havia oferta de mão de obra, não havia a figura do empregador, do empregado, do trabalho livre, era impossível a figura do que se conhece como Direito do Trabalho.

Entretanto, com o avanço social e tecnológico surgiu a necessidade de concentração de grande quantidade de pessoas em um mesmo local de trabalho; a grande indústria, como novo modelo de organização produtiva, em que os trabalhadores ofereciam sua força de trabalho em troca de pagamento de salários.

Concomitantemente a esse movimento, surge o desemprego e as condições de superexploração do trabalhador, inclusive de crianças, como se retira do relato de BLAINEY:

No norte da Inglaterra, especialmente a partir da década de 1780, surgiram cidades industriais cheias de máquinas engenhosas que fiavam e teciam lã ou algodão. Os visitantes de outros países se maravilhavam com o vigor de Manchester, Leeds, Birmingham, e das novas cidades industriais, mas se espantaram ao visitar as minas e fábricas e constatar o número de crianças que ali trabalhavam. Um americano, ao descrever uma fiação em Yorkshire, em 1815, observou que aproximadamente 50 meninos e meninas estavam trabalhando, chegando às 6 horas e saindo às 19 horas. No inverno, chegavam no escuro e saíam no escuro. A criança mais velha não tinha mais de 10 anos de idade. Todos estavam lambuzados de poeira e óleo vindos da

Dessa nova realidade econômica brotou a organização dos trabalhadores, do mesmo germe de onde, há mais de quatro séculos, eclodiram as jacqueries.

Os trabalhadores das cidades revoltadas com suas novas condições organizaram-se, primeiro como os ludistas e destruíam

as máquinas, por entenderem ser delas a culpa de seu infortúnio.

A realidade dos trabalhadores, nessa época, era desumana e estava na prática perpetuada uma escravidão perversa e cruel. Ao ponto de se comercializar, na Inglaterra do século XIX, crianças, que eram vendidas por seus pais miseráveis aos empresários das minas de carvão. (OLIVEIRA, 2011, p. 56)

Apenas em 1833, na mesma Inglaterra, o parlamento baixou o Factory Act, sendo uma legislação de proteção à integridade física e mental dos trabalhadores das indústrias têxteis, proibindo o trabalho noturno aos menores de 18 anos e o limite da jornada de 12 horas aos menores, obrigando, ainda, aos empresários não contratarem menores de 9 anos e exigindo que as fábricas construíssem escolas para os menores de 13 anos as frequentarem.

A sociedade estava em transformação e ebulição, em meados do século XIX Karl Marx destacava-se no debate político e econômico, sensibilizado pela nova sociedade e pelas condições do operariado. Pelo próprio ambiente de trabalho e pelo desenvolvimento da sociedade, os trabalhadores descobriram estratégias de luta coletiva para pressionar o Estado e os capitalistas.

Também segmentos importantes participaram do debate, como, por exemplo, a Igreja Católica que, em 1891, por meio de seu sumo pontífice, Papa Leão XIII, editou a Encíclica De Rerum Novarum, que, todavia, de forma contraditória, recomendava que as greves deveriam ser reprimidas pela autoridade, mas, de onde se retira a aguda preocupação da alta autoridade eclesiástica com a

exploração do homem pelo homem: “Não é justo nem humano exigir do homem tanto trabalho a ponto de fazer pelo excesso de fadiga embrutecer o espírito e enfraquecer o corpo. A atividade do homem, restrita como a sua natureza, tem limites que não se pode ultrapassar”. (OLIVEIRA, 2011, p.58)

O embate capital trabalho era diário, intenso. Seguidamente, os trabalhadores iniciaram movimentos organizados, greves, que obtiveram grande êxito e os operários, com os ideários ligados à repudia ao individualismo, voltaram-se ao anarquismo, ao socialismo e ao comunismo. O movimento dos trabalhadores superou a luta local por direitos com Revolução Russa no ano de 1917.

No campo do Direito Trabalhista, deve-se citar que muitos direitos dos trabalhadores foram incorporados à Constituição do México, em 1917, e à Constituição da Alemanha, em 1919, do mesmo modo, neste ano, foi criada a Organização Internacional do Trabalho, instituição de direito internacional voltada à implementação de medidas de proteção dos trabalhadores dentro da economia capitalista do mundo ocidental contemporâneo. (MARTINS, 2012, p. 9)

Em suma, o Direito do Trabalho é uma criação cultural do homem da era industrial, gestado esses ramos do direito da contradição entre o capital e o trabalho, como assinala de forma sucinta Delgado: “O Direito do Trabalho é, desse modo, fenômeno típico do século XIX e das condições econômicas, sociais e jurídicas ali reunidas.” (DELGADO, 2007, p. 86)

DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL: PRÉ-HISTÓRIA.

Nos próximos tópicos será feito um recorte de itens a versar sobre a estrutura econômica e superestrutura sociopolítica que envolvem o objeto deste artigo, para tanto, recua-se ao início da formação econômica do Brasil, de forma bastante sucinta, porque é importante observar a importância do escravismo no mercado de trabalho até os dias de hoje e ponderar sobre esse ciclo e sua interferência na fragilidade dos movimentos sociais dos trabalhadores, pois há um enorme contingente de homens e mulheres segregados ao longo de todo século XX que servem, contudo, ao capitalista para pressionar, em seu favor, os 'incluídos' sob a possibilidade e dinâmica de haver mão de obra excedente ao mercado de trabalho.

Isto porque há uma regra fundamental do modo de produção capitalista, que é a formação constante de uma população que integra o chamado exército industrial de reserva, ou seja, parte da força de trabalho que é relativamente supérflua ao aproveitamento por parte do capital. (MARX, 1996, p. 261)

Esse exército de mão de obra, que aumenta e diminui conforme a necessidade, é fundamental à continuidade da acumulação capitalista, pois, como afirma MARX:

O exército industrial de reserva pressiona durante os períodos de estagnação e prosperidade média o exército ativo de trabalhadores e contém suas pretensões durante o período de superprodução e paroxismo. A superpopulação relativa é, portanto, o pano de fundo sobre o qual a lei da oferta e da procura de mão-de-obra se movimenta. Ela reduz o raio de ação dessa lei a limites absolutamente condizentes com a avidez de explorar e a paixão por dominar o capital. (1996, 269)

Adiante sobre a lei que mantém o exército industrial de reserva:

Segue portanto que, à medida que se acumula capital, a situação do trabalhador, qualquer que seja seu pagamento, alto ou baixo, tem de piorar. Finalmente, a lei que mantém a superpopulação relativa ou exército industrial de reserva sempre em equilíbrio com o volume e a energia da acumulação prende o trabalhador mais firmemente ao capital do que as correntes de Hefáisto agridão Prometeu ao rochedo. Ela ocasiona uma acumulação de miséria correspondente à acumulação de capital. A acumulação da riqueza num pólo é, portanto, ao mesmo tempo, a acumulação da miséria, tormento de trabalho, escravidão, ignorância, brutalização e degradação moral no pólo oposto, isto é, do lado da classe que produz seu próprio produto como capital. (MARX, 1996, p. 269)

Destarte, observa-se que, mesmo com o avanço dogmático do Direito do Trabalho na sociedade pós-industrial brasileira, a maioria dos brasileiros, principalmente negros e nordestinos ficou alijada completamente de direitos, sendo-lhes negada a igualdade dentro da Nação, servindo sua exclusão como pressão pela não melhoria na condição de toda classe trabalhadora.

Pois bem. A economia colonial brasileira (séculos XVI até o início do século XIX) desenvolvida em torno da metrópole portuguesa era produtora de metais preciosos (ouro e pedras preciosas) e produtos agrícolas coloniais (cana-de-açúcar, tabaco), porque assim o determinavam os interesses da burguesia mercantil metropolitana, visto que a colônia estava diretamente sujeita ao monopólio comercial com a metrópole.

Nesse período, o fluxo de capitais era destinado exclusivamente à metrópole colonizadora, primeiro por não existir na colônia qualquer produção de bens de consumo, que eram, assim, importados; segundo, porque parte considerável do capital investido na produção colonial (principalmente na indústria

açucareira) pertencia a comerciantes europeus, que ficavam com grande parcela da renda produzida; por fim, por ser uma economia escravista (modo de produção escravista moderno), não houve a formação de mercado interno capaz de fomentar um desenvolvimento econômico endógeno, capaz de quebrar com a lógica mercantilista metropolitana. Estes fatores, em especial, mantiveram a economia colonial escravista completamente dependente da metrópole colonizadora e calcada na força de trabalho escrava.

Sobre a vinculação da economia colonial à metrópole, observa MELLO:

A economia colonial define-se, portanto, como altamente especializada e complementar à economia metropolitana. Esta complementaridade se traduz num determinado padrão de comércio: exportam-se produtos coloniais e importam produtos manufaturados e, no caso de economias fundadas na escravidão negra, escravos. Por outro lado, a articulação da economia metropolitana-economia colonial a isto não se resume, porque este padrão de comércio se efetiva através do monopólio de comércio exercido pela burguesia comercial metropolitana, do exclusivo metropolitano, como então era chamado. (1988, p. 109)

Contudo, o desenvolvimento da indústria manufatureira no início do século XIX (capitalismo industrial), no centro, reclamou a formação de uma periferia produtora de produtos primários de exportação (alimentos e matérias-primas ao desenvolvimento industrial); bem como, que essa fosse organizada sobre as bases do trabalho assalariado – capaz de constituir um mercado consumidor a sua crescente indústria moderna.

Nessa direção, a economia dependente colonial tem suas bases modificadas, por esse motivo, propiciou-se a queda do exclusivismo metropolitano, o combate ao tráfico de escravos e a

subsequente formação do Estado Nacional.

Nada obstante, mesmo com a queda da monarquia e da escravidão, a economia brasileira, no aspecto de criação de postos de trabalho assalariado, permaneceu estagnada. Sendo certo que o novo ciclo exportador no Brasil desenvolveu-se calcado na economia-mercantil-escravista-cafeeira atrelada ao capital mercantil. (FURTADO, 1977, p. 106-108)

Isso já se está no final do século XIX, quando a Europa já colhia os frutos das Revoluções burguesa e industrial.

Perdeu-se o monopólio do comércio colonial, mas a produção se liga a um oligopólio comercial e financeiro que transfere os lucros, comparável ao ciclo econômico predecessor, ao centro do capitalismo (sobremaneira a Inglaterra), naquele momento, industrial.

Sublinha-se que, apesar da crescente produção e exportação de café, carro chefe da economia brasileira, as taxas de lucros dos produtores locais não cresciam na mesma proporção e para obter crescimento nas taxas de acumulação os cafeicultores dispuseram de um constante aumento no volume de produção, que, na mesma medida, requereu aumento na imobilização de capitais (terras e mão de obra), vinculando ainda mais a economia periférica, que continuou ocupando toda a sua capacidade de produção para explorar a “vantagem comparativa” apresentada.

Em contrapartida, sustentam-se os índices de importação de bens de consumo oriundos, primordialmente da Inglaterra industrializada.

Evidencia-se, dessa maneira, a constituição da dependência da economia agroexportadora que, atrelada ao mercado externo, torna-se acessória e limitada às suas demandas para se desenvolver. (FURTADO, 1977, p. 158-160)

Os trabalhadores nessa época são os escravos libertos, que passaram a uma condição de total precariedade e negligência do Estado, porquanto lhes foi negado total acesso à modernidade e, ainda, cresceram as importações de mão de obra europeia, que, nesse momento, estava ligada a serviços nas nascentes cidades e nas lavouras de café.

Insignificante, destarte, o trabalho assalariado, condição indispensável à formação do Direito do Trabalho.

Nada obstante, houve no Brasil o que foi chamado de desenvolvimento capitalista tardio, e, destarte, deve-se diferenciar o modo de produção escravista que perdurou até 1888 e a formação do capitalismo assentado sobre a força de trabalho assalariada organizado a partir de então.

O que importa, aqui, neste breve arrazoado, é a mudança na utilização da força de trabalho. Mudança gradual que inicia com o combate político da Inglaterra, ao tráfico de escravos africanos no início do século XIX, que culminou com a abolição do regime de escravidão, apenas no final desse século, pois no Brasil a única mão de obra disponível, era, ainda, o negro escravo. (FURTADO, 1977, p. 117-122 e 136-141)

Vale notar que por volta de 1850 existiam no Brasil cerca de dois milhões de escravos negros, mão de obra fundamental às economias cafeeira, que encontravam condições de vida

extremamente débeis. (FURTADO, 1977, p. 119)

Todavia, com as pressões internacionais (Inglaterra) pelo fim do regime escravista e o combate aberto que se empreendeu contra essa atividade depois de 1845 – momento em que foi aprovada uma lei (bill Aberdeen) que autorizava os navios ingleses a atacarem os navios brasileiros que faziam o tráfico internacional de escravos –, iniciou-se uma busca a alternativas possíveis ao fornecimento de mão de obra às fazendas.

Assim, a elite cafeeira, diante das dificuldades de manter o comércio de escravos negros, investe no fomento de mão de obra livre assalariada, pois mais econômico o pagamento de salários à compra e manutenção dos escravos.

Vale notar que isso só foi possível porque na Europa, no final do século XIX, criou-se uma abundante oferta de mão de obra, que se encontrava em condições bastante precárias (FURTADO, 1977, p. 127-128), disponíveis, portanto, para serem encaminhadas às antigas colônias, ávidas por mão de obra assalariada, a ser integrada pela grande lavoura.

Sobretudo, a partir de 1870, com o financiamento, pelo governo imperial, do transporte dos imigrantes que serviriam à empresa cafeeira estabeleceu-se um grande fluxo imigratório ao Brasil.

A abolição da escravatura, em 1888, entretanto, só trouxe benefícios aos escravistas, pois em que pese a liberdade concedida aos escravos, esses não foram integrados à sociedade e à cadeia produtiva.

Os ex-escravos libertados encontraram grandes dificuldades em

sobreviver fora das fazendas de seus algozes. Então, criaram-se poucas alternativas, ou se refugiaram na economia de subsistência, próximos às fazendas dos barões do café, ou se direcionaram as regiões urbanas (que possuía já um excedente de mão de obra), ou permaneceram fixados nos latifúndios, recebendo parco pagamento. (FURTADO, 1977, p. 136-141)

Vale observar que, com a aprovação da Lei de Terras, em 18 de setembro de 1850, o acesso à terra ficou limitado para a população. Fator fundamental à concentração fundiária, pois foi abolido o sistema de posse como meio para o reconhecimento da propriedade, que ficaria consignada a um documento oficial, concedido pelos magistrados, fato que retirou o direito à terra até mesmo da comunidade indígena.

Esses ex-escravos enfrentaram a falta de trabalho e de oportunidades de desenvolvimento social, como sua mão de obra era extremamente desqualificada, visto que eram encarregados, até então, de atividades manuais rústicas. Desse modo, os melhores postos de trabalho foram dirigidos aos imigrantes.

Restou, dessa forma, àqueles que foram às cidades ocupar os setores periféricos. Fato que manteve a desigualdade ainda persistente. Pois aos negros não foi direcionada nenhuma política inclusiva.

Observa-se que, a lógica econômica dependente, em conjunto com fatores culturais importantes, principalmente o racismo, serviu a manter essa parcela da população marginalizada.

Por esse motivo, ao se falar em Direito do Trabalho no Brasil, deve-se falar em força de trabalho do recém-chegado imigrante

européu, que chegou entre o fim do século XIX e início do século XX e foram fundamentais à industrialização brasileira. Basta observar, que entre os anos de 1888 e 1900 o fluxo imigratório ultrapassou 1.400.000 de pessoas, oriundas, primordialmente, da Europa.

Essa é, no nosso entendimento, a fase pré-histórica do Direito do Trabalho no Brasil, que, todavia, condicionou o processo seguinte, por conta da exclusão de grande massa de trabalhadores, que, nada obstante, foram incorporados parcamente e aos poucos, segundo a necessidade do capital.

DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL ERA: VARGAS.

Necessário, agora, expor algumas características do processo inicial da industrialização, assentada sobre o capital mercantil cafeeiro acumulado. Nesse período, final do século XIX, já havia, no Brasil, em contrário aos períodos anteriores, uma massa de mão-de-obra livre, disponível a ser empregada na produção fabril, que constituiu, além disso, um mercado interno incipiente.

Sobre a industrialização brasileira e a formação do trabalho assalariado, vale-se, novamente, de MELLO:

O período que se estende de 1888 a 1933 marca, portanto, o momento de nascimento e consolidação do capital industrial. Mais que isso, o intenso desenvolvimento do capital cafeeiro gestou as condições de sua negação, ao engendrar os pré-requisitos fundamentais para que a economia brasileira pudesse responder criativamente à 'Crise de 29'. De um lado, constituem-se uma agricultura mercantil de alimentos e uma indústria de bens de consumo assalariado capazes de, ao se expandirem, reproduzir ampliadamente a massa de força de trabalho

oferecida no mercado de trabalho, que já possuía dimensões significativas; de outro lado, forma-se um núcleo de indústrias leves de bens de produção (pequena indústria de aço, cimento, etc.) e, também, uma agricultura mercantil de matérias-primas que, ao crescerem, ensejariam a reprodução ampliada de fração do capital constante sem apelo às importações. (1988, p. 109)

A redução da capacidade de exportar, pela diminuição da demanda das economias centrais, gerada pela Guerra de Trincheiras empreendida na Europa (1ª Guerra Mundial) e pela Crise de 1929 fez com que o capital fosse, em certa medida, e por intervenção direta do Estado, transferido da economia cafeeira (nesse momento assentada sobre mão de obra assalariada) à industrialização voltada à produção bens de consumo.

Modifica-se a dinâmica da economia nacional, que se voltou ao crescimento sobre bases internas, propiciando a reprodução da força de trabalho (conjuntamente o aumento do mercado consumidor interno) e do capital constante das indústrias.

Nessas condições, a Constituição brasileira de 1934, precedida de leis e decretos esparsos que afluíam desde a República Velha, tratou especificamente do Direito do Trabalho. Isto porque os trabalhadores europeus que foram alocados nas indústrias nacionais vieram já ligados aos acontecimentos das metrópoles e vinculados às ideias anarquistas e comunistas. (CIOFI, 2012, p. 3)

No primeiro quartel do século XX havia a formação incipiente de partidos comunistas, que, levados à ilegalidade, resolveram, como estratégia, utilizar os sindicatos na causa política operária.

Assim, o governo de Getúlio Vargas, pressionado de um lado pela elite, representada pelo Centro das Indústrias do Estado de São

Paulo, e de outro pelos trabalhadores, cada vez mais organizados politicamente, tomou para si a criação e sistematização dos direitos trabalhistas e sindicais, que culminou com a Constituição de 1937, em que o Estado assumiu a direção dos sindicatos, administrados pelo Ministério do Trabalho. (CIOFI, 2012, p. 3)

Em relação aos estratégias de legitimação do Estado perante a classe trabalhadora, aponta-se que, durante o “Estado Novo” (1937-1945) há, de um lado, grande avanço na legislação trabalhista e forte organização sindical ligada aos controles do Estado, de outro, a utilização de propaganda, censura e fortalecimento do aparelho policial. (MARINI, 2000, p. 76)

Basta informar que a greve foi considerada um movimento ilegal dos trabalhadores, inobstante esse instrumento de luta não ser ilícito penal desde o ano de 1890, com o Decreto nº 1.162.. Mas, de outro lado, foi criada a Justiça do Trabalho, para resolver dissídios individuais e coletivos entre os trabalhadores e os empresários.

Em 1943 foi editado o Decreto-lei nº 5.452, reunindo as muitas leis trabalhistas no que é a conhecida CLT – Consolidação das Leis do Trabalho.

Observa-se que a Era Vargas, apesar de ter sistematizado o Direito do Trabalho, com inspiração europeia, lutou, de forma contrária, à classe trabalhadora, reprimindo os movimentos sociais e políticos dos operários que foram, então, subjugados pelo capital. As leis trabalhistas não foram gestadas da discussão e luta política entre capital e trabalho, foi imposta por aquele, para permitir sua acumulação, organizando os trabalhadores e limitando sua atuação política.

Entretanto, é importante destacar que as leis trabalhistas, foram importante vitória para os trabalhadores, servindo como um parâmetro para limitar absurdos excessos.

Porém, grande parte dos trabalhadores negros era discriminada, basta mencionar o fato de haver na Marinha brasileira, até a revolta da chibata, castigos corporais em pleno século XX.

DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL: INDUSTRIALIZAÇÃO TARDIA

Superada a Era Vargas, após a 2ª Guerra, em que ventos democráticos derribaram o pai dos pobres do Catete, a Constituição de 1946 ampliou os direitos dos trabalhadores, conferindo o direito à greve.

Entre 1945 e 1953 uma intervenção do Estado na economia, por meio de uma política de limitação às importações de produtos manufaturados (bens de consumo que já eram produzidos no país, ou com capacidade para tal), porém não se obistou a importação de matérias-primas e bens de produção fator que, mesmo sem ser a real intenção das autoridades econômicas da época, foi primordial ao desenvolvimento da indústria nacional e de um crescente mercado interno. (FURTADO, 1977, p. 218-222)

Essa política, todavia, em curto prazo gerou uma pressão inflacionária, que produziu um aumento no nível dos preços, do custo de vida e de concentração de riqueza nas mãos do empresariado nacional.

No campo do Direito do Trabalho, nada obstante, criam-se novos

direitos, sempre incorporados aos ganhos dos trabalhadores, como repouso salarial remunerado, participação dos trabalhadores nos lucros e estabilidade.

Depois da década de 50, o processo de mundialização da economia se alterou drasticamente, as economias nacionais deixaram de se integrar apenas pelo intercâmbio de seus produtos e pela migração de capital financeiro, pois a recuperação das economias centrais, principalmente dos Estados Unidos, fez com que o capital excedente naqueles países, representado pelas grandes corporações multinacionais (capital industrial), buscasse se espalhar, investindo diretamente nos novos mercados nacionais.

Nesse período, a Justiça do Trabalho começa a ser organizada e implementada como órgão independente do Poder Judiciário, mas a superexploração dos trabalhadores, muitos trabalhando sem registros, tal como os ex-escravos, os migrantes nordestinos e aqueles longes dos centros urbanos, relativizam as conquistas dos trabalhadores em um aspecto nacional.

Dessa contradição, surgiram os movimentos sociais de trabalhadores, respondidos pelo Golpe Militar de 1964, que favoreceu as grandes indústrias e o capital internacional, quando se relegaram os investimentos no setor social o que gerou um colapso na saúde, no saneamento, na habitação, na educação e nas relações de trabalho. Em contrapartida, na sua função de legitimação, despendeu de grandes recursos na formação de um “Estado policial no plano interno” (AFONSO e SOUZA, 1977, p. 80) para manter a ordem, que se impôs.

O golpe de 1964 permitiu um governo desligado da classe

trabalhadora rural. Um dos alicerces fundamentais era impedir as reformas de base prometidas por João Goulart, sobretudo a reforma agrária, que poderia por fim a um dos modelos que contribuem decisivamente à dependência e à degradação do tecido social, o latifúndio. (CARDIN; VIEIRA; VIÉGAS, 2002, p. 8)

Esse arranjo dificulta a formação de um mercado interno a produtos industriais, o desenvolvimento do campesinato, agudiza, do mesmo modo, a estratificação social.

Pode-se observar que essa estrutura econômica faz com que o Direito do Trabalho a par de desenvolver-se em sua dogmática é, na prática, inacessível à maioria da população brasileira, que vive de subempregos e relegada do processo político.

Além disso, o modelo de industrialização assentado sobre as corporações multinacionais não trouxe nenhum benefício ao desenvolvimento brasileiro, sobretudo aos trabalhadores, pois, apesar de os capitais externos terem propiciado uma expansão industrial no Brasil e um aumento da produtividade do trabalho, não melhorou a condição da classe trabalhadora, pois, apesar de a produção fabril ter crescido quase 10% ao ano entre 1950 e 1960 esse aumento não foi capaz de gerar empregos que, para o mesmo setor, cresceu apenas 3% ao ano. (MARINI, 2000, p. 56)

A tendência dessa dependência fica explícita na divisão internacional do trabalho, que se reorganiza num esquema pelo qual os países industrializados transferem as primeiras fases de preparação das matérias-primas aos países subdesenvolvidos e concentram suas ações nas fases mais elaboradas da produção, sob a justificativa de terem mais capacidade técnica e econômica. (MARINI, 2000, p. 68)

A classe trabalhadora, nesse período compreendido entre a Era Vargas e a Constituição de 1988, fica espremida entre um Estado interventor, em que as greves são reprimidas, e uma economia nacional titubeante, que garantiu a manutenção da exclusão social de grande parte dos trabalhadores e deixou o Direito do Trabalho, em verdade, um privilégio para poucos.

O fruto do trabalho, nesse lapso histórico, resumidamente, é transferido aos centros capitalistas, subjugando, de forma mais intensa, a economia nacional, como adverte GALEANO:

(...) esse novo modelo de imperialismo não faz as suas colônias mais prósperas, embora enriqueça seus pólos de desenvolvimento; não alivia as tensões sociais regionais, mas as aguça; paga salários vinte vezes menores do que em Detroit e cobra preços três vezes maiores do que em Nova York; faz-se dono do mercado interno e dos pontos-chave do aparelho produtivo; apropria-se do progresso, decide seu rumo e lhe fixa fronteiras; dispõe de crédito nacional e orienta a seu gosto o comércio exterior; não só desnacionaliza a indústria, mas também os lucros que a indústria produz; impulsiona o desperdício de recursos ao desviar parte substancial do excedente econômico para fora; não traz capitais para o desenvolvimento; mas os subtrai. (...) Para que as empresas possam arrebatam os ganhos, os países hipotecam a si mesmos endividando-se com os bancos estrangeiros e com os organismos internacionais de crédito, com o que multiplicam a enxurrada das próximas sangrias. A inversão industrial opera, neste sentido, com as mesmas consequências das inversões "tradicionais". (2005, p. 269-270)

Ainda, essa política favorável aos investimentos internacionais gerou insegurança social e a progressiva contração de dívidas pelo Estado.

Esse endividamento ocorre porque o Estado é chamado pela lógica capitalista a investir maciçamente em infraestrutura e a conceder os demais benefícios para atrair o "indispensável"

capital internacional. De outra forma, os trabalhadores têm seus salários e direitos trabalhistas mitigados para que o país torne-se atraente ao capital estrangeiro.

Além disso, o poder de financiamento interno do Estado é restrito, pois a capacidade de captação de recursos tributários, que incide na sua maioria sobre os trabalhadores (grande massa assalariada) é baixa, pois não há postos de trabalho no mercado formal.

Por essa via, o Estado capta recursos por meio de endividamento externo, junto ao capital financeiro multinacional e dispõe, concomitantemente, de grande parte de seus recursos na administração desse débito, para manter as bases desse desenvolvimento econômico.

Não obstante, o momento de estrangulamento da economia nacional se deu com as duas crises do petróleo (1973 e 1979), pois o país nessa época era dependente da matéria-prima (fundamental à economia industrial), que provinha em grande parte das importações.

Com o grande aumento dos preços do petróleo, houve uma migração dos recursos dos países não-produtores, tanto do centro como da periferia, aos países detentores do monopólio produtivo.

Cumprido, nesse momento, visualizar o desenvolvimento econômico nas duas últimas décadas do século XX, com o rearranjo ocorrido na década de 80 em que se interrompeu o fluxo de capitais às economias dependentes latino-americanas, naqueles ritmos concebidos desde a década de 50.

Vê-se que a queda de braço entre o capital e o trabalho é amplamente vencida pelo primeiro, sendo que o Direito do Trabalho, representado concretamente pela Justiça do Trabalho está adstrito a dissídios individuais em sua grande maioria.

Entretanto, ao final do governo militar, com a abertura política e ares democráticos, permitem que os trabalhadores das grandes indústrias organizem greves e iniciem uma nova luta pelos direitos, reforçando, mesmo que com um suspiro, o caráter emancipador do Direito do Trabalho.

Esses movimentos populares, aliados à redemocratização e à Constituinte, trouxeram ao Direito do Trabalho a garantia de positividade constitucional, organizando, ainda, a Justiça do Trabalho de forma mais robusta.

Avanços, todavia, tímidos tendo em mira que nos anos que se seguiram, 1990/1992 o número de trabalhadores com carteira assinada, segundo dados do IBGE caíram, não garantindo, contudo, direitos concretos aos trabalhadores .

DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL: NEOLIBERALISMO.

Apesar da 'evolução' dogmática da constituinte cidadã, houve, entretanto, um movimento contraditório e a classe trabalhadora viu suas conquistas serem esboroadas. Esse movimento, como dito, foi instigado pela recessão na década 1980, que debilitou o setor produtivo nacional, a infraestrutura e os demais serviços públicos, pela falta de capacidade de investimentos, tanto externos quanto internos.

O professor Maurício Godinho Delgado é preciso em descrever esse período:

De fato, logo após o surgimento da Carta Magna de 1988, fortaleceu-se no país, no âmbito oficial e nos meios privados de formação de opinião pública, um pensamento estratégico direcionado à total desarticulação das normas estatais trabalhistas, com a direta ou indireta redução dos direitos e garantias laborais. Ou seja, mal e iniciara a transição democrática do Direito do Trabalho (já guardando, em si mesma, inúmeras contradições), a ela se acoplava uma proposta de desarticulação radical desse ramo jurídico especializado. Nesse quadro, a maturação do processo democratizante comprometia-se em face do assédio da proposta extremada de pura e simples desarticulação de todo o ramo jurídico protetivo. (DELGADO, 2007, p. 115)

No ano de 1989, os Estados Unidos trazem uma política (Consenso de Washington) a ser seguida pelos países periféricos, condição imposta para que lhes fosse possível um apoio dos organismos internacionais de crédito na "recuperação" de suas economias, que se encontravam extremamente endividadas com o capital financeiro central e sem perspectivas de manter o modelo de financiamento externo.

A solução encontrada foi o enfraquecimento (quebra) do Estado nacional, que deveria: (a) privatizar as empresas públicas, tidas como ineficientes ; (b) combater o deficit público; (c) não influenciar nas taxas de câmbio e de juros nacionais deixadas de acordo com o mercado internacional (política implementada pela concessão de independência dos Bancos Centrais dos países periféricos); (d) liberalizar e orientar o comércio ao exterior e (e) garantir mais firmemente o direito à propriedade privada e o retorno dos investimentos externos.

Essas medidas encontraram no Brasil grande aplicação sobretudo

na década de 90, passando o Estado a mero garantidor das inversões de capitais internacionais, sem qualquer intervenção, todavia.

A consequência foi manter a situação dependente dessa economia como fornecedora de matérias-primas essenciais e como fornecedora de mão-de-obra barata aos produtos desenvolvidos no exterior, bem como asseverar a pauperização da população.

Os intelectuais e formadores de opinião comprometidos com o capital, passam, então, a articular a derrocada do Direito do Trabalho sob o argumento e tornar o país mais competitivo. Na prática aumentou a concentração de renda e piorou-se a condição dos trabalhadores. (DELGADO, 2007, p. 115/116)

No Brasil atenta-se, ademais, que desde a sua integração ao mercado mundial, mantém um intercâmbio desigual (teoria das trocas desiguais) (MARINI, 2000, p. 113-121), que traz uma situação ímpar e consequências com relação à formação e condição dos seus trabalhadores.

Como na periferia não há um aumento da riqueza (acumulação de capital), o capitalista se vale, para poder aumentar a massa de valor produzido, de uma maior exploração do trabalhador (superexploração), por meio do aumento da carga de trabalho, manutenção dos salários em patamares reduzidos ou pela combinação destes estratégias, ou seja, exacerbando a extração da mais-valia absoluta. (MARINI, 2000, p. 122)

Como se paga mal ao trabalhador (o mínimo necessário a sua precária subsistência), ele não é incluído no mercado de consumo,

o que, conseqüentemente, não propicia o desenvolvimento de uma demanda interna, mantendo-se, assim, o modelo exportador de bens primários com todas as suas peculiaridades (o perverso ciclo: dependência, subdesenvolvimento do setor produtivo nacional e superexploração do trabalhador).

O que importa retirar disso são as consequências sociais que a superexploração do trabalho traz, em particular o estabelecimento de um abissal distanciamento entre a classe fundamental e a subalterna e um aumento progressivo do exército industrial de reserva, composto por essa última, que pressiona os trabalhadores, na contradição entre o capital e o trabalho.

Essa competição global por empregos (divisão internacional de trabalho) e a introdução de novas tecnologias implicam na extensão do desemprego entre as camadas populares, que, de maneira aberta ou disfarçada, intensifica a exploração da força de trabalho que permanece em atividade.

Essa condição é aprofundada pelas configurações políticas e econômicas empregadas por governos neoliberais, como o que ocorreu na década de 90 no Brasil, pois o desenvolvimento econômico, como acima destacado, deixou de criar postos de trabalho e há cada vez mais zonas degradadas do espaço social.

Isso está comprovado pelos dados estatísticos retirados do IBGE, em estudo realizado sobre a taxa de ocupação da população brasileira entre os anos de 1992 e 1997, que registrou queda na taxa de ocupação da população economicamente ativa e queda, por conseguinte na criação de vagas de empregos com anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social.

Além disso, retira-se, também, dos dados do IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, que o desemprego cresceu entre os anos de 1994 e 2001, levando-se em consideração a porcentagem de desempregados da população economicamente ativa, tendo como referência o mês de novembro.

Pior, neste momento de neoliberalismo, com o fim das barreiras comerciais e do protecionismo alfandegário de outrora, os países lutam para atrair grandes empresas como a única solução à criação de empregos, para isso, as conquistas trabalhistas são flexibilizadas e os salários rebaixados. Sobre a essa competição alerta GALEANO: “O poder econômico está mais monopolizado do que nunca, mas os países e as pessoas competem no que podem: vamos ver quem oferece mais em troca de menos, vamos ver quem trabalha o dobro em troca da metade.” (2002, p. 93)

O exército industrial de reserva de mão de obra atinge, assim, a escala global (nunca antes imaginável), o desemprego cresce tanto na metrópole quanto nas colônias, a exploração é acentuada e os trabalhadores lutam, em verdade, pelo ‘privilegio’ de serem explorados. Como assinala MARINI:

Com efeito, é tópico do capitalismo privilegiar a massa de trabalho não pago, independente de seus portadores reais, isto é, dos trabalhadores que a proporcionam; sua tendência natural, então, é buscar a maximização dessa massa ao menor custo que possa representar. Para isso se vale tanto do aumento da jornada laboral e da intensificação do trabalho, como, de maneira mais direta, da diminuição dos salários sem respeitar o valor real da força de trabalho. Desse modo se generaliza a todo o sistema, inclusive aos centros avançados, o que era uma marca distintiva (ainda que não privativa) da economia dependente: a superexploração generalizada do trabalho. Sua consequência (que era sua causa) é a de fazer crescer a massa de trabalhadores excedente e agudizar sua pauperização, no momento mesmo em que o desenvolvimento das

forças produtivas abre perspectivas ilimitadas de bem-estar material e espiritual para os povos. (2000, p. 29)

Dessa forma, apesar das inovações legislativas, do progresso constitucionalista e internacional do Direito do Trabalho, na prática, a década de 90 foi tomada pelo franco e aberto ataque, da mídia, dos empresários e do governo federal de então, à classe trabalhadora, sob a justificativa, em uma leitura sob a ótica da economia clássica, tal qual a do austríaco Joseph Alois Shumpeter, de que o pagamento da mão de obra é apenas um custo ao capital e retira do empresariado e do país, assim, competitividade.

Nesse período o Tribunal Superior do Trabalho, por exemplo, foi obrigado a editar e reformular sua Súmula nº 331, para impedir que os empresários lançassem mão de um expediente atentatório às garantias dos trabalhadores, a terceirização. Tendo o Tribunal de defesa da Lei Trabalhista fixado limites a essa prática, chamando, ainda, à responsabilidade dos destinatários do trabalho.

Mesmo assim, esvaziava-se a importância da Justiça do Trabalho, chamada pelos intelectuais da classe dominante, como desprestígio, da Justiça da hora extra.

De qualquer forma, a década de 90 foi um túnel escuro e sombrio à classe trabalhadora, que, ao final, em resposta apoteótica elegeu um torneiro mecânico, sindicalista e representante da classe subalterna como seu Presidente da República.

DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL: VIRADA TRABALHISTA

O Brasil é signatário e ratificou ao longo de todo século XX, quase uma centena de Convenções da Organização Internacional do Trabalho, o progresso dogmático do Direito do Trabalho é inegável, sempre em consonância com a proteção humanitária dos trabalhadores, alcançando, hoje, nos fóruns internacionais expressão mais avançada na preocupação com a saúde, qualidade de vida e qualidade do meio ambiente do trabalho.

É inegável o avanço, entretanto o homem (trabalhador) ainda não é o primeiro valor dentro de uma empresa, dentro do mercado capitalista. O conceito de alienação empregado na economia de lastro marxista refere-se ao afastamento do trabalhador de participação real no trabalho que realiza, pois são vistos somente como engrenagens substituíveis e descartáveis.

Um dos avanços jurídicos institucionais mais marcantes ocorreu no ano de 1992, na Conferência das Nações Unidas do Rio de Janeiro, quando se declarou como princípio o combate à miséria, à pobreza e à disparidade entre os indivíduos.

Esse combate se dá, por meio do Estado, principalmente, através da redução da informalidade, do combate à superexploração dos trabalhadores, ao aumento dos salários e do reforço de políticas de proteção aos trabalhadores para evitar ciclos de pobreza que, como destacado, servem para atacar toda a classe trabalhadora, que chantageada negligencia a luta pelos próprios direitos.

Esse combate se dá, por meio do Estado, se e somente se a classe trabalhadora, por meio de seus intelectuais vinculados e de suas organizações comprometidas consigo trouxerem à pauta as reivindicações de forma constante, incansável e progressiva.

Pois bem, mais recentemente, o Direito do Trabalho foi erigido como direito humano fundamental, devendo todos os Estados promoverem condições adequadas de proteção e guarda à saúde dos trabalhadores.

Nada obstante, a retórica avança a passos largos, as ações não, pois o capital tolhe os direitos, tendo como sua única função a sua reprodução, seu acúmulo, seu incremento.

A par disso, há sistemáticos ataques do capital, através de diversas estratégias, como não assinatura das carteiras de trabalho, pagamento de salário “por fora”, terceirização, “pejotização” (contrata-se o trabalhador como se fosse uma pessoa jurídica), flexibilização, e, principalmente pelas doenças e acidentes de trabalho, como destacou em recente entrevista o professor Ruy Braga, que destacou uma certa virada no início do século XXI:

Temos, assim, um manto bastante saliente, notável, do setor precarizado da classe trabalhadora. Viu-se um aumento da informalização, seguido de aumento do desemprego, da exploração, das formas de contrato por tempo determinado, enfim, essas formas não canônicas de contratação - a despeito de a década de 2000 representar certa guinada em algumas tendências, em especial, notavelmente, da informalização, já que esta década foi de maior formalização do trabalho. Apesar disso, o aumento da formalização foi acompanhado do aumento das taxas de volatilidade do trabalho, de flexibilização, da precarização, da terceirização e, consequentemente, do aumento daquele que é o aspecto mais visível da deterioração das condições reais de consumo da força de trabalho, isto é, o aumento dos acidentes e mortes no trabalho.” (BRAGA, 2012)

Nessa primeira década do século XXI cresce, aqui no Brasil, os empregos de imigrantes latino-americanos, africanos e asiáticos ilegais, que são submetidos à escravidão, sem qualquer direito

trabalhista, em especial tem-se o exemplo dos bolivianos que atuam na indústria de confecção em São Paulo.

Todos essas estratégias do capital devem ser combatidos de forma veemente pelo Poder Judiciário, que, nesse início de século passou a uma posição de destaque e protagonismo nunca antes alcançado.

Sobre isso, é importante ressaltar o avanço empreendido por duas Emendas Constitucionais que mudaram radicalmente a qualidade, o prestígio e a possibilidade de defesa de direitos dos trabalhadores pela Justiça do Trabalho: EC nº 24/1999 e EC nº 45/2004.

A primeira garantiu que somente quadros técnicos especializados, recrutados segundo o princípio da impessoalidade, deixando ao encargo apenas dos magistrados de carreira as decisões sobre as demandas envolvendo direitos trabalhistas, expurgando a magistratura classista, tão variável, disforme e despreparada, na maioria das vezes, escolhida por critérios meramente políticos corporativos.

Essa mudança, como dito, deu prestígio à Justiça do Trabalho, agora representada em suas decisões apenas por corpo técnico altamente qualificado dos juízes federais, preparado e capacitado para decisões complexas e protetores, assim, com galhardia, do ordenamento jurídico com mais sofisticação e principiologia.

Assoma-se a isso, as inovações do processo coletivo, pós-constituente, que incentivaram demandas de proteção global da sociedade, somente exercidas com eficiência por juízes preparados para questões complexas.

A segunda mudança, mais recente, dilargou a competência da Justiça do Trabalho e trouxe novas possibilidades aos trabalhadores protegidos, ou não, pela Consolidação das Leis Trabalhistas. Nisso, deu-se força aos juízes especialistas para discutirem toda a matéria referente às relações de trabalho.

O resultado dessas duas medidas, em conjunto com outras de estruturação e aumento de produtividade trouxeram a Justiça do Trabalho ao patamar de garante de direitos humanos dos trabalhadores, motor do desenvolvimento nacional e freio aos abusos do capital frente aos trabalhadores.

Como resultado disso, basta observar que, no ano de 2012, a Justiça especializada reverteu em favor dos trabalhadores mais de R\$ 18 bilhões, número 51% maior do que no ano de 2008 e 19% maior do que no ano de 2011.

Nesse aspecto particular o avanço é crescente e, no campo dogmático, irreversível, tendo em vista o princípio da não retroatividade das conquistas sociais e serem os direitos humanos, agora, cláusula pétrea da Constituição da República.

Além disso, em um parágrafo, discussão que merece aprofundamento, discussão e monografia de conceituados juristas, é o fato de as convenções aprovadas pelo Congresso Nacional, em votação qualificada, serem tidas, agora, como emendas constitucionais e cláusulas pétreas no Direito brasileiro, conforme EC 45/2004.

Além desse avanço dogmático, o progresso da classe trabalhadora se deu de forma geral pela "guinada trabalhista", se isso se pode

dizer, com a proteção à classe trabalhadora dada pelos novos pelos novos governantes, liderados pelo Partido dos Trabalhadores.

Esses dados são revelados pelo crescimento de trabalhadores empregados com carteira assinada entre os anos de 2003 e 2012, quando houve um aumento de 53% e um aumento de 24%, no mesmo período, de pessoas ocupadas.

Também, políticas públicas de renda mínima por um lado garantem a retirada de muitos trabalhadores da penúria extrema e de outro pressiona o capital a aumentar a remuneração mínima paga aos trabalhadores.

Nesse período, ampliou-se o número de vagas nas universidades públicas e privadas e criaram-se 214 escolas técnicas em municípios de porte médio, que elevará a qualificação profissional e os rendimentos dos trabalhadores a médio e longo prazo, além de dificultar políticas de exploração e quebra de direitos individuais trabalhistas.

Nos últimos anos, de forma complementar, houve a aprovação de medidas legislativas que ampliaram os direitos de segmentos da classe trabalhadora como a Emenda Constitucional que desenvolveu os direitos trabalhistas dos trabalhadores domésticos e a lei que previu restrições à carga horária de motoristas profissionais.

Ambas as leis foram, em um primeiro momento, condenadas até pela grande mídia, que afirmava haver a possibilidade de desemprego. Para ilustrar esse debate que se dá dentro do Estado brasileiro, demonstrando a luta de classes, traz-se à baila uma outra disputa entre o capital e os trabalhadores em relação à

multa de 10% sobre o FGTS em caso de dispensa sem justa causa, que deverá ser paga pelos capitalistas.

Trata-se do projeto de Lei Complementar nº 200 de 2012, que previa a extinção da multa de 10% paga pelos empregadores sobre o saldo do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

Em um primeiro momento, a multa foi extinta pelo Congresso Nacional, medida aplaudida sob os auspícios que traria ao país competitividade e daria ao empresariado mais dinamismo. Entretanto, houve um veto presidencial, ao que a mídia corporativa deu grande ênfase, ao publicar a opinião de empresários:

Reação - Entidades empresariais criticaram ontem a manutenção da multa adicional de 10% do FGTS paga por empregadores em casos de demissões por justa causa. Para a Associação Brasileira da Indústria Elétrica e Eletrônica (Abinee), a manutenção do adicional ao FGTS prejudica a competitividade das empresas.

Segundo o presidente da entidade, Humberto Barbato, a decisão da presidente demonstra "insensibilidade em relação à situação da indústria". Ele diz esperar que o Congresso rejeite o veto da presidente. O veto integral da presidente Dilma Rousseff ao Projeto de Lei Complementar 200, que acabava com a multa adicional de 10% do FGTS, paga pelas empresas nos casos de demissões sem justa causa, foi mal recebido pelo comércio varejista. "um absurdo", resumiu o presidente da Confederação Nacional de Dirigentes Lojistas (CNDL), Roque Pellizzaro Junior.

Redução de custos - Ele salientou que o mecanismo, criado para ser temporário, já durou mais tempo do que o previsto. "E quando o Congresso derrubou já muito depois do prazo, o governo vai e veta", afirmou. Para Pellizzaro, o fim dessa multa adicional poderia representar a redução de custos e também a flexibilização dos processos trabalhistas. "Até porque, o dinheiro vai para o Tesouro e não para as pessoas", comentou.

A proposta, se fosse sancionada, retiraria R\$ 3 bilhões anuais dos cofres da União. "O Tesouro tem que fazer economia de verdade. Essa é uma vergonha nacional, pois o Brasil inteiro está pedindo desoneração, redução de custos e permanece uma coisa que já era para ter sido finalizada", considerou.

A Federação do Comércio do Estado de São Paulo (FecomércioSP) disse que reprovava a decisão da presidente Dilma Rousseff de vetar o projeto. "O setor empresarial pagou uma conta que não lhe pertencia e, já quitada, não tem mais finalidade". Segundo a entidade, o veto "só mantém a alta conta dos encargos sociais sobre o trabalho, indo na contramão dos esforços do governo para desonerar a folha de pagamento".

Esses são os intelectuais da classe dominante, que, em conjunto com seus representantes nas esferas do Estado lutam, em várias frentes para aumentar o poder de acumulação do capital em face da classe trabalhadora.

De outro vértice, em oposição, os sindicatos atuaram em seu papel de defesa dos interesses da classe trabalhadora e assinaram em conjunto uma manifestação, apelo atendido pelo Congresso Nacional, que manteve o veto presidencial.

Atitude aplaudida pelos sindicatos e centrais sindicais, que, nessa pequena batalha, levaram alguma vantagem. Para ilustrar, vale trazer um artigo de um jornalista marginal, que bem desenhou o conflito:

Em votação realizada na noite dessa terça-feira (17), o Congresso Nacional decidiu manter os vetos da presidente Dilma Rousseff a sete projetos aprovados no Legislativo. O mais polêmico deles tratava da multa de 10% paga pelas empresas ao FGTS em demissões sem justa causa. O lobby patronal foi brutal pela extinção da contribuição. Contou, como sempre, com a ajuda da mídia privada. Nos últimos dias, vários editoriais e reportagens exigiram o fim imediato da multa. Apesar desta pressão, o veto foi mantido pela maioria dos senadores e deputados, que também se comprometeram a aprovar projeto do governo que vincula os recursos da multa ao programa Minha Casa, Minha Vida. Diante da pressão dos empresários (que financiam campanhas eleitorais) e do terrorismo da mídia, o governo intensificou as

articulações para evitar traições. Segundo a frustrada Folha, "a ministra Ideli Salvatti (das Relações Institucionais) chegou a despachar do Congresso e visitou aliados para ouvir as demandas e cobrar a manutenção do veto... A pressão para a extinção da multa era reivindicação do empresariado". No outro extremo, o sindicalismo atuou de forma organizada e unitária para garantir a manutenção da multa.

Disso se pode extrair que o Direito do Trabalho subjaz à luta de classes, esta ligado, faz parte dela, é produto dela, compõe a contradição, une e separa o capital e o trabalho, limita, conforma e resiste. É campo da luta de classes, onde o trabalhador encontra proteção, limite e rendição, ao mesmo tempo.

Por essa via, o Direito do Trabalho que se expande dogmaticamente, assim como sua estrutura político-jurídica (Ministério do Trabalho, Poder Judiciário, Sindicatos, Legislação), fica em grande medida condicionado, na sociedade capitalista, à própria estruturação da economia de mercado.

Ou seja, acaso se estabeleça uma crise econômica e houver um grande crescimento no exército de mão de obra de reserva (desempregados), há uma pressão crescente, um grilhão verdadeiramente, sobre a classe trabalhadora, que será submetida a condições piores de trabalho.

Desta feita, o futuro do Direito do Trabalho está ligado à manutenção da sociedade dividida, do trabalho assalariado e de certa estabilidade nas relações capitalistas.

É necessário, mantidas essas condições, que os trabalhadores prestigiem a atuação dos sindicatos, fazendo parte ativa da representação e que exijam o cumprimento da lei, a ampliação de direitos, a redução da jornada de trabalho, o aumento de

remuneração, de segurança, de contra partida, a participação nos lucros e desígnios do capital.

Porquanto, no que se refere à estruturação jurídico estatal do Direito do Trabalho há um avanço significativo e constante na colocação de novos direitos e perspectivas, sempre em proteção aos trabalhadores.

REFORMA TRABALHISTA.

A lei 13.467/2017, chamada Reforma Trabalhista, em que pese trazer avanços ao Direito do Trabalho, gerou no aspecto processual disposições processuais classificadas pelo professor Manoel Antônio Teixeira Filho (2017, p. 9) como tímidas, ou prejudiciais, ou tumultuantes e também razoáveis.

Todavia, sem adentrar no mérito de todas as discussões há uma que merece atenção a assistência judiciária gratuita.

Isto porque a literalidade do art. 791-A da CLT, dispositivo inserido pela Lei 13.467/2017 é nociva ao princípio da igualdade e é razão já de análise detalhada do STF na ADI 5766. Resume-se se é devido o pagamento de honorários sucumbenciais pelo beneficiário de assistência judiciária gratuita.

Em relação à aplicação do art. 791-A, § 4º), a expressão **“desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa”** é inconstitucional.

A inconstitucionalidade é pronunciada porque o dispositivo

indicado vulnera o fundamento insculpido no art. 1º, II, III e IV, bem como o disposto no art. 5º, caput (ao tratar sobre o princípio da isonomia/igualdade substancial) e incisos XXXV (acesso da justiça), LV (contraditório e ampla defesa, com os meios a ela inerentes, assegurados aos litigantes) e LXXIV (assistência jurídica integral prestada pelo Estado aos que comprovarem insuficiência de recursos).

A questão, como dito, é objeto do E. STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.766/DF proposta pela Procuradoria-Geral da República.

Há no caso inconstitucionalidade material porque o § 4º do Art. 791-A da CLT, por sua redação retira créditos trabalhistas de trabalhador hipossuficiente (quem pela definição legal recebe cerca de pouco mais ou menos de R\$ 2.300,00 mensais) ao pagamento de honorários de sucumbência.

Em que pese o argumento válido de que os litigantes devem agir com responsabilidade, é bem certo porém que a desigualdade de forças entre os litigantes na esfera trabalhista, notadamente quando trabalhadores hipossuficientes, é enorme.

Além disso, a litigância temerária é obstaculizada pelas penas de litigância de má-fé, quando as partes, mesmo que beneficiárias de assistência judiciária gratuita, devem ser punidas.

Todavia, impor a perda de todo o crédito devido ao trabalhador porque sucumbiu parcialmente é retirar, na prática, todos os direitos dos trabalhadores que não buscarão o imprescindível Judiciário Especializado e deixarão de exigir seus direitos.

Isto porque, em eventual entendimento judicial sobre algum tema, em eventual nova tese jurisprudencial, as horas trabalhadas e não pagas, a insalubridade não paga, o acidente de trabalho, passarão os créditos do hipossuficiente à sucumbência.

Por esse prisma, os direitos dos trabalhadores insculpidos em Tratados Internacionais, no art. 7º da CRFB e na CLT não passarão de letras inefetivas em um pedaço de papel como advertiu Ferdinand Lassale.

É notório que no Brasil não há estrutura estatal para fiscalizar as atividades empresárias no âmbito dos direitos dos trabalhadores e é notório também que a Justiça do Trabalho transformou a realidade brasileira, punindo a precarização da vida do trabalhador e estabelecendo equilíbrio entre capital e trabalho.

Por outro lado, apenas para argumentar, é certo que no Brasil há racismo tanto que a Suprema Corte, verdadeiro farol da democracia, reconheceu ser necessário tratamento desigual para findar a desigualdade na ADC 41, quando julgou constitucional a Lei de Cotas.

É certo também que o Brasil é misógino e o STF também se manifestou favorável a uma lei formalmente desigual para que o princípio da isonomia fosse materialmente concretizado no país, cita-se a ADI 4424 e ADC 19, que declararam constitucionais as disposições da Lei Maria da Penha.

Pois bem, os trabalhadores, de igual forma, encontram-se em muitas oportunidades precarizados em suas relações de trabalho, há uma condição material de desigualdade que necessita, para que haja justiça, de um equilíbrio.

Esse equilíbrio buscado pela Justiça Trabalhista ao longo de sua história, foi rompido com algumas disposições da reforma trabalhista, em especial por exigir o desconto sobre verbas trabalhistas/alimentares recebidas em demandas judiciais se houver sucumbência do trabalhador hipossuficiente.

Por certo a Reforma Trabalhista é positiva em muitos aspectos e as denominadas aventuras jurídicas devem ser combatidas, todavia, medidas draconianas impostas ao litigante hipossuficiente ceifarão o direito material.

Importa à reflexão colacionar parte do voto do Min. Edson Fachin na ADI 5766/DF acerca da importância da Justiça Gratuita e inconstitucionalidade dos dispositivos em comento:

“A restrição, no âmbito trabalhista, das situações em que o trabalhador terá acesso aos benefícios da gratuidade da justiça, pode conter em si a aniquilação do único caminho de que dispõem esses cidadãos para verem garantidos seus direitos sociais trabalhistas.”

Adiante em seu voto, segue o Ministro:

“Ainda que sejam consideradas adequadas, necessárias e razoáveis as restrições impostas ao âmbito de proteção dos direitos fundamentais à gratuidade e acesso à Justiça pelo legislador ordinário, duvidosa apresenta-se a sua constitucionalidade em concreto, ou seja, aquela aferida diante das diversas e possíveis situações da realidade, em que se vislumbra a consequência de esvaziamento do interesse dos trabalhadores, que na condição de hipossuficientes econômicos, não terão como demandar na Justiça Trabalhista, em virtude do receio de que suas demandas, ainda que vencedoras, retornem-lhes muito pouco do valor econômico efetivamente perseguido e, eventualmente, devido.”

Dessa forma, a manutenção deste entendimento do Min. Fachin

certamente não servirá para reestabelecer responsabilidade nos litígios na Justiça Especializada, mas imporá o fim mesmo desta Justiça civilizadora e fundamental aos trabalhadores.

Destaque-se que o discurso da responsabilidade ao litigar é importante também na Justiça Comum Estadual e Federal e mesmo lá a jurisdição é totalmente gratuita nas causas dos Juizados Especiais e quando o cidadão é considerado hipossuficiente nas ações comuns ordinárias a gratuidade aplicada conforme art. 98 do CPC prevê que as custas e honorários de sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade até que se comprove que o vencido sucumbente alterou sua condição financeira (§ 5º).

Ou seja as regras para acesso à Justiça do Trabalho são mais severas do que aquelas previstas na Justiça Comum.

Vale nota, também, que as verbas trabalhistas pleiteadas na Justiça Especializada tem o caráter de verbas alimentares e são impenhoráveis a teor do art. 833, IV, do CPC, pelo menos até o valor de 50 salários-mínimos.

Nada obstante, respeitar a literalidade do § 4º do art. 791-A da CLT, ofende, além disso, o art. 24 e 25 da Convenção Americana dos Direitos Humanos, incorporado ao Direito pátrio pelo Decreto nº 678/1992, que possui status de emenda Constitucional porque é norma de Direitos Humanos, ex vi, art. 5º, §§ 2º e 3º da Constituição Federal, ou, minimamente, tem hierarquia supralegal pelo seu conteúdo.

Neste caso específico, Excelentíssimos Ministros, os trabalhadores hipossuficientes que demandam na Justiça

Especializada são tratados de forma anti-isonômica em relação ao hipossuficiente na Justiça Comum, fato que é vedado pelo pacto de São José da Costa Rica e pela CRFB (caput do art. 5º).

Requer, assim, que seja afastada a aplicação do art. 791-A, parágrafo 4º da CLT, por violar a Constituição da República e ser regra que viola o princípio da igualdade, do acesso à justiça, da gratuidade da justiça, contraditório e ampla defesa.

CONCLUSÃO

Ao longo do artigo viu-se que o desenvolvimento do Direito do Trabalho está condicionado e adstrito às relações materiais de produção. Trata-se de um ramo especializado do direito que tem uma simbiose ímpar com as condições macro e microeconômicas de uma sociedade.

Desta feita, tentou-se demonstrar que é um campo de batalha da luta de classes, produto da dicotomia entre capital e trabalho, necessário a ambos, pois regra mediadora.

De sua gênese até o Século XXI acompanhou-se grande evolução dogmática, tendo, recentemente reconhecido status de direito humano fundamental, a ser defendido, aqui, por uma Justiça do Trabalho mais robusta, especializada e prestigiada.

Além disso, viu-se que, apesar dos avanços, os direitos dos trabalhadores devem sair do papel para serem concretizados, isto se dá através da fiscalização do Estado e da regular anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social e do respeito dos empresários aos regimentos de proteção dos trabalhadores.

Artigo 09

HISTÓRIA DO DIREITO – ANÁLISE DO ESTATUTO EPISTEMOLÓGICO



Dreone Mendes

Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento e Sociedade da Uniarp.



Rubens Luis Freiburger

Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento e Sociedade da Uniarp.



Adelcio Machado dos Santos

Doutor em Engenharia e Gestão do Conhecimento (UFSC). Pós-Doutor (UFSC).
Docente, pesquisador e orientador no Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento e Sociedade da (Uniarp).
Advogado (OAB/SC nº 4912)



Uniarp 50



fapesc

Resumo

A História do Direito consiste na disciplina responsável pelo estudo das fontes externas do Direito, ou seja, como ele nasce, evolui e se transforma para finalmente chegar ao presente. Atualmente, examinar e problematizar as relações entre História e Direito reveste-se da maior importância, especialmente quando se tem em conta a percepção da normatividade extraída de um determinado contexto histórico definido como experiência pretérita que conscientiza e liberta o presente. O início da história do direito remonta à época em que os homens passaram a viver em grupos organizados, dando origem à formação de comunidades, sendo que a partir daí sentiram eles a necessidade de disciplinar a sua própria conduta, traçando normas de respeito

Introdução

A história compreende a narração dos fatos jurídicos importantes, possibilitando a retratação do suceder da humanidade através dos tempos, afirmam Pinheiro e Bekhor (1997). É a experiência atual do presente que conduz à busca histórica. O fazer historiográfico sempre parte do presente, as perguntas e inquietudes são levantadas no tempo atual e as respostas são buscadas no passado.

Em outras palavras, o historiador parte de questionamentos do presente, atribuindo importância aos fatos do passado, em busca da comprovação dos mesmos por meio de evidências a serem investigadas em fontes documentais oficiais e não oficiais. As fontes são submetidas a análises críticas para verificar a originalidade do documento.

Destarte, se o historiador se limita a narrar uma história, pura e

de disciplinar a sua própria conduta, traçando normas de respeito aos direitos de cada um. O estudo da História do Direito resulta na utilidade jurídica para a compreensão da origem do ordenamento jurídico e sua ligação com os institutos do passado, no qual o direito atual tem sua origem. É praticamente impossível desvincular o estudo do direito de suas origens, pois a compreensão completa de uma legislação exige o conhecimento da história de sua formação.

Palavras-chave: Direito; história; formações jurídicas.

simplesmente, ainda que por forma artística não será uma ciência. Senão um gênero literário. Entretanto, a partir do momento em que ele desenvolve uma análise científica dos feitos passados, pesquisando as suas causas e suas projeções no futuro, não se poderá deixar de reconhecer que ela assume a posição de uma ciência jurídica (PINHEIRO E BEKHOR, 1997).

A história pode ser entendida como uma ciência não no sentido de uma ciência de laboratório que segue rígidos métodos experimentais, mas como uma investigação crítica acerca dos fatos históricos, que exigem do historiador a perspicácia racional para identificação das verdades históricas. O historiador questiona uma noção de tempo, já que o conjunto dos agentes históricos existe em múltiplos ritmos temporais; indaga-se sobre o sujeito ou sujeitos responsáveis pelo movimento histórico; incorpora-se outras experiências e nelas se testa a pertinência de conceitos e

categorias teóricas (MALUF, 1995).

DESENVOLVIMENTO

Destarte, é possível verificar que a história não se constrói somente com base nos acontecimentos oficialmente registrados, pois há uma série de documentos que não são inocentes, mas constituem vestígios que necessitam ser analisados. A história puramente científica exclui muitos fatos, por não estarem dentro do rigor científico. Há um conjunto de agentes históricos variados que seguem diferentes ritmos temporais e divergem quanto à percepção de tempo.

O estudo histórico permitiu construir uma concepção das sociedades humanas como estruturas globais, historicamente específicas, totalidades organizadas complexas, mas cognoscíveis, sujeitas à regularidades e determinações. O historiador realiza constantes recortes nos acontecimentos passados, visto que é impossível tomar conhecimento de todos os fatos e do modo exato como ocorreram no passado.

Destarte, Cardoso (1981) sustenta que a história é um processo de seleção que se realiza atendendo-se à relevância histórica. Assim, como o historiador seleciona do oceano infinito dos dados os que têm importância para o seu propósito, assim, também extrai da multiplicidade das seqüências de causa e efeito somente as historicamente significativas.

O padrão pelo qual rege a relevância histórica é sua capacidade de fazer com que se encaixem no seu quadro racional de explicação e interpretação.

As demais seqüências de causa e efeito devem ser recusadas como algo acidental, não porque seja distinta a relação de causa e efeito, e sim porque a própria seqüência é irrelevante. O historiador nada pode realizar com ela, pois não é redutível a uma interpretação racional, carece de significado tanto para o passado quanto para o presente (CARDOSO, 1981).

Dessarte, como as mais diferentes instituições sociais, documentos, fontes, vestígios, a evolução do direito também sempre foi objeto de análises históricas. Para Pinheiro e Bekhor (1997), desvincular o estudo do Direito de suas origens parece ser quase impossível. Para se conhecer bem uma legislação, é necessário ter conhecimento de sua história. Há uma sucessão de fatos no evoluir da história que se entrelaçam e se completam, dando origem ao sistema contemporâneo do Direito.

Conforme Pinheiro e Bekhor (1997), a História do Direito, como uma área específica dentro da história, é aquela que cuida do estudo das fontes externas do Direito, isto é: como ele nasce, evolui e se transforma para finalmente chegar ao presente.

A História do Direito pode ser dividida em interna e externa. A história interna que ocupa um campo específico do direito, compreende um estudo material das instituições públicas e privadas, enquanto a história externa é formal, extrínseca e responsável por examinar as fontes do Direito, ou seja, a maneira como surgem as normas jurídicas.

A História do Direito se relaciona com todas as disciplinas que dizem respeito às fontes da história geral, como a Psicologia, a Linguística, a Biologia Humana, a Geografia Social, entre outras. Ela também pode ser dividida em História Geral e Especial do Direito.

A primeira trata do Direito como um todo, estudando a evolução das idéias e formas jurídicas através dos tempos. Já a segunda cuida do direito, sob um único ângulo ou de um só ramo do direito, como a História das Instituições Políticas, do Direito Penal, do Direito Civil, etc. (PINHEIRO E BEKHOR, 1997).

A História do Direito não é constituída simplesmente de uma mera narração de fatos jurídicos, pois ela não se pode limitar a este aspecto. Esse ramo da história necessita buscar o conhecimento científico das causas geradoras da norma, do ambiente em que foi gerada, do sentido humano que a sustentou através dos tempos.

De acordo com Wolkmer (2003), examinar e problematizar as relações entre História e Direito reveste-se hoje da maior importância, principalmente quando se tem em conta a percepção da normatividade extraída de um determinado contexto histórico, definido como experiência pretérita que conscientiza e liberta o presente.

Obviamente, tal preocupação está dissociada de uma historicidade do jurídico, delineada por toda uma tradição teórico-empírica assentada em proposições revestidas pela força da continuidade, da previsibilidade, do formalismo e da linearidade.

Porém, para alcançar nova leitura histórica do fenômeno jurídico, enquanto expressão de idéias, pensamento e instituições, é necessário apurar a distinção das especificidades inerentes a cada campo científico do que seja História, do que seja Direito, bem como o sentido e a função de uma interpretação que se reveste do viés tradicional ou crítico.

Na trajetória da cultura jurídica moderna há consenso de que áreas de investigação, como História do Direito, História das Instituições Jurídicas e História das Idéias ou do Pensamento Jurídico, estão todas identificadas, ora com um saber formalista, abstrato e erudito, ora com uma verdade extraída de grandes textos legislativos, interpretações exegéticas de magistrados, formulações herméticas de jusfilósofos e institutos arcaicos e burocratizados (WOLKMER, 2003).

Entretanto, conforme Wolkmer (2003), essa longa tradição foi interrompida nas últimas duas décadas por um renovado interesse de natureza crítico-ideológica por questões metodológicas sobre a História do Direito. Essa mudança de visão reflete também o esgotamento de determinado tipo de historiografia jurídica que tem por base os valores liberal-individualistas.

Essa retomada do viés historicista sobre as idéias ou as instituições jurídicas procura superar a profunda crise que se abateu sobre esse campo de pesquisa. A pouca relevância da disciplina não se deve à falta de especialistas ou aficionados, mas muito mais em função de uma crise motivada por sua falta de significado e pela dificuldade de encontrar uma função que realmente justifique sua existência, defende Wolkmer (2003).

Uma análise atenta sobre os motivos do esgotamento da História do Direito realça o fato de que a historiografia jurídica da modernidade, formada em grande parte por princípios e valores liberal-burgueses, desempenha dois objetivos muito claros. O primeiro deles refere-se à relativização e, conseqüentemente, desvalorização da ordem social e jurídica pré-burguesa, apresentando-a como fundada na irracionalidade, no preconceito e na injustiça.

O segundo objetivo diz respeito à realização da apologia da luta da burguesia contra essa ordem ilegítima e a favor da construção de um Direito e de uma sociedade ‘naturais’, e harmônicos, ou seja, libertos da arbitrariedade e historicidade anteriores.

A crítica burguesa realizada contra o antigo Direito e as organizações político-feudais gerou efeitos e foi eficaz num primeiro momento histórico, porém acabou perdendo significado com a edificação da ordem e da hegemonia liberal-individualista.

Deste modo, a missão da historiografia tornou-se mecanismo de endeusamento da ordem jurídica, política e social do modo de produção capitalista, na medida em que o espaço institucionalizado passa a ser coberto por um universo ideológico apresentado como uma situação natural e independente do devir histórico. Daí resulta o fato de a historiografia jurídica, dependente dos textos legais e da exegese de seus maiores destaques, orientar-se, ao mesmo tempo, rumo a um formalismo técnico-dogmático ou a uma antiquada erudição da vida social (WOLKMER, 2003).

Desta maneira, alguns juristas-historiadores declinaram para uma narrativa conservadora e dogmática que objetivava a justificação da ordem social e jurídica vigente, tentando provar que ela mergulhava na tradição, no espírito nacional, ou que resultava num lento progresso do ‘espírito humano.’ Essa postura desenvolvida pelos juristas historiadores negligenciava toda e qualquer explicação do Direito por um processo dinâmico, inserido no contexto de conflitos e tensões sociais.

De acordo com Wolkmer (2003), outra tendência dos operadores do legalismo, no meio acadêmico, era a não consideração de uma

historicidade das instituições que possibilitasse, na formação dos juristas, a prática de condutas eficazes e legitimamente identificadas com os problemas da sociedade.

Segundo Hespanha (apud WOLKMER, 2003), com isso, favorecia-se a oficialização de uma historiografia erudita e passadista que tendia a refugiar-se nas épocas historiográficas mais remotas e em discussões meramente teórico-acadêmicas de cunho idealista/abstrato.

O problema crítico do conhecimento histórico é deixado de lado pelo surto do historicismo tradicional, ocultando-se no suposto mito da neutralidade do saber e da universalidade dos princípios da ciência positivista, expressão da fase concorrencial do sistema capitalista. Assim, a construção do conhecimento histórico acerca do direito ordena-se por uma perspectiva linear, estática e conservadora.

Essa maneira estática do fazer histórico forja um conhecimento histórico-elitista, fundamentado na construção mútua da neutralidade da cultura e dos intelectuais, transformados numa espécie de instância arbitral colocada acima dos conflitos de classe.

Na medida em que a historiografia tradicional (liberal-burguesa) passa a ser simples disciplina de justificação da ordem legal imperante e da acumulação de conhecimentos para a chamada “cultura superior”, sem fins úteis para com a realidade, a História do Direito perde sua significação e entra em constante descrédito, constituindo-se num campo do saber de pouca utilidade, acabando seus pressupostos por sucumbir numa crise de eficácia.

As profundas transformações epistemológicas nas ciências humanas, os novos interesses, a insurgência de conflitos sociais e as recentes transformações por que vêm passando as formas de vida contemporânea determinam uma renovação metodológica nos estudos históricos das instituições jurídicas e políticas, sustenta Wolkmer (2003).

Destarte, é necessário redefinir, na historicidade da crise, os novos marcos teórico-metodológicos que possibilitam alcançar novo paradigma, envolvendo modalidades alternativas de interpretação, pesquisa e investigação histórica. Não mais uma historicidade linear, elitista e acumulativa, porém problematizante e transformadora.

IMPORTÂNCIA DA DISCIPLINA DE HISTÓRIA DO DIREITO

É praticamente impossível desvincular o estudo do Direito de suas origens, visto que a compreensão completa de uma legislação exige o conhecimento da história de sua formação. O estudo da História do Direito evidencia o que ele foi no passado e o caminho que percorreu para chegar ao Direito contemporâneo.

Tem-se assim que a importância da disciplina de História do Direito no ensino deve-se a essa dependência que o direito atual possui em relação ao passado, pois o direito de hoje não é algo novo, mas pelo contrário resulta da atuação de forças no passado. O que hoje vigora brotou dos germes existentes no passado. Conforme ressaltam Pinheiro e Bekhor (1997), o direito não se inventa, pois é um produto lento da evolução, adaptado ao meio. Não há a possibilidade de se fazerem leis inteiramente novas.

As normas vigentes na sociedade contemporânea constituem sempre uma reprodução, com ou sem modificações de preceitos preexistentes. No entanto, é importante ressaltar que ao se falar em reprodução do que já existe, não se está afirmando a impossibilidade de se fazer uma lei inédita.

Essa colocação é efetuada tomando-se o direito positivo atual como um todo, um Código, uma Constituição, etc. e não uma eventual lei disciplinando um assunto isolado, visto que esta poderia ser inteiramente nova, mesmo porque, sabe-se, o direito acompanha a evolução da sociedade e os progressos científicos e tecnológicos. Desta forma, hoje se pode falar em um direito à imagem, direito espacial, por exemplo, ambos desconhecidos na Antigüidade (PINHEIRO E BEKHOR, 1997).

Assim, é de suma importância conhecer o passado, pois o direito vigente na atualidade constitui um desdobramento do passado. Só é possível compreender o presente com base no estudo da origem do direito no passado. Neste sentido, Tylor (apud PINHEIRO E BEKHOR, 1997) acrescenta que não parece existir um pensamento humano tão primitivo a ponto de ter perdido sua influência sobre nosso próprio pensamento, nem tão antigo a ponto de ter interrompido sua ligação com a vida atual.

Também Nascimento (1981), defende que não se pode desvincular o Direito de suas origens quando se pretende compreendê-lo melhor no contexto das sociedades dos dias atuais. Além disso, a evolução do Direito não constitui uma sucessão de criações e aniquilamentos, visto que há no Direito algo de constante e de estável que resiste a todas as mutações e que, aliás, dá nexos à atividade do homem legislador.

O Direito, como um dos elementos que integram a sociedade em sua ação dinâmica, está sujeito a influências que, inexoravelmente, o modificam e até o transfiguram, mas nele também se distinguem os resíduos ou sinais de suas origens. Desta maneira, pode-se reafirmar a utilidade da História do Direito para o estudo da ciência jurídica.

É através da História do Direito que se estabelece os pontos de contato entre as antigas e as modernas instituições jurídicas. Conforme Beviláqua (apud NASCIMENTO, 1981), se o historiador jurídico pode reatar os elos principais da evolução do Direito, acompanhando as pegadas que ela foi gravando por meio da história, dos costumes e das instituições, é porque os estádios sucessivos se prendem uns aos outros, procedem os mais recentes dos mais remotos. É assim, pois, que se cria melhores condições e maiores facilidades para o exame e compreensão dessas mesmas instituições em seu estado atual.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo da História do Direito resulta no despertar do interesse histórico, bem como na utilidade jurídica para a compreensão da origem do ordenamento jurídico e sua ligação com os institutos do passado, no qual o Direito atual tem sua origem. Neste sentido, Wolkmer (2003) ainda acrescenta que a História do Direito só alcança significado real enquanto interpretação crítico-dialética da formação e da evolução das fontes, idéias norteadoras, formas técnicas e instituições jurídicas, tendo como objetivo a transformação presente do conteúdo legal instituído e buscando nova compreensão historicista do Direito num sentido social e

humanizador.

O Direito contemporâneo é resultado de uma evolução histórica que se iniciou com as primeiras civilizações. Assim, por exemplo, ao examinar o processo histórico evolutivo da cultura jurídica do Brasil, evidencia-se que, desde seus primórdios, a matriz jurídica trazida e imposta às colônias da América Latina, como o Brasil, advém da implementação e adequação das fontes históricas luso-romanísticas, bem como do processo posterior de assimilação e legado institucional regulador colonialista ibérico, para uma estrutura social dependente e periférica.

Destarte, o estudo da disciplina de História do Direito revela-se de grande importância, uma vez que é por intermédio dessa historicidade que são estabelecidos os pontos de contato entre as antigas e as modernas instituições jurídicas. É inviável desvincular o estudo do direito de suas origens, pois a compreensão de uma legislação exige o conhecimento de sua história.

REFERÊNCIAS

CARDOSO, Ciro Flamarion S. Uma Introdução à História. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1981.

CURY, Vera Arruda Rozo. Introdução à Formação Jurídica no Brasil. Campinas: Edicamp, 2002.

GAVAZZONI, Aluisio. História do Direito: dos Sumérios até a nossa era. 2. ed. atual. e aum. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

MALUF, Marina. Ruídos da Memória. São Paulo: Siciliano, 1995.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. Lições de História do Direito. 2. ed. São Paulo: Zahar, 1981.

PINHEIRO, Ralph Lopes. História Resumida do Direito. 9. ed. Rio de Janeiro: Thex, 2000.

PINHEIRO, Ralph Lopes; BEKHOR, Helena Goldenzon. 100 Perguntas de História do Direito. Rio de Janeiro: Biblioteca da universidade Estácio de Sá, 1997.

SIDOU, J. M. Othon. Dicionário Jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

WOLKMER, Antônio Carlos. História do Direito no Brasil. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Artigo 10

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA ASSEGURADA
CONSTITUCIONALMENTE FRENTE A JURISDIÇÃO EM
CONTRÁRIO BASEADA EM DECISÕES CONDENATÓRIAS NA
SEGUNDA INSTÂNCIA DE JULGAMENTO



Sabrina Frigotto

Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP) – Fraiburgo/SC – Brasil



Aldair Marcondes

Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP) – Fraiburgo/SC – Brasil



Uniarp 50



fapesc

Resumo

Apresentando os resultados obtidos com o projeto patrocinado pelo Fundo de Apoio a Pesquisa – FAP, a presente pesquisa analisa um tema de fundamental importância, que é o direito à presunção de inocência assegurada constitucionalmente frente à jurisdição em contrário baseada em decisões condenatórias na segunda instância de julgamento, o que se faz considerando a Constituição Federal como a coluna mestra que sustenta toda jurisdição estatal. Muita discussão será percebida no decorrer deste estudo, que se vê pacificada, neste momento, através das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43, 44 e 54; contudo, é necessário ficar atento a possíveis abusos. É latente a possibilidade de adoção de entendimento mais gravoso, o que

Introdução

A Constituição Federal (CF), promulgada em 05 de outubro de 1988, conhecida popularmente como Constituição cidadã, no tocante aos direitos e garantias individuais assevera que aquelas mudanças que, de alguma forma, minimizem a sua proteção, não são admissíveis. Alguns desses direitos e garantias estão expressos no art. 5º da própria Constituição, como, por exemplo o inciso LVII, o qual diz que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Como se pode perceber, o disposto neste inciso vai ao encontro do princípio da presunção de inocência.

Da mesma forma, o Código de Processo Penal (CPP) de 1941, mostra em seu art. 283 que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença

possibilidade de adoção de entendimento mais gravoso, o que deve ser terminantemente proibido para a correta observância constitucional. Para fins metodológicos, esta pesquisa pode ser classificada como de natureza básica, abordagem qualitativa, objetivo exploratório e bibliográfico do tipo narrativo.

Palavras-chave: Constituição Federal. Presunção de inocência. Prisão em segunda instância. Ações Declaratórias de Constitucionalidade.

condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva” ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão

Assim, fica claro que a condenação somente pode ocorrer depois de transcorrido o devido processo legal. Isto é, após o trânsito em julgado, que consiste no momento em que todas as instâncias recursais já foram atingidas e esgotadas. Entretanto, tal princípio constitucional foi ferido no ano de 2016 e também em anos subsequentes, quando alguns tribunais superiores decidiram pela execução antecipada, ou seja, a partir da decisão condenatória em segunda instância, o que feriu gravemente a norma maior que rege a República Federativa do Brasil, ou seja, a Constituição Federal.

DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Como antecipado, o art. 5º, inciso LVII, da Constituição brasileira, prevê expressamente que até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ninguém poderá ser considerado culpado. Tal prescrição representa o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, significando que a culpa do indivíduo será somente reconhecida, na seara penal, após transitada em julgado a sentença condenatória (MOTTA, 2019).

É entendimento firmado do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que as prisões cautelares não ferem o princípio supramencionado. Isso porque medidas como a prisão preventiva, temporária e em flagrante, por exemplo, não possuem o escopo de prejudicar a culpa do acusado. Não consistem, portanto, em condenação definitiva, mas em medidas tomadas no transcurso processual (MOTTA, 2019).

O habeas corpus 152.752, impetrado por Luiz Inácio Lula da Silva, foi um caso emblemático analisado pelo STF, o qual envolveu debate acerca da presunção de inocência. Lula já havia sido condenado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região pelos crimes de lavagem de dinheiro e corrupção passiva, o escopo do remédio constitucional era impedir a execução provisória da pena; porém, após análise em plenário, o STF decidiu contra o pedido, denegando a ordem (STRECK, 2019).

Nessa oportunidade, o Ministro Gilmar Mendes representou voto vencido. Em sua manifestação salientou que o cumprimento da pena de maneira antecipada é cabível somente em alguns casos pontuais, como condenação em segunda instância por crimes de natureza grave, frente a garantia da ordem pública. Para Mendes, o cumprimento de pena só deveria ter início após julgamento proferido pelo STJ (STRECK, 2019).

Outros ministros como Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio acompanharam o entendimento de Gilmar Mendes. Observe-se:

Também no sentido de procedência do pedido de habeas corpus, o voto do Ministro Ricardo Lewandowski destacou que “a vida e a liberdade não se repõem jamais”, e que a presunção de inocência “representa a mais importante salvaguarda dos cidadãos, considerado o congestionadíssimo e disfuncional sistema judiciário brasileiro”. No mesmo sentido, o voto do Ministro Marco Aurélio, concluindo que a possibilidade de cumprimento de pena antes do trânsito em julgado é medida precoce, e a garantia constitucional da presunção de inocência não é letra morta (STRECK, 2019, p. 291).

Permanecendo protegida a presunção de inocência, mantém-se a primariedade do réu até que se estabeleça decisão definitiva acerca de crime ou contravenção. Inconstitucional seria, portanto, qualquer medida embasada em pré-julgamentos acerca da culpa do acusado. Este permanecerá com o nome incólume e fora do chamado rol dos culpados enquanto não for proferida decisão absoluta que o condene (MOTTA, 2019).

DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

A Constituição Federal assegura aos litigantes, em processo administrativo ou judicial, como também aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os recursos e meios inerentes a elas. O contraditório é entendido como sendo ciência bilateral, o qual se faz composto por dois elementos, quais sejam, a informação e a reação. A audiência bilateral é indispensável na promoção da justiça, isso porque somente pela soma da parcialidade das partes (tese e antítese), o juiz poderá formar a

síntese (NOVELINO, 2018).

De acordo com o art. 5º, LV, da Magna Carta, “aos litigantes, em processo judicial, ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Sob a ótica que privilegia o interesse do acusado, a ampla defesa pode ser vista como um direito; todavia, sob o enfoque publicístico, no qual prepondera o interesse geral de um processo justo, é vista como garantia (LIMA, 2018, p. 54).

O direito à defesa garante o contraditório, isso porque a ampla defesa só se torna possível com o direito à informação, elemento que compõe o contraditório. Observa-se tratarem-se de dois princípios semelhantes, mas que não se confundem, onde exige-se que as partes estejam em posições antagônicas, em que uma necessariamente figure na defesa (ampla defesa), havendo entre elas o direito recíproco de se contrapor aos termos ou atos da parte contrária (contraditório) (LIMA, 2018).

A ampla defesa é decorrente do contraditório. Aos indivíduos é assegurada, para a defesa de seus direitos, todos os meios moralmente aceitos e legais. No processo penal, para que haja plena observância dessa garantia, devem ser asseguradas ao acusado tanto a autodefesa quanto a defesa técnica (NOVELINO, 2018).

Por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a conduta dialética do processo (par conditio), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito de defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor (MORAES, 2012, p. 111).

A fim de defender a efetividade de tal princípio constitucional, o STF editou a Súmula Vinculante 14, a qual estabeleceu que no interesse do representado é direito do defensor ter amplo acesso aos elementos de prova, já documentados, que digam respeito ao exercício do direito de defesa.

DO PODER JUDICIÁRIO

O corolário da separação dos Poderes é a criação de órgãos que desempenhem funções estatais específicas, sendo uma delas a jurisdicional. Possui o escopo de resolver conflitos, e para isso aplica as normas jurídicas ao processo, observando sempre o devido processo legal (BARCELLOS, 2019).

A Carta Magna de 1988 conferiu ao Poder Judiciário uma autonomia nunca antes outorgada por outra constituição federal brasileira. O executivo e o legislativo possuem uma constante relação de entrelaçamento, já o judiciário singulariza-se com relação aos demais poderes (MENDES; BRANCO, 2019).

Sua particularidade não está atrelada ao fato de o Judiciário aplicar o Direito ao caso concreto, visto que essa atividade é exercida também pelos demais órgãos estatais. O que o difere, então, é a capacidade de proferir decisão autônoma vinculante em casos de direitos lesados ou contestados (HESSE, 1998).

A função típica do Poder Judiciário é a prestação da tutela jurisdicional, que consiste em aplicar a norma (que é abstrata) a um caso concreto, a um litígio (lide) que lhe foi apresentado, dizendo quem tem razão de acordo com o Direito. O ato jurisdicional produz a coisa julgada, a decisão judicial contra a qual não cabe mais recurso, tornando-se imutável. Jurisdição significa “dizer o Direito”, e qualquer

cidadão tem direito a esta prestação (art. 5º, XXXV). Além dessa atividade, atipicamente o Judiciário administra e legisla. Administra quando gere sua economia interna (art. 96, I, b a e) e legisla quando cria normas gerais, em determinados casos (art. 96, I, a). Se for utilizado o termo “administrar” no sentido amplo, isto é, abarcando as ideias de “aplicação” e de “administração de si mesmo”, pode-se resumir a função do Judiciário à administração da Justiça, com isto dizendo que ele é o Poder que a aplica e que se autoadministra enquanto desempenha este papel precípua (MOTTA, 2019, p. 714).

É um órgão estratégico da estrutura estatal, pois atos supralegais e lesões à Constituição serão submetidos a este importante Poder. Tudo isso em conformidade com o princípio da inafastabilidade do acesso formal ao Poder Judiciário, previsto no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, o qual prevê que nenhuma ameaça ou lesão a direito será afastada da apreciação pelo Judiciário (PADILHA, 2020).

• SOBRE A ESTRUTURA DO PODER JUDICIÁRIO

A estrutura do Poder Judiciário encontra-se descrita nos artigos 92 a 126 da Constituição Federal, onde já no seu início diz serem órgãos do Poder Judiciário: I – o Supremo Tribunal Federal; I-A – o Conselho Nacional de Justiça; II – o Superior Tribunal de Justiça; II-A – o Tribunal Superior do Trabalho; III – os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV – os Tribunais e Juízes do Trabalho; V – os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI – os Tribunais e Juízes Militares; VII – os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios (BRASIL, 2018).

Tem-se aí a ordem judiciária do País, que compreende um órgão de cúpula, como guarda da Constituição e Tribunal da Federação, que é o Supremo Tribunal Federal (I); um órgão de articulação e

defesa do direito objetivo federal, que é o Superior Tribunal de Justiça (II); as estruturas e sistemas judiciários (III a VI), e os sistemas judiciários dos Estados (VII) (SILVA, 2006).

O Supremo Tribunal Federal e os Tribunais Superiores possuem jurisdição em todo território nacional. Ao STJ cabe a função de aplicador do direito objetivo federal, enquanto os demais Tribunais Superiores atuam como instâncias recursais (MENDES; BRANCO, 2019).

No Brasil a jurisdição encontra-se dividida em Justiça Comum e Justiças especiais. A primeira faz referência à justiça dos Estados e à justiça federal, cuja instância recursal superior é o STJ. Já as justiças especiais compreendem a Justiça Eleitoral, Militar e do Trabalho (MENDES; BRANCO, 2019).

No sistema judiciário pátrio existem basicamente duas ordens judiciárias distintas: a federal e a estadual. A justiça federal por sua vez, pode ser comum e especializada. Esta última compreende a Justiça do Trabalho, a Justiça Militar e a Justiça Eleitoral. Na justiça estadual prevê-se a possibilidade de justiça militar especializada [...]. As competências da justiça federal estão previstas expressa e taxativamente na Constituição da República, e a competência da justiça estadual é residual (PADILHA, 2020, p. 561).

A Justiça Federal comum é constituída pelos órgãos de primeira instância e pelos Tribunais Regionais Federais. De forma semelhante é a Justiça Estadual, composta pelos órgãos de primeira instância e pelo respectivo Tribunal de Justiça. As Justiças Eleitoral e do Trabalho contam com um adicional, seus Tribunais Superiores. Já a Justiça Militar conta com os órgãos de primeiro grau e com o Superior Tribunal Militar (BARCELLOS, 2019).

O mais comum é que os litígios cheguem primeiramente aos órgãos de primeira instância e alcancem os Tribunais por meio de recursos. Entretanto a própria Constituição prevê também competência originária aos Tribunais, assim sendo, algumas demandas têm origem diretamente neste âmbito (BARCELLOS, 2019).

• ACERCA DO PROCESSO JURISDICIONAL

A atuação independente e eficaz do Poder Judiciário encontra atualmente vários entraves. A demanda crescente e o aumento do tempo de tramitação dos processos têm comprometido a celeridade da prestação de serviço jurisdicional. Assim, torna-se fundamental a busca por formas alternativas para resolução de conflitos. Institutos de mediação, conciliação e arbitragem são elementos que contribuem para a contenção da litigiosidade social e desburocratização do sistema (MENDES; BRANCO, 2019).

Trata-se de uma das formas de resolução de conflitos mais incentivada no direito contemporâneo, dependendo, no entanto, da vontade das partes, nas situações em que lhes é permitida a opção pela arbitragem, abrindo mão do processo judicial. É, nesse sentido, um equivalente jurisdicional, no Brasil regulado pela Lei nº 9.307/1996 (RODRIGUES; LAMY, 2016, p. 6).

O processo jurisdicional visa ser um meio para o fim de guardar os direitos materiais das partes, a fim de resolver conflitos por meio da jurisdição.

Como instrumento estatal de resolução de conflitos, o processo possui compromissos éticos fundamentais, decorrentes de sua função social. O aspecto técnico do Direito Processual deve, portanto, subordinar-se à sua finalidade maior: ser um instrumento de realização da justiça (RODRIGUES; LAMY, 2016).

ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DE PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

Desde o ano de 2009 o Brasil vem enfrentando vários embates acerca da possibilidade de iniciar o cumprimento de pena após condenação em segunda instância de julgamento. Antes do referido ano cabia ao juiz, caso a caso, decidir acerca do início da prisão. Em 2010, ao julgar o habeas corpus 84.078-7/MG, o STF decidiu pela primeira vez que a execução da pena teria início somente após esgotados os recursos cabíveis (OLIVEIRA, 2019).

Observe-se:

EMENTA: HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. [...]

4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente". [...] (STF, HC 84078 / MG. Tribunal Pleno. Rel. Min. Eros Grau. DJ. 26/02/2010).

Novo confronto de ideias deu-se em fevereiro de 2016, quando o STF decidiu em favor da possibilidade da prisão antecipada. Fato este que levou juízes e ministros a tomarem decisões divergentes. Anteriormente, no HC 84.078, o mesmo tribunal havia considerado

impossível que a execução da pena tivesse início antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Foi sustentado na oportunidade que a ampla defesa não pode ser visualizada de modo restrito, pois engloba inclusive as de natureza extraordinária e recursal (CUNHA, 2019).

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

2. Habeas corpus denegado (STF, HC 126.292 de São Paulo. Tribunal Pleno. Rel. Min. Teori Zavascki. Brasília, 17/02/2016).

No habeas corpus supramencionado (HC 126.292), foi considerado que este entendimento mais gravoso não fere preceitos constitucionais, nem mesmo o da presunção de inocência, visto que o agente já teve a possibilidade de se defender desde a primeira instância. Sustentou-se ainda o argumento de que após o exame do caso por órgão colegiado não há que se falar em presunção de inocência, pois seria apenas uma forma de retardar a execução penal (CUNHA, 2019).

Com a finalidade de resolver o embate gerado pela decisão, a Ordem dos Advogados do Brasil e o Partido Ecológico Nacional, pediram que o Supremo rediscutisse o assunto. Portanto, em outubro de 2016, os Ministros reuniram-se novamente e, por seis votos a cinco, decidiram que o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal brasileira não impedia que o condenado em segunda instância já iniciasse nesse momento o cumprimento de pena (OLIVEIRA, 2019).

A denegação do habeas corpus do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva em 2018 foi ao encontro do entendimento tomado desde 2016. Tal interpretação perdurou até o ano de 2019, só então o cenário jurídico brasileiro modificou-se.

AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE

Para resolver o embate entre lei constitucional e precedentes jurisdicionais, os ministros do STF apreciaram três Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs: 43, 44 e 54), apresentadas pelo Partido Ecológico Nacional (Patriota), Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e Partido Comunista do Brasil (PCdoB).

As ações pediram que o STF declarasse que o art. 283 do Código de Processo Penal (CPP) é constitucional, ou seja, que ele está de acordo com a Constituição Federal. Segundo o artigo em questão, “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

O tema voltou à pauta do tribunal por meio das ADC 43 e 44, nas quais se visava à declaração de constitucionalidade do art. 283 do CPP [...]. Pretendia-se, com isso, evitar os efeitos da decisão tomada no habeas corpus já citado, ou seja, que a prisão se tornasse possível após o julgamento de recursos em segunda instância (CUNHA, 2019. p. 170).

O argumento dos autores da ação baseia-se no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal, o qual diz, reiterando, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. A apreciação teve início no dia 17 de outubro de 2019 e foi encerrado no dia 07 de novembro do mesmo ano.

• SUSTENTAÇÕES ORAIS

Muitos doutores sustentaram de forma oral o pedido das Ações Declaratórias de Constitucionalidade. Eles representaram Institutos ligados a Ordem dos Advogados do Brasil e outras instituições que representavam particular interesse nas ações. Entre eles estavam, por exemplo, o doutor Miguel Pereira Neto, que representou o Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP); doutor Tércio Lins e Silva à frente do Instituto dos Advogados do Brasil (IAB); André Luiz de Almeida representando a Advocacia Geral da União e como fiscal da lei o doutor Antônio Augusto Brandão de Aras (STF, 2019).

Nas ações 43 e 44 o doutor Miguel Pereira Neto foi inscrito para sustentação oral, representando o Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP). Pereira Neto explicou que o objeto das ações trazidas a julgamento é a Declaração de Constitucionalidade do art. 283 do CPP. O alcance da presunção de inocência, norma constitucional fechada, está clara em sua literalidade semântica descrita na CF/88, no já citado art. 5º, LVII. O STF, segundo o doutor Pereira Neto, põe em risco a supremacia dos direitos e garantias individuais ao realizar interpretação axiológica com relação a redação tão clara da presunção de inocência que é cláusula pétrea.

Pois permitir a execução antecipada significa negar sua competência de guardar a Constituição Federal (STF, 2019).

Ainda de acordo com Pereira Neto, o artigo julgado está em plena conformidade com os dispositivos constitucionais, quando o texto apresenta que ninguém será preso antes do trânsito em julgado, pois esta sentença vem ao encontro do conceito de presunção de inocência. Ele ainda explica o conceito de trânsito em julgado, que é o esgotamento das vias em instâncias recursais. Não há motivos para que a presunção de inocência seja mitigada, pois representa a dignidade da pessoa humana. O não respeito a presunção de inocência ataca mortalmente esse princípio fundamental (STF, 2019).

A procuradoria geral da república atualmente não atua como acusadora, atua sim como fiscal da lei, para zelar pela incolumidade e inviolabilidade da norma. Isso gera uma expectativa de que a procuradoria traga a luz ao Supremo Tribunal, não que aja de forma arbitrária (STF, 2019).

Diante de um cenário de injustiças, sendo os presídios, atualmente, verdadeiras masmorras e fábricas de marginalidade, bem como, por ser a prisão a ultima ratio, a pena deve ser cumprida somente após o trânsito em julgado, respeitando a literalidade semântica e única da cláusula pétrea. Não cabe ao STF flexibilizar, relativizar ou personificar os direitos e garantias fundamentais, e com isso tornar letra morta a dignidade da pessoa humana (STF, 2019).

Para defender a ação declaratória de constitucionalidade número 44, manifestou-se o doutor Tércio Lins e Silva. Ele representou o Instituto dos Advogados do Brasil (IAB), e salientou que a ação não visa atender os anseios de algumas pessoas de classe alta, muito

menos deixar impune a corrupção brasileira; ele cita mais uma vez o artigo 5º para fundamentar a constitucionalidade do art. 283 do CPP (STF, 2019).

Falou pelas três ações André Luiz de Almeida Mendonça, que representou a Advocacia Geral da União. Para Mendonça a Constituição Federal de 1988 nos autoriza sonhar com um Estado de justiça, pois ela em seu art. 3º, inciso I, diz que um Estado Democrático de Direito precisa ser construído; que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária, sendo necessário sair de um Estado de injustiça para construir um Estado de justiça (STF, 2019).

No âmbito processual isso pode ser definido como os princípios que tornam um processo justo, como o princípio da ampla defesa, do contraditório, e o princípio da presunção de inocência, por exemplo. As liberdades individuais não devem ser individualistas ou egocêntrica; a liberdade de ir e vir de um cidadão consiste também em não obstruir a liberdade de ir e vir de seu semelhante. André ainda citou o art. 5º inciso LIV, a fim de salientar a posição da Carta Magna brasileira acerca da privação de liberdade, ou seja, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (STF, 2019).

Como fiscal da lei falou o procurador geral da república doutor Antônio Augusto Brandão de Aras. Ele explanou sua tese sob o aspecto histórico, filosófico e científico, dizendo que a culpa formada judicialmente é mais do que um juízo fortíssimo fundado na presunção de culpa. Não se pode dizer, com base no art. 5º inciso LVII, que o trânsito em julgado da sentença penal condenatória encerra certeza da condição de culpado, tampouco

a certeza da condição de inocente. Existem outros meios de revolver fatos e provas, mesmo com uma “condenação” anterior à instauração da ação penal, a partir de indícios de autoria que levem a uma precária e provisória presunção de culpa, como prevê o art. 312 do CPP. Há também medidas cautelares menos restritivas de liberdade, como o uso de tornozeleiras eletrônicas, quando a segurança pública se encontra em risco (STF, 2019).

O art. 5º, inciso LVII, não pode ser interpretado isoladamente, mas sim em consonância com outros dispositivos legais, sobretudo os diretamente referentes a execução da pena como efeito da sentença penal condenatória. O inciso LV do mesmo artigo, diz que são assegurados aos acusados o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes (STF, 2019).

• VOTOS CONTRÁRIOS AS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE

Apresentaram posicionamento contrário as ações os ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia, Luís Roberto Barroso, Edson Fachin e Alexandre de Moraes.

Na visão de Cármen Lúcia, a chance de prescrição do crime aumenta com tantas possibilidades de recurso; o Direito Penal precisa ser eficaz e os crimes não podem passar impunes. O ministro Luiz Fux rememorou, na oportunidade, crimes emblemáticos de ampla repercussão nacional, como o caso de Isabella Nardoni, e afirmou que uma mudança de entendimento beneficiaria criminosos perigosos. Para Fux a presunção de inocência admite prova em contrário e que com a tramitação do processo essa presunção vai sendo mitigada (STF, 2019).

Luís Roberto Barroso apresentou voto contrário, pois defendeu que não foram os pobres que sofreram o impacto da possibilidade de execução da pena após condenação em segundo grau, não foram eles ainda que mobilizaram os mais brilhantes e caros advogados do país. Segundo Barroso, o STF alterou em boa hora a jurisprudência, a demora na punição trouxe uma realidade de impunidade. A prisão somente após o trânsito em julgado possibilitou uma infundável apresentação de recursos protelatórios (STF, 2019).

Edson Fachin e Alexandre de Moraes tiveram semelhante pensamento sobre o tema, para os ministros, permitir a prisão antes da análise de todos os recursos não fere a presunção de inocência, visto que nas duas primeiras instâncias é que as provas são analisadas, cabendo aos Tribunais Superiores apenas a análise de questões processuais. Esperar recurso após a segunda instância para somente então prender é enfraquecer o judiciário (STF, 2019).

• VOTOS FAVORÁVEIS AS AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE

Apresentaram voto favorável às ações os ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Rosa Weber e Marco Aurélio.

O ministro Celso de Mello afirmou que é totalmente contra a corrupção; que os indivíduos que praticam tais crimes devem ser sim punidos, entretanto com respeito ao processo legal. Salientou que o STF, como garantidor da Constituição, assegura a presunção de inocência. Assim, a repressão ao crime não deve ser feita em contrariedade às garantias fundamentais (STF, 2019).

Gilmar Mendes, no ano de 2016, assumiu posição favorável à prisão em segunda instância, entretanto os tribunais passaram a adotá-lo como regra e não como uma possibilidade. Isso, aos olhos do ministro, deturpou a decisão do Supremo. Por isso Gilmar adotou diferente entendimento em 2019, contrário à prisão em segunda instância (STF, 2019).

Para o ministro Ricardo Lewandowski, a presunção de inocência faz parte de uma das cláusulas pétreas da Constituição brasileira, que formam o alicerce de todo o ordenamento legal. A lei, segundo Lewandowski, não é uma mera folha de papel que pode ser rasgada sempre que contraria as forças políticas do momento (STF, 2019).

De acordo com o entendimento de Rosa Weber, são inconfundíveis os conceitos de pena e prisão cautelar. A pena criminal é sanção imposta pelo Estado, legitimada pela sentença condenatória em retribuição a conduta tipificada como criminosa; o fundamento jurídico legitimador da pena não é outro senão a culpa. Segundo a norma expressa da Constituição, esta convicção pode somente irradiar efeitos normativos a partir do momento definido como trânsito em julgado da condenação criminal. O STF é o guardião do texto constitucional e não o seu autor (STF, 2019).

O ministro Marco Aurélio, relator das ações, apoiou-se ao artigo 5º da Constituição Federal para fundamentar seu voto. Defendeu ainda a soltura dos presos condenados em segunda instância, exceto aqueles em prisão preventiva ou que apresentem risco à sociedade (STF, 2019).

Dias Toffoli, presidente do STF, foi o último a votar e decidiu o empate, julgando como procedentes as ações declaratórias de constitucionalidade (STF, 2019).

ATUAIS PARADIGMAS

É de se esperar que após as votações proferidas em face das Ações Declaratórias de Constitucionalidade, tenha ficado assentado o entendimento acerca do tema. Entretanto, ainda há intenso embate sobre a questão das prisões após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Assim, foram propostas neste íterim, duas Emenda à Constituição, com o objetivo de driblar o entendimento das ADC's.

PROPOSTAS DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO 410/18 E 199/19

Alex Manente, Deputado Federal do Cidadania (SP), propôs a Emenda à Constituição 410/18, a qual apresentava uma tentativa de alterar o inciso LVII, art. 5º da Constituição Federal, que passaria a versar que “ninguém será considerado culpado até a confirmação de sentença penal condenatória em grau de recurso”, ou seja, na segunda instância. A proposta encontrou intensa resistência por parte da Câmara e, por esse motivo, houve a criação da segunda PEC, pelo mesmo deputado. Essa segunda possuía o objetivo de ser apensada ao texto original; medida tomada para oportunizar a aprovação da matéria (OLIVEIRA, 2019).

A PEC 410/18 foi arquivada devido à grande impopularidade que gerou ao tentar, segundo a oposição e alguns partidos de centro, comprometer o princípio da presunção de inocência, considerado cláusula pétrea. Assim a PEC 199/19 foi automaticamente desapensada da primeira (BRANDÃO, 2019).

A proposta dessa segunda emenda constitucional pretende alterar os art. 102 e 105 da Constituição Federal, de forma que os recursos extraordinários e especiais se transformem em ações revisionais de competência originária do STJ e do STF. Atualmente, na justiça comum, o julgamento em segunda instância é feito pelo Tribunal de Justiça de cada Estado. Em âmbito federal, a segunda instância é representada pelos Tribunais Regionais Federais. A possibilidade de recurso estende-se, portanto, ao STJ e ao STF (BRANDÃO, 2019).

Para muitos juristas os recursos especiais extraordinários possuem caráter meramente protelatório, tendo a finalidade de atrasar o cumprimento de pena. Assim, pretende-se limitar a ação revisional para a análise de erros materiais ou formais provenientes do processo, visto que a apuração de provas e constatação de inocência ou culpa ocorre da segunda instância. Com isso, tal ação não impediria a pessoa previamente condenada a iniciar a fase executória da pena (BRANDÃO, 2019).

Devido às duras críticas, foi necessário incluir no projeto que a pretendida mudança valha apenas para novos processos. Para Sergio Moro, ex-ministro da Justiça, a modificação deveria valer também para casos pendentes; argumenta que o grande número de recursos acaba por sobrecarregar o sistema. Moro também lamentou a falta de empenho do governo em analisar o tema. O projeto encontra-se parado por causa da pandemia de corona vírus, mas os deputados cobram o retorno das atividades da comissão especial que analisa a proposta (FERREIRA, 2020).

O futuro do Brasil no que concerne ao tema da possibilidade ou não de prisão antes de exauridos todos os recursos, ainda é tema incerto dentro do contexto político-jurídico do país. Em um cenário no qual acaba-se por julgar, inúmeras vezes, de forma arbitrária, espera-se que não seja retirada do cidadão a dignidade que lhe é inerente; esta compreendida no direito de recorrer em liberdade até transitado em julgado a sentença penal condenatória, ou seja, após se valer de todos os recursos em Direito admitidos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto é possível afirmar, portanto, que o Brasil apresenta um repleto rol de direitos e garantias fundamentais, dentre os quais encontram-se os princípios da não culpabilidade, do contraditório e da ampla defesa. Assim, parece lógico que tais preceitos sejam observados com a finalidade de respeitar os direitos da individualidade. Entretanto, em alguns momentos, os órgãos julgadores acabam por deixar de cumprir as referidas máximas e julgar de forma arbitrária, como foi o caso do HC 126.292 e dos demais casos que vieram posteriormente a ele, no sentido de mandar à prisão o indivíduo, quando ainda não cessadas todas as instâncias recursais.

No ano de 2009 iniciou-se um intenso debate acerca da constitucionalidade ou não de prisões que ocorrem antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Sob esse prisma, com o objetivo de guardar a Constituição Federal e de proteger os direitos individuais e coletivos, existem as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC's). Estas possuem o escopo de rediscutir matérias de direito e decidir se são ou não

constitucionais. Nesse sentido, as prisões em segunda instância recursal, ressalvados os casos prescritos em lei, são inconstitucionais, pois não observam os princípios do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência.

Essa discussão tornou-se latente no ano de 2019, com a votação de uma série de Ações Declaratórias de Constitucionalidade que acabaram por vedar a mencionada possibilidade. No momento atual ainda perdura este entendimento; todavia, encontra-se em tramitação no Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição 199/19, que visa trazer novamente à tona o debate acerca desta temática. Espera-se, portanto que sejam observados os direitos e garantias fundamentais, considerados cláusulas pétreas, e assim, seja preservado o tão estimado Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BRANDÃO, Francisco. Agência Câmara de notícias: Proposta acaba com recursos e permite prisão em segunda instância. Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/615026-proposta-acaba-com-recursos-e-permite-prisao-em-segunda-instancia/>. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). 55. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CAPEZ, Fernando; COLNAGO, Rodrigo. Código de processo penal comentado. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CUNHA, Rogério Sanches. Código penal para concursos. 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

FERREIRA, Cláudio. Agência Câmara de Notícias: Proposta que permite prisão após segunda instância enfrenta resistências. Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/703149-proposta-que-permite-prisao-apos-segunda-instancia-enfrenta-resistencia/>. Acesso em: 16 nov. 2020.

HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional na República Federativa da Alemanha. 20. ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1998.

LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MOTTA, Sylvio. Direito constitucional: Teoria, Jurisprudência e Questões. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NOVELINO, Marcelo. Curso de Direito Constitucional. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

OLIVEIRA, Caroline Marcelly Dolens de. (In)constitucionalidade da prisão após condenação em segunda instância. Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo. Presidente Prudente, 2019. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/8433/67649606>. Acesso em: 04 nov. 2020.

PADILHA, Rodrigo. Direito Constitucional. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. Teoria Geral do Processo. 4. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

STF. Pleno – Prisão após condenação em segunda instância (1/3). 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=ly8N6Be0puk>. Acesso em: 25 jan. 2020.

STF. Pleno – Prisão após condenação em segunda instância (2/3). 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=8fvdTMX4hPo>. Acesso em: 26 jan. 2020.

STF. Pleno – Prisão após condenação em segunda instância (3/3). 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=1pEDCzYJafM>. Acesso em: 27 jan. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Artigo 11

A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE DISPOSIÇÃO DO
JULGAMENTO FRENTE AO TRIBUNAL DO JÚRI PELO
ACUSADO DE COMETER CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA



Gabriel Piatì

Bacharel em Direito pela Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP).



Ricardo Emílio Zart

Professor Mestre, do curso de Direito da Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP).



Resumo

A Constituição Federal de 1988, prevê que o Tribunal do Júri é juízo competente para o julgamento de crimes dolosos contra a vida. Todavia, o presente direito, tornou-se um dever imposto ao acusado, uma vez que o tribunal do júri possuiu competência absoluta no julgamento de crimes dolosos contra a vida, o que impede ao acusado dispor deste direito, e optar por um julgamento frente a um Juiz de Direito. Desta forma, o presente estudo tem como objetivo analisar a possibilidade jurídica deste acusado, dispor de seu direito constitucional, e optar por um julgamento frente a um Juiz de direito ao invés do julgamento perante ao conselho de sentença. Para o desenvolvimento deste estudo, utilizou-se do método indutivo por meio de uma revisão

Introdução

O atual ordenamento jurídico brasileiro prevê que o tribunal do júri tem a competência para julgar o acusado de crimes dolosos contra a vida, tentados ou consumados, tal como preconiza o art. 5º, XXXVIII, “d” da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988).

Todavia, o presente direito, tornou-se um dever imposto ao acusado, uma vez que o tribunal do júri possuiu competência absoluta no julgamento de crimes dolosos contra a vida, o que impede ao acusado dispor deste direito, e optar por um julgamento frente a um Juiz de Direito. Desta forma, além de suprimir um direito fundamental do acusado, obriga-se a este o julgamento frente a pessoas despreparadas e imparciais, o que por óbvio é uma afronta a ampla defesa, ao devido processo legal e ao contraditório (FORTI, 2009).

bibliográfica narrativa da doutrina especializada. Vale ressaltar, que não há no ordenamento jurídico qualquer dispositivo que permita esta renúncia, todavia, verifica-se que os direitos fundamentais possuem como característica a limitabilidade e historicidade, o que garante que tais direitos não são absolutos. Sendo assim, tendo em vista o avanço tecnológico, e o desenvolvimento das populações e do próprio direito, alguns dispositivos anteriormente previstos encontram-se obsoletos, motivo pelo qual possibilitam a sua supressão.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Processo penal. Tribunal do júri. Direito constitucional.

É neste momento que surge a figura do Juiz togado, o qual por exercer profissionalmente a atividade, tem o poder de avaliar melhor o caso, tendo consciência da importância de sua função, e sendo menos propenso a fatores extraoficiais. Por estes motivos, entende-se que a figura do tribunal do júri não se justifica mais no direito brasileiro contemporâneo, uma vez que não cumpre mais com sua função, usurpando direitos maiores do que ele, tais como a ampla defesa, a liberdade e a justiça (MEZZOMO, 2003).

Diante disso, resta a dúvida, teria o acusado de cometer um crime doloso contra a vida, a possibilidade jurídica de dispor de seu direito constitucional de julgamento frente ao tribunal do júri, e optar por um julgamento frente a um juiz de direito? Sendo assim, tem-se como objetivo principal do presente estudo de verificar esta possibilidade jurídica do acusado de crimes dolosos contra vida,

renunciar o seu direito, e optar pelo julgamento frente a um Juiz de Direito, e não perante ao Tribunal do Júri.

DELIMITAÇÕES METODOLÓGICAS

O presente estudo se constitui em uma revisão bibliográfica narrativa acerca da possibilidade jurídica do acusado de cometer crimes dolosos contra a vida optar pelo julgamento frente a um juiz de direito. É sabido que a revisão bibliográfica, busca elucidar as questões existentes em relação a determinado tema, com base em documentos já publicados, tais como livros, revistas, jornais, artigos publicados na internet e impresso, entre outros (VERGARA, 2000).

Ciente disso, utiliza-se no presente estudo o método indutivo, o qual através de dados particulares, devidamente constatados, busca-se concluir uma verdade maior e mais ampla (LAKATOS; MARCONI, 2003). O material a ser utilizado compreende livros, artigos, periódicos e outros meios de informação, os quais são disponibilizados pela Universidade Alto Vale do Rio do Peixe através de sua plataforma digital, bem como pela sua biblioteca física, além é claro, de outros documentos encontrados na rede mundial de computadores. O presente estudo foi desenvolvido durante o período de um ano e meio, entre os anos de 2019 e 2020, sendo parte integrante das matérias de Metodologia da Pesquisa Jurídica, Monografia I e Monografia II, e teve como base as especificações da Normalização da UNIARP (UNIARP, 2019), e da Norma Brasileira 6023 (ABNT, 2002).

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A POSSIBILIDADE DE SUPRESSÃO DESTES NO DIREITO BRASILEIRO

Entende-se como direitos fundamentais aqueles que em determinado período histórico, por serem entendidos como essenciais por certa sociedade, são protegidos pela Constituição, de forma a se tornarem passíveis de exigência judicial, seja de forma singular ou coletiva (MOTTA, 2019).

Para Moraes (2019, p. 165), “Os direitos fundamentais são conceituados como direitos subjetivos, assentes no direito objetivo, positivados no texto constitucional, ou não, com aplicação nas relações das pessoas com o Estado ou na sociedade”. Outrossim, Sarlet (2019, p. 326), informa que “direitos fundamentais são posições jurídicas reconhecidas e protegidas na perspectiva do direito constitucional interno dos Estado”.

Os direitos fundamentais possuem algumas características que os diferenciam de outros direitos. Vale ressaltar que as características que serão apresentadas a seguir, não são universais ou gerais, sendo necessário a análise do contexto para sua aplicação e pertinência (AGRA, 2014).

Inicialmente, temos como primeira característica a Historicidade. Assim, podemos dizer que os direitos fundamentais são produto de uma evolução histórica da sociedade, os quais surgem diante das contradições existentes nesse mesmo ambiente (PINHO, 2019). Para Agra (2014), os direitos fundamentais não surgem de um

um único momento histórico, mas sim de uma evolução.

Temos ainda como característica dos direitos fundamentais, a Inalienabilidade, a Imprescritibilidade e a Irrenunciabilidade, o que confere dizer que tais direitos não são negociáveis ou transferíveis, não prescrevem pelo desuso, e o seu detentor não pode renunciá-los (PADILHA, 2020). Por fim, mas não menos importante, temos a característica da Limitabilidade, a qual será sem dúvida tema central do presente trabalho, uma vez que está determina que os direitos fundamentais não são absolutos, podendo estes serem limitados sempre que necessários devido a colisões entre eles (PINHO, 2019).

Além disso, devido à grande abrangência dos direitos fundamentais, os quais refletem as mais diversas ideologias da população de um Estado Democrático de Direito, é evidente que por diversas vezes ocorra uma colisão entre esses direitos (MARMELESTEIN, 2019). Diante disso, Padilha (2020), elucida que os direitos fundamentais não são ilimitados, uma vez que diante dos demais direitos positivados na Carta Magna encontram diversos limites de sua aplicação.

Neste sentido Motta (2019), revela que não se admite solução que venha a suprimir totalmente um direito em detrimento de outro, vindo a crer que exista uma superioridade hierárquica entre eles. Sendo assim, deve o julgador analisar o caso concreto e utilizar-se do princípio da concordância prática, buscando sempre harmonizar o conflito existente, reduzindo para tanto o alcance de algum dos direitos.

Mendes e Branco (2019), ressaltam que se faz necessário ponderar entre os direitos, o que está intimamente ligado ao

princípio da proporcionalidade, de forma que o dano causado com a supressão de determinado direito em relação a outro, é menor do que o ganho obtido com a referida supressão.

Todavia, vale salientar que, ainda que evidente a possibilidade de restrições e limitações a direitos fundamentais, estas merecem cuidado, uma vez que há restrições a essas limitações (MENDES; BRANCO, 2019). Surge assim a teoria dos limites dos limites, a qual verifica que as reservas legais existentes nos direitos fundamentais possuem o condão de permitir ao legislador a restrição destes em determinados momentos, todavia, sempre no intuito de proteger ou preservar outro bem jurídico de significativa relevância (DUQUE, 2014 apud DUQUE; NASCIMENTO, 2018).

Sendo assim, resta evidente que a no ordenamento jurídico brasileiro inúmeras formas de restrições ou limitações a direitos fundamentais, todavia como bem ressaltado, esses próprios limites possuem limitações, afim de proteger os direitos fundamentais de um total esvaziamento de seu conteúdo. Vale salientar ainda neste sentido, que uma das principais formas de limitação do legislador presente no direito brasileiro, são as chamadas cláusulas pétreas.

• A HISTÓRIA DO TRIBUNAL DO JÚRI E O SEU PROCEDIMENTO

Inicialmente, como resalta Nucci (2020), o Tribunal do Júri possuiu sua origem na Grécia e em Roma, todavia, foi em 1215, com a promulgação da Magna Carta na Inglaterra, que o instituto iniciou sua propagação no mundo ocidental. Nucci (2020), elucida ainda, que em 1789, com a Revolução Francesa, a qual possuía como finalidade o afrontamento dos ideais monárquicos do Rei

então empossado, foi instituído na França o Tribunal do Júri, o qual, pautado na liberdade e na democracia, se espalhou pelos demais países da Europa.

Sendo assim, o referido instituto surge com a função de retirar as decisões da competência dos magistrados, os quais, encontravam-se comprometidos pelo autoritarismo dos Reis da época. Desta forma, o Tribunal do Júri, impedia julgamentos contrários aos interesses da população, e dava surgimento assim, a um princípio utilizado até hoje, o do devido processo legal (RANGEL, 2019).

Nucci (2020, p. 814), se pergunta: “O que teria feito o júri vir para o Brasil?”. Para Romano (1977 apud Nucci, 2020), a transmigração do direito, deve-se especialmente a colonização, a qual impõe a sociedade aqui residida as suas ideias e leis. Nasce assim, em 18 de julho de 1822, no Brasil, o qual encontrava-se ainda sob domínio de Portugal, o tribunal do Júri (RANGEL, 2019), atendendo dessa forma a propagação eminente que o referido instituto vinha apresentando em toda Europa (NUCCI, 2020).

Mougenot (2019), salienta que o procedimento do Tribunal do Júri é bifásico ou escalonado, compreendendo dentro dele, duas fases bastantes distintas, tendo a primeira o condão de julgar a denúncia, fazendo um juízo de admissibilidade da acusação, e a segunda, um julgamento da causa, aonde transfere-se aos jurados o exame da decisão.

A primeira fase, conhecida como *judicium accusationis*, tem como intuito verificar a existência de provas concretas, produzidas em juízo, da prática delituosa do réu, de forma a autorizar o julgamento deste perante o Tribunal do Júri (CAMPOS, 2018).

Já a segunda fase, nas palavras de Mougenot (2019, p.743), “com a preclusão da decisão de pronúncia os autos serão encaminhados ao juiz presidente do Tribunal do Júri para que se inicie a preparação do processo para o julgamento em plenário”.

Aqui primeiramente, a acusação terá o prazo de uma hora e meia para expor suas teses. Após este período, o mesmo prazo é aberto a defesa para que rebata as teses acusatórias e apresente as suas. Na sequência, abre-se o prazo de uma hora de réplica, para os membros do Ministério Público, e uma hora de tréplica para a defesa. Todavia, Marcão (2018), deixa claro que só haverá tréplica, caso haja réplica. Mougenot (2019), salienta da mesma forma, que sem a réplica, não é possível a defesa apresentar tréplica.

Resolvidas quaisquer pendências ainda existentes e estando os jurados habilitados para julgamento o juiz iniciará o questionário aos jurados e será proferida a votação, a qual decidirá o caso em questão (LOPES JR., 2019). Mougenot (2019), ressalta que o questionário nada mais é que os quesitos que os jurados deverão responder acerca do crime em julgamento. Referidos quesitos devem obrigatoriamente serem escritos em linguagem simples, não podendo ser ambíguos ou apresentados em perguntas negativas.

• 2.3 .DAS CRÍTICAS AO PROCEDIMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI E A POSSIBILIDADE DE SUA SUPRESSÃO

Como muitíssimo bem traduz Kircher (2014, p. 1), “o Tribunal popular é um instituto muito intrigante dentro do Direito Processual Penal, que tem diversos defensores, bem como inúmeros críticos”.

Para Silva (2017), o tribunal do júri possui caráter tendencioso, o que o torna rotineiramente um obstáculo à efetivação dos direitos e garantias constitucionais, a qual conclui ainda, que muitas das condenações prolatadas pelo conselho de sentença são na verdade produto de um domínio dos meios de comunicações exercidos sobre os jurados.

Uma das principais críticas ao tribunal do júri repousa na falta de fundamentação da decisão proferida pelos jurados. Lopes Jr. (2019) é claro ao informar que esta carência, talvez se trata de um dos piores erros existentes no procedimento do tribunal do júri, pois entende que a fundamentação é primordial, para que se entenda o porquê da decisão, quais elementos levaram o jurado a concluir pela materialidade e autoria. Para ele, até mesmo o jurado se sentiria melhor ao poder explicar suas motivações, tornando o poder a ele atribuído mais legítimo e efetivo.

Diante disso, Pacelli (2020) ressalta que o que tem de democrático, pode ter de arbitrário o procedimento do Tribunal do Júri, uma vez que, ao se permitir que o jurado decida sem qualquer fundamentação, fica exposto o acusado a riscos de enormes proporções, pois como explica, preconceitos, ideias pré-concebidas, intolerâncias entre outros fatores podem emergir no julgamento em plenário, tendo como principal gatilho a eficiência das teses transmitidas por acusação ou defesa.

Diante disso, não há nada que proíba o jurado de realizar seu julgamento apenas com base em suas convicções pessoais, as quais, por óbvio, estão extremamente sujeitas a influência midiática, ainda que de forma inconsciente, o que eiva de nulidade a decisão diante da clara imparcialidade do julgador (JUNIOR; PRADO, 2020)

Além da falta de fundamentação das decisões, outro ponto de imensa discussão em relação ao Tribunal do Júri, repousa na influência midiática nas decisões do tribunal. Neste sentido, Silva (2017) ressalta que é impossível dissociar o homem que é chamado ao júri, daquele que em sua vida particular, assiste a televisão, lê jornais, acessa a internet, e por consequência, consome as inúmeras notícias que são vinculadas nestes meios de comunicação, o que torna uma boa parte das condenações, frutos de um domínio psicológico exercido pelos meios de comunicação sobre os jurados.

Nesta esteira, Roberto Podval, advogado criminalista, responsável pela defesa do Casal Nardoni, os quais foram acusados e condenados pela morte da pequena Isabella, caso este que talvez seja até hoje um dos mais divulgados e falados da história da justiça brasileira, dias após ao julgamento publicou:

Se o corpo de jurados é formado por sorteio dentre os membros da sociedade, e se demais membros dessa mesma sociedade permaneceram na porta do fórum clamando por vingança e linchamento, como encontrar pessoas predispostas a ouvir as partes com imparcialidade?

Como esperar neutralidade de jurados que passaram dois anos sob cobertura jornalística pouco técnica, embora legítima e cada vez mais profissional? Como convencer os jurados a levar o bombardeio de emoções a que foram submetidos no período?

Não se trata aqui de criticar a figura dos jurados sorteados, e que ali estavam exercendo seu papel da forma mais digna possível. Trata-se de refletirmos sobre a possibilidade ou impossibilidade de essas pessoas se desprenderem do peso das ruas, do peso do público ruidoso - que podíamos ouvir à distância - cobrando a cabeça dos réus. Éramos, os membros da defesa, chamados de "assassinos". (Podval, 2010, p.1)

Essa interferência da mídia na opinião pública, implica por óbvio em graves violações ao devido processo legal, de forma que é

imprescindível que o Estado arrume formas de garantir que o acusado seja julgado de forma imparcial e justa (JUNIOR; PRADO, 2020).

É nesta esteira que o Art. 427 do CPP, garante que em casos de onde houver dúvida quanto a imparcialidade dos jurados, poderá ser determinado o desaforamento do julgamento para a comarca mais próxima (CAPEZ, 2019). Entretanto, como brilhantemente supõe Aras (2010, p. 1) em alguns casos, nem mesmo o desaforamento poderá recuperar a imparcialidade do júri, como vejamos:

[...] num caso como o de Isabella Nardoni dificilmente o desaforamento resolveria o problema, evitando um eventual viés condenatório do júri. As reportagens publicadas ao longo de dois anos pela imprensa foram tão massacrantes quanto a crueldade do casal. A difusão massiva de dados do processo foi proporcional ao mal causado à inocente menina. Seria muito difícil encontrar em qualquer comarca do Estado de São Paulo, mesmo a mais longínqua, um ambiente razoavelmente "neutro", no qual pudessem ser selecionados sete jurados para julgar a causa com verdadeira isenção de ânimo, ou sem ideias preconcebidas. [...]

Sendo assim, diante da influência midiática e da ineficácia do desaforamento, bem como do despreparo técnico do corpo de jurados, não resta outra alternativa a não ser explorar a hipótese de renúncia do acusado ao seu direito de julgamento frente ao tribunal do júri, e assim conferir a este um julgamento por um juiz togado. (JUNIOR; PRADO, 2020)

Frisa-se inicialmente, que não há no direito brasileiro qualquer dispositivo que vise a renúncia do Júri pelo seu acusado, uma vez que o Código de Processo Penal é completamente silente no que condiz a esse assunto (ARAS, 2010). Ademais, como ressalta Oliveira (2015) pela atual interpretação da doutrina e da

jurisprudência, o Júri se trata de um instituto obrigatório no julgamento dos acusados de cometer crimes dolosos contra a vida, todavia, em análise ao texto constitucional é possível encontrar interpretação diversa.

Para Lima (2009) a renúncia de um direito fundamental é sempre possível a depender da situação fática, uma vez que em alguns casos, somente com a supressão de um determinado direito é possível usufruir de outro de forma máxima. É neste sentido que Silva (2017, p. 5) apresenta:

Se esse preceito for entendido como um comando imperativo de regra absoluta, todos os acusados do cometimento de tais delitos deverão, necessariamente, ser submetidos ao júri popular. De outro lado, caso se entenda tratar-se de uma garantia individual, esses réus poderão dispor sobre a aplicação, ou não, da norma a seu favor, independentemente de quaisquer pressões externas ou eventuais clamores públicos.

Oliveira (2015) evidencia no mesmo sentido que se o tribunal do júri é reconhecido como uma garantia individual, deve ser dado ao acusado o direito de optar ou não por ele, sob pena de constituir uma obrigação ao invés de um direito.

Neste mesmo sentido, Silva (2017) alerta que não são necessárias quaisquer alterações no texto constitucional a fim de possibilitar a renúncia deste direito pelo acusado, pois para ela, seria apenas necessária uma reinterpretção do Art. 5º, XXXVIII, para alternar sua visão de norma de competência imperativa, para garantia constitucional.

Para Junior e Prado (2020), em alguns casos, não há outra maneira de impedir a imparcialidade dos jurados, envolvidos pela interferência midiática, a não ser permitindo o acusado de dispor

de seu julgamento, permitindo a este a escolha entre o Tribunal do Júri e o Juiz Togado. Neste mesmo sentido, Aras (2010, p.1) entende que a possibilidade de supressão é clara, como vejamos:

Se a natureza do júri for de direito subjetivo público, pode haver renúncia. Admite-se o afastamento do foro especial por prerrogativa de função (de índole constitucional), pela simples renúncia ao cargo ou mandato que o institui. E isto ocorre mesmo em se tratando de competência *ratione muneris*, estabelecida em favor do cargo, e não da pessoa. Ora, no júri, o julgamento pelos pares é uma garantia individual. Se a pessoa pode abdicar de certas prerrogativas processuais, como a de recorrer, não há como haver proibição de que renuncie ao foro popular, que é estabelecido em seu favor.

Sem dúvida, é através desse olhar histórico que a tese de permitir a opção para o acusado ganha mais força, pois nos primórdios do tribunal do júri, a sua principal função era proteger os acusados de penas gravíssimas e arbitrárias impostas pelo Estado. Todavia com o passar dos anos, vemos que nossa sociedade se desenvolveu ao ponto de que esses temores não existem mais. O judiciário brasileiro hoje trata-se de um poder desvinculado do governo, com total autonomia nas suas ações, da mesma forma que foi conferido ao Ministério Público. Não obstante as ações ganharam publicidade, demonstrando cada vez mais que vivemos em um Estado Democrático de Direito, trazendo desta forma um julgamento mais justo frente a um juiz togado do que pelos seus próprios pares (MEZZOMO, 2003).

Sendo assim, se torna naturalmente aceita a ideia de renúncia ao tribunal do júri, quando este julgamento se torna empecilho para o alcance da ampla defesa e da liberdade em si do acusado, o que de fato ocorre, uma vez que conforme já demonstrado, o Tribunal do Júri restringe as possibilidades de defesa do acusado (SILVA, 2017).

Todavia, importante salientar que o Tribunal do Júri sequer é um direito absoluto, pois o mesmo cede a regras de competência em razão do foro especial por prerrogativa de função, o conhecido foro privilegiado (ARAS, 2010). Campos (2018) destaca que os crimes praticados contra a vida por pessoas que possuam foro por prerrogativa de função deverão em regra serem julgados pelos Tribunais de competência originária para tanto, e não pelo Júri.

Sendo assim, evidente que a competência do Tribunal do Júri não é absoluta, uma vez que autoridades possuidoras de foro por prerrogativa de função terão seu julgamento emanado pela Corte designada pela Constituição Federal (NUCCI, 2020), logo, a competência do Tribunal Popular será eivada, dando lugar a outra constitucionalmente definida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos e garantias fundamentais representam uma proteção aos mais básicos e necessários direitos que visam estabelecer um mínimo de qualidade de vida ao ser humano. Desta forma, qualquer infração a estes direitos infringe gravemente as diretrizes do princípio da dignidade da pessoa humana, o que por consequência, tornam-se medidas inconstitucionais.

Todavia, como objetivo do estudo, cabe entender se uma vez positivados no sistema jurídico, poderiam de alguma forma, tais direitos sofrerem restrições ou limitações. Sendo assim, é possível notar, que o atual cenário brasileiro garante a inexistência de direitos absolutos, de forma que resta possibilitado inúmeras limitações aos direitos fundamentais, sejam elas decorrentes de

conflitos entre esses direitos, ou até mesmo por limitações impostas na própria redação destes direitos. Seja como for, os direitos fundamentais sofrem restrições diárias, as quais estão em total conformidade com o texto constitucional, e ainda que possa beirar o absurdo, não infringem o princípio da dignidade da pessoa humana.

Quanto ao direito fundamental do Tribunal do Júri, verifica-se que o seu procedimento é bifásico, ou seja, possui dois momentos amplamente distintos e que visam diferentes resultados. Em um primeiro momento, conhecido como sumário da culpa, o procedimento é comandado por um Juiz de direito, o qual possuiu o poder de decisão. Aqui as provas serão colhidas e caberá ao Juiz ao final do procedimento decidir se as acusações impostas pelo Ministério Público ao acusado são verdadeiramente consistentes e assim pronuncia-lo a julgamento frente ao tribunal do júri.

Caso isso ocorra, é iniciada a segunda fase do procedimento, a qual ainda será presidida por um Juiz de Direito, todavia, neste momento, a principal decisão não está mais na mão deste magistrado, mas sim da população, a qual será representada por sete jurados sorteados que decidiram a sentença final do processo em julgamento. É aqui, que para uma parcela da doutrina se iniciam os problemas deste instituto.

Neste sentido, podemos mencionar a evidente influência midiática que tais jurados podem sofrer, pois nos dias atuais, com o avanço da tecnologia e o aumento ao acesso a informação, é notório que a pessoa escolhida para desempenhar a função de jurado, já terá prévio conhecimento do caso em questão. Todavia, este conhecimento, por diversas vezes, estará contaminado pelo

sensacionalismo exacerbado dos meios de comunicação, que buscam a qualquer custo aumentar suas lucratividades, apelando para narrativas que nem sempre condizem com a realidade.

Referido problema, somasse a falta de fundamentação das decisões, o que torna o jurado livre para decidir sob qualquer argumento, pois não precisará fundamentar os meios que o levaram a decidir de uma ou outra maneira. Diante disso, o risco de uma condenação ocorrer, baseada em fatos alheios ao processo é muito grande, abrindo-se inclusive a possibilidade de um julgamento movido por sentimentos preconceituosos, o que de fato não condiz com a busca de justiça.

Por estes motivos, busca-se permitir ao acusado de cometer tais delitos optar pelo julgamento frente ao conselho de sentença, ou diante de um Juiz de Direito, pois assim, caberá ao réu, juntamente a seus defensores, analisarem o caso concreto e verificarem em qual dos métodos de julgamento encontrará a melhor possibilidade de defesa.

Ao meu ver, tal supressão é totalmente cabível, pois como verificado, historicamente o direito fundamental de julgamento do tribunal do júri é do acusado, e não da sociedade, logo, se é um direito, não pode ser obrigatório ou impositivo. Não obstante, referida obrigação tem trazido prejuízos a inúmeros acusados, o que transforma o direito de julgamento frente a seus pares, em um dever, uma punição.

Ademais, é característica dos direitos fundamentais a sua limitabilidade, logo diante dos prejuízos trazidos pelo Tribunal do Júri através dos choques existentes com outros direitos fundamentais, resta evidente que a renúncia é juridicamente

cabível, pois o acusado só poderá exercer completamente o seu direito de presunção de inocência, devido processo legal, e ampla defesa, se permitido a ele a renúncia do julgamento frente ao tribunal do júri.

Não obstante, outra característica dos direitos fundamentais é a sua historicidade, a qual garante a proteção dos principais direitos de uma sociedade em um determinado período histórico. Logo, o direito ao Tribunal do Júri já foi de extrema importância na proteção de acusados, que se viam fardados a decisões arbitrárias, produzidas por juízes que sofreriam influência de reis e ditadores. Todavia, nos dias atuais, tais receios não se encontram mais na sociedade. O poder judiciário hoje é completamente desvinculado dos demais, possuindo total autonomia nas suas decisões, motivo pelo qual, não há mais atualmente, fundamentos suficientes a manter a instituição do Júri ativa.

Ademais, ainda que se entenda a necessidade de uma alteração legislativa a possibilitar tal direito, está também me parece totalmente possível, pois como vemos, as determinações do Art. 60, §4 da CF/88, visam proteger o chamado núcleo essencial do direito. Sendo assim, uma emenda constitucional que visasse a alteração do dispositivo, trazendo expressamente a possibilidade de renúncia do acusado, não infringiria as cláusulas pétreas, pois de fato não consumiria toda a existência deste direito, mas apenas adequaria a sua utilização, logo, o núcleo essencial deste direito permaneceria vigente.

Antes de finalizarmos, acredito ser importante salientar que o referido trabalho não tem o intuito condenar um instituto como o do Tribunal do Júri, pois é sabido que por diversos anos este foi sinônimo de uma luta incessante da sociedade por julgamentos

justos e verdadeiros, todavia, não podemos fechar os olhos para injustiças que possam estar ocorrendo em nossa sociedade, sendo assim, possibilitar ao acusado esta disposição, é um avanço necessário em nossa legislação, trazendo maior segurança jurídica a este instituto que merece sempre o nosso respeito.

REFERÊNCIAS

- ABNT. NBR 6023: Informação e documentação: Referências. Rio de Janeiro, 2002.
- AGRA, Walber de Moura. Curso de direito constitucional. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- ARAS, Vladimir. Renúncia ao julgamento pelo júri no processo penal brasileiro. Revista Custos Legis. v. II, p.1, 2010. Disponível em: <https://revistacustoslegis.wordpress.com/2016/04/28/renuncia-ao-julgamento-pelo-juri-no-proceso-penal-brasileiro/>. Acesso em 11 out. 2020
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 11 abr. 2020.
- CAMPOS, Walfredo Cunha. Tribunal do júri: teoria e prática. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- CAPEZ, Fernando. Curso de processo penal. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- DUQUE, Marcelo Schenk; NASCIMENTO, Isabela Moreira Antunes do. O princípio da proporcionalidade à luz da teoria dos limites dos limites: critérios de análise de restrições a direitos fundamentais. Revista Estudos Institucionais. v. 4, n. 2, p. 949-968, dez. 2018.. Disponível em: <https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/308>. Acesso em: 21 jun. 2020.
- FORTI, Iorio Siqueira D'alessandri. Tribunal do júri como garantia fundamental, e não como mera regra de competência: uma proposta de reinterpretação do art. 5º, xxxviii, da constituição da república. Revista Eletrônica de Direito Processual. v. 3, n. 3, p.1, 2009. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/22172/16021>. Acesso 11 abr 2020.
- JUNIOR, Almir Santos Reis; PRADO, Bruno Humphreys Lobo da Costa. A renunciabilidade do direito constitucional do júri popular em face da influência midiática. Revista das Faculdades Integradas Vianna Junior. Juiz de Fora. v. 11, n. 2, p. 241-265. 2020
- KIRCHER, Luís Felipe Schneider. Visão crítica (garantista) acerca do tribunal do júri. Revista Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 55, p.1, jul. 2008. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-55/visao-critica-garantista-acerca-do-tribunal-do-juri/>. Acesso em: 07 set. 2020
- LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. Fundamentos de metodologia científica. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- LIMA, Jairo Néia. Colisão e renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares. Revista Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 5, ed. 5, p.1, 2009.
- LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- MARCÃO, Renato. Curso de processo penal. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018
- MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- MEZZOMO, Marcelo Colombelli. Tribunal do Júri: vamos acabar com essa idéia!. Revista Jus Navigandi, v. 8, n. 62, p.1, 2003. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3690/tribunal-do-juri>. Acesso em: 4 mar. 2020
- MORAES, Guilherme Peña de. Curso de direito constitucional. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- MOTTA, Sylvio. Direito constitucional: teoria, jurisprudência e questões. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- MOUGENOT, Edilson. Curso de processo penal. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019
- NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito processual penal. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- OLIVEIRA, Renata Petry de. Visão crítica acerca do tribunal do júri: a problemática dos jurados e a possibilidade de renúncia ao julgamento pelo conselho de sentença. 2015. Monografia (Bacharel em Direito) – Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2015.
- PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- PADILHA, Rodrigo. Direito constitucional. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- PINHO, Rodrigo César Rebello. Direito constitucional: Teoria geral da constituição e direitos fundamentais. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- PODVAL, Roberto. Por uma justiça transparente. Folha de São Paulo. São Paulo, 29628. ed. 2010
- RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de direito constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019
- SILVA, Bianca Reis Gitahy da. A possibilidade de renúncia ao julgamento pelo tribunal do júri com instrumento de efetivação dos direitos e garantias fundamentais. 2017. Artigo (Especialização em Direito) – Escola da Magistratura, Rio de Janeiro, 2017.

REFERÊNCIAS

UNIARP - Universidade Alto Vale do Rio do Peixe. Normalização de trabalhos acadêmicos. /
Universidade do Alto Vale do Rio do Peixe. Caçador: EdUNIARP, 2019.

VERGARA, Sylvia C. Projetos e relatórios de pesquisa em administração. 3.ed. Rio de Janeiro: Atlas,
2000.

Artigo 12

UMA ANÁLISE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA E RESSOCIALIZAÇÃO NO BRASIL À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS



Gabrielle Aparecida Martins

Acadêmica do Curso de Direito Uniarp - Caçador/SC



Me. Caroline Neris Bridi.

Mestre em Desenvolvimento e Sociedade pela Uniarp - Caçador/SC



Uniarp 50



fapesc

Resumo

O presente trabalho busca elucidar os aspectos importantes concernentes à seara da justiça restaurativa, mostrando que a mesma possui como intuito, exaltar os valores ligados à equidade, democracia e justiça social. Na justiça restaurativa, o princípio da dignidade da pessoa humana é, essencialmente respeitado, uma vez que, verifica-se uma nova forma de resolução de conflitos, rompendo o círculo vicioso da violência criminal. Nesse diapasão, é importante analisar a origem e os modelos de justiça restaurativa, demonstrando que a sua aplicação tem surtido efeito em relação à justiça meramente retributiva.

Introdução

Na pesquisa apresentada, buscou-se estudar as especificidades da justiça restaurativa e os seus desdobramentos no território brasileiro, visto que é possível verificar que a mesma tem se expandido, com resultados, eminentemente positivos, nos últimos anos. Assim sendo, trata-se de uma técnica de solução de conflitos, no qual são apresentados diversos conjuntos de princípios que buscam conter os fenômenos e crimes que causam danos na sociedade atual, e dessa forma, a justiça restaurativa buscou dar respostas concretas, não somente ao crime, mas também aos conflitos que geram ofensas e atingem o princípio da dignidade da pessoa humana.

É importante, de fato, compreender as reais vítimas no processo, analisando a melhor forma de reparação dos danos, e fazendo com que os ofensores assumam uma responsabilidade efetiva na reparação. A indagação acerca da questão punitiva, analisa se ela é a única opção no momento em que ocorre a transgressão, uma

Destarte, o objetivo da pesquisa em questão é continuar a reflexão atual referente ao tema, de forma a demonstrar que a responsabilidade social nas práticas restaurativas cabe a todos os cidadãos. Desse modo, é preciso excluir a cultura do processo criminal, marcado pela crueldade e a tortura, especificamente nos crimes de menor potencial ofensivo. A metodologia utilizada, refere-se ao levantamento bibliográfico, ressaltando ideias de autores nacionais e estrangeiros, que tratam com maestria o tema em pauta, contribuindo para a evolução da pena no âmbito social.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa; Dignidade da Pessoa Humana, Resolução de Conflitos; Direitos Humanos; Direito Penal.

vez que o objetivo da justiça restaurativa é demonstrar que a punição não pode ser a única disciplina social, e destaca diversas importantes opções, como por exemplo, o acompanhamento e aconselhamento dirigidos, tecnicamente, ao acusado.

Nesse interregno, o apoio e o controle fazem com que o infrator compreenda a responsabilidade de seus atos, no sentido de haver uma conscientização mais abrangente, formando, essencialmente, a disciplina restaurativa.

O processo criminal tem adotado essa prática em diversas áreas, especificamente no Brasil, pois a Justiça Restaurativa tem sido aplicada nos juizados especiais criminais, atendendo aos crimes de menor potencial ofensivo. Entretanto, não se impõe a justiça restaurativa nem ao réu nem à vítima, posto que a voluntariedade e o consenso devem existir sempre.

Na esfera penal, especificamente, verifica-se que a vítima é meramente um meio de prova, contudo, o objetivo da justiça restaurativa é unir todos os envolvidos no crime, a fim de que ocorra o fenômeno mencionado por Souza e Zuge (2011). Por esse motivo, a justiça restaurativa proporciona para a vítima um local seguro, no qual se requer uma verdadeira oitiva, expressando cuidado com o sofrimento vivido diante da ocorrência da violência, mas podendo desistir diante do princípio da voluntariedade.

A preparação feita com a vítima e o réu, é algo que deve ser ressaltado, visto que, o mesmo também deve compreender e, por corolário, assumir as suas responsabilidades diante das ações praticadas, como verificado anteriormente. Nesse sentido, o princípio da dignidade da pessoa humana é, precipuamente colocado em prática, uma vez que, a maioria dos envolvidos no processo de restauração, saem satisfeitos das sessões, excluindo o ciclo da violência, mostrando a responsabilidade do infrator, trazendo o retorno social às vítimas, e permitindo um efetivo senso de comunidade.

Nesse contexto, a pesquisa a seguir buscará demonstrar e evidenciar que, os operadores do direito devem, acima de tudo, possuir efetiva humildade, abrindo-se ao novo e lidando com excelência na esfera social, mensurando de modo mais proativo, o impacto de suas ações e decisões. A justiça restaurativa não almeja ocupar o local do direito penal, mas sim, atuar nos casos específicos em que é cabível a sua existência, colaborando com o bem-estar social. As garantias e exigências processuais não podem ser consideradas como a única resposta para as transgressões, sendo necessário o surgimento de efetivas respostas para a violência, por meio do processo da justiça restaurativa, criando réus responsáveis, considerando que esse

configura-se como um importante desafio à ser conquistado na contemporaneidade.

A NECESSIDADE CONTEMPORÂNEA DE UMA JUSTIÇA PARA TODOS

O Estado contemporâneo possui características próprias para analisar as questões concernentes à Resolução de Conflitos no Brasil, como em todo o Estado globalizado. Desse modo, a autocomposição de litígios tem tomado forma em todo o cenário atual, fazendo com que as mudanças sejam sentidas, especificamente, no sistema Penal.

Nesse sentido, é considerável a teoria que afirma que, o crime pode ser visualizado de duas distintas formas, distributiva e restaurativa, a saber que:

na Justiça Retributiva temos um conceito estritamente jurídico de crime, ou seja, é conceituado como violação da Lei Penal e monopólio estatal da Justiça Criminal; na Justiça Restaurativa, por sua vez, temos um conceito amplo de crime, sendo o mesmo o ato que afeta a vítima, o próprio autor e a comunidade causando-lhe uma variedade de danos, bem como uma Justiça Criminal participativa. Em termos de procedimentos, destacamos o ritual solene e público da Justiça Retributiva, com indisponibilidade da ação penal, contencioso, contraditório, linguagem e procedimentos formais, autoridades e profissionais do Direito como atores principais, processo decisório a cargo de autoridades (policial, promotor, juiz e profissionais do Direito) contrapondo-se ao ritual informal e comunitário, com pessoas envolvidas, com oportunidade, voluntário e colaborativo, procedimento informal com confidencialidade, vítimas, infratores, pessoas da comunidade como atores principais, processo decisório compartilhado com as pessoas envolvidas (multidimensionalidade) típico da Justiça Restaurativa (ÂMBITO JURÍDICO, 2021).

O consenso representa a justiça restaurativa em toda a sua plenitude, momento no qual ambas as pessoas, seja a vítima ou o infrator, foram efetivamente afetados pela ação criminosa. Pelo viés restaurativo, ambos devem participar, em conjunto, para descobrir a melhor solução, visando a cura de todas as sequelas que foram construídas. Esse processo, trata-se de uma verdadeira onda de esperança em uma sociedade tão marcada por sofrimentos ligados à violência e à criminalidade.

Nesse sentido, a conhecida frase de Radbruch (1999, p.45) “é chegada a hora de pensarmos não apenas em fazer do Direito Penal algo melhor, mas algo melhor do que o Direito Penal” se mostra válida. Sob esse prisma, Zehr (2008, p. 13). afirma que:

Se o crime é um ato lesivo, a justiça significará reparar a lesão e promover a cura. Atos de restauração – ao invés de mais violação – deveriam contrabalançar o dano advindo do crime. É impossível garantir recuperação total, evidentemente, mas a verdadeira justiça teria como objetivo oferecer um contexto no qual esse processo pode começar.

O fato é que, a sociedade está acostumada a tratar o crime em forma de paradigma punitivo, devido à chamada lógica da racionalidade penal moderna (ALVARO PIRES, 2021), demonstrando que, uma única resposta voltada para as diversas situações criminais, não é viável para a atualidade.

A ideia primitiva de que, após a violação, deve haver uma sanção, a qual é carregada através da pena, evidencia que existem várias teorias explicitadas para amparar o sistema penal punitivo, sendo que grande parte dos doutrinadores ainda afirma que a pena

intimidar o infrator à não cometer novos crimes, tornando o mesmo um ser ressocializado. Entretanto, de acordo com os acontecimentos dos últimos anos, verificou-se que tal sistema faliu e não funciona corretamente no ordenamento jurídico.

Em relação ao sistema de justiça criminal, a atualidade prisional demonstra que a estrutura social construída foi pautada na lógica unicamente cartesiana mecanicista, que valorizava extremamente o individualismo e a exclusão, culminando sempre na submissão de uns em detrimento de outros (SANTOS, 2020).

Nesse íterim, a lógica impositiva e competitiva gerou uma forte onda de violência em toda a sociedade, principalmente com a chamada violência estrutural, a qual fez e faz com que as pessoas sejam privadas dos serviços básicos no seio social, culminando ainda na exclusão cultural, que separa pessoas em grupos, levando em consideração a situação financeira, etnia, sexualidade, dentre tantas outras diferenças.

A justiça restaurativa, por sua vez, busca fazer um verdadeiro convite para que a sociedade se una e repense estas lógicas de dominação, a fim de se construir uma lógica de empatia que promova responsabilidades específicas e que façam culminar a justiça restaurativa como política pública.

Historicamente o sistema penal sempre reprimiu as classes subalternas, uma vez que no início da modernidade, a prisão nasceu como mecanismo para adestrar o trabalho na Revolução Industrial, existindo o sistema penal para garantir a gestão diferencial das legalidades, mostrando que o sistema penal na verdade nunca serviu necessariamente para punir os poderosos (RIBEIRO, 2017).

Outrossim, não se pode, ingenuamente, acreditar que o sistema penal tem a mera intenção de proteger a sociedade, a qual apresenta um sistema classista. Ademais, uma das principais justificativas que protagoniza essa afirmação são as guerras às drogas, uma vez que tal ato atinge diretamente as classes pobres, como verifica-se nos Estados Unidos e no Brasil.

Não obstante, o sistema de justiça penal nasceu no século 13, com o confisco do conflito, em nome do exercício do poder soberano, substituindo as verdadeiras vítimas, fazendo com que as prisões ficassem abarrotadas de pessoas cometedoras de pequenos delitos ou de crimes definitivamente de bagatela (ÂMBITO JURÍDICO, 2020).

No contexto atual, a justiça restaurativa se apresenta como uma sábia solução para amenizar os conflitos existentes, considerada uma das novas formas de resolução de conflitos na atualidade, pois o acesso à justiça é um dos principais elementos exigidos na construção dos direitos humanos. Ocorre, todavia, que para que tal acesso seja concedido, muitos obstáculos são enfrentados, como por exemplo, as questões relacionadas às diversas formas de desigualdade, que podem ferir os diversos princípios constitucionais, conforme verifica-se no excerto de Cappelletti e Garth (1998, p. 55). Dentre as formas possíveis de desigualdade, constata-se as seguintes:

a) disponibilidade maior de recursos financeiros [de uma só parte], o que possivelmente aumenta a capacidade da outra parte de apresentar seus argumentos de maneira mais eficiente; b) aptidão [ou não] para reconhecer um direito e propor uma ação (o que no caso do

do sistema criminal significaria reconhecer-se como vítima de um delito e recorrer ao sistema penal); c) falta de disposição psicológica para recorrer a processos judiciais, que pode ocorrer por uma comum desconfiança dos advogados especialmente comum nas classes menos favorecidas – ou em razão de outros motivos, como procedimentos complicados, formalismos, ambientes intimidatórios (como tribunais), figuras consideradas opressoras (como juízes e advogados), que fazem com que aquele que poderia ou deveria procurar o sistema jurídico se sinta perdido, imerso em um mundo estranho.

Neste caso, a justiça restaurativa não nega o delito, fazendo apenas com que as reações sejam flexíveis às novas formas de consenso, como observado por Costa (2008, p. 59): “a inclusão da vítima, para o procedimento, juntamente com a mudança da cultura penal, torna a justiça restaurativa mais humana, tutora da dignidade da pessoa humana”.

Dessa forma, infere-se uma visão mais apaziguadora diante dos pequenos delitos, o que, por consequência, inclui as possíveis desjudicializações processuais na esfera penal, fazendo com o que o programa de justiça restaurativa possa resolver os casos, o que antes era considerado uma grande barreira para as classes sociais menos favorecidas, conforme pode ser constatado abaixo:

[...] um acesso mais livre à justiça para grupos sociais marginalizados, para quem o funcionamento do sistema de justiça é só mais uma maneira de prestar serviços aos ‘ricos’ e penalizar os ‘pobres’ e, ainda, a informalização possibilita um abatimento do nível de estigmatização e coerção inerentes à justiça formal (SICA, 2007, pp. 154-155).

A partir do exposto, nota-se que o espaço restaurativo não pode constranger as pessoas, como verifica-se em situações que apresentam os jovens algemados nos bancos de fóruns ou ainda sendo torturados em espaços militares, essas atitudes fazem com que a dignidade humana seja extremamente desrespeitada.

Todavia, não devem existir respostas automáticas para os crimes praticados em âmbito social, uma vez que, cada indivíduo possui as suas peculiaridades e deve com esse fato ser respeitado em suas diferenças e ações (MORRISON, 2006). O autor supracitado pontua ainda que, existem níveis de medidas restaurativas que devem ser respeitados.

O nível inicial, está voltado para pequenas desavenças, as quais não formam propriamente um conflito, sendo, pois, urgente a instauração de um sistema que viabilize um diálogo equilibrado entre os envolvidos e a comunidade.

A intervenção consiste em um procedimento onde é realizado um consenso eficaz, objetivando a restauração dos vínculos desfeitos, fazendo com que “vítima e o infrator, participem coletiva e ativamente na construção de soluções dos traumas e perdas causados pelo crime” (ÂMBITO JURÍDICO, 2021). No mesmo sentido, Morrison (2006, p. 305) argumentou que “[...] o foco de intervenções primárias está em reafirmar as relações, o foco de intervenções secundárias está em reconectar relações e o foco de intervenções terciárias está em consertar e reconstruir relações”.

A justiça restaurativa, procura em todos os âmbitos delegar importantes funções para cada ser social, de modo com que todos sintam-se envolvidos no processo, e entendam o seu grau de responsabilidade para garantir a resolução dos conflitos. A premissa principal se refere à promoção da empatia entre os participantes, os quais deverão, a partir do conceito de igualdade, respeitar as diferenças de cada indivíduo e trabalhar para o estabelecimento do acordo, constituindo relações, efetivamente saudáveis, e que prezem pelo bem comum e pelos conceitos de

verdadeira cidadania, no entanto é preciso evidenciar que esse processo se torna um verdadeiro desafio. É importante ainda, mencionar os chamados pontos de referência, responsáveis por ressaltar os aspectos inerentes aos principais argumentos para a instauração da justiça restaurativa, como elucidado abaixo:

1-focalize mais sobre o prejuízo do que sobre a infração de regras quebradas, 2-mostre consideração e compromissos iguais para com vítimas e ofensores, envolvendo ambos no processo de restauração, 3-trabalhe para o restabelecimento das vítimas, através do empoderamento e respondendo às suas necessidades, como elas a percebem, 4-apoie os ofensores, incentivando-os a compreender, aceitar e cumprir, suas obrigações, 5-reconheça que, embora as obrigações possam ser difíceis para os ofensores, elas não devem ser entendidas como lesões para eles. Devem ser passíveis de ser realizadas ou alcançadas, 6-proporcione, caso seja possível, oportunidades para um diálogo direto ou indireto entre vítimas e ofensores, 7-envolva e capacite (empodere) a comunidade afetada pelo processo de restauração, além de aumentar sua capacidade de reconhecer e responder às causas do crime na própria comunidade, 8-favoreça a colaboração e reintegração, em vez de coação e isolamento, 9-dê atenção às consequências involuntárias de suas ações e seus programas, 10-mostre respeito para com todas as partes incluindo vítimas, agressores e operadores da justiça (ZEHR, 2008, p.73).

Tais recomendações, tornam-se de suma importância para compreender a forma restaurativa de justiça, que possui como objetivo demonstrar que, acima de qualquer lei ou norma previamente estabelecida, é importante o foco nas consequências das ações delituosas, permitindo que o acusado faça uma análise sobre as relações pessoais e os danos causados.

Para Zehr (2008), é preciso consertar os danos causados pelo crime, cabendo unicamente ao acusado o reconhecimento de tal ato. Além disso, o momento conciliatório não precisa ocorrer no espaço físico dos fóruns comarcais, sendo assim, o processo de mediação pode ocorrer em unidades de ensino, ambientes

laborativos e outros espaços onde possa ser feita a conciliação. Não obstante, fato é que os movimentos ligados a justiça restaurativa existem em várias partes do continente, sempre com a mesma intencionalidade, mas com diferentes roupagens. Eles se dão através da instituição de novos grupos, tais como os movimentos sociais contra todas as formas de preconceito, bem como a existência de outros grupos, que vão até o judiciário buscar o alcance de seus direitos. Por esse motivo, as portas da conciliação e mediação começaram a ser abertas, sendo estendidas para a área criminal.

Tais atos são corriqueiros, especificamente no que concerne aos crimes de menor potencial ofensivo, fazendo com que classes específicas de mediação penal sejam criadas, tais como as conferências e ciclos de paz, como averiguado abaixo:

trata-se de um processo estritamente voluntário, relativamente informal e caracterizado pelo encontro e inclusão. A voluntariedade é absoluta, uma vez que os componentes da comunidade protagonistas desse modelo alternativo de justiça (autor e vítima) livremente optam por esse modelo democrático de resolução de conflito. A informalidade também é sua característica, malgrado relativa, distanciando-se do formalismo característico do vigente processo penal. O encontro é requisito indispensável para o desenvolvimento da técnica restaurativa, pois o escopo relacional, intrínseco a esse modelo alternativo, é a energia para se alcançar democraticamente uma solução para o caso concreto. Por tudo isso, é fácil entender porque a inclusão também é regra da prática restaurativa, uma vez que os cidadãos contribuem diretamente para o processo de pacificação social (ÂMBITO JURÍDICO, 2021).

A vontade da lei não é imposta, como ocorre na justiça tradicional, a reparação do dano ocorre em diversos patamares, proporcionando o encontro de diversos profissionais, a fim de inserir os envolvidos em processos morais e simbólicos.

A APLICABILIDADE DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO ATUAL

O sistema penal brasileiro apresenta uma grave crise em toda a sua estrutura, e atualmente, uma forte onda de violência prevaleceu em todas as camadas sociais, e por essa razão, nota-se uma ineficácia dos setores democráticos e jurídicos, bem como, o desinteresse dos governantes, como de fato Oxhorn e Slakmon (2005, p. 196), pontuam: “em democracias altamente desiguais como o Brasil, o sistema de justiça tende a refletir e perpetuar as desigualdades socioeconômicas existentes”.

Nesse interregno, são apresentados importantes modelos ligados à justiça restaurativa no país, os quais servem como exemplos concretos de práticas a serem seguidas para promover a redução da criminalidade em nosso país.

Nesse sentido, verifica-se os principais modelos, utilizados em vários lugares do continente, modelos estes que são pautados em princípios comuns relacionados aos padrões estruturais. Apesar desses fatores, cada localidade possui a sua realidade e, por esse motivo, os aspectos relacionados à justiça restaurativa devem ser flexíveis e tratar de cada caso de forma específica, conforme Aguiar (2009, p.118) salienta: “as práticas restaurativas vêm acontecendo e estão se moldando conforme as características e peculiaridades locais de suas aplicações”.

Outrossim, observa-se com grande importância que

fazer justiça do ponto de vista restaurativo significa dar resposta sistemática às infrações e a suas consequências, enfatizando a cura das feridas sofridas pela sensibilidade, pela dignidade ou reputação, destacando a dor, a mágoa, o dano, a ofensa, o agravo causado pelo malfeito, contando para isso com a participação de todos os envolvidos (vítima, infrator, comunidade) na resolução dos problemas (conflitos) criados por determinados incidentes. Práticas de justiça com objetivos restaurativos identificam os males infligidos e influem na sua reparação, envolvendo as pessoas e transformando suas atitudes e perspectivas em relação convencional com o sistema de Justiça, significando, assim, trabalhar para restaurar, reconstituir, reconstruir; de sorte que todos os envolvidos e afetados por um crime ou infração devem ter, se quiserem, a oportunidade de participar do processo restaurativo, sendo papel do poder público preservar a ordem social, assim como à comunidade cabe a construção e manutenção de uma ordem social justa (SCURO NETO, 2020, p. 45).

Ainda, em relação aos princípios, constata-se a não punição ou reparação do dano, o respeito mútuo e a voluntariedade, pilares essenciais no modelo restaurativo. Dito isso, verifica-se como é importante a atuação da Justiça restaurativa em países da América do Sul como, por exemplo, na Argentina, visto que neste país, a implantação da justiça restaurativa foi resultado das medidas tomadas pelo próprio Ministério da Justiça, que passou a resolver os conflitos através da prática mediatória, contando com o apoio da comunidade acadêmica para tal incrementação judiciária.

O mesmo fato ocorreu no Chile, com a instauração do chamado “Centro Alternativo para a Solução de Conflitos”, que objetivou criar no próprio campo científico formas para assegurar um equilíbrio na resolução de conflitos (PARKER, 2005). Essa instauração colaborou para o surgimento do chamado, “acordo reparador”, que serviu para ser usado em crimes específicos, a fim de evitar o tumulto processual e promover a eficácia na resolução das ações, beneficiando tanto a vítima, quanto o infrator.

Sobre isso, Parker (2005, p. 249) afirma que

A ideia de justiça restaurativa foi incluída como componente da ênfase nos direitos das vítimas... O esforço para conceber essas mudanças foi motivado pelo desejo de melhorar o tratamento de vítimas, permitindo-lhes participar na resolução de conflitos criminais se elas assim desejassem. A meta é satisfazer as necessidades de vítimas e restabelecer a paz.

Dessa forma, é possível perceber que diferentes países demonstram o modelo utilizado na aplicação da medida restaurativa, adequando as suas práticas, diretamente com os direitos humanos, buscando garantir a proteção legislativa em todos os momentos, além de outros importantes pilares, tais como a exclusão de toda forma de discriminação seja ela racial, de gênero ou econômica, fazendo com que o acusado, o tempo todo, lembre-se do acordo feito no âmbito referente ao programa, e reconheça de fato os danos causados às vítimas.

O facilitador nas ações conciliatórias, possui, como importante papel, analisar com um olhar humano, as diferentes culturas e costumes, para que assim, atue de forma adequada, proporcionando a instauração da justiça restaurativa e promovendo a participação concreta e ativa de todos os envolvidos.

A partir do momento em que os princípios da justiça restaurativa são aceitos pela sociedade brasileira, a esfera penal será dotada de verdadeira equidade e dignidade, demonstrando que as decisões da Suprema Corte utilizam importantes pilares, tais como as noções inerentes à fraternidade e equidade. Tratam-se de qualidades esquecidas na sociedade, mas que alicerçam a ideia de universalidade dos direitos humanos. Nesse sentido, não somente a justiça penal, mas outras áreas do direito, têm caminhado para

uma maior flexibilização, a fim de conseguirem soluções pacíficas nos conflitos.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E RESSOCIALIZAÇÃO

O acordo de não persecução penal foi estipulado juntamente com o chamado “pacote anticrime”, que consiste em ações que têm por objetivo, estender o diálogo e as práticas restaurativas, fornecendo políticas consensuais no processo penal (Lei 13.964/2019). Desse modo, o objetivo é proporcionar ampla coerência em detrimento do sistema criminal, uma vez que o acusado concorda com o Ministério Público ao cumprir determinadas condições próprias para o desfecho do litígio, as quais não excluem a sua liberdade, sendo que, em contrapartida, o Ministério Público arquivava o processo, a partir do momento em que o acusado cumpre com os devidos acordos. Acerca do tema, Cunha (2001, p. 120) observa importantes benefícios, dentre eles:

a) a exigência de soluções alternativas no processo penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves; b) priorização dos recursos financeiros e humanos tanto do Ministério Público, quanto do Poder Judiciário, para processamento e julgamento dos casos mais graves; c) minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafogando os estabelecimentos prisionais.

Analisar os aspectos processuais do respectivo tema é necessário, uma vez que um dos motivos para a utilização do acordo de não persecução, está ligado ao tempo de desfecho dos processos, no cenário jurídico atual. Nesse contexto, verifica-se que, o Ministério

Público, tal como a Procuradoria, podem não exigir a ação penal por motivos específicos, conforme preceitua Kant de Lima (1989, p. 65):

conquanto o CPP não seja explícito acerca do acordo sob comento – o que é plenamente justificado pelo fato de ter entrado em vigor em 1942, quando o princípio da obrigatoriedade ainda era tido como um dogma absoluto – fato é que, ao tratar do arquivamento, o art. 28, do nosso diploma processual penal não especifica nem dispõe expressamente quais devem ser as razões invocadas pelo Ministério Público para a promoção do arquivamento do inquérito policial. Ora, se o dispositivo faz referência genérica às razões invocadas, parece-nos possível incluir, dentre elas, o cumprimento do acordo de não-persecução penal, por meio de uma interpretação sistemática do art. 28, do CPP com os arts. 18 e 19 da Resolução 181 do CNMP (KANT DE LIMA, 1989, p. 65).

Após o exposto, é possível considerar que o acordo de não persecução se torna uma saída para que o sistema processual, torne-se efetivo, cumprindo com o princípio da eficiência. Além disso, constata-se ainda que a finalização de tal acordo será realizado no processo em curso, contendo os dados específicos do acusado e todas as demais condições do acordo, processo que será realizado entre o Defensor Público, o Ministério Público e o acusado, cumprindo-se uma exigência básica, a saber: pena mínima inferior à quatro anos, exigindo-se que o crime não seja cometido com violência ou grave ameaça (Resolução n 181, de 07 de agosto de 2017, CNMP, 2020). Existem outras exigências, que podem ser requeridas ou não, a depender do caso em concreto, como verificado a seguir:

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; (Redação dada pela Resolução n° 183, de 24 de janeiro de 2018) II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (Redação dada pela Resolução n° 183, de 24 de janeiro de 2018) III –

prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018).

Há várias indagações acerca da constitucionalidade do referido acordo, uma vez que a pauta passou a ser realizada pelo Ministério Público, a partir da Resolução 181 de 2017. Outrossim, vale salientar que tal decisão foi tomada em função do Legislativo ter sido moroso na execução de um diploma legal sobre a questão, e nesse momento, as barreiras encontradas para o acordo de não persecução, respaldam-se na tese de que não existe, oficialmente, uma legislação que verse sobre o tema, ocorrendo posições antagônicas sobre a questão.

Aqueles que concordam com o acordo, mencionam a natureza dos processos, não violando os princípios relacionados à obrigatoriedade da ação penal. Além disso, ressalta-se ainda que a referida resolução feita pelo Ministério Público, mostrou a importância dos princípios constitucionais, elencando a celeridade, a proporcionalidade e outros importantes princípios, contidos na Carta Magna (CABRAL, 2017).

O argumento sustenta-se pelo fato de que essas atitudes estavam de acordo com as posições específicas do Supremo Tribunal,

bem como, com as resoluções de outros Conselhos, tais como o Conselho Nacional de Justiça e o CNMP (STF, 2020).

A partir das explicações salientadas, pode-se afirmar que ao se falar em justiça restaurativa, algumas ideias podem ser condensadas do seguinte modo: são ações que buscam incluir as novas formas de consenso na sociedade atual, buscando a facilitação dos atos jurídicos, recuperando pessoas e desafogando o poder judiciário.

Assim, o teor social do acordo passa a ter novos horizontes, para além da punição, com vista à uma verdadeira reestruturação do sistema punitivo, a saber que é de extrema importância, considerar a existência da Resolução 181 de 2017, feita pelo Ministério Público, sabendo que esta não é somente resultado do fracasso e das dificuldades enfrentadas pelo sistema penal brasileiro, mas é, antes de tudo, uma tentativa de reduzir o excesso de processos que se arrastam, ano após ano, no sistema jurídico, pois não se pode negar que existe uma concreta desproporcionalidade entre os delitos cometidos e penas aplicadas. E, tudo isso, sem analisar a grave e emblemática situação dos presos em caráter provisório, os quais esperam por anos a fio, para terem a sua situação jurídica resolvida, sendo desrespeitado, sobretudo, o princípio da dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa permitiu verificar a estrutura da justiça restaurativa, observando os vários modelos que a compõem e que podem ser seguidos, e conforme o analisado, trata-se de uma forma de

repensar a justiça, à luz de importantes princípios, tais como a essência da dignidade da pessoa humana, bem como o princípio da fraternidade. Entretanto, essas são práticas novas e conhecidas de um reduzido número de pessoas, fazendo com que seja preciso auxílio de especialistas desses procedimentos, para que se tenha a sustentação na composição dos litígios e conflitos.

Além disso, é salutar destacar que a multidisciplinariedade tende a enriquecer as práticas restaurativas, justamente porque, por meio dela, nuances não observadas pelo sistema judiciário podem vir à tona, tais como a condição econômica e afetiva e/ou fatores pessoais e psicológicos que os operadores do Direito, muitas vezes, estão despreparados para ponderar e compreender.

É fato que, quando se fala em justiça restaurativa, há, neste momento, apenas algumas ações tímidas, diante de um sistema de justiça já conhecido e historicamente solidificado, contudo, os profissionais que atuam na mediação e conciliação de conflitos, lutam para que as ações sejam reconhecidas concretamente e seguidas de forma a causar confiabilidade nas instituições judiciárias, demonstrando que a democracia, juntamente com o Direto Penal, necessita de novas expressões que alicerces a igualdade e a cidadania no Direito Brasileiro.

As medidas humanas são evidenciadas nas práticas diárias de justiça restaurativa, as quais têm por objetivo colaborar tanto com a vítima, quanto com o ofensor, pois trata-se de seres humanos, que são iguais perante a sociedade. Ocorre que, por detrás de ações criminosas – como já foi mencionado - podem ocorrer conflitos familiares peculiares, além da presença da pobreza,

da miséria e da indignidade, fazendo com que crianças inocentes, ao copiarem o modelo de seus criadores, tornem-se cidadãos em conflito com a lei.

Não obstante, como foi possível observar, o tema se mostra complexo à medida em que se analisa a estrutura do problema, desde as suas raízes, dessa forma, as políticas públicas de acesso à educação e justiça social tornam-se de suma importância, pois somente através de uma correta distribuição de renda e do acesso equânime à uma educação de qualidade, crianças e adolescentes poderão ter acesso à cultura, saúde e educação, dentre outras necessidades, intrínsecas a todo o ser humano. Em outras palavras, com a mudança de mentalidade de toda a sociedade é que as práticas restaurativas terão sucesso.

O êxito na execução de políticas restaurativas, estabelecerá um novo significado na sociedade em geral, uma vez que é necessário que os cidadãos acreditem nesse modelo jurisdicional, já que os modelos clássicos que restaram são frustrados, diante de tanta violência e corrupção disseminada no meio político e social. Ao trazer a comunidade para as decisões em meio aos atos criminosos ocorridos, ocorre uma ação pedagógica, na qual todos entendem o processo de reinserção e os motivos pelos quais, cada um agiu de determinada forma.

O modelo restaurativo de justiça, igualmente, pode solucionar melhor as práticas criminosas, pois ao se sentir valorizado, o ser humano tende a corresponder positivamente em suas ações, e é importante que todas as pessoas tenham novas oportunidades em suas vidas, oportunidades para agir diferente, repensando os seus atos e possivelmente, reavaliando as suas falhas. No processo jurisdicional, não se pode deixar de lado as práticas inerentes aos

direitos humanos, lembrando que, o fato de o agressor assumir os seus atos é um avanço importante, o qual, na maior parte das vezes, não ocorre no Direito Penal tradicional.

À medida que o acusado reflete sobre as suas práticas criminosas ou ofensivas, através da união de vários profissionais, amigos e familiares, acaba desenvolvendo um senso de consciência maior do que se o mesmo é forçado à reconhecer os seus crimes. Por outro lado, o sistema penal clássico separa o acusado da convivência social, o deixando sozinho em sua defesa, causando um grande preconceito e aversão, direcionada aos cidadãos autoproclamados como, “politicamente corretos”, os quais sob o pretexto da moral e bons costumes, punem e massacram os seus semelhantes.

Nesse sentido, cumpre informar uma anotação importante advinda dos ensinamentos de Cristo, o qual ao se dirigir para alguns homens, que desejavam apedrejar uma certa mulher pecadora, lhes exclamou que, caso não tivessem pecados, que atirassem a primeira pedra que encontrassem, na referida mulher. Como se conhece a história, todos foram embora e deixaram as pedras no chão.

Esse é o papel da justiça conhecida por restaurativa: empatia e humanização, é fundamental que as pessoas se coloquem no lugar do outro, sabendo que, por mais correto e íntegro que alguém possa ser diante de uma sociedade, todos possuem os seus demônios internos, devendo combatê-los todos os dias, para saírem vencedores diante dos desafios impostos pela vida cotidiana. Um ser humano, ao estender a mão a outro ser humano, ainda que o considere inferior e criminoso, faz com que as ocorram transformações positivas, e essa ideia, não se trata de

de um discurso meramente apaixonado e romântico, mas sim da evidência de pesquisas práticas, com resultados surpreendentes e positivos na diminuição da criminalidade por meio de práticas restaurativas.

REFERÊNCIAS

GISI, Bruna et al. A teoria da "Racionalidade Penal Moderna" e os desafios da justiça juvenil: Entrevista com Álvaro Pires. *Plural*, v. 24, n. 1, p. 124-160, 2017. Disponível em: <https://nev.prp.usp.br/wp-content/uploads/2019/09/137506-Texto-do-artigo-265776-1-10-2017083-0-1.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2021.

BRASIL, Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 181, de 07 de agosto de 2017. Dispõe sobre a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br>. Acesso em: 23 jan. 2021.

BRANDON, Martin. GRATTET, Ryken. Alternatives to incarceration in California. Disponível em: <http://www.ppic.org/publication/alternatives-to-incarceration-in-california/>. Acesso em: 10 jan. 2021.

CÂNDIDO, Bressam Valéria. Cultura de paz e o desenvolvimento da justiça restaurativa no Poder Judiciário do Estado de São Paulo. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/28494/cultura-de-paz-e-o-desenvolvimento-da-justica-restaurativa-no-poder-judiciario-do-estado-de-sao-paulo>. Acesso em: 20 jan. 2021.

CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.

COSTA, Helena Regina Lobo da. A dignidade humana: teorias de prevenção geral positiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CUNHA, Luciana G. Juizado Especial: Ampliação do Acesso à Justiça In: SADEM, M. T. (org). Acesso à Justiça. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer. Disponível em: <https://www.anpocs.com/index.php/papers-28-encontro/st-5/st05-4/3925-icunha-juizado/file>. Acesso em: 20 jan. 2021.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. et al. Acordo de não persecução penal – Resolução 181/2017 do CNMP: um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução 181/17 do CNMP). Editora JusPodivm. Salvador, 2017. p. 30.

SOUZA, Edson Luiz André de; ZÜGE, Márcia Barcellos Alves. Direito à palavra: interrogações acerca da proposta da justiça restaurativa. *Psicologia: ciência e profissão*, v. 31, n. 4, p. 826-839, 2011. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1414-98932011000400012>. Acesso em: 20 jan. 2021.

EDITAL PNLD. Disponível em: <https://www.fnnde.gov.br/index.php/programas/programas-do-livro/consultas/editais-programas-livro/item/11555-edital-pnld-2020>. Acesso em 27 de janeiro de 2021.

BRASIL, Lei 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm. Acesso em 10 de janeiro de 2021.

CAVALCANTE, Karla Karênina Andrade Carlos. Âmbito Jurídico: Evolução Histórica do Direito Penal. 2007. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/evolucao-historica-do-direito-penal/>. Acesso em: 20 jan. 2021.

FONSECA, Reynaldo Soares da. O Princípio Constitucional da Fraternidade: Seu Resgate no Sistema de Justiça – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

FONSECA, Reynaldo Soares da. Canal Instituto de Direito Público. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=3NogQPL3oag>. Acesso em: 15 fev. 2021.

KANT DE LIMA, Roberto. Cultura Jurídica e Práticas Policiais: a tradição inquisitorial. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n.10, v.4,65-84, 1989.

MAZDA, Edmir (org). Justiça e Educação em Heliópolis e Guarulhos: parceria para a cidadania. São Paulo: CECIP, 2007.

MORRISON, Brenda. Bullying Escolar e Justiça Restaurativa: Compreensão teórica do papel de respeito, orgulho e vergonha. Tradução por João Morris e Clara Terra. São Paulo, Palas Athena, 2006, disponível em http://justica21.org.br/arquivos/bib_419.doc. Acesso em: 26 jan. 2021.

ORTEGAL, Leonardo Rodrigues de Oliveira. Justiça Restaurativa: uma via para a humanização da justiça. 62 f. Monografia de Serviço Social. Universidade de Brasília – UnB. 2006. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/694/1/2006_LeonardoOrtega.pdf. Acesso em: 26 jan. 2021.

RADBRUCH, Gustavo. Introdução à Ciência do Direito. São Paulo, Martins Fontes, 1999.

RIBEIRO, Lorena Lima de Patrício. Medo e Controle Social: uma análise da instrumentalização do medo na gestão penal da miséria, 2017.

SICA, Leonardo. Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro, Lumem Juris, 2007.

G1. Superlotação Aumenta e Número de Presos Provisórios Volta a Crescer no Brasil. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/26/superlotacao-aumenta-e-numero-de-presos-provisorios-volta-a-crescer-no-brasil.ghtml>. Acesso em: 25 fev. 2021.

REFERÊNCIAS

ZEHR, Howard. Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2008.

STF – ADC 12 MC, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00015 EMENT VOL-02245-01 PP-00001 RTJ VOL-00199-02 PP-00427, JusBrasil, 2006. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/761859/medida-cautelar-na-acaodeclaratoria-de-constitucionalidade-adc-mc-12-df>. Acesso em 23 de fevereiro de 2021.

STF – MS 27621, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-092 DIVULG 10-05-2012 PUBLIC 11-05-2012, JusBrasil, 2011. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21585021/mandado-de-seguranca-ms-27621-df-stf>. Acesso em 23 de fevereiro de 2021.

Artigo 13

VIOLAÇÃO DAS PRERROGATIVAS DO ADVOGADO: A LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE NO BRASIL PÓS LAVA-JATO



Aldair Marcondes

Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP) – Fraiburgo/SC – Brasil



Marco Antonio Córdova Ransolin

Universidade Alto Vale do Rio do Peixe (UNIARP) – Fraiburgo/SC – Brasil



Uniarp 50



fapesp

Resumo

A advocacia é necessidade básica à manutenção da justiça, sua existência remonta ao princípio das civilizações, pois a partir deste momento o homem buscou alguém de coragem e conhecimento ímpares, com a finalidade de representá-lo em suas lides. Todavia, no cenário político-jurídico recente, muitas prerrogativas, inerentes à importante função da advocacia, foram tolhidas de seus representantes. Durante a Operação Lava Jato atrocidades foram cometidas em desrespeito ao advogado e a sua figura, sob o pretexto de promover a justiça. É nesse contexto que surge a Lei de Abuso de Autoridade, com o objetivo de conter atos arbitrários e assegurar o pleno exercício da atividade jurídica.

Introdução

A busca por materializar um conceito único de Justiça, é meta incessante de doutrinadores, juristas e filósofos ao longo da história. Sem sucesso, alguns conseguiram desenvolver conceitos parciais sobre esta instituição tão antiga. Isso ocorre principalmente, porque a Justiça pode ser traduzida em um conceito subjetivo, representada de inúmeras formas através de uma infinidade de explicações, que não estão necessariamente erradas sobre o tema.

Aristóteles por exemplo defendia que a justiça em sentido amplo, representa tanto a legalidade quanto a igualdade. Ambos como princípios. Sendo assim, todo homem que seguia a lei, era tão justo quanto aquele que aplicava a igualdade nas relações humanas (ARISTÓTELES, 1991).

Em todos os momentos da história da Humanidade, homens cometeram atrocidades em favor de preceitos e ideias

Entretanto, se faz necessário que a partir disso, julgados e entendimentos sejam prolatados de forma a respeitar a norma criada.

Palavras-chave: Advocacia. Prerrogativas. Justiça. Operação Lava Jato. Lei de Abuso de Autoridade.

questionáveis. Atos contra a sociedade, contra o Direito e a vida, foram praticados sob inúmeros pretextos diferentes. E cada qual, a seu tempo e modo, foi justificado.

Quando os direitos do terceiro são violados, em nome de uma pretensa “causa maior”, se criam precedentes. Que não são precedentes da luta por grandes causas, mas sim, da violação de direitos individuais. Assim foram ao longo de séculos, em todas as partes do mundo.

Mas há uma evolução clara dos direitos individuais, que começa a partir do governo de Sólon, na Grécia, avançando para a construção dos conceitos gerais de Direito, em Roma, pontuados novamente, no período no Renascimento, e depois, na Revolução Francesa.

São elementos identificáveis através dos tempos, e que buscam a construção do que a sociedade ocidental chamou de Estado de Direito, e que a lei brasileira, de forma inclusive pleonástica, cristalizou na Carta Magna, como o “Estado Democrático de Direito”.

O contexto da atualidade nos trouxe, na história recente do Brasil, uma miríade de violações a direitos e garantias individuais, especialmente sob o escopo do combate à corrupção e ao crime organizado.

Todavia, esse avanço sistemático da estrutura do Estado, contra os direitos e garantias individuais, reacendeu antigas discussões sobre os limites da atuação dos agentes punitivos, e do papel do advogado na construção da Justiça e da manutenção do Estado de Direito.

As operações e os atos da Polícia Federal e do Ministério Público tiveram grande impacto na sociedade e foram muito discutidas nos últimos anos, inclusive gerando iniciativas legislativas para tentar coibir os eventuais abusos.

Neste cenário, muitas situações de violação dos direitos e garantias individuais foram facilmente identificáveis, especialmente por terem sido desconsiderados diversos procedimentos jurídicos essenciais à garantia do direito da ampla defesa. Talvez, a mais nociva violação de direito seja a que ataca a prerrogativa do advogado, considerando ser ele o defensor da sociedade, representando no processo, o réu.

Para isso, deve-se questionar a função do advogado no processo punitivo moderno no Brasil, buscando-se saber por quais motivos esta classe desfruta de prerrogativas exclusivas e por que tais direitos foram agora defendidos, de forma ainda mais incisiva, na recente Lei Federal nº 13.869/2019.

A FUNÇÃO DA ADVOCACIA: UM CONTEXTO HISTÓRICO

Em quase todos os grandes eventos da história da humanidade, os advogados estiveram presentes de forma muito expressiva, interpretando o Direito da época, coordenando movimentos, orientando líderes e formulando teorias que inspiraram multidões. Movimentos como a Independência norte-americana, a Reforma Protestante, a Revolução Francesa, a Independência do Brasil além de outros tantos fatos históricos de relevo, somente ocorreram pela participação dos advogados.

O advogado surge da necessidade que o homem tem de se defender dos que, de maneira indevida, buscam tirar-lhe vantagens, lesam seus bens ou direitos. Existe, portanto, desde que o primeiro homem, utilizando-se da palavra, defendeu seus semelhantes (FONTANA, 2007).

A Inquisição Espanhola, o Período do Terror, na França, a caça aos judeus durante o nazismo, e todos os movimentos ditatoriais do mundo, foram repletos de violações à sociedade (NEVES, 2018).

Imagine-se um momento do passado longínquo, no qual duas pessoas discutiam acerca de certo tema, cada uma buscando a prevalência de seu ponto. Um dos contendores, contudo, percebeu por algum motivo, que outra pessoa, e não ele próprio, teria mais

facilidade de apresentar seus argumentos. [...] Um terceiro passava a defender os interesses de alguém numa discussão. Nascia assim, o advogado, alguém que fala pelo outro, que o representa num litígio, que age em sua defesa (NEVES, 2018. p. 30).

Num primeiro momento, a defesa era exercida por amigos ou parentes do ofendido. Ato de extrema coragem e que necessitava grande poder de persuasão. Entretanto, com o passar do tempo, tornou-se evidente a necessidade de optar por pessoas com maior conhecimento das leis e costumes para atuar na solução dos litígios. E foi em Atenas, na Grécia, que surgiram os primeiros oradores, grandes autoridades aptas a falar diante dos tribunais (FONTANA, 2007).

Em Roma, a função advocatícia desdobrava-se em duas ramificações: os advogados representantes das partes em conflito e os juriconsultos, grandes estudiosos da ciência jurídica. Ambas eram tarefas destinadas somente aos patrícios, pois somente eles tinham acesso ao direito. Fato este, que sofreu modificação após a criação da Lei das XII Tábuas, cessando o monopólio da lei e permitindo que os plebeus, de igual forma, a conhecessem (LÔBO, 2019).

Doutrinariamente se afere o posto de primeiro advogado da história a Demóstenes (384 a.C. – 322 a.C.), um político ateniense que dominava com maestria a arte da oratória, e naturalmente, a usava para defender cidadãos da Grécia, pelos motivos mais variados. Representaram também grande relevância neste mesmo período, oradores como Isócrates e Péricles (NEVES, 2018).

A advocacia, como defesa de pessoas, direitos, bens e interesses, teria nascido no terceiro milênio antes de Cristo, na Suméria, se forem considerados apenas dados históricos mais remotos, conhecidos e comprovados. Segundo um fragmento do Código de Manu, sábios em

leis poderiam ministrar argumentos e fundamentos para quem necessitasse defender-se perante autoridades e tribunais. [...] Há quem localize na Grécia antiga, especialmente em Atenas, o berço da advocacia, onde a defesa dos interesses das partes, por grandes oradores como Demóstenes, Péricles, Isócrates, se generalizou e se difundiu (LÔBO, 2019. p. 22).

Aos poucos, a função advocatícia passou a ser mais prestigiada. Nos mesmos tempos do proeminente orador, em Roma, aqueles que se sujeitavam a defender os interesses dos outros perante um tribunal passaram a ser chamados de advocatus, ou procuradores in iure e in iudicio (NEVES, 2018).

Com o tempo, Roma somente aperfeiçoou o Direito e os agentes envolvidos na operacionalização do sistema legal. Para os advogados, o reconhecimento maior se deu ao tempo em que Marco Túlio Cícero (106 a.C. – 43 a.C.), através de suas exortações, conseguiu que a advocacia se tornasse um “munus público” (em outras palavras, uma função social), pelo grande prestígio que detinha entre o povo romano (ALVES, 2002).

Entretanto, a advocacia passou a ser reconhecida de fato como profissão organizada somente no século VI, quando o antecessor de Justiniano formou a Ordem dos Advogados do Império Romano do Oriente. Para ser membro de tão importante classe várias regras eram impostas, dentre as quais se destacam: receber aprovação em um exame de jurisprudência, possuir conduta ilibada, boa reputação e não abandonar a defesa uma vez aceita (FONTANA, 2007).

Em Portugal já existiam referências a advocacia desde o século XIII, mas foi somente com as Ordenações Filipinas que foi criada a primeira organização, tendo importante influência na criação dos

pilares do direito brasileiro. Tais ordenações possuíam várias regras a serem seguidas por seus membros, como: oito anos de curso jurídico, aprovação em exame específico e proibição de atuar contrariamente à lei (LÔBO, 2019).

Com as ordenações, especialmente as Filipinas, o ritual para o exercício da advocacia foi exigindo maiores rigores. Com isso, o indivíduo somente poderia advogar ali, se fosse probo, falasse a verdade e emitisse, com franqueza, sua opinião, características que se exigiam do profissional dentre outras. As ordenações traziam várias regras, especialmente sobre a responsabilidade civil do advogado (FONTANA, 2007. p. 186).

No Brasil pós-colonial a advocacia como profissão tem seu início com a implementação de cursos jurídicos no ano de 1827 no Estado de São Paulo. A posterior criação do Instituto dos Advogados do Brasil (1843) e, por fim, da Ordem dos Advogados do Brasil (1930), representaram etapa ímpar na história do país e da organização da advocacia brasileira, na qual o advogado foi reconhecido como indispensável à administração da Justiça (LÔBO, 2019).

• FUNÇÃO INDISPENSÁVEL PARA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

Em 05 de outubro de 1988, pouco antes das 16h00min, o deputado federal Ulysses Guimarães acompanhado do presidente do Senado Federal, do presidente do Supremo Tribunal Federal e do Presidente da República, promulgou a Constituição Federal que é vigente até hoje. Na Carta Magna está plasmado o seguinte artigo:

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
[...]

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei (BRASIL, 1988, p.73).

A essencialidade do advogado no desempenho das funções que lhe cabem, é assegurada não apenas pela Constituição Brasileira, mas também pelo próprio Estatuto da OAB (Lei Federal nº 8.906/94). E isso se deve especialmente, pelo longo período de turvação dos direitos e garantias individuais, vivenciados pela sociedade brasileira, no nefando período ditatorial vivido entre 1964 e 1984 (GONZAGA, 2019).

A ausência de direitos, naquela época, gerou na população, um sentimento transmitido aos representantes constituintes, de que se queria uma sociedade onde a garantia da liberdade civil fosse plena. E para assegurar esta liberdade, era, e é fundamental, estabelecer ao advogado, um conjunto de direitos que lhe permitam promover a defesa integral do interesse social (SILVA, EL., 2011).

É por essa razão que o supramencionado artigo 133 da Constituição Federal assegura a inviolabilidade do exercício advocatício nos limites da lei. Tal preceito constitucional assegurou ser indispensável a presença do advogado para que seja possível alcançar a plena atividade jurisdicional. O que confere ao defensor dignidade e importância impossíveis de serem desprezadas (SILVA, EPB., 2011).

A evolução do Estado brasileiro, levou à criação de alguns instrumentos legais, que tornaram desnecessária a figura deste profissional. Mas a construção jurisprudencial, especialmente na Corte Constitucional, tem assegurado a primazia da função da advocacia, nos processos em geral (PARIZATTO, 2012).

De outro lado, tampouco o caráter imprescindível da advocacia para a atuação em juízo é absoluto, podendo ser excepcionado por lei. A representação técnica é dispensada em certas hipóteses nos juizados

especiais. O habeas corpus e a revisão criminal também podem ser pedidos pelo próprio réu. À parte as hipóteses excepcionadas por lei, são absolutamente nulos os atos processuais praticados por quem não dispõe de capacidade postulatória (MENDES; BRANCO, 2017. p. 1104).

A capacidade postulatória ora citada é a aptidão atribuída aos advogados pela Lei Federal nº 8.906, de 04 de julho de 1994, que em seu primeiro artigo traz a seguinte redação: “são atividades privativas da advocacia: I – a postulação a órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais; [...]” (Estatuto da Advocacia e da OAB, 2017. p. 17).

A indispensabilidade do advogado traduz muito bem o que pretende expor em tal dispositivo, pois traz à tona a necessária participação da nobre classe na vida de um Estado Democrático de Direito. Ao julgar a petição nº 1.127-9/SP, o Supremo Tribunal Federal entendeu a presença do advogado no processo como instrumento de concretização das garantias de ordem jurídica, bem como de respeito as liberdades públicas e direitos constitucionais assegurados a cada pessoa (SILVA, EPB., 2011).

Assim como também se encontra, no novo Código de Processo Civil, a previsão legal que assegura o mesmo direito aos advogados:

Código de Processo Civil Comentado
[...]

Art. 103. A parte será representada em juízo por advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.

Parágrafo Único: É lícito à parte postular em causa própria quando tiver habilitação legal.

I. Capacidade postulatória como requisito para o ato de demandar: Para demandar deve ter capacidade processual, isto é, aptidão para exercer direitos em juízo, e além disso, capacidade postulatória, que é a aptidão para pleitear algo em juízo. No direito brasileiro exige-se

a representação por advogado para se postular em juízo (MEDINA, 2016. p. 203).

Para desfrutar de tais capacidades, o advogado deve demonstrar seu conhecimento através de um exame de admissão nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil. Esta prova, a que o bacharel em Direito se submete para se tornar advogado, não passa de uma demonstração de excelência, nos requisitos mínimos necessários à função social que desempenhará. Sendo, desse modo, nulo o processo em que a parte seja representada por quem não possua habilitação legal para o exercício da advocacia (MORAES, 2012).

A capacidade postulatória, portanto, também conhecida como *ius postulandi*, confere ao advogado a possibilidade de deduzir uma pretensão em juízo. É permitida a postulação direta pela parte apenas na possibilidade de advogar em causa própria ou no juizado especial, não excedendo a causa ao valor de vinte salários mínimos. Tal atividade, desse modo, é privativa, pois seriam mínimas as possibilidades de que a parte, sem nenhum conhecimento jurídico prévio, interpusesse recurso para questionar algum vício processual (RIBEIRO, 2019).

AS PRERROGATIVAS ADVOCATÍCIAS

Sendo a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) uma organização que desempenha serviço público relevante, e tem ainda sua forma e personalidade jurídica, federativas, é mais do que correto que os membros da OAB tenham um Estatuto outorgado por uma lei federal. Para isso, a criação, em 4 de julho de 1994, da Lei Federal nº 8.906.

O texto em si, versa sobre uma variedade de temas, tratando dos direitos e deveres do advogado, passando pela estrutura da OAB, e especificando até mesmo, os processos disciplinares a que estão sujeitos seus membros.

Em muitos dos artigos desta lei, encontramos as prerrogativas do profissional da advocacia, que em outras palavras, podem ser entendidas como o conjunto de direitos que possibilitam ao advogado exercer plena e livremente a defesa de seus clientes (GONZAGA, 2019).

Estatuto da Advocacia e Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)

[...]

Art. 7. São direitos do advogado:

- I – exercer, com liberdade a profissão em todo território nacional;
 - II – a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, bem como de seus instrumentos de trabalho, de sua correspondência escrita, eletrônica, telefônica e telemática, desde que relativas ao exercício da advocacia;
 - III - comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis;
 - IV - ter a presença de representante da OAB, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade e, nos demais casos, a comunicação expressa à seccional da OAB;
 - V - não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala de Estado Maior, com instalações e comodidades condignas, assim reconhecidas pela OAB, e, na sua falta, em prisão domiciliar;
- (Brasil, 1994).

Estes direitos que são assegurados aos advogados, estão diretamente ligados aos abusos pelos quais a classe passou ao longo dos anos, sendo o mais recente destes, a Ditadura Militar (1964-1984). Durante este período os advogados foram

“legalmente” tolhidos de suas prerrogativas através dos Atos Institucionais (AI). Dentro dos 17 atos criados, o AI-2, o AI-5 e o AI-6 foram os mais nocivos, pois tratavam justamente da liberdade dos indivíduos e sobre os Tribunais Cíveis e Militares e suas competências (GONZAGA, 2019).

À vista disso, é possível afirmar que as prerrogativas atribuídas ao advogado são de importância ímpar na busca pelos direitos e garantias do representado, de modo a zelar, sobretudo, pela dignidade da pessoa humana, princípio constitucional basilar. A observância de tais prerrogativas é tida inclusive como garantia da própria cidadania, pois o advogado ou defensor representa papel social de suma importância na materialização dos direitos fundamentais do Estado brasileiro, e serve ainda de instrumento de proteção dos direitos humanos (SILVA, EPB., 2011).

O respeito às prerrogativas profissionais do Advogado constitui garantia da própria sociedade e das pessoas em geral, porque o advogado, nesse contexto, desempenha papel essencial na proteção e defesa dos direitos e liberdades fundamentais (STF, HC nº 98.237. Segunda Turma. Rel. Min. Celso de Mello. DJ. 06/08/2010).

De acordo com Lôbo (2019), as prerrogativas não se confundem com privilégios ligados ao direito estritamente particular; são sim direitos indispensáveis ao exercício laboral. Constituíam-se abuso de autoridade qualquer ato que atentasse contra garantias asseguradas ao profissional, conforme previsto no art. 3º da Lei nº 4.898/65. Todavia, este dispositivo foi revogado pela Lei nº 13.869/2019, que regula os crimes de abuso de autoridade de forma mais rígida, objetivando preservar, uma vez mais, a atuação profissional.

VIOLAÇÕES ÀS PRERROGATIVAS DO ADVOGADO

Violações a direitos foram sempre constantes na história da humanidade. Como dito anteriormente, sob pretextos e ideais muito questionáveis, direitos foram tolhidos, reduzidos, desconsiderados e suprimidos em todo o mundo ao longo da história. Decorre disso, a importância do Estado manter seus institutos intactos, promovendo a justiça, mas afastados de qualquer tendência provocada por movimentos sociais e políticos que possam vir a provocar qualquer tipo de alteração na ordem ideal do trabalho destas instituições (SILVA, EPB., 2011).

Uma prova de que as violações às prerrogativas dos advogados são percebidas há tempos em nossa sociedade, pode ser encontrada dentro da dissertação de mestrado de Edson Pereira Belo da Silva, que em 2011 escreveu que:

O prejuízo ao cidadão defendido, em razão da violação de prerrogativas do defensor é ainda um tema pouco explorado pela doutrina. Destarte, de início, cumpre assinalar que todos aqueles que exercem relevante função pública, com previsão constitucional (parlamentares, presidente, governadores, prefeitos, membros do Poder Judiciário e do Ministério Público, advogados, defensores públicos, ministros, oficiais militares), gozam de prerrogativas para o livre exercício de suas valorosas funções, em decorrência da finalidade última que é assegurar direitos e garantias fundamentais (SILVA, EPB., 2011, pg. 109).

É de clareza solar afirmar que as violações às prerrogativas do advogado provocam maiores prejuízos na esfera penal, sendo que nesta ultima ratio se discutem direitos muito mais fundamentais que o patrimônio do indivíduo. A história da estrutura estatal brasileira, fundada em um império repleto de normativas,

mas pobre de direitos, tornou os Advogados testemunhas da violação repetida de prerrogativas. Num sistema judiciário onde a liberdade era desgarrada de seus representados através de um sistema autoritário, perseguidor e viciado (SILVA, EPB., 2011).

Embora utópico, o texto constitucional busca corrigir essas violações institucionais, prestigiando a advocacia para colocá-la em mesmo patamar que a magistratura e o ministério público. A administração da Justiça somente é possível, com a igualdade entre estes três entes. Para que cada um destes pudesse então lutar pela Justiça em paridade, é que lhes foram concedidas forças e prerrogativas exclusivas (SILVA, EPB., 2011).

O Ministério Público é uma destas instituições, e deve defender a ordem jurídica da sociedade e do regime democrático, assim como resguardar os interesses sociais e individuais indisponíveis (Brasil, 1988). Por isto, na chamada Constituição Cidadã de 1988, o ente ministerial foi dotado de múltiplas garantias, como a inamovibilidade, a independência funcional e a irredutibilidade de vencimentos (GRECO; CUNHA, 2020).

Estas garantias permitiram que o Ministério Público atuasse em áreas quase que inexploradas, como o combate à corrupção praticada pelos detentores do poder. Pouco a pouco, as investigações foram acontecendo e os, até então, "intocáveis", pertencentes às classes mais abastadas da população, começaram a ter seus crimes expostos e, conseqüentemente, a frequentar, tal como cidadãos comuns, a Justiça criminal (GREGO; CUNHA, 2020, p.5).

A história, infelizmente é cíclica. Todo poder, traz consigo certa carga de tirania. E as garantias concedidas à instituição, assim como outras asseguradas a tantos outros órgãos, possibilitaram

que os integrantes dos órgãos de coação estatal, acabassem por inobservar regras claras de preservação dos direitos individuais, ancorados em pretensões tidas como louváveis, mas escudadas muitas vezes, em mera ambição pessoal.

Nos últimos anos, especialmente, por um acordo silente, mas bem construído, através de sistemas de cooperação entre as Procuradorias e os Tribunais, o Ministério Público têm imposto inúmeras derrotas ao exercício do direito de defesa, dificultando a atividade advocatícia, impossibilitando o acesso aos autos de inquéritos policiais e ao conteúdo de investigações, e em outros turnos, promovendo de per si, investigações criminais sobre o pretexto de que nenhum outro órgão do Estado detém o monopólio da investigação criminal (SILVA, EPB., 2011).

A Polícia Federal, verbis gratia, conjuntamente com o Ministério Público, promoveu inúmeras investigações criminais que revelaram uma pequena parte da corrupção que assola o Estado brasileiro, sobretudo em nível Federal. Essas operações resultaram em centenas de prisões cautelares, apreensões de documentos, arquivos, objetos ou coisas valiosas, dinheiro, móveis, semoventes, além da indisponibilidade de imóveis e bloqueios de contas bancárias dos investigados. Agentes públicos, advogados, empresários e outros, sofreram uma verdadeira devassa em suas vidas, tudo **aparentemente legal porque amparado em mandados judiciais de busca e apreensões**. Até gabinete de juiz do Tribunal Regional Federal foi alvo dessas buscas (SILVA, EPB., 2011, p. 141). **(Grifo nosso)**

Edson Silva escreveu a dissertação da qual o fragmento acima foi retirado em 2011. A operação Lava Jato, clímax do Estado policialesco, somente teve início em 2014, evidenciando então, uma constância nos abusos retratados, alterando as justificativas ao longo dos tempos.

OPERAÇÃO LAVA JATO

É de conhecimento popular que a “Lava Jato” é uma operação da Polícia Federal, que foi deflagrada em 2014 e está em andamento até a atualidade. A operação conta com mais de mil mandados de busca e apreensão, prisão preventiva, prisão temporária e condução coercitiva cumpridos em todo o Brasil, e iniciou-se com a investigação sobre o uso de uma rede de postos de gasolina e de lava jatos para lavagem de dinheiro. Seus desdobramentos já contam com 77 fases operacionais autorizadas. Várias destas autorizações feitas inclusive pelo, à época, juiz Sérgio Moro.

A presente operação já contou com grande prestígio na sociedade. Entretanto, um cenário de instabilidade foi gerado a partir de questionamentos feitos sobre os métodos operacionais utilizados, sobre conversas entre os membros da força-tarefa, sobre “coincidências” extremamente controversas, e ainda sobre mais uma gama de fatos que dividiu a opinião do povo brasileiro.

Frente a este novo panorama, gerado por estes eventos, repórteres, colunistas, importantes instituições e até políticos têm se manifestado de forma diversa. O que antes gerou simpatia e exultação, agora é visto com cautela ou desprezo (AZEVEDO, 2020).

Pode-se ver que instituições como Ministério Público Federal, possuem em sua página da internet uma postagem chamada “Caso Lava Jato: Entenda o caso”, contendo na primeira frase, a seguinte assertiva: “A Operação Lava Jato é a maior iniciativa de combate a corrupção e lavagem de dinheiro da história do Brasil” (MPF, 2020).

A mesma interpretação não encontra eco em sites de notícias especializadas, que retratam a operação, e em artigos publicados pela própria OAB, que classificam a operação e seu *modus operandi*, de “controversos” (FERNANDES, 2020).

Os motivos para a queda de popularidade dos autodenominados “filhos de Januário”, e de suas táticas questionáveis, estão estampados em uma grande devassa, promovida ainda no ano de 2019, por um periódico de notícias obscuro, e um premiado jornalista norte-americano.

O site The Intercept divulgou na noite deste domingo (9) trechos de mensagens atribuídas a procuradores da força-tarefa da Lava Jato em Curitiba e ao então juiz Sérgio Moro, atual ministro da Justiça, extraídas do aplicativo Telegram. [...] Segundo o Intercept, o então juiz Sérgio Moro orientou ações e cobrou novas operações dos procuradores. Em um dos diálogos, Moro pergunta a Dallagnol, segundo o site: “Não é muito tempo sem operação?”. O chefe da força-tarefa concorda: “É, sim”. Numa outra conversa, o site diz que é Dallagnol que pede a Moro para decidir rapidamente sobre um pedido de prisão: “Seria possível apreciar hoje?”. E Moro responde: “Não creio que conseguiria ver hoje. Mas pensem bem se é uma boa ideia”. Nove minutos depois, Moro, segundo o Intercept, adverte a Dallagnol: “Teriam que ser fatos graves” (G1, 2019).

A reportagem inicial do veículo de notícias não poderia supor, que os desdobramentos das revelações do The Intercept Brasil, coordenadas pelo vencedor do prêmio Pulitzer, jornalista Glenn Greenwald, pudessem atingir o coração da operação, e que ao longo dos meses seguintes, fulminasse o prestígio do ex-magistrado, então Ministro da Justiça, e de seu colaborador, o promotor coordenador da Lava Jato, Deltan Dallagnol.

Ambos foram desgastados pelas revelações, em tal amplitude, que a permanência de um no Ministério, e a do outro à frente da

operação, paulatinamente foram desconstruídas.

Mas, a situação em questão, não constitui fato isolado. É um vício estruturante que afeta boa parte das comarcas de todo o Brasil, e constitui um atentado ao Estado Democrático de Direito.

A existência de conversas espúrias entre membros da Magistratura e do Ministério Público, combinando táticas de acusação a fim de “blindar” os atos dos dois atores envolvidos, enquanto o advogado é obliterado em suas funções, como defensor da Justiça e dos princípios do devido processo legal é, na prática, o ato mais vil que pode ocorrer no sistema judicial. Talvez, vencido apenas, pelo dativo que assume o patrocínio da causa, para granjear simpatia do magistrado, e promove uma defesa pífia (NEVES, 2018).

Prova de que este ato tão vil não passou despercebido, reside na Nota Pública divulgada pela OAB Nacional em 10 de Junho de 2019, na qual consta:

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e o Colégio de Presidentes de Seccionais, por deliberação unânime, manifestam perplexidade e preocupação com os fatos recentemente noticiados pela mídia, envolvendo procuradores da república e um ex-magistrado, tanto pelo fato de autoridades públicas supostamente terem sido “hackeadas”, com grave risco à segurança institucional, quanto pelo conteúdo das conversas veiculadas, que ameaçam caros alicerces do Estado Democrático de Direito.

Não se pode desconsiderar, contudo, a gravidade dos fatos, o que demanda investigação plena, imparcial e isenta, na medida em que estes envolvem membros do Ministério Público Federal, ex-membro do Poder Judiciário e a possível relação de promiscuidade na condução de ações penais no âmbito da operação lava-jato. Este quadro recomenda que os envolvidos peçam afastamento dos cargos públicos que ocupam, especialmente para que as investigações corram sem qualquer suspeita.

A independência e imparcialidade do Poder Judiciário sempre foram valores defendidos e perseguidos por esta instituição, que, de igual modo, zela pela liberdade de imprensa e sua prerrogativa Constitucional de sigilo da fonte, tudo como forma de garantir a solidez dos pilares democráticos da República (OAB, 2019).

E como não recordar do Reitor, e também advogado, Luiz Carlos Cancellier, da Universidade Federal de Santa Catarina, levado a cometer suicídio, após uma operação desastrosa e conduzida ao arrepio da lei, pela Polícia, Ministério Público e Justiça Federal?

Neste caso, um desdobramento da operação Lava Jato, a operação Ouvidos Moucos estava investigando desvios promovidos pela reitoria da UFSC. Cancellier, recém-empossado reitor, passou a ser objeto da investigação, que lhe incluiu na lista de agentes a serem denunciados, por uma transferência suspeita, realizada pelo finado reitor, a uma conta no exterior, no valor de R\$ 7.000,00 (SILVA JL., ANDRADE, GRAZIANO, 2017).

Cancellier foi preso no dia 14 de setembro de 2017, na primeira hora da manhã. Os mais curiosos fatos foram que Cancellier não tinha motivo para ser preso preventivamente. Tanto mais, nas primeiras horas da madrugada, com sua casa lotada de repórteres, convidados para participar da execração pública, por vazamentos prévios dos agentes federais que cumpriram a ordem de prisão (ABRASCO, 2018).

Após este pequeno teatro realizado pelo corpo operacional, Cancellier passou pela revista íntima, e permaneceu detido por 30 horas em um presídio de segurança máxima. Solto por habeas corpus foi proibido de entrar na Universidade, e ficava escondido em casa, afastado das violações que poderia sofrer por repórteres nas ruas. Dezoito dias depois de ter sido solto, Cancellier suicidou-se em um shopping em Florianópolis com uma nota no

bolso que dizia: “A minha morte foi decretada quando fui banido da universidade!” (ABRASCO, 2018).

Após a morte de Cancellier, sua família denunciou no Ministério da Justiça os abusos e irregularidades cometidos pela operação, o que levou à instauração de uma sindicância contra a delegada Erika Marena. Ela foi inocentada pela corregedoria num processo bastante suspeito e transferida para Sergipe. Não ganhou nenhum gancho, nenhuma advertência, nada. A corporação entende que os métodos adotados pela delegada foram corretos. A Folha questionou a Polícia Federal sobre a falta de provas contra o reitor nas mais de 800 páginas do relatório final. A resposta foi vergonhosa. A polícia se limitou a dizer que a investigação foi encerrada pela corporação e agora está sob análise do Ministério Público Federal. Simples assim. Outras universidades federais também têm sofrido uma devassa pela Polícia Federal, que tem utilizado dos mesmos métodos arbitrários para apurar casos de corrupção. Com o apoio de parte da mídia, da Justiça e da opinião pública, nada parece colocar um freio nesses abusos. Cresce a olhos vistos o autoritarismo do Estado brasileiro nos últimos anos. A convicção sem provas de uma delegada, endossada pela Justiça e pelo Ministério Público Federal, transformou um professor de uma universidade federal em chefe de quadrilha e nada lhe aconteceu. O modus operandi se repete em outras operações da PF (ABRASCO, 2018).

A delegada Marena, amiga íntima do ex-juiz Moro, foi a madrinha da Lava Jato. Dela partiu a denominação da operação principal, e sua remoção para Florianópolis atendeu a múltiplas denúncias por abuso de poder, formuladas pelas partes, nas investigações que conduziu (SILVA JL., ANDRADE, GRAZIANO, 2017).

A conclusão da investigação demonstrou que o valor transferido da conta de Cancellier para o exterior, em módicos R\$ 7.000,00, tinha por objetivo custear despesas do filho, que estava em intercâmbio (SILVA JL., ANDRADE, GRAZIANO, 2017).

Sobre este bárbaro teatro encenado pelo Ministério Público e pela Polícia Federal, a OAB se manifestou afirmando que:

Assistimos no Brasil à banalização das prisões provisórias e das conduções coercitivas abusivas, realizadas quase sempre de forma espetacular e midiática, sem nenhuma preocupação com a preservação da imagem daqueles que sequer culpados podem ser considerados. É preciso que a sociedade brasileira e a comunidade jurídica discutam o que efetivamente queremos construir. E nós, a Diretoria do Conselho Federal e o Colégio de Presidentes de Seccionais, afirmamos que queremos o respeito à lei, às garantias constitucionais do cidadão e à garantia da presunção de inocência, para que amanhã não reste, aos ainda não culpados, somente a vergonha, a dor, o opróbrio e o sentimento de injustiça. Não nos peçam o linchamento. Queremos a apuração de todos os fatos e de todas as acusações. Mas conclamamos a todos a dizer não ao culto ao autoritarismo e ao processo penal como instrumento de vingança. Apurar e punir, sim. Violar o devido processo legal, a dignidade da pessoa humana e a presunção de inocência, nunca (OAB, 2017).

Poderíamos passar dezenas de páginas discutindo outras fases operacionais e atos praticados por esta força tarefa, que culminaram em dezenas de abusos de autoridade perante não só a lei, mas também para com a população brasileira, e os princípios do direito.

Entre tantos posicionamentos, notícias e fatos ocorridos, o comentarista político Reinaldo Azevedo afirmou em sua coluna do site UOL: “A justa indignação da sociedade com um sistema corrupto conferiu a procuradores e juízes a licença para atropelar a lei, o devido processo legal e o estado de direito”.

Este obscuro período de nossa história, pontuado pelos abusos referidos, e por tantos outros que não caberiam neste exíguo espaço, levaram, em 10 de maio de 2017, o senador Randolfe Rodrigues a apresentar Projeto de Lei 7.596/2017, que posteriormente se tornaria a Lei nº 13.869, que passou a ser designada como Lei de Abuso de Autoridade.

A LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE

Ao quinto dia de setembro de 2019, o Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, sancionou a Lei Federal nº 13.869, que versa sobre o Abuso de Autoridade.

Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019.

Art. 1º Esta Lei define os crimes de abuso de autoridade, cometidos por agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído.

(BRASIL, 2019).

O atual Presidente, identificado com as classes ligadas aos órgãos coativos do Estado, e que culminou por nomear como Ministro da Justiça, o juiz envolvido nas conversas questionáveis com membro do MPF, não se deixou influenciar pelo apelo da pequena parte de seu eleitorado. Talvez por já ter sido alvo, igualmente, de investigações e denúncias, às quais atribui notável caráter ideológico (AZEVEDO, 2020).

Desde que era um Projeto de Lei em 2017, o enunciado do artigo 43 apesar de alterado não foi em nada reduzido:

Art. 43. A Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 7º-B:

Art. 7º-B. Constitui crime violar direito ou prerrogativa de advogado previstos nos incisos II, III, IV e V do caput do art. 7º desta Lei:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.”

(Lei de abuso de Autoridade).

A aprovação desta lei, instituiu uma nova figura penal no país: a criminalização da violação das prerrogativas do advogado, que em tempos tão funestos, como os atuais, nunca foi tão necessária.

Criminalizar a violação destas prerrogativas não é conceder ao advogado direitos que ele antes não tinha; apenas assegura que o advogado possa defender-se, caso o Estado avance sobre seus direitos, a fim de, por qualquer motivo, buscar a penalização infundada do cidadão (GRECO, 2020).

Rememorando ainda a tragédia de Cancellier, muitos diziam que esta mesma Lei de Abuso de Autoridade, levaria seu nome, em homenagem à vítima comprovada, dos arroubos de um Estado protofascista, que dorme, mas jamais se extingue.

A aplicação da Lei é fato ainda não comprovado, em vista especialmente, de que a vigência do dispositivo encontrou o vácuo da atividade jurisdicional, forçada pela Pandemia do COVID-19.

O futuro poderá estabelecer nova abordagem sobre a matéria, mas o escorço histórico, sobre a honorabilidade da advocacia, e a necessidade de um mecanismo de fiscalização e garantia do cumprimento das prerrogativas do advogado, está esboçado pela própria iniciativa de lei, e pelos fatos que levaram à sua maciça aprovação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A politização das relações sociais no Brasil, criou na história recente, um sentimento de conflagração, em que setores dos órgãos coativos do Estado, aproveitando-se de sentimentos e manifestações ufanistas, criaram situações avessas ao Estado de Direito, e notadamente, às garantias individuais.

O ponto de inflexão neste contexto, foi trazido a lume através das divulgações de conversas mantidas por membros do Ministério Público Federal e do ex-juiz Sérgio Moro, encarregado do julgamento de determinadas ações contra empresários e políticos referenciados nacionalmente, da capital do Paraná.

O desdobramento abrangeu o tráfico de influência do MPF, inclusive para ministros do Supremo Tribunal Federal (Luis Roberto Barroso, Luiz Fux e Luiz Edson Fachin).

A repulsa ao comportamento de compadrio identificado pela imprensa, pela própria OAB, e por entidades que pugnam pela manutenção dos direitos e garantias individuais, acelerou o trâmite, no Congresso Nacional, de uma medida legal que pudesse obstar o avanço desenfreado das violações cometidas pelas autoridades públicas.

O resultado provocado por essa aceleração foi o sancionamento da Lei de Abuso de Autoridade no final de 2019. Dentre os artigos presentes nesta mesma lei, a criminalização da violação às prerrogativas advocatícias foi um marco contra o autoritarismo do Estado, e os abusos cometidos nos últimos anos, em principal decorrência da operação Lava Jato e de um aventado clamor popular na luta contra a corrupção, que se tornou uma verdadeira “caça às bruxas”, no Brasil.

Os reflexos desta lei não puderam ser, em sua completude, sentidos pelo judiciário no ano de 2020, dadas às suspensões de atividades ocorridas pela Pandemia do Covid-19. Entretanto resta a certeza que o advento desta lei será amplamente sentido em um Brasil futuro, no qual a batalha pela justiça empenhada diariamente pelo advogado, será finalmente competida em um cenário menos

desproporcional e desigual com os agentes do Estado.

REFERÊNCIAS

- ABRASCO. Sem provas PF encerra inquérito que levou Reitor Cancellier ao suicídio. 23/10/2018. Disponível em: <https://www.abrasco.org.br/site/noticias/sem-provas-pf-encerra-inquerito-que-levou-reitor-cancellier-ao-suicidio/37766/>. Acesso em: 10 dez. 2020.
- ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. v 1. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. 4. ed. São Paulo: Nova Cultura, 1991.
- AZEVEDO, Reinaldo. Estudo evidencia que Lava Jato foi plataforma ideológica da extrema direita. Revista UOL, 26/10/2020. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/colunas/reinaldo-azevedo/2020/10/26/estudo-evidencia-que-lava-jato-foi-plataforma-ideologica-da-extrema-direita>. Acesso em: 10 dez. 2020.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Brasília: Senado Federal, 2019.
- BRASIL. Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8906.htm. Acesso em: 21 fev. 2020.
- BRASIL. Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso em: 21 fev. 2020.
- CNN. Advogado de Lula diz que operação é 'atentado à advocacia e retaliação'. 09/07/2020. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/2020/09/09/advogado-de-lula-diz-que-operacao-e-atentado-a-advocacia-e-retaliacao>. Acesso em: 10 fev. 2020.
- DIÁRIO CATARINENSE. A prisão foi violenta, e ele buscou uma morte violenta", diz filho de Cancellier, ex-reitor da UFSC. 03/10/2019. Disponível em <https://www.nscototal.com.br/noticias/a-prisao-foi-violenta-e-ele-buscou-uma-morte-violenta-diz-filho-de-cancellier-ex-reitor-da>. Acesso em: 10 dez. 2020.
- FERNANDES, Máira. Novos ventos e um olhar crítico sobre a "lava jato", seis anos depois. Coluna Escritos de Mulher, CONJUR, 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-jul-01/escritos-mulher-novos-ventos-olhar-critico-lava-jato-seis-anos-depois>. Acesso em: 10 dez. 2020.
- FONTANA, Marcelo Brandão. A história da advocacia e a função social do advogado. Revista Estudos, 2007. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/estudos/article/view/793>. Acesso em: 07 dez. 2020.
- G1. Site divulga trechos de mensagens atribuídas a procuradores da Lava Jato e a Sérgio Moro. 09/06/2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/06/09/site-divulga-trechos-de-mensagens-atribuidas-a-procuradores-da-lava-jato-e-a-sergio-moro.ghtml>. Acesso em: 10 dez. 2020.
- GONZAGA, Álvaro de Azevedo; NEVES, Karina Penna; JUNIOR, Roberto Beijato. Estatuto da advocacia e novo código de ética e disciplina da OAB: Comentados. 6. ed. Revista e atualizada. São Paulo Forense, 2019.
- GRECO, Rogério; CUNHA, Rogério Sanches. Abuso de Autoridade: Lei 13.869/2019 Comentada Artigo por Artigo. Salvador: JusPOVM, 2020.
- LÔBO, Paulo. Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil: Comentado. 4. ed. Revista, Atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2016.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 12. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.
- Ministério público federal. Caso Lava Jato: Entenda o Caso. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>. Acesso em: 10 dez. 2020.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 28. ed. Revista e atualizada. São Paulo: Atlas S.A., 2012.
- NEVES, José Roberto de Castro. Como os Advogados salvaram o mundo: A história da advocacia e sua contribuição para a humanidade. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2018.
- OAB. Estatuto da advocacia e da OAB e Legislação Complementar. Brasília: Conselho Federal OAB, 2017.
- OAB. Conselho Federal e Colégio de Presidentes emitem nota contra espetacularização do processo penal. 02/10/2017. Disponível em <https://www.oab.org.br/noticia/55662/conselho-federal-e-colegio-de-presidentes-emitem-nota-contr-a-espetacularizacao-do-processo-penal?argumentoPesquisa=Cancellier>. Acesso em: 10 dez. 2020.

REFERÊNCIAS

OAB. Nota Pública. 10/06/2019. Disponível em:
<https://www.oab.org.br/noticia/57275/nota-publica?argumentoPesquisa=Opera%C3%A7%C3%A3o%20Lava%20Jato>. Acesso em: 10 dez. 2020.

PARIZATTO, João Roberto. Responsabilidade Profissional. São Paulo: Edipa, 2012.

RIBEIRO, Marcelo. Processo Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SILVA, Edson Pereira Belo da. Violação às prerrogativas do defensor no processo penal e o prejuízo do cidadão defendido. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC-SP. São Paulo, 2011. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/5656>. Acesso em: 10 dez. 2020.

SILVA, Evandro Lins e. A defesa tem a palavra. 4. ed. Rio de Janeiro: Booklink, 2011.

SILVA, Jailson Lima da; ANDRADE, Lédio Rosa de; GRAZIANO, Sergio. Em nome da inocência: Justiça. Florianópolis: Editora Insular, 2017.

Do mesmo modo, pode-se observar que a luta de classes ocorre também na mídia, em que os economistas e jornalistas do establishment, sempre atuam na formação da opinião pública para breçar iniciativas coletivas de lutas, ampliação de direitos, mantendo o discurso que os direitos dos trabalhadores são um custo à produção e tiram a competitividade do país e dos empresários.

Por fim, demonstrou-se que o Direito do Trabalho é garante da dignidade dentro da economia capitalista, estratégia mínima aos trabalhadores frente ao poder do capital e deve ser defendido pela classe trabalhadora, por meio do Judiciário, das greves, dos seus intelectuais e dos sindicatos com grande afinco, para que os direitos, aí compreendida a carga horária, os salários, o transporte público, saúde pública e educação, sejam prioridades para a sociedade civil e para o Estado.

Destarte, o Direito do Trabalho é tanto um empecilho à acumulação do capital, quanto instrumento de emancipação da classe trabalhadora, que, sem ele, seria mais e mais superexplorada.

No século XXI, os objetivos civilizatórios passam pela concretização dos direitos dos trabalhadores, entre eles a robustez do Direito do Trabalho, que evolui sempre e a cada dia. Importando também, muito e sobretudo, a batalha política para a garantia das conquistas e nunca o retrocesso.

REFERÊNCIAS

- AFONSO, Carlos A.; SOUZA, Herbert de. O estado e o desenvolvimento capitalista no brasil: a crise fiscal. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.
- BLAINEY, Geoffrey. Uma breve história do mundo. São Paulo: Ed. Fundamento, 2007.
- BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, 1988.
- BRASIL. DECRETO Nº 678/1992. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA.
- BRASIL. DECRETO-LEI Nº 5.452/1943. CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS.
- BRASIL. LEI 13.105/2015, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.
- BRASIL. LEI 13.467/2017. REFORMA TRABALHISTA.
- BRASIL. STF. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) Nº 5.766. PGR questiona dispositivos da reforma trabalhista que afetam gratuidade da justiça.
- BRASIL. STF. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE (ADI) Nº 4.424. O Ministério Público (MP) tem legitimidade para deflagrar ação penal contra o agressor sem necessidade de representação da vítima.
- BRASIL. STF. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE (ADC) Nº 19. declarar a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei 11.340/2006 (Maria da Penha).
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.
- CARDIM, Sílvia Elisabeth de C. S.; VIEIRA, Paulo de Tarso Loguércio; VIÉGAS, José Leopoldo Ribeiro. Análise da estrutura fundiária brasileira. Disponível em: < <http://www.incra.gov.br>>. Acesso em 18 de setembro de 2013.
- CIOFFI, Leonardo. Sindicalismo brasileiro: história, ideologias, legitimidade e direito. São Paulo: Revista LTR, 2011. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/viewFile/422/171>>
- DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 6ª ed. São Paulo: LTR, 2007.
- FREIBERGER, Rubens Luís. A seletividade do sistema penal nas economias dependentes. In: ANDRADE, Vera; MEZARROBA, Orides. Petardo: anuário PET 2006. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2007. p. 145-170.
- FURTADO, Celso. Formação econômica do brasil. 15. ed. São Paulo: Ed. Nacional, 1977.
- GALEANO, Eduardo. As veias abertas da América latina. Tradução de Galeano de Freitas. 34. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.
- _____. O teatro do bem e do mal. Tradução de Sérgio Faraco. Porto Alegre: LP&M, 2002.
- KONDER, Leandro. "Marx: vida e obra". Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 1976.
- LIMA, Marcos Costa. O estado e as políticas de ajuste na américa-latina dos anos 1990: as abordagens do consenso de washington, da crise fiscal, do neo-estruturalismo. Disponível em: < <http://www.fundaj.gov.br/observanordeste/obte024.pdf> >. Acesso em: 02 de fevereiro de 2007.
- MARINI, Ruy Mauro. Dialética da dependência. Petrópolis: Ed. Vozes, 2000.
- MARTINS, Sérgio Pinto. "Direito do Trabalho". 28ª Ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2012.
- MARX, Karl. O capital, livro primeiro: o processo de produção do capital. Tradução de Régis Barbosa e Flávio R. Kothe. São Paulo: Nova Cultural, 1996. Cap. 23. p. 245-337.
- MELLO, João Manoel Cardoso de. O capitalismo tardio: contribuição à crítica da formação e desenvolvimento da economia brasileira. 7. ed. São Paulo: Ed. Brasiliense, 1988.
- MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Sevilha. Manual de metodologia da pesquisa no direito. São Paulo: Saraiva, 2003.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção jurídica à saúde do trabalhador. 6ª ed. São Paulo: Ed. Ltr, 2011.
- PORTELLI, Hugues. Gramsci e o bloco histórico. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 2002.
- SCHUMPETER, Joseph Alois. Teoria do desenvolvimento econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juros e o ciclo econômico. São Paulo: Abril Cultural, 1982.
- SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Direito do trabalho. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier, 2007.
- TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. O processo do trabalho e a reforma trabalhista. São Paulo: Ed. LTR, 2017.
- VENOSA, Sílvio de Sálvio. Direito civil: contratos em espécie. 4ª Ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2004.