

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 955

(Ano XII)

(25/04/2020)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2020

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF): Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário. Advogado.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA MAFRA FILHO (MT): Doutor em Direito Administrativo pela UFMG.

RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

KIYOSHI HARADA (SP): Advogado em São Paulo (SP). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP.

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

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

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



Abuso de autoridade e promiscuidade carcerária (artigo 21 da Lei 13.869/19)

22/04/2020 | Eduardo Luiz Santos Cabette, 05.

ARTIGOS

Evasão de divisas e bitcoin à luz da jurisprudência do STJ

24/04/2020 | Leandro Bastos Nunes, 23.

O coronavírus, o Direito Penal e a “Escolha de Sofia”: medicina de catástrofe

24/04/2020 | Joaquim Leitão Júnior, 39.

A Ineficácia da Saída Temporária

24/04/2020 | Thais Agatha Silva Nascimento, 49.

Parentesco socioafetivo no ordenamento jurídico brasileiro

24/04/2020 | Gabrielly Passiano Cristalino, 64.

Um laço entre a Arte e o Direito: como o Mercador de Veneza explica a contratualidade em época de Covid-19

24/04/2020 | Bruno Macedo da Fonte, 79.

Principais alterações nas relações trabalhistas introduzidas pela Medida Provisória Nº 927/2020

24/04/2020 | Lucas Túbero de Carvalho, 89.

A re(significação) de sustentabilidade pela agroecologia como novo paradigma de direito

23/04/2020 | Luana Bispo de Assis, 94.

Delação premiada e a sua constitucionalidade

23/04/2020 | Wellington Camilo Paulino, 104.

Homeschooling no Brasil: Constitucionalidade, Viabilidade e Regramento

23/04/2020 | Héllen Matos Pereira, 118.

A colaboração premiada deve continuar sendo feita pelo Delegado de Polícia, mesmo com advento da Lei do Pacote Anticrime (Lei Federal nº 13.964/2019)

23/04/2020 | Joaquim Leitão Júnior, 141.

A constitucionalização da readaptação: reflexões em face do texto da EC nº 103/2019

22/04/2020 | Jonas Faviero Trindade, 154.

Crimes relacionados à pandemia do novo coronavírus

22/04/2020 | Leandro Bastos Nunes, 162.

Redução da maioria penal

22/04/2020 | Danilo Ferreira Penha, 177.

**Prisão domiciliar e as hipóteses de cabimento em face da dignidade humana
Categoria: Direito Processo Penal**

22/04/2020 | Francielen Aparecida da Silva Carvalho Domingo, 193.

Teoria da imprevisão: o coronavírus e a possibilidade jurídica de renegociação dos contratos de locação diante dos prejuízos advindos do fechamento do comércio

22/04/2020 | Cristiano Moraes de Oliveira Luconi, 213.

Direito à informação verídica em tempos de Fake News

21/04/2020 | Luana Bispo de Assis, 218.

O tratamento à psicopatia no Direito Penal brasileiro

21/04/2020 | Luciana Sousa Santos, 232.

O uso da mediação no âmbito familiar nos conflitos da alienação parental

21/04/2020 | Ariadne Viana Vieira, 248.

Legitimidade: A Legitimidade, Interesse Processual e Classificação das ações.

21/04/2020 | Micheli Miglioranza, 267.

O direito à liberdade de não ser contaminado

20/04/2020 | Luana Bispo de Assis, 277.

O impacto econômico dos jogos eletrônicos

20/04/2020 | Rafael Alarcon Sampaio, 287.

The Handmaid's Tale: a atemporalidade das violações dos direitos femininos na série e a proximidade com a realidade brasileira

20/04/2020 | Camila Morais Macêdo, 305.

O Psicopata e o Direito Penal

20/04/2020 | Janyne Fermiano, 331.

Assédio sexual nas relações de trabalho

20/04/2020 04:02 | Mariana Carla de Oliveira Silva, 344.

ABUSO DE AUTORIDADE E PROMISCUIDADE CARCERÁRIA (ARTIGO 21 DA LEI 13.869/19)

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE:

Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós - graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós - graduação da Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Unisal.

O artigo 21, "caput" da Lei 13.869/19 incrimina a conduta de quem mantém presos de ambos os sexos na mesma cela ou espaço de confinamento.^[1]

Certamente a inspiração de tal dispositivo se encontra em caso emblemático ocorrido no Pará quando uma Juíza de Direito permitiu que uma adolescente ficasse confinada em uma cela com 30 (trinta) homens. Disso resultou o óbvio. A adolescente foi torturada e violentada sexualmente. E, quase dez anos depois, a magistrada recebeu uma suspensão de dois anos, sem prejuízo dos vencimentos, pelo CNJ. A absoluta impunidade imperou magistralmente. Interessante notar que essa impunidade praticamente absoluta somente prevaleceu para a magistrada, porque os três Delegados de Polícia envolvidos no caso foram demitidos, perderam os cargos. [2]

Com o novo dispositivo é previsto agora um crime que tem por objeto a tutela da Administração Pública, da integridade física, da vida, da liberdade sexual, da dignidade da pessoa humana. Entretanto, considerando a barbaridade e até mesmo a insanidade dessa espécie de abuso, consideramos que a pena prevista é por demais branda (mera detenção, de 1 a 4 anos, e multa).

A proibição é bilateral, ou seja, não é possível manter presa uma mulher com homens e nem um homem com mulheres. Tutela-se agora também no cenário criminal o dispositivo constitucional e da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) que determina a separação de sexos nos estabelecimentos penitenciários ou de detenção provisória (vide artigo 5º., XLVII, CF c/c artigo 82, § 1º., LEP). Neste passo é bom lembrar que ao referir-se genericamente a "presos", a prisão poderá ser definitiva ou provisória ou mesmo civil (dívida alimentícia) ou militar.

Os locais de recolhimento são , conforme a redação típica, a “cela” ou “espaço de confinamento”. Quanto à “cela” não parece haver dúvida sobre do que se trate. A expressão “espaço de confinamento” é incluída a fim de possibilitar a chamada “interpretação analógica” ou “intra legem”, [3] impedindo que outros locais de custódia ou detenção, ainda que temporária, ficassem de fora da tipificação devido à legalidade estrita. Conforme bem esclarece Souza:

A parte final do *caput* fala em *espaço de confinamento* de modo a impedir que pessoas de diferentes sexos e idades sejam mantidas, conjuntamente, em qualquer unidade de encarceramento, como salas de distritos policiais ou unidades para execução de prisão especial como a sala de Estado – Maior das Forças Armadas ou ambiente construtivo de viatura policial etc. (grifos no original). [4]

Inclusive, considerando a amplitude da expressão “espaço de confinamento”, é possível entender que a palavra “preso” pode ser estendida também “aos capturados e aos detidos”, considerando que “na etapa policial do processo penal” podem “ser encarcerados e conduzidos em compartimentos veiculares de constrição”. [5]

Entendemos que, embora, como já dito, o tipo penal em estudo seja por demais brando em seu preceito secundário, há possibilidade de responsabilização da pessoa que mantém presos de ambos os sexos juntos, na figura de participação com dolo eventual em crimes de lesão corporal, homicídio, estupro etc. , configurando concurso material ou, pelo menos, formal impróprio de infrações (inteligência dos artigos 29, 69, 70 “in fine” e 18, I, “in fine”, todos do Código Penal). Além disso, em casos nos quais o preso(a) vem a experimentar privações e intenso sofrimento, como, por exemplo, aquele mesmo caso paradigmático em que a adolescente foi submetida a sevícias, abusos sexuais, espancamentos, queimaduras, humilhações etc., nada impede a responsabilização de todos os implicados por crime de tortura de pessoa presa ou submetida a medida de segurança, conforme descrito no artigo 1º, § 1º, da Lei 9.455/97. Nessa situação, embora o caso enfocado tenha sido certamente a motivação para a criação do tipo penal da Lei de Abuso de Autoridade em estudo, entendemos que se deva afastar o crime do artigo 21 da Lei 13.869/19 e prevalecer a tipificação do crime de tortura, sem prejuízo do concurso material ou, no mínimo, formal impróprio, com outros delitos, conforme já exposto. Note-se que no caso de crianças ou adolescentes, bem como mulheres grávidas, deficientes e idosos haverá causa de aumento de pena prevista na Lei de Tortura (artigo 1º, § 4º, I, da Lei 9.455/97). Outra causa de aumento será o fato de o sujeito ativo ser agente público, conforme artigo 1º, § 4º, I, da Lei de Tortura. Não se tratará de mera omissão

perante a tortura, nos termos do artigo 1º, § 2º, da Lei 9.455/97, eis que se estamos tratando da conduta descrita inicialmente no artigo 21 da Lei de Abuso de Autoridade, deverá o infrator “manter” a pessoa presa indevidamente com outras do sexo oposto. Ora, o verbo “manter” é comissivo, indica ação e não omissão, ao passo que o crime do artigo 1º, § 2º, da Lei de Tortura é um crime omissivo próprio. No caso do verbo manter, o máximo que pode acontecer é a conduta omissiva imprópria ou comissiva por omissão.

Por felicidade o legislador se referiu à criminalização da manutenção em confinamento conjunto de presos de “sexo” diverso, não utilizando o conceito proteico e absolutamente indefinido de “gênero”. Portanto, o que importará será o sexo fisiobiológico das pessoas e não sua apreciação subjetiva quando ao gênero a que pertencem ou a que pretendem pertencer.

Efetivamente não é possível guiar uma conduta impeditiva de abusos por sendas psicologistas e subjetivistas. Isso seria um norte absurdo, ou melhor, uma falta absoluta de norte, colocando em grave risco as pessoas envolvidas.

Nos discursos da chamada “Ideologia de Gênero” é possível encontrar afirmações como as de Judith Butler, a qual atribui a meras “práticas reguladoras” a criação do que chama de “ficções médicas contemporâneas para designar um sexo unívoco”. E mais, com a sugestão de que até mesmo a “morfologia seria consequência de um sistema conceitual hegemônico”. [6] Essa psicologização, mesclada com culturalismo, subjetivismo, relativismo, idealismo e delírios pretende impor a ideia de que sequer é possível identificar morfologicamente uma vagina ou um pênis. Tudo não passaria de convenções baseadas em ficções, configuradas por um pensamento hegemônico opressor. Butler sequer admite haver possibilidade de identificar o que constituiria a categoria básica de um universal a que se possa denominar de mulher. Afirma que “é muito pequena, afinal, a concordância quanto ao que constitui ou deveria constituir, a categoria das mulheres”. [7] Como seria possível erigir uma regra de conduta carcerária com base num pensamento dessa estirpe?

Scala aponta a “origem ‘científica’ do termo gênero” na sua primeira utilização pelo médico John Money, pesquisador da John Hopkins University, de Baltimore (EUA). A utilização por Money da palavra “gênero” fugiu daquela exclusivamente gramatical para a afirmação de uma suposta “identidade de gênero” dependente “exclusivamente da educação recebida”, como um constructo social que pode divergir do sexo biológico do indivíduo. [8]

As teorias mirabolantes que se vão formando em torno desse conceito indefinido de gênero vão cada vez mais se enredando em classificações sutis, as

quais, ao invés de esclarecer, obscurecem ainda mais toda a pretensa teoria existente sobre o tema. Agora já se distingue identidade e expressão de gênero. A identidade de gênero seria uma espécie de “sensação privada”, interna, subjetiva, enquanto que a expressão de gênero constituiria “uma manifestação exterior”, propriamente as formas pelas quais a pessoa se expressa diante da sociedade, dos outros, nos ambientes etc. [9] Quer dizer que também se pode distinguir entre um sexo biológico, uma identidade subjetiva e ainda uma expressão ou não dessa identidade. Novamente, torna-se impossível que essa espécie de pensamento possa regular qualquer norma de convivência humana, inclusive a carcerária.

Retornando a Butler, é possível constatar que em sua radicalização da questão é capaz de simplesmente apagar o conceito de sexo biológico, identificando-o com gênero e afirmando que jamais existiu. Senão vejamos:

Se o caráter imutável do sexo é contestável, talvez o próprio constructo chamado “sexo” seja tão culturalmente construído quanto o gênero; a rigor, talvez o sexo sempre tenha sido o gênero, de tal forma que a distinção entre sexo e gênero revela-se absolutamente nula. [10]

Diante de tal sandice, impossível não trazer à colação o questionamento formulado por Ricardo Dip, “in verbis”:

Há questões, para não faltar algum exemplo, que mereceriam uma justificativa racional: sempre me parecerá estranho que a “identidade biológica”, que é física, seja, segundo alguns, um constructo social, mas a “identidade psicológica”, não, e que se possa preferir esta àquela, não somente num plano individual, senão que imposto a toda a sociedade. [11]

Foi realmente uma grande felicidade do legislador não ter feito menção a essa categoria de gênero e sim ao sexo, sob pena de, caso contrário, criar um emaranhado interpretativo inextricável. No mundo do gênero, nem mesmo à ciência natural é concedida passagem, sob a alegação de preconceito e opressão. Como explica Frascolla:

Enquanto áreas da biologia e da psicologia investigam diferenças *naturais* entre homens e mulheres, os estudiosos de gênero e *queer* insistem que ser homem ou mulher é *construção social*, e acusam de sexismo tais investigações (grifos no original). [12]

Toda essa histeria paranoica, conforme destaca a escritora feminista Camille Paglia, chega a prejudicar até mesmo o feminismo, afastando-o do mundo real e gerando descrédito das suas pautas, não raramente justas. Em suas palavras:

Teóricos acadêmicos insuficientemente informados redefiniram o sexo e o gênero como fenômenos superficiais e fictícios dissociados da biologia e produzidos por forças sociais opressivas. Esta espécie de alucinação lançou a confusão entre os jovens e prejudicou seriamente o feminismo. [13]

Não resta a menor sombra de dúvida quanto a haver acertado o legislador ao referir-se a “sexo” e não a “gênero” no dispositivo sob comento. E isso significa que se uma autoridade permitir a permanência em mesmo claustro de um homem que se afirma mulher e mulheres, estará cometendo o crime de abuso de autoridade previsto neste artigo. Da mesma forma se encarcerar uma mulher que se intitula homem com homens. É claro que dada a confusão generalizada criada pela chamada ideologia de gênero, ficará difícil comprovar o dolo específico exigido nos termos do artigo 1º., § 1º., da Lei 13.869/19. Mas, pode-se afirmar que ao menos sob o prisma objetivo o delito se configura.

Essa espécie de pusilanimidade diante do “politicamente correto” encontrável em certas decisões absurdas já levou a casos de estupros intramuros perpetrados por transexual masculino e até mesmo à gravidez de detentas. [14]

Isso demonstra a correção da afirmação de Isaiah Berlin quanto ao fato de que “uma única experiência genuína destrói uma centena de volumes de especulação abstrata”. [15]

É preciso pontuar, porém, que há decisões, inclusive do STF (HC 152.491, Min. Luis Roberto Barroso, DJe 16.02.2018), determinando a observância não somente do gênero constante do registro civil, mas daquele apenas declarado pelo detento (a) para que seja recolhido(a) em estabelecimento considerado adequado. Essa espécie de decisão, que abraça uma ideologia de gênero e se faz de surda e cega deliberadamente para os aspectos físicos, anatômicos e biológicos dos indivíduos é altamente violadora, especialmente dos direitos humanos das mulheres encarceradas, maiores vítimas de abusos potenciais. Nada impede que a população LGBT receba um tratamento especial, com encarceramento separado. O que não tem o menor cabimento é a inclusão de uma mulher (fisicamente falando) em meio a homens ou de um homem (fisicamente falando) em meio a mulheres. Os resultados desastrosos desses delírios eventualmente abraçados pelo mundo jurídico estão estampados para todos verem. E há que lembrar o

velho dito popular que ensina que “o pior cego é aquele que não quer ver”. [16] Frise-se que não há que questionar, porém, casos em que se constata realmente uma transexualidade genuína com dissonâncias hormonais e fenotípicas, submetida à avaliação médica, alteração do registro civil e dos genitais. Ora, nesses casos se está diante de um homem ou de uma mulher ao fim e ao cabo, inclusive com reconhecimento jurídico inequívoco. Tal pessoa deverá ser recolhida com aqueles(as) pertencentes ao seu “sexo”. Outra situação problemática, mas passível de solução pela avaliação sexual, é a dos hermafroditas. Nesses casos há que avaliar qual a prevalência sexual fenotípica, hormonal, comportamental etc. e alocar a pessoa no lugar que melhor satisfaça sua condição. Em qualquer caso, porém, deve-se ter em mente uma terceira via que consiste na separação de indivíduos de alguma forma indefinidos em um grupo especial, seja em um estabelecimento separado, seja em repartição específica de um dado estabelecimento.

Não se pode negar a realidade quanto ao fato de que transexuais, travestis e homossexuais das mais variadas denominações são frequentemente alvos de violência sexual e física nas prisões quando mantidos no convívio promíscuo com os demais detentos. Entretanto, a solução, obviamente, não está em adotar a ideologia de gênero e encarcerar homens biológicos com mulheres ou vice – versa e sim em adaptar as prisões para uma separação desses detentos e assegurar-lhes a integridade física e a liberdade sexual. Aliás, isso já é regulado pela Resolução Conjunta n. 1, de 15 de abril de 2014 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) e do Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD/LGBT). Tendo em vista a falta de menção na lei a respeito do descumprimento dessas normas de garantia dos pertencentes ao grupo LGBT, o Princípio da Legalidade impede a tipificação no artigo 21 da Lei 13.869/19. Essa é uma lacuna indesejável. O ideal seria que a manutenção dessa população prisional em separado em todo caso de violência ou risco fosse também tutelada penalmente. Na falta de norma específica na seara penal, há que considerar possível tipificação de “Constrangimento Ilegal” (artigo 146, CP) e também participação do responsável em concurso de agentes com dolo eventual nos casos de quaisquer violações sofridas pelo detento(a) (v.g. lesões corporais, homicídio, estupro etc.). Além disso, haverá certamente falta administrativa grave de acordo com os respectivos diplomas administrativo – disciplinares, passível de demissão a bem do serviço público, bem como a responsabilidade civil subjetiva do funcionário (dolo ou culpa) em solidariedade com a responsabilidade civil objetiva do Estado por eventuais danos morais e materiais sofridos.

Não obstante, cumpre destacar que também na doutrina, diante da própria Resolução conjunta acima mencionada, se defende a inclusão de transexual em cela com pessoas de seu sexo “social”, o que, a nosso entender,

configura crime de abuso de autoridade (ressalvada a barreira do elemento subjetivo específico), até mesmo diante do Princípio da Legalidade (a lei se refere claramente a “sexo”, não há menção a gênero ou a “sexo social”). Não é possível sequer alegar inexistência de local separado. Ainda que seja necessário improvisar isso tem de ser feito. As definições da Resolução Conjunta sobre as várias espécies de gênero não têm o condão de alterar a realidade biológico – física do sexo da pessoa e de eliminar os ingentes perigos da promiscuidade, conforme já tem demonstrado a experiência desse tipo de comportamento irresponsável. Nem mesmo o fato de que a Resolução Conjunta determina o respeito ao “nome social” da pessoa, significa que seu sexo foi alterado. Isso nada mais é do que abraçar um *pensamento nominalista mágico e tosco*. Respeitar o “nome social” de alguém é uma coisa, transformar por um condão mágico ou por palavras mágicas um ser masculino em feminino ou vice – versa é uma alucinação ideológica sem o mais mínimo sustento na realidade. É evidente que se uma pessoa prefere ser chamada por um nome x ou y em detrimento de seu nome de registro, se deve respeitar essa vontade, até mesmo por uma questão de educação e boa convivência, aliás, não somente no caso de travestis, transexuais etc., mas qualquer pessoa. Porém, se uma pessoa é chamada de Angelina Jolie, não é transformada por um processo místico na estrela de cinema. Ou se é chamada de Tiririca não se transforma no comediante e político. Aliás, sobre a questão do respeito ao nome sexual também existe o Decreto Federal 8.727/17, mas é óbvio que não se pode mudar o sexo de ninguém por decreto! Esse idealismo em confronto com a concretude do mundo da vida tem consequências terríveis, como já vem acontecendo nas unidades prisionais, sendo as maiores vítimas as mulheres.

Vale citar a constatação objetiva de Rand quanto ao fato de quão deletério pode ser o abandono ou desprezo da realidade em nome do puro desejo ou impressão subjetiva:

O irracional é o impossível; é o que contradiz os fatos da realidade; fatos não podem ser alterados por um desejo, mas **podem** destruir aquele que o deseja. Se um homem deseja e busca as contradições – se quer guardar o bolo e comê-lo ao mesmo tempo -, ele desintegra sua consciência; transforma sua vida interior numa guerra civil de forças cegas ocupadas com conflitos sombrios, incoerentes, sem sentido nem significado (grifo no original). [17]

O grande problema é que ideias em geral não ficam apenas no plano abstrato, geram *consequências concretas*, muitas vezes cruéis e desastrosas, como nos casos de mulheres estupradas, quando não engravidadas por transexuais ou travestis devido à promiscuidade carcerária dos sexos. Weaver chama a atenção

para o fato notório de que “a boa intenção é fundamental, mas não é suficiente”. [18] E nesse embalo irresponsável, quando não agimos com covardia torpe, inclusive intelectual, o fazemos sem ter consciência do mal que estamos causando, pensando mesmo que estamos fazendo o bem, agindo como pessoas “maravilhosas”. Voltando a Weaver, fato é que, infelizmente estamos nos aproximando de “uma situação em que seremos amorais – sem ter capacidade de percebê-lo – e degradados – sem os meios para medir nossa decadência”. [19] É preciso encarar a realidade e superar fantasias, sem prejudicar quem quer que seja, mas para isso é necessária coragem intelectual também para não se render a uma “espiral do silêncio” causada pelo medo da exclusão das opiniões hegemônicas impostas por grupos barulhentos. [20]

Entretanto, veja-se o entendimento contrário de Greco e Cunha “in verbis”:

Já que se configura em abuso de autoridade manter presos de ambos os sexos na mesma cela ou espaço de confinamento, quando estivermos diante da prisão, por exemplo, de pessoa travesti, ou de preso ou presa transexual, e se não houver espaço de vivência específico para esse público, como poderá ser levado a efeito o encarceramento?

Utilizando as definições propostas na mencionada Resolução Conjunta, se estivermos diante da prisão de travesti, deverá ser respeitada sua identidade social (nome social, de acordo com seu gênero) e ser recolhida em cela feminina.

Se a hipótese for de preso ou presa transexual, deverá ser recolhido ou recolhida na cela que diga respeito ao seu gênero, a não ser que opte em permanecer na cela correspondente ao seu sexo anatômico. [21]

Interessante notar como a realidade se impõe à consciência, ainda que por ato falho. No trabalho de Lessa, Moraes e Giudice, os autores fazem a defesa inicial de que deverá ser respeitado o gênero e desprezado o sexo biológico no caso de transexuais e travestis, referindo-se, num primeiro momento, ao “**homem transexual e à mulher transexual**” (“quod, sicut scriptum”) (grifo nosso). [22] Mais adiante, porém, ao tratarem do tema novamente, abordando os “homens transexuais (sexo originalmente feminino, mas com identidade de gênero oposta ao seu sexo biológico)”, têm a percepção sobre as buscas pessoais

que devem ser feitas por “policiais femininas”, dada a norma do artigo 249, CPP. Mas, não é só isso, fazendo, contraditoriamente, alusão aos regulamentos que determinam o tratamento de acordo com o gênero e não o sexo, apregoam que os homens transexuais (mulheres quanto ao sexo) devem ter sua “eventual condução ou detenção” separada dos “homens biológicos” (“quod, sicut scriptum”). [23] No seguimento, retomam o tema dos “travestis e mulheres transexuais” e aplicam solução diversa, novamente pela preponderância do gênero, e isso usando o mesmo fundamento que são os regulamentos que determinam a prevalência do gênero sobre o sexo no tratamento dos presos (as)! [24]

Ora, é evidente que na segunda orientação estão certos e visam preservar a integridade e liberdade sexual da mulher biológica com identidade de gênero oposta. O recolhimento de uma mulher com identidade de gênero masculino em meio a homens é visivelmente uma temeridade e a fragilidade da situação dessa pessoa salta aos olhos de forma avassaladora. Menor ou mais sutil é a visibilidade quando se pensa em um transexual masculino ou um travesti, segregado com mulheres. Mas, nesse caso, não é o transexual ou travesti quem corre risco, são as mulheres com ele confinadas, como já demonstrou a experiência prática. O olhar para essas situações não pode ser enviesado ou monocular, todos os ângulos devem ser considerados. Na verdade, a letra da lei, como já se disse, é absolutamente acertada ao referir-se ao “sexo” e não ao “gênero”. A fluidez, subjetividade e contradição com a realidade física e anatômica existente na orientação que segue o conceito de gênero sofre, inevitavelmente, a imposição pesada da objetividade dos fatos da vida.

De acordo com o Parágrafo Único do artigo 21 da Lei de Abuso de Autoridade, também incorre na mesma pena quem mantém na mesma cela, criança ou adolescente, juntamente com pessoa maior de idade ou em ambiente inadequado, infringindo os dispositivos protetivos do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90). Observe-se que quanto aos menores não será necessário que sejam misturadas pessoas de sexos opostos, bastando para a configuração delitiva a permanência com maiores ou em local inadequado.

Também é inadmissível a mistura de menores com maiores, tendo em vista a necessidade de preservação dos primeiros, cuja faixa etária e de desenvolvimento psicológico e físico, em regra, os torna mais vulneráveis a violações de todas as espécies por parte de outros detentos mais velhos. Ademais, no Parágrafo Único não é incriminada somente a conduta de encarcerar o menor com maiores, mas também aquela de manter criança ou adolescente em “ambiente inadequado”, violando as garantias de salubridade e regras protetivas estabelecidas pelo ECA. A primeira parte do Parágrafo Único, que se refere à

promiscuidade entre maiores e menores é completada pelas normas do ECA (artigos 123 e 185, §§ 1º. e 2º., da Lei 8.069/90), tratando-se de sua concretização por tutela penal. Mas, a segunda parte do mesmo dispositivo, que se refere ao “ambiente inadequado” constitui elemento normativo do tipo, que deve ser esclarecido mediante consulta às normas previstas na Lei 8.069/90 para a apreensão e internação de adolescentes, bem como para a permanência de crianças em quaisquer órgãos públicos ou privados. Ressalte-se o artigo 94, inciso IV, do ECA (Lei 8.069/90) que estabelece a obrigação das entidades de oferecer ambiente de respeito e dignidade ao adolescente. Não haverá dignidade e respeito se o local onde o menor permanecer não tiver banheiro, se a comida for de qualidade precária, se não houver local para descanso (cama, colchão etc.), se houver exposição a calor ou frio demasiados, se o local for insalubre por umidade, proliferação de pestes (ratos, baratas, pulgas, carrapatos etc.) ou devido à falta de higiene etc. Há quem entenda que essa segunda parte do Parágrafo Único configura “norma penal em branco” [25] e não elemento normativo, ao que acrescentaríamos que, adotando essa tese, se trataria de uma “norma penal em branco em sentido lato (imprópria ou homogênea)”. [26] Entretanto, ousa-se discordar. Para nós trata-se claramente de *elemento normativo do tipo*. Acontece que a expressão “ambiente inadequado” não necessita somente de uma complementação ou limitação de sentido, de um exercício reduzido à cognição, mas exige um esforço valorativo. Conforme leciona Bitencourt, elementos normativos

“são aqueles para cuja compreensão é insuficiente desenvolver uma atividade meramente cognitiva, devendo-se realizar uma atividade valorativa. São circunstâncias que não se limitam a descrever o natural, mas implicam um juízo de valor. São exemplos característicos de elementos normativos expressões tais como ‘indevidamente’ (arts. 151, §1º, II; 162; 192, I; 316; 317, 319 etc.), ‘sem justa causa’ (arts. 153; 154; 244; 46; 248) ‘sem permissão legal’ (art. 292); ‘sem licença da autoridade competente’ (arts. 166 e 253); ‘fraudulentamente’ (art. 177, caput); ‘sem autorização’ (arts. 189; 193; 281 e 282); ‘documento’ (arts. 297; 298 e 299); ‘funcionário público’ (arts. 312; 331 e 333); ‘decoro’ (art. 140); ‘coisa alheia’ (arts. 155; 157) etc.” [27]

Também chamando a atenção para a valoração em contraste com a cognição, encontra-se na doutrina estrangeira o ensinamento de Pavón, que, por seu turno, se abebera no escólio de Peter Cramer:

(...) La diferencia consistiría en la función que cumplen en cada uno de los distintos tipos: cuando estamos ante una invocación a otras normas en la valoración de las características típicas, es un elemento normativo; por el contrario, cuando existe una remisión a otras disposiciones, estaremos ante una ley penal en blanco. Mientras los elementos normativos desempeñan una función interpretativa, la ley penal en blanco complementa o conforma el supuesto típico. [28]

É de observar que a Lei 8.069/90 não permite, em hipótese alguma, a apreensão ou internação de criança, à qual somente tem cabida medidas protetivas. Dessa forma, quem encarcera criança, seja com maiores ou não, não pratica o crime do artigo 21, Parágrafo Único, da Lei 13.869/19, mas infringe ao artigo 230 da Lei 8.069/90 (ECA). Já quanto à segunda parte, é possível que se mantenha uma criança em um ambiente inadequado sem que esteja apreendida ou internada, podendo o infrator responder pelo crime da Lei de Abuso de Autoridade.

O caso paradigmático da Juíza que permitiu a permanência de uma garota numa cela com 30 homens, a qual foi torturada e estuprada por vários dias, não se esgota na questão da divergência sexual. A vítima também era uma adolescente que foi mantida em meio a prisioneiros maiores. A absurdidade da situação certamente foi inspiração para a redação tanto do “caput” como do Parágrafo Único ora em comento.

Os crimes previstos no artigo 21, “caput” e seu Parágrafo Único da Lei 13.869/90 podem ser praticados por Juízes, Promotores de Justiça, Delegados de Polícia, Diretores de Estabelecimentos Prisionais ou de cumprimento de Medidas Sócio – educativas, carcereiros, agentes penitenciários, policiais em geral, dentre outras autoridades que tenham função de recolher pessoas presas com a obrigação de observar as cautelas legais minimamente razoáveis.

O sujeito passivo dos ilícitos será o preso ou presa e a criança ou adolescente infratora de ambos os sexos que seja submetida a um encarceramento ou permanência a qualquer título em ambiente irregular. Embora a letra da lei faça menção apenas ao “preso”, há que perceber que a interpretação deve se dar de forma ampla, abrangendo a pessoa submetida a medida de segurança de internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico (inteligência do artigo 96, I, CP). Observe-se que o estabelecimento em que a pessoa permanece é descrito como “de custódia”, de forma que a palavra “preso” usada na lei certamente abrange também essa situação. Forçoso reconhecer que

no caso a lei disse menos do que pretendia (“lex minus dixit quam voluit”). Também se usarmos como parâmetro a Lei de Tortura, esta quando trata dessa conduta praticada contra pessoas de alguma forma “custodiadas”, abrange expressamente tanto presos como pessoas submetidas a medida de segurança (vide artigo 1º, § 1º, da Lei 9.455/97), inexistindo motivo para que seja diferente com relação ao abuso de autoridade (“ubi eadem ratio ibi idem jus”). Não obstante, poderá surgir entendimento de que por infração ao Princípio da Legalidade não haveria possibilidade de aplicação do artigo 21 da Lei de Abuso de Autoridade às pessoas submetidas a medida de segurança. Acaso prevaleça tal interpretação, a solução será a tipificação como Constrangimento Ilegal e a responsabilização por dolo eventual em concurso de pessoas (participação) com relação a eventuais crimes perpetrados contra o custodiado, sem prejuízo da eventual configuração do crime de tortura já mencionado.

Não será, contudo, alcançada pela lei em estudo a pessoa internada em estabelecimento psiquiátrico para fins de tratamento médico, nos termos da Lei 10.216/01. Nesse caso, não há similaridade alguma com a pessoa presa. Não se trata de estabelecimento de custódia, mas de mero tratamento. Pretender estender a norma a essa situação implicaria violação muito intensa da legalidade e distensão semanticamente inadequada da palavra “preso”. Mas, então em estabelecimentos psiquiátricos de tratamento por internação é permitido manter pessoas de sexos opostos em alas conjuntas? É claro que não. Haverá as devidas responsabilidades administrativas, civis e mesmo penais, mas de acordo com o caso concreto, podendo ocorrer, na seara criminal Constrangimento Ilegal, Tortura (mas agora nos termos ao artigo 1º, II, da Lei 9.455/97) ou participação, ainda que com dolo eventual, em crimes dos quais o indivíduo seja vítima (v.g. lesões corporais, homicídio, estupro etc.).

Observe-se que a pena aplicável é a mesma tanto para o “caput”, quanto para o Parágrafo Único e as condutas compõem um único tipo penal que, em seu conjunto, pode ser considerado um tipo misto alternativo, de conteúdo variado ou de ação múltipla. Dessa forma, se, como no caso famigerado da Juíza que encarcerou uma garota menor com homens maiores, houver infração concomitante ao “caput” e ao Parágrafo Único do mesmo dispositivo, não haverá dois crimes em concurso formal, mas crime único, devendo a questão da dupla violação legal ser levada em conta na dosimetria da pena – base, de acordo com o artigo 59, CP.

O crime previsto no artigo 21, seja em seu “caput” seja no seu Parágrafo Único, somente se configura na forma dolosa (dolo direto ou eventual). Inexiste figura culposa. Portanto, se o agente público deixa pessoas de ambos os sexos juntas em uma cela ou menores com maiores por negligência apenas, o fato será

penalmente atípico, restando somente a responsabilização nas áreas civil e administrativa. Lembremos, contudo, que a omissão dolosa do agente público que toma conhecimento da irregularidade, configurará crime comissivo por omissão ou omissivo impróprio, já que tem o dever jurídico de agir, nos termos do artigo 13, § 2º, "a", CP. Por outro lado, trata-se de "crime permanente", pois a natureza do verbo "manter" permite que a consumação se protraia no tempo a depender da conduta do agente. A prisão em flagrante então pode ocorrer em qualquer momento após o início da irregularidade, ainda que já passados dias, meses ou até anos. O crime se consuma e se protraí temporalmente de forma similar ao sequestro e cárcere privado, extorsão mediante sequestro etc.

A consumação se dá com o recolhimento ou colocação indevida do preso ou do menor. Tratando-se de crime plurissubsistente é admissível a tentativa, a qual, porém, dificilmente ocorrerá na prática. Essa é a espécie de infração que, quando chega ao conhecimento de quem de direito para coibi-la, já está consumada há tempos.

REFERÊNCIAS

BERLIN, Isaiah. *Os Limites da Utopia*. Trad. Valter Lellis Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras 1991.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BUTLER, Judith. *Problemas de Gênero*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Suspeitos serão revistados conforme identidade de gênero, determina defensoria de SP. Disponível em <https://www.estudosnacionais.com/8867/suspeitos-serao-revistados-conforme-identidade-de-genero-determina-defensoria/>, acesso em 05.04.2020.

DIP, Ricardo. Prefácio. In: MARTINS NETO, Felipe Nery, OLIVEIRA E SILVA, José Eduardo de, STURIALE, Domenico, OLIVEIRA, Alexandre Semedo de, SERPENTINO, Daniel, BITTENCOURT, Liliana, TAKITANI, k Fernanda Fernandes, SANAHUJA, Juan Claudio, O'LEARY, Barbara Dale. *Gênero: ferramenta de desconstrução da identidade*. São Paulo: Katechesis, 2015.

FRASCOLLA, Bruna. *As Ideias e o Terror*. Salvador: República AF, 2020.

GRECO, Rogério, CUNHA, Rogério Sanches. *Abuso de Autoridade*. Salvador: Juspodivm, 2020.

JUÍZA que manteve garota de 15 anos em cela com 30 homens é suspensa. Disponível em <http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2016/10/juiza-que-manteve-garota-de-15-anos-em-cela-com-30-homens-e-suspensa.html>, acesso em 04.04.2020.

LESSA, Marcelo de Lima, MORAES, Rafael Francisco Marcondes de, GIUDICE, Benedito Ignácio. *Nova Lei de Abuso de Autoridade*. São Paulo: Acadepol, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Salvador: Juspodivm, 2020.

LUTADORA transexual é criticada por campeã do MMA. Disponível em <https://cidadeverde.com/noticias/173815/lutadora-transsexual-e-criticada-por-campea-do-mma>, acesso em 04.04.2020.

MASSON, Cleber. *Direito Penal*. Volume 1. 11ª. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2017.

MULHER transexual é presa em cela feminina e engravida detenta. Disponível em <https://oimparcial.com.br/brasil-e-mundo/2019/11/mulher-transsexual-e-presa-em-cela-feminina-e-engravida-detenta/>, acesso em 04.04.2020.

NOELLE – NEUMANN, Elisabeth. *A Espiral do Silêncio*. Trad. Cristian Derosa. Florianópolis: Estudos Nacionais, 2017.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2000.

O ESTUPRADOR que se declarou transgênero, foi preso com mulheres e abusou delas. Disponível em <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2018/09/11/o-estuprador-que-se-declarou-transgenero-foi-preso-com-mulheres-e-abusou-delas.ghtml>, acesso em 04.04.2020.

PAGLIA, Camille. *Mulheres Livres Homens Livres*. Trad. Helder Moura Pereira. Lisboa: Quetzal, 2018.

PAVÓN, Pilar Gomes. Cuestiones actuales del derecho penal econômico: el principio de legalidad y las remisiones normativas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n.48, p. 108 – 163, maio/jun., 2004.

RAND, Ayn. *A Virtude do Egoísmo*. Trad. Winston Ling e Cândido Mendes Prunes. Porto Alegre: Ortiz/ IEE, 1991.

SCALA, Jorge. *Ideologia de Gênero – O neototalitarismo e a morte da família*. Trad. Luis Guillermo Arroyave. São Paulo: Katechesis/ Artpress, 2011.

SOUZA, Renee do Ó. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Salvador: Juspodivm, 2020.

WEAVER, Richard M. *As ideias têm consequências*. Trad. Guilherme de Araújo Ferreira. São Paulo: É Realizações, 2012.

NOTAS:

[1] Art. 21. Manter presos de ambos os sexos na mesma cela ou espaço de confinamento: Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem mantém, na mesma cela, criança ou adolescente na companhia de maior de idade ou em ambiente inadequado, observado o disposto na Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

[2] JUÍZA que manteve garota de 15 anos em cela com 30 homens é suspensa. Disponível em <http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2016/10/juiza-que-manteve-garota-de-15-anos-em-cela-com-30-homens-e-suspensa.html>, acesso em 04.04.2020.

[3] MASSON, Cleber. *Direito Penal*. Volume 1. 11^a. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2017, p. 131. “Interpretação analógica ou ‘intra legem’ é a que se verifica quando a lei contém em seu bojo uma fórmula casuística seguida de uma fórmula genérica. É necessária para possibilitar a aplicação da lei aos inúmeros e imprevisíveis casos que as situações práticas podem apresentar”.

[4] SOUZA, Renee do Ó. *Comentários à Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 445.

[5] LESSA, Marcelo de Lima, MORAES, Rafael Francisco Marcondes de, GIUDICE, Benedito Ignácio. *Nova Lei de Abuso de Autoridade*. São Paulo: Acadepol, 2020, p. 100.

[6] BUTLER, Judith. *Problemas de Gênero*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p. 12.

[7] Op. Cit., p. 18.

[8] SCALA, Jorge. *Ideologia de Gênero – O neototalitarismo e a morte da família*. Trad. Luis Guilherme Arroyave. São Paulo: Katechesis/ Artpress, 2011, p. 22.

[9] FRASCOLLA, Bruna. *As Ideias e o Terror*. Salvador: República AF, 2020, p. 140.

[10] BUTLER, Judith, Op. Cit., p. 27.

[11] DIP, Ricardo. Prefácio. In: MARTINS NETO, Felipe Nery, OLIVEIRA E SILVA, José Eduardo de, STURIALE, Domenico, OLIVEIRA, Alexandre Semedo de, SERPENTINO, Daniel, BITTENCOURT, Liliana, TAKITANI, Fernanda Fernandes, SANAHUJA, Juan Claudio, O'LEARY, Barbara Dale. *Gênero: ferramenta de desconstrução da identidade*. São Paulo: Katechesis, 2015, p.9.

[12] FRASCOLA, Bruna, Op. Cit., p. 219.

[13] PAGLIA, Camille. *Mulheres Livres Homens Livres*. Trad. Helder Moura Pereira. Lisboa: Quetzal, 2018, p. 8.

[14] O ESTUPRADOR que se declarou transgênero, foi preso com mulheres e abusou delas. Disponível em <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2018/09/11/o-estuprador-que-se-declarou-transgenero-foi-preso-com-mulheres-e-abusou-delas.ghtml> , acesso em 04.04.2020. MULHER transexual é presa em cela feminina e engravida detenta. Disponível em <https://oimparcial.com.br/brasil-e-mundo/2019/11/mulher-transexual-e-presa-em-cela-feminina-e-engravida-detenta/>, acesso em 04.04.2020.

[15] BERLIN, Isaiah. *Os Limites da Utopia*. Trad. Valter Lellis Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras 1991, p. 123.

[16] Não é somente no âmbito carcerário que essa ideologia de gênero pode ter consequências desastrosas e já vem dando mostras inequívocas disso. Também tem sido comum sua aplicação acrítica ao mundo dos esportes, prejudicando, mais uma vez, duramente as mulheres em especial. Há casos até mesmo de lutadores de artes marciais do sexo biológico masculino desferindo tremendas surras em enfrentamentos desiguais, levando a violência contra a mulher para o ringue com traços de "virtude" na forma de um "esporte saudável". Vide: LUTADORA transexual é criticada por campeã do MMA. Disponível em <https://cidadeverde.com/noticias/173815/lutadora-transsexual-e-criticada-por-campea-do-mma>, acesso em 04.04.2020.

[17] RAND, Ayn. *A Virtude do Egoísmo*. Trad. Winston Ling e Cândido Mendes Prunes. Porto Alegre: Ortiz/ IEE, 1991, p. 39.

[18] WEAVER, Richard M. *As ideias têm consequências*. Trad. Guilherme de Araújo Ferreira. São Paulo: É Realizações, 2012, p. 35.

[19] Op. Cit., p. 19.

[20] NOELLE – NEUMANN, Elisabeth. *A Espiral do Silêncio*. Trad. Cristian Derosa. Florianópolis: Estudos Nacionais, 2017, p. 23. “Quando uma pessoa se sente isolada, seu sofrimento é tal que fica fácil manipulá-la através de sua própria fragilidade. Parece que o medo do isolamento é a força ativadora da espiral do silêncio. Seguir a multidão constitui um estado de relativa felicidade. Mas se esta opção não é possível, quando não se quer compartilhar em público uma convicção aceita aparentemente de modo universal, ao menos é possível permanecer em silêncio, uma segunda opção para continuar sendo tolerado pelos demais”. É por esse mecanismo inibitório que muitos se calam mesmo diante das consequências mais nefastas de ideias defendidas pelo que se convencionou chamar de “politicamente correto”.

[21] GRECO, Rogério, CUNHA, Rogério Sanches.. *Abuso de Autoridade*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 192. No mesmo sentido: SOUZA, Renee do Ó, Op. Cit., p. 446 – 447.

[22] LESSA, Marcelo de Lima, MORAES, Rafael Francisco Marcondes de, GIUDICE, Benedito Ignácio, Op. Cit., p. 102.

[23] Op. Cit., p. 103.

[24] Op. Cit., p. 103 – 104. Aliás, com respeito a buscas pessoais, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo chegou a expedir Recomendação, datada de 28.09.2018, para que essas diligências fossem realizadas por policial do mesmo gênero (e não sexo biológico) da pessoa transexual ou travesti, não fazendo distinção entre homem trans ou mulheres trans, ao reverso do defendido pelos autores. Infelizmente, há uma terrível falta de visão a respeito desses temas, inclusive com relação à bilateralidade das implicações dessas orientações. Ao contrário, a visão costuma ser monocular ou enviesada. A contradição no texto dos autores acaba sendo louvável, pois indica que, ainda que por um lapso, tiveram a sensibilidade de perceber realmente a fundo as diferenças e respeitar, verdadeiramente, as diversidades. A respeito das buscas pessoais e a Recomendação da Defensoria Pública paulista: CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Suspeitos serão revistados conforme identidade de gênero, determina defensoria de SP. Disponível em <https://www.estudosnacionais.com/8867/suspeitos-serao-revistados-conforme-identidade-de-genero-determina-defensoria/>, acesso em 05.04.2020.

[25] LIMA, Renato Brasileiro de. *Nova Lei de Abuso de Autoridade*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 212.

[26] NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 48. As normas penais em branco são doutrinariamente divididas em a)

normas penais em branco em sentido lato (impróprias ou homogêneas), porque são complementadas pela mesma espécie normativa, ou seja, lei; e b) normas penais em branco em sentido estrito (próprias ou heterogêneas), porque são complementadas por espécie normativa diversa de lei (ex. decreto, portaria etc.). No caso, como o artigo 21, Parágrafo Único da Lei 13.869/19 é complementado pelo ECA (Lei 8.069/90) imperioso reconhecer que se trataria de norma penal em branco em sentido lato, imprópria ou homogênea.

[27] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Volume 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 205.

[28] PAVÓN, Pilar Gomes. Cuestiones actuales del derecho penal econômico: el principio de legalidad y las remisiones normativas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n.48, maio/jun., 2004, p. 147.

EVASÃO DE DIVISAS E BITCOIN À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ

LEANDRO BASTOS NUNES:

Procurador da República, especialista em direito penal e processo penal, professor de pós-graduação na instituição de ensino Brasil Jurídico, e em cursos do MPU, palestrante, e autor da obra "evasão de divisas"(editora juspodivm).

RESUMO: o presente artigo tem por objetivo traçar um panorama do entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em relação ao crime de evasão de divisas e a tipificação dos delitos envolvendo a utilização de bitcoin. A metodologia envolve o estudo de casos concretos e conclusões derivadas das respectivas análises das decisões judiciais.

Palavras chave: evasão de divisas- depósito- bitcoin- Superior Tribunal de Justiça

INTRODUÇÃO

A expressão depósito revela a ideia do local onde se pode armazenar algo. Na hipótese do sistema financeiro, deve ser entendido como o lugar, no qual o dinheiro é guardado para fins de posterior utilização ou formação de reservas financeiras.

Com efeito, quando se deposita um valor para fins de que posteriormente seja investido em alguma aplicação financeira (fundo de investimentos, ações, debêntures), o montante não deixa de permanecer depositado no sistema financeiro, não perdendo a sua característica de "depósito".

No que se refere ao sistema bancário, o depositante é o titular do dinheiro correspondente a cada quantia depositada. Cada uma das formas de administrar os valores detém características próprias, dependendo da quantidade de dinheiro, tempo em que é administrado pelo banco, e sua finalidade. O sistema bancário oferece várias opções de depósitos para cada tipo de cliente, e tais modalidades não desnaturam a ideia original ligada ao fato de o montante financeiro estar armazenado em algum local (conta bancária ou algum tipo de aplicação financeira).

De outra parte, indaga-se se a ausência de declaração de cotas de fundo de investimentos (no exterior) configuraria a modalidade do crime de **"evasão depósito"** (última parte do parágrafo único do art. 22 da Lei 7.492/86).

CASUÍSTICA JURISPRUDENCIAL:

A decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, ao analisar a hipótese de manutenção de depósitos não declarados no exterior — modalidade do delito de evasão de divisas, prevista na segunda parte do parágrafo único do art. 22 da Lei dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, efetivou a **interpretação teleológica** da norma, conferindo proteção ampla e irrestrita ao bem jurídico tutelado (proteção das reservas cambiais).

O posicionamento foi adotado no julgamento do Recurso em Sentido Estrito do Ministério Público Federal em face de decisão de 1º grau que rejeitou denúncia em desfavor de investidores que subscreveram cotas do “Opportunity Fund”, nas Ilhas Cayman, em decorrência **da “Operação Satiagraha”**.

O TRF-3ª Região concedeu provimento ao recurso, assentando que a incriminação da manutenção de depósitos não declarados no exterior tutelaria tanto o erário (interesse do fisco), quanto as reservas cambiais do país, razão pela qual exigir-se-ia declaração ao Banco Central e à Receita Federal.

Nesse sentido, decidiu o Egrégio Tribunal:

*PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. **MANUTENÇÃO DE COTAS DE FUNDOS DE INVESTIMENTO NO EXTERIOR SEM DECLARAÇÃO ÀS AUTORIDADES COMPETENTES. CONDUTA, EM TESE, SUBSUMÍVEL AO TIPO PENAL DO ART. 22, PARÁGRAFO ÚNICO, PARTE FINAL, DA LEI 7.492/86. PRESCRIÇÃO VIRTUAL OU ANTECIPADA. IMPOSSIBILIDADE. PATENTE O INTERESSE DE AGIR POR PARTE DA ACUSAÇÃO. RECURSO DO MPF PROVIDO. DENÚNCIA RECEBIDA. 1- Segundo se extrai da denúncia, em 21.07.1997, o Recorrido subscreveu cotas do OPPORTUNITY FUND, sediado nas Ilhas Cayman, no valor **de** US\$ 180.900,00, resgatando em 23.10.2003, a quantia **de** US\$ 175.852,05. Consta da denúncia, ademais, que, **de** acordo com informações encaminhadas pela Receita Federal e pelo Banco Central, não constariam declarações **de** capitais brasileiros no exterior, no período **de** 1997 a 2003, em nome do Recorrido. 2- Conforme entendimento da doutrina e da jurisprudência, o tão só fato **de** o Recorrido não ter declarado as cotas do OPPORTUNITY FUND à Receita Federal já configuraria, em***

tese, o crime de evasão de divisas. 3- Por sua vez, não é pacífico o entendimento de que as cotas do OPPORTUNITY FUND não poderiam ser consideradas equivalentes à manutenção de depósitos no exterior, haja vista que esse E. Tribunal, nos autos da Apelação Criminal n.º 0008025-20.2007.403.6181, manteve a condenação pelo crime de evasão de divisas justamente pelo fato de o réu naqueles autos ter mantido dinheiro aplicado em fundos no exterior não declarados às autoridades competentes. 4- Finalmente, também a alegada falta justa causa para a ação penal diante da iminência da prescrição pela pena máxima abstratamente cominada ao delito não constitui óbice ao recebimento da denúncia, eis que o ordenamento jurídico pátrio repudia a denominada prescrição virtual ou prescrição antecipada. Outra, aliás, não é a conclusão que se depreende da Súmula n.º 438 do Superior Tribunal de Justiça. 5- Recurso do MPF provido. Denúncia recebida (TRF- 3ª Região, SER 00115573120094036181, 3ª Turma, Rel. Paulo Fonte, DJF3 31/03/2015)

No caso concreto, assentou o Egrégio Tribunal que “o tão só fato de o Recorrido não ter declarado as cotas do OPPORTUNITY FUND à Receita Federal já configuraria, em tese, o crime de evasão de divisas”. O aresto menciona o caso de condenação por evasão de divisas de acusado, que manteve dinheiro aplicado em fundo no exterior, sem declaração às autoridades competentes.

Contudo, pensamos que a mera ausência de declaração à Receita não configura, por si só, o delito de evasão, e sim o de sonegação fiscal, na hipótese de incidir o crédito tributário definitivamente constituído, em razão das distintas objetividades jurídicas tuteladas (proteção das reservas cambiais e da função arrecadatória do Estado).

Nesse ponto, **até dezembro de 2001** (quando foi publicada a Circular BACEN nº 3.071/2001), havia a obrigatoriedade de efetivação da declaração de ativos mantidos no exterior **apenas à Receita Federal**, conforme resolução nº 139/70 do Banco Central.

Outrossim, **a partir de 07/12/2001**, quando o BACEN passou a ser a repartição federal competente para receber as declarações de capitais brasileiros no exterior, **a hipótese é de incidência do concurso real (material) de crimes (art. 69 do CPB)**, na seguinte forma hipotética: “X”, por intermédio do embarque em

voos internacionais, leva consigo a quantia de US\$ 40.000,00 (quarenta mil dólares), e não preenche o formulário de declaração eletrônica de bens do viajante (e-DBV), logrando êxito na remessa dos respectivos valores a outro país.

Posteriormente, abre uma conta no exterior, deposita esse valor e complementa com outros US\$ 70.000,00 (setenta mil dólares), perfazendo o total de US\$ 110.000,00 (cento e dez mil dólares). No ano seguinte, não procede à efetivação da declaração de capitais de brasileiros no exterior (DCBE), omitindo ao BACEN tais informações, e não lança os valores (oriundos de rendimentos tributários) na declaração anual de imposto de renda.

In casu, **ter-se-iam duas condutas em contextos fáticos distintos** – a primeira se consumaria na ausência de declaração do valor de US\$ 110.000,00 (cento e dez mil dólares) ao BACEN, e a segunda na data do lançamento definitivo do crédito tributário.

O dever de informação das disponibilidades mantidas por brasileiros no exterior existe no ordenamento jurídico pátrio desde 1962, quando a Lei 4.131/62, em seu art. 17, previu que as pessoas físicas e jurídicas, domiciliadas ou com sede no Brasil, estariam obrigadas a declarar à extinta Superintendência da Moeda e do Crédito (SUMOC), na forma que fosse estabelecida pelo respectivo Conselho, os bens e valores que possuíssem no exterior, incluindo depósitos bancários.

A partir do ano 2001, coube ao BACEN efetivar o controle das reservas cambiais com exclusividade, tornando-se a “repartição federal competente” referida pelo parágrafo único **do art. 22 da Lei 7.492/86 (Lei dos crimes contra o sistema financeiro nacional-LSN)**.

Nesse sentido, preleciona **Masi**:

Desde 2001, porém, só pratica crime contra o Sistema Financeiro quem não declara ao BACEN, uma vez que o controle das reservas cambiais *passou* a ser tutelado normativamente com exclusividade por este órgão, que tornou-se, então a “*repartição federal competente*” a que faz referência o parágrafo único do art. 22 da Lei 7.492/86 (norma penal em branco) (<https://www.conjur.com.br/2015-abr-26/carlo-velho-masi-omitir-receita-dinheiro-exterior-nao-evasao-divisas>)

A norma penal faz alusão à manutenção de “depósitos não declarados”. A nosso ver, o legislador, ao tipificar a expressão “depósito”, buscou abarcar todo tipo de

investimento que fosse convertido em valor monetário (dinheiro), incluindo ações, cotas de fundo de investimentos, debêntures, entre outros.

É cediço que, quem faz este tipo de aplicação, tem por escopo transformá-lo em pecúnia, assim que puder, detendo a disponibilidade imediata para seu uso financeiro.

A *mens legis* deve ser efetivada, em virtude do método da **interpretação sistemática e teleológica**, haja vista que a finalidade do legislador foi a de proteger as reservas cambiais. Com efeito, afigura-se intuitivo o fato de que, ainda que as cotas do fundo de investimentos estejam no exterior sem previsão de imediata transferência à conta corrente, a aludida situação possibilita a sua disponibilidade imediata para serem convertidas em pecúnia, conforme os ditames da vontade do seu titular (solicitação de resgate, venda no mercado de ações, etc).

Nesse sentido, a interpretação teleológica é um método de interpretação que tem por critério extrair a finalidade da norma. Conforme a respectiva exegese, ao se interpretar um dispositivo legal, deve-se levar em conta as exigências econômicas e sociais, conformando-se aos princípios da justiça e do bem comum (**art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito**).

Com efeito, ao analisar o recurso interposto em face da aludida decisão do TRF-3º Região, **a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), encampando entendimento defendido em nossa obra, decidiu na seguinte forma (grifos acrescentados):**

*"(...) manutenção de depósito não declarado à repartição federal competente no exterior. Para fins de interpretação do termo "depósito" deve-se considerar o fim a que se destina a norma, pois visa à proteção do Sistema Financeiro Nacional – SFN. A lei não restringiu (não seria melhor a modalidade de) o local de depósito no exterior. Assim, não deve ser considerado apenas o depósito em conta bancária no exterior, mas também o valor depositado em aplicação financeira no exterior, em razão da disponibilidade da moeda e do interesse do SFN (...) **Ainda, em manifestação mais recente, a doutrina de Leandro Bastos Nunes que, colacionando o acórdão do Tribunal a quo, entendeu por escorreita uma interpretação teleológica do termo "depósito", cito (in Evasão de Divisas, 2ª Edição revista e ampliada – Salvador: Juspodivm. 2017.***

fls. 141/142): "A norma penal faz alusão à manutenção de "depósitos não declarados". A nosso ver, o legislador, ao tipificar a expressão "depósito", buscou abarcar todo tipo de investimento que fosse convertido em valor monetário (dinheiro), incluindo ações, cotas de fundo de investimentos, debêntures, entre outros. Nesse sentido, é cediço que, quem faz este tipo de aplicação, tem por escopo transformá-lo em pecúnia, assim que puder, detendo a disponibilidade imediata para seu uso financeiro. A mens legis deve ser efetivada, em virtude da técnica de interpretação sistemática e teleológica, haja vista que a finalidade do legislador foi a de proteger as reservas cambiais. Com efeito, afigura-se intuitivo o fato de que, ainda que as cotas do fundo de investimentos estejam no exterior sem previsão de imediata transferência à conta corrente, a aludida situação possibilita a sua disponibilidade imediata para serem convertidas em pecúnia, conforme os ditames da vontade do seu titular (solicitação de resgate, venda no mercado de ações, etc.). Nesse sentido, a interpretação teleológica é um método de interpretação legal que tem por critério extrair a finalidade da norma. Conforme a respectiva exegese, ao se interpretar um dispositivo legal, deve-se levar em conta as exigências econômicas e sociais, conformando-se aos princípios da justiça e ao bem comum (art. 5º da Lei de introdução às normas do Direito). O elemento teleológico pode ser explicado como uma maneira de desvendar o sentido da lei, descobrindo suas finalidades e objetivos. A palavra "teleologia" significa "a doutrina acerca das causas finais": a qual busca explicar as coisas pelos fins a que são destinadas. As finalidades de uma lei devem sofrer alterações ao decorrer dos tempos, em virtude da evolução da sociedade, cabendo ao intérprete revelar as novas finalidades, fazendo-o dentro de um trabalho sério e responsável, com observâncias de princípios do próprio ordenamento jurídico. De outro lado, vale registrar que os depósitos podem ter origem no exterior, ou seja, não é necessária a remessa no Brasil e a posterior manutenção em outro país, podendo, para configurar o delito, incidir, por exemplo, na hipótese da respectiva transferência de uma conta no exterior para outra em outro país. Deve-se incluir no conceito de depósito qualquer tipo de investimento no exterior aplicado no

sistema financeiro, tais como, ações, fundos ou cotas de fundos de investimentos (incluindo previdência privada), haja vista o escopo da norma em tutelar o controle das divisas situadas no exterior, abrangendo os respectivos depósitos oriundos de quaisquer tipos de aplicações financeiras, com base na hermenêutica da interpretação sistemática e teleológica." Portanto, no caso em tela, a suposta aplicação financeira realizada por meio da aquisição de cotas do fundo de investimento Opportunity Fund no exterior e não declarada à autoridade competente preenche a hipótese normativa do art. 22, parágrafo único, parte final, da Lei n. 7.492/86. Ressalte-se que o BACEN, ainda na Circular 3.071 de 2001, já estabelecia que os valores dos ativos em moeda detidos no exterior deveriam ser declarados, conforme art. 1º e art. 2º (...)" (STJ, 5ª Turma, Agravo em recurso especial n.º 774.523-SP, Rel. Joel Ilan Paciornik, j. 07/05/2019).

Vale registrar que os depósitos podem ter origem no exterior, ou seja, não é necessária a remessa no Brasil e a posterior manutenção no outro país, podendo, para configuração do delito, incidir, por exemplo, na hipótese da respectiva transferência de uma conta no exterior para outra em outro país.

REGULAMENTAÇÃO DO BITCOIN E SUA RELAÇÃO COM O CRIME DE EVASÃO DE DIVISAS:

As **criptomoedas** podem configurar uma espécie de meio de pagamento online, tendo surgido na década passada, e, durante muito tempo, ficou restrita ao ambiente dos empreendedores virtuais mais sofisticados, a ponto de paulatinamente ter conquistado adeptos e angariado espaço no mercado, resultando na atual preocupação gerada nos inúmeros representantes de Estado.

Com efeito, trata-se de uma moeda virtual e um meio de pagamento, que pode ser empregado para qualquer tipo de transação comercial, e já vem sendo utilizada nas transações (compra e venda) de moeda estrangeira em algumas casas de câmbio do Brasil (disponível em <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,casa-de-cambio-passa-a-aceitar-bitcoin-para-compra-de-dolar,70002817208>).

Todavia, **é uma moeda virtual ainda não reconhecida pelo Banco Central do Brasil**, inexistindo o respectivo lastro, haja vista a ausência de correspondência a uma existência física em papel moeda equivalente, assim como

pela impossibilidade de comprovação do seu efetivo valor, a teor do que consta no Comunicado Bacen n.º 31.379/2011 (disponível em C:\Users\Usuario\Documents\Comunicado n° 31.379 de 16_11_2017.html).

Indaga-se, porém, se a manutenção de valores superiores a US\$ 100.000,00 (cem mil dólares) em bitcons configuraria o delito de evasão de divisas, na modalidade **evasão imprópria**?

Em relação ao tipo penal de evasão divisas previsto na Lei 7.492/86, cumpre descrevê-lo em sua íntegra:

Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

*Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída **de moeda ou divisa** para o exterior, ou nele **mantiver depósitos** não declarados à repartição federal competente.*

Nesse ponto, enquanto o **bitcoin** não for regulamentado pelo CMN (Conselho Monetário Nacional) e/ou pelo BACEN, fica inviável cogitar, em tese, na tipificação como evasão de divisas propriamente dita (primeira parte do parágrafo único do artigo 22 da LSN) ou da modalidade evasão imprópria, porquanto não poderá ser classificado na condição de depósito, moeda ou divisa, por não estar vinculado a qualquer instituição financeira, e pelo fato de as operações não serem reconhecidas e regulamentadas pelos aludidos entes do sistema financeiro nacional.

Por outro lado, apenas na hipótese do crime do *caput* do art. 22 da Lei 7.492/86 é que se poderia cogitar, em princípio, da possibilidade de configuração do delito de evasão, quando a aquisição da criptomoeda for utilizada para fins de efetivação de contrato de câmbio ilegal, cujo objetivo seja a evasão de divisas (remessa dos valores para outro país, em desconformidade às regras do Banco Central), conforme se nota da análise da seguinte ementa de decisão oriunda do Superior Tribunal de Justiça:

*CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INQUÉRITO POLICIAL. JUSTIÇA ESTADUAL E JUSTIÇA FEDERAL. INVESTIGADO QUE ATUAVA COMO TRADER DE **CRIPOMOEDA (BITCOIN)**, OFERECENDO RENTABILIDADE FIXA AOS INVESTIDORES. INVESTIGAÇÃO INICIADA PARA*

APURAR OS CRIMES TIPIFICADOS NOS ARTS. 7º, II, DA LEI N. 7.492/1986, 1º DA LEI N. 9.613/1998 E 27-E DA LEI N. 6.385/1976. MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL QUE CONCLUIU PELA EXISTÊNCIA **DE INDÍCIOS DE OUTROS CRIMES FEDERAIS (EVASÃO DE DIVISAS, SONEGAÇÃO FISCAL E MOVIMENTAÇÃO DE RECURSO OU VALOR PARALELAMENTE À CONTABILIDADE EXIGIDA PELA LEGISLAÇÃO). INEXISTÊNCIA. OPERAÇÃO QUE NÃO ESTÁ REGULADA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO. BITCOIN QUE NÃO TEM NATUREZA DE MOEDA NEM VALOR MOBILIÁRIO. INFORMAÇÃO DO BANCO CENTRAL DO BRASIL (BCB) E DA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). INVESTIGAÇÃO QUE DEVE PROSSEGUIR, POR ORA, NA JUSTIÇA ESTADUAL, PARA APURAÇÃO DE OUTROS CRIMES, INCLUSIVE DE ESTELIONATO E CONTRA A ECONOMIA POPULAR.** 1. **A operação envolvendo compra ou venda de criptomoedas não encontra regulação no ordenamento jurídico pátrio, pois as moedas virtuais não são tidas pelo Banco Central do Brasil (BCB) como moeda, nem são consideradas como valor mobiliário pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), não caracterizando sua negociação, por si só, os crimes tipificados nos arts. 7º, II, e 11, ambos da Lei n. 7.492/1986, nem mesmo o delito previsto no art. 27-E da Lei n. 6.385/1976.** 2. Não há falar em competência federal decorrente da prática **de crime de sonegação de tributo federal se, nos autos, não consta evidência de constituição definitiva do crédito tributário.** 3. **Em relação ao crime de evasão, é possível, em tese, que a negociação de criptomoeda seja utilizada como meio para a prática desse ilícito, desde que o agente adquira a moeda virtual como forma de efetivar operação de câmbio (conversão de real em moeda estrangeira), não autorizada, com o fim de promover a evasão de divisas do país.** No caso, os elementos dos autos, por ora, não indicam tal circunstância, sendo inviável concluir pela prática desse crime apenas com base em uma suposta inclusão **de** pessoa jurídica estrangeira no quadro societário da empresa investigada. 4. Quanto ao crime **de lavagem de dinheiro** (art. 1º da Lei n. 9.613/1998),

*a competência federal dependeria da prática **de** crime federal antecedente ou mesmo da conclusão **de** que a referida conduta teria atentado contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, ou em detrimento **de** bens, serviços ou interesses da União, ou **de** suas entidades autárquicas ou empresas públicas (art. 2º, III, a e b, da Lei n. 9.613/1998), circunstâncias não verificadas no caso. 5. Inexistindo indícios, por ora, da prática **de** crime **de** competência federal, o procedimento inquisitivo deve prosseguir na Justiça estadual, a fim **de** que se investigue a prática **de** outros ilícitos, inclusive estelionato e crime contra a economia popular. 6. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo **de** Direito da 1ª Vara **de** Embu das Artes/SP, o suscitado. (**STJ, CC-161123, Rel. Sebastião Reis Junior, 3ª Seção, DJE 05/12/2018**).*

No mesmo sentido, é o que consta do **Comunicado Bacen nº 31.379, de 16 de novembro de 2017**:

*"(...) 6. É importante ressaltar que as operações com **moedas virtuais** e com outros instrumentos conexos que impliquem transferências internacionais referenciadas em moedas estrangeiras **não afastam a obrigatoriedade de se observar as normas cambiais, em especial a realização de transações exclusivamente por meio de instituições autorizadas pelo Banco Central do Brasil a operar no mercado de câmbio**" (Disponível em C:\Users\Usuario\Documents\Comunicado nº 31.379 de 16_11_2017.html. Acesso: 12 de agosto de 2019)*

No que se refere à conceituação das criptomoedas, leciona **CARDONI**:

*"(...) **essa criptomoeda ainda não foi conceituada pelo ordenamento jurídico brasileiro, não sendo possível a sua equiparação à divisa. Além disso, foi demonstrado que o bitcoin não pode ser considerado uma moeda em razão das suas condições econômicas e também da legislação atual**" (**CARDONI, p. 61**).*

Com efeito, as criptomoedas são criptografadas para garantir proteção e segurança, e o aludido valor monetário apenas trafega no universo virtual.

De forma similar a outros tipos de moedas, a criptomoeda pode ser utilizada para aquisição de bens e serviços, mas a sua principal vantagem é o fato de não estar atrelada a um determinado sistema bancário, tendo, ainda, como característica, a possibilidade de transferência via internet de baixo custo, porquanto inexistente a necessidade de pagamento das respectivas taxas inerentes às instituições financeiras tradicionais.

A criptografia de tais moedas é realizada, por intermédio de uma série de códigos dotados de "chaves" de difíceis decodificações, tornando-a menos suscetíveis a invasões, por parte de hackers ou criminosos do mundo cibernético.

Contudo, isso não impede a configuração do eventual crime de lavagem de dinheiro (ocultação e/ou dissimulação **de bens ou valores** proveniente de infração penal antecedente), quando for comprovada a sua utilização para fins de ocultação ou dissimulação de ganhos oriundos de ilícitos penais.

Nesse ponto, leciona **LEDRA RIBEIRO**:

(...) Inobstante a isso, o bitcoin ser considerado como bem imaterial não escusaria os seus operadores de desprezar regras referentes ao combate às fraudes e corrupção nos termos da lei 9.613/98. A depender das transações realizadas em bitcoin, por exemplo, as partes podem recair no crime de ocultação de bens, direitos e valores, ao "ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal", nos termos do caput do art. 1º da mesma lei(...)"

No mesmo sentido, poder-se-á caracterizar **o delito de sonegação fiscal**, caso seja comprovada a omissão de declaração de bens ou valores no imposto de renda, resultando na omissão de renda auferida tributável, desde que constituído definitivamente o crédito tributário, por intermédio do lançamento fiscal a cargo da Receita.

Em relação à prevenção e repressão à sonegação fiscal, a Receita Federal emitiu um ato normativo, por meio do qual tornou obrigatória a informação na declaração de imposto de renda do referido ativo financeiro, conforme se nota na instrução normativa **RFB nº 1.888, de 3 de maio de 2019**, a qual instituiu e disciplinou a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB), nos seguintes termos:

"Art. 1º Esta Instrução Normativa institui e disciplina a obrigatoriedade de prestação de informações relativas às operações realizadas com criptoativos à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil (RFB).

(...)

Art. 6º Fica obrigada à prestação das informações a que se refere o art. 1º:

I - a exchange de criptoativos domiciliada para fins tributários no Brasil;

II - a pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no Brasil quando:

a) as operações forem realizadas em exchange domiciliada no exterior; ou

b) as operações não forem realizadas em exchange.

§ 1º No caso previsto no inciso II do caput, as informações deverão ser prestadas **sempre que o valor mensal das operações, isolado ou conjuntamente, ultrapassar R\$ 30.000,00 (trinta mil reais)**"

Relativamente à submissão do lucro das transações à tributação pelo fisco, preleciona **REVOREDO**:

"A tributação dos ganhos obtidos com a alienação de criptomoedas Segundo a própria Receita Federal (tópico 607 do Documento de Perguntas e Respostas): "Os ganhos obtidos com a alienação de moedas virtuais (bitcoins, por exemplo) cujo total alienado no mês seja superior a R\$ 35.000,00 são tributados, a título de ganho de capital, à alíquota de 15%, e o recolhimento do imposto sobre a renda deve ser feito até o último dia útil do mês seguinte ao da transação". Para isso, o contribuinte deve informar no GCAP o custo de aquisição e o valor de venda. O pagamento do DARF é até o final do mês subsequente"

Como se nota, **a orientação da Receita Federal é no sentido de que a referida criptomoeda configura uma espécie de ativo financeiro**, razão pela qual seria exigível o recolhimento de imposto sobre a renda a título de ganho de capital

(<https://www.conjur.com.br/2019-abr-15/opiniaio-tributacao-operacoes-criptomoedas>).

O Banco Central (BACEN) já se pronunciou em algumas oportunidades, manifestando o entendimento de que as criptomoedas ainda não foram regulamentadas, **porquanto não seriam moedas fiduciárias**, haja vista não possuírem natureza de meio de curso forçado para fins de transações financeiras.

De outro lado, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu, **em março de 2020, a competência da Justiça Federal** para julgar fatos relacionados à captação de recursos atrelados à especulação no mercado de criptomoedas, por intermédio de oferta pública de contrato coletivo de investimento com bitcoin, sem prévio registro de emissão na Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

Segundo o respectivo julgado, cuja ementa segue abaixo transcrita, a oferta pública de contrato coletivo de investimento configura valor mobiliário previsto na Lei 6.385/76, submetendo os fatos às disposições da lei dos crimes contra o sistema financeiro nacional (**Lei 7.492/1986**), atraindo, por conseguinte, a competência da Justiça Federal, *in verbis*:

HABEAS CORPUS. **OPERAÇÃO EGYPTO**. SUPOSTA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA **FEDERAL**. MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA. CASO QUE OSTENTA CONTORNOS DISTINTOS DO CC N. 161.123/SP (TERCEIRA SEÇÃO). DENÚNCIA OFERTADA, **NA QUAL É NARRADA A EFETIVA OFERTA DE CONTRATO COLETIVO DE INVESTIMENTO ATRELADO À ESPECULAÇÃO NO MERCADO DE CRIPTOMOEDA. VALOR MOBILIÁRIO (ART 2º, IX, DA LEI N. 6.385/1976)**. INCIDÊNCIA DOS CRIMES PREVISTOS NA LEI N. 7.492/1986. **COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL** (ART. 26 DA LEI N. 7.492/1986), INCLUSIVE PARA PROCESSAR OS DELITOS CONEXOS (SÚMULA 122/STJ). 1-A Terceira Seção desta Corte decidiu que a **operação** envolvendo compra ou venda de criptomoedas não encontra regulação no ordenamento jurídico pátrio, pois as moedas virtuais não são tidas pelo Banco Central do Brasil (BCB) como moeda, nem são consideradas como valor mobiliário pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), não caracterizando sua negociação, por si só, os crimes tipificados nos arts. 7º, II, e 11, ambos da Lei n. 7.492/1986, nem mesmo o delito

previsto no art. 27-E da Lei n. 6.385/1976 (CC n. 161.123/SP, DJe 5/12/2018).2- O incidente referenciado foi instaurado em inquérito (não havia denúncia formalizada) e a **competência** da Justiça estadual foi declarada exclusivamente considerando os indícios colhidos até a instauração do conflito, bem como o dissenso verificado entre os Juízes envolvidos, sendo que nenhum deles cogitou que o contrato celebrado entre o investigado e as vítimas consubstanciaria um contrato de investimento coletivo. 3. O caso dos autos não guarda similitude com o precedente, pois já há denúncia ofertada, na qual foi descrita e devidamente delineada a conduta do paciente e dos demais corréus no sentido de **oferecer contrato de investimento coletivo, sem prévio registro de emissão na autoridade competente**. 4.- Se a denúncia imputa a **efetiva oferta pública de contrato de investimento coletivo (sem prévio registro)**, não há dúvida de que **incide as disposições contidas na Lei n. 7.492/1986, notadamente porque essa espécie de contrato consubstancia valor mobiliário, nos termos do art. 2º, IX, da Lei n. 6.385/1976**. 5- Interpretação consentânea com o órgão regulador (CVM), que, em situações análogas, nas quais há oferta de contrato de investimento (sem registro prévio) vinculado à especulação no mercado de criptomoedas, tem alertado no sentido da irregularidade, por se tratar de espécie de contrato de investimento coletivo. 6- **Considerando os fatos narrados na denúncia, especialmente os crimes tipificados nos arts. 4º, 5º, 7º, II, e 16, todos da Lei n. 7.492/1986, é competente o Juízo Federal para processar a ação penal (art. 26 da Lei n. 7.492/1986)**, inclusive no que se refere às infrações conexas, por força do entendimento firmado no Enunciado Sumular n. 122/STJ.7- Ordem denegada (**STJ, 6ª Turma, HC 530563 / RS,Dje 12/03/2020**)

CONCLUSÃO

Deve-se incluir no conceito de “depósito” qualquer tipo de investimento no exterior aplicado no sistema financeiro, tais como, ações, fundos ou cotas de fundos de investimentos (incluindo previdência privada), haja vista o escopo da norma em tutelar o controle das divisas situadas no exterior, abrangendo os respectivos provisionamentos oriundos de quaisquer espécies de aplicações

financeiras, com fundamento na hermenêutica da interpretação sistemática e teleológica.

Em relação ao delitos de sonegação fiscal, evasão de divisas (na modalidade prevista no *caput* do art. 22 da Lei 7.492/86) e lavagem de dinheiro, existirá a possibilidade de configuração, em tese, de ilicitude no uso do bitcoin, **se** houver comprovação dos requisitos da respectiva atividade criminosa, devendo ser criteriosamente analisado no caso concreto. (artigo 3^a do comunicado Bacen n.º 31.379, de 16 de novembro de 2017).

De outra parte, enquanto não forem regulamentados pelo BACEN e/ou CVM, não há como proceder à tipificação do crime de evasão propriamente dita (primeira parte do § único do art. 22 da LSN) ou da modalidade "evasão imprópria" ou "evasão depósito" (manutenção de depósitos no exterior não declarados ao Banco Central do Brasil- última parte do art. 22 da Lei 7.492/86), **quando a transação financeira englobar a aquisição e/ou manutenção de bitcoin em contas digitais, em desconformidade com as normas da aludida autarquia federal.**

No que se refere à oferta pública de contrato coletivo de investimento, por intermédio de especulação no mercado de criptomoedas, a aludida hipótese configura uma espécie de valor mobiliário previsto na Lei 6.385/76, submetendo os fatos às disposições da legislação dos crimes contra o sistema financeiro nacional **Lei n.º 7.492/86**).

Por fim, a utilização do bitcoin como meio para realização de operação de câmbio (conversão de real em moeda estrangeira), **não autorizada**, com o fim de promover a evasão de divisas do país, poderá configura, em tese, o delito de evasão de divisas previsto no *caput* do art. 22 da Lei n.º 7.492/86.

REFERÊNCIAS:

Aplicação em fundo no exterior também caracteriza evasão de divisas, diz STJ. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-jun-11/aplicacao-fundo-externo-tambem-caracteriza-evasao-divisas>. Acesso em 27 de julho de 2019.

Casa de câmbio passa a aceitar bitcoin para compra de dólar. Disponível em <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,casa-de-cambio-passa-a-aceitar-bitcoin-para-compra-de-dolar,70002817208>. Acesso em 08 de agosto de 2019.

CADORIN, Mariana Marcon. **Divisas e Bitcoins**. Porto Alegre: Editora Fi, 2018.

COMUNICADO BACEN n.º 31.379 de 16/11/2017. **Alerta sobre os riscos decorrentes de operação de guarda e negociação das denominadas moedas virtuais.** Disponível em C:\Users\Usuario\Documents\Comunicado n.º 31.379 de 16_11_2017.html. Acesso: 12 de agosto de 2019.

MASI, Carlo Velho. **Manter depósitos não declarados no exterior (art. 22, parágrafo único, 2ª parte, da Lei nº 7.492/86).** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2738, 30 dez. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18127>>. Acesso em: 03 de agosto de 2019.

MASI, Carlo Velho. **Omitir da Receita dinheiro no exterior não consiste em evasão de divisas.** Conjur. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-abr-26/carlo-velho-masi-omitir-receita-dinheiro-externo-nao-evasao-divisas>. Acesso em 05 de agosto de 2019.

NUNES, Leandro Bastos. **A manutenção de depósito em fundos de investimentos no exterior e o crime de evasão de divisas.** Disponível em <https://jus.com.br/artigos/55068/a-manutencao-de-deposito-em-fundos-de-investimentos-no-externo-e-o-crime-de-evasao-de-divisas>. Acesso em 08 de agosto de 2019.

NUNES, Leandro Bastos. **Evasão de Divisas**, atualizado com a lava jato. Salvador: Editora Juspodivm, 2ª edição, 2017.

REVOREDO, Tatiana. Quadro Geral sobre tributação de criptoativos no Brasil. Disponível em <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/tributario/receita-federal-in-criptoativos-09052019>. Acesso em 28 de julho de 2019.

RIBEIRO, Rodrigo Marcial Ledra. Bitcoin no sistema financeiro nacional. Disponível em <https://periodicos.utfpr.edu.br/rts/article/view/7432>. Acesso em 27 de julho de 2019.

Tributação de operações com criptomoedas carece de regulamentação específica. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-abr-15/opiniao-tributacao-operacoes-criptomoedas>. Acesso em 08 de agosto de 2019.

O CORONAVÍRUS, O DIREITO PENAL E A “ESCOLHA DE SOFIA”: MEDICINA DE CATÁSTROFE

JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR: Delegado de Polícia no Estado de Mato Grosso, atualmente lotado como delegado adjunto da Delegacia Especializada de Roubos e Furtos de Barra do Garças. Ex-assessor do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Pós-graduado em Ciências Penais pela rede de ensino Luiz Flávio Gomes (LFG) em parceria com Universidade de Santa Catarina (UNISUL). Pós-graduado em Gestão Municipal pela Universidade do Estado de Mato Grosso - UNEMAT e pela Universidade Aberta do Brasil. Curso de Extensão pela Universidade de São Paulo (USP) de Integração de Competências no Desempenho da Atividade Judiciária com Usuários e Dependentes de Drogas. Colunista do site Justiça e Polícia, coautor de obra jurídica e autor de artigos jurídicos. Atualmente também é professor de cursos preparatórios para concursos públicos.

PAULO REYNER CAMARGO MOUSINHO^[i].

(Coautor)

Das considerações iniciais

Atravessamos os últimos dias por um cenário desolador que nos lembram as séries de ficção científica conjugadas com produções cinematográficas de Hollywood como “The Walking Dead”, “Resident Evil” entre outras, cujos vírus se propagam no meio social de maneira alarmante, causando o caos social de efeitos inimagináveis, tal como ocorre com o coronavírus, guardando obviamente as devidas proporções.

Tem sido noticiado por meio da mídia que no Brasil, infelizmente, não teria leitos, respiradores entre outros equipamentos de logística suficientes para enfrentar novo coronavírus, implicando no colapso do Sistema Único de Saúde.

Ademais, os recursos orçamentários e de saúde são finitos, ou seja, se esgotam. Embora isso não seja levado em consideração normalmente no processo de decisão e nas escolhas feitas para cada paciente num primeiro momento, quando os recursos se tornam extremamente escassos por não permitirem o

tratamento de vários pacientes que poderiam ser beneficiados, surge um enorme problema que acaba impondo se cogitar medidas racionais e práticas.

Somado a isso, temos um ordenamento jurídico repleto de prioridades asseguradas para idosos, crianças, adolescentes, jovens, portadores de necessidades especiais, portadores de patologias graves e os integrantes de grupos de vulneráveis – além de ordens judiciais com liminares concedidas – no caso de falta de leitos e equipamentos, como proceder?

O novo coronavírus (COVID-19)

Em termos numéricos, até o dia 22 de março, o novo coronavírus já teria chegado a 114 países e a todos os continentes, exceto a Antártida, infectando mais de 323,6 mil pessoas, levando cerca de 13 mil delas à morte.[ii]

No Brasil, já são 25 mortes e 1546 casos confirmados, segundo o Ministro da Saúde, Luiz Henrique Mandetta. [iii]

Temos o dever de trazer à tona a afirmação do Ministro Mandetta feita em reunião no Congresso com os presidentes das duas Casas e líderes partidários que a expectativa é uma expansão vertiginosa da pandemia viral. Mandetta pediu que fossem liberados R\$ 5 bilhões de recursos para combater a pandemia e disse que o Sistema Único de Saúde (SUS), do qual dependem exclusivamente os quase 70% de brasileiros que não têm plano de saúde, não suportará a demanda criada pelo novo coronavírus.

“A escolha de Sofia” (Sophie’s Choice)

Para entendermos melhor a expressão **“A Escolha de Sofia” (Sophie’s Choice)**, importante ressaltar que tem origem em um filme estadunidense de 1982, do gênero drama, dirigido e roteirizado por Alan J. Pakula e baseado no romance de 1979 de William Styron.[iv]

Em verdade, trata de um drama que uma cidadã por nome de "Sofia" passa, sendo mãe polaca, filha de pai antissemita, presa num campo de concentração de Auschwitz durante a Segunda Guerra e que é forçada por um soldado nazista a fazer uma difícil e dolorosa escolha que lhe afetaria pelo resto de sua vida. Ela (Sofia) é obrigada a escolher entre seus 2 (dois) filhos apenas 1 (um) filho que sobreviverá ou se não escolher nenhum ambos morrerão, impondo aquela à terrível decisão de escolha, onde 01 (um) ou os 02 (dois) filhos inevitavelmente iriam para a câmara de gás.

Este trauma é lembrado por Sofia em 1947, quando ela, residindo em Nova York e casada com um judeu americano, acaba por viver um triângulo amoroso com um aspirante a escritor.

"A escolha de Sofia" neste contexto, é uma expressão que exterioriza a imposição de se adotar uma decisão difícil sob pressão e enorme sacrifício.

A "Escolha de Sofia" e o coronavírus

Transportando isso para o mundo jurídico e para o campo da bioética, a "escolha de Sofia" quer dizer 'escolhas difíceis' e na prática isso significa fazer "escolhas trágicas" de acordo com a chance de sucesso de tratamento de cada paciente, considerando a idade do paciente, doenças preexistentes, a gravidade do seu estado e a possibilidade de reverter esse quadro.

Apesar de ser reputada como uma decisão drástica e excepcional, é uma deliberação que perpassa pelo crivo racional, já que a situação levada ao extremo (completa saturação dos recursos na UTI) cria um "gargalo" no atendimento à população a ser superado.

Caso se faça a opção de escolher tratar o paciente 'errado', se usará muito tempo e recursos finitos com alguém que não se recuperará e será salvo, deixando de atender duas ou três outras pessoas com maiores chances de cura, que podem falecer em razão da opção feita e inviável sob a ótica médica. Dentro da "escolha de Sofia", o dilema surge: seria legal optar pelo tratamento do paciente que tenha maior chance de recuperação em detrimento daquele com maior probabilidade de óbito?

Não é difícil observar situação semelhante no contexto vivenciado pela pandemia do coronavírus no cenário internacional, bastando um olhar ao caos italiano, que pode facilmente se estender ao Brasil.

A situação é a seguinte: os hospitais estão lotados de pessoas infectadas por COVID-19, todas em estado grave com Síndrome Respiratória Aguda Grave – SARS, entre elas estão crianças, jovens, adultos, idosos, doentes crônicos, estes dois últimos grupos com alto risco de morte. Sabe-se que há necessidade de leitos com respiradores para o atendimento das vítimas, que não existem em número suficiente. Qual paciente deve o profissional da área de saúde priorizar?

A resposta surge quase que intuitivamente, aqueles que têm mais chances de viver. No entanto, o caso não nos parece tão simplista assim. Sabe-se que idosos e portadores de doenças crônicas, objetivamente considerados, têm maior

probabilidade de não responder bem ao tratamento, portanto, menor chance de recuperação. Por isso poderíamos simplesmente deixá-los sem atendimento?

Na Itália, por exemplo, que se vive o drama do coronavírus de maneira gravíssima, as autoridades de saúde e a comunidade médica já cogitam empregar o método de “escolha de Sofia”[v]. Aliás, conforme reportagem, a Itália já prevê deixar pacientes de covid-19 com mais de 80 anos morrerem.

Caro leitor, seria simples se nós fossemos seres apenas racionais, mas como você se sentiria ao levar seu ente querido (mãe, avós, esposas, filhos etc) para o hospital em grave crise respiratória e fosse barrado logo na entrada, sob o argumento de que os leitos estariam separados para pessoas com maior chance de vida? A discussão adentra a Bioética e o Direito. Daí a importância de discutirmos esse tema.

Medicina de catástrofe

Após certa pesquisa, encontramos com destaque as recomendações éticas específicas sobre atendimento na crise por pandemia do COVID-19 da **Sociedade Espanhola De Terapia Intensiva – SEMICYUC** - para a tomada de decisão sobre quem vai ter acesso aos cuidados intensivos em caso de escassez de leitos. Os protocolos seguem o princípio de dar oportunidade aquele que mais se beneficiará. Para isso, eles aplicam escores específicos de prioridade, que vão de 1 a 4.

As recomendações éticas para a tomada de decisão na situação excepcional de crise por pandemia COVID-19 nas unidades de cuidados intensivos situam-se na denominada **Medicina de Catástrofe**. Veja um pouco sobre o tema:

“Una pandemia global, como la del SRAS-COVID-19, puede abrumar la capacidad de las instalaciones ambulatorias, los departamentos de emergencias, los hospitales y los servicios de medicina intensiva (SMI). Impacta en los recursos disponibles, tanto a nivel de estructuras, de equipamientos y de profesionales, con graves consecuencias en los resultados de los pacientes, de sus familias, de los propios profesionales sanitarios y de la sociedad en general.

*Esta situación excepcional se debe manejar **como las situaciones de “medicina de catástrofe”**, aplicando una atención de crisis excepcional **basada en la justicia distributiva y en la asignación adecuada de los recursos sanitarios.**”*

Conforme a SEMICYUC espanhola, os **princípios** **chaves** na gestão de situações de crises são ***justiça, dever de cuidar, dever de administrar recursos, transparência, consistência, proporcionalidade e responsabilidade.***

Em caso de desproporção entre as demandas e as possibilidades, é lícito estabelecer uma triagem de ingresso entre os pacientes, baseado no princípio da justiça distributiva, evitando seguir o critério habitual de 'o primeiro a chegar é o primeiro a receber assistência'. Devem-se adotar critérios estritos de ingresso em UTI's **baseado em maximizar o benefício do bem comum.**

O documento espanhol assevera também que **todo o paciente maior de 80 anos afetado por SARS, tem direito a receber assistência sanitária e se determinar a intensidade terapêutica, seguindo critérios objetivos de idoneidade e expectativas de resolução do processo com base na qualidade de vida e funcionalidade.** O documento exterioriza que só ingressará nas UTI's pacientes com prioridade 1 e 2, conforme escores pré-estabelecidos no indigitado documento.

Dada a sua importância, deixamos ao final do nosso texto um 'link' para 'download' do documento original em língua espanhola.

Bioética e Medicina

DIEGO GRACIA, psiquiatra e professor de História da Medicina e Bioética e diretor de pós-graduação da disciplina na *Complutense Universidade de Madri e do Instituto de Bioética da Fundação para Ciências em Saúde* da mesma cidade, em entrevista concedida no **VI Congresso Brasileiro de Bioética em 2005, em Foz do Iguaçu/PR**, explicou que:

"Penso que, no dia a dia do médico, essa seja a regra de outro, a função dele é conseguir trabalhar as decisões de tal maneira que sejam prudentes, ainda que distintas das que seguiram outros colegas.

Numa decisão clínica há representantes de várias especialidades, tentando resolver qual é a terapêutica mais adequada a determinado paciente. Diferentes médicos podem discordar em relação ao indicado àquele doente e todos estarem atuando bem. **A função da ética não é buscar uma unanimidade. É evitar que as decisões sejam imprudentes.**

Uma deliberação em ética, sim, mas também é clínica. Não existe nenhum médico que inclua a totalidade de fatores referentes ao paciente durante uma tomada de decisão: se explorar exaustivamente o doente, nunca lhe passará um tratamento. Morreriam todos que caíssem em suas mãos.

Toda pessoa que diz 'tenho um problema ético' quer dizer, 'tenho um conflito de valores'. Se um conflito ético não tem solução, não há como deliberar."

Reflexos no Direito Penal brasileiro

Entendemos que a "escolha de Sofia" poderia gerar celeumas sobre eventual tipificação de homicídio entre outros delitos, já que a ninguém seria dado o direito de escolher quem vive ou morre como se Deus fosse, tendo o profissional médico o dever de envidar esforços para salvar qualquer vida, conforme juramento de Hipócrates quando da formatura no curso de medicina.

O Código de Ética Médica no Brasil adotou importantes modificações referentes ao direito de autonomia da pessoa doente e à modalidade de assistência a pacientes diagnosticados como "fora de possibilidades terapêuticas de cura" ou terminais, em vista dos cuidados paliativos, podendo nos trazer soluções práticas sobre a ortotanásia, a boa morte, a morte sem sofrimento. Mas esse não é o caso, pois o paciente deseja viver e quer o tratamento, que nem sequer é iniciado.

Algumas indagações surgem nesse dilema: o profissional de saúde poderia se negar a atender, mesmo em estado grave, os integrantes do chamado grupo de risco (idosos e portadores de doenças crônicas) no Brasil? Quais seriam os reflexos penais dessa negativa?

O tema é delicado e não há precedentes sobre o assunto. Precisamos nos valer de determinantes sociais, valores morais, critérios científicos e definições legais para o enfrentamento técnico da questão.

Fazendo um recorte ilustrativo quanto à situação do idoso, a Lei n. 10.741/03 – Estatuto do Idoso, com fundamento no texto constitucional, prevê no art. 3º como obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida e à saúde. O §1º do mesmo artigo ainda deixa mais expresso que a garantia à prioridade compreende, entre outras, acesso à rede de serviços de saúde. Como essa previsão, a Lei estabelece ações que permitam o envelhecimento saudável e em condições de dignidade.

Não obstante o atendimento prioritário ao idoso, há um plexo de segmentos sociais que demandam atenção detida. À criança e ao adolescente, por exemplo, o art. 227 da CF/88 também determina prioridade absoluta no atendimento do direito à vida e à saúde.

Diante dessa celeuma, pragmaticamente, como escolher entre um idoso e uma criança infectados por COVID-19, ambos em estado grave?

Caso o profissional de saúde opte por atender qualquer deles, ante a falta de leitos suficientes para acomodar ambos, entendemos que a situação se encaixa com perfeição na excludente de ilicitude de estado de necessidade, nos termos do art. 24 do Código Penal, pois praticou fato para salvar de perigo atual (Síndrome Respiratória Aguda Grave provocada por COVID-19), que não provocou por sua vontade, nem podia evitar (é uma pandemia iniciada na China!), direito de outrem, qual seja, a saúde, a vida daquele que vai obter tratamento adequado.

Como último requisito do Estado de Necessidade resta "*cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se*". A circunstância, *in casu*, é a ausência de leitos suficientes para todos os pacientes. Sobre a razoabilidade, no entanto, nossa compreensão é que a vida humana não pode ser aferida como de maior ou menor valor. Assim, a vida do idoso não tem menor valor que à da criança ou vice-versa. O estado de necessidade é caracterizado pelo conflito de interesses lícitos, consoante nos ensina Cleber Masson^[vi].

A teoria unitária, adotada pelo art. 24, caput e §2º do CP, traduz que o estado de necessidade é causa de exclusão de ilicitude, desde que o bem sacrificado seja de igual ou inferior valor ao bem jurídico preservado. Sendo a vida de todos de igual valor, tal requisito também se mostra preenchido.

A classificação doutrinária indica, ainda, estado de necessidade agressivo, pois para preservar o bem jurídico (vida), o médico pratica ou deixa de praticar o fato (realizar o atendimento adequado) contra bem jurídico pertencente a terceiro inocente (vida/saúde), ou seja, pessoa que não provocou a situação de perigo, o paciente não atendido.

Sob outro aspecto, pode o médico agir sob o amparo do estrito cumprimento do dever legal (sentido amplo) caso haja disciplinamento e objetivação normativa sobre os critérios de escolha de atendimento dos pacientes infectados pelo COVID-19, com o estabelecimento de escores, tal como ocorreu na Espanha.

Uma vez que as autoridades de Saúde e Sanitárias definam critérios, ao cumpri-los o médico também estaria amparado por essa excludente (CP, art. 23, III).

Critérios racionais podem ser adotados, o mais usual é o atendimento daqueles que chegam primeiro, diante da ausência de leitos para atender os que chegam depois; outro critério, por exemplo, seria transferir pessoas que não estão respondendo ao tratamento para cuidados paliativos. À luz do entendimento dos critérios estabelecidos pela bioética médica espanhola, o máximo benefício do bem comum nos parece um bom norte a ser seguido.

Finalmente, no campo do Direito Penal, pode ainda ser altercada a possibilidade de inexigibilidade de conduta diversa, compreendida a impossibilidade de comportamento diferente do adotado, em razão do **conflito de deveres**, pertinente a causa supralegal de excludente de culpabilidade. Situação semelhante é citada por Cirino do Santos[vii] no exemplo do maquinista que para evitar colisão com trem de passageiros, acarretando a morte de muitos deles, desvia o trem de carga desgovernado para trilho diferente, causando a morte de alguns trabalhadores.

De todo modo, se a “Escolha de Sofia” for feita dentro de parâmetros razoáveis, estará amparada pelo Direito. Ressalta-se, por fim, a necessidade de respeito à dignidade humana de todos os pacientes, que pode ser representado no direito à triagem com critérios objetivos justos, e informações adequadas sobre o seu estado de saúde, as condições do sistema de atendimento e dos próprios critérios estabelecidos.

Ainda temos uma temática correlata que dialoga sobre o assunto como **eutanásia, distanásia, ortotanásia e suicídio assistido**, embora não será tratada na oportunidade.

Das considerações finais

Após profunda reflexão, chegamos à conclusão que a “Escolha de Sofia”, no caso do atendimento médico aos pacientes infectados por coronavírus (COVID-19), não competindo em regra aos juristas. A dinâmica dos atendimentos médicos no contexto da pandemia do coronavírus encontra poucos precedentes históricos recentes. A escolha entre quem deve ser atendido, ou não, pertence aos profissionais que estão lidando com a situação concreta, impondo-se o estabelecimento protocolos nacionais de bioética, a exemplo do que vem ocorrendo no âmbito internacional.

Embora a escolha não caiba em regra aos juristas, a análise da razoabilidade, da objetividade e da racionalidade dos critérios pode ser objeto de questionamento no âmbito do Direito Penal, em ponderação difícilíssima, diante da complexidade do tema.

Mormente a pandemia do COVID-19 seja assunto recente, a saúde pública brasileira passa por situação alarmante há bastante tempo, havendo notícias desde sempre acerca da falta de leitos, de medicamentos, de profissionais, desorganização no atendimento e, inclusive, crimes comissivos por omissão em determinados casos.

Talvez não percebamos, mas todos os dias, seja antes ou durante (e provavelmente após) a pandemia vivenciada, as “Sofias”, representadas pelos profissionais de saúde, tenham que fazer escolhas dramáticas. Talvez vivamos, no Brasil, em constante estado de “medicina de catástrofe”. Se pudermos extrair algo positivo disso tudo, que seja a clareza da necessidade de se estruturar e priorizar a Saúde Pública do nosso país – dentre outros segmentos que também merecem prioridade até como fator de prevenção.

NOTAS:

[i] Delegado de Polícia Civil no Amapá. Atualmente Assessor Institucional da Polícia Civil do Estado do Amapá. Ex-Policial Militar. Graduado em Direito pela Universidade do Distrito Federal – UDF, Especialista em Políticas e Gestão em Segurança Pública. Autor do livro Peças e Prática da Atividade Policial e de diversos artigos jurídicos. Administrador do site Justiça & Polícia e Professor de cursos preparatórios para carreira de Delegado de Polícia, Instrutor da Academia Integrada de Formação e Aperfeiçoamento – AIFA.

[ii] Dados disponíveis em: < <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-51987873>>. Acesso 22.03.2020.

[iii] Fonte: Ministério da Saúde, dados obtidos no dia 22.03.2020. Disponível em: < <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46573-coronavirus-25-mortes-e-1-546-casos-confirmados>>. Acesso em 22.03.2020.

[iv] **A Escolha de Sofia (filme)**. Disponível em: < [https://pt.wikipedia.org/wiki/A_Escolha_de_Sofia_\(filme\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/A_Escolha_de_Sofia_(filme))>.. Wikipedia – A Enciclopédia Livre. Acesso em 21 de março de 2020

[v] Coronavírus: Médicos na Itália podem ter de fazer 'escolha de Sofia' por quem vai receber tratamento. Em questão de dias, a Itália tornou-se o segundo país mais afetado pela pandemia do novo coronavírus — e a situação continua a se agravar.

O total de casos confirmados ultrapassou 15 mil, e já foram registradas mais de mil mortes. Publicado no Globo.com em 13 de março de 2020. Disponível em: << <https://epocanegocios.globo.com/Mundo/noticia/2020/03/coronavirus-medicos-na-italia-podem-ter-de-fazer-escolha-de-sofia-por-quem-vai-receber-tratamento.html> >>. Acesso em 21 de março de 2020.

[vi] MASSON. Cleber. Código Penal Comentado. 2 ed. rev. atual. Editora: Método. São Paulo. 2014. p. 204.

[vii] Juarez Cirino dos Santos. A moderna teoria do fato punível. Ed. Freitas Bastos. 2000. p. 268.

A INEFICÁCIA DA SAÍDA TEMPORÁRIA

THAIS AGATHA SILVA NASCIMENTO:

Acadêmica de Direito na Universidade Brasil.
Fernandópolis- SP.

DOUTOR MATEUS LUCATTO DE
CAMPOS

(Orientador)[1]

RESUMO: O objetivo deste estudo é mostrar a ineficácia do benefício da saída temporária que está prevista na Lei de Execuções Penais. Para isso, explica-se o regime de cumprimento de pena, bem como a progressão de regime que visa uma ressocialização gradativa do condenado na sociedade. Para explicar os conceitos e requisitos utiliza-se da letra da lei e das correntes doutrinárias acerca do assunto, apresentando dados estatísticos da Secretaria de Segurança Pública que mostram o índice de ocorrências é mais alto nos meses em que ocorre a concessão da saída temporária. Por fim, chega-se a conclusão que a saída temporária é um benefício ineficaz pois causa prejuízos à comunidade quando liberta presos que, na maioria, não estão preparados para voltar à vida em sociedade, tanto que já há um projeto de lei, número 1.029/2019, que se encontra na Câmara dos Deputados para que seja revogados os artigos 122 ao 125 da Lei de Execuções Penais, extinguindo-se assim o benefício da saída temporária.

Palavras-chave: Execução de Pena; Progressão de Regime; Saída Temporária.

ABSTRACT: The aim of this study is to show the ineffectiveness of the benefit of temporary leave that is provided for in the Law of Criminal Executions, for this we explain the regime of sentence enforcement as well as the progression of regime aimed at a gradual resocialization of the convicted in society. To explain the concepts and requirements is explained in the letter of the law and the doctrinal currents on the subjects, presenting statistical data from the Public Security Secretariat showing that the rate of occurrences are higher in the months in which the temporary leave is granted. Finally, he concludes that temporary departure is an ineffective benefit that causes harm when it frees prisoners who are not prepared to return to life in society. So much so that there is a bill 1.029 / 2019 that is in the House of Representatives to repeal articles 122 to 125 of the Law of Criminal Executions, thus extinguishing the benefit of temporary departure.

Keywords: Execution of sentence; Regime Progression; Temporary Exit.

Sumário: 1. Introdução. 2. Execução Penal. 2.1. Individualização da Pena. 3. Regimes de Cumprimento de Pena. 4. Sistema de Progressão de Pena. 4.1. Requisito Objetivo. 4.2. Requisito Subjetivo. 5. Saída Temporária. 5.1. Ineficácia Saída Temporária. 6. Considerações Finais. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Lei de Execuções Penais dos artigos 122 e seguintes prevê o benefício da saída temporária, conhecida popularmente como “saidinha”, que tem como finalidade a ressocialização do condenado preso em regime semiaberto através de sua reinserção gradual à sociedade. Porém, a realidade é que não se atinge esse objetivo. A saída temporária não é um instituto novo, foi instituída em 1984 com a Lei de Execuções Penais, no entanto sempre houve controvérsias quanto a sua eficácia.

O presente estudo dispõe acerca dos conceitos e finalidades trazidas doutrinariamente, bem como na letra da lei, destacando-se com dados estatísticos a funcionalidade do benefício.

Inicialmente é necessário explicar a individualização da pena, os tipos de cumprimento e o sistema progressivo da pena, inclusive os requisitos objetivos e subjetivos para que a condenado faça jus à progressão, que é à saída do sistema prisional mais gravoso para o menos.

Por fim, busca-se mostrar a ineficácia da concessão da saída temporária, uma vez que esta não cumpre a finalidade de ressocialização do apenado, causando prejuízos para a sociedade e gerando a sensação de impunidade por parte do Estado.

Neste sentido, se tem um projeto de lei para ser votado no Congresso Nacional buscando a revogação dos artigos 122 ao 125, para que seja extinta a saída temporária, devendo o preso ser beneficiado apenas com a progressão de pena quando cumprido os requisitos já previstos em lei.

2. EXECUÇÃO PENAL

A execução da pena é um processo que se inicia a partir de uma sentença condenatória transitada em julgado, que tem o caráter de individualização da pena e o cumprimento da pena imposta pelo juízo de conhecimento.

O Estado que será o sujeito ativo neste procedimento, pois tem a competência intransferível de punir, e o sujeito passivo é a pessoa que sofreu a condenação por praticar um crime e deve suportar a pena que foi imposta.

Em regra nessa fase o sentenciado não é citado, entende-se que ele já possui a ciência da sentença condenatória proferida nos autos de conhecimento quando foi intimado para exercer o direito de duplo grau de jurisdição.

A execução de pena é regida pela Lei de Execuções Penais, Lei 7.210 de 1984, que trás a seguinte redação no primeiro artigo "A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado". Avena (2015, p. 05) entende que há dois fins primordiais:

... Primeiro, busca-se concretizar o *jus puniendi* do Estado, realizando-se o título executivo constituído pela sentença. Já o segundo traduz a ideia de ofertar, durante a execução, os meios necessários a que os apenados e os sujeitos à medida de seguranças possam alcançar a reintegração social...

Nessa mesma linha Mirabete (2004) ensina que:

O sentido imanente da reinserção social, conforme estabelecido na Lei de Execução, compreende a assistência e ajuda na obtenção dos meios capazes de permitir retorno do apenado e do internado ao meio social em condições favoráveis para a sua integração, não se confundido com qualquer sistema de tratamento que procure impor um determinado número e hierarquia de valores em contraste com os direitos da personalidade do condenado.

Sendo a finalidade da lei que a pena tenha caráter repressivo de modo que o apenado sofra as consequências e ao cumprir a pena seja reintegrado a sociedade de uma forma gradativa para que não cometa novos crimes.

Dessa forma a Lei de Execuções Penais deve ser cumprida rigorosamente para evitar contornos à finalidade da execução, por isso é vedado progressão por saltos.

2.1 Individualização da Pena

A individualização da pena está prevista na Constituição Federal, no seu artigo 5º, XLVI:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

a) privação ou restrição da liberdade;

- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

Este princípio constitucional assegura que a pena seja individualizada a cada agente, mesmo que o crime seja o mesmo, a forma de aplicar a sanção deve ser individualizada.

A individualização da pena se classifica de três formas, sendo: legislativa, judiciária e executiva. A fase legislativa é quando o legislador tipifica o crime penal e estabelece penas mínimas e máximas, a judiciária se dá no momento em que o juiz faz a prolação da sentença, fixando a pena para o delito cometido e, por fim, a executória, que é presidida pelo juiz da execução, que adapta a pena aplicada pelo juízo de conhecimento e usará dessa individualização para fins de benefícios, tais como remissões de pena, progressão, saída temporária entre outros.

O Superior Tribunal de Justiça na súmula comentada 231, ressaltou nesse sentido:

O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo a personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos distintos e complementares: o legislativo, o judiciário e o executivo. É dizer que a lei comum não tem força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente sanção criminal que ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetiva do fato-tipo. (Recurso Especial 146.056-RS do STJ).

O artigo 5º da Lei de Execuções Penais diz "Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal."

Sendo fundamental a individualização principalmente no âmbito executório impondo que o magistrado estabeleça para cada agente uma pena merecida.

No caso da Lei de Execuções Penal, torna-se fundamental separar os presos, determinando o melhor lugar para que

cumpram suas penas, de modo evitar o contato negativo entre reincidentes e primários, pessoas com elevadas penas e outros, com penas brandas, dentre outros fatores. Em suma, não se deve mesclar, num mesmo espaço condenados diferenciados. (Nucci, 2014, p. 165).

3. REGIMES DE CUMPRIMENTO DE PENA

No Brasil são admitidos três formas de regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, podendo ser fechado, semiaberto ou aberto. O juiz, na prolação da sentença, na fase da dosimetria da pena, deve seguir os requisitos do artigo 33, §2 do Código Penal, que fixa o regime inicial da pena de acordo com quantidade de anos aplicada no caso concreto.

Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semiaberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

O regime fechado é aquele cumprido no estabelecimento prisional de segurança máxima ou media, não podendo sair do estabelecimento, e os horários de trabalho e de banho de sol serão regulamentados pela penitenciária.

No regime semiaberto o apenado cumpre a pena em uma colônia, podendo sair durante o dia para fazer cursos e trabalhar, devendo voltar à colônia no período noturno.

E por fim, o regime aberto, devendo a pena ser cumprida em casa de albergado ou na própria residência, que é o mais comum. Nesse regime o sentenciado cumpre medidas impostas pelo juízo e espera-se que o sentenciado tenha disciplina, já que é um regime com mais liberdade, havendo fiscalização no período noturno e nos dias de descanso.

É importante ressaltar que de acordo o artigo 111 da LEP:

Art. 111. Quando houver condenação por mais de um crime, no mesmo processo ou em processos distintos, a determinação do regime de cumprimento será feita pelo resultado da soma ou unificação das penas, observada, quando for o caso, a detração ou remição.

Parágrafo único. Sobrevindo condenação no curso da execução, somar-se-á a pena ao restante da que está sendo cumprida, para determinação do regime.

Ou seja, quando o condenado tiver mais de uma condenação as penas serão somadas, e seguindo o artigo 33, §2º, CP, será fixado o regime de cumprimento da pena e se fará contagem para os benefícios do montante da pena somada.

4. SISTEMA DE PROGRESSÃO

O sistema de cumprimento de pena adotado pelo Brasil é o progressivo, como previsto no artigo 33 do código penal, é aquele em que o apenado progride do regime mais gravoso para o mais brando.

Espera-se que o preso tenha um bom comportamento dentro do que lhe é imposto, para assim, cumprindo parte da pena, seja beneficiado com a progressão, sendo uma forma de instigar o apenado a ter um bom comportamento de ressocialização para ser beneficiado.

A progressão do regime prisional fundamenta-se na necessidade de individualização da execução e tem por fim assegurar que a pena privativa de liberdade a que submetido o condenado alcançará efetivamente seu objetivo, que é o de reinserção na sociedade. Nesse viés, o benefício poderá

ser deferido quando o apenado revelar condições de adaptar-se no menos gravoso. (Avena, 2015, p. 224).

O pedido de progressão de pena é de competência do juiz das execuções criminais de onde o estabelecimento penal pertencer, art. 66 da LEP, devendo ter manifestação do Ministério Público e da Defensoria Pública para assim o juiz analisar e decidir sobre a concessão do benefício.

É vedada a progressão por *saltum*, deve ser respeitada a escala hierárquica dos regimes, a progressão se dá do regime fechado, semiaberto e posteriormente para o aberto.

Para ser concedida a progressão regulamentada no artigo 112 da LEP devem ser preenchidos dois requisitos de forma cumulativas, sendo o requisito objetivo e o subjetivo.

4.1. Requisito Objetivo

Consiste no cumprimento mínimo de parte da pena imposta. O sentenciado deverá cumprir 1/6 da sua pena quando se tratar de crime comum, 2/5 de crimes hediondos ou 3/5 quando for reincidente, para atingir o direito da progressão.

Contudo, quando ocorre a remissão de pena, conta como dias de pena cumprida, como previsto no art. 128 "O tempo remido será computado como pena cumprida, para todos os efeitos", podendo esta ser usada para fins de progressão de uma forma mais rápida.

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:

I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;

II - fugir;

III - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;

IV - provocar acidente de trabalho;

V - descumprir, no regime aberto, as condições impostas;

VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.

VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

O cometimento de falta grave tem como consequência o perdimento da progressão tendo em vista que é interrompido o lapso temporal e reinicia-se a contagem a partir do cometimento da última falta ou nos casos de fuga, a partir da sua recaptura. O reinício da contagem se dá do remanescente da pena, o que foi cumprido antes do cometimento da falta grave deve detrair da pena total.

A jurisprudência do Superior Tribunal Federal pacificou que “A falta grave no curso da execução penal altera a data base para a progressão de regime”. (HC 118797 – SP, 1ª T., rel. Rosa Weber, 04.02.2014).

4.2 Requisito Subjetivo

Esse requisito depende exclusivamente do apenado, sendo que será avaliado o bom comportamento, disciplina e principalmente a capacidade de adaptação em um regime menos gravoso.

Para analisar o pedido de progressão é necessário o atestado de boa conduta como documento essencial, esse documento será fornecido pelo diretor do estabelecimento prisional e constarão os últimos seis meses da trajetória do sentenciado no estabelecimento.

O atestado de boa conduta carcerária é um dos elementos mínimos para convencer o juiz, devendo o magistrado analisar outros pontos que achar necessário, uma vez que apenas o atestado pode ser falho.

Bom comportamento carcerário significa o preenchimento de uma série de requisitos de ordem pessoal, tais como a autodisciplina, senso de responsabilidade do sentenciado e esforço voluntário e responsável em participar em conjunto das atividades destinadas a sua harmônica integração social, avaliado de acordo com seu comportamento perante o delito praticado, seu modo de vida e sua conduta carcerária (Capez, 2011, p. 392).

A lei 12.792/2003 trouxe algumas mudanças no requisito subjetivo, não sendo mais obrigatório o exame criminológico ou psicossocial, nesse sentido

a súmula 439 no Superior Tribunal de Justiça trás que “Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada”.

O juiz, analisando o caso concreto, poderá fundamentar a necessidade de realizar o exame criminológico para analisar as condições psicológicas do sentenciado para poder beneficia-lo com a progressão.

Avena (2015) defende que:

...A um porque é sabido que o atestado de boa conduta prisional emitido pelo diretor do estabelecimento pode ser falho, nem sempre refletindo de forma fidedigna a real postura do apenado; a dois porque o exame criminológico permite avaliar com maior segurança o requisito subjetivo exigido para a progressão, especialmente se o reeducando apresenta as condições necessárias para iniciar a sua integração no meio social; e a três porque a noção de bom comportamento, tal como prevista no art. 112 da LEP, abrange a valoração de elementos que não se restringem ao mero atestado de boa conduta carcerária, tais como a dissimulação, o baixo grau de responsabilidade, a ausência de reflexão sobre atos cometidos,....O exame criminológico, enfim, propicia o juiz, com base em parecer técnico, uma decisão mais consciente a respeito do benefício a ser concedido ao condenado.

5. SAIDA TEMPORÁRIA

A saída temporária é um instituto regulamentado na Lei de Execuções Penais nos artigos 122 aos 125, e prevê que o apenado que cumprir alguns requisitos tem o direito de sair temporariamente da colônia sem vigilância direta.

Podendo ser beneficiado somente os presos que já tem sentença condenatória transitada em julgado, que cumprem os requisitos previstos em lei e que estejam cumprindo pena no regime semiaberto.

A finalidade desse benefício esta prevista no art. 122 da LEP, sendo esta que o sentenciado volte, ao convívio da família, participe, de atividades sociais e frequente cursos, ensino regular e até mesmo o superior, para que de forma gradativa o apenado se ressocialize.

Guilherme Nucci (2014, p. 304) fala que:

A saída temporária cuida-se de benefício de execução de penal destinado aos presos que cumprem pena em regime semiaberto, como forma de viabilizar, cada vez mais, a reeducação, desenvolvendo-lhes o senso de responsabilidade, para o futuro, ingressar no regime aberto, bem como para dar início ao processo de ressocialização...

Para garantir esse benefício o sentenciado deve se adequar a previsão do artigo 123 que trás:

Art. 123. A autorização será concedida por ato motivado do Juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária e dependerá da satisfação dos seguintes requisitos:

I - comportamento adequado;

II - cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena, se o condenado for primário, e 1/4 (um quarto), se reincidente;

III - compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.

O comportamento adequado é um requisito subjetivo e será relatado através de um atestado emitido pela administração da penitenciária. O apenado não terá o benefício caso apresente histórico de cometimento de faltas graves recentemente. O inciso II trata de um requisito objetivo, onde o apenado tem que atingir o lapso temporal mínimo de pena cumprida para fazer jus à saída temporária. O terceiro trata da compatibilidade com os requisitos objetivos, o apenado deve demonstrar estar apto para a concessão do benefício.

O juízo da execução criminal que analisará o pedido de saída temporária, com parecer do diretor da penitenciária onde está recolhido o apenado e fará vista ao Ministério Público para que se manifeste sobre o pedido. Após as manifestações o juiz analisará e dará uma decisão, essa devendo ser fundamentada.

A saída temporária tem o prazo de no máximo sete dias e podem ser concedidas cinco vezes ao ano, não devendo ultrapassar 35 (trinta e cinco) dias durante o ano, devendo ter um intervalo de quarenta e cinco dias entre uma saída e outra. Serão concedidas em datas comemorativas como dia das mães, dos pais, dia das crianças, natal e ano novo.

Deve o sentenciado, ao sair da penitenciária, fornecer o endereço onde irá permanecer, recolher-se na residência durante o período noturno e é proibido de frequentar bares, casas noturnas, etc.

A saída temporária será revogada quando o sentenciado praticar crime doloso, cometer falta grave, desatentamente descumprir as condições judiciais e quando houver baixo aproveitamento do curso. Nesses casos o juiz pode revogar o benefício automaticamente não necessitando proceder a audiência de oitiva.

O condenado pode recuperar o benefício quando for absolvido do processo penal, cancelamento da fala grave ou quando o apenado demonstrar mérito. Nesse sentido Mirabete explica “Nesses casos, é necessário que, durante um tempo considerável o condenado demonstre seu mérito para poder novamente usufruir o benefício”.

5.1 Ineficácia da Saída Temporária

O sistema de execuções penal no Brasil previu uma forma de ressocialização gradativa quando adotou o sistema progressivo da pena, entende-se então que a saída temporária é um benefício ao condenado que deixa o estabelecimento prisional por determinado período sem uma fiscalização direta.

Se o sistema já adota uma teoria de ressocialização de forma gradativa do condenado na sociedade, uma vez que será progredido quando cumprido os requisitos objetivo e subjetivo, não se tem motivos para uma saída do estabelecimento prisional sem fiscalização direta.

Se a pena é privativa de liberdade e o condenado fica por um período curto preso e já pode ser beneficiado a sair tendo uma “liberdade”, já que de fato a sua pena não daria esse benefício tão cedo, a finalidade da pena privativa está sendo burlada, sendo a saída temporária ineficaz.

Questiona-se ainda sobre esse benefício, o porquê dos condenados por crime praticados contra o próprio ente sair nas “saidinhas”, como os casos de alta repercussão, como por exemplo o caso da Isabella Nardoni, que foi assassinada pelo pai e madrasta, e o pai, preso em regime semiaberto, teve o benefício da saída temporária para o dia dos pais, ou ainda Suzane Richthofen, que matou os pais e teve a saída temporária nas datas comemorativas de dia das mães e dos pais.

Não tem compatibilidade ser beneficiado a sair do estabelecimento prisional em datas que não tenha motivo para comemorar, já que praticou crime contra o próprio ente.

Os soltos na saída temporária não tem a consciência de que devem cumprir o que é imposto a eles quando saem, pois não há uma fiscalização certa e muitos deles não voltam na data prevista, pois não estão preparados para terem liberdade.

Além disso, observa-se que nos meses de maio, agosto, outubro, novembro e dezembro o número de ocorrências registradas aumentam. Com isso observamos que a saída temporária é falha, não cumpre a finalidade de ressocialização, tendo em vista que os presos saem, cometem novos crimes, são presos em flagrantes novamente, como podemos observar pela tabela abaixo em que consta o numero de ocorrências registradas em cada mês na região de São José do Rio Preto – SP.

Tabela 1 – Índice de Ocorrências Registradas

Natureza	Jan	Fev	Abr	Mai	Jun	Ago	Set	Out	Nov	Dez
HOMICÍDIO DOLOSO (2)	8	6	12	7	6	5	6	9	8	10
TENTATIVA DE HOMICÍDIO	13	11	8	10	9	15	13	16	10	17
LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE	1	0	0	0	0	0	0	1	1	0
LESÃO CORPORAL DOLOSA	506	446	529	525	462	427	481	575	497	555
LATROCÍNIO	0	2	1	0	0	1	0	3	0	1
ESTUPRO	8	8	15	10	10	20	9	8	9	13

ESTUPRO DE VULNERÁVEL	45	36	38	42	36	30	30	49	25	35
ROUBO - OUTROS	136	106	187	145	138	135	137	102	93	102
ROUBO DE VEÍCULO	13	14	13	10	7	9	7	11	7	8
ROUBO DE CARGA	0	2	2	0	2	2	4	1	2	1
FURTO - OUTROS	1.440	1.360	1.832	1.344	1.263	1.268	1.157	1.374	1.538	1.109
FURTO DE VEÍCULO	175	131	165	140	160	132	95	110	140	136

Fonte: Secretaria de Segurança Pública, 2018, região de São José do Rio Preto – São Paulo.

Conclui-se que as saídas temporárias além de não trazer benefícios são prejudiciais à sociedade, pois grande parte deles cometem novos crimes, enquanto desfrutam do benefício. Se já tem a progressão de regime, a saída temporária é inviável, e causa na sociedade um sentimento de impunidade, pois não acontece de fato a privação da liberdade do condenado.

Nesse sentido tem um projeto de lei Nº 1.029/2019, a ser incluído na pauta de votação, de autoria do Major Olimpio, para que seja revogado o artigo 122 da Lei de Execuções Penais com o seguinte fundamento:

É sabido que bandidos perigosos presos são os mais hábeis em se travestirem de disciplinados para, assim, obterem os benefícios da progressão de regime e outros, como os 'saidões'. Não obstante se sujeitarem a condições objetivas e subjetivas, eles as preenchem com facilidade. Não é incomum, portanto, muitos saírem nessas ocasiões para nunca mais voltarem. Situação frequente, também, é aproveitarem tais saídas para cometerem novos crimes,

geralmente sob a máscara de que não delinquiriam em ocasião tão propícia, pois estão presos”.

“Somente na Páscoa e no Dia das Mães de 2017, datas em que os presidiários têm direito ao benefício, 1.744 não retornaram aos presídios estaduais de São Paulo.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

nte o exposto, buscou o presente trabalho explicar o cumprimento da pena que se dá a partir de uma sentença condenatória transitada em julgado, bem como trazer como essa pena será executada a luz da Lei de Execuções Penais.

A pena deve ser executada em caráter repressivo, para que o condenado não venha cometer mais crimes. O sistema adotado pelo Brasil, no que tange à execução da pena, é o progressivo, visando uma ressocialização de forma gradativa do condenado na sociedade.

Buscou-se explicar o instituto da saída temporária, que é um benefício previsto na Lei de Execuções Penais com a finalidade de ressocializar o condenado que cumpre pena em regime semiaberto.

Porem, com dados estatísticos exposto no curso do desenvolvimento mostra-se que este benefício não cumpre a finalidade para qual foi instituído, pois os apenados cometem mais crimes enquanto desfrutam do benefício.

Conclui-se, portanto, que a saída temporária não trás benefício algum, já que a criminalidade aumenta no período das “saidinhas”, trazendo assim prejuízos à sociedade. Neste mesmo sentido há um Projeto de Lei Nº 1.029/2019 que aguarda votação na Câmara dos Deputados Federais, de autoria do senador Major Olimpio, que extingue o instituto da saída temporária.

7. REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Execução penal: esquematizado**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: MÉTODO, 2015.

BRASIL. LEI nº 2848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 7 dez. 1940.

BRASIL. LEI nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jul. 1984.

Brasil. Projeto de Lei 1.029/2019. Revoga os artigos 122, 123, 124 e 125 da Lei 7.210, de 11 de julho de 1984, que dispõe da saída temporária. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7920241&ts=1567534710026&disposition=inline>>. Acesso em: 21 de out. 2019.

FEDERAL. Constituição (1988). **Constituição Federal do Brasil**. Brasília: Diário Oficial da União, 1988.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e processuais penais comentadas**. 8. ed. rev., atual. e ampl. – vol. 2 – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SEGURANÇA PÚBLICA, Secretária de. Ocorrências policiais registradas por mês. *In*: **Ocorrências policiais registradas por mês**. [S. /], 1 jan. 2019. Disponível em: <http://www.ssp.sp.gov.br/estatistica/pesquisa.aspx>. Acesso em: 10 out. 2019.

NOTAS:

[1] Juiz de Direito no Estado de São Paulo, formado pela Universidade Estadual de Londrina –PR.

PARENTESCO SOCIOAFETIVO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

GABRIELLY PASSIANO CRISTALINO:

Bacharelanda em Direito pelo Instituto Damásio Educacional .

RESUMO: A Magna Carta de 1988 promoveu substanciais mudanças no Direito de Família, não só para harmonizá-lo com os preceitos ali consagrados, como também para consubstanciar o processo de recepção da realidade social pelo ordenamento. As diretrizes jurídicas que norteiam as relações familiares foram constitucionalmente delineadas, dentre as quais se destacam os princípios da solidariedade e da dignidade da pessoa humana. A família, até então sinônimo de casamento, passou por profundas alterações em sua vocação e modo de constituição, em virtude de fatores sociais e econômicos. Novos arranjos familiares nasceram, desafiando a ordem jurídica. O afeto conquistou importância frente ao Direito, desencadeando vínculos, direitos e deveres no âmbito familiar. Nesse contexto, o presente trabalho tem o objetivo de evidenciar que, no que tange à filiação, a afetividade representa a verdadeira força da construção do ideal de parentalidade.

Palavras-chaves: Parentalidade. Socioafetividade. Direito de Família. Família Contemporânea.

ABSTRACT: The 1988 Magna Carta promoted substantial changes in Family Law, not only to harmonize it with the precepts therein, but also to substantiate the process of receiving social reality through the order. The legal guidelines that guide family relationships were constitutionally outlined, among which the principles of solidarity and human dignity stand out. The family, until then synonymous with marriage, has undergone profound changes in its vocation and form of constitution, due to social and economic factors. New family arrangements were born, challenging the legal order. Affection gained importance in the face of Law, triggering bonds, rights and duties in the family sphere. In this context, the present work aims to show that, when it comes to affiliation, affection represents the true strength of the construction of the ideal of parenting.

Palavras-chave: Parenting. Socioaffectivity. Family right. Contemporary Family.

1 INTRODUÇÃO

A Magna Carta de 1988 trouxe o princípio da dignidade da pessoa humana como objeto contrário ao viés patrimonialista das relações familiares até então

existentes. Buscou-se abordar as tendências conceituais de filiação no mundo jurídico, através da importância no direito nacional e da filiação socioafetiva.

As relações de parentesco passaram por substanciais reestruturações por intermédio dos novos paradigmas da filiação. O fenômeno intitulado “paternidade socioafetiva” modela a realidade das famílias brasileiras nos presentes dias.

O processo de formação da atual família brasileira sofreu influências diretas do direito germânico, romano e canônico.

A família romana era baseada nas relações de consangüinidade e não na ligação e no afeto entre os integrantes da família. O culto com os antepassados e a religião também eram elementos de suma importância na constituição da família. Por este motivo, era fundamental que um “descendente homem” desse continuação à proliferação da espécie familiar.

Os vínculos religiosos se sobrepunham aos laços sanguíneos e a autoridade máxima familiar era desempenhada pelo chefe de família – pater familias. Por sua vez, no direito canônico, o parentesco moderno tinha como característica a consanguinidade. Já o direito germânico reconhecia a instituição familiar como um grupo de pais e filhos.

O Código Civil de 1916 só reconhecia as famílias formadas através do casamento, assim, outras formas de união ficavam à margem da lei. O vínculo afetivo não importava, exatamente por não ter reconhecimento no âmbito jurídico. Vale salientar que o Código Civil de 1916 tutelava somente a “família legítima”.

O parentesco era dividido em: legítimo ou ilegítimo (a depender ou não da celebração do casamento) e o natural ou civil (fruto da consanguinidade ou da adoção).

A Constituição Cidadã conferiu um novo tratamento jurídico às relações familiares, rompendo a estrutura instituída pelo ordenamento civil de 1916. Ao aplicar suas normas na própria família, com o propósito de tutelá-la, para alcançar sua finalidade social, a Constituição inovou, trazendo uma ressignificação dos institutos fundamentais do Direito Civil.

O diploma civil de 2002 influenciado pelos ditamos da Magna Carta de 1988, trazendo diversas mudanças em matéria de direito de família. A família passa a ter como alicerce o amor e não mais os vínculos sanguíneos e de autoridade.

O presente estudo tem relevância por reafirmar a importância do reconhecimento do parentesco afetivo em prol do melhor interesse da criança e do adolescente e em conformidade com os novos arranjos familiares decorrentes da relação de amor, carinho e cuidado.

Neste contexto, apresentam-se duas questões inquietantes: Qual a multiplicidade de vínculos juridicamente admissíveis, aqueles fundados na socioafetividade, ou também seria admissível a simultaneidade entre os vínculos socioafetivo e biológicos? Quais seriam os efeitos jurídicos dessa relação?

Através dos questionamentos levantados, objetiva-se com o presente estudo demonstrar que o cerne do reconhecimento da pluriparentalidade gira em torno dos laços da afetividade. Deste modo, é perfeitamente possível o reconhecimento deste modelo de família através da simultaneidade de vínculos socioafetivos e biológicos. Exemplos disso são os contratos de filiação, filiações decorrentes de relações homoafetivas e etc.

Em linhas gerais os efeitos decorrentes do reconhecimento da relação de multiparentalidade refletem os mesmos deveres que os pais têm em relação aos seus filhos, tanto sob a ordem existencial quanto material, conforme será explanado com no decorrer deste trabalho.

Para fundamentar o presente trabalho, serão utilizadas coletas de dados, através de documentação indireta, ou seja, pesquisas bibliográficas (fonte secundária). O material a ser utilizado para o desenvolvimento da pesquisa está disponível em livros, revistas, artigos científicos referentes ao assunto em questão.

O método de abordagem a ser empregado será o dedutivo, já que parte do geral para o particular. E o tipo de procedimento, ou seja, o meio ao qual a investigação se dará será através do método histórico que visa investigar acontecimentos, processos e instituições do passado para analisar os reflexos na atual sociedade.

2 DA FAMÍLIA CONTEMPORÂNEA

Nos presentes dias, o direito pátrio tem aceitado vários modelos de família. Seja ela proveniente de matrimônio entre homem e mulher e sua prole; seja a família monoparental, em que só existe a mãe ou pai e seus filhos; dentre outras formas que insurgem com o desenvolvimento da sociedade.

Evidentemente já se deixou de lado aquela concepção de que a família é unicamente constituída a partir do matrimônio, em que a mulher cuida dos afazeres domésticos e dos filhos e o homem sustenta a casa (CASSETTARI, 2016).

Notadamente, com a evolução da sociedade, passou-se a reconhecer a formação das famílias afetivas, nesta esteira, Jédison Daltrozo Maidana mencionou em um de seus artigos que:

a ampliação moderna do conceito de família adotado pela Constituição Federal de 1988 (CF), pela Lei do Concubinato e pelo próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) amplia os horizontes do conceito de paternidade e faz fulgurar a noção de filiação afetiva (MAIDANA, 2004, p.60).

A Carta Constitucional de 1988 estabelece em seu art. 227, como direito fundamental, a convivência familiar e comunitária, a partir daí depreende-se que é dever do ente estatal proteger a família e conferir a elas as condições básicas de existência (BRASIL, 1988).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) confirma tal preceito dispondo em um capítulo inteiro sobre a matéria, e ainda em seu art. 19 determina que:

Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes (BRASIL, 1990).

Observa-se, assim que com o decorrer do tempo, as variadas formas de família estão se ampliando e modernizando, o que em épocas passadas estava pautado na religião, atualmente já consegue trilhar caminhos diversos e se moldar a realidade da sociedade e as suas necessidades.

A proteção à família passou a ser consagrada tanto pelas originárias do matrimônio, como as decorrentes de uniões estáveis, ou ainda da família formada por qualquer dos pais e sua prole, segundo a Constituição Cidadã.

No que tange aos filhos, sob a ótica do direito nacional, a filiação pode ser biológica ou não biológica, e também a eles o texto constitucional estabeleceu a impossibilidade de discriminação, independente de sua origem (TEIXEIRAS; RODRIGUES, 2010). E conferiu tanto ao homem quanto à mulher, os mesmos deveres e direitos para com estes. Como bem assevera Gerard Cornu, citado por Paulo Lôbo (2011, p. 216), "a verdade biológica não reina absoluta sobre o direito da filiação, porque esta incorpora, necessariamente, um conjunto de outros interesses e valores".

Atualmente, no arcabouço jurídico brasileiro, a “posse de estado de filiação” tem sido a diretriz para a caracterização das entidades familiares que nascem. Isto é, a boa convivência evidencia que aquela relação existe e que merece ser respeitada como família. Na posse de estado de filho, o comportamento dos envolvidos sedimenta a presença de um vínculo independente de laços sanguíneos ou qualquer documento comprobatório de filiação (CASSETARI, 2016).

Corroborando com esse entendimento o Código Civil prevê em seu art. 1.605 o seguinte: “Na falta, ou defeito, do termo de nascimento, poderá provar-se a filiação por qualquer modo admissível em direito: (...) II – quando existirem veementes presunções resultantes de fatos já certos” (BRASIL, 2002).

Segundo Paulo Lôbo (2011, p. 236) “a posse de estado de filiação refere à situação fática na qual uma pessoa desfruta do status de filho em relação à outra pessoa, independentemente dessa situação corresponder à realidade legal”.

A verdade é que o vínculo genético é somente um dos diversos elementos das relações de paternidade. E o afeto passa a representar elemento extremamente válido e importante na formação de vínculos.

Assim como a União Estável é reconhecida e equiparada à entidade familiar, a posse de estado de filho também deve ser reconhecida como constituidora de parentesco.

Observa-se então que a característica mais preponderante das famílias modernas é a socioafetividade. Este termo tem sido frequentemente empregado para caracterizar as relações afetivas que nascem a partir do envolvimento entre dois ou mais indivíduos, sejam eles crianças, adolescentes ou adultos, mulheres ou homens (SOUZA, 2015).

A socioafetividade conquistou um espaço antes nunca imaginado, pois a partir destas relações de afeto, diversos vínculos têm sido reconhecidos várias famílias têm surgido. O que faz com que o princípio *mater semper certa est* seja facilmente adulterado, como preleciona Jédison Daltrozo Maidana (2004), em seu artigo sobre a filiação.

A relação socioafetiva caracteriza a paternidade como função social, sendo determinante para criar laços, portanto, ela por si só já é suficiente para afastar o caráter biológico como fator exclusivo. Noutras palavras, a boa convivência passa a ter relevância extrema, afasta-se o viés biológico e coloca-se o afetivo. Jédison Daltrozo Maidana (2004, p.58) afirma que “ao passo que o sistema jurídico redefine os conceitos de família, a questão da paternidade sobrepõe-se como uma

mera concepção jurídica, e, adotado este diapasão, torna-se possível o reconhecimento do vínculo afetivo como caracterizador, por si, da filiação”.

O próprio diploma civil, em seu art. 1593 dá espaço para a aceitação da socioafetividade, visto que dispõe do seguinte modo: “O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”. Assim, esta expressão “outra origem” acaba por admitir outras modalidades de parentesco, além das tradicionais, como a consanguinidade ou a adoção (BRASIL, 2002).

De acordo com Rose Melo Vencelau (2004, p.112), o “genitor não é necessariamente o pai”, visto que, citando Paulo Lôbo (2004, p. 113), ela defende que a filiação “emerge da construção cultural e afetiva permanente, que se faz na convivência e na responsabilidade”.

O princípio que serve de norte no momento é a dignidade da pessoa humana, que deixa de lado a autoridade patriarcal, e coloca em evidencia a proteção da entidade familiar, igualando-se filhos biológicos e adotivos. E com isso, passando os direitos fundamentais a serem garantidos, atingindo mais crianças e adolescentes (CASSETARI, 2016).

No que tange ao princípio da dignidade humana, Netto Lôbo (2003, p. 139), cita Immanuel Kant, o qual afirma que

no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade.

Assim, infere-se que, o ente estatal passou a reconhecer que a criança e o adolescente deve receber integral proteção, visto que isso reflete no desenvolvimento do país, devendo estes serem resguardados de quaisquer atos que os impeçam de atingir o crescimento sadio; e é a família a responsável por garantir o interesse do menor.

De acordo com Tânia da Silva Pereira (2008, p. 281), “como base da sociedade, a família deve ser elemento de coesão social e deverá participar ativamente dos projetos sociais da comunidade”. Portanto, a família tem uma função essencial na sociedade, a de formar as gerações futuras, e por este motivo as suas formas de manifestação, das mais simples às mais complexas, devem ser reconhecidas e protegidas pelo ordenamento jurídico.

A família não é mais considerada somente uma instituição, é enxergada como o ponto de partida para o desenvolvimento dos seres humanos, e aqui se frisa mais uma vez o aspecto da dignidade da pessoa humana, uma vez que um ambiente familiar constitui a base para se desenvolver e é nesse ambiente que cada indivíduo obtém características de sujeitos de direito.

Ademais, para o filho, independente de ser biológico ou não, a única coisa que irá importar é a afetividade, serão as boas relações do cotidiano, não sendo relevante saber como o ato que o levou ao status de filho se deu. Assim sendo, deverá prevalecer o melhor interesse do menor.

3 RELAÇÕES DE PARENTESCO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

A evolução do direito de família, no decorrer da história, perdeu várias de suas funções fundamentais. No Código Civil anterior ela era patriarcal, e pautava-se exclusivamente no matrimônio, bem como pelos filhos gerados neste. Qualquer “instituição” estabelecida fora deste padrão não era reconhecida pelo ordenamento jurídico.

De maneira acertada, esta concepção não prevalece mais, pois a família contemporânea é constituída pelos laços de relacionamento e pela afetividade. A constitucionalização do Direito Civil, através da Carta Constitucional exerceu grandes influências nas relações de parentesco (FACHIN, 2011).

O Código Civil de 2002 estabelece o parentesco, recepcionando tanto o consanguíneo como o civil. Essa legislação trouxe uma forma mais abrangente para as relações de parentesco, visto que o afeto e a responsabilidade passaram a ser considerados os pontos mais importantes na formação da estrutura das famílias, isto é, a base sólida.

A filiação pode ser entendida como a relação de parentesco consanguíneo, em linha reta e em primeiro grau, que liga o indivíduo àqueles que o geraram, ou o receberam como se os tivessem gerado.

Como visto anteriormente, o texto constitucional equiparou os filhos, afastando qualquer espécie de designação discriminatória em relação a estes. O art. 1.593 do CC deixa claro o reconhecimento da paternidade socioafetiva, convalidando que pais e filhos não são unidos somente pelos laços sanguíneos, mas também pelo amor, afeto, carinho, respeito: “Art. 1.593: O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem” (BRASIL, 2002).

O Estado buscou proteger os indivíduos que integram a família constituída com base nos laços de afeto e direcionada à realização espiritual e ao desenvolvimento da personalidade de seus componentes.

Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira (2018) foi um dos primeiros doutrinadores a tratar a “paternidade socioafetiva” definindo-a como aquela que se pauta na construção e aprofundamento dos laços afetivos entre o pai e o filho, entendendo-se que a real legitimação dessa relação se dá não pelo fator sanguíneo, nem pelo jurídico. Dá-se pelo amor vivido e construído por pais e filhos.

O estado de filho afetivo detém as mesmas atribuições do estado de filho biológico, já que a filiação deveria ser uma imagem refletida entre pais e filhos, sem discriminações, sem identificar-se com o aspecto sanguíneo mas sim com a voz do coração.

Os laços de amor, solidariedade e carinho nascem da convivência e não somente do sangue. Compete a ambos os cônjuges (ou somente a um deles) as funções de educar, dar moradia, proteger a criança, independente do vínculo biológico ou jurídico existente entre eles.

Prova disso é que o afeto tem conquistado cada vez mais reconhecimento no âmbito jurídico, e a sociedade se mostra favorável a esse ato por colocar em primeiro lugar o bem-estar do menor que passa a ser inserido no seio de uma entidade familiar (PEREIRA, 2018).

4 AFETIVIDADE NO CENÁRIO JURÍDICO

O instituto da filiação teve sua proteção ampliada, não mais se atrelando somente ao matrimônio ou a hierarquização de vínculos, conforme dispõe o art. 227, § 6º, do texto constitucional: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação” (BRASIL, 1988).

Deste modo, a paternidade socioafetiva realiza a própria dignidade da pessoa humana por admitir que uma pessoa tenha reconhecido seu histórico de vida e a condição social ostentada, valorizando, além das questões formais, a regular adoção, a verdade real das circunstâncias.

As relações afetivas podem ser identificadas pelos filtros do Direito, desde que manifestadas, servindo como embasamento para o processo judicial que trate da temática.

A socioafetividade se manifesta pelo reconhecimento no meio social de uma dada manifestação de afetividade, percebida pela coletividade. A afetividade, para o Direito, deve ser vista através da percepção de fatos concretos que permitam sua constatação no campo fático, sendo concretizada pela forma como se instalam as relações.

O princípio jurídico da afetividade, apesar de não ter sido positivado na Constituição Federal, pode ser reconhecido como um princípio jurídico, na medida que sua definição é construída através de uma interpretação sistemática do texto constitucional (art. 5º, § 2ºCF): Art. 5º, § 2º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988).

O papel atribuído à afetividade tem crescido no Direito de Família, que não mais pode menosprezar de suas considerações a qualidade dos vínculos presentes entre os membros de uma família. Talvez, atualmente, a maior das conquistas da família modera seja a reciprocidade de sentimentos. Assim, torna-se possível concluir que a socioafetividade representa o reconhecimento no meio social de concretas manifestações afetivas. Nesse sentido, o STJ foi um dos principais precursores na edificação do sentido de socioafetividade para o Direito de Família brasileiro ao recepcionar, há muito tempo, essa característica, mesmo sem legislação expressa que tratasse sobre a matéria (PEREIRA, 2018).

5 FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

A definição de filiação de Paulo Lobo envolve o vínculo proveniente da socioafetividade, manifestada por meio da noção da posse de estado:

Filiação é conceito relacional; é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascida da outra, ou adotada, ou vinculada mediante posse de estado de filiação ou por concepção derivada de inseminação artificial heteróloga (LÔBO, 2008, 192).

O progresso da afetividade na definição das relações familiares é observado também no direito comparado, como se observa nas palavras de Pietro Perlingieri (2002, p. 44):

O sangue e o afeto são razões autônomas de justificação para o momento constitutivo da família, mas o perfil consensual e a affectio constante e espontânea exercem cada vez mais o papel de denominador comum de qualquer

núcleo familiar. O merecimento de tutela da família não diz respeito exclusivamente às relações de sangue, mas, sobretudo, àquelas afetivas que se traduzem em comunhão espiritual e de vida.

Para o renomado jurista Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2003, p. 25):

[...] a manutenção da filiação socioafetiva, mesmo que comprovada a ausência do vínculo biológico está de acordo com o sentido civil-constitucional de filiação apurado pelo direito de família contemporâneo, que é unânime em afirmar que a paternidade não decorre apenas da descendência genética.

O reconhecimento da socioafetividade como vínculo parental suficiente possibilita perceber que nem sempre a filiação estará vinculada à descendência biológica, quando em sua maior parte não está. Os vínculos paterno-filiais possuem distinção entre o direito ao reconhecimento da linhagem genética e o direito de ter reconhecida uma relação parental. Tanto jurisprudência como doutrina comungam desta ideia.

As relações socioafetivas são formadas a partir do carinho, do afeto, do cuidado que, no decorrer dos anos, se dilui na convivência familiar, apoio moral e compromisso por ventura, patrimonial.

O relacionamento socioafetivo sólido vai eivado de responsabilidades entre os entes envolvidos, tendo reconhecimento externado perante a sociedade. O estado de filiação também pode restar presente, por meio de um vínculo registral, socioafetivo, adotivo, em virtude da incidência das presunções legais ou ainda pelas situações de reprodução assistida, entretanto, nem todas as paternidades devem estar consubstanciadas em vínculos genéticos.

A ideia é de que o estado de filiação detém um sentido civil-constitucional plural que não pode ser ignorado, visto que os vínculos de filiação podem ser genéticos, presuntivos, registrares, adotivos ou socioafetivos.

O direito de família traçou os contornos das relações de parentesco, nem sempre perpassando pelas questões sanguíneas. O conhecimento da origem genética (poder a qualquer tempo ter ciência da sua ancestralidade biológica), questão que faz parte do direito de personalidade, não se estende necessariamente aos efeitos de parentesco.

Desta forma, é cabível a todos averiguar judicialmente seu ascendente biológico, porém, não necessariamente qualquer relação de parentesco, máxime quando esta já estiver estabelecida com outrem.

O vínculo genético pode ou não, influenciar na relação de filiação, sempre condicionado as particularidades da situação concreta. Conforme bem observa Paulo Luiz Netto Lôbo (2004, p. 523), “pai é quem cria, ascendente quem gera”. O status de filiação, aquele que advém da estabilidade dos laços afetivos constituídos no dia a dia de pai e filho, constitui, como fundamento basilar, a atribuição de paternidade e também de maternidade.

Muito além do que somente um dado objetivo (sanguíneo), consolidou-se o entendimento de que a parentalidade consubstancia um dado sociológico (cultural)_e, por conseguinte, ser mãe ou pai nos presentes dias é uma função.

Assim, a filiação socioafetiva é uma figura típica das famílias hodiernas. Desde que os modelos familiares ganharam múltiplas facetas, com a constituição de famílias recompostas (com pais, padrastos, enteados e filhos), convivendo de maneira harmoniosa e com amor nas suas relações, observou-se a necessidade de alguma regulamentação para viabilizar o reconhecimento da afetividade como forma de legitimação de situações de posse do estado de filho.

O ECA já estabelecia em seu art. 41, § 1º, a possibilidade de adoção do enteado por sua madrasta ou padrasto, contudo, não reconhecia a pluriparentalidade. Havia a obrigatória destituição do poder familiar do genitor que seria substituído.

A afetividade entre padrastos, madrastas e enteados é real. Diversas vezes a criança ou o adolescente se identifica mais com seu padrasto do que com o próprio genitor biológico. Para sanar esta necessidade dos enteados de se identificarem como parte integrante da família da madrasta ou do padrasto houve uma mudança, no ano de 2009, na Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/73), permitindo a averbação, no assento de nascimento, do apelido de família da madrasta ou padrasto, acrescidos aos apelidos dos genitores (art. 57, § 8º). Não ocorreu o reconhecimento da pluriparentalidade, mas a possibilidade de identificação da posse do estado de filho pelo enteado.

Entretanto, para fins civis, enteado não é filho, ou seja, não possui os mesmos direitos e obrigações. Vale salientar que, para fins previdenciários, desde o ano de 1991, o enteado é equiparado ao filho, concorrendo com este na obtenção de benefícios, desde que comprovada a dependência financeira com o segurado (art. 16, § 2º, da Lei 8.213/1991).

Retomando a cláusula de parentesco por “outra origem”, a afetividade é um desses fatores que podem ser ponderados para acarretar esse vínculo de filiação. A respeito dessa questão, Nery e Nery Junior (2014, p. 1820) ensinam que:

A afetividade é um desses fatos que podem gerar efeitos jurídicos de, até mesmo, criar o parentesco civil por “outra origem”. A norma comentada abre para o sistema curiosa e nova forma de identificação de parentesco em linha reta. A afetividade “se institucionaliza” como conceito legal indeterminado e, como tal, necessita de interpretação integrativa do juiz, de modo a completar o sentido da norma no caso concreto e, por conseguinte, criar laço de parentesco por outra origem.

Em 29 de setembro de 2016, o STF apreciou a questão da filiação socioafetiva em sede do Recurso Extraordinário 898.060-SC, submetido ao procedimento da repercussão geral, fixando a seguinte tese jurídica para aplicação a situações similares: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios” (STF, 2016, p.01).

O Ministro Edson Fachin divergiu em seu voto e deu provimento parcial ao recurso, ao reconhecer que o vínculo socioafetivo “é o que se impõe juridicamente no caso dos autos, tendo em vista que existe vínculo socioafetivo com um pai e vínculo biológico com o genitor” (STF, 2016, p.01)

Para o respeitável Ministro existe distinção entre o ascendente genético (genitor) e o pai, ao salientar que a realidade do parentesco não se confunde exclusivamente com o aspecto biológico. “O vínculo biológico, com efeito, pode ser hábil, por si só, a determinar o parentesco jurídico, desde que na falta de uma dimensão relacional que a ele se sobreponha, e é o caso, no meu modo de ver, que estamos a examinar” (STF, 2016, p.01).

À época, julgando o mesmo recurso, o Ministro Teori Zavascki ratificou o posicionamento do Ministro Fachin, acrescentando o seguinte: “[...] a paternidade biológica não gera necessariamente a relação de paternidade do ponto de vista jurídico e com as consequências decorrentes. No caso há uma paternidade socioafetiva que persistiu, persiste e deve ser preservada” (STF, 2016, p.01).

Noutras palavras, o STF reconheceu que uma situação fatídica (filiação socioafetiva, poderia ser reconhecida independentemente da emanção da vontade prévia do suposto pai afetivo, assegurando a pluriparentalidade.

Deste modo, um mesmo indivíduo poderia possuir em seu registro de nascimento os nomes de seus pais biológicos ao lado dos seus pais socioafetivos, possuindo, assim, mais do que dois vínculos filiais.

Nesse sentido, o Código Civil da Argentina proíbe a possibilidade de existência simultânea de mais de dois vínculos simultâneo, em seu art. 558.

Assim, o entendimento do STF é diametralmente contrário à legislação da argentina, visto que reconhece a possibilidade da pluriparentalidade “com os efeitos jurídicos próprios”. Efeito jurídico próprio do reconhecimento de estado de filho significa ser tratado de maneira igual aos demais filhos, sendo sucessor legítimo. Surge a possibilidade de um mesmo filho fazer jus a mais do que duas heranças de seus pais.

A possibilidade de um mesmo indivíduo receber mais de uma herança em virtude do mesmo vínculo de filiação já foi analisada pelo STJ nos casos da denominada “adoção à brasileira”. Nessa categoria, os pais socioafetivos registram o menor como seu, omitindo o nome dos genitores.

O referido Tribunal sedimentou jurisprudência reconhecendo o direito do adotado em buscar suas raízes biológicas e todos os direitos daí provenientes, inclusive sucessórios.

Desse modo, como já reconhecida a possibilidade de sucessão de um mesmo indivíduo por mais de um vínculo filial na mesma espécie (mãe ou pai) abre-se a possibilidade de um filho socioafetivo ser herdeiro tanto de seus genitores quanto de seus pais afetivos.

6 CONCLUSÃO

O conceito de família sofreu substanciais modificações nos últimos anos, muitas dessas alterações estão intimamente relacionadas com as novas tecnologias.

Diversos direitos já preservados na Magna Carta aos poucos estão sendo efetivados, conforme os conflitos se proliferam em nossos tribunais, e a cada nova decisão ocorrem reflexos de maneira ampla, abarcando temas que até pouco tempo seriam improváveis objetos de discussões jurídicas.

Considerada a entidade familiar como capaz de consolidar a felicidade de cada um dos sujeitos que nela convivem, a parentalidade socioafetiva surge nesse cenário dotada de tal potência, pois, longe de se amoldar nos padrões

convencionais de família, conforta-se tal arranjo no reconhecimento da pluralidade.

Sob o prisma do melhor interesse da criança e do adolescente, infere-se que não se adequar nos referidos padrões de família, por si só, não significa prejuízo para os filhos que passam a ter múltiplas filiações. Ao contrário, privá-lo desta presente condição resultaria em efeitos reversos na realização de seu melhor interesse, cujo alvo central é assegurar um seio familiar amparado no amor, no cuidado, no exercício efetivo da maternidade ou paternidade em seu sentido mais puro. Assim, em relação à filiação, a afetividade representa a verdadeira força da construção do ideal de parentalidade.

Data de elaboração: 14/04/2020 17:02

REFERÊNCIAS

MAIDANA, Jédison Daltrozo. **O fenômeno da paternidade socioafetiva: a filiação e a revolução. Revista Brasileira de Direito de Família.** vol. 6. p. 60. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, jun.-jul. 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal/Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 10 abr. 2020.

CASSETTARI, Christiano. **Elementos de direito civil.** 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O direito das famílias entre a norma e a realidade.** São Paulo: Atlas, 2010.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro. Lei 10406 de janeiro de 2002.** São Paulo: Saraiva, 2018.

SOUZA, Carlos Eduardo Silva. **O Direito Privado Contemporâneo e a Família Pós-Moderna.** São Paulo: Revolução, 2015.

VENCELAU, Rose Melo. **O elo perdido: entre a verdade jurídica, biológica e afetiva no estabelecimento do vínculo paterno-filial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

NETTO LÔBO, Paulo Luiz. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária.** Revista Brasileira de Direito de Família. vol. 5. n. 19. p. 139-143. Porto Alegre: Síntese/IBDFAM, ago.-set. 2003.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da criança e do adolescente, uma proposta interdisciplinar.** 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito civil: famílias.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STF. **RE 898.060.** Plenário, rel. Min. Luiz Fux, j. 21.09.2016. Disponível em:

<www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=325781>. Acesso em: 09: abr. 2020.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil – Famílias.** São Paulo: Saraiva, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil-constitucional.** Trad. Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação, o biodireito e as relações**

parentais, de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária.** In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). Anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Código Civil Comentado.** 11. ed. São Paulo: Ed. RT, 2014.

UM LAÇO ENTRE A ARTE E O DIREITO: COMO O MERCADOR DE VENEZA EXPLICA A CONTRATUALIDADE EM ÉPOCA DE COVID-19

BRUNO MACEDO DA FONTE:

Advogado. Bacharel em Direito. Pós graduado em Direito Público pela UNINASSAU. MBA em Marketing pela FBV. Mestrando pela Faculdade Damas da Instituição Cristã na linha de pesquisa Historicidade dos Direitos Fundamentais. Professor Universitário. Tem experiência na área de Direito Privado.

Resumo: O presente artigo tem por objetivo a análise do filme: “O Mercador de Veneza” baseado na obra de William Shakespeare. A partir do brilhante filme, pode-se desenvolver temáticas como a autonomia da vontade, a preservação do pacto afiançado e a segurança jurídica. A arte tem como função reverberar na sociedade questionamentos e reflexões, o que estimula a discussão atual sobre os institutos jurídicos mencionados, sendo um instrumento valioso na compreensão do Direito durante a pandemia do COVID-19.

Palavras-chave: Mercador de Veneza – arte – autonomia da vontade – segurança jurídica – contrato – COVID-19.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Contextualizando o filme “O Mercador de Veneza”. 3. Como o Mercador de Veneza explica a contratualidade em época de covid-19. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. Introdução

O presente artigo foi redigido para demonstrar a importância da arte na compreensão do direito. O objetivo é a análise aprofundada do filme: “O Mercador de Veneza” baseado na obra de William Shakespeare.

O filme em comento nos fornece a análise de diversos temas, permitindo a correlação da obra de Shakespeare com eventos atuais, reverberando-se assim a imortalidade da arte e reforçando seu caráter atemporal.

2. Contextualizando o filme “O Mercador de Veneza”

A arte é um valioso instrumento para a reflexão dos problemas sociais, pois é capaz de reverberar os sentimentos e extrapolar a realidade de seu tempo. Neste

contexto, realiza-se uma análise do longa metragem: “O Mercador de Veneza”, baseado na obra homônima de William Shakespeare,[1] sob a direção do Michael Radford, lançado em 2004, nos Estados Unidos.

O filme, ora analisado, nos fornece uma acurada passagem da análise do individual ao social, permitindo a correlação da obra de Shakespeare com a visão egoísta da propriedade como algo sagrado e que serve para o interesse exclusivo do seu senhorio. Dado o caráter atemporal da obra, o longa metragem nos permite uma viagem sobre o direito contratual e de propriedade.

Rudolf Von Ihering, no século XIX, já prenunciava a importância da obra de Shakespeare em seu livro “A luta pelo Direito”, quando no prefácio o autor realiza um passeio brilhante no Mercador de Veneza, nos brindando com a seguinte advertência:

É assim que o reino de Sarastro triunfa das potestades da noite. Uma Pórcia que, por detrás do sofisma do sábio Daniel, deita abaixo o direito existente, um Doge que lhes segue as pisadas, um jurista amigo da jurisprudência profunda e da quinta-essência do direito que justifica as suas decisões servindo-se da fórmula “histórico-universal” – e esta feita a partidinha! (IHERING, 2004, p. XIV).

A obra literária de Shakespeare narra a história do jovem Bassanio que gasta todo seu dinheiro (fortuna) na busca de aventuras. Ele se vê numa situação econômica delicada. Para sair desta situação, Bassanio tem a ideia de se casar com uma jovem que possui grandes posses.

Ocorre que para realizar seu intento, ele (Bassanio) tem que viajar até a residência da jovem mulher, o que demanda certa quantia em moedas. Para viabilizar a travessia, o jovem solicita ao seu amigo Antônio um empréstimo.

Antônio que gozava de crédito na praça, vai até o judeu Shylock e contrai um empréstimo, este é o ponto em que começa a trama. Shylock já tinha uma mágoa de Antônio, devido a este ter cuspidado em seu rosto em momento passado, mas, ao final, resolve emprestar o dinheiro sem juros, com garantia de uma libra do corpo de Antônio em caso de não adimplemento.

Antônio tinha sua receita vinculada à atividade de risco na época, qual seja, atividade mercantil, tendo seus navios naufragados, deixando-o sem condições de adimplir seu compromisso com Shylock.

Comerciantes há que são desgraçadas vítimas dos acontecimentos, mas pretende-se que cada um dêles [sic.] faça os maiores sacrifícios para não sossobrar. A estrita observação dos compromissos é necessária ao crédito comercial, e a ameaça de falência assegura o respeito pelo vencimento. (RIPERT, 1937, p. 139).

Em paralelo a esta situação, Bassanio tem êxito no seu casamento com a jovem de nome Portia, o que modifica sua situação financeira. Após o matrimônio, Bassanio retorna à Veneza para salvar seu amigo e, assim, tem-se o ápice do filme com o julgamento do caso Shylock *versus* Antônio.

Não é por acaso que Rudolf Von Ihering dedica-se a análise mais detida desta parte da obra de Shakespeare. Como ponto de partida anote-se que “o juiz tinha à sua livre escolha ou declarar o título válido ou declará-lo nulo” (IHERING, 2004, p. 10). O autor ainda prescreve que a forma como a literatura expõe o julgamento, permite apenas uma única conclusão: declarar válido o título.

Observa-se com este episódio o surgimento do contratualismo, onde verifica-se o prestígio pela autonomia da vontade, a preservação do pacto afiançado e a segurança jurídica. Shylock argumenta pela validade do título, impondo os valores do contratualismo, inclusive pondo em risco a própria credibilidade de Veneza caso o julgamento guinasse no sentido de declarar a nulidade do título. Sendo vencedor nesta primeira parte do julgamento, pois obteve a validade do seu título.

Não podemos perder de vista, todavia, que o litígio em tela se passa já na modernidade, em pleno renascimento, num contexto em que florescia o mercantilismo e, no campo das idéias [sic.], o liberalismo e o individualismo. Com isso há, em relação ao período clássico, uma inversão de valores que repercute inevitavelmente na compreensão da justiça (Ramos, 2010, p. 1889).

Apura-se então que o “justo é compreendido na peça como o estrito cumprimento da lei, que não existe senão para proteger os interesses do indivíduo” (Ramos, 2010, p. 1889). Vê-se então que Shakespeare é um liberal neste ponto, pois na sua obra não há margem para outra interpretação, senão pela validade do título. Situação bem diversa se analisada à luz do Direito ocidental na atualidade.

De acordo com a concepção francesa, no Código Civil deveriam estar plasmados regras racionais, estáveis e

universais para disciplina da vida social, sintonizadas com a ideologia liberal-burguesa, assentada na proteção à propriedade e no respeito à autonomia da vontade. Esta concepção foi acolhida pelo renomado Código de Napoleão de 1804. (SOUZA NETO, 2014, p. 77).

Dessa maneira, como acima demonstrado, a justiça está a cargo de efetivar os pactos cumpridos em detrimento do seu próprio conteúdo, como forma de prestigiar a segurança jurídica. A justiça, que representa o público, passa a ser mecanismo de efetivação das avenças independentes de sua justeza, caracterizando-se um mecanismo a serviço do privado e em prol do liberalismo.

E esta é uma propriedade perfeita, absoluta, excludente, consagrada pelo direito e garantida pela força coercitiva do estado, que exclui os não proprietários do acesso ao que, embora ao seu alcance, eles não têm o direito (o poder) de tocar. Porque o estado existe para 'punir, pelo magistério dos magistrados, o pequeno número de pessoas que atentam contra a propriedade de outrem' (NUNES, 2003, p. 116/117).

Rudolf Von Ihering adverte que se o jurista quiser submeter a decisão a um exame crítico, certamente irá dizer: "O título em si era nulo visto que continha alguma coisa de imoral, o juiz deveria portanto recusá-lo por tal motivo desde o primeiro momento" (IHERING, 2004, p.57).

Interessante registrar que a discussão sobre a moralidade estava mais presente na antiguidade do que na modernidade. Nesta, sob à luz do liberalismo e do contratualismo, o debate em torno da justiça foi sucumbido pela discussão da jurisdição e sua efetivação. "A experiência demonstra que a liberdade não basta para assegurar a igualdade, pois os mais fortes depressa se tornam opressores" (RIPERT, 1937, p. 133).

Retornando ao filme, após verificar-se a validade do contrato, passa-se a analisar o desenrolar do julgamento que tem uma reviravolta contra Shylock que inicialmente havia conseguido a validade do seu título. Durante o julgamento, ficou estabelecido que Shylock poderia executar seu contrato, mas que não poderia derramar uma gota só de sangue, tornando impossível o cumprimento da obrigação (retirar uma libra de carne).

O memorável e já citado Rudolf sobre esta questão em particular critica veementemente a posição adotada no julgamento:

Se o sábio Daniel Ihe reconhecia validade, que era senão empregar um miserável subterfúgio, cometer um deplorável ato de chicana, proibir ao homem a quem se havia reconhecido o direito de cobrar uma libra de carne de um corpo vivo, a efusão de sangue que deveria ser uma consequência [sic.] natural e inevitável! (IHERING, 2004, p.57).

Por meio da análise do longa metragem aqui referido, percebe-se que a arte nos remete à questões que ultrapassam o seu tempo e demonstra que o passado e o presente não estão tão distantes. Além de exprimir, a comunicação entre o presente e o passado, a fim de buscar conhecimento, reconhecimento e reconciliação desapegada de mágoas e extremismo com o propósito de levar a humanidade a não cometer os mesmos erros do passado (OST, 2005).

O direito é um fenômeno histórico. Nesse sentido ele se desenvolve às expensas do legado e das tradições sedimentadas em determinada cultura. Visto numa perspectiva hegeliana o Direito, manifesta-se dialeticamente na vida social, transformando-se continuamente, mas sempre conservando muito sua origem. Sua consolidação, sob forma de institutos, obedece a sua trajetória histórico-cultural num processo evolutivo no qual os acontecimentos se vão superando e reconstruindo, em razão dos desafios do presente e das repercussões que se projetam para o futuro através da inexorável marcha do tempo. (BROWNE, 2019, p. 9).

A passagem do individual ao social, no plano do contratualismo, adveio do combate aos exageros que a autonomia de vontade, levada ao extremo, ocasionava. Assim se fez preciso uma reflexão crítica que foi influenciada por diversas correntes de pensamentos da sociedade.

3. Como o Mercado de Veneza explica a contratualidade em época de covid-19

A pandemia do COVID-19, que está sendo vivenciada na atualidade, traz à tona a histeria coletiva. A sociedade está experimentando uma crise global que repercute no âmbito contratual, seja em que esfera for, contratos de natureza cível, trabalhista, consumerista, dentre outros.

Não é objeto de estudo deste artigo esgotar temas específicos e apresentar fórmulas prontas para a judicialização dos contratos, ao contrário, através da

reflexão do filme em comento, busca-se gerar pensamento crítico sobre a intervenção do Estado na tutela de interesses individuais em época de crise aguda.

Na busca pela diminuição da judicialização contratual o senado elaborou o projeto de lei 1.179/2020 que trata do Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19).

A judicialização dos contratos neste momento de quarentena é algo iminente, tendo o projeto de lei 1.1179/2020 se ocupado de reger normas transitórias para disciplinar e nortear momentaneamente os imbróglis jurídicos que serão postos à sociedade que chamará o judiciário a solucionar.

Importante observar que o direito privado tem institutos milenares que não podem ser naufragados, por isso a importância da criação do regime jurídico transitório, para que sirva de norte neste momento de crise e diminua a insegurança jurídica, contribuindo para a preservação das instituições de direito privado.

O operador do direito ao se deparar com os conflitos contratuais exurgentes da crise ocasionada pela pandemia do COVID-19, não deve realizar uma navegação de cabotagem em torno do assunto, sob o risco de protagonizar na pesada contemporaneidade o julgamento de Shylock *versus* Antônio.

A segurança não pode identificar-se exclusivamente com a ideia de uma ordem jurídica existente e com o consequente saber público do que está proibido e permitido. Na verdade, para Elías Díaz, o Direito não se esgota na sua função de proporcionar segurança, como sinônimo de ordem, pois isto seria insuficiente, oferecendo uma ideia superficial de seu conceito. É necessário, além de um sistema de seguridade-legalidade, um sistema de seguridade-legitimidade, ou seja, segurança não como fato, mas como prática que implique valores considerados imprescindíveis como “liberdade, paz, igualdade e justiça”. Assim, a ideia de ordem normativa e segurança-fim deve estar subordinada às exigências humanas de legitimidade e não a uma idealização tecnoformal sem limites, o que se tem revelado numa cultura individual-positivista, natural impedimento de transformação e do avanço do Direito. (WOLKNER, 2004, p. 35).

A navegação tem que ser de longo curso, resgatando a história do direito, os institutos clássicos do direito privado, os princípios jurídicos e as normas constitucionais, pois o cenário a ser enfrentado é tortuoso, delicado e até desconhecido.

Os discursos e também as práticas que envolvem os discursos só podem ser compreendidos a partir da sua historicidade. Não se compreende um discurso (ou uma prática) fora do tempo em que eles são produzidos e do tempo em que eles circulam. (FONSECA, 2012, p. 135).

Neste período de trauma coletivo, a judicialização dos contratos parece uma realidade iminente e como toda atividade massificada, atrelada à crise global, trazem riscos sociais.

Para Beck, as consequências do desenvolvimento científico e industrial são um conjunto de riscos que não podem ser contidos espacial ou temporalmente. Ninguém pode ser diretamente responsabilizado pelos danos causados por esses riscos, e aqueles afetados não podem ser compensados, devido à dificuldade de cálculo desses danos (MENDES, 2015, p. 211/212).

Os riscos advindos da histeria coletiva, geram um novo paradigma para a Sociologia e para o Direito, visto que o aumento desta vertente gera riscos que podem atingir a sociedade em diversas perspectivas.

O risco é, para Beck, um estágio intermediário entre a segurança e a destruição, e a percepção dos riscos ameaçadores determina o pensamento e a ação. No risco, o passado perde o seu poder de determinar o presente. É o futuro, algo que é construído, não existe, que constrói o presente, e os riscos são sempre locais e globais, assumindo uma dimensão transescalar. (MENDES, 2015, p. 212).

Um exemplo concreto é a discussão em torno da revisão do contrato de aluguel de imóvel (industrial, comercial ou residencial) em época de COVID-19, na medida em que conforme as soluções sejam postas, pode ocasionar um efeito cascata, pois numa relação entre inquilino e proprietário existe uma gama de fatores que circulam em torno do tema.

Tudo se encadeia. Os rendeiros, ainda que tendo o direito de pedir revisão dos arrendamentos, obtêm como os

locatários, uma redução legal no preço estipulado. O decreto-lei de 8 de agosto de 1935 dá-lhe satisfação, mas permite aos proprietários de bens rurais hipotecados reduzir em 10% os juros que devem pagar aos credores. Logo aqueles, cujos bens estão onerados com o privilégio do vendedor, querem beneficiar também com a medida de favor concedida aos devedores hipotecários; outro decreto de 8 de agosto de 1935 assim o decide. [sic.] (RIPERT, 1937, p.156/157).

A deslealdade nas negociações não é algo advinda da dificuldade do momento atual, ao contrário é prática antiga, leia no início a disputa judicial entre Shylock e Antônio no filme O Mercador de Veneza.

A pandemia do COVID-19 traz consigo riscos que não podem ser previstos ou calculados, no momento as mudanças são constantes, cada vez mais velozes. A sociedade em pânico é um campo fértil para o surgimento de novos riscos que ultrapassam o ramo do direito privado.

Atualmente, o Estado nacional perdeu em parte a capacidade que tinha para controlar os fatores econômicos, políticos, sociais e culturais que atuam no interior das suas fronteiras, pois esses são cada vez mais influenciados por elementos externos, sobre os quais os poderes públicos não exercem quase nenhuma influência. (SOUZA NETO, 2014, p. 88).

Controle, segurança e certeza na pandemia atual é algo abstrato e inalcançável, o risco em certas temáticas é inevitável. A gravidade do momento traz novos riscos e reflexões de proporção transgeracional. "Parte-se, portanto, do pressuposto de que estamos diante de riscos, de uma sociedade de riscos, de uma ordem de riscos." (MARQUES, 2013, p. 80).

Refletir sobre as consequências da intervenção estatal nas relações contratuais privadas não é defender a sua anóxia, mas trabalhar no sentido de compreender e focar na minimização do perigo oferecido por esta nova realidade.

Risco é o enfoque moderno da previsão e controle das consequências futuras da ação humana, as diversas consequências não desenhadas pela modernização radicalizada. É um objetivo (institucionalizado) de colonizar o futuro, um mapa cognitivo. Toda sociedade com certeza já experimentou perigos. Porém, o regime do risco é uma

característica de uma nova ordem: não é nacional e sim global. (MARQUES, 2013, p. 82).

Os riscos impostos pela contemporaneidade hão de ser conhecidos, compreendidos e debatidos. O Direito enquanto ciência que disciplina o direito privado não deve se seduzir a fórmulas mágicas e sim refletir com o cuidado necessário que o momento reverbera.

4. Conclusão

O presente artigo ocupou-se de romantizar as querelas judiciais com amparo no célebre filme *O Mercador de Veneza*, realizando um recorte histórico sobre a intervenção do Estado nas relações privadas.

O tema COVID-19 e suas repercussões na vida em sociedade seja em que modalidade ou contexto for estudado sempre será um tema muito sensível na atualidade. Pois, como bem narrado nas páginas acima, tudo é muito novo e dolorido para a coletividade. A tendência é uma preocupação focada no presente, esquecendo-se do passado e do futuro e isto pode ser perigoso para o direito privado.

A Arte, a Filosofia, a História, a Sociologia e outras ciências afins devem ganhar relevo especial neste momento de trauma coletivo, pois o direito puramente autorreferente pode não ser a melhor forma de modular a relação jurídica entre os sujeitos envolvidos.

Na interpretação das relações privadas há de ser quebrada a ideia de linearidade e continuidade histórica que torna míope a visão, impedindo a individualização concreta da relação contratual submetida ao Estado.

Platão no mito da caverna já reverberava a importância de contemplar o objeto como mecanismo de conhecimento. Tal atitude é necessária para fornecer voz aos envolvidos, para que o Estado, ao intervir na relação privada, possa apresentar uma solução despida de falsas linearidades, a fim de alcançar o verdadeiro senso de justiça.

Referências:

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei 1.179/2020**. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (Covid-19). Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141306>. Acesso em 17 abr. 2020.

BROWNE, George. Apresentação. In: AFONSO, Henrique Weil; SILVA, Ivone Maria. **Constitucionalismo e história do direito**: institutos, trajetórias e desafios. Recife: IPANEC, 2019. p. 9-12.

FONSECA, Ricardo Marcelo. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 89-148.

IHERING, Rudolf Von. Luta pelo direito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

MARQUES, Clarissa. **Por uma compreensão da crise ambiental e do paradigma do Risco**. 2013. Disponível em: <https://www.faculadadedamas.edu.br/revistafd/index.php/relacoesinternacionais/article/view/213/0>. Acesso em 17 abr. 2020.

MENDES, José Manuel. **Ulrich Beck**: a imanência do social e a sociedade de risco. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, 2015.

NUNES, António José Avelãs. **Neoliberalismo e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

OST, François. **O tempo do direito**. Bauru: Edusc, 2005.

RAMOS, Marcelo Maciel. **Shakespeare e o direito: o mercador de Veneza à luz da filosofia jurídica e da teoria geral do direito**. 2010. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3510.pdf>. Acesso em 12 abr. 2020.

RIPERT, Georges. **O regime democrático e o Direito Civil Moderno**. São Paulo: Livraria Acadêmica – Lg. Ouvidor, Saraiva & Cia, 1937.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 69-96.

WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

[1] William Shakespeare foi um poeta, dramaturgo e ator inglês, tido como o maior escritor do idioma inglês e o mais influente dramaturgo do mundo.

PRINCIPAIS ALTERAÇÕES NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS INTRODUZIDAS PELA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 927/2020

LUCAS TÚBERO DE CARVALHO:

Bacharel em Direito. Pós-graduando em Direito e Processo do Trabalho.

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo aspectos materiais da Medida Provisória nº 927 de 22 de março de 2020, em vigor desde o dia 23 de março do corrente ano. O pano de fundo para a edição da medida é diminuir os impactos econômicos ocasionados em decorrência da situação pandêmica que vive o mundo. Referida Medida Provisória, vem, a meu ver, aumentar o poder diretivo do empregador, dando a este algumas possibilidades de alterações contratuais trabalhistas em nome da subsistência do negócio, do emprego e da renda.

Palavras-chave: Medida Provisória. Empregador. Empregado. Contrato.

ABSTRACT: The present work aims at material aspects of Provisional Measure nº 927 of March 22, 2020, in force since March 23 of this year. The background for the edition of the measure is to reduce the economic impacts caused by the pandemic situation that the world is experiencing. This Provisional Measure, in my view, increases the managerial power of the employer, giving the employer some possibilities of contractual labor changes in the name of business, employment and income subsistence.

Keywords: Provisional Measure. Employer. Employee. Contract.

INTRODUÇÃO

No presente, será detalhado como o empregador poderá realizar alteração contratual, exercendo o poder diretivo, quais as exigências para tais alterações e qual mudança de fato na relação empregado-empregador.

2. VIGÊNCIA DA MP E POSSÍVEIS ALTERAÇÕES NA RELAÇÃO DE TRABALHO

2.1. VIGÊNCIA DA MP

A vigência da Medida Provisória em comento está condicionada ao estado de calamidade pública (31/12/2020), reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020.

Por óbvio, tem-se a própria vigência da MP como condição, cujo regramento está contido no Art. 62 da Constituição Federal, sendo que este prazo é de 60 dias prorrogável automaticamente por igual período caso não tenha sua votação

concluída nas duas casas do congresso. Há a possibilidade de que a MP seja convertida em Lei, certo que, neste caso, sua vigência será regulamentada pela própria Lei.

2.2. POSSÍVEIS ALTERAÇÕES NA RELAÇÃO DE TRABALHO

Conforme prescreve o Art. 3º da Medida Provisória, os empregadores poderão adotar as seguintes medidas durante o estado de calamidade pública:

- a) o teletrabalho;
- b) a antecipação de férias individuais;
- c) a antecipação de férias coletivas;
- d) o aproveitamento e a antecipação de feriados;
- e) o banco de horas;
- f) a suspensão de exigências administrativas em segurança e saúde do trabalho;
- g) o direcionamento do trabalhador para qualificação; (REVOGADO pelo Art. 2º, MP nº 928/2020) e
- h) o diferimento do recolhimento do FGTS.

A MP traz em seu texto que os acordos individuais deverão ser escritos. Vale dizer também que na prática as regras para demissões não sofreram alterações.

2.3. O TELETRABALHO

O empregador, comunicando o empregado, por escrito ou meio eletrônico, com antecedência mínima de 48 horas, poderá alterar o regime de trabalho presencial para o teletrabalho. Assim, auxiliará no isolamento social previsto na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Para o desenvolvimento do teletrabalho, o empregador poderá fornecer, através de comodato, equipamentos eletrônicos nos casos em que o empregado não os tenha. Caso haja de despesas suportadas pelo empregado, relacionadas ao teletrabalho, o reembolso deve ser acordado por escrito no prazo de até 30 dias do início do teletrabalho. Insta esclarecer que o teletrabalho é aplicável também, aos aprendizes e estagiários.

2.4 A ANTECIPAÇÃO DE FÉRIAS INDIVIDUAIS

Outra alternativa dada ao empregador, é a antecipação das férias individuais de seus funcionários, comunicando-o com antecedência mínima de 48 horas, por escrito ou meio eletrônico. Porém, é impositiva a prioridade na antecipação das férias do grupo de risco do coronavírus. Tais férias deverão ser gozadas por período não inferior a 05 dias e, também, mediante acordo, poderão ser antecipadas as férias futuras, ainda não adquiridas. A MP facultou ao empregador, realizar o pagamento das férias até o 5º dia útil do mês seguinte às férias, sendo que o adicional de 1/3 de férias poderá ser pago até 20/12/2020. Ponto que merece destaque, trata dos profissionais de saúde que estejam em gozo de férias, prevendo a suspensão do respectivo benefício destes profissionais com consequente retorno ao trabalho.

2.5. A ANTECIPAÇÃO DE FÉRIAS COLETIVAS

As regras de concessão de férias coletivas guardam relação com os critérios adotados nas férias individuais. Excetuando-se a dispensa do limite máximo de períodos anuais e limite mínimo de dias corridos previstos da CLT, bem como a comunicação prévia do Ministério da Economia e aos sindicatos representativos da categoria profissional.

2.6. APROVEITAMENTO E ANTECIPAÇÃO DE FERIADOS

O empregador poderá determinar “folga” dos empregados, antecipando os feriados nacionais, estaduais e locais desde que não sejam religiosos. Exemplificando: nacionais: feriado da Independência, em 07 de setembro ou a Proclamação da República do Brasil, em 15 de novembro e etc. Consigna-se que a antecipação de feriados religiosos depende da concordância do empregado.

2.7. BANCO DE HORAS

Em caso de paralisação da atividade empresarial durante o estado de calamidade pública, com o fito de não onerar excessivamente o empregador e, em contraponto, não cessar o pagamento de salário ao empregado, a MP possibilitou a criação de banco de horas inverso, ocasião em que o empregado passará a dever horas ao empregador, devendo ser feito o abatimento caso o empregado tenha crédito no banco de horas. O “pagamento” das horas em que ficou “parado”, deverá ser feito pelo empregado em até 18 meses do término do estado de calamidade pública. Para tanto, este “pagamento” não poderá exceder a 02 horas por dia.

2.8. DA SUSPENSÃO DE EXIGÊNCIAS ADMINISTRATIVAS EM SEGURANÇA E SAÚDE NO TRABALHO

A Medida Provisória em tela, suspendeu a obrigatoriedade de realização de exames médicos ocupacionais, clínicos e complementares, excetuando o exame médico demissional. Porém, facultou a realização do exame médico demissional, nos casos em que o empregado demitido tenha realizado exame médico ocupacional nos últimos 180 dias. Assim, os demais exames médicos ficam suspensos até o término do estado de calamidade pública, ocasião em que deverão ser realizados no prazo máximo de 60 dias. Ficam suspensos também, também, os treinamentos presenciais de saúde e segurança no trabalho.

2.9. DO DIFERIMENTO DO RECOLHIMENTO DO FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO – FGTS

O tema FGTS na MP nº 927 não afeta diretamente o empregado, vez que em caso de rescisão contratual este receberá todas as verbas rescisórias já previstas em lei e, na continuidade do contrato de trabalho terá recolhido os valores devido até 07 de dezembro de 2020. O diferimento previsto trata-se apenas de “facilitações” nas exigências ao recolhimento do FGTS em relação ao empregador, dando a este elasticidade no recolhimento da rubrica e elencando penalidades em caso de descumprimento.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente demonstrou a existência de 07 assuntos-chaves (após a revogação do Art. 18) da Medida Provisória nº 927/2020. Edição da MP atendeu os requisitos de relevância e urgência, pois neste momento paira dúvida acerca das relações trabalhistas e, por esta razão, a MP trouxe maior segurança jurídica. Ainda assim, entendo que por não ser atribuição inerente do executivo a de legislar, a MP carece de ajustes, principalmente no que tange a rescisão do contrato de trabalho, daqueles empregados que possuem banco de horas negativos, férias não adquiridas e gozadas e os que anteciparam o gozo de feriados. Assim, cumpre ao Congresso Nacional em momento oportuno realizar os devidos ajustes.

REFERÊNCIAS

http://planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm.

Acessado em 23/03/2020, às 8:15h.

http://planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm. Acessado em 23/03/2020, às 10h.

http://planalto.gov.br/ccivil_03/Portaria/DLG6-2020.htm. Acessado em 23/03/2020, às 15h.

SARAIVA, Renato; LINHARES, Aryanna; TONASSI, Rafael. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Salvador/BA. JusPODIVM. 2019.

A RE(SIGNIFICAÇÃO) DE SUSTENTABILIDADE PELA AGROECOLOGIA COMO NOVO PARADIGMA DE DIREITO

LUANA BISPO DE ASSIS: Doutoranda em Direito Constitucional pela UNB. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Goiás (2015), com bolsa da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Goiás (FAPEG). Advogada com experiência na área de Direito Público e de Direito Privado. Foi pesquisadora e bolsista pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) em projetos com a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA)¹.

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo realizar uma análise de como a sustentabilidade pode ser re(significada) por meio do Direito. Toma-se como ponto de partida o conceito de sustentabilidade e como este pode ser transformado pelo Direito. A metodologia empregada foi a qualitativa, em uma busca dedutiva da bibliografia da sustentabilidade de forma holística e, a partir disso, ter como resultado o debate teórico sobre manejos agroecológicos e como o direito tem alterado o que se entende sobre a sustentabilidade.

Palavras-Chave: Sustentabilidade. Agroecologia. Paradigma. Direito. Significação.

Abstract: The present work aims to carry out an analysis of how sustainability can be re (signified) through the right. The concept of sustainability is taken as a starting point and how it can be transformed by right. The methodology used was qualitative, in a deductive search for the sustainability bibliography in a holistic way and from that result in a theoretical debate on agroecological management and how the right has changed what is understood about sustainability.

Keywords: Sustainability. Agroecology. Paradigm. Right. Meaning.

¹ É pesquisadora e Líder do Grupo de Pesquisas Interdisciplinares em Direito (GEPID), registrado no Diretório de Pesquisas do CNPq. É professora na Faculdade Evangélica de Goianésia (FACEG), mantida pela Associação Educativa Evangélica (AEE), onde desempenha as funções de membro do Núcleo Docente Estruturante (NDE) do curso de graduação em Direito; É coordenadora de estágio do curso de graduação em Direito; coordenadora do projeto de extensão Faculdade Aberta da Terceira Idade (FATI); e coordenadora de monitoria acadêmica do curso de Direito. É, ainda, professora na Faculdade Metropolitana de Anápolis (FAMA) na disciplina de Direito Constitucional.

Sumário: 1. Introdução. 2. A (re)significação da sustentabilidade pelo Direito. 3. Conclusão. 4. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Primeiramente, o ser humano é parte da natureza, é parte integrante da teia da vida. Diante de tal premissa, já se torna admissível compreender que o direito é imprescindível para o deslocamento da posição do homem como centro, para se encontrar como parte do meio natural. Significa dizer que o ser humano não está desvinculado ou separado da natureza. Ele é parte da natureza, e não há uma separação entre os dois, mas uma simbiose. Em outras palavras, a sustentabilidade como direito está diretamente ligado ao contexto da dignidade, à autodeterminação e à satisfação de outras necessidades básicas que traduzem o significado de vida.

O presente trabalho pretende refletir sobre os atributos associados ao conceito de sustentabilidade que permitem identificar e analisar, de forma sistêmica, os impactos das inovações agroecológicas sob o parâmetro do Direito.

A pesquisa foi desenvolvida através do método dedutivo, partindo-se de dados resultantes de pesquisa bibliográfica, a fim de compreender o processo agroecológico, que permitiram construção de resultados representados pela adequação do procedimento ao incremento à produção e implemento do direito à uma vida saudável.

Em um primeiro momento, o trabalho buscou um enfoque interdisciplinar, em um empenho para romper com o confinamento do Direito e com a sua rigidez dogmática. Posteriormente, realizou-se algumas incursões feitas por várias áreas de conhecimento, sem as quais a análise da agroecologia como instrumento de direito e vida se tornaria extremamente pobre e limitada.

2 A (RE)SIGNIFICAÇÃO DA SUSTENTABILIDADE PELO DIREITO

Inicialmente, insta salientar que a (re)significação perpassa o significado de sustentabilidade. Alguns autores o consideram como um “conceito de moda e em moda” e um favorecedor de ocultações ideológicas[1]. Outros rotulam de “conceito holístico”[2], ou seja, procura compreender os fenômenos na sua totalidade inteiramente assente em conceitos também da justiça intergeracional, participação e equidade geracional[3]. Outros, ainda, veem nele um “conceito-chave”[4], um “conceito represa” que se aproxima do princípio do Estado de Direito e do princípio democrático, pressupõe intervenções metódicas de otimização e de concretização[5].

Convém, ainda, apontar as diferenças entre sustentabilidade em sentido restrito ou ecológico e sustentabilidade em sentido amplo. A sustentabilidade em sentido restrito aponta para a proteção/manutenção em longo prazo de recursos por meio do planejamento, economização e obrigações de condutas e de resultados. O princípio da sustentabilidade[6], por sua vez, aponta para a necessidade de novas direções propiciadoras de um verdadeiro Estado de direito ambiental. Isto alude que, ao lado dos tradicionais traçados de ordem, permissão e proibição, apregoados em atos de poder público, assiste-se ao recurso a diversas formas de "estímulo" destinadas a promover programas de sustentabilidade[7]. Nesse sentido, a modificação do Direito, segundo o princípio da sustentabilidade, não significa o desprezo da observância de outros princípios estruturantes, como o princípio do Estado de direito e o princípio democrático[8].

Nesse contexto, J. J. Canotilho explica: "Mas, com alguma coisa a mais do ponto de vista da experiência e, finalmente, da ordem do tempo. A patrimonialização do meio ambiente, que designa a extensão provavelmente a mais massiva e a mais nova da noção, abre indubitavelmente sobre o futuro ou sobre novas interações entre presente e futuro. Não saímos, então, do círculo do presente, pois a preocupação com o futuro se apresenta mesmo como a razão de ser deste fenômeno? Salvo que este futuro não é mais promessa ou "princípio de esperança", mas ameaça. Tal é a reviravolta. Uma ameaça da qual nós fomos os iniciadores e da qual nós devemos nos reconhecer, hoje, na falta já de ontem, como os responsáveis"[9].

O que está claro, a esta altura, é que a sustentabilidade se abre para um novo paradigma jurídico, na medida que se utiliza de novos preceitos de preservação da vida. A sustentabilidade é um paradigma de ação, mas, também, é jurídico que supera as discussões de liberdade e de igualdade, próprios do Estado contemporâneo[10]. Nesse sentido, os paradigmas demonstrados pelos manejos agroecológicos é, portanto, próprio da sociedade pós-moderna, transnacional para qual podemos caminhar[11].

A juridicidade ambiental deve se ajustar às exigências de um Estado constitucional ecológico e de uma democracia sustentada. A natureza, como princípio confiado a muitas regras estruturantes da Constituição, como o princípio do meio ambiente equilibrado, está atrelada ao princípio do aproveitamento racional dos recursos, princípio da preservação da capacidade de renovação e de estabilidade ecológica, princípio da solidariedade entre gerações[12]. Isso obrigará a uma sistemática constitucional de concretização particularmente centrada nos critérios de ponderação e de otimização dos interesses ambientais e ecológicos[13]. O Direito só se converterá no instrumento agroecológico que

necessitamos para ordenação e transformação social, quando se estabelecer como objetivo de sustentabilidade.

Portanto, a relação homem e natureza é algo muito complexo e só passível de ser harmônica se a humanidade modificar radicalmente o seu modo de lidar com o meio que a cerca. A sustentabilidade agroecológica pode ser aproveitada de fato sob uma ótica holística, determinando-se como um processo criativo de transformação do meio ambiente, direcionando as técnicas ecologicamente prudentes, como a agroflorestal, compostagem, rochagem, refletidas para as potencialidades deste meio, mitigando o desperdício dos recursos[14].

Fomentar a sustentabilidade no campo seria, no interior do seu conceito, contribuir com as populações em se organizar, em se educar, para que repensem seus problemas, identifiquem suas necessidades e os recursos potenciais para receber e realizar um futuro digno a ser vivido, segundo os postulados de justiça social e prudência ecológica[15].

Dessa forma, a agroecologia, na gênese desta construção jurídica, está inserida na sustentabilidade, como um todo interligado que impulsiona para a ideia de um modelo de desenvolvimento escolhido e prudente para o mundo. Além disso, propicia a compatibilização da proteção do meio ambiente com a preservação dos conhecimentos tradicionais, mantendo-se indefinidamente no tempo, não obstante tal modelo encontrar oposição por setores que preferem as antigas práticas do lucro a qualquer custo, portanto, resistentes à ideia de um Direito transformador.

Como resposta a esse Direito transformador, comina-se a visibilidade da realidade pontual e busca direcionamento para a consagração do direito ligado à defesa da vida (expressa ou implicitamente) e seu objetivo é garantir a apropriada defesa contra agressões (i)legais à natureza, emanadas quer de entidades públicas, quer de privadas, no campo individual protegido pelas bases constitucionais[16].

Dessa feita, o Direito expressa o sentido legítimo à agroecologia, a partir da sementeira de alimentos em sua dignidade, até a colheita e destinação do fruto, conseqüentemente, direito legítimo à sustentabilidade como protetora da vida.

Desta forma, a agroecologia é instrumento de direito, útil para promover a conservação e o uso sustentável da terra, enfocando tanto os instrumentos em vigor como os que ainda estão em construção. Em outras palavras, agroecologia é um instrumento de direito e direciona o que não se deve fazer e o que pode ser feito sob a visão do Direito e de suas ferramentas em um contexto sustentável.

Por outro lado, a agricultura tem sido avaliada como uma das principais causas e, ao mesmo tempo, uma das principais vítimas dos problemas ambientais da contemporaneidade. Essa analogia negativa não é resultado de uma evolução histórica natural e incontornável, deriva tão somente do enfoque técnico-científico, que, no século 20, fomentou a transplantação para a lavoura da lógica produtiva[17].

Pode-se considerar, então, que a modernidade passou a ser a ressignificação da sustentabilidade, através da ideologia da maximização da produção de alimentos, no discurso de que esta seria um novo paradigma de erradicação da fome e melhora da vida.

O planeta Terra vive, nos dias atuais, um período de evidentes transformações técnico-científicas, resultado dos fenômenos de desequilíbrios ecológicos, que, ao ponto em que chegaram, se não forem remediados, ameaçam a sustentabilidade em sua superfície. Concomitantemente a tais fatores que perturbam as formas de vida humana, individuais e coletivas, elas evoluem no sentido de uma progressiva degradação[18]. Nesta prima, o papel do Direito diante de tais transformações que ameaçam a sustentabilidade e o meio ambiente é de extrema relevância. Além disso, denota-se também o papel da agroecologia como instrumento e re(significação) de sustentabilidade e garantia do direito à vida.

O Homem, por não viver isolado e interagir uns com os outros e com o meio ambiente, faz parte de um ecossistema, que é o conjunto formado pelo meio ambiente físico, ou seja, o biótopo, e por fatores abióticos como: solo, água, ar, somado à comunidade (seres vivos) que com o meio se relaciona[19].

Assim, compõem a vida, que, em outras palavras, denota em sentido amplo a própria natureza que é equivalente ao "mundo natural" ou "universo físico". Por esse prisma, natureza faz referência aos fenômenos do mundo físico e, também, à vida em geral. A palavra natureza provém da palavra latina *natura*, que significa "qualidade essencial, disposição inata, o curso das coisas e o próprio universo". *Natura* é a tradução para o latim da palavra grega *physis*, que em seu significado original fazia referência à forma inata que crescem espontaneamente plantas, animais e o Homem^[20].

De acordo com o exposto, o Direito é um compromisso principiológico com o futuro, mantendo a boa-fé para com o passado, traduzindo o significado de sustentabilidade[21]. Tal compromisso é historicamente desenvolvido e socialmente firmado, no sentido de que a edificação de um sistema alimentar, que proteja a vida e colabore na implementação de sistemas produtivos futuros mais

saudáveis[22], tem como resultado os fundamentos do que se pode entender por direito à vida.

3 CONCLUSÃO

Como demonstrado, a sustentabilidade se abre para um novo paradigma jurídico, na medida que se utiliza de novos preceitos de preservação da vida. A sustentabilidade é um paradigma em movimento, mas, também, é jurídico que supera as discussões de liberdade e de igualdade. Nesse sentido, os paradigmas demonstrados pelos manejos agroecológicos é, portanto, próprio da sociedade pós-moderna, transnacional para qual podemos caminhar.

Portanto, a sustentabilidade agroecológica pode ser considerada de fato sob uma ótica holística, para vir, então, a se determinar como um processo criativo de transformação do meio ambiente, direcionando as técnicas ecologicamente prudentes como forma de se amparar um meio ambiente equilibrado e saudável.

Dessa feita, o Direito expressa o sentido de legítimo à agroecologia, a partir do seu esforço por sustentabilidade como protetora da vida. E, assim, pode ser ressignificada a sustentabilidade como instrumento de direito, útil para promover a conservação e o uso da terra, enfocando tanto os instrumentos em vigor como os que ainda estão em construção.

Dessa forma, pode-se concluir que a agroecologia, na gênese desta construção jurídica, está inserida na sustentabilidade, como um todo interligado que impulsiona para a ideia de um modelo de desenvolvimento escolhido e prudente para o mundo. Em outras palavras, a sustentabilidade é um instrumento de Direito e direciona o que não se deve fazer e o que pode ser feito sob a visão do Direito e de suas ferramentas em um contexto sustentável.

4 REFERÊNCIAS

ALZATE, Adriana Gómez. A paisagem como sistema visual e holístico: proposta metodológica para a sustentabilidade da qualidade visual ambiental, experimentada em Manizales, cidade andina colombiana. **Ateliê Geográfico**, v. 2, n. 2, 2008, p. 1-17.

BREDORIAL, Celso; VIEIRA, Liszt. **Cidadania e política ambiental**. Rio de Janeiro: Record, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. **Tékhne** – Revista de Estudos Politécnicos, n. 13, 2010, p. 07-18.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; MELLO, Rodrigo Antonio Calixto. A sustentabilidade como um direito fundamental: a concretização da dignidade da pessoa humana e a necessidade de interdisciplinaridade do direito. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, v. 8, n. 15, 2011.

“CONCEITOS de Ecologia” em Só Biologia. **Virtuous Tecnologia da Informação**, 2008-2020. Disponível em: https://www.sobiologia.com.br/conteudos/bio_ecologia/ecologia.php. Acesso em: 12 abr. 2020.

DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito ambiental de conflitos**: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais. 2012. 463 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

DE MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura. **Meio ambiente**: direito e dever fundamental. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 167-168.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao Futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GUATARI, Félix. **As três ecologias**. São Paulo: Campinas, 1990. p.7.

HARTOG, François. Tempo e patrimônio. **Varia história**, v. 22, n. 36, p. 261-273, 2006.

LEFF, Enrique. Agroecologia e saber ambiental. **Agroecologia e desenvolvimento rural sustentável**, v. 3, n. 1, p. 36-51, 2002.

MELO, Sandro Nahmias. **Meio ambiente do trabalho, direito fundamental**. 1999. 161 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1999.

MIKHAILOVA, Irina. Sustentabilidade: evolução dos conceitos teóricos e os problemas da mensuração prática. **Economia e Desenvolvimento**, n. 16, 2004.

MORIN, Edgar. **O Paradigma perdido**: a natureza humana. Lisboa: Europa-América, 1999.

PETERSEN, P.; VON DER WEID, Jean Marc; FERNANDES, Gabriel Bianconi. Agroecologia: reconciliando agricultura e natureza. **Informe Agropecuário**, Belo Horizonte, v. 30, n. 252, 2009.

REAL FERRER, Gabriel; GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. Sustentabilidade: um novo paradigma para o direito. 2014. **Revista Novos Estudos Jurídicos** - Eletrônica, Vol. 19 - n. 4 - Edição Especial.

SANTANA, Derli Prudente; BAHIA FILHO, A. C. Qualidade do solo: Uma visão holística. **B. Inf. SBCS**, v. 27, p. 15-18, 2002.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2006.

NOTAS:

[1] MIKHAILOVA, Irina. Sustentabilidade: evolução dos conceitos teóricos e os problemas da mensuração prática. **Economia e Desenvolvimento**, n. 16, 2004.

[2] ALZATE, Adriana Gómez. A paisagem como sistema visual e holístico: proposta metodológica para a sustentabilidade da qualidade visual ambiental, experimentada em Manizales, cidade andina colombiana. **Ateliê Geográfico**, v. 2, n. 2, 2008, p. 1-17.

[3] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. **Tékhne** – Revista de Estudos Politécnicos, n. 13, 2010, p. 07-18.

[4] SANTANA, Derli Prudente; BAHIA FILHO, A. C. Qualidade do solo: Uma visão holística. **B. Inf. SBCS**, v. 27, 2002, p. 15-18.

[5] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. **Tékhne** – Revista de Estudos Politécnicos, n. 13, 2010, p. 07-18.

[6] COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; MELLO, Rodrigo Antonio Calixto. A sustentabilidade como um direito fundamental: a concretização da dignidade da pessoa humana e a necessidade de interdisciplinaridade do direito. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, v. 8, n. 15, 2011.

[7] Ibidem. 2011, p. 07-18.

[8] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. **Tékhne** – Revista de Estudos Politécnicos, n. 13, 2010, p. 07-18.

[9] HARTOG, François. Tempo e patrimônio. **Varia história**, v. 22, n. 36, 2006, p. 261-273.

[10] SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito ambiental e sustentabilidade**. Curitiba: Juruá, 2006.

[11] REAL FERRER, Gabriel; GLASENAPP, Maikon Cristiano; CRUZ, Paulo Márcio. Sustentabilidade: um novo paradigma para o direito. 2014. **Revista Novos Estudos Jurídicos** - Eletrônica, Vol. 19 - n. 4 - Edição Especial.

[12] FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**. Direito ao Futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

[13] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. **Tékne** – Revista de Estudos Politécnicos, n. 13, 2010, p. 07-18.

[14] LEFF, Enrique. Agroecologia e saber ambiental. **Agroecologia e desenvolvimento rural sustentável**, v. 3, n. 1, 2002, p. 36-51.

[15] BREDORIAL, Celso; VIEIRA, Liszt. **Cidadania e política ambiental**. Rio de Janeiro: Record, 1998.

[16] DE MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura. **Meio ambiente: direito e dever fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 167-168.

[17] PETERSEN, P.; VON DER WEID, Jean Marc; FERNANDES, Gabriel Bianconi. Agroecologia: reconciliando agricultura e natureza. **Informe Agropecuário**, Belo Horizonte, v. 30, n. 252, 2009.

[18] GUATARI, Félix. **As três ecologias**. São Paulo: Campinas, 1990. p. 7.

[19] "CONCEITOS de Ecologia" em Só Biologia. **Virtuous Tecnologia da Informação**, 2008-2020. Disponível em: https://www.sobiologia.com.br/conteudos/bio_ecologia/ecologia.php. Acesso em: 12 abr. 2020.

[20] MORIN, Edgar. **O Paradigma perdido: a natureza humana**. Lisboa: Europa-América, 1999.

[21] DANTAS, Marcelo Buzaglo. **Direito ambiental de conflitos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os casos de colisão com outros direitos fundamentais**. 2012. 463 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

[22] MELO, Sandro Nahmias. **Meio ambiente do trabalho, direito fundamental.** 1999. 161 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1999.

DELAÇÃO PREMIADA E A SUA CONSTITUCIONALIDADE

WELLINGTON CAMILO PAULINO:

Graduando em Direito pela Universidade Brasil campus Fernandópolis - São Paulo

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Brasil, como complementação dos créditos necessários para obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientador: Prof. Me. **Rafael Valério Iglesias** e Co-Orientadora Prof. Me. **Márcia Kazume Pereira Sato**.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo de analisar os institutos da delação premiada e a sua constitucionalidade para promover o bem comum social e o combate ao crime organizado. Tem como finalidade de fazer uma breve análise abordando o panorama no que pertence ao instituto da colaboração premiada no direito brasileiro, os embates e pensamentos de doutrinadores e sua convicção acerca se é a favor ou não a esse instituto. Nesse seguimento, busca originar a evolução histórica da colaboração premiada responsável por tornar o instituto no que é hoje. Vale ressaltar que visa comprovar que o instituto da delação premiada ajuíza aspectos que aludem aos sistemas processuais inquisitoriais como supervalorização da confissão do acusado, a condução do processo rumo à condenação e práticas combativas da ampla defesa e do direito ao silêncio. Por fim demonstra os princípios constitucionais que veda os abusos infringentes ao réu respeitando a ética, os valores axiológicos.

Palavra-chave: Colaboração Premiada; Constituição; Ética; Axiologia; Princípios.

ABSTRACT: This article aims to analyze the institutes of the award and their constitutionality to promote the common social good and the fight against organized crime. Its purpose is to make a brief analysis addressing the panorama of the institute of award-winning collaboration in Brazilian law, the clashes and thoughts of indoctrinators and their conviction about whether or not it is in favor of this institute. Following this, it seeks to originate the historical evolution of award-winning collaboration responsible for making the institute what it is today. It is noteworthy that it aims to prove that the institute of award winning judges judges aspects that allude to inquisitorial procedural systems such as overvaluation of the accused's confession, conduction of the process towards conviction and combative practices of broad defense and the right to silence.

Finally demonstrates the constitutional principles that prohibits the defendant's infringing abuses respecting the ethics, the axiological values.

Keyword: Awarded Collaboration; Constitution; Ethic; Axiology; Principles.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O SURGIMENTO. 3. O INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA. 3.1 Conceito e definição. 3.2 Natureza jurídica. 3.3 Classificação delatatória. 4. O VALOR PROBATÓRIO E AS SUAS CARACTERÍSTICAS. 4.1 Confissão e colaboração. 4.2 Pacto com a verdade. 4.3 Ética colaborativa. 5. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E OS SEUS PRINCÍPIOS NORMATIVOS AOS DELATADOS. 5.1 Conceito de princípios constitucionais. 5.2 Princípio do devido processo legal. 5.3 Princípio da isonomia e suas contradições. 5.4 Princípio do direito ao silêncio e não a autoincriminação. 6. CONCLUSÃO. 7. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Em atributo da dificuldade de se combater o crime organizado pelos artifícios clássicos de investigação estatal, analisando que esse tipo de criminalidade é salientado pelo seu alto grau de complexidade, o Estado procurou alternativas a fim de resolver o referido embaraço.

Advindo a atual conjuntura político-econômica do Brasil, no qual surgiram nos últimos anos múltiplos escândalos de corrupção, a justiça negocial recebeu evidência não só no âmbito jurídico como na sociedade. Em tal caso, a colaboração premiada sofreu críticas de distintas pessoas devido à probabilidade de diminuição de pena de criminosos.

Assim sendo, será ponderado, primeiramente, sobre o que se trata a colaboração premiada e qual seu histórico mundialmente.

Após, serão apresentados os institutos normativos, trazendo ao presente trabalho as normas do diploma penalista e o pensamento dos doutrinadores renomados no Brasil.

Por fim, serão frisados as normas constitucionais e benefícios que acarretam o instituto da colaboração premiada.

2. O SURGIMENTO

As primeiras mostras da delação premiada podem ser deparadas na Idade Média, durante o período da Inquisição, no qual se afaziam a distinção do valor da confissão e do acordo conforme a forma em que ela acontecia. Se o corréu declarou de forma espontânea, a concepção era que ele estava inclinado a mentir

em prejuízo de outra pessoa, diferentemente daquele que era torturada logo a confissão mediante tortura era mais bem valorizada.

Há relatos históricos de delatores que receberam um galardão a favor de auxiliar o Estado e que subsistiram ao longo da história humana e que receberam o título de eternos traidores:

Num giro rápido, um inolvidável grupo de delatores infames vem de pronto à memória. Judas Iscariotes, que vendeu Cristo pelas célebres trinta moedas; Joaquim Silvério dos Reis, que denunciou Tiradentes, levando-o à forca; Calabar, que delataram brasileiros, entregando-os aos holandeses. (CARVALHO, Natália Oliveira de. *A Delação Premiada no Brasil*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 123.).

Conforme citado acima, delação é a falta de lealdade e é praticamente uma traição com aqueles que confiaram na palavra de uma pessoa, no entanto, não é motivo de aplausos você ferir a confiança de alguém.

No Brasil, esse método surgiu por intermédio de enormes complexidades ao enfrentar as punições referentes a concursos de agentes, isto é, o estado necessitava de formas para que pudessem suprimir as suas complexidades em solucionar conflitos investigatórios para premiar o delator para que pudesse dar agilidade na persecução penal.

Portanto, inúmeras marcas históricas auxiliaram para que pudesse haver planejamentos para sanar as lacunas no judiciário.

3. O INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA

3.1 Conceito e definição

Consoante com Marcus Cláudio Acquaviva, delação premiada tem como significado uma denúncia ou acusação informada pelo acusado que enriquece a identificação de coautores ou partícipes. Precisamente, o delator evidenciaria referências contra os próprios aliados, vejamos:

Expressão do jargão forense que denomina conjunto de informações prestadas pelo acusado que, favorecendo a identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, a localização da vítima e a recuperação total ou parcial do proveito do crime,

enseja o perdão judicial do delator ou a redução da pena". (ACQUAVIVA, 2008, P. 168).

Quando há uma grande pluralidade de agentes, o poder do Estado alcança uma supremacia em ditar as regras e flexibilizar a ordem de favorecer ou não as delações por meio de prêmios seja ela a sua diminuição da pena, a não denúncia do Ministério Público bem como regalias da prisão domiciliar por ter contribuído para o bem comum da sociedade ou até mesmo o perdão judicial.

Ainda assim, não devemos confundir delação com colaboração, pois são institutos diferentes. De um lado, a colaboração apenas existirá o acolhimento de uma culpa pelo delito praticado sem prejudicar tendo, por conseguinte auxílio para incriminar outros indivíduos, em contrapartida difere da delação por ser mais abrangente, pois além de declarar culpado há a obscuridade de levar em conta a condenação de forma solitária e para que isso não aconteça incrimina outras pessoas como participante daquele determinado crime assim se denominando como corréus.

3.2 Natureza Jurídica

Os diplomas que regem sobre a delação premiada é a Lei nº 12.850/2013 dispõe sobre a organização criminosa e os seus pressupostos de meio de prova em determinados casos concernentes ao liame do nexos causal do delito. Podemos encontrar também na lei nº 9.080/95 que rege sobre os crimes contra o sistema financeiro nacional bem como na lei 8.072/90 que trata sobre os crimes hediondos.

Ademais, os pressupostos podem ser como, por exemplo, a diminuição de uma pena, o perdão judicial, a extinção da punibilidade se for primário dentre outros benefícios que o delator pode conquistar.

A jurisprudência é unânime na aceitação conceitual sobre a delação premiada como meio de obtenção de prova. Deste modo, o Supremo Tribunal Federal (STF) ratificou seu posicionamento no julgamento do Habeas Corpus (HC) nº 127/483/PR, do ilustríssimo relator Ministro Dias Toffoli.

A delação premiada foi julgada como "negócio jurídico processual e um meio de obtenção de prova", visando a "aquisição de entes (coisas materiais, indícios, declarações) fadados de competência probatória".

Em concordância com o Habeas Corpus acima mencionado, trata-se validação judicial do acordo que poderá ser homologado pela autoridade competente, visto que se baseia em atividade de avaliação probatória, limitando-

se a examinar o conteúdo probatório, não podendo existir nenhum critério audacioso a respeito das declarações do colaborador.

Destarte, em corolário que a natureza jurídica da delação premiada seria sinônimo de mercado negocial entre acordo de vontades para benefício próprio a fim de beneficiar o poderio Estatal e o acusado apenas se dará por homologação judicial probatória e não por livre convencimento do magistrado.

3.3 Classificação Delatória

A doutrina classifica a delação premiada em duas vertentes sendo que a primeira é a delação aberta e a delação fechada.

A delação aberta nada mais é a apresentação de um delator, que afirma uma confidencialidade de um determinado fato e a sua participação. Aqui estamos falando de participação direta que imputa terceiros, coautores e partícipes a prática do mesmo crime. Em consequência da abertura da confissão o agente sempre irá esperar uma bonificação pelo seu auxílio dependendo do caso concreto poderá haver uma redução ou substituição e em casos extremos até mesmo isenção de uma determinada pena dependendo da fase da dosimetria se haverá um numero grande de agravantes ou atenuantes. Portanto a delação aberta nada mais a declaração exata e real do delito.

Ao contrário da delação aberta também possui de forma minoritária a delação fechada, mas não mitigando a sua importância no âmbito penal. Está delação cujo delator demonstra a veracidade dos fatos de forma anônima, isto é, o agente faz a denuncia sem demonstrar a sua verdadeira face por meio de informações acerca de um determinado crime. Todavia, é julgado como um mero elemento de informação, que tendes que a doutrina e a jurisprudências são harmônica no sentido de acarretar uma ação penal por si só sem haver uma justificativa plausível e meios de provas solidas, contudo é de grande valia para o auxílio de investigações.

4. O VALOR PROBATÓRIO E AS SUAS CARACTERÍSTICAS

4.1 Confissão e Colaboração

A confissão está expressamente citada em seu Art. 65 do diploma penalista que prevê causa de diminuição de pena caso o a gente tenha confessado de forma espontânea e com segurança perante autoridade a sua autoria do crime, vejamos:

Código Penal - Decreto Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

III - ter o agente: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;

Também é disposto no diploma processual penal em seus artigos 197 e 200 que também traz assuntos acerca da confissão. Porém devemos diferenciar entre confissão e colaboração no âmbito material e processual.

Confissão e colaboração são institutos diversos, sendo colaboração causa especial de diminuição de pena, enquanto a confissão são circunstâncias de atenuante. Explanando de forma mais específica, o sistema brasileiro adota o sistema trifásico da dosimetria da pena o qual o juiz tem de ofício analisar as fases e determinar a pena base seguindo os critérios do artigo 59 do Código Penal. Assim sendo, é possível aplicar de forma conjunta à colaboração e a confissão, pois na segunda fase da dosimetria julgam-se as atenuantes, e na última fase as possíveis causas de diminuição da pena.

Prevê o artigo 200 do diploma processual penal que a confissão é retratável, igualmente no assunto que se refere à colaboração que também pode ser retratável, de acordo a disposição da lei 12.850/13 em seu artigo 10. Como leciona Mossin e Mossin (2016, p.226), a retratação pode ser mencionada tanto na colaboração quanto à confissão, no entanto, se o colaborador se retratar da confissão e ainda assim houver sustentação suficiente à colaboração, deve-se averiguar o prêmio a ser conferido.

4.2 Pacto com a verdade

No momento em que há acordo, seja em confessar algum delito ou colaborar com as investigações, o delator terá o encargo e compromisso de dizer absolutamente a verdade, além de se ser declinado o seu direito de permanecer em silêncio na presença do seu patrono, sendo que pelas normas de direito que são previstas na lei 12.850/2013 no artigo 4º §14, vejamos:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois

terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

§ 14. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

Como explica o mencionado artigo, a função do legislador tem como intenção de inibir os depoimentos falsos, impondo encargos, isto é, condições ao delator sob pena de sanções por faltar com a verdade conforme prevê o artigo 19 da referida legislação acima que:

Art. 19. Imputar falsamente, sob pretexto de colaboração com a Justiça, a prática de infração penal a pessoa que sabe ser inocente, ou revelar informações sobre a estrutura de organização criminosa que sabem inverídicas:

Conquanto, não se pode confundir com o disposto do artigo 342 do diploma penalista, haja vista que este artigo ampara de forma taxativa aos associados no mencionado dispositivo, sendo inconcebível a inserção do corréu como sujeito ativo do delito.

Para a obscuridade que pode reinar acerca das possíveis incertezas da veracidade dos argumentos fornecidos, Rosa (2018) elucida muito bem que é impossível obter informações fidedignas, embora que o delator é desconhecido por definição. Em vista disso, a complexidade de realizar uma leitura acerca se o agente esta de certo modo pactuando com a verdade é muito grande para obter um valor probatório confiável ou não (ROSA, 2018, p.78).

Adentrando na área psicológica até os mais estudiosos do âmbito das pesquisas forenses sobre a mente humana é um grande desafio de desvendar o mistério acerca da leitura principalmente daqueles que são psicopatas natos. O ser humano é capaz de se livrar do sentimento de culpa diante do ato praticado de forma imprevisível, capaz de alienar ou até mesmo jogar pessoas contras as outras a fim de ter benefício próprio. Deste modo, a impossibilidade de controlar o que é verdade ou mentira acarretará uma desvalorização no peso de uma prova, ainda que fosse completamente ofensivo ao valor axiológico que norteia todo um povo.

4.3 Ética Colaborativa

A despeito da ótica utilitarista de que a colaboração faz com que as autoridades impetrem informações que arrastam as provas que não seriam de seu conhecimento se não constituíssem pelo colaborador, embora haja de serem considerados aspectos éticos concernentes ao instituto, posto que nada mais seja a colaboração senão a união do estado com o criminoso para que exista o combate à criminalidade (MOSSIN E MOSSIN, 2016 p. 29).

Essencialmente é imperioso ressaltar a importância que o colaborador possui frente ao Estado, apesar de seu amparo, além disso, ainda permanece sendo um infrator das normas seja axiológico ou normativo, deve-se ser punido conforme rege os diplomas de direito material e processual. Pois além de moral é social também, pois a elevação da insegurança da sociedade por conta das impunidades dos grandes escalões da alta sociedade. Citamos então a operação Lava Jato que reuniu vários criminosos que acarretaram prejuízos a Fazenda Federal bem como lavagem de dinheiro e organização criminosa prejudicando a ordem orçamentária para investimentos básicos.

Nucci (2015) posiciona-se acerca de afirmações que a colaboração é um mal enraizado, porém imperioso a ser empregado em prol da tutela do Estado Democrático de Direito. Dispõe ainda o nobre autor que rebater o conceito da colaboração premiada seria oferecer tipo de prêmio ao crime organizado e aos delinquentes, ao não buscar o Estado à divergência destes.

Protesta Pacelli (2017, p.827) quanto à existência de uma ética criminológica, todavia seria a conclusão o qual regressaria após consentir que o fato delituoso do colaborador a ser contada dos fatos seria caráter adverso do direito e por si só da ética. Confirma o autor que a delação é opcional ao acusado, já que a carta magna protege taxativamente o direito ao silêncio e não a autoincriminação.

Pacelli ainda destaca que além do colaborador concordar em delatar e renunciando o seu direito ao silêncio, é dever de todos declararem sobre crimes dos quais se tenha ciência e não por conta de uma mera contraprestação que deverão auxiliar os meios investigatório somente só aqueles que não honrarem com o seu verdadeiro testemunho. Segundo as palavras do autor que:

É de se lembrar de que todos nós, não agentes de crimes, ou quando não agentes de crime, temos o dever de depor sobre fatos delituosos de que tenhamos conhecimento (art. 206, CPP). O Estado impõe a obrigação de uma espécie de delação de tais

crimes, e sem qualquer premiação; ao contrário, sob pena de falso testemunho, crime previsto no art. 342 do CP. Então, como se percebe, e, nesse aspecto, a crítica feita à delação premiada só teria sentido em relação a um suposto dever moral devido aos integrantes da organização criminosa. (p. 829)

Nesse seguimento, é tornado fundamental a busca de um Direito justo, mas que se fundamente respeitando os valores axiológicos que norteiam a nossa sociedade, como por exemplo, a dignidade da pessoa humana.

5. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E OS SEUS PRINCÍPIOS NORMATIVOS AOS DELATADOS

5.1 Conceito de princípios constitucionais

Princípio (do latim principiu) significa o início, fundamento ou essência de algum fenômeno. Também pode ser definido como a causa primária, o momento, o local ou trecho em que algo, uma ação ou um conhecimento tem origem. Sendo que o princípio de algo, seja como origem ou proposição fundamental, pode ser questionado.

A carta magna é provida de muitos princípios especificamente em seu artigo 5º que trata dos deveres e direitos dos cidadãos para que possam ser operados com eficácia os direitos e garantias fundamentais para que não possa haver abusos arbitrários entre Estado e Sociedade.

Na vigente circunstancia, a aplicação desses princípios tem gerado algumas discussões jurisprudenciais bem como na parte dos doutrinadores tratando sobre a efetividade ou não acerca dos acordos pactuados na delação premiada.

5.2 Princípio do devido processo legal

É uns dos principais principio que rege dentro do direito processual no Brasil, presente na norma suprema não há omissão em se tratando de colaboração premiada, assim sendo é o papel balizadora da gestão do procedimento legal em seu artigo 5º, inciso LIV, da carta magna "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

A frente de tantos conflitos gerados pelos doutrinadores no âmbito dos pactos dos acordos realizados na operação Lava Jato, é importante frisar o

afrontamento ao uso de atribuições referente a prisões cautelares, violando esse princípio ora mencionado acima.

Antônio Mossim e Júlio Mossim (2016, p.240) explanam que o Ministério Público corroborou e conservou a prisão preventiva por ter entendimento que o devido funcionamento seria uma forma de incentivo para que os agentes auxiliassem nas investigações dos fatos delituosos.

Malgrado o legislador foi cuidadoso em redigir a Lei nº 12.850/2013 que expandiu cada vez mais no ordenamento jurídico por versar sobre as restrições ao princípio da legalidade acerca da delação premiada, tornando plausíveis as negociações das penas sem processo, ocasionando também a presteza na dissolução de conflitos, prestando aditamentos benéficos aos investigados.

5.3 Princípio da isonomia e suas contradições

Ainda dentro dos princípios norteadores da carta magna, é citado o princípio da isonomia que dispõe no seu artigo 5º da Constituição Federal:

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

A incoerência é sob o aspecto da razoabilidade da previsão legal de uma dessemelhança de tratamento aristocrático entre os delatores. Assim sendo, cogita-se uma quebra de isonomia na previsão de uma guerra sem sentido de qual valor probatório terá a delação de colaboradores distintos, não só uma extrema desigualdade externa pela provisão do prêmio, por exemplo, um delito de homicídio que foi estrondoso no seio de uma organização criminosa, e não para homicídio comum, mas também disparidade interna, diante o tratamento inclemente ao comparsa não colaborado em contrapeso a condescendência em enrolamento ao cúmplice do colaborador.

A justificativa plausível é do absurdo do tratamento isonômico, pois a norma é bem clara e coerente que todos são iguais perante a lei, mas não é o que aconteceu perante a repercussão da grande Operação Lava Jato tendo como maestros os grandes magistrados federais para provar os seus devidos egos e poder que emana sobre as suas mentes. É forçoso mencionar a emergência de solucionar os conflitos deixando de lado o princípio da igualdade sem maior valor argumentativo nos delitos perpetrados no âmbito de associação criminosa

totalmente estruturada que afronta dia a dia o Estado mostrando o seu poderio e amedrontando a sociedade sobre quem esta no poder ou não.

É valioso ressaltar também que a colaboração processual já não reforçaria apenas a tarefa estatal de elucidação de crimes de grande repercussão, mas teria proeminente efeito reflexo ou ricochete direcionando um ponto de barreira para o prosseguimento da atuação associativa na prática desses delitos, componente discriminatório desprezível na comparação com situações nas quais não se manifesta o papel de fragmentar a estrutura orientada ao cometimento de crimes, por conseguinte, obstruindo quaisquer meios para evita-los através das reformas normativas dos diplomas concernentes ao âmbito criminal.

Em analogia ao tratamento distinto entre sujeitos delatores e não delatores é possível abranger já na simples comprovação do fato, as causas pelas quais não há assimilação substancial na circunstância daquele que direciona a conduta errônea e pós-delitiva em aversões de interesses das organizações criminosas do qual fazia parte, agregando na busca de explicação dos crimes e de impedir possíveis agressões ao bem jurídico tutelado.

5.4 Princípio do direito ao silêncio e não a autoincriminação

Mais um princípio de grande importância no âmbito constitucional prevista em seu artigo 5º LXIII. O mencionado princípio também tem gerado bastante inquietude em torno do delator se deve ou não abdicar o seu direito ao silêncio sem que socorra o Estado na dissolução dos litígios. Esse colapso é exposto, sobretudo nos acordos firmados na Operação Lava Jato, por conter cláusulas expressa de renúncia ao direito ao silêncio e a não autoincriminação.

Não obstante, o entendimento de Vinicius Vasconcellos (2018, p. 185-184), não há que se debater a constitucionalidade da matéria, porquanto, ao aquiescer o acordo da delação premiada, o delator deixa de exercer a defesa e o contraditório, que são elementos constituintes da estrutura do diploma processual penal, sendo esse, para o autor, o entendimento majoritário dentre os doutrinadores.

Em concepção diversa, Rosmar de Alencar e Nestor Távora Neto (2019, p. 15) atestam que as normas fundamentais são intransferível, inegociáveis e indisponíveis. A restrição a isso ocorre durante o estado de defesa e na vigência de estado de sítio. Para os autores, a resolução legal para celebrar direitos fundamentais como forma permutar o amingramento da sanção penal vai contra o preceito constitucional brasileiro.

É imperioso ressaltar que Excelentíssimo Senhor Ministro Celso de Mello em sua postagem na Revista Trimestral de Jurisprudências 141/512 da um estudo magnífico sobre os pressupostos constitucionais acerca do abuso com os delatores:

Esta Suprema Corte fiel aos postulados constitucionais que delimitam nitidamente o círculo de atuação das instituições estatais, salientou que qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimento investigatório, verbis: tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado. Nemo tenetur se detegere. Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal. O direito de permanecer em silêncio insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal. E nesse direito ao silêncio inclui-se, até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual de o acusado negar, ainda que falsamente perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal (RHC, Rel. Min. Celso de Mello, em RTJ 141/512).

Portanto, as autoridades do Poder Judiciário devem ser cautelosas acerca da violação deste princípio constitucional tendo em vista que auferindo os prêmios propostos com os acordos desesperadores pela ineficiência estatal em solucionar litígios podem também afrontar o princípio da dignidade da pessoa humana.

6. CONCLUSÃO

Como explanamos no presente trabalho, é imperioso ressaltar que a delação premiada tem se tornado um instituto poderoso ao combate do crime organizado, especificamente ao colarinho branco. Entretanto, é perceptível constatar que a grande preocupação do Estado inicialmente era como um jogo de xadrez, isto é, quem mandava mais acarretando práticas de tortura e outros ilícitos que afrontava a dignidade da pessoa humana. Querendo ou não, sua utilização se abreviou a certos crimes, como forma de apontar para a sociedade o motivo pelo qual se aproveitava desses agentes como elementos de contribuição no combate aos chamados ignóbeis.

Ao mesmo tempo em que há o estímulo à delação para, por conseguinte, contrair o tão desejável prêmio de atenuação de pena ou até o prêmio mais ambicionado que é o do perdão judicial, cria-se a falsa ideia de amparo do delator e de seus familiares, contravindo qualquer direito que possa ser resguardado ao preso.

Possui, efetivamente, a carência de mecanismos que partem de encontro aos antecedentes julgamentos feitos pelos cidadãos. É importante, por exemplo, como tratado no presente trabalho, que tenha um combate de referências dadas pelo delator, a serem controvertidas e discutidas na presença do delatado, em respeito ao seu direito constitucionalmente previsto.

Completadas essas ponderações, este estudo aconselha uma meditação sobre o que se constituiu de fato a delação premiada. Encaminhando-se da sua subsistência, deve-se debater a sua adequada utilização, por meio da prática de legislação mais apropriada às premências do povo brasileiro.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL, Lei nº 12.850, de 2 agosto de 2013. Define sobre organização criminosa e dispõe sobre investigação criminal, os meios de obtenção de provas, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm. Acesso em 18/11/2019.

BRASIL, Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Dispõe sobre o Código Penal Brasileiro. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 18/11/2019.

BRASIL, Constituição Federal de 1988. Dos direitos e garantias fundamentais. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 18/11/2019

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 11º edição, revista ampliada e atualizada. Rio de Janeiro, Forense, 2015.

PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CARVALHO, Natália Oliveira de. A Delação Premiada no Brasil. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009. p. 123.

PINTO, Ronaldo Batista. Aspectos éticos da delação premiada. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, nº 19, nº 4121, 13 out. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/32730>. Acesso em 17/11/2019.

STF. Habeas Corpus 96.219-0 São Paulo. Ministro Relator Celso de Melo. Em Dj em 09/10/2008. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC96219CM.pdf>. Acesso em 18/11/2019

HOMESCHOOLING NO BRASIL: CONSTITUCIONALIDADE, VIABILIDADE E REGRAMENTO

HÉLLEN MATOS PEREIRA: Graduada em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais em 2011. Pós-Graduada em Direito Público pela Universidade Anhanguera em 2012. Analista de Direito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais desde 2014.

RESUMO: Esse trabalho visa investigar a compatibilidade do homeschooling com a Constituição Federal. Tal prática significa educação domiciliar e é aceita em vários países. Inicialmente, seu conceito será delimitado e, posteriormente, será analisado se esse modelo é constitucional, tendo em vista as disposições constitucionais referentes à educação. Além disso, pretende-se verificar sua viabilidade na realidade brasileira, analisando as vantagens e as críticas dos doutrinadores e juristas. Após uma conclusão sobre sua adequação no nosso país, objetiva-se a análise da necessidade de um regramento para que sua prática seja efetivada, bem como a imprescindibilidade de atuação do Poder Legislativo, através de lei em sentido estrito, para início ou continuação do ensino domiciliar no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: *homeschooling*, ensino domiciliar, educação familiar escolarizada, desescolarização.

ABSTRACT: This article proposes to investigate the compatibility of homeschooling with Constitution of the Federative Republic of Brazil. This type of education means home education and it is accepted in several countries. First, its meaning will be explained and after, this model's constitutionality will be analyzed, by taking in consideration the constitutional rules on education. Also, it intends to verify the viability of home education in the brazilian reality, analyzing the advantages and criticisms of legal experts and judges. After a conclusion about its adequacy in our country, it aims to discuss the need for more laws, besides Constitution of Brazil, to accept *homeschooling*. The article analyzes, as well, if home education is only accepted after passing a law in Parliament or if it is not essential.

SUMÁRIO: Introdução. Revisão Bibliográfica. Desenvolvimento. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A educação é um direito social, e o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é um direito público subjetivo (artigos 6º e 208, §1º da Constituição Federal). A

Carta Magna determina ainda que é dever do Estado garantir a educação básica e gratuita dos quatro aos dezessete anos de idade.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, por sua vez, preconiza que é dever da família, da comunidade e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à educação, entre outros (artigo 4º).

A previsão nesses dois diplomas, entre outros atos normativos, demonstra a importância da educação para o pleno desenvolvimento das crianças e dos adolescentes, preparando-os para o exercício da cidadania e para qualificação no trabalho.

Contudo, a Constituição Federal e as leis infraconstitucionais não especificam como a educação formal deve ser estruturada, abrindo lacunas para adoção de formas diversificadas. Tradicionalmente, as crianças e os adolescentes estudam em escolas públicas ou particulares, em ambiente externo ao de suas residências, com professores habilitados.

Uma das possibilidades de ensino ao público infanto-juvenil é o *homeschooling*, adotado em países europeus e nos Estados Unidos, o qual pode ser traduzido como “ensino em casa”. Nesse modelo, as crianças e os adolescentes recebem a educação formal, nas suas próprias residências, por meio dos seus pais ou terceiros contratados. Assim, os infantes não se matriculam numa escola formal e permanecem em casa, em horários específicos, para as atividades de aprendizado.

Este artigo pretende analisar se essa modalidade de ensino é aceita pela legislação, pela jurisprudência e pela sociedade brasileira, verificando suas vantagens e possíveis prejuízos.

É de notório conhecimento que as escolas públicas brasileiras acolhem mais estudantes que sua capacidade. Muitas vezes, os pais são obrigados a acessar o Poder Judiciário para garantir a matrícula de seus filhos, a qual tenha sido negada pela Administração Pública. Tratando-se de direito público subjetivo, frequentemente, a demanda é julgada procedente e, assim, a matrícula é deferida em escola já abarrotada. A situação provoca queda da qualidade de ensino, desgaste mental dos professores, falta de equipamentos necessários para permanência em sala de aula. Ademais, Ações Cíveis Públicas são propostas para que o Poder Público seja obrigado a construir escolas para atender à demanda.

Este estudo, portanto, busca discutir se o *homeschooling* seria uma alternativa adequada, de acordo com a legislação brasileira, à escassez de vagas escolares, à decadência da qualidade de ensino das escolas públicas.

Outros desafios são impostos a essa modalidade, como a dificuldade de interação social das crianças adeptas ao ensino em casa, a dificuldade de controle de frequência pelo Poder Público, a garantia de um currículo mínimo e de qualidade para possibilitar a incursão do adolescente a uma faculdade.

Com base nos prós e contras, pretende-se encontrar uma resposta acerca da adaptação do *homeschooling* nas terras brasileiras.

REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

O Ministro Luís Roberto Barroso, em sua Relatoria do Recurso Extraordinário 888.815/RS, apresentou o conceito de *homeschooling* como:

“ (...) prática pela qual os pais ou responsáveis assumem a responsabilidade pela escolarização formal da criança e deixam, portanto, de delegá-la às instituições formais de ensino. As aulas podem ser ministradas pelos próprios pais ou podem ser ministradas por professores particulares contratados pelos pais. De todo modo, a principal característica é que a direção e responsabilidade pelo ensino é assumida pelos pais que optam por fazê-lo no domicílio.”[1]

O Cientista Social André de Holanda Padilha Vieira, por sua vez, apresenta a tradução literal do conceito:

“O *homeschooling* é uma palavra de origem inglesa e a sua tradução seria algo como ‘educação em casa’, ‘ensino doméstico’ ou ‘ensino domiciliar’. Assim, o *homeschooling* não se confunde com a desescolarização (chamada de *unschooling*).”[2]

O Doutor em Educação Édison Prado de Andrade, de forma inédita e criativa, adapta a expressão inglesa à língua portuguesa:

“A denominação educação familiar escolarizada é uma escolha intelectual metodológica deliberada deste pesquisador no sentido de representar na língua portuguesa uma das várias formas de se referir à modalidade de educação que se dá sob a ação e supervisão direta dos pais em relação a seus filhos (...) Adotaremos a posição de que o processo de educação deve ser compreendido não em termos de lugares nos quais ocorre (escola, casa, distância),

mas sim em termos de agentes (professor, pais, sociedade, criança, adolescente, jovem, etc) (...). O termo desescolarizada (...) tem sua justificativa diante da intenção de parte das famílias que adotam tais alternativas de se desvincularem tanto quanto possível dos processos de educação escolar e dos suas práticas institucionais, ainda que não dos processos de ensino-aprendizagem.”[3]

O Superior Tribunal Federal, em recente decisão (acórdão supracitado) entendeu que não é possível, atualmente, o ensino domiciliar, como meio de cumprimento, pela família do dever de prover educação. De fato, a Constituição Federal não prevê expressamente o *homeschooling* tampouco o proíbe. Contudo, a prática não pode ser exercida, porque não há legislação que regule seus preceitos e regras aplicáveis.

Atualmente, o Projeto de Lei n. 2.401/2019 pretende regulamentar o ensino domiciliar e faz parte das prioridades dos cem dias de Governo do Presidente Jair Bolsonaro. A proposta prevê que os pais ou os responsáveis que optem por esse modelo deverão realizar uma matrícula anual em plataforma virtual do Ministério da Educação. Ademais, os alunos serão avaliados anualmente, para obtenção de certificado de aprendizagem.[4]

No julgado supracitado, foram suscitadas opiniões diferentes e até mesmo contrapostas acerca da viabilidade da prática.

O Ministro Luís Roberto Barroso entende que o ensino domiciliar pode ser aplicado desde já, não havendo qualquer incompatibilidade com a Constituição Federal. Até que o regramento seja instituído por lei, a prática seria válida desde que aos alunos fossem submetidas as mesmas avaliações das escolas formais, e as famílias notificassem a opção às Secretarias de Educação, as quais indicariam uma escola pública para realização das provas e comunicariam a situação aos demais órgãos públicos interessados, como o Ministério Público:

“(...) essas **regras** que falam em **matrícula e controle de frequência** são regras que **se aplicam** aos pais que tenham optado, como a maioria de fato opta, pela educação escolar, pela **escolarização formal** dos seus filhos (...)os pais de crianças que estão em ensino domiciliar **estão provendo instrução aos seus filhos**, apenas por um método diferente do convencional ou do que é adotado pela maioria das pessoas. E lembrando aqui que a tese do abandono intelectual é mais infundada ainda se nós nos dermos conta

de que a educação **domiciliar dá muito mais trabalho e impõe muito mais ônus** aos pais e responsáveis do que a educação em instituição formal de ensino (...) se o aprendizado for deficiente, é possível determinar a sua matrícula na escolarização formal. **As crianças que estão em educação domiciliar**, conforme pesquisas empíricas relevantes - e as quais eu tive acesso -, elas não apenas têm **melhor desempenho acadêmico**, o que é indisputado, como também apresentam um **nível elevado de socialização**, acima da média, porque essas crianças, por circunstâncias diversas, ou pela igreja, ou pelo clube desportivo, pelos parques públicos, a verdade é que pesquisas empíricas realizadas predominantemente nos Estados Unidos documentam que não há problemas de socialização com as crianças que se encontram no ensino domiciliar” **(Grifo nosso)**.

Ao contrário, o Ministro Alexandre de Moraes, entende que a prática só pode ser admitida após publicação de lei que contenham suas regras, as quais garantam, por exemplo, uma frequência mínima do aluno. Inclusive, este foi o voto vencedor, e o Ministro foi o relator do acórdão:

“A Constituição Federal não veda de forma absoluta o ensino domiciliar (...) **A própria Constituição estabelece a necessidade de existência de um núcleo mínimo curricular**, o que, **obviamente**, ela delega ao Congresso Nacional regulamentar **por meio de lei (...)** ‘serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais’.

Somente é admitida pela Constituição Federal a possibilidade do ‘ensino domiciliar **utilitarista**’, com **base no dever solidário Família/Estado**, com **regramento legal**, com fiscalização, com avaliações periódicas e observância das finalidades e objetivos constitucionais (...).

O ensino domiciliar não é um direito público subjetivo do aluno ou de sua família (...) uma vez que inexistente sua previsão constitucional expressa, tampouco é autoaplicável” **(Grifo nosso)**.

O Ministro Edison Fachin, por sua vez, entendeu que a Constituição Federal não veda o *homeschooling*. Contudo, não cabe ao Judiciário estabelecer os parâmetros em que devem ser efetivados tal módulo de educação. Opina, portanto, que seja feito um apelo ao legislador discipline a modalidade:

“Se efetivamente comprovada a viabilidade pedagógica de tal técnica, há, na linha do que dispõe a Convenção de Direito das Crianças, um descumprimento do dever de “prestar assistência adequada” (art. 18, § 2º). Nada obstante, **não é dado ao Judiciário**, menos por razões processuais, como a vedação de reexame de provas, do que por **falta de capacidade institucional, estimar a viabilidade** de se admitir tal concepção para todo o país, ou mesmo **sua efetividade, razão pela qual a omissão aqui reconhecida** limita-se à ausência de avaliação da concepção de ensino domiciliar pelos órgãos competentes (...)peço vênua a Sua Excelência para prover parcialmente o recurso, apenas para lançar **um apelo ao legislador a fim de que, admitida a viabilidade do método de ensino, discipline** sua forma de execução e de fiscalização, no prazo máximo de um ano **(Grifo nosso)**.”

O Ministro Luiz Fux se manifestou contrariamente à possibilidade de ensino domiciliar, por entendê-lo inconstitucional. Acrescentou que a existência de norma regulamentadora não purgaria o vício da inconstitucionalidade, pois a existência do *homeschooling* é incompatível com a Carta Magna:

“**Quando a Constituição estabelece a solidariedade** entre pais, filhos, sociedade e Poder Público, o faz nesse sentido que o Ministro Alexandre deixou entrever, que é uma **força conjunta**. A criança é matriculada, o pai e a mãe atestam a conduta da criança no colégio, ouvem o que ela está aprendendo (...).

A seguir, fundamento a **inconstitucionalidade do ensino domiciliar**, na linha das manifestações da PGR, AGU e entes federativos admitidos como amici curiae, nos seguintes argumentos: (i) a **literalidade da Constituição e a capacidade institucional** expressa no arcabouço normativo vigente; (ii) o princípio do **melhor interesse da criança, a função socializadora da escola e o direito ao pertencimento** (dimensão individual da educação questão);

e (iii) o princípio do **pluralismo ideológico, religioso e moral e os deveres de tolerância e de inclusão** (dimensão social e política da educação). (...)

A inexistência de lei regulamentadora não revela qualquer anomia, ambiguidade normativa ou óbice para a constitucionalidade. Ao, contrário, é **irrelevante** para o presente caso, já que, diante do texto constitucional vigente, qualquer norma eventualmente editada sobre homeschooling seria igualmente **inconstitucional**.

(...) **A referência à escola dirime qualquer dúvida quanto à intenção do constituinte** em associar o dever de educação ao ambiente escolar. Na mesma linha, **o artigo 206**, inciso, I, da CRFB estabelece que o acesso e permanência na escola

(...) **A função socializadora** da escola consiste em inserir a criança e o adolescente em um espaço público de convívio com outros menores em semelhante estágio **de desenvolvimento psicossocial” (Grifo nosso)**.

As opiniões foram bem divergentes e, a tese do Ministro Alexandre de Moraes foi a vencedora no julgamento. Diante da ausência de regulamentação, foi proposto projeto de lei para a instituição do ensino domiciliar no país, o qual dependerá, para sua aprovação, da manifestação dos representantes do povo.

Domingos Franciulli Netto defendia a possibilidade de adoção do homeschooling, tendo em vista a valorização da família e os princípios democráticos vigentes em nosso país:

“Ora, **se os pais se mostram capazes** de garantir educação de qualidade aos seus filhos, não há motivo ontológico e teleológico suficiente para a interferência do Estado em detrimento do **direito natural da família**. Ao Estado cabe um poder coordenador; não determinador ou impositor

Além disso, no Estado brasileiro, como é sabido, **a deficiência do sistema educacional é crônica**, - ao contrário de Pasárgada - e, muitas vezes, as famílias têm mais condições intelectuais, financeiras, afetivas etc. para realizar tudo aquilo que a Constituição Federal preceitua.

O fundamental é aceitar-se o **princípio do primado da família** em tema dessa natureza, mormente em **Estado Democrático de Direito**, que deve, por excelência, adotar o pluralismo em função **da cidadania e da dignidade da pessoa humana**. Levada a obrigatoriedade de imposição da vontade do Estado sobre a dos cidadãos e da família, menos não fora do que copiar modelos fascistas, nazistas ou totalitários” **(Grifo nosso)**. [5]

Em sentido contrário, a pedagoga e mestra em Psicologia Thaís Maganhini e a Doutora em Direito Coletivo Débora Gemelli, posicionam-se:

“**a família**, por mais boa vontade que tenha, **não possui o conhecimento** das concepções necessárias para o fazer pedagógico (...).

Assim, a educação domiciliar ultrapassa os limites constitucionais previstos em nosso ordenamento jurídico e **fere o princípio da socialização** quando inviabiliza a frequência à escola. É importante reconhecer a escola como espaço privilegiado de **convívio** e desenvolvimento humano, tão importante que é assegurado na Constituição Federal (...)

Analisa-se o quanto seria **oneroso implantar um sistema de educação domiciliar**, com a estrutura adequada de acompanhamento e **monitoramento**, num país tão extenso como o Brasil. Esse aparato seria custeado com os **recursos da Educação, que hoje já não são suficientes** para o atendimento integral de todas as crianças e adolescentes, logo os princípios da isonomia e igualdade seriam desrespeitados.” [6]

A especialista em Educação Michele Sampaio e a mestra em Direito Ivi de Souza Abreu defendem a prática como respeito ao princípio da liberdade:

“A prática de homeschooling não significa dizer que os pais são omissos ou não estejam promovendo a educação de seus filhos. Ao contrário, é importante **respeitar a vontade dos pais**. Se a eles é dado o direito de escolher entre escolas públicas e particulares, porque privá-los do direito de educar seus próprios filhos, submetendo essa educação às avaliações oficiais de sucumbência?” [7] **(Grifo nosso)**.

Outra crítica comum aos doutrinadores é a ausência de contribuição da família que adota o estudo em casa com o bem público, com o crescimento intelectual da comunidade, através da educação das crianças em conjunto. De acordo com Lubienski (2000 e 2003), citado por Luciane Barbosa:

“Enquanto os pais optam por **um ensino individualizado** que atenda às **necessidades particulares de seus filhos** (uma prerrogativa privada que pode diminuir custo e maximizar oportunidades), acabam deixando a instituição escolar, sobretudo a escola pública e, em última análise, **decidem investir em seus próprios filhos em detrimento de um investimento no coletivo, de um compromisso com o bem público que afeta diretamente a manutenção da democracia.**”[8]

DESENVOLVIMENTO

O *homeschooling* é prática permitida em vários países, como França, Noruega, Portugal e, principalmente nos Estados Unidos, o qual conta com aproximadamente dois milhões de *homeschoolers* (crianças e adolescentes que estudam em casa).[9] No Brasil, segundo a Associação Nacional de Educação, cerca de oito mil famílias[10] são adeptas do ensino domiciliar, apesar das representações[11] (artigo 249 da Lei n. 8.069/90) e ações penais[12] (artigo 246 do Código Penal) ajuizadas, fundadas no abandono intelectual, contra os pais ou responsáveis por essas crianças e adolescentes.

Atualmente, essa é a única opção possível de educação a mais de trezentos milhões de crianças no mundo, devido à quarentena vivida por ocasião da pandemia do COVID-19, o que acarretou o controle dos pais diretamente sobre a vida educacional dos filhos, lecionando-lhes ou direcionando-os ao acesso de vídeos de professores.

Existem três questões pelas quais o presente artigo perpassa. A primeira é se o ensino domiciliar é constitucional. Em caso positivo, sua aplicação é viável para a realidade do país? Ademais, seriam necessárias regras estipuladas pela legislação infraconstitucional para que a atividade seja efetivada?

O Supremo Tribunal Federal, como visto, decidiu, com a relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, que a prática é constitucional, mas só poderá ser executada após a publicação de lei regulamentadora. Inclusive, atualmente há projeto de lei em tramitação nesse sentido.

Durante a votação do recurso extraordinário, houve posicionamentos diversos acerca do assunto, havendo opinião de que seria inconstitucional e também manifestação no sentido da constitucionalidade com possibilidade de execução antes da publicação de lei regulamentadora.

Sobre a educação, a Constituição Federal assim dispõe:

Art. 205. A **educação, direito de todos e dever do Estado e da família**, será promovida e incentivada com a **colaboração da sociedade**, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I - **igualdade de condições para o acesso e permanência na escola**;

II - **liberdade de aprender, ensinar, pesquisar** e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

III - **pluralismo de idéias e de concepções pedagógicas**, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

(...)

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

I - **educação básica obrigatória e gratuita** dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria;

(...)

§ 3º **Compete ao Poder Público recensear** os educandos no ensino fundamental, **fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela freqüência à escola.**

(...)

Art. 210. Serão **fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental**, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais” **(Grifo nosso)**.

Parte da doutrina e da jurisprudência entende que a prática seria inconstitucional, sobretudo pela disposição constitucional de igualdade de condições para acesso à escola (art. 206). O argumento se funda na utilização do vocábulo “escola”, com interpretação de que a opção do Constituinte pelo termo revela sua obrigatoriedade e única opção de educação.

Contudo, por meio de interpretação literal, verifica-se que a Constituição apenas determina que as crianças tenham iguais oportunidades para matrícula na educação formal. Inexiste no dispositivo qualquer vedação ao ensino domiciliar, fora da instituição oficial de ensino. Simplesmente está garantida a matrícula a todas às crianças e aos adolescentes, sem distinção de qualquer natureza, e proibida a exclusão desses, em qualquer circunstância. Não se trata, portanto, de uma obrigação, mas de um direito de poder ser incluído em uma escola pública. A forma da educação, por sua vez, não é delimitada, somente sendo garantido um direito de acesso à instituição formal a quem queira.

Ademais, questiona-se a utilização do vocábulo “escola” como referência unicamente a um espaço geográfico. A Constituição Federal, em seu art. 206, não se refere apenas à instituição de ensino público ou privada, ou seja, o edifício onde fica esse estabelecimento. Escola significa também “a soma de conhecimentos, sabedoria e saber”[13]. Portanto, aquilo que o constituinte deseja garantir é ao acesso à educação, como direito de toda criança e do adolescente, princípio que ainda foi ratificado no Estatuto da Criança e do Adolescente. A educação pode ser adquirida tanto numa espaço formal dentro de uma comunidade para diversas crianças e adolescentes, como na própria casa, pelos pais ou professores contratados.

A própria Carta Magna determina que o ensino tem como princípio a liberdade de aprender e de ensinar (art. 206, II). A educação não se limita às amarras da lição tradicional, sendo que a sociedade pode criar novas formas de ensinar, desde que garanta às crianças e aos adolescentes o acesso à educação, conforme determinação obrigatória da Constituição. A legislação constitucional também incentiva a autonomia e a emancipação das pessoas, sendo a liberdade um dos direitos fundamentais (art. 5, *caput*). Negar a possibilidade de obter instrução básica em casa é uma ameaça ao Estado Democrático de Direito.

Além disso, a Constituição consagra a educação como dever do Estado e da família. Inexiste qualquer relação de subordinação da família ao Estado, mas uma relação de solidariedade entre os entes. Dessa forma, ambos devem atuar conjuntamente na capacitação e desenvolvimento pleno da criança e do adolescente, podendo a família até mesmo criar novas formas de ensinar, com a participação do Poder Público. Com a prática do ensino domiciliar, a participação da família é ainda maior, de forma harmônica com o ente público, por meio de algumas regras a seguir explicitadas.

A esfera pública, portanto, precisa estar envolvida com a educação familiar, a fim de garantir o cumprimento dos preceitos constitucionais de frequência mínima e de adoção de um conteúdo básico (arts. 208, § 3º e 210). Como a Constituição determina o ensino obrigatório, o aluno em *homeschooling* deve comprovar sua assiduidade e demonstrar que obteve acesso a matérias básicas do currículo escolar. Até mesmo porque para acesso ao ensino superior, as provas do Exame Nacional do Ensino Médio e demais provas vestibulares são as mesmas para os inscritos, independentemente de sua origem em escola pública, privada ou domiciliar. Para esse controle de frequência e assiduidade, obviamente, o Poder Público dispõe de diversas maneiras, além da tradicional permanência obrigatória do aluno em instituição oficial, como: provas aplicadas periodicamente a esses alunos, supervisão do Conselho Tutelar, matrícula anual em órgão público pelos responsáveis. A melhor maneira, de qualquer forma, é a avaliação, de preferência a mesma aplicada aos alunos do ensino tradicional. Um aluno que obtém resultado satisfatório em avaliação educacional pública necessariamente adquiriu o conhecimento adequado e frequentou as aulas tempo suficiente. Não há racionalidade que defenda que uma criança ou um adolescente deve participar de mais cursos do que o necessário para sua excelência em prova realizada.

A avaliação periódica, inclusive, permite inferir se o aluno obteve acesso ao pluralismo de ideias e de concepções (artigo 206, III). Muitos doutrinadores contestam o *homeschooling* por receio de que aos seus adeptos seja ensinada uma única ideologia ou até mesmo o extremismo, sem oportunidade de conhecer outras visões de mundo além daquelas defendidas pelos pais ou especialistas contratados. Contudo, as provas periódicas aos quais tais estudantes se submetem podem demonstrar seu conhecimento, suas limitações e o acesso às diferentes formas de pensar, o que fornece subsídio para decisão acerca da possibilidade de manutenção do ensino domiciliar ou a obrigação de matrícula em escola regular, através da atuação do Conselho Tutelar, por exemplo. Ademais, a expressão de uma única ideologia pode ser também verificada pelo trabalho de professores em escolas públicas ou particulares, não sendo uma exclusividade do ensino domiciliar. Ou melhor, a exposição de uma aula tendenciosa depende da atuação do profissional que leciona, não do espaço onde ocorre.

Inexiste, portanto, qualquer vedação na Constituição Federal referente ao ensino domiciliar, razão pela qual sua prática é plenamente possível no nosso ordenamento. Inclusive, sua opção pode desafogar as escolas públicas, tão abarrotadas de alunos e que, não raro, são obrigadas a acrescentar vagas, além do limite estrutural, por força de decisões judiciárias.[14] As famílias que possuem condições intelectuais e de organização, de acordo com as provas periódicas, para oferecer aos seus filhos uma educação suficiente irão contribuir com o bem público, ao destinarem a escola pública a quem a escolher ou dela necessitar. É exatamente o oposto do que os críticos do sistema destacam ao presumir que o poder público teria mais gastos nesse modelo. Os recursos destinados a uma avaliação periódica certamente são menores do que os gastos com a manutenção de um aluno na rede pública, com alimentação, estrutura do edifício, salário do professor e transporte. O poder público gasta certa de \$3.800 (três mil e oitocentos dólares) anuais por aluno do ensino fundamental e \$4.100 (quatro mil e cem dólares), para os ensino médio[15]. Todos esses recursos, no *homeschooling*, são despendidos pelos pais ou responsáveis.

Soma-se a isso a decadência do ensino público no Brasil, a qual pode servir de argumento aos adeptos do *homeschooling* no intuito de oferecer uma maior qualidade de aprendizado. Segundo o Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (Ideb), os estudantes da rede pública, matriculados nos anos finais do ensino fundamental e no ensino médio, não atingiram o patamar mínimo de qualidade.[16] Além disso, o Programa Internacional de Avaliação dos Estudantes (PISA) de 2018 indicou que, no Brasil, “68% dos estudantes de 15 anos não sabem o básico de matemática; 55,3% apresentam baixo desempenho em ciência e 50,1% têm baixo desempenho em leitura”.[17] Assim, o receio de ensino deficitário em casa não pode se sustentar, caso as avaliações dos *homeschoolers* sejam satisfatórias e tendo em vista o panorama da educação pública nas provas supracitadas.

Outra questão importante é a questão da socialização. Alguns autores criticam o ensino domiciliar por acreditarem que seus adeptos não participarão da comunidade, não interagirão com pessoas de sua idade e, assim, não usufruirão das experiências com seus iguais. O referido questionamento é rebatido pelas comprovações empíricas de que tais estudantes possuem uma vida social muito mais ativa, talvez até mesmo por não encontrarem tantas crianças e adolescentes em seu momento de estudo.

“É possível reconhecer que tanto as experiências internacionais (baseadas em pesquisas teóricas e empíricas) como as nacionais (ainda que incipientes) revelam a necessidade de revisão de tais pressupostos, dirimindo o

“mito” da falta de socialização e formação para a cidadania nas experiências do ensino em casa.”[18]

Afinal, a inserção na sociedade e a adaptação de um membro ao grupo não ocorre somente no ambiente escolar, mas também na igreja, no clube, na rua de casa, no ambiente virtual. Ademais, o ensino pode ser domiciliar, mas abarcar um conjunto de crianças ou adolescentes, permitindo seu convívio também nesse momento.

Críticos do modelo também ressaltam que haveria uma concentração dos interesses dos pais apenas na evolução do próprio filho, sem interesse na construção de um bem comum, na educação da comunidade.

“Nesse contexto, o homeschooling é avaliado como a forma mais radical de privatização de um bem público, dado que os pais focam somente nos benefícios de seus próprios filhos, prejudicando os interesses e responsabilidades públicas e privatizando os aspectos sociais da educação (assim como seus meios, controle e propósitos) para o mais restrito nível, que não simplesmente o de sua localidade ou grupo étnico, mas ao nível mais atomizado do núcleo familiar.”[19]

Ora, a contribuição com o bem público não pode ser imposto, deve ser sugerido e incentivado. Além do mais, a evolução, a capacitação e o desenvolvimento do próprio filho são, em última instância, um investimento na sociedade, uma vez que aquele é também parte desta.

Sendo o *homeschooling* constitucional, a prática não se enquadra tipicamente no crime de abandono intelectual:

“Art. 246 - Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar:

Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.”

Além disso, pela interpretação gramatical, observa-se que o tipo exige a conduta de omissão dos responsáveis de prover a instrução primária aos filhos, ou seja, a falta de acesso das crianças e dos adolescentes ao conhecimento. A norma penal não exige que o público infante-juvenil frequente uma instituição oficial, mas apenas que a este seja ofertada a instrução, em qualquer lugar que seja, podendo ser escola ou casa, a fim de garantir o desenvolvimento moral, intelectual e a formação da cidadania.

O tipo penal supracitado visa punir os pais ou os responsáveis que praticam o *unschooling* radical ou a desescolarização radical, segundo a qual os estudantes não recebem a educação mínima necessária, com o currículo básico, para toda a população:

“(...) se posiciona totalmente contra a escola, advoga um método de ensino anárquico, no qual os pais não devem desenvolver formas estruturadas de ensino para seus filhos, pois as crianças e jovens devem aprender com o mundo, como se eles já tivessem tudo o que precisam para aprender e só fosse preciso deixá-los livres.”[20]

O *unschooling* representa uma violação ao direito da criança e do adolescente, ao usurpá-lo do direito ao conhecimento mais básico do currículo elaborado pelo poder público. A educação é um direito fundamental relacionado à dignidade da pessoa humana e à cidadania, qualificando não só o indivíduo como também a sociedade. Trata-se de direito público subjetivo, norma autoaplicável.

No *homeschooling*, por sua vez, não há abandono intelectual. Ao contrário, os pais se envolvem muito mais com a educação e passam a ser mais exigidos ainda, devendo se aprimorar, pois devem repassar o conhecimento aos filhos ou contratar especialistas para tanto. O ensino domiciliar apenas modifica o local do ensino e o professor, mas o rol de disciplinas básicas é o mesmo, podendo acrescentar matérias complementares.

O método já é utilizado por oito mil famílias brasileiras e, em tempos de pandemia, tem sido a única opção dos estudantes. Ademais, em caso de faltas de vagas na rede pública, a prática representa uma solução. Contudo, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a prática não deve ser executada até a publicação de uma lei regulamentadora.

A realidade é que, diante da proibição de funcionamento das escolas, públicas e privadas, em todo o território brasileiro, em decorrência da pandemia do Covid-19[21], as crianças e os adolescentes estão se educando através do *homeschooling*, tanto por vídeos das próprias escolas quanto pelo auxílio dos pais. Ademais, essa já a rotina de oito mil núcleos familiares, e esperar a publicação de uma lei para garantir o direito à educação desses dois grupos equivale a negar-lhes o direito à educação, que é autoaplicável.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal já adotou posição concretista geral para garantir o exercício de do direito de greve pelos servidores públicos,

aplicando, no que for cabível, a legislação aplicável ao setor privado, qual seja, a lei n. 7.783/89[22], sob o argumento de que:

“Diante da singularidade do debate constitucional do direito de greve (...) Admite-se que o Poder Judiciário adote medidas alternativas como alternativa legítima de superação de omissões inconstitucionais, sem que a proteção judicial efetiva a direitos fundamentais se configure como ofensa ao modelo de separação de modelos (...) Trata-se de uma garantia de proteção judicial efetiva que não pode ser negligenciada na vivência democrática do Estado de Direito”.

Para a posição concretista geral ou a teoria da independência jurisdicional, na ausência de norma regulamentadora, o poder judiciário determina as regras aplicadas ou utiliza uma lei como analogia para a situação, até que a norma disciplinadora seja publicada, a fim de garantir o exercício de um direito de alta importância:

“o poder judiciário reconhece a mora legislativa e implementa o direito constitucional obstaculizado, mediante à aplicação de norma análoga, dispondo a decisão de efeitos *erga omnes*, até que a omissão seja sanada”. [23]

Uma vez adotada a posição concretista geral para a efetivação do direito de greve, mais razão existe para sua aplicação ao direito à educação, direito fundamental, direito social e absoluta prioridade para as crianças e os adolescentes (art. 4º da Lei. 8.069/90). Em momento de crise, em que um isolamento social é imposto, bem como em situações normais, a educação deve se libertar das amarras próprias de governos ditatoriais e ser permitida das formas mais diversas, desde que promova o desenvolvimento individual próprio da condição humana.

Adota-se, neste trabalho, a posição do Ministro Luís Roberto Barroso, segundo a qual, o homeschooling depende de regulamentação infraconstitucional, mas até sua publicação, sua prática pode ser efetivada por meio de uma comunicação dos responsáveis à Secretaria de Educação e a realização de provas periódicas pelos homeschoolers. Dessa forma, o direito à educação e à liberdade é respeitado, e o Poder Legislativo pode realizar as modificações necessárias verificadas nos casos concretos quando da publicação da lei.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio de uma interpretação literal da Constituição Federal, concluiu-se que a educação domiciliar é constitucional. Foi possível observar que esse modelo respeita o direito à educação, à liberdade, à emancipação das pessoas (Constituição Federal), e corrobora os princípios da absoluta prioridade e da proteção integral da criança e do adolescente (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Além disso, o *homeschooling* não só é adequado como também é sugerido para a realidade brasileira, tendo em vista a escassez de vagas públicas em comparação com sua demanda, a baixa qualidade do ensino verificada por provas nacionais e internacionais e os altos recursos despendidos pela esfera pública para manutenção da educação sem a correspondente eficiência.

O receio da ausência de socialização foi rebatido teoricamente e por meio de constatações empíricas. O argumento sobre a imprescindibilidade da frequência, do conteúdo programático mínimo e da qualidade do ensino foi solucionado com a aplicação de provas periódicas. Em suma, a boa vontade política, com atitudes simples, pode garantir a execução da prática.

Quando à necessidade de uma regulamentação, entende-se pela sua confirmação, pois os preceitos constitucionais de obrigação do poder público zelar pela chamada e um currículo mínimo devem ser cumpridos e uma efetiva educação de qualidade deve ser proporcionada ao público infanto-juvenil. A Constituição Federal não consegue abarcar todos os assuntos de forma detalhada e, assim, as particularidades do *homeschooling* devem ser tratadas em lei específica. Contudo, não se mostra razoável a espera pela atuação do Poder Legislativo, tendo em vista as situações já consolidadas, como a adoção da prática por mais de oito mil famílias brasileiras, bem como situações irremediáveis, como a necessidade de isolamento durante uma pandemia ou a residência de núcleos familiares em locais ermos, longe de escolas oficiais. A título de exemplo da mora legislativa, observa-se o projeto de lei de regulamentação da escola domiciliar encontra-se em tramitação há um ano, sem perspectiva de rápido andamento.

Tendo em vista essas considerações fáticas, já aceitas socialmente, que superam qualquer previsão jurisprudencial ou legislativa, sugere-se, nesse trabalho, as regras temporárias defendidas pelo Ministro Luís Roberto Barroso: comunicação à Secretaria de Educação e provas periódicas, até a efetiva atuação do Poder Legislativo, para que o *homeschooling* seja iniciado ou continuado em sua plenitude no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Édison Prado de. **A Educação Familiar Desescolarizada como um Direito da Criança e do Adolescente: relevância, limites e possibilidades na ampliação do Direito à Educação.** São Paulo, 2014. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/48/48134/tde-10112014-111617/publico/EDISON_PRADO_DE_ANDRADE_rev.pdf

BARBOSA, Luciane Muniz Ribeiro. **Homeschooling no Brasil: Ampliação do Direito à Educação ou Via de Privatização?** Revista Educação e Sociedade. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302016000100153

BARBOSA, Luciane Muniz Ribeiro. **Homeschooling no Brasil: Ampliação do Direito à Educação ou via de Privatização.** 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302016000100153&lng=en&nrm=iso

BRASIL. **Constituição Federal**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. **Lei n. 8.069**, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm

BRASIL. **Portaria da Secretaria Municipal de Educação n. 102/2020.** 18 de março de 2020. Disponível em: <http://portal6.pbh.gov.br/dom/iniciaEdicao.do?method=DetalheArtigo&pk=1226968>

BRASIL. **Projeto de Lei n. 2.401/2019.** Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2198615>

CERIONI, Clara. Brasil gasta por aluno menos da metade do que países da OCDE. 2019. Revista Exame. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/brasil-gasta-por-alunos-menos-da-metade-do-que-paises-da-ocde/>

Equipe do CAOPCAE/MPPR. Homeschooling - Decisão de Agravo de Instrumento. 2019. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/2019/06/134/HOMESCHOOLING-Decisao-de-Agravo-de-Instrumento.html>

extra.globo.com/noticias/educacao/sem-vaga-para-todo-mundo-familias-passam-noite-em-portas-de-escolas-no-rio-22354907.html

MAGANHINI, Thaís Bernardes; GEMELLI, Débora de Souza. **Educação Domiciliar (Homeschooling): uma análise Constitucional da matéria.** 2019. Disponível em: <http://www.periodicos.unir.br/index.php/EDUCA/issue/archive>.

MARTINS, Jomar. Negligência em abandono intelectual de menor justifica representação do MP. **Revista Consultor Jurídico. 2015. Disponível**

em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-20/negligencia-abandono-intelectual-menor-justifica-representacao-mp>

MCDONALD, Kerry. **The World's Homeschooling Moment**. Estados Unidos, 2020. Forbes. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/kerrymcdonald/2020/03/11/the-worlds-homeschooling-moment/#537a3a78550c>

michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=escola

NETO, Orlando Luiz de Melo. **Mandado de Injunção e a Evolução da Teoria Concretista**. Março de 2014. Disponível em <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/38563/mandado-de-injuncao-e-a-evolucao-da-teoria-concretista>

NETTO, Domingos Franciulli. **Aspectos constitucionais e infraconstitucionais do ensino fundamental em casa pela família**. 22 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15436-15437-1-PB.pdf>

OLIVEIRA, Elida; MORENO, Ana Carolina. **Países no topo do PISA dão aos alunos oportunidades iguais e valorizam professores, diz analista da OCDE**.

RACHID, Laura. **Cenário da educação básica no Brasil é alarmante, aponta Ideb**. Revista Educação. 2018. Disponível em: <https://revistaeducacao.com.br/2018/09/04/cenario-da-educacao-basica-no-brasil-e-alarante/>

SAMPAIO, Michele de Oliveira; ABREU, Ivy de Souza. **Homeschooling no Brasil: como direito fundamental da família à educação**. 2017. Disponível em: <http://site.fdv.br/wp-content/uploads/2017/03/13-Homeschooling-no-Brasil-Michele-Sampaio-e-Ivy-Abreu.pdf>

SILVA e col. **Funcionamento da Educação Domiciliar (Homeschooling): análise de sua situação no Brasil**. 2015. Revista Pedagogia em Ação. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/pedagogiacao/article/view/11025>

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Extraordinário 888.815/RS**. Relator do Acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. Data de Publicação: 21/3/2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749412204>

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI 670/ES. Relator: Maurício Correa. Publicação em 31/10/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>

VIEIRA, André de Holanda Padilha. **Escola? Não, obrigado: Um Retrato do Homeschooling no Brasil**. Brasília, 2012. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/3946/1/2012_AndredeHolandaPadilhaVieira.pdf

ZANINI, Fábio. **Isolamento em massa dá impulso a adeptos do ensino domiciliar**. São Paulo, 2020. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2020/03/isolamento-em-massa-da-impulso-a-adeptos-do-ensino-domiciliar-ck84lxdbc00v801o9qdizuoj1.html>

NOTAS:

[1] Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Extraordinário 888.815/RS**. Relator do Acórdão: Ministro Alexandre de Moraes. Data de Publicação: 21/3/2019. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749412204>

[2] VIEIRA, André de Holanda Padilha. **Escola? Não, obrigado: Um Retrato do Homeschooling no Brasil**. Brasília, 2012. Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/3946/1/2012_AndredeHolandaPadilhaVieira.pdf

[3] ANDRADE, Édison Prado de. **A Educação Familiar Desescolarizada como um Direito da Criança e do Adolescente: relevância, limites e possibilidades na ampliação do Direito à Educação**. São Paulo, 2014. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/48/48134/tde-10112014-111617/publico/EDISON_PRADO_DE_ANDRADE_rev.pdf

[4] BRASIL. **Projeto de Lei n. 2.401/2019**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2198615>

[5] NETTO, Domingos Franciulli. **Aspectos constitucionais e infraconstitucionais do ensino fundamental em casa pela família**. 22 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15436-15437-1-PB.pdf>

[6] MAGANHINI, Thaís Bernardes; GEMELLI, Débora de Souza. **Educação Domiciliar (Homeschooling): uma análise Constitucional da matéria**. 2019. Disponível em: <http://www.periodicos.unir.br/index.php/EDUCA/issue/archive>.

[7] SAMPAIO, Michele de Oliveira; ABREU, Ivy de Souza. **Homeschooling no Brasil: como direito fundamental da família à educação**. 2017. Disponível em: <http://site.fdv.br/wp-content/uploads/2017/03/13-Homeschooling-no-Brasil-Michele-Sampaio-e-Ivy-Abreu.pdf>

[8] BARBOSA, Luciane Muniz Ribeiro. **Homeschooling no Brasil: Ampliação do Direito à Educação ou via de Privatização**. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302016000100153&lng=en&nrm=iso

[9] MCDONALD, Kerry. **The World's Homeschooling Moment**. Estados Unidos, 2020. Forbes. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/kerrymcdonald/2020/03/11/the-worlds-homeschooling-moment/#537a3a78550c>

[10] ZANINI, Fábio. **Isolamento em massa dá impulso a adeptos do ensino domiciliar.** São Paulo, 2020. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2020/03/isolamento-em-massa-da-impulso-a-adeptos-do-ensino-domiciliar-ck84lxdbc00v801o9qdizuoj1.html>

[11] **MARTINS, Jomar.** Negligência em abandono intelectual de menor justifica representação do MP. **Revista Consultor Jurídico.** 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-jul-20/negligencia-abandono-intelectual-menor-justifica-representacao-mp>

[12] **Equipe do CAOPCAE/MPPR.** Homeschooling - Decisão de Agravo de Instrumento. 2019. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/2019/06/134/HOMESCHOOLING-Decisao-de-Agravo-de-Instrumento.html>

[13] <http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=escola>

[14] <https://extra.globo.com/noticias/educacao/sem-vaga-para-todo-mundo-familias-passam-noite-em-portas-de-escolas-no-rio-22354907.html>

[15] **CERIONI, Clara.** Brasil gasta por aluno menos da metade do que países da OCDE. 2019. **Revista Exame.** Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/brasil-gasta-por-alunos-menos-da-metade-do-que-paises-da-ocde/>

[16] RACHID, Laura. **Cenário da educação básica no Brasil é alarmante, aponta Ideb.** Revista Educação. 2018. Disponível em: <https://revistaeducacao.com.br/2018/09/04/cenario-da-educacao-basica-no-brasil-e-alarmente/>

[17] OLIVEIRA, Elida; MORENO, Ana Carolina. **Países no topo do PISA dão aos alunos oportunidades iguais e valorizam professores, diz analista da OCDE.**

[18] BARBOSA, Luciane Muniz Ribeiro. **Homeschooling no Brasil: Ampliação do Direito à Educação ou Via de Privatização?** Revista Educação e Sociedade. 2016. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-73302016000100153

[19] Id., 2016.

[20] SILVA e col. **Funcionamento da Educação Domiciliar (Homeschooling): análise de sua situação no Brasil.** 2015. Revista Pedagogia em Ação. Disponível em: <http://periodicos.pucminas.br/index.php/pedagogiacao/article/view/11025>

[21] BRASIL. **Portaria da Secretaria Municipal de Educação n. 102/2020.** 18 de março de 2020. Disponível em: <http://portal6.pbh.gov.br/dom/iniciaEdicao.do?method=DetalheArtigo&pk=1226968>

[22] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MI 670/ES. Relator: Maurício Correa. Publicação em 31/10/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=558549>

[23] NETO, Orlando Luiz de Melo. **Mandado de Injunção e a Evolução da Teoria Concretista**. Março de 2014. Disponível em <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/38563/mandado-de-injuncao-e-a-evolucao-da-teoria-concretista>

A COLABORAÇÃO PREMIADA DEVE CONTINUAR SENDO FEITA PELO DELEGADO DE POLÍCIA, MESMO COM ADVENTO DA LEI DO PACOTE ANTICRIME (LEI FEDERAL Nº 13.964/2019)

JOAQUIM LEITÃO JÚNIOR: Delegado de Polícia no Estado de Mato Grosso, atualmente lotado como delegado adjunto da Delegacia Especializada de Roubos e Furtos de Barra do Garças. Ex-assessor do Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Pós-graduado em Ciências Penais pela rede de ensino Luiz Flávio Gomes (LFG) em parceria com Universidade de Santa Catarina (UNISUL). Pós-graduado em Gestão Municipal pela Universidade do Estado de Mato Grosso - UNEMAT e pela Universidade Aberta do Brasil. Curso de Extensão pela Universidade de São Paulo (USP) de Integração de Competências no Desempenho da Atividade Judiciária com Usuários e Dependentes de Drogas. Colunista do site Justiça e Polícia, coautor de obra jurídica e autor de artigos jurídicos. Atualmente também é professor de cursos preparatórios para concursos públicos.

Colaboração premiada pelo pacote anticrime dentro do sistema acusatório puro (ou próprio) e da paridade de armas, por ser meio de obtenção de provas (numa de suas facetas), deve servir preferencialmente nas investigações policiais, sob a presidência da Autoridade Policial, à luz da Constituição Federal.

Malgrado a vigência da Lei do Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019), vozes surgem asseverando que a *colaboração premiada* por ter sido contemplada e positivada agora pelo Pacote Anticrime como “negócio jurídico processual”[1] não poderia ser celebrada mais *pele* Delegado de Polícia.

Afinal, o que isso tem de verdade?

Com todo respeito, nenhuma verdade, porque por mais que o intérprete se apegue apenas a expressão “negócio jurídico processual”, ele não pode olvidar que a todo o tempo o legislador ordinário previu a possibilidade de o delegado de polícia celebrar o acordo de colaboração premiada na vertente de direito material.

Ademais, o acordo de colaboração premiada é meio de obtenção de prova (aspecto processual), logo qualquer tentativa de alijar a possibilidade de o

Delegado de Polícia celebrá-lo, parece ser apenas com intuito classista ou de fomentar a impunidade, já que *atrapalharia* sobremaneira nas atividades investigativas que estariam previstas sob a faceta processual para angariar autoria e materialidade delitiva, em proteção à sociedade.

Não distante da afirmação acima, a operação “Lava Jato” é prova atual e clara de que grande parcela dos acordos de colaboração premiada entabulados com os delatores, que escancararam a fisiologia sofisticada de atuação criminosa, tiveram participação da Polícia Federal (polícia judiciária), sem a qual, dificilmente se teria chegado tão longe – reconhecamos isto despedido de qualquer vaidade.

A fim de comprovar nossas falas de que o legislador ordinário previu a possibilidade de o *delegado* de polícia celebrar o acordo de colaboração premiada, percorreremos cada ponto da Lei nº 12.850/2013 (lei de organizações criminosas), aduzindo que nem com o advento do Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019) se alterou o panorama geral da situação jurídica.

O art. 3º da Lei de Organização Criminosa, considerada como a lei geral sobre colaboração *premiada*, mesmo com alterações dadas pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019), assevera que em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova. Isso *implica* em reconhecermos de que o Delegado de Polícia pode e deve celebrar o acordo de colaboração premiada. Não há palavras inúteis no texto da lei e nem faria sentido de *tolher* esta prerrogativa conferida ao Delegado de Polícia, já que a Constituição Federal elegeu apenas a Polícia Judiciária como a instituição vocacionada às investigações criminais.[2]

Quanto *ao* empoderamento do Delegado de Polícia para realização de colaboração premiada, cita-se os ensinamentos de Eduardo Cabette e Marcius Nahur:

(...) sob o ponto de vista pragmático, agiu muito bem o legislador, pois que normalmente é o **Delegado de Polícia aquele que se acha mais próximo e ciente das necessidades de informações para a investigação criminal que conduz. O empoderamento do Delegado de Polícia na colaboração premiada desburocratiza o instituto e o torna mais ágil e eficaz, sem qualquer perda para o Estado de Direito Democrático, pois que, seja para a colaboração acertada com o Promotor, seja com o Delegado, a lei estabelece uma série de garantias ao investigado ou réu** (CABETTE; NAHUR, 2014, p. 184).

Isso ganha mais tintura, quando se parte da premissa de que a Lei do Pacote Anticrime (Lei Federal nº 13.964/2019) instituiu em definitivo um sistema acusatório puro ou próprio mais aguçado em nosso país – embora tenhamos

nossas ressalvas –, em que o papel de cada instituição na persecução penal deve estar plenamente definido, ou seja, o papel de quem investiga, de quem acusa, de quem defende e de quem julga.

O art. 3º *da* Lei de Organização Criminosa (reputada como a lei geral sobre colaboração premiada) prescreve que:

“CAPÍTULO II

DA INVESTIGAÇÃO E DOS MEIOS DE OBTENÇÃO DA PROVA

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

I - colaboração premiada;”

Intuitivamente, quando a legislação diz que em **“qualquer fase da persecução penal**, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova como a colaboração premiada” parece um aviso claro de que a polícia judiciária poderia ser valer desta positivação legislativa até porque pela Constituição é a única vocacionada a presidir as investigações criminais.

Ademais, prosseguindo nas análises, o art. 3º-B, da Lei de Organização Criminosa:

“Art. 3º-B. **O recebimento da proposta para formalização de acordo de colaboração demarca o início das negociações e constitui também marco de confidencialidade, configurando violação de sigilo e quebra da confiança e da boa-fé a divulgação de tais tratativas iniciais ou de documento que as formalize, até o levantamento de sigilo por decisão judicial.** (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

[...]

§ 3º O recebimento de proposta de colaboração para análise ou o Termo de Confidencialidade não implica, por si só, a **suspensão da investigação**, ressalvado acordo em contrário quanto à propositura de medidas processuais penais cautelares e assecuratórias, bem como medidas processuais cíveis admitidas pela legislação processual civil em vigor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)”

Extrai-se que, o art. 3º-B, da Lei de Organização Criminosa é ululante ao evidenciar que o **“recebimento da proposta para formalização de acordo de colaboração demarca o início das negociações e constitui também marco de confidencialidade, configurando violação de sigilo e quebra da confiança e da boa-fé a divulgação de tais tratativas iniciais ou de documento que as formalize, até o levantamento de sigilo por decisão judicial [...] não implica, por si só, a suspensão da investigação”, sendo mais uma prova de que se permitiu à Polícia Judiciária o instituto da colaboração premiada, pois do contrário não faria sentido uma previsão legal com esta amplitude.**

Dando sequência, o art. 4º, §2º, da Lei de Organização Criminosa (reputada como a lei geral sobre colaboração premiada) aduz que considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). Ora, para isso partimos da premissa de que houve uma colaboração premiada entabulada pelo *Parquet* ou pelo Delegado de Polícia.

Vejamos a disposição do art. 4º, §2º, da Lei de Organização Criminosa “in verbis”:

“Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos **daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação** e com o processo criminal, **desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:**

[...]

§ 2º Considerando a **relevância da colaboração prestada**, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o **delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).**”

Por sua vez, o art. 4º-A, §6º, da Lei nº 12.850/2013 preceitua que:

“4º-A. Considera-se existente o conhecimento prévio da infração quando o Ministério Público ou a autoridade policial competente tenha instaurado inquérito ou procedimento investigatório para apuração dos fatos apresentados pelo colaborador. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

[...]

§ 6º O juiz não participará **das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia,** o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor”.

O art. 4º-A, da Lei nº 12.850/2013 estabelece que existente o conhecimento prévio da infração quando o Ministério Público ou a autoridade policial competente tenha instaurado inquérito ou procedimento investigatório para apuração dos fatos apresentados pelo colaborador. Já no § 6º, pontua que o juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

Mais clareza do que a redação do art. 4º-A, §6º, da Lei nº 12.850/2013 não tem de que o Delegado de Polícia pode celebrar o acordo de colaboração premiada, mesmo depois da vigência do Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019).

Somado a isto, ainda se tem a interpretação sistemática a reforçar esta posição.

Mas as constatações da possibilidade de o Delegado de Polícia celebrar a colaboração premiada não param por aí, mesmo depois da vigência do Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019).

O art. 6º, inciso VI, da Lei de Organização Criminosa sinaliza que:

“Art. 6º O **termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter:**

[...]

IV - **as assinaturas** do representante do Ministério Público ou do **delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor;**”

Deveras, se fosse vedado ainda que sob a égide do Pacote Anticrime a colaboração premiada pelo Delegado de Polícia não faria sentido algum a previsão acima.

Dando continuidade aos enfrentamentos, o art. 7º, § 2º, da Lei nº 12.850/2013 (Lei de Organização Criminosa) dispõe que:

“Art. 7º O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto.

§ 1º As informações pormenorizadas da colaboração serão dirigidas diretamente ao juiz a que recair a distribuição, que decidirá no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

§ 2º O acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.”

Perceba-se que no art. 7º, § 2º, da Lei de Organização Criminosa (considerada como a lei geral sobre colaboração premiada) assegura que o acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações. E vale contextualizar que a cabeça do artigo faz alusão de que o pedido de homologação do acordo de colaboração premiada será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto.

Portanto, é mais uma prova cabal de que o Delegado de Polícia mesmo com o Pacote Anticrime em vigor continua possibilitado de celebrar acordo de colaboração premiada.

O Supremo Tribunal Federal já tinha enfrentado esta discussão quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5508 e considerou constitucional a possibilidade de Delegados de Polícia realizarem acordos de colaboração premiada na fase do inquérito policial.

Por maioria de votos, os ministros se posicionaram pela improcedência da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 5508, na qual a Procuradoria-Geral da

República (PGR) questionava dispositivos da Lei 12.850/2013 (Lei que define organização criminosa e trata da colaboração premiada).[3]

Na época os ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Cármen Lúcia votaram, todos acompanhando o entendimento do relator, ministro Marco Aurélio que adotou o entendimento de que a formulação de proposta de colaboração premiada pela Autoridade Policial, como meio de obtenção de prova, não interferiria no campo da atribuição constitucional do Ministério Público, titular da ação penal, e, em aspectos de deliberar sobre o oferecimento ou não da denúncia.

O Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que, mesmo que o Delegado de Polícia propusesse ao colaborador a redução da pena ou o perdão judicial, a concretização desses benefícios, somente se dariam no âmbito judicial, pois se trataria de pronunciamentos privativos do Poder Judiciário.

Outra premissa firmada no precedente histórico do Supremo Tribunal Federal foi de que não seria obrigatória a presença do Ministério Público em todas as fases da elaboração dos acordos de colaboração premiada entre a Autoridade Policial e o colaborador, embora o “Parquet” devesse obrigatoriamente opinar sobre o pacto, cabendo exclusivamente ao Poder Judiciário à decisão de homologar ou não o acordo, depois de avaliar a proposta e efetuar o controle das cláusulas eventualmente desproporcionais, abusivas ou ilegais.

Algumas particularidades deste julgamento devem ser pontuadas, pois o ministro Marco Aurélio em seu entendimento externou a impossibilidade de interferência da Autoridade Policial na atribuição exclusiva do Ministério Público em oferecer denúncia, oportunidade em que os ministros Alexandre de Moraes e Roberto Barroso reajustaram os votos para acompanhar integralmente o relator neste ponto. Nesta tese, os ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Luiz Fux divergiram parcialmente, sob o entendimento de que, apesar de o Delegado de Polícia ter a possibilidade de entabular acordo de colaboração premiada, a manifestação do Ministério Público sobre os termos da avença deveria ser definitiva e vinculante – o que não prosperou.

O ministro Dias Toffoli também divergiu parcialmente do entendimento supra, para se posicionar de que o Delegado de Polícia poderia submeter ao juiz o acordo de colaboração premiada firmado com colaborador, desde que a proposta trouxesse de forma genérica, somente as sanções premiaias previstas no artigo 4º, caput e parágrafo 5º, da Lei 12.850/2013, com manifestação do Ministério Público sem caráter vinculante – o que condiz com nosso sistema, porque não se teria como o julgador ficar refém de uma manifestação, por mais

respeito que se tenha a este nobre órgão ministerial. Para Toffoli, o critério ficaria sob o crivo do Poder Judiciário quanto à concessão dos benefícios previstos na lei, levando em consideração a efetividade da colaboração.

Outra pontuação interessante – embora também prevista na lei de organização criminosa sem distinguir, não cabendo ao intérprete distinguir – do ministro Dias Toffoli foi de que ainda que o Delegado de Polícia estivesse diante da relevância da colaboração prestada, o mesmo poderia representar ao Poder Judiciário, nos autos do inquérito policial, acerca de proposta de perdão judicial, ouvido previamente o Ministério Público.

Depois de enfrentado os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, analisemos como restou vazada a ementa que fugiu dos padrões tradicionais da Corte Suprema, diante da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5508 que considerou constitucional a possibilidade de Delegados de Polícia realizarem acordos de colaboração premiada na fase do inquérito policial:

“DELAÇÃO PREMIADA – ACORDO – CLÁUSULAS. O acordo alinhavado com o colaborador, quer mediante atuação do Ministério Público, quer da Polícia, há de observar, sob o ângulo formal e material, as normas legais e constitucionais.

DELAÇÃO PREMIADA – ACORDO – POLÍCIA. O acordo formalizado mediante a atuação da Polícia pressupõe a fase de inquérito policial, cabendo a manifestação, posterior, do Ministério Público.

DELAÇÃO PREMIADA – ACORDO – BENEFÍCIOS – HOMOLOGAÇÃO. A homologação do acordo faz-se considerados os aspectos formais e a licitude do que contido nas cláusulas que o revelam.

DELAÇÃO PREMIADA – ACORDO – BENEFÍCIO. Os benefícios sinalizados no acordo ficam submetidos a concretude e eficácia do que versado pelo delator, cabendo a definição final mediante sentença, considerada a atuação do órgão julgador, do Estado-juiz” (STF - AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.508 DISTRITO FEDERAL. Ministro Relator, Marco Aurélio).

Inegavelmente, a colaboração premiada possui características de direito material e de direito processual. Aliás, esta interpretação não era unânime de que seria apenas um negócio jurídico processual, agora positivada pela lei de organização criminosa, vez que a próprias hibridez do acordo dá azo à compreensões diversas.

Além de vozes de Ministros do próprio Supremo Tribunal Federal, parcela respeitável da doutrina também advogava o entendimento de que a natureza jurídica do acordo de colaboração premiada seria de “negócio jurídico”:

“A delação premiada consubstancia uma forma qualificada de delação na qual o investigado ou acusado que prestar informações, nessa condição, sobre fato de terceiro recebe uma sanção positiva representada por um prêmio, cuja consequência se projeta na esfera penal como circunstância de redução de pena, perdão judicial. Portanto, a informação do codelinqüente é estimulada de molde a delatar os coautores ou partícipes. Deve-se considerar nas informações prestadas a postura negocial que assume o ato de delação. Em outros termos, as referidas informações decorrem de um **negócio jurídico** firmado com o réu como produto de razões de política criminal” (FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso e GAZZOLA, Gustavo dos Reis. Criminalidade organizada: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013. 1ª Ed. Curitiba: Editora Juruá, 2014. fls. 98-99) [grifos nossos].

De mais a mais, a colaboração premiada, como já dita, seria um meio de obtenção de prova e se compete à Polícia a produção probatória e de elementos informativos na fase de investigação (fase extrajudicial/inquisitorial), não pareceria razoável dentro de uma república, inviabilizar as Polícias Judiciárias esta atuação para obtenção de prova e/ou elementos informativos.

De outro lado, partindo-se da premissa de que a colaboração premiada se reputada como negócio jurídico (ou negócio jurídico processual), em que se mira meios de obtenção de provas, temos à conclusão ou ao menos a perspectiva de que a sua negociação e celebração pela polícia judiciária, se harmonizaria perfeitamente com a função investigativa daquela, como estabelecem o art. 144, §1º, inciso IV e §4º da Constituição da República e o art. 4º, caput, do Código de Processo Penal.

Em mais um reforço à argumentação, quando o Delegado de Polícia celebra acordo de colaboração premiada, acaba por agir em análise de outras provas e elementos informativos, atua tipicamente na atividade investigativa de obtenção de elementos probatórios e/ou elementos informativos para formar sua convicção sobre a materialidade e a autoria do delito em nítida atividade de polícia judiciária. Logo, seria irrazoável e injustificável no sistema acusatório puro ou próprio e da paridade de armas (em que se veda a concentração de atribuições a uma única instituição que desequilibre a balança) negar esta possibilidade ao Delegado de Polícia.

Dando continuidade as nossas ponderações, destacamos que mesmo na época antes do Pacote Anticrime positivar a natureza jurídica da colaboração premiada como “negócio jurídico processual”, a colaboração premiada era controvertidamente considerada de natureza jurídica de “negócio processual” ou “negócio jurídico” pelo próprio Supremo Tribunal Federal – além de meio de obtenção de provas – e nem por isso apartava a possibilidade de o Delegado de Polícia celebrar este instrumento importantíssimo no combate e repressão de crimes, mormente os de colarinho branco e da macrocriminalidade.

Aliás, o Plenário do Supremo, como anotado já reconhecia que, na perspectiva processual, a colaboração premiada, a um só tempo, qualificava como meio de obtenção de prova e negócio jurídico contendo direito material. A propósito, vejamos:

“A colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como “meio de obtenção de prova”, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, **ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração.**” (HC 127483, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015) [destaques nossos].

Em abono a nossa tese de que o Delegado de Polícia continua legitimado e autorizado pelo Pacote Anticrime a celebrar acordo de colaboração premiada, há o recente enunciado da Polícia Civil de São Paulo aprovado no Seminário Polícia Judiciária e a Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), realizado na Acadepol dia 15 de janeiro de 2020:

“Súmula nº 4: O Delegado de Polícia pode formular proposta de acordo de colaboração premiada ao investigado quando reputar presentes as hipóteses legais, bem como analisar proposta de acordo elaborada pelo suspeito assistido por defesa técnica e ainda verificar a necessidade de instrução prévia para a formalização do negócio jurídico processual (Lei 12.850/2013, arts. 3º-B e 4º, § 6º).”

Desta sorte, é inconcebível qualquer leitura que procure retirar do Delegado de Polícia, a possibilidade de entabular o acordo de colaboração premiada sob os holofotes do Pacote Anticrime.

Aliás, com efeito, não faria sentido valer-se da Lei Federal nº 13.964/2019 que instituiu o popular “Pacote Anticrime” para tolher o Delegado de Polícia da utilização deste importante instrumento no combate e repressão da criminalidade,

em prol da proteção da sociedade, quando a “mens legis” ao menos originária do Projeto de Lei do Pacote Anticrime (agora em vigência com uma série de desidratação) era justamente no sentido de conferir maior rigor na esfera penal e processual penal, em face do crime.

Das considerações finais

Em conclusão, entendemos que mesmo diante do advento da Lei do Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019), a colaboração premiada ainda que tenha ganhado a tintura de sua natureza jurídica como “negócio jurídico processual”, à luz da Lei de Organização Criminosa (que irradia regras de colaboração para todo o sistema) e da jurisprudência, deve continuar sendo feita também e com maior razão pelo Delegado de Polícia, autoridade esta incumbida de gerir e presidir as investigações criminais, sob o prisma constitucional, eis que não se alterou substancialmente, em termos legislativos o que tinha sido enfrentado antes pelo Supremo Tribunal Federal, diante da própria discussão da natureza da colaboração premiada.

Portanto, qualquer interpretação que se divorcie disto será ilegítima, inconstitucional e ilegal e se prestará apenas a tão somente a fomentar a impunidade e a “ vaidades institucionais”, deixando a sociedade desprotegida e desamparada do principal órgão vocacionado a investigar pela Constituição Federal de 1988: as polícias judiciárias.

Referências bibliográficas:

ANSELMO, Márcio Adriano. **Colaboração Premiada**. Rio de Janeiro: Mallet, 2016;

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. NAHUR, Marcius Tadeu Maciel. **Criminalidade Organizada & Globalização Desorganizada – Curso Completo de Acordo com a Lei 12.850/13**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

COSTA, Adriano Sousa; SILVA, Laudelina Inácio da. **Prática policial sistematizada**. Niterói: Impetus, 2017.

FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso e GAZZOLA, Gustavo dos Reis. **Criminalidade organizada: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013**. 1ª Ed. Curitiba: Editora Juruá, 2014.

SANNINI NETO, _____ Francisco; CASTRO, Henrique _____ Hoffmann Monteiro de. **Colaboração premiada deve ter participação da polícia judiciária**. Publicado em 28 de agosto de 2017. Disponível em: <<<https://www.conjur.com.br/2017-ago-28/opinio-policia-judiciaria->

[participar-colaboracao-premiada#sdfootnote4sym](#) > >. Acesso em 20 de março de 2020.

NOTAS:

[1] **Seção I**

Da Colaboração Premiada

(Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Art. 3º-A. O **acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual** e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

[2] Contextualizando o enredo histórico da PEC 37 que na época visava respeitar mais ainda o sistema acusatório e delimitar que as investigações se concentrassem apenas nas Polícias Judiciárias, institucionalmente a nobre instituição do Ministério Público, una e indivisível, alardeava de que quanto mais órgãos investigando, seria melhor. Deste modo, nos valendo desta máxima com as adaptações devidas em sede de colaboração premiada, quando mais agentes (inclusive o Delegado de Polícia celebrando acordo de colaboração premiada) é melhor, mesmo que não concordemos com ampliação indevida de mais órgãos investigando, com concentração de outras atribuições em respeito ao sistema acusatório e paridade de armas – diante de um texto constitucional em pleno vigor que reza caber apenas as Polícias Judiciárias a tarefa de investigar, e de uma leitura equivocada da Teoria dos Poderes implícitos que se levada no mesmo raciocínio do STF que permitiu o *Parquet* investigar, o julgador concentraria tudo, desde a investigação, acusação e julgamento (quicá até a defesa).

Na atualidade temos o respeitoso “Inquérito Policial guarda-chuva dentre outras nomeações cunhadas” em trâmite que foi instaurado pelo STF em premissas equivocadas demasiadamente ampliadas até ao próprio regimento interno da Corte Máxima.

Por isso temos pregado a importância de se respeitar o desenho constitucional das atribuições de cada instituição sob pena de um “vale tudo jurídico”, em nome de falaciosos argumentos utilitaristas e eficientistas que procuram ilegitimamente, inconstitucionalmente e ilegalmente se sobrepor a Constituição Federal – que está no ápice da pirâmide de Hans Kelsen.

[3]Disponível em:
< <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=382031>>
>. Acesso em 18 de março de 2020.

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA READAPTAÇÃO: REFLEXÕES EM FACE DO TEXTO DA EC N° 103/2019

JONAS FAVIERO TRINDADE: Mestre em Direito (UNISC). Especialista em Direito Constitucional. Especialista em Regimes Próprios de Previdência. Especialista em Teoria e Filosofia do Direito. Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito Processual Público - CEISC-UNISC

RESUMO: A pretensão desta prevê pesquisa é elucidar e provocar a reflexão acerca da constitucionalização do instituto da readaptação, forma de provimento derivado de cargos públicos. Como se sabe, a partir da promulgação da Emenda Constitucional n° 103/2019, o referido instituto possui previsão constitucional. readaptação é exclusiva para titulares de cargo efetivo, sendo temporária, ou seja, enquanto perdurar a limitação de saúde do servidor. Na interpretação proposta, a fim colaborar com o discurso de fundamentação da norma, é importante compreender que a readaptação não deve ser interpretada como uma espécie de burla à regra do concurso público. Ademais, o artigo enfrenta os requisitos de readaptação, como requisito de escolaridade, assim como a necessidade de observância da irredutibilidade de vencimentos.

Palavras-chave: Emenda Constitucional n° 103/2019. Readaptação. Servidores Públicos.

ABSTRACT: The intention of this research is to elucidate and provoke reflection on the constitutionalization of the rehabilitation institute, a form of provision derived from public positions. As is known, from the promulgation of Constitutional Amendment n°. 103/2019, said institute has a constitutional provision. readaptation is exclusive to holders of a permanent position, being temporary, that is, for as long as the health limitation of the civil servant persists. In the proposed interpretation, in order to collaborate with the statement of reasons for the standard, it is important to understand that readaptation should not be interpreted as a kind of circumvention of the public tender rule. In addition, the article faces readaptation requirements, such as schooling requirements, as well as the need to respect the irreducibility of salaries.

Keywords: Constitutional Amendment n°. 103/2019. Public Servants. Readaptation.

Sumário: 1. Considerações Iniciais. 2. A Readaptação na Legislação Estatutária. 3. A Readaptação prevista na Constituição Federal. 4. Conclusões. 5. Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A readaptação é uma forma de provimento derivado dos servidores públicos, regulamentada nos diversos regimes jurídicos da federação. Todavia, com a recente promulgação da Emenda Constitucional-EC nº 103/2019, esse instituto passou a ter assento constitucional.

O objetivo deste breve ensaio, muito mais do que oferecer respostas definitivas, é apresentar provocações, contribuindo para a reflexão em face da nova normatividade e das possíveis situações que poderão ocorrer no âmbito da Administração Pública.

Contudo, evidentemente há um problema a ser solvido: qual a interpretação correta do instituto da readaptação, a partir de sua constitucionalização?

Parte-se da hipótese de que o mecanismo de readaptação é harmônico com a Constituição Federal, visto que não possui o propósito de burlar a regra do concurso público. Ademais, supõe-se que o servidor readaptado não poderá sofrer redução de sua remuneração, em qualquer caso, sendo necessário que a Administração Pública adote todas as providências para que o agente público seja provido em cargo com atribuições símiles ao anteriormente ocupado.

Em relação às diretrizes metodológicas, será utilizado o método hipotético-dedutivo, com a finalidade de verificar a correção da suposição inicial, com amparo na literatura jurídica específica e no sistema normativo aplicável.

2.A READAPTAÇÃO NA LEGISLAÇÃO ESTATUTÁRIA

Conforme já mencionado, antes mesmo da previsão da readaptação na Constituição Federal-CF de 1988, essa espécie de provimento derivado já encontrava suporte nas diversas leis que instituíram os regimes jurídicos dos servidores dos entes federativos. Não é demasiado ressaltar que o provimento derivado se caracteriza pelo provimento de novo cargo público por servidor que já possuía vínculo com a Administração Pública, submetido ao mesmo regime jurídico. É o caso da readaptação, situação em que o agente público, em virtude de sofrer alguma limitação física ou mental que o impede de exercer as atribuições do cargo para o qual foi nomeado, passa a ocupar novo cargo.

A Lei Federal nº 8.112/1990, Regime Jurídico dos Servidores Cíveis da União, exemplificativamente, assim regulamenta o instituto em tela:

Art. 24. Readaptação é a investidura do servidor em cargo de atribuições e responsabilidades compatíveis com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental verificada em inspeção médica.

§ 1º Se julgado incapaz para o serviço público, o readaptando será aposentado.

§ 2º A readaptação será efetivada em cargo de atribuições afins, respeitada a habilitação exigida, nível de escolaridade e equivalência de vencimentos e, na hipótese de inexistência de cargo vago, o servidor exercerá suas atribuições como excedente, até a ocorrência de vaga.

Dessa forma, a Lei Federal nº 8.112/1990 dispõe que a readaptação deve ocorrer em cargo com atribuições compatíveis com a limitação sofrida pelo servidor. Caso julgado incapaz, será aposentado. Destaca-se ainda que o §2º do artigo 24, que determina que a readaptação se dê em cargo com atribuições afins, sendo ainda necessário levar em conta a habilitação exigida, o nível de escolaridade e equivalência e vencimentos. Na hipótese de inexistência de cargo, determinou o legislador que o servidor exerça as atribuições do cargo em que for readaptação como excedente, até surgir vaga.

Em relação ao dispositivo, cabe sublinhar que a doutrina o interpretava no sentido de que se o cargo de origem exigisse determinado nível de escolaridade, necessário que o provimento derivado por readaptação ocorresse em cargo que possuísse a mesma exigência de escolaridade. Nesse sentido Almeida, ao discorrer sobre a readaptação: “Assim, se, por exemplo, o cargo de origem do servidor exigir nível médio de escolaridade, não poderá ocorrer a readaptação em cargo de nível superior” (2019, p. 201). No mesmo sentido se posicionou Martins, ao apontar que “não se admite que um servidor venha a exercer atribuições de cargo que possua nível de escolaridade superior ou inferior” ao antes titulado (2016).

Novamente se valendo da lição de Almeida, em relação à previsão legal de o servidor readaptado exercer atribuições como excedente: “Atuar como excedente significa trabalhar normalmente até que surja um cargo vago, quer pela aposentadoria de algum servidor, ou até pela sua demissão”, de forma que, ao surgir a vaga, esta será garantida ao servidor (2019, p. 201).

3.A READAPTAÇÃO PREVISTA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Com a promulgação da EC nº 103/2019, a readaptação passou a ter previsão expressa na CF/1988, sendo pertinente destacar o que dispõe o §13 do artigo 37:

§ 13. O servidor público titular de cargo efetivo poderá ser readaptado para exercício de cargo cujas atribuições e responsabilidades sejam compatíveis com a limitação que tenha sofrido em sua capacidade física ou mental, enquanto permanecer nesta condição, desde que possua a habilitação e o nível de escolaridade exigidos para o cargo de destino, mantida a remuneração do cargo de origem.

O primeiro ponto a se destacar é no sentido de que a regra constitucional da readaptação se destina somente ao titular de cargo efetivo. Ainda, da mesma forma que prevê a Lei Federal nº 8.112/1990, determina que a readaptação ocorra em cargos cujas atribuições sejam compatíveis com a limitação sofrida pelo servidor. A norma constitucional torna evidente que a readaptação só vai perdurar enquanto o servidor permanecer na situação de limitação física ou mental.

Questão interessante é de que a regra prevista no §13 do artigo permite a interpretação de que o servidor deve possuir a habilitação ou o nível de escolaridade exigidos para o cargo de destino. Ou seja, nessa possível interpretação não haveria necessidade de que o cargo de origem e o de destino apresentassem os mesmos requisitos legais de habilitação e nível de escolaridade, mas sim que o servidor, como condição pessoal, implementasse tais requisitos. Nessa perspectiva, sendo as atribuições do cargo de destino compatíveis com a limitação sofrida pelo servidor, este, desde que comprove os requisitos de habilitação e escolaridade, poderia prover o cargo de destino, ainda que de escolaridade distinta do cargo de origem. Além do mais, a linguagem versada pelo constituinte também admite que nessa situação o servidor mantenha a remuneração do cargo de origem.

Em relação a essa possível interpretação, ou seja, a comprovação do servidor de que apresenta a habilitação e nível de escolaridade do cargo de destino, são necessárias algumas ponderações.

O instituto da readaptação encontra fundamento em princípios constitucionais, sendo necessário, para interpretação do instituto, justificar sua existência. Assim, na perspectiva do servidor, é um tratamento consentâneo com a dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho a permissão para continuar prestando serviços, não obstante as limitações de saúde que sofreu. Na dimensão da Administração Pública, a readaptação significa a possibilidade de não

aposentar determinado servidor por invalidez e continuar contando com sua força de trabalho. Logo, a readaptação não foi criada com o propósito de burlar a regra de acesso a cargos efetivos por meio do concurso público.

Nesse sentido, crê-se que a Administração, regra geral, deve se valer de todos os esforços para que a readaptação se dê em cargo que demande a mesma habilitação, nível de escolaridade e vencimentos do cargo de origem. Ademais, em que pese não estar expresso no texto constitucional, é pertinente que, na medida do possível, essa readaptação ocorra em cargo com atribuições semelhantes àquelas previstas para o cargo anteriormente ocupado.

Ou seja, entende que na interpretação e aplicação da regra, somente em situações excepcionalíssimas é possível a readaptação em cargo que exija habilitação ou nível de escolaridade não previstas para o cargo anteriormente titulado pelo servidor, ou ainda sem respeitar a equivalência de vencimentos. Nessas situações excepcionais, é fundamental que o ato derivado esteja devidamente motivado, a fim de possibilitar o controle por parte do Poder Judiciário e dos tribunais de contas. Cabe ainda ressaltar que essa excepcional situação não se confunde com a ascensão, forma de provimento derivado na qual o servidor passa a titular, sem concurso público, cargo de carreira diversa, o que não é aceito pela jurisprudência da Suprema Corte (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 231/RJ, *e.g.*). Isso, pois a readaptação, conforme já observado, possui uma justificação principiológica específica que a distingue da ascensão. Ou seja, não tem a finalidade de embaçar a ampla acessibilidade aos cargos públicos.

Ainda no que tange à excepcional hipótese de readaptação em cargo que demande habilitação e escolaridade diversa do cargo de origem, é importante a correta interpretação da parte final do §13 do artigo 37.

É possível depreender que o constituinte, ao se valer da expressão “mantida a remuneração do cargo de origem”, tinha por objeto garantir, de forma expressa, mesmo no caso de readaptação, a irredutibilidade de vencimentos.

Por outro lado, a imposição da manutenção da remuneração do cargo de origem pode ser de difícil aplicação, caso a Administração, de forma excepcional, promova a readaptação em cargo de remuneração superior. Essa situação pode configurar uma injustificada quebra de isonomia de tratamento a servidores que exercem idêntica função pública, além de caracterizar, como consectário lógico, enriquecimento ilícito do Estado. Quando ocorrer o inverso, ou seja, na hipótese de o servidor ser readaptado em cargo de remuneração inferior, ressalta-se novamente que há a incidência da garantia da irredutibilidade remuneratória,

harmônica com a justificação principiológica da readaptação. Nessa última hipótese, entende-se que não seria o caso de violação à igualdade em relação aos agentes públicos que exercerão as mesmas funções públicas do servidor readaptado, em face da especial situação do agente público que sofreu limitações em sua saúde.

A bem da verdade, essas últimas observações ressaltam ainda mais a necessidade de que a Administração empreenda todos os esforços para que a readaptação se dê em cargo com mesmo nível de habilitação e escolaridade do cargo de origem, além de observar a equivalência de vencimentos.

Outro aspecto que merece reflexão é a necessidade de o servidor ser estável ou não para poder ser readaptado. Destaca-se que não é requisito para concessão de aposentadoria por invalidez a estabilidade, o que, aliás, não seria consentâneo com a proteção previdenciária em situações de infortúnios. Ademais, não se olvida que a CF de 1988 determina que o servidor somente seja aposentado quando insuscetível de readaptação, nos termos do artigo 40, §1º, inciso I, na redação da EC nº 103/2019. Dessa forma, a constitucionalização da readaptação como espécie de provimento derivado e como requisito à concessão da aposentadoria por invalidez, tornam ainda mais evidentes a conclusão de que é possível esta forma de provimento derivado inclusive no curso do estágio probatório.

4. CONCLUSÕES

Conforme mencionado introdutoriamente, a finalidade desse breve estudo era provocar reflexões acerca da readaptação, guindada recentemente ao texto constitucional.

Em síntese, observou-se que a regra do artigo 37, §13 da CF/1988 demanda que a readaptação é exclusiva para titulares de cargo efetivo, sendo temporária, ou seja, enquanto perdurar a limitação de saúde do servidor. Na interpretação proposta, a fim colaborar com o discurso de fundamentação da norma, é importante compreender que a readaptação não deve ser interpretada como uma espécie de burla à regra do concurso público, mas sim como um tratamento digno aos servidores que sofreram uma limitação física ou mental e, simultaneamente, conveniente aos desígnios da Administração Pública, o que comprovou a suposição inicial desta pesquisa.

O texto versado pelo constituinte permite a interpretação de que o servidor a ser readaptado deve apresentar, como condição pessoal, habilitação e nível de escolaridade exigidos para titulação do cargo de destino.

Contudo, considerando a própria fundamentação do instituto da readaptação, que não visa burlar a ampla acessibilidade aos cargos públicos por meio de concurso público, compreende-se que a Administração, em regra, deve se valer de todos os esforços para que a readaptação se dê em cargo que demande a mesma habilitação, nível de escolaridade e vencimentos do cargo de origem. Também se concluiu a pertinência de, na medida do possível, a readaptação ocorra em cargo com atribuições semelhantes àquelas previstas para o cargo anteriormente ocupado, a hipótese inicial desta breve pesquisa.

Somente em situações excepcionalíssimas seria possível, portanto, a readaptação em cargo que exija habilitação ou nível de escolaridade não previstas para o cargo anteriormente titulado pelo servidor, ou ainda sem respeitar a equivalência de vencimentos. Em tais situações, a fim de possibilitar o controle, é necessária a devida justificação dos atos administrativos.

Dentre as reflexões propostas, entendeu-se que em qualquer situação deve ser observada a irredutibilidade de vencimentos do servidor que será readaptado. Na excepcional situação de o servidor ser readaptado em cargo de remuneração superior, entende-se que o servidor deve perceber a diferença, sob pena de quebra de isonomia. Contudo, ressalta-se novamente que a Administração deve empreender seus esforços para garantir a equivalência de vencimentos.

Por fim, destacou-se que a readaptação atualmente é requisito constitucional para a aposentadoria por invalidez. Tal modalidade de inativação não demanda a estabilidade como requisito, de sorte que se alcança a conclusão de que a readaptação pode ocorrer no curso do estágio probatório.

5.REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. **Manual de Direito Administrativo**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 13 fev. 2020.

BRASIL. **Lei Federal nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em: 13 fev. 2020.

MARTINS, Bruno Sá Freire. **Os limites da readaptação no regime próprio**. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/colunas/previdencia-do-servidor/os-limites-da-readaptacao-no-regime-proprio>. Acesso em: 12 fev. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 231.**
Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 05 ago. 1992.

CRIMES RELACIONADOS À PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS

LEANDRO BASTOS NUNES: Procurador da República, especialista em direito penal e processo penal, professor de pós-graduação na instituição de ensino Brasil Jurídico, e em cursos do MPU, palestrante, e autor da obra "evasão de divisas"(editora juspodivm).

RESUMO: O objetivo do presente artigo é tratar exclusivamente das análises jurídica e acadêmica dos possíveis delitos correlatos à Covid-19, por intermédio de ilustrações de casos práticos e comentários doutrinários e jurisprudenciais relacionados às infrações criminais e delitos do código penal e das leis penais extravagantes.

Palavras chave: crimes relacionados ao novo coronavírus- descumprimento de determinação do poder público- falsificação de álcool em gel.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é tratar exclusivamente das análises jurídica e acadêmica dos possíveis delitos correlatos à Covid-19, tendo sido ilustradas diversas hipóteses para fins de reflexão e contribuição sobre o tema.

O poder público tem adotado medidas para prevenção e contenção do **novo coronavírus**, tendo sido editada a Lei n.º 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, a qual foi regulamentada pela Portaria n. 356, de 11 de março de 2020, do Ministério da Saúde.

O art. 3º da **Lei n.º 13.979/2020** introduziu um rol de medidas a serem implementadas para o enfrentamento da situação emergencial de saúde pública, dentre as quais destacamos o isolamento e a quarentena, tendo a legislação acima referida distinguido ambas as hipóteses na seguinte forma:

Art. 2º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I – isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus; e

II – quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou

mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus.

Ainda sobre o tema, preleciona a bióloga Helivânia Sardinha dos Santos:

A **quarentena** consiste em um período em que pessoas saudáveis, mas que estiveram expostas a uma doença transmissível, seja por contato com um doente, seja por estar em regiões de surtos epidêmicos, têm sua **liberdade de trânsito limitada**. Embora o nome remeta a um período de quarenta dias, a duração da quarentena é determinada com base no **período de incubação** da doença, ou seja, o tempo que a doença leva para se manifestar. Essa medida de saúde pública busca, assim, controlar a disseminação da doença. (...) A quarentena diferencia-se do isolamento porque restringe o trânsito de pessoas sadias que teriam sido expostas a um agente infeccioso, podendo estar contaminadas. Já o isolamento é a separação dos indivíduos doentes, portadores de doenças contagiosas. O objetivo das duas medidas, no entanto, é o mesmo: evitar a propagação de determinada doença" (disponível em <https://www.biologianet.com/curiosidades-biologia/quarentena.htm>. Acesso em 21 de março. de 2020)

Ademais, a Portaria interministerial n.º 05 de 2020 (Ministro da Justiça e Ministro da Saúde) dispôs que a autoridade policial poderá lavrar termo circunstanciado em detrimento daquele que for flagrado praticando os crimes previstos nos artigos 268 e 330 do código penal, além do previsto no art. 3º, II, da Lei 13.979/2020 (<https://www.conjur.com.br/dl/governo-edita-portaria-autorizando.pdf>. Acesso em 21 de março. de 2020).

Inicialmente, é válido esclarecer que a Portaria apenas regulamentou a forma de prevenção e repressão das condutas relacionadas aos tipos penais alusivos à propagação da **pandemia** (disseminação mundial da doença) haja vista que a criação dos crimes relacionados ao combate à referida doença não é derivada do mencionado ato normativo, **e sim da lei penal, diante do princípio da legalidade insculpido no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal**, (" não há crime **sem lei** anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal").

Crime de infração de medida sanitária preventiva

O art. 268 do Código Penal versa acerca da infração de medida sanitária preventiva, nos seguintes termos:

Art. 268 – Infringir **determinação** do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa:

Pena – detenção, de um mês a um ano, e multa.

Parágrafo único – A pena é aumentada de um terço, se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro. O tipo penal visa tutelar a saúde pública, sendo sujeito passivo a sociedade, e a mera circunstância de não se cumprir as **determinações** do Poder Público com o fim de impedir a difusão de uma doença contagiosa submete o sujeito ativo, em tese, nas penas da infração criminal prevista no art. 268 do Código Penal, sendo relevante salientar que o tipo possui característica de norma penal em branco, uma vez que impescinde de complementação nos atos normativos do poder público (portarias, decretos, regulamentos, etc).

Desta forma, o agente que **descumprir determinação** oriunda da legislação (Lei n.º 13.979/20) ou ato administrativo (norma do poder público), que vise impedir a introdução ou a propagação do novo coronavírus no Brasil, desde que o faça com livre consciência e vontade ou assuma o risco de produzir o resultado (**dolo direto e/ou eventual**), perpetrará, **em princípio (a ser criteriosamente analisado no caso concreto)**, a infração de medida sanitária preventiva (art. 268 do CP), ainda que não implique resultado concreto, decorrendo do respectivo descumprimento de norma de cunho obrigatório (delito de perigo abstrato), em razão da presunção de risco causado à sociedade.

A título de exemplificação, incidirá nas penas da infração de medida sanitária preventiva o agente (**diagnosticado com a Covid-19**) que, após receber determinação para realizar compulsoriamente testes laboratoriais, deixar de realizá-lo (artigo 3º, III, “b”, da Lei 13.979/20), ou se, isolado por determinação médica, ignorar a medida e circular livremente nas ruas, (artigo 3, I, da Lei 13.979/20).

Por outro lado, **não configurará o delito** se o indivíduo (**sadio**) apenas descumprir **recomendações** do poder público, englobando a hipótese do cidadão (não contaminado) que sair para efetivar compras não essenciais (“supérfluas”) em um supermercado ou apenas efetivar um passeio em local não interdito, contrariando uma **mera orientação (e não determinação)** dos entes públicos para que **“fique em casa”**.

Não é outro o entendimento oriundo do **Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (MP/RS)**, *in verbis*:

No caso do artigo 268 (infringir de determinação do poder público destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa), a pena é de detenção, de dois meses a um ano, com ampliação de um terço se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro. Como exemplo, praticará o crime de infração de medida sanitária preventiva a pessoa que, mesmo após receber determinação para que realize compulsoriamente exame médico, não o faça (artigo 3º, inciso III, alínea "a", da Lei 13.979/20). Da mesma forma, se a pessoa isolada por determinação fugir, também praticará o crime previsto no artigo 268 do Código Penal (artigo 3º, inciso I, da Lei 13.979/20) (disponível em <https://www.mprs.mp.br/noticias/50852/>. Acesso: em 24 de março. 2020)

Destarte, o crime só incide em caso de descumprimento de imposição legal obrigatória (proibições de acesso a praças públicas, praias, abertura e funcionamento de lojas em comércio ou shopping center, etc), mas não quando houver apenas **recomendações e/ou orientações** oriundas do poder público e/ou de profissionais de saúde.

Por se tratar de **crime de perigo abstrato**, a simples probabilidade de contágio causado à sociedade, em virtude do descumprimento de **determinação** do Poder Público, é suficiente para a caracterização do delito, ainda que não ocasione resultado concreto, desde que haja **potencial** ofensa ao bem jurídico tutelado, ou seja, à saúde pública, conforme preleciona **BITENCOURT:**

Consuma-se o crime com a simples desobediência a determinação do Poder Público destinada a impedir a introdução ou propagação de doença contagiosa. **Tratando-se de crime de perigo abstrato**, desnecessária para sua configuração a efetiva introdução ou propagação de doença contagiosa. Contudo, será necessário demonstrar a idoneidade do comportamento infrator para produzir um **potencial resultado ofensivo** à preservação do bem jurídico saúde pública, visto sob a perspectiva genérica, caso contrário, a conduta será atípica, pela sua insignificância (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal parte especial 4**. São Paulo: Saraiva, 2014, p.293)

Pode incidir a infração na hipótese de dolo eventual decorrente do fato de o agente ter ciência de que está assumindo o risco de introduzir ou propagar a doença contagiosa, mas descumprir a determinação do poder público. Cite-se o exemplo de uma pessoa ter sido diagnosticada com o vírus, mas se dirigir a uma

praia ou local público com aglomeração de pessoas, não se importando acerca dos riscos efetivos de propagação da doença contagiosa.

Crime de epidemia

Em relação ao crime de epidemia (art. 267 do Código Penal), este é praticado quando determinada pessoa, ciente de estar contaminada pela Covid-19, promover deliberadamente a transmissão da doença a outros.

Oportuno registrar que a *mens legis* (“espírito da lei”) abrange as situações de **pandemia**, porquanto não haveria lógica em conferir proteção à propagação de uma epidemia e deixar sem tutela penal a propagação do indigitado vírus (muito mais amplo e desastroso para a incolumidade pública), devendo-se conferir uma **interpretação extensiva**, ainda que se trate de norma penal incriminadora, porquanto a aludida hipótese apenas é vedada nas situações onde se configura um **desvirtuamento** do sentido da lei.

Nesse sentido, colaciona-se a seguinte ementa de decisão do Supremo Tribunal Federal (STF):

“CONSTITUCIONAL E PENAL. ACESSÓRIOS DE CELULAR APREENDIDOS NO AMBIENTE CARCERÁRIO. FALTA GRAVE CARACTERIZADA. INTELIGÊNCIA AO ART. 50, VII, DA LEI 7.210/84, COM AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI 11.466/2007. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE. 1. Prática infração grave, na forma prevista no art. 50, VII, da Lei 7.210/84, com as alterações introduzidas pela Lei 11.466/2007, o condenado à pena privativa de liberdade que é flagrado na posse de acessórios de aparelhos celulares em unidade prisional. 2. **A interpretação extensiva no direito penal é vedada apenas naquelas situações em que se identifica um desvirtuamento na mens legis.** 3. A punição imposta ao condenado por falta grave acarreta a perda dos dias remidos, conforme previsto no art. 127 da Lei 7.210/84 e na Súmula Vinculante nº 9, e a conseqüente interrupção do lapso exigido para a progressão de regime. 4. Negar provimento ao recurso.” (STF RHC 106481, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 08/02/2011).

A título de exemplificação, é o cenário em que uma pessoa infectada (ciente de sua doença) viaja para uma comunidade isolada onde o vírus ainda não tenha sido propalado e alguns habitantes iniciem um quadro de infecção viral, podendo

responder criminalmente pelo delito *sub examine*, cuja redação do tipo penal foi prevista na seguinte forma:

Art. 267 – Causar **epidemia**, mediante a propagação de germes patogênicos:

Pena – reclusão, de dez a quinze anos. **(Redação dada pela Lei nº 8.072, de 25.7.1990)**

§ 1º – Se do fato resulta morte, a pena é aplicada em dobro.

§ 2º – No caso de culpa, a pena é de detenção, de um a dois anos, ou, se resulta morte, de dois a quatro anos.

Se a conduta oriunda do delito resultar em morte, o crime passará a ser hediondo, sofrendo o agente todas as consequências previstas no art. 2.º da Lei 8.072/90.

Crime de perigo de contágio de moléstia grave

Na hipótese de o agente ter ciência de que está contaminado com moléstia grave e, ainda assim, praticar ato capaz de produzir o contágio, incorrerá nas penas do crime previsto no artigo 131 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 131 – Praticar, com o fim de transmitir a outrem moléstia grave de que está contaminado, ato capaz de produzir o contágio:

Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Perigo para a vida ou saúde de outrem

In casu, o crime é doloso e somente pode ser praticado com a presença do elemento subjetivo especial **ou fim especial de agir** (tradicional “dolo específico”), não sendo punível em caso de dolo eventual, em face da **motivação específica** prevista no tipo (“com o fim de transmitir a outrem moléstia grave...”).

É o caso, por exemplo, da pessoa que se dirige a um ambiente fechado (elevador com capacidade *máxima* ocupada), com o intuito direto de transmitir o vírus a terceiros.

Registre-se, ainda, que trata-se de delito formal, não sendo necessária, para a sua consumação, a incidência de resultado naturalístico, que seria o efetivo contágio das vítimas *situadas* no local (elevador, conforme o exemplo acima).

Perigo para a vida ou saúde de outrem

Em relação à tipificação do delito em comento, prescreve o Código Penal:

Art. 132 – Expor a vida ou a saúde de outrem a perigo direto e iminente:

Pena – detenção, de três meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.

Parágrafo único. A pena é aumentada de um sexto a um terço se a exposição da vida ou da saúde de outrem a perigo decorre do transporte de pessoas para a prestação de serviços em estabelecimentos de qualquer natureza, em desacordo com as normas legais. (Incluído pela Lei nº 9.777, de 1998)

O delito é de **perigo concreto e doloso (dolo genérico ou eventual)**, consumando com a conduta relacionada à exposição da vida ou saúde de terceiros. É o caso do agente que, sabendo do seu contágio, resolve descumprir a determinação médica e legal de isolamento, e se desloque para um local público onde exista aglomeração de pessoas, expondo-as à perigo direto e iminente de contágio ou assumindo o risco de produzir o resultado.

Além disso, o tipo penal **tem natureza subsidiária**, porquanto só incide nas hipóteses em que o comportamento do agente não constituir delito mais grave.

Crime de desobediência

Em relação à infração criminal de desobediência (art. 330), a lei pode ser aplicada se, por exemplo, um agente público determinar que seja disseminada uma aglomeração em determinado local com a finalidade de evitar a disseminação do vírus (reunião de inúmeras pessoas em local público), e o indivíduo se recusar a cumprir a ordem legal, sem motivo justificado, atuando de forma consciente e voluntária (dolo genérico).

O bem jurídico protegido é a **administração pública**, tutelando-se a sua autoridade e prestígio, sendo ainda delito comum, isto é, pode ser praticado por qualquer pessoa.

Ademais, o tipo penal não se configura quando houver um simples pedido ou solicitação do funcionário, mas sim na hipótese de uma ordem legal e individualizada de **funcionário público** competente, dirigindo-se àquele que tem o dever jurídico de obedecê-la.

Eis o teor do disposto no artigo 330 do Código Penal:

Art. 330 – Desobedecer a ordem legal de funcionário público:

Pena – detenção, de quinze dias a seis meses, e multa.

Crime contra a economia popular

Se o agente provocar o aumento de preço de álcool em gel, aproveitando-se do momento de crise e demanda extraordinária do produto durante o período da pandemia, visando angariar lucros desproporcionais em detrimento da sociedade e do consumidor, incidirá em crime contra a economia popular. Nesse ponto, vejamos o teor do **art. 3º da Lei 1.521/51** :

Art. 3º. São também **crimes** desta natureza:

I – destruir ou inutilizar, intencionalmente e sem autorização legal, com o fim de determinar alta de preços, em proveito próprio ou de terceiro, matérias-primas ou produtos necessários ao consumo do povo;

II – abandonar ou fazer abandonar lavoura ou plantações, suspender ou fazer suspender a atividade de fábricas, usinas ou quaisquer estabelecimentos de produção, ou meios de transporte, mediante indenização paga pela desistência da competição;

III – promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transportes ou comércio;

IV – reter ou açambarcar matérias-primas, meios de produção ou produtos necessários ao consumo do povo, com o fim de dominar o mercado em qualquer ponto do País e provocar a alta dos preços;

V – vender mercadorias abaixo do preço de custo com o fim de impedir a concorrência.

VI – provocar a alta ou baixa de **preços de mercadorias**, títulos públicos, valores ou salários por meio de notícias falsas, operações fictícias **ou qualquer outro artifício**;

É a hipótese do empresário que, aproveitando-se da situação de emergência ou calamidade pública, promover o súbito aumento nos preços, sem motivo justificado, ou seja, atuando de forma consciente e voluntária para provocar o

aumento de preço mediante o artifício (expediente habilidoso) de que o produto estaria em “falta no mercado”.

Crimes contra as relações de consumo

Em relação ao delito contra os consumidores, trazemos a seguinte tipificação prevista no CDC (Código de Defesa do Consumidor- Lei n.º 8.078/90):

Art. 66. Fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante sobre a natureza, característica, **qualidade**, quantidade, segurança, desempenho, durabilidade, **preço** ou garantia de produtos ou serviços:

Pena – Detenção de três meses a um ano e multa.

§ 1º Incorrerá nas mesmas penas quem patrocinar a oferta.

§ 2º Se o crime é culposos;

Pena Detenção de um a seis meses ou multa.

Com efeito, o agente que fizer afirmação falsa sobre dados essenciais do álcool em gel poderá responder pelo aludido delito previsto no Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Cite-se o exemplo do **anúncio** da venda de álcool em gel a 70% (setenta por cento), embora o produto efetivamente contivesse apenas 46% (quarenta e seis por cento), ofertando-se mercadoria com característica e conteúdo falsos em detrimento da saúde e boa-fé dos consumidores.

O fato (objeto de tutela do direito penal) consubstancia-se mediante **conduta dolosa**, isto é, a vontade livre e consciente do agente de **fazer afirmação falsa** ou enganosa de produto ou serviço, omitindo informação relevante ou patrocinando oferta de mercadorias com dados inverídicos, **sem que haja a necessidade da respectiva aquisição do bem ou produto por parte do consumidor**.

De outra parte, **se houver indução do consumidor a erro** (instigação, inspiração de ideias, etc) ou a efetiva aquisição do produto com características não correspondentes à sua natureza ou qualidade, o agente poderá responder pelo crime contra as relações de consumo previsto do **art. 7º, VII, da Lei 8.137/90**, com penas de detenção **de 02(dois) a 05 (cinco) anos** ou multa, conforme a seguir descrito: **“induzir o consumidor ou usuário a erro, por via de indicação ou afirmação falsa ou enganosa sobre a natureza, qualidade do bem ou**

serviço, utilizando-se de qualquer meio, inclusive a veiculação ou divulgação publicitária” (grifos acrescidos).

Crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais

O tipo penal em análise tem previsão legal no artigo 273 do código penal (CP), conforme abaixo transcrito:

Art. 273 – Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: **(Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)**

Pena – reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa. **(Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)**

§ 1º – Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado. **(Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)**

§ 1º-A – Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico. **(Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)**

§ 1º-B – Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições: **(Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)**

I – sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente; **(Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)**

II – em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior; **(Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)**

III – sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização; **(Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)**

IV – com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade; **(Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)**

V – de procedência ignorada; **(Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)**

VI – adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente. **(Incluído pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)**

Modalidade culposa

§ 2º – Se o crime é culposo:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. **(Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)**

O ilícito tem a característica de ser “**misto alternativo**”, ou seja, a incidência de mais de um núcleo do tipo configura crime único, consumando-se, dentre outras hipóteses, com a comprovação do intuito de promover a falsificação ou adulteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais (conduta dolosa, salvo a hipótese de crime culposo previsto no §2º do CP), sendo considerado **crime de perigo abstrato, isto é, prescinde da demonstração do efetivo perigo à saúde pública.**

Em relação ao objeto material, preleciona **Cleber Masson**:

É o produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, ou seja, a substância líquida ou sólida voltada à atenuação da dor ou cura dos enfermos, ou ainda a matéria destinada à prevenção dos males que acometem os seres humanos” (MASSON, Cleber. Código Penal Comentado. São Paulo: editora método. 2018, p. 1028).

Para fins de comprovação do fato criminoso, exige-se laudo **pericial** ou outro meio de prova apto a certificar a efetiva adulteração ou falsificação do produto (*caput* do art. 273 do CP), **dispensando-se a perícia, porém, no caso do §1º-B, III e V, haja vista tratar-se de delito formal**, que se aperfeiçoa com a simples importação, venda, exposição à venda, depósito, distribuição ou entrega a consumo do produto sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização, ou de procedência ignorada, conforme se nota da seguinte ementa de decisão oriunda do Superior Tribunal de Justiça:

(...) MANUTENÇÃO EM DEPÓSITO DE SUBSTÂNCIAS MEDICAMENTOSAS IMPRÓPRIAS AO CONSUMO. DESNECESSIDADE DE LAUDO PERICIAL PARA COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DELITIVA. DELITO FORMAL. MÁCULA INEXISTENTE. **É dispensável a confecção de laudo pericial para a**

comprovação da materialidade do delito previsto no artigo 273, § 1º-B, incisos III e V, do Código Penal, tendo em vista tratar-se de delito formal, que se aperfeiçoa com a simples importação, venda, exposição à venda, depósito, distribuição ou entrega a consumo do produto sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização, ou de procedência ignorada. Precedentes... **(STJ, 5ª Turma, HC 356047/SP, Rel. Jorge Mussi, Dje 05/12/2018)**

A principal distinção em relação à infração criminal prevista no artigo 66 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) está adstrita ao fato de que nesta hipótese o produto em si não é falso, consumando mediante declarações falsas sobre a natureza, quantidade e qualidade do álcool em gel, enquanto o crime do art. 273 (*caput*) do Código Penal (CP) impescinde (necessita) de comprovação da respectiva falsificação, corrupção, adulteração ou alteração do produto.

É válido ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu a **inconstitucionalidade na aplicação do preceito secundário previsto no artigo §1º-B do artigo 273 (pena de 10 a 15 anos de reclusão, e multa)**, em razão da violação ao princípio da proporcionalidade, haja vista a equiparação desproporcional e irrazoável na aplicação de elevadas penas para o agente responsável pela falsificação do produto e aquele identificado como o autor da comercialização de determinado bem de origem ignorada ou o responsável pela importação de medicamentos sem registro, tendo, "por ajuste principiológico", fixado a orientação de aplicação da sanção cominada ao delito de tráfico de entorpecentes **(05 a 15 anos de reclusão, além de multa)**, estando a discussão pendente de definição no Supremo Tribunal Federal (repercussão geral reconhecida no recurso extraordinário (RE) 979962).

Eis a respectiva ementa da decisão oriunda do Tribunal da cidadania:

(...) **INCONSTITUCIONALIDADE DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO ARTIGO 273, § 1º-B, DO CÓDIGO PENAL.** APLICAÇÃO ANALÓGICA DA PENA DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. **1. A Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no Habeas Corpus n. 239.363/PR, declarou a inconstitucionalidade do preceito secundário do artigo 273, § 1º-B, do Código Penal**, autorizando a aplicação analógica das penas previstas para o crime de tráfico de drogas. **2.** Analisando o referido julgado, esta colenda Quinta

Turma firmou o entendimento de que, diante da ausência de ressalva em sentido contrário, **é possível a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 no cálculo da pena dos condenados pelo delito previsto no artigo 273, § 1º-B, do Estatuto Repressivo.** Precedentes. (STJ, 5ª Turma, HC 488299/PR, Rel. Jorge Mussi, DJe 28/03/2019)

De outra parte, impende registrar que a **ANVISA** considera **o álcool em gel a 70%** como **medicamento antisséptico**, devendo ser produzido conforme as boas práticas de fabricação de medicamentos, cujos critérios de elaboração são mais rigorosos dos exigidos para a produção de cosméticos (<http://portal.anvisa.gov.br/anvisa-esclarece?>. Acesso em 25 de março.2020).

Além disso, a **Secretaria de Saúde do Estado do Paraná, por intermédio de nota técnica**, manifestou-se no sentido de que o álcool etílico em gel na condição de **medicamento** deve conter em seu rótulo a especificação mínima de 70% (setenta por cento) na sua composição (<http://www.saude.pr.gov.br/arquivos/File/NotaTecnicaAlcoolGelcompleto.pdf> Acesso em 25 de março.2020).

Portanto, o sujeito ativo da ilicitude criminal poderá ser preso em flagrante e responder criminalmente pelo delito *sub examine*, se for flagrado comercializando produto falsificado com a suposta “roupagem” de álcool em gel para prevenção e/ou eliminação da Covid-19.

Destinação de valores para minimização da Covid-19:

Nas hipóteses de infrações penais **sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos**, o Membro do *Parquet* poderá propor **acordo de não persecução penal**, com a destinação dos valores correspondentes à aplicação da prestação pecuniária aos fundos de saúde, para fins de aquisição de equipamentos e insumos ligados a **ações de enfrentamento do novo coronavírus**, conforme disposto no art. 3º da Resolução Conjunta Presi-CN n.º 01, de 20 de março/2020, do Conselho Nacional do Ministério Público-CNMP c/c art. 9º da Resolução n.º 313, de 19 de março/2020, do Conselho Nacional de Justiça-CNJ.

No mesmo sentido, os aludidos atos normativos também viabilizam a destinação de recursos oriundos do cumprimento da pena de prestação pecuniária, transações penais (pena máxima não superior a 02(dois) anos- art. 61 da Lei n.º 9.099/95), e/ou suspensão condicional do processo (pena mínima igual ou inferior a 01(um) ano- artigo 89 da Lei dos Juizados Especiais Criminais), a fim

de que sejam direcionados à aquisição de materiais e equipamentos médicos necessários **ao combate da Covid-19**.

CONCLUSÃO:

As infrações penais relacionadas ao descumprimento das respectivas normas são de **ação penal pública incondicionada**, ou seja, independem de provocação da vítima, podendo ser instaurada a investigação por parte do Delegado de Polícia ou Membro do Ministério Público, assim como lavrado termo circunstanciado ex officio (de ofício) pela autoridade policial e posteriormente submetido à apreciação do titular da ação penal (Ministério Público) para fins de propositura de transação penal ou denúncia, caso seja comprovada a materialidade e autoria do fato.

Enfim, diante da proliferação da aludida pandemia, é necessário que toda a sociedade se conscientize e auxilie na contenção e minimização dos efeitos negativos da propagação da Covid-19, cumprindo as **determinações** do Poder Público, e atentando, **sempre que possível**, para a observância das **recomendações e orientações** emanadas dos órgãos públicos e dos profissionais da área de saúde, no intuito de salvaguardar os direitos à vida e à saúde da população.

REFERÊNCIAS:

Anvisa esclarece. Disponível em <http://portal.anvisa.gov.br/anvisa-esclarece?>. Acesso em 25 de março.2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal parte especial 4**. São Paulo: Saraiva, 2014.

Coronavírus: **MP esclarece sobre responsabilização criminal para descumprimento de medidas preventivas à doença e prática de preços abusivos**. Disponível em <https://www.mprs.mp.br/noticias/50852/>. Acesso: em 24 de março. 2020.

Dos Santos, Helivânia Sardinha. <https://www.biologianet.com/curiosidades-biologia/quarentena.htm>. Acesso em 21 de março. de 2020.

Governo edita portaria que autoriza internação e quarentena compulsória. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/governo-edita-portaria-autorizando.pdf>. Acesso em 21 de março. de 2020.

MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. São Paulo: editora método. 2018.

Nota técnica álcool em gel completo. pdf. Disponível em <http://www.saude.pr.gov.br/arquivos/File/NotaTecnicaAlcoolGelcompleto.pdf>
Acesso em 25 de março.2020.

REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

DANILO FERREIRA PENHA:
Bacharelando em Direito pela Universidade Brasil, campus Fernandópolis.
Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Brasil – Campus Fernandópolis, como requisito parcial para obtenção de grau de Bacharel em Direito. Orientador: Prof. Dr. **André de Paula Viana** e Prof. Me. **Marcia Kazume Pereira Sato**.

RESUMO: A Maioridade penal é um assunto que instiga o censo crítico da população Brasileira que por sua vez manifesta distintas opiniões, dividida pelos os que são favoráveis a concretização do Projeto de redução da maioridade penal e os que lutam para que tal projeto não entre em vigor. A temática também é discutida constantemente na câmara de deputados entre parlamentares, porém até o momento não houve essa redução pelo fato do projeto ainda está em processo de tramites legais para tal. Portanto cabe-nos os seguintes questionamentos: A redução da maioridade penal realmente trará soluções para a criminalidade e violência? É de conhecimento da sociedade as medidas que são aplicadas aos menores infratores perante o ECA? O estado tem cumprido seu papel de implantar políticas Públicas que garantam o desenvolvimento pessoal e social das crianças e adolescentes? Com base na emergência desta temática, pretende-se contextualizar os caminhos que levaram o processo de concretização dos direitos da criança e adolescentes, bem como o Estatuto da criança e adolescentes através de artigos referentes a direitos e deveres a serem aplicados ao referido público e a ausência do estado na implantação de Políticas Públicas voltadas ao desenvolvimento pessoal e social das crianças e adolescentes.

Palavras-chave: Redução da Maioridade Penal. ECA. Políticas Públicas.

ABSTRACT: Criminal Majority is a matter that instigates the critical census of the Brazilian population, which in turn expresses different opinions, divided by those who favor the implementation of the Project to reduce the legal age and those who fight for such project not to come into force. The issue is also constantly discussed in the Chamber of Deputies among parliamentarians,

but so far there has been no reduction because the project is still in the process of legal proceedings for such. Therefore we have the following questions: Does reducing the legal age of majority really bring solutions to crime and violence? Is society aware of the measures that are applied to juvenile offenders before ECA? Has the state fulfilled its role of implementing public policies that guarantee the personal and social development of children and adolescents? Based on the emergence of this theme, we intend to contextualize the paths that led to the process of realizing the rights of children and adolescents, as well as the Statute of children and adolescents through articles referring to rights and duties to be applied to this public and to absence of the state in the implementation of Public Policies aimed at the personal and social development of children and adolescents.

Keywords: Reduction of Criminal Majority. ECA. Public Politics.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 TRAJETÓRIA HISTÓRICA- LEGISLAÇÕES E NORMATIVAS DESTINADAS ÀS CRIANÇAS E ADOLESCENTES. 2.1 Inimputáveis. 2.2 Atos infracionais. 2.3 Medidas socioeducativas. 3 AS CONTROVERSAS DA MAIORIDADE PENAL. 4 ATUALIDADE. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

Assegurado pelo Estatuto da Criança e Adolescente a inimputabilidade para esse público é justificada pelos critérios biológicos. No contexto atual é muito comum o envolvimento dos menores de 18 anos na prática de atos infracionais, causando assim uma polêmica social onde parte de representantes políticos, parte do poder legislativo e executivo e parte da sociedade que optam por medidas mais severas, crendo que a aprovação da maioria penal irá solucionar ou ao menos amenizar a criminalidade por parte dos adolescentes e crianças.

Já a outra parte entende que os adolescentes devem permanecer sobre a proteção especial assegurada no ECA, bem como o cumprimento de medidas socioeducativas quando cometido atos em desacordo com a legislação. Cumpre esclarecer que ao menores infratores não ficam impunes, mas cumprem medidas estabelecidas no Art 112 do ECA.

Na atualidade as crianças e adolescentes necessitam de aportes culturais, educacionais, esportivos dentre outros necessários para seu desenvolvimento integral, entretanto há ausência de Políticas Públicas suficientes e que contemple a realidade do público infantil e juvenil.

A fim de ampliar a discussão, o artigo traz e fundamentação por trajetórias relacionadas em momentos históricos de avanços e retrocessos de direitos da criança e adolescente. Também buscou interpretações possíveis para o fenômeno jurídico em análise - no caso, a redução da maioria penal.

2. TRAJETÓRIA HISTÓRICA - LEGISLAÇÕES E NORMATIVAS DESTINADAS ÀS CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Em décadas passadas, historicamente falando, as crianças e adolescentes não eram reconhecidas como sujeitos de direitos, em determinados casos eram vítimas a situações desumanas e degradantes, obtendo punições extremamente severas. Na antiguidade os pais tinham total autonomia para punir seus filhos da maneira que achavam provenientes, sendo assim, os filhos sofriam graves lesões pois o genitor entendia que era a melhor forma de educá-los. Em determinados casos a criança vinha a óbito e o agressor ficava impune.

Durante a fase imperial tem início a preocupação com os infratores, menores ou maiores, e a política repressiva era fundada no temor ante a crueldade das penas. Vigente nas Filipinas, a imputabilidade era alcançada aos 7 anos de idade. Dos 7 aos 17 anos, o tratamento era similar ao do adulto, com certa atenuação na aplicação da pena. Dos 17 aos 21 anos de idade, eram considerados jovens adultos e, portanto, já poderiam sofrer pena de morte natural (por enforcamento). A exceção era o crime de falsificação de moeda, para o qual se autorizava a pena de morte natural para maiores de 14 anos (AMIM, 2014, p. 45).

No dia 11 de outubro de 1890 foi determinado a penalização de criança entre 9 e 14 anos, determinação está estabelecida pelo Código Criminal da República com o intuito de conter o aumento da violência urbana. Com o referido código as crianças entre 9 e 14 anos passavam por uma avaliação psicológica e posteriormente eram julgadas conforme o delito praticado. A pena era aplicada variavelmente, algumas crianças eram julgadas como uma pessoa adulta, já outras eram consideradas imputável.

Art. 27. Não são criminosos:

§ 1º Os menores de 9 anos completos;

§ 2º Os maiores de 9 e menores de 14, que obrarem sem discernimento;

§ 3º Os que por imbecilidade nativa, ou enfraquecimento senil, forem absolutamente incapazes de imputação;

§ 4º Os que se acharem em estado de completa privação de sentidos e de inteligência no ato de cometer o crime;

§ 5º Os que forem impelidos a cometer o crime por violência física irresistível, ou ameaças acompanhadas de perigo atual;

§ 6º Os que cometerem o crime casualmente, no exercício ou prática de qualquer ato lícito, feito com atenção ordinária;

§ 7º Os surdos-mudos de nascimento, que não tiverem recebido educação nem instrução, salvo provando-se que obraram com discernimento.

Em 10 de Dezembro de 1927 instaurou-se o 1º Código de Menores (uma lei de Assistência e proteção aos menores) que tornou os jovens imputáveis até os 18 anos. Na oportunidade foi criada a "escola de preservação para delinquentes" e a "escola de reforma para o abandonado".

Dia 14 de Dezembro de 1932, o Governo de Com reforma penal realizada no dia 14 de 1932, no Governo de Vargas, foi alterada a idade penal de 09 para 14 anos.

Em 1941 foi inaugurado o Serviço de Assistência a Menores (SAM) com intuito de atender todo o Brasil. Tratava-se de um órgão federal que mantinha a responsabilidade pelo controle da assistência aos menores em escala nacional. O atendimento também era direcionado aos "menores delinquentes", que eram encaminhados para internação em colônias correccionais e reformatórios.

Em meados de 64, a SAM foi extinta pelos militares no dia 1º de Dezembro de 1964 eles criaram a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (Funabem) e a Política Nacional do Bem-Estar do Menor (PNBEM), para que todas as ações na área fossem coordenadas.

Os militares também criaram as FEBEMS com o discurso de que a questão da infância deveria ser tratada como problema de segurança nacional.

Em 1975 ocorreu a 1ª Comissão Parlamentar de Inquérito (CPMI), responsável pela investigação sobre problemas referentes à criança desassistida no Brasil. Diante do que foi concluído, identificaram a necessidade de elaborar um novo Código de Menores. Quatro anos depois foi promulgado o 2º Código de Menores que fora descrito mediante uma doutrina de proteção integral, entretanto permaneceu baseado no paradigma do menor em situação irregular da legislação anterior de 1927.

Em Outubro de 1985 ocorreu uma mobilização titulada “Ciranda da Constituinte” onde milhares de meninos e meninas se reuniram em torno do Congresso nacional para reivindicar a aprovação da emenda na Constituição (que deu origem aos artigos 227 e 228 Constituição).

Em Março de 1988 ocorreu um encontro de vários segmentos organizados de defesa da criança e do adolescente, no qual foi instalado o Fórum de defesa das crianças e adolescentes (Fórum DCA), que obteve papel importante num espaço de discussões sobre a elaboração da nova Constituição e do ECA.

Ainda no ano de 1988, o povo Brasileiro e o representante do povo, reuniram uma assembleia Nacional, para discutir a respeito do direito do povo Brasileiro, e de uma forma legal chegaram à conclusão de que o a responsabilidade pena seria acima dos 18 anos de idade conforme descreve o artigo 227, da constituição federal de 1988.

“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.” (Art. 227. Constituição Federal, 1988).

Por intermédio de reivindicações e de movimentos sociais, no dia 13 de julho de 1990 foi aprovado no Congresso nacional o Estatuto das Crianças e adolescentes (ECA), que tem como finalidade de defender e zelar pelos direitos e acesso à cidadania e proteção da criança e adolescentes. Passando

ser vistas como sujeitas de direitos. O ECA foi publicado sobre a lei federal nº 8069.

2.1 Inimputáveis

O Estatuto da Criança e Adolescente em seu artigo Art. 104, dispõe de medidas para menores infratores no que diz:

São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei.

Parágrafo único. Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato.

A inimputabilidade também está prevista no Art. 27 do Código Penal em sua redação: Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

Doutrina da Proteção Integral originou-se da Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1989, sendo uma forma de conduzir um tratamento especial às crianças e aos adolescentes pela sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

No entendimento de Souza (2001, p. 75), proteger de forma integral é:

Dar atenção diferenciada à criança, rompendo com a igualdade puramente formal para estabelecer um sistema normativo que se incline na busca pela igualdade material, por meio de um tratamento desigual, privilegiando, a criança, assegurando-lhes a satisfação de suas necessidades básicas, tendo em vista sua especial condição de pessoa em desenvolvimento. (SOUZA, 2001, p. 75).

A Constituição Federal também assegura que menores de 18 anos sejam inimputáveis apresentado em seu artigo 228, ficando os menores sujeitos às normas da legislação especial.

2.2 Atos infracionais

São ações ilícitas cometidas por estes jovens que repercutem na grande maioria em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento.

O estatuto da criança e do adolescente define ato infracional em seu artigo 103, conceituando-o como uma conduta descrita como crime e contravenção penal.

Segundo Amim (2014), para caracterizar um ato infracional cometido por um adolescente, devem estar presentes os critérios que o tornem típico, antijurídico e culpável, sendo sua responsabilização tolerável. Entretanto, não se pode mais puni-lo como um adulto, tal como em décadas passadas.

Quanto ao autor Sposato (2013) a definição de ato infracional necessariamente tem que ser um fato típico, antijurídico e previamente descrito como crime ou contravenção penal. Ou seja, para caracterizar ato infracional, é necessário que tenha acontecido uma conduta dolosa ou no mínimo culposa.

Em concordância com o Estatuto, Amin (2014) salienta que nos artigos 171 a 190 estão dispostas as três fases de apuração do ato infracional: a primeira, realizada pela polícia; a segunda, pelo Ministério Público; e, por fim, pela área judicial.

A primeira se revela no artigo 173 quando descreve:

Em caso de flagrante de ato infracional cometido mediante violência ou grave ameaça a pessoa, a autoridade policial, sem prejuízo do disposto nos arts. 106, parágrafo único, e 107, deverá:

- I** - lavrar auto de apreensão, ouvidos as testemunhas e o dolescente;
- II** - apreender o produto e os instrumentos da infração;
- III** - requisitar os exames ou perícias necessários à comprovação da materialidade e autoria da infração.

Parágrafo único. Nas demais hipóteses de flagrante, a lavratura do auto poderá ser substituída por boletim de ocorrência circunstanciada.

O jovem é encaminhado ao ministério público para serem apurados os fatos cometido por eles, quando há indícios de participação do adolescente ou quando não foi afastada a hipótese de flagrante. A afirmativa refere-se ao art 179 do ECA:

Apresentado o adolescente, o representante do Ministério Público, no mesmo dia e à vista do auto de apreensão, boletim de ocorrência ou relatório policial, devidamente autuados pelo cartório judicial e com informação sobre os antecedentes do adolescente, procederá imediata e informalmente à sua oitiva e, em sendo possível, de seus pais ou responsável, vítima e testemunhas.

Parágrafo único: Em caso de não apresentação, o representante do Ministério Público notificará os pais ou responsável para apresentação do adolescente, podendo requisitar o concurso das polícias civil e militar.

2.3 Medidas socioeducativas

A medida socioeducativa é aplicada a todos cidadão que não completou a maioridade e que cometem ato infracional, ou seja transgressão de uma lei penal. A previsão legal a medida refere-se a Lei nº 8.069 de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, nos artigos 103 a 130, surgem como a manifestação do Estado em resposta ao ato infracional cometido pelo adolescente menor de 18 anos. Contudo, aos adolescente que comete ato infracional são estabelecidas medidas impostas no art 112 das tais:

- I – Advertência;
- II – Obrigação de reparar o dano;
- III – Prestação de serviço Comunidade;
- IV – Liberdade Assistida;
- V – Inserção em regime de semiliberdade;
- VI – Internação em estabelecimento educacional;
- VII – Qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

Cabe ressaltar que a determinação da medida se dá após levar em conta a capacidade do adolescente cumpri-la, as circunstancias e a gravidade da infração. A advertência consiste na recriminação verbal, aplicada pela autoridade judicial e reduzida a termo. É aplicada a prática de atos considerados menos graves.

A obrigação de reparar o dano ocorre quando a autoridade competente determina a devolução da coisa, o ressarcimento do prejuízo ou compensação do prejuízo por qualquer outro meio.

A condição peculiar de pessoa em desenvolvimento coloca os agentes envolvidos na operacionalização das medidas socioeducativas a missão de proteger, no sentido de garantir o conjunto de direitos, e educar, oportunizando a inserção do adolescente na vida social. O processo se dá a partir de um conjunto de ações que propiciem a educação formal, profissionalização, saúde, lazer e demais direitos assegurados legalmente. (VOLPI, 2002, p. 14)

Quanto a prestação de Serviço à Comunidade refere-se a realização de tarefas que o adolescente precisa executar de forma gratuita de interesses gerais a sociedade em instituições que possibilitem o desenvolvimento de relações sociais e o despertar do sentimento de responsabilização.

Tratando-se de Liberdade Assistida é uma medida complexa, que impõe obrigações coercitivas ao adolescente, este é acompanhado em suas atividades diárias (escola, família e trabalho) de forma personalizada, através da equipe de apoio a execução de medidas socioeducativas e de um orientador social.

Outra medida é a semiliberdade na qual refere-se a privação parcial da liberdade do adolescente que praticou o ato infracional, nesta modalidade durante o dia ele realiza suas atividades do dia-dia (trabalho/escola) e no período noturno retorna ao estabelecimento apropriado.

A internação é a medida socioeducativa mais severa e complexa a que o adolescente está sujeito em relação às outras descritas acima

Segue a definição precisa da internação trazida pelo art 121 do ECA

A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

§1º Será permitida a realização de atividades externas, a critério da equipe técnica, salvo expressa determinação judicial em contrário.

§2º A medida não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses.

§3º Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos.

§4º Atingindo o limite estabelecido no parágrafo anterior, o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semiliberdade ou de liberdade assistida.

§5º A liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade.

§6º Em qualquer hipótese a desinternação será precedida de autorização judicial, ouvido o Ministério Público (ECA).

Outra importante legislação a ser observada no atendimento a criança e ao adolescente em prática de ato infracional, concerne ao SINASE – Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, um projeto de lei aprovado por resolução do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA, que prevê normas padronizadoras aos procedimentos jurídicos que envolva as crianças e os adolescentes, este atendimento regula desde a apuração do ato até a aplicação das medidas socioeducativas.

3. AS CONTROVERSAS DA MAIORIDADE PENAL

O discurso de grande parte da população Brasileira, em dadas circunstâncias estão respaldadas em informações errôneas de que menores infratores não sofrem consequências dos seus atos, quando na verdade a eles são aplicadas medidas.

Algumas interpretações precipitadas contribuem para que a coletividade acredite que não existem leis para limitar a atuação ilícita dos adolescente em conflito com a lei, e muitos inclusive acreditam que a redução da maioridade penal seja a solução dos problemas. O adolescente em conflito com a lei precisa ser orientado, reconduzido a um processo de ressocialização e reintegração a sociedade, encaminhá-lo ao um sistema prisional, carente de infraestrutura, é apresentá-lo efetivamente ao mundo do crime.

Quando se trata do tema “redução da Maioridade Penal”, as pessoas vão logo dizendo que deveria sim reduzir a idade do menor infrator pois na maioria das vezes são os adolescentes que comentem os crimes, porém segundo dados levantados pelo Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SNAS), relato que jovens envolvidos no crime mais graves são bem baixos, observa que se reduzir a idade do adolescente não iria

mudar muito sobre o comportamento do jovem e adolescente, analisando o contexto nada nos declara de que se reduzir a idade do adolescente isso mudaria.

A sociedade e grandes metrópoles vem enfrentando diversos problemas relacionados a violência e o crime, então propôs uma emenda parlamentar que seria a PEC 171/2015 na qual informa que seria necessário alterar do artigo 28 do Código Penal e do artigo 228 da Constituição Federal.

Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

Ao realizarmos uma leitura da realidade podemos observar que o estado cada vez mais se isenta as suas responsabilidades, deixando de investir em políticas públicas voltadas ao público de crianças e adolescentes, as políticas existentes são fragmentadas e insuficientes, no que diz respeito a profissionalização, ao direito a esporte, lazer, educação, saúde entre outras. A falta de oportunidades é a porta de entrada para o mundo do crime que recruta um grande número de jovens, fazendo com que cometam infrações gravíssimas, levando até o cometimento de crimes hediondos (crimes repugnantes), acionando diversas discussões sobre a redução da maioridade penal.

Considerando-se o contexto de desigualdade social do País e um Estado sem condições de fornecer aporte a todos, considerando também a influência da mídia onde as pessoas valem pelo que tem e não pelo o que é, os jovens rendem-se facilmente ao mundo do crime.

A existência de deficiências e barreiras de acesso dos jovens pobres à educação e ao trabalho – os dois principais mecanismos, considerados lícitos, de mobilidade e inclusão social da nossa sociedade – bem como às estruturas de oportunidades disponíveis nos campos da saúde, lazer e cultura, contribuem para o agravamento da sua situação de vulnerabilidade social. Sem escola, sem trabalho ou com inserção laboral precária, os jovens ficam mais desprotegidos e, conseqüentemente, mais expostos, por exemplo, à cooptação pelo crime organizado.

Como concluir que a legislação atual é ineficaz se a política pública que deveria traduzir e concretizar os princípios da lei não alcança o conjunto dos adolescentes brasileiros? Por todas essas questões não respondidas ainda

não é possível concluir que a legislação penal juvenil no Brasil não funciona, tampouco se pode afirmar que a redução da maioridade penal irá diminuir o problema da criminalidade juvenil, ou ainda, que essa última seria mais efetiva do que as medidas preconizadas no ECA.

Segundo Saraiva (2010), reduzir a idade penal é inconstitucional, por ser um direito e garantia individual, conforme exposto no artigo 60, inciso IV, da Constituição e, sendo reconhecida como cláusula pétrea, não é admissível qualquer emenda. O autor lembra que a sociedade confunde a inimputabilidade penal com a exclusão de responsabilidade, porém o ECA prevê medidas socioeducativas e de proteção eficazes, de acordo com o ato ilícito cometido pelo menor infrator.

Outro posicionamento de relevante expressão é o da Ordem de Advogados do Brasil (OAB), que em 2015 afirmou ser imutável a redução da maioridade penal, por ser cláusula pétrea. Portanto, a instituição era contrária à medida, acreditando que devam ser encaminhadas outras soluções:

Algumas informações e de que a AOB relata que o estado brasileiro deveria primeiro cumprir com suas obrigações sociais de dizer que a culpa e a falta de segurança no sistema da redução da maioridade. Observa que aumenta o número de detido, e o crime cada dia que se passa vai aumentando.

A OAB não descarta ingressar com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, caso a proposta prospere no Congresso Nacional. O que precisa ser feito por todos, Legislativo, Executivo e Judiciário, e por toda a sociedade civil organizada, é buscar meios de melhorar as condições de vida dos adolescentes, principalmente, os mais pobres. Se eles não têm escola, não têm educação profissionalizante, não têm esporte, não são acolhidos pelo Estado, podem ser atraídos para o tráfico, além do estabelecimento de um sistema de internação que efetivamente ressocialize. (OAB, 2015).

Segundo AOB deixa claro que todo esse sistemas acima citados deveria passar por uma reestruturação, pois a grande parte da sociedade ou até mesmos as crianças, jovens e adolescente não tem sua infância almejada, pois muitos deles não tem uma escola digna uma educação plena como deveria ser, e com isso fica mais fácil eles enterrem no mundo do crime, pois em grandes partes da periferias não tem escolas para oferecer a educação.

É verdade que alta sociedade quer um país preciosamente e com menos criminalidade, mais com a emenda da redução mesmo que seja simples não irá trazer muitos benefícios esperado pela sociedade.

Sem receberem o tratamento adequado, esses seres humanos acabam virando peças vulneráveis para o cometimento de infrações e sentem-se acolhidos nas instituições criminosas (OAB, 2015).

Conforme o trecho acima deixa claro que sem os devidos recursos necessário as crianças, jovens e adolescente fica sem amparo pelo o Estado e aonde fica mais fácil eles encarar p mundo do tráfico e do crime, pois e ai que eles encontra uma “solução, amparo”, para se proteger um até mesmo para se divertir.

4. ATUALIDADE

No ano de 2016, foi aprovada na Câmara dos deputados a emenda (PEC 171/2015) na qual reduziria a maioria penal para 16 anos nos casos de crimes graves, ex: estupro e homicídio.

Segundo o presidente do Brasil Jair Bolsonaro, no qual ele relata que seria a favor sobre o projeto de lei para que fosse aprovada a redução, quando estava em campanha política, com o argumento do mesmo ele relata que “rasgaria o (ECA)”.

Alguns doutrinadores diz que, os adolescentes infratores tem consciência de seus atos praticados, desta forma os infratores recebem as punições na qual cumpre com as penas e saem sem antecedentes criminais.

Já outro doutrinadores diz que o menor infratores eles estão em formação e com isso mancharia suas vidas com os antecedentes criminais, pois nosso país tem grande preconceito com ex-presidiários, isso não diminuiria a violência. Pois se colocarmos um adolescente em uma prisão eles serviriam de mão de obra para as facções criminosas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É necessário que os líderes se conscientizem sobre a complexidade da maioria penal, pois ao invés de ser uma forma de combater a criminalidade pode ser um incentivo aos traficantes e mandantes de crimes para usarem crianças e adolescentes abaixo de 16 anos de idade.

Ao invés do estado aplicar recursos na área penitenciária é importante que invista na qualidade de vida das crianças e adolescentes, que haja investimento na política de educação, de cultura, de assistência social, melhor investimento em programas e projetos de Jovem Aprendiz entre outros que auxiliam no desenvolvimento integral do referido público.

A conjuntura atual nos mostra o quanto as crianças e adolescentes precisam de atenção especial, e não se atentar a esses fatos pode nos trazer consequências cada vez mais severas. A fase da infância e adolescência é permeada por constante mudança, sua evolução perpassa por todas as atividades sendo nítida a capacidades de transformação e se foram incentivados certamente serão geradores de mudanças positivas.

O UNICEF expressa sua posição contrária à redução da idade penal, assim como a qualquer alteração desta natureza. Acredita que ela representa um enorme retrocesso no atual estágio de defesa, promoção e garantia dos direitos da criança e do adolescente no Brasil. A Organização dos Estados Americanos (OEA) comprovou que há mais jovens vítimas da criminalidade do que agentes dela.

O Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) defende o debate ampliado para que o Brasil não conduza mudanças em sua legislação sob o impacto dos acontecimentos e das emoções. O CRP (Conselho Regional de Psicologia) lança a campanha Dez Razões da Psicologia contra a Redução da idade penal CNBB, OAB, Fundação Abrinq lamentam publicamente a redução da maioridade penal no país.

É de costume apontar um leque de problemática principalmente em situações de violência juvenil, mas pouco se fala em potencialidades e criação de estratégias para melhorar a qualidade de vida destes. Devemos sim buscar soluções para que estes sejam responsabilizados pelas atitudes criminais, entretanto já existe consequência para atos infracionais onde adolescentes respondem medidas impostas pelo estatuto da criança e adolescente, bem como, internação em Fundação Casa, serviço comunitário, reparação de danos, liberdade assistida e semiliberdade. O desafio de nossa sociedade está em compreender a situação dos adolescentes, e analisar se há necessidade de encarcerar menores que cometem atos infracionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMIN, Andréa R. **Evolução histórica do direito da criança e do adolescente.** In: MACIEL, Katia R. F. L. A. (Coord.). Curso de Direito da Criança e do

Adolescente: aspectos teóricos e práticos. 7. ed. Revista e atualizada. Saraiva: São Paulo, 2014.

BELO HORIZONTE, **Medidas Socioeducativas em meio aberto**. A experiência de Belo Horizonte, Volume 2. Caderno Santa Clara. Belo Horizonte, 2010.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.html> Acesso em nov. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em nov.2019.

DECRETO Nº 847, DE 11 DE OUTUBRO DE 1890 - Publicação Original, Manoel Deodoro da Fonseca, M. Ferraz de Campos Salles.

LIBERATI, Wilson Donizeti Liberati. **Direito da Criança e do Adolescente**. 2ª Edição. Editora Ridel. São Paulo, 2009.

OAB é contra a redução da maioridade penal. OAB, 2015. Disponível em: < <https://www.oab.org.br/noticia/28231/oab-e-contra-a-reducao-da-maioridade-penal>> Acesso em 15 de Set. 2019.

Portal EBC – **Empresa Brasil de Comunicação** – Cidadania – 13 de julho de 2015.

SARAIVA, Joao Batista Costa. **Compêndio de diereito penal juvenil-adolescente e ato infracional**. 4 ed. rev. e atual. Porto Alegre, 2010.

SCHNEIDER, Jairo Ismael. Bitstreram PDF. Disponível em

<<https://www.univates.br/bdu/bitstream/10737/1778/1/2017JairoIsmaelSchneider.pdf>> Acesso em Nov. de 2019.

SOUZA, Sérgio Augusto Guedes Pereira de. **Os direitos da criança e os direitos humanos**. Porto Alegre: safE, 2001.

SPOSATO, Karina B. **Direito Penal de Adolescentes**: Elementos para uma teoria garantista. São Paulo: Saraiva, 2013.

VOLPI, M. **O adolescente e o ato infracional** (4a ed.) São Paulo: Cortez; UNESCO. 2002

PRISÃO DOMICILIAR E AS HIPÓTESES DE CABIMENTO EM FACE DA DIGNIDADE HUMANA

FRANCIELEN APARECIDA DA SILVA CARVALHO DOMINGO: Bacharelanda em Direito pela Universidade Brasil. Campus Fernandópolis.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito da Universidade Brasil, como complementação dos créditos necessários para obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientadores: Prof. Me. Ademir Gasques Sanches e Prof. Me. Érica Molina dos Santos.

RESUMO: Diversas são as situações de cabimento da Prisão domiciliar, tais como medida cautelar, fase de cumprimento de pena e conversão de regimes inicialmente fechados. Os critérios e requisitos necessários tem previsão legal no código de processo penal, na lei de execução penal e subsidiariamente no código penal; tendo em vista as necessidades e particularidades de cada preso, e de acordo com os casos específicos previstos no nosso ordenamento jurídico brasileiro. Assim, a aplicação da prisão domiciliar atende não só o princípio da Dignidade Humana, mas também ameniza o caos das penitenciárias superlotadas; além de beneficiar o réu, diminui os gastos públicos, com o mesmo, pois ao invés do preso estar em uma cela estará em sua casa monitorado por dispositivo eletrônico. E conseqüentemente, os filhos e a família não serão tão prejudicados com a pena imposta aos seus genitores. E a sociedade assegurada que a justiça e a segurança pública está sendo feita.

Palavras-chave: Prisão; Domiciliar; Dignidade; Presos; Critérios.

ABSTRACT: There are several situations in which the house arrest is appropriate, such as precautionary measure, phase of serving the sentence and conversion of initially closed regimes. The necessary criteria and requirements are legally provided for in the Criminal Procedure Code, the Criminal Execution Law and, in the alternative, the Criminal Code; taking into account the needs and particularities of each prisoner, and in accordance with the specific cases provided for in our Brazilian legal system. Thus, the application of house arrest meets not only the principle of human dignity, but also alleviates the chaos of overcrowded penitentiaries; In addition to benefiting the defendant, it reduces public spending, as instead of the prisoner being in a cell will be in your home monitored by electronic device. And consequently, children and family will not be so harmed by

the penalty imposed on their parents. And society assured that justice and public safety is being done.

Keywords: Prison; Household; Dignity; Prisoners; Criteria.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DAS ESPÉCIES DE PRISÃO E TIPOS DA PRISÃO DOMICILIAR. 3. SITUAÇÕES, CRITÉRIOS E REQUISITOS QUE POSSIBILITAM A APLICAÇÃO DA PRISÃO DOMICILIAR. 4. PRISÃO DOMICILIAR CONTRA A SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA. 5. DIREITOS E GARANTIAS DA DIGNIDADE HUMANA. 6. FORMAS DE MONITORAMENTO E FISCALIZAÇÃO: TORNOZELEIRA ELETRÔNICA. 7. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Prisão que vem do latim *“carcerem, prensiõne-por prehensiõne”* = ato de prender. O vocábulo prisão tem vários sinônimos desde masmorra, clausura na antiguidade como nos dias atuais cadeia, cárcere, presídio, chilindró, gaiola entre outros, a questão é que a Prisão acaba com sua liberdade e conseqüentemente ocasiona traumas em várias pessoas, não só ao preso, mas também aos filhos e famílias que perdem seus laços maternos e paternos.

Ultimamente a Prisão Domiciliar que um é regime de detenção de uma pessoa em sua residência ou prédio adequado, aplicado como medida de prevenção ou como uma medida de pena, vem sendo uma temática muito abordada na sociedade pelos meios eletrônicos, bem como no mundo jurídico, tanto na questão da sua aplicabilidade se é faculdade ou obrigatoriedade, quanto em quem tem, pode ou deve ter o benefício.

Diante a sua notória importância o ordenamento jurídico recentemente, acrescentou mais critérios, requisitos e regulamentos que determinam em quais condições terá a sua aplicação, como se vê na inclusão da lei 13.769/2018.

A prisão Domiciliar não é tão somente benefício ao preso, mas também solução de cárceres superlotados, assim como, garantia e segurança a integridade física e direitos sociais do ser humano!

Visto que, a prisão domiciliar é uma modalidade legal e regulamentada em vários dispositivos da lei, porém nem sempre é colocada em prática, e por muitas vezes aqueles que mais necessitam ficam à espera da decisão de um juiz, para dizer se merece ou não o tal benefício.

Dado a este fato, este artigo baseou-se em levantar as hipóteses de cabimento da Prisão Domiciliar aliada a dignidade da pessoa humana, como forma

de resolução das problemáticas que encontram e assolam atualmente o regime prisional brasileiro.

Portanto tem como objetivo demonstrar, com base em levantamentos de dados doutrinários, sua necessidade de aplicação nos casos excepcionais, específicos e previstos em lei; para não ferir princípios constitucionais e normas legais do país.

2. DAS ESPÉCIES DE PRISÃO E TIPOS DA PRISÃO DOMICILIAR

Prisão é a privação da liberdade de locomoção do indivíduo; que fica encarcerado em uma cela ou estabelecimento adequado; determinada por ordem escrita e fundamentada, da autoridade judicial competente, salvo em casos de flagrante delito, exceções artigos 136 parágrafo 3º, da Constituição Federal de 1988 e em transgressões militares.

De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, existem como forma de aplicabilidade da lei e força da segurança pública, prisões típicas e nominadas que são: Prisão em Flagrante delito ocorre antes das investigações e até mesmo do processo, assim é uma medida pré-cautelar/processual; prisão Temporária prevista em lei especial 7960/89 decretada durante as investigações e com prazos determinados na lei; Prisão Preventiva que tem natureza processual cautelar, é antes do trânsito em julgado; e em questão a Prisão Domiciliar, prevista no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal.

Nesse sentido, a Prisão Domiciliar é a prisão do indiciado ou acusado como uma medida cautelar, antes de finalizar o processo crime no caso de substituição da prisão preventiva, e outra situação, é a Prisão Domiciliar como fixação da pena, a pessoa está na fase de execução penal, em que irá cumprir a pena imposta seja ela a privativa de liberdade após a condenação transitada e julgado. A prisão domiciliar em questão consiste no recolhimento da pessoa em sua residência ou albergue, só podendo ausentar-se com autorização judicial.

Assim devemos entender e diferenciar o momento da aplicabilidade da prisão Domiciliar e em que consiste, pode-se afirmar que:

É importante contextualizar o tema, prisão domiciliar é prevista tanto no CPP, disciplinada nos artigos 317 e 318 do Código de Processo Penal e no artigo 117 da Lei de Execuções Penais, tratando-se, contudo, de institutos diferentes, conforme se passa a demonstrar: A Lei de Execução Penal, ao versar sobre a prisão domiciliar, alude à probabilidade de a pessoa já condenada cumprir a sua pena

privativa de liberdade na própria residência. Trata-se, portanto, da execução penal (cumprimento da pena) na própria residência. O Código de Processo Penal, ao tratar da prisão domiciliar, está se referindo à possibilidade de o réu, em vez de ficar em prisão preventiva, permanecer recolhido em sua residência. Trata-se de uma medida cautelar por meio da qual o réu, em vez de ficar preso na unidade prisional, permanece recolhido em sua própria residência. Continua tendo natureza de prisão, mas uma prisão em casa (SILVA, 2019).

Ademais, no código penal em seu artigo 33 aborda os tipos de regimes de reclusão e detenção, e a determinação do regime inicial dosado pela pena máxima seguindo os critérios do parágrafo 1, 2, 3, e 4 do Código Penal, dos tipos de regimes: Regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; Regime semiaberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; Regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado;

Assim sendo, a prisão domiciliar encaixa no regime aberto de detenção de acordo com o Código Penal e a Lei de Execução Penal nº 7210/84 no Capítulo IV, Da Casa do Albergado: "Art. 93. A Casa do Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana." e "Art. 94. O prédio deverá situar-se em centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga."

Art. 95. Em cada região haverá, pelo menos, uma Casa do Albergado, a qual deverá conter, além dos aposentos para acomodar os presos, local adequado para cursos e palestras.

Parágrafo único. O estabelecimento terá instalações para os serviços de fiscalização e orientação dos condenados.

O regime domiciliar pode ser dividido em três categorias.

Além dos tipos de regimes, que engloba o regime domiciliar, temos o mesmo dividido em três categorias como: prisão albergue comum, prisão albergue domiciliar e prisão albergue de fins de semana ou descontínua. Desse modo o detento pode trabalhar e estudar para se reintegrar dentro da sociedade através das prisões domiciliares, além de também ter a possibilidade de aguardar o julgamento em

casa. Entretanto, deve-se ressaltar que o histórico do detento ou suspeito deve ser levado em consideração, pois a modalidade em que o mesmo irá se enquadrar poderá depender da sua vida pessoal, ou seja, se ele já tem passagem pela polícia, se tem residência física, emprego com carteira assinada, em alguns casos faz-se necessário alguns exames para averiguar a saúde mental do suspeito etc... (MATOS; NOGUEIRA, 2019).

Conforme exposto, o regime domiciliar abrange a prisão albergue comum, prisão albergue domiciliar e prisão albergue de fins de semana ou descontínua.

Prisão albergue comum é aquela em que se baseia na confiança e auto responsabilidade do condenado, onde o local do cumprimento da pena é uma casa ou albergues, longe de presídios e sem contato com os demais presos, possibilitando-o trabalhar sem vigilância e escolta durante o dia, tendo que voltar a noite para dormir na prisão. A prisão albergue domiciliar é aquela em que o preso cumpre a pena em casa, sendo de total responsabilidade do mesmo manter-se em casa, podendo sair de casa apenas para trabalhar. Já a prisão albergue de fins de semana ou descontínua, o local que o preso cumpre a pena é no albergue, ou na seção especial do presídio, cadeia ou distrito policial, sem contatos com outros presos e outros regimes, onde o mesmo poderá conviver com a família durante a semana e se recolher aos finais de semana... (JACQUES, 2004, p.29 *apud* MATOS; NOGUEIRA,2019).

3. SITUAÇÕES, CRITÉRIOS E REQUISITOS QUE POSSIBILITAM A APLICAÇÃO DA PRISÃO DOMICILIAR

Dentre as previsões jurídicas no ordenamento brasileiro, transcritas no código

de processo penal, bem como, na lei de execução penal, são elencados regramentos e situações que possibilitam a aplicabilidade da prisão Domiciliar, tendo em vista as particularidades e casos concretos do ser humano.

Sendo assim, a lei traz condições específicas para a conversão ou substituição de uma prisão em regime fechado, dentro de uma cela em regime prisional, para a prisão domiciliar que, condiz no recolhimento do preso em sua residência.

O código de processo penal nos artigos 317,318,318-A, 318-B nos elencam tais requisitos:

ART.318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

- maior de 80 anos;
- extremamente debilitado por motivo de doença grave;
- imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;
- gestante;
- mulher com filho de ate 12 (doze) anos de idade incompletos;
- homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Bem como, exige-se comprovação de prova idônea dos requisitos acima citados no caso concreto do indiciado ou acusado.

ART. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que: (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente. (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

Art. 318-B. A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código. (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

Diante de várias possibilidades previstas em lei a discussão é a faculdade ou obrigatoriedade de admitir-se a Prisão Domiciliar nessas situações elencadas no código de processo penal, pois a letra da lei nos traz diversos entendimentos como abordou os autores: (Cunha et al. 2018) citam os argumentos a seguir.

Segundo Lima (2015, p. 998 apud CUNHA, 2018):

Para quem a determinação da prisão preventiva em estabelecimento prisional em domiciliar deve ser norteada por sua adequação ao caso concreto, sendo que as hipóteses apresentadas no artigo 318 constituem requisitos mínimos, ou seja, faz-se por necessário que a acusada se enquadre em um dos casos ali previstos para que se inicie a avaliação de ser ela merecedora ou não da conversão da prisão, mas o fato de ter ela a qualidade ali expressa não lhe dá, imediatamente, o direito à conversão, carecendo de um juízo complementar que compete ao magistrado, devendo este avaliar se manter a presa em prisão domiciliar é medida satisfatória para sanar quaisquer perigos que ela pode gerar no desenrolar do processo (com vistas à conveniência da instrução criminal, à garantia da ordem pública ou econômica ou para assegurar a aplicação da Lei Penal) ou não, caso em que será imprescindível a manutenção da prisão preventiva em estabelecimento prisional.

Para quem deve ser observado especialmente que a norma traz consigo a expressão “poderá” e não “deverá”, o que, por conseguinte, faz com que se entenda que não se trata de um direito absoluto da presa, carecendo a concessão de análises outras, conferindo-se então uma prerrogativa ao magistrado que, ao analisar caso a caso, fará um juízo de ponderação acerca da razoabilidade e conveniência para que se determine se a presa deverá permanecer em estabelecimento prisional ou em domicílio. (NUCCI, 2013)

E ainda explana Lopes (2013, p.672 apud CUNHA, 2018):

Que faz menção ao fato de que a Lei nº 13.257 de 2016 ampliou o rol de cabimento da substituição da prisão preventiva pela domiciliar, com o escopo-mor de tutelar, cuidados que a criança exige e, no caso da gestante, da qualidade de vida dela e do feto, tratando-se portanto, de proteção de caráter humanitário e, em todos os casos, plenamente justificada, bastando a comprovação idônea da situação descrita no dispositivo legal. A utilização indiscriminada da prisão preventiva, transformando-a em uma quase-regra resulta em efeitos transcendentais e

negativos, sendo necessário que o impacto que a prisão da mãe gerará nos filhos seja dimensionado.

Não obsta dizer que diante da nova lei 13.769/2018 do Código de Processo Penal em seus artigos 318-A e 318-B, nos traz a referência "será substituída por prisão domiciliar", deixa ainda mais claro a evidência da aplicabilidade da Prisão Domiciliar, pois nesses casos específicos é uma obrigatoriedade e não faculdade do poder judiciário. Resta assim, cristalino a importância da aplicabilidade da Prisão Domiciliar.

De início, a Lei nº 13.257 de 2016, trouxe roupagem inovadora, alterando

diversos dispositivos na legislação brasileira, dentre eles o artigo 318 do Código Penal Brasileiro. Posteriormente em 2018, após inúmeros Habeas Corpus sendo julgados com decisões, por vezes conflitantes, e tratando do mesmo tema em comento, chega-se a Suprema Corte do País, o Habeas Corpus Coletivo nº 143.641. As mudanças se intensificam, posto que, os efeitos da decisão não é Erga Omnes, mas possui efeito vinculante. Para explicitar ainda mais a decisão, em 25 de outubro de 2018, a Suprema Corte, manifesta-se a respeito, ratificando a insuscetibilidade, declarando o Habeas Corpus Coletivo 13.641, como precedente vinculante e obrigando os tribunais a cumprirem. Por fim, em 19 dezembro de 2018, é sancionada a Lei nº 13.769, que altera mais uma vez o artigo 318 do Código de Processo Penal, desta vez adotando perspectiva mais restritiva. Essas intensas transformações no cenário jurídico brasileiro, abrangendo a maternidade no cárcere e a prole de mães presas preventivamente, durante o período de 2016 a 2018. (GONZAGA SILVA, 2019).

Não obstante, a lei de execução penal traz possibilidades de transferência de regimes fechados inicialmente por regimes abertos:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que

vedam a progressão. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003).

§ 3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente: (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018).

I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018)

II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018)

III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018)

IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento; (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018)

V - não ter integrado organização criminosa. (Incluído pela Lei nº 13.769, de 2018)

Entretanto, seu cabimento faz-se á quando tratar das hipóteses que a lei de execução penal admitirá, a seguir exposta:

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

I - condenado maior de 70 (setenta) anos;

II - condenado acometido de doença grave;

III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;

IV - condenada gestante.

Desse modo, todos os requisitos e critérios do ordenamento jurídico pátrio devem ser analisados tanto do acusado quanto do crime cometido em questão, para sua substituição, transferências e aplicação da Prisão Domiciliar em cada caso concreto seguindo os critérios dados pela lei.

4. PRISÃO DOMICILIAR CONTRA A SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA

Tendo em vista que nos últimos anos o país vem cada vez mais, e de forma avultante; deparando-se com dados gravíssimos de superlotação e de precariedade nas instalações e estruturas das prisões; fato este em decorrência de ações e omissões do poder público. Gera-se assim, quadros de violação massiva da integridade física do ser humano e fere de forma persistente os direitos humanos.

Segundo descreve os autores: "A realidade dos presídios brasileiros fica muito distante do que seria ideal para pessoas no geral, ainda mais de gestantes e crianças, mesmo sendo impossível fazer a alusão de um presídio adequado para crianças, afinal esta deve nascer livre." (GOMES et al, 2018, p5).

Dentro deste cenário de falências do sistema prisional, as mulheres e homens que vivenciam essa experiência da prisão, que já não é agradável, encontram-se nessa situação de forma mais traumática, mesmo as mulheres que representam um percentual baixo em relação à população carcerária masculina.

Sendo que, muitas mulheres em situação de privação de liberdade encontram-se grávidas ou possuem filhos menores de 12 anos de idade, sendo necessário observar essa particularidade, bem como, os impactos sociais do encarceramento feminino no seio familiar. Descreve os autores:

Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), enviados para o relator do caso no STF, em 16 anos a quantidade de mulheres encarceradas saltou 700%. Em 2000, 5.601 mulheres cumpriam medidas de privação de liberdade. Em 2016, este número foi para 44.721. E quatro de cada dez mulheres presas no país ainda não foram condenadas definitivamente. Segundo o ministro, apenas 34% dos estabelecimentos dispõem de cela adequada para gestante, 32%, de berçários e 5%, de creches. (GOMES et al 2018, p8).

Assim sendo, é necessário compreender quais direitos estão em conflito, de um lado, o direito legítimo da sociedade de exigir que o Estado exerça o seu poder-dever de punir aquele que cometeu um crime em prol da segurança pública, de outro lado os direitos das mulheres e homens em relação aos filhos e principalmente os direitos da criança, a qual não pode sofrer as consequências dos atos praticados por algum de seus responsáveis. (GOMES et al, 2018, p2)

Ademais, as pessoas maiores de 70 e 80 anos de idade e as extremamente debilitadas por doenças graves que vivenciam o ambiente carcerário de maneira mais penosa, deparam-se drasticamente diante dessa realidade degradante dos presídios brasileiros.

Além do que, a infraestrutura das penitenciárias brasileiras é de péssimas condições, desde o banho até a cama onde os detentos dormem, de acordo pesquisas e estudos que anualmente feitos. Entretanto, de acordo com o artigo 5º, caput, inciso III e artigo 6º, caput, ambos da Constituição Federal, o Estado deve segurança, saúde, alimentação e boas condições de vida.

Essa infelizmente não é a imagem que temos nos presídios do país. O modelo estipulado pelo Estado é de como deveria ser, mas não é assim, o que se vê são celas lotadas, onde não há cama para todo mundo, péssima alimentação, os presos que são doentes nem sempre tem acesso á remédios, nem todos podem tomar banho quente, e as necessidades básicas do ser humano nem sempre são supridas (PEREIRA; NOGUEIRA, 2019).

Segundo Villegas (2016, p.7 *apud* PEREIRA e NOGUEIRA, 2019) explana como são as condições dentro dos presídios brasileiros:

As condições sanitárias e de ventilação; colchões espalhados pelo chão, obrigando os detentos a se revezarem na hora de dormir; superpopulação, caracterizada pela falta de vagas, inclusive em unidades provisórias; a má alimentação; abandono material e intelectual; proliferação de doenças nas celas; maus tratos; ociosidade; assistência médica precária; pouca oferta de trabalho; analfabetismo; mulheres juntas com homens, já que a oferta de vagas para mulheres é muito baixa; homens presos em containers. Estas são as condições de vida nos presídios brasileiros". (VILLEGAS, 2016, p.7 *apud* PEREIRA; NOGUEIRA,2019).

Atualmente, o número de detentos aumenta diariamente no país.

No Brasil o aumento da população carcerária é altíssimo e poucas prisões sendo construídas, o que dificulta bastante o tratamento desses presos, que por muitas vezes são tratados de forma vingativa, não levando em conta sua reabilitação, onde por vezes esses presos saem pior do que entraram. No

entanto, há leis que protegem os direitos dos detentos dentro das prisões, porém as mesmas nem sempre são cumpridas... (PEREIRA; NOGUEIRA, (2019).

O Brasil sofre ainda com a superlotação que assola as unidades prisionais.

A superlotação viola as normas e princípios constitucionais encontrados na Lei de Execução Penal, art. 88 que estabelece que o condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório. São requisitos básicos da unidade celular: salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana; área mínima de 6,00m. (VILLEGAS, 2016, p.8 *apud* PEREIRA; NOGUEIRA,2019).

É fato, que existe extrema necessidade e possibilidade de priorizar as medidas alternativas aos encarceramentos das mulheres e homens; que por razões individuais e particulares de cada indivíduo, encontram-se no caso concreto, nas situações e critérios previstos no ordenamento jurídico pátrio; onde se destaca a Prisão Domiciliar como forma de desafogar e amenizar a problemática da superlotação dos presídios no país.

Dessa forma, não só resolve a superlotação, mas também ameniza a falta de dinheiro público, que ao invés de mais investimentos, que está longe de resolver essa tormenta; poderia investir em outros benefícios que englobasse melhorias para toda a sociedade.

Enfim, é cristalino que a superlotação carcerária junto com a falta de infraestrutura e condições sanitárias nas penitenciárias ocasionam um enorme caos aos presos que ali sobrevivem, fato este que não deixa dúvidas que o sistema judiciário deve lançar mão dessas possibilidades e medidas alternativas que possibilitam a Prisão Domiciliar.

5. DIREITO E GARANTIAS DA DIGNIDADE HUMANA

A Constituição da República Federativa do Brasil/88, atua como maior poder pátrio; traz como Princípios Fundamentais em seu artigo 1 inciso III- A Dignidade da Pessoa humana; bem como, Dos Direitos e Garantias Fundamentais: no artigo 5 caput e inciso III, dos Direitos e deveres individuais e coletivos e, dos Direitos sociais o artigo 6 caput: DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana;

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

III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015).

É evidente que a carta magna assegura a liberdade, a vida, a segurança, a saúde, a alimentação, a proteção a maternidade e a infância e a proibição de tratamentos desumano ou degradante.

A dignidade tem o sentido de afirmar que o ser humano deve ser tratado como um ser único, individual e transportando esse raciocínio para as relações jurídicas no processo penal, nas quais deve prevalecer a liberdade do réu e a presunção de sua inocência até o trânsito em julgado de uma sentença condenatória, conclui-se pela importância de conferir ao sujeito submetido a investigação criminal a oportunidade de ser julgado mediante o devido processo legal, onde se estabeleça o contraditório e a ampla defesa, perfazendo-se com isso uma persecução penal justa e digna. O princípio da dignidade deve nortear a aplicação dos institutos penais descarcerizantes que favoreçam a liberdade do réu em um processo penal. (SILVA, 2013)

Entretanto, por muitas vezes em situações reais e condições peculiares não são garantidas no estado democrático de direito nem ao menos pelo poder judiciário.

A dignidade da pessoa humana constitui um princípio que transcende o tempo e o espaço no sentido de ser aplicável a toda sociedade democrática, fundamentada em direitos humanos, ou seja, se apresenta como instrumento de justiça atemporal, que independe de raça, sexo, idade, nacionalidade, grau de instrução ou nível socioeconômico... A etimologia da palavra dignidade deriva do latim —dignitasll, e se relacionava no período da escolástica de Santo Tomás de Aquino com a criação do homem à semelhança de Deus, atribuindo ao ser humano a capacidade de autonomia, autodeterminação e liberdade por natureza. (Silva, 2013).

“A dessacralização da ideia de dignidade surge com Kant para quem a dignidade consagra a singularidade e individualidade de uma determinada pessoa, por isso o homem se mostrava insubstituível e imprescindível para ordem jurídica.” (Fernandes, p. 296 *apud* SILVA, 2013).

A dignidade da pessoa humana como direitos e garantias, explana:

Um sistema de garantia tem a pretensão de atuar como modelo de direito. Logo, possibilita garantir os direitos de liberdade, contra o arbítrio punitivo, legislativo, judiciário e policial, através de um sistema clássico de garantias penais e processuais, como também se propõe a ser sistema de limites e vínculos e, portanto, obrigações para a garantia de direitos fundamentais: estabelecidos na Constituição Federal/88. Basicamente, a teoria do direito e da democracia, propõem um sistema de limites e vínculos, não só a respeito do poder punitivo, mas de todos os poderes estatais e políticos, que a tradição liberal concedeu como liberdade; e que na forma de direito de autonomia fundamental devem ser limitados e colocados abaixo do princípio do estado de direito.(Silva, 2019).

Diante de todas as razões expostas e dispositivos legais, é dever do ESTADO assegurar e garantir a Dignidade da Pessoa Humana em qualquer fase do processo.

Bem como, ainda depois de transitado e julgado nas fases de imposição da pena e cumprimento das penas Privativas de Liberdade e; por conseguinte, aos presos que se encontram em razões de vulnerabilidade, deixam de cumprir a pena em regimes fechados e passam a cumprir na forma da Prisão Domiciliar nos termos da Lei de Execução Penal. Visto que é fundamental ater-se a esses casos específicos para não ferir esse princípio.

6. FORMAS DE MONITORAMENTO E FISCALIZAÇÃO: TORNOZELEIRA ELETRÔNICA

No Brasil, o monitoramento eletrônico, ou tornozeleira eletrônica é um dispositivo utilizado em casos que o indivíduo consegue o benefício da prisão domiciliar, é o meio mais eficaz de monitoração e fiscalização de presos que saem do regime fechado e passam a cumprir a medida cautelar substitutiva da prisão preventiva ou nos casos de prisão pena transferida para prisão domiciliar. Essa forma de monitoramento foi desenvolvida nos Estados Unidos, como explana e cita a seguir:

O monitoramento eletrônico (ou a vigilância eletrônica) teve início nos Estados Unidos. O primeiro dispositivo de monitoramento eletrônico foi desenvolvido nos anos 60 pelos irmãos Ralph e Robert Schwitzgebel. O Dr. Robert entendeu que sua invenção poderia fornecer uma alternativa humana e barata à custódia para pessoas envolvidas criminalmente com a justiça. A máquina consistia em um bloco de bateria e um transmissor capaz de emitir sinal a um receptor. Os irmãos realizaram as primeiras experiências no ano de 1964, nos EUA, com dezesseis jovens reincidentes... (PRUDENTE, 2013, p.2 *apud* MATOS, 2019).

Ainda nesse sentido nos esclarece (Matos,2019):

Desde 1964 até os dias atuais, esse monitoramento eletrônico vem se aperfeiçoando e atualmente é uma realidade mundial, fazendo parte de vários países. No Brasil, deu-se início aos estudos do monitoramento eletrônico em 2007, na cidade de São Paulo; em 2008 as cidades de São Paulo, Rio Grande do Sul e Pernambuco aprovaram o monitoramento eletrônico dos presos, porém só em 2009 no Rio de Janeiro que iniciaram o uso das tornozeleiras. Em 2010, a Lei n. 12.258/2010 entra em vigor, regulamentando o monitoramento eletrônico em todo o país. A tornozeleira

eletrônica é um dispositivo que indica a localização exata do indivíduo, permitindo saber com precisão, se o mesmo está respeitando a área delimitada. Isso facilita o trabalho dos operadores na central de controle, pois conseguem registrar todos os movimentos do detento que usa a tornozeleira” (PRUDENTE, 2013p.6 e p.7 *apud* MATOS, 2019).

Em breve, se espera que haja uma diminuição do uso das tornozeleiras para garantir melhores condições ao indiciado.

Existem cintos, pulseiras e microchips, que podem ser utilizados na supervisão dos indivíduos que ganham o benefício, porém, o mais utilizado no Brasil é a tornozeleira, mas não se descarta a possibilidade de diminuir cada vez mais esses dispositivos, dando ao indiciado mais liberdade para trabalhar e estudar sem sofrer repressões ou discriminações perante a sociedade. Todavia, a prisão domiciliar é sim um meio muito importante, pois todos merecem uma segunda chance. E por conseguinte, um meio de desafogar os cárceres brasileiros seria dar oportunidade aos suspeitos que não foram julgados aguardar o julgamento em casa, e revisar os casos que já foram julgados para saber se dentre aqueles existem a possibilidade de deixar o preso cumprir a pena em regime semiaberto, voltando apenas para dormir na penitenciária, e durante o dia saindo pra trabalhar, ou o aberto, onde saem para trabalhar ou estudar e a noite ficam confinados em casa ou albergue, essas medidas já ajudariam bastante. (MATOS, 2019).

Apesar de ser um equipamento de grande valia, as tornozeleiras não são totalmente eficazes, pois falta fiscalização.

e todos os indivíduos que cometeram pequenos delitos pudessem usar essa tornozeleira e a vigilância fosse eficaz, com certeza diminuiria bastante a população carcerária. Porém, o Código de Processo Penal regulamenta e estipula os critérios para que a prisão domiciliar seja aplicada, mas não determina como a fiscalização de todas essas pessoas será feita, pois quando o preso ganha o benefício da prisão domiciliar, o mesmo nem sempre usa a tornozeleira, visto que, às vezes não tem nenhuma disponível, e nesse ou em

outros casos, o juiz pode determinar que o mesmo compareça em juízo periodicamente. No entanto, nem tudo que é determinado pelo juiz é cumprido, pois a lei não prevê fiscalização em casos de prisão domiciliar e o monitoramento varia de acordo com o caso e com a determinação do juiz, alguns especialistas apontam falta de pessoal e estrutura para o controle. (PEREIRA e NOGUEIRA, 2019).

Segundo Honorato (2017, p.5 apud PEREIRA e NOGUEIRA, 2019):

Se o juiz determinar, algumas ações podem ser colocadas em práticas, como vigilância 24 horas por dia feita por agentes da Polícia Federal ou Militar, câmeras de vigilância ou escolta policial nos casos em que o preso pode sair para cumprir atividades permitidas pela Justiça, como estudar e trabalhar e também com uso de tornozeleira eletrônica.

Afinal, deve-se pensar não só no benefício que a mesma trará para o detento, mas também no benefício que acarretará na sociedade, pois a reinserção dos presos é indispensável para que não cometam mais crimes e; desde que a população esteja assegurada que a pessoa não irá ocasionar nenhum risco social ao utilizar-se da tornozeleira.

Desse modo, entende-se que a tornozeleira é permitida por lei e se faz necessária em casos de prisão domiciliar.

Segundo dados do programa, há cerca de 18.172 pessoas monitoradas com dispositivos eletrônicos, sendo 88% homens e 12% mulheres. Esses equipamentos custam em média de R\$ 167 e R\$ 660, menos da metade do custo médio de um preso, que gira em torno de R\$ 1500, segundo dados do Grupo de Estudos Carcerários Aplicados da Universidade de São Paulo. (BELONI, 2016, p.11 *apud* PEREIRA e NOGUEIRA, 2019).

Pensando em economia, a tornozeleira economiza bastante dinheiro para os cofres públicos, mas será que o indivíduo que utiliza essa tornozeleira não voltará a cometer crimes? Pensando nesse assunto, Beloni (2016) responde:

Se algum condenado que usa tornozeleira tentar cometer algum delito, o equipamento emite uma sinalização, a partir do cruzamento de dados sobre locais e horários de crimes.

Os policiais responsáveis usam o Google Street View para identificar se uma pessoa está fora da área determinada pela justiça.” (BELONI, 2016 P11,14 *apud* PEREIRA e NOGUEIRA, 2019).

Enfim, ainda nesse sentido, a tornozeleira é um meio eficaz e mais utilizado em vários países, como forma de fiscalização e monitoração de presos que em fatos reais e concretos tiveram a oportunidade de cumprir ou acabar sua pena em casa, com medidas cautelares decretadas pelo juiz; e a sociedade junto com a polícia seguras de que o indiciado, acusado ou condenado não poderá sair de casa sem que o juiz autorize, porque a mesma emite e acusa todo o caminho percorrido pelo detento.

7. CONCLUSÃO

De acordo com todo o referencial teórico citados e levantados acima conclui-se que a prisão domiciliar tem cabimentos ordenados e justificados na lei e sua previsão legal possibilita sua aplicação em diversos casos e de acordo com as particularidades de cada preso.

Entende-se que em determinadas situações sua aplicabilidade é facultativa e em outras é obrigatória, devido a vulnerabilidade de alguns presos específicos.

Considera-se que a faculdade do benefício se exige sua comprovação idônea quanto a doenças extremamente graves, idades superiores a 70 e 80 anos, e se genitores de filhos menores ou até 12 anos de idade ou com deficiência. E a obrigatoriedade no caso de mulheres gestantes ou mães de menores 12 anos ou com deficiência a depender do crime em questão; bem como, na progressão com transferência para regimes menos rigorosos quando os presos ostentarem bom comportamento, ser primário ter cumprido um sexto ou pelo menos um oitavo da pena no regime anterior.

É incontestável a necessidade de aplicação da prisão domiciliar tanto como substituição de prisão preventiva de reclusão para detenção, bem como, para progressão de regimes em fase de cumprimento da pena nos casos previstos na lei.

E assim sendo, é pacífico e cristalino que a prisão domiciliar em questão traz vários benefícios aos cofres públicos, amenizando a superlotação nos presídios, tendo em vista, também as precárias condições sanitárias e estruturais das penitenciárias brasileiras, e garantindo assim a dignidade da pessoa e seus direitos como ser humano.

O cabimento e a fiscalização da prisão domiciliar proporcionam segurança para a sociedade e ao mundo jurídico; pois a prisão é a forma mais evidente, como punição daqueles que cometem crimes previstos no código penal do Brasil, mas essa não deve ultrapassar as necessidades e peculiaridades de cada réu, ao ponto de acabar com sua dignidade e não permitir mais a sua reinserção.

Portanto, a decretação da Prisão Domiciliar é benefício ao Preso e também é benéfica ao Estado e a Sociedade, pois o réu poderá voltar a viver em sociedade cumprindo as ordens determinadas pelo juiz; o Estado priorizará os gastos públicos em favor de melhorias para a população como educação, saúde, moradia, alimentação entre outras; e a Sociedade o sentimento de que foi feita a justiça.

REFERÊNCIAS

BELONI, Patrícia. **Por dentro de uma prisão domiciliar: como é, proibições, permissões e quem tem direito?** Disponível em: <<https://www.vix.com/pt/noticias/538471/por-dentro-de-uma-prisao-domiciliar-como-e-proibicoes-permissoes-e-quem-tem-direito>>. Acesso em: 10 Set. 2019.

BRASIL. **Código de Processo Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 18 Out. 2019.

BRASIL. **Código Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 18 Out. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa (1988).** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 16 Out. 2019.

BRASIL. **Lei de Execução Penal: Lei Nº 7.210, de 11 julho de 1984.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 16 Out. 2019.

HONORATO, Ludmila. **Lei não prevê fiscalização em casos de prisão domiciliar.** Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,lei-não-preve-fiscalizacao-em-casos-de-prisao-domiciliar,70001721138>>. Acesso em: 15 Mai. 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de direito processual penal.** 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 998.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MATOS, Cleilton de. NOGUEIRA, Fábio Batista. **Prisão domiciliar: medida cautelar substitutiva da prisão preventiva**. Disponível em: <https://acervodigital.ssp.go.gov.br/pmgo/bitstream/123456789/1566/1/978997322-1966_Cleilton_De_Matos_Prisão_13447_592369177.pdf>. Acesso em: 13 Out. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e Liberdade: As reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 04 de maio de 2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.78-79.

PEREIRA, Elisangela Braga. NOGUEIRA, Fábio Batista. **Regime prisional domiciliar: quem tem direito, como funciona?**. Disponível em: <https://acervodigital.ssp.go.gov.br/pmgo/bitstream/123456789/1559/1/978750572-1968_Elis%C3%A2ngela_Braga_Pereira_deposito_final_13447_54173162.pdf>. Acesso em: 23 Set. 2019.

PRUDENTE, Neemias. **Monitoramento eletrônico: uma efetiva alternativa a prisão?**. Disponível em: <<https://neemiasprudente.jusbrasil.com.br/artigos/121942848/monitoramento-eletronico-uma-efetiva-alternativa-a-prisao>>. Acesso em: 10 Out. 2019.

VILLEGAS, Larissa. **Superlotação no sistema penitenciário do Brasil**. Disponível em: <<https://larissavillegas.jusbrasil.com.br/artigos/333657154/superlotacao-no-sistema-penitenciario-do-brasil>>. Acesso em: 12 Mai. 2018.

TEORIA DA IMPREVISÃO: O CORONAVÍRUS E A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE RENEGOCIAÇÃO DOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO DIANTE DOS PREJUÍZOS ADVINDOS DO FECHAMENTO DO COMÉRCIO

CRISTIANO MORAES DE OLIVEIRA LUCONI:

Advogado formado pela FMP/RS. Contador formado pela PUC/RS. Perito Contábil Trabalhista. Especialista em Direito de Trânsito e atuando com demandas cíveis, trabalhistas e contratos empresariais.

RESUMO: Diante do flagelo COVID-19, que já contaminou mais de 300 mil pessoas em todo o planeta, dentre as quais causando a morte de mais de 13 mil, direitos fundamentais, como o livre exercício de qualquer atividade econômica, vêm sendo restringidos pelo Estado brasileiro na tentativa de evitar o colapso do seu sistema de saúde, tal qual já ocorre em outros países, como na Itália, 1ª do ranking mundial em total de mortes pelo coronavírus, somando quase 5 mil óbitos. Desse modo, o comerciante/empresário, afetado pelas medidas de fechamento do comércio em geral, vem sofrendo inúmeras perdas financeiras, possivelmente irreversíveis, motivo pelo qual se faz necessária a busca de todos os meios legais e cabíveis para que sua empresa se mantenha “viva” no mercado. É nesse contexto que, com base na Teoria da Imprevisão, tem-se perfeitamente viável a renegociação unilateral de contratos de locação comercial, eis que restou frustrada a expectativa de realização dos seus atos de comércio em decorrência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, motivo pelo qual se vislumbra a viabilidade jurídica de resolução ou modificação do contrato de locação comercial.

Palavras-chave: Teoria da Imprevisão, revisão de contratos de locação comercial, resolução ou modificação de contratos, coronavírus, COVID-19, fechamento do comércio, medidas restritivas.

1. INTRODUÇÃO

Esse pequeno e breve artigo versa sobre a possibilidade de relativização dos contratos de locação comercial, firmados por empresários e/ou comerciantes que, na atualidade, se veem cerceados do livre exercício da sua atividade econômica, compelidos a fechar os seus estabelecimentos em atendimentos às medidas do Estado para frear o flagelo denominado coronavírus.

2. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO DO CORONAVÍRUS (COVID-19)

Em 31 de dezembro de 2019, a Organização Mundial de Saúde (OMS) emitiu o primeiro alerta para uma doença que causava uma misteriosa pneumonia

na cidade de Wuhan, metrópole chinesa com 11 milhões de habitantes, cujo tamanho é comparável à cidade de São Paulo, que tem mais de 12 milhões de habitantes.

A doença enigmática foi nomeada oficialmente pela OMS como COVID-19, em 11 de fevereiro. COVID significa: COrona Vírus Disease (Doença do Coronavírus), enquanto 19 se refere ao ano de 2019, quando os primeiros casos foram divulgados.

Em 17 de março de 2020, a revista científica "*New England Journal of Medicine*[1]" afirmava que o coronavírus consegue sobreviver até 03 dias em algumas superfícies, como plástico ou aço. Em superfícies como papelão ele tem duração de 24 horas. Já ao tossir ou espirrar, o vírus pode permanecer no ar por até 03 horas.

Desde a sua primeira vítima fatal na China, já são mais de 300 mil infectados pelo COVID-19 no mundo e quase 13 mil mortes[2]: Destaque para a Itália, com quase 5 mil mortes dentre os mais de 53 mil casos confirmados, e para a China, com mais de 3 mil mortes dentre os mais de 80 mil casos confirmados.

Nos EUA são mais de 25 mil infectados e 300 mortes. Na França são quase 15 mil infectados e mais de 500 mortes. Já a Espanha, 4º país com mais óbitos confirmados, já são mais de 25 mil infectados e 1,3 mil mortes.

No Brasil, cuja transmissão do coronavírus esta em plena ascensão, desde a confirmação do primeiro caso, em 25 de fevereiro, até o fim do dia de hoje, as secretarias estaduais de saúde haviam contabilizado mais de 1 mil infectados, dentre os quais 18 óbitos foram confirmados, sendo 15 no estado de São Paulo e 03 no estado do Rio de Janeiro.

A taxa de letalidade do coronavírus é em torno de 4% dos infectados, porém, esse percentual sobe para 20% quando se tratam de idosos com mais de 70 anos.

3. DAS MEDIDAS DE CONTENÇÃO DO COVID-19 ADOTADAS PELO PODER EXECUTIVO

Na última sexta-feira, dia 20, o Congresso Nacional aprovou o decreto que reconhece o estado de calamidade no Brasil. O Projeto de Decreto Legislativo (PDL) 88/20[3], que já havia sido aprovado pela Câmara dos Deputados, foi analisado e aprovado de forma remota pelo Senado. A medida autoriza o executivo a elevar os gastos públicos sem a preocupação em cumprir a meta fiscal prevista para o corrente ano.

Já no estado do Rio Grande do Sul, assim como em diversos outros estados da Federação, o governador decretou situação de calamidade pública[4], com medidas que vão desde a proibição de viagens interestaduais, até o fechamento de shoppings, cinemas e o comércio em geral, ficando autorizados a funcionarem somente os estabelecimentos essenciais, tais como farmácias, clínicas, áreas de alimentação e agências bancárias, sendo que esses têm o compromisso de garantir o cumprimento de algumas medidas restritivas.

Nessa toada, desde a última terça-feira, dia 17, o prefeito do município de Porto Alegre já havia decretado[5] medidas emergenciais para enfrentar o avanço do COVID-19 na capital gaúcha. Dentre as quais, está a determinação do fechamento de casas noturnas, pubs, bares e boates. Porém, com o avanço das mortes em todo o planeta, e o iminente colapso da rede de saúde, na madrugada de hoje, novo decreto municipal foi publicado[6], dessa vez com medidas mais drásticas, as quais determinam o fechamento do comércio em geral, da indústria, do setor de serviços e da construção civil.

4. DOS PREJUÍZOS ADVINDOS DAS MEDIDAS EMERGENCIAIS DECRETADAS PELO ESTADO

Diante da necessária intervenção estatal para a contenção dessa hecatombe denominada COVID-19, liberdades fundamentais, garantidas pela nossa Constituição, estão sendo restringidas, eis que o direito à vida é o bem maior a ser tutelado pelo Estado.

Considerando que a prevalência dos interesses da coletividade sobre os interesses dos particulares é pressuposto lógico de qualquer ordem social estável, dentre as liberdades fundamentais restringidas esta o direito ao livre exercício de qualquer atividade econômica.

Destarte, na intenção de mitigar as inevitáveis perdas que os comerciantes e/ou empresários passaram a amargar, o governo federal editou medidas consideradas meramente protelatórias, tais como adiamento, por três meses, do pagamento da parte da União do Simples Nacional e do FGTS.

Porém, diante da atual recessão, agravada pelo coronavírus, para que o pequeno e o médio empresário não venham a “quebrar”, e consigam manter os seus atos de comércio, tais medidas não são suficientes, fazendo-se necessário lançar mão de outros meios mais eficazes que garantam a sua sobrevivência.

Nesse contexto é que abordaremos o cerne deste pequeno artigo: Deve o comerciante e/ou empresário, que firmou contrato de locação na expectativa de estruturar e exercer a sua atividade comercial, suportar sozinho todas as perdas

decorrentes das determinações estatais de fechamento do comércio? No caso concreto, defende-se que não.

5. DA TEORIA DA IMPREVISÃO APLICADA NOS CONTRATOS DE LOCAÇÃO COMERCIAL

Somos sabedores que para garantir a eficácia de qualquer negócio jurídico, faz-se necessário a celebração de um contrato, seja para criação, extinção ou modificação de um direito.

Em que pese o Princípio *Pacta Sunt Servanda* (brocardo latino que significa: os pactos assumidos devem ser respeitados) seja o mote do Direito Civil, esse não é absoluto, haja vista a possibilidade da aplicação da Teoria da Imprevisão.

No atual contexto pandêmico, nada mais justo que o comerciante e/ou empresário, atingidos pelas medidas governamentais restritivas, tenham a possibilidade de negociar abatimentos em seus contratos de locação comercial, requisitando, junto a locadores e administradoras de shoppings, o desconto dos dias em que seu estabelecimento se encontra fechado.

Mas e no caso de não lograrem êxito? Bom, aí não restaria alternativa se não a de procurar o advogado da sua confiança para, com base na Teoria da Imprevisão, ingressar com ação judicial pleiteando a revisão desses contratos.

Prevista na Seção IV, Título V, do Código Civil, a Teoria da Imprevisão possibilita maior flexibilidade contratual e tem como escopo a possibilidade de resolução ou modificação de contratos em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis que resulte em onerosidade excessiva a uma das partes.

Desse modo, diante da atual pandemia que assola toda a raça humana, e das consequentes medidas estatais tomadas para contenção do COVID-19, com base nos arts. 478, 479 e 480, do Código Civil, perfeitamente viável a possibilidade jurídica de alteração quantitativa, ou rescisão, dos contratos de locação comercial.

6. CONCLUSÃO

O estado de exceção atualmente vivido, imposto pelo apocalíptico coronavírus, tende a relativizar direitos individuais fundamentais em prol do direito à vida e da coletividade.

O Princípio *Pacta Sunt Servanda*, não é absoluto, eis que diante da pandemia vivida, a Teoria da Imprevisão se faz presente e pronta para ser colocada em prática, possibilitando, dessa forma, a resolução ou modificação de contratos

de locação comercial, desde que a onerosidade excessiva decorra de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, como é o caso vivido na atualidade.

Isto posto, em nome do princípio da conservação do negócio jurídico, somado à boa-fé e ao bom senso, a solução mais indicada sempre será a conciliação e a mediação, deixando a ação judicial como a última *ratio*.

NOTAS:

[1] <https://www.nejm.org/doi/10.1056/NEJMc2004973>

[2] <https://gisanddata.maps.arcgis.com/apps/opsdashboard/index.html#/bda7594740fd40299423467b48e9ecf6>

[3] <https://www.conjur.com.br/dl/decreto-legislativo-2020-coronavirus.pdf>

[4] <https://saude.rs.gov.br/upload/arquivos/202003/19125910-decreto-55-128-20.pdf>

[5] http://dopaonlineupload.procempa.com.br/dopaonlineupload/3276_ce_285098_1.pdf

[6] http://dopaonlineupload.procempa.com.br/dopaonlineupload/2832_ce_250234_1.pdf

DIREITO À INFORMAÇÃO VERÍDICA EM TEMPOS DE FAKE NEWS

LUANA BISPO DE ASSIS: Doutoranda em Direito Constitucional pela UNB. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Goiás (2015), com bolsa da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Goiás (FAPEG). Advogada com experiência na área de Direito Público e de Direito Privado. Foi pesquisadora e bolsista pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) em projetos com a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA)².

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo a análise do direito à informação de qualidade e verdadeira como base na democracia. Toma-se como ponto de partida da pesquisa a democracia e seu exercício de atuação decisivo no alcance popular do direito à livre informação. Além disso, o presente trabalho é importante à medida que a manifestação do pensamento, a expressão e a informação, não sofrerão qualquer restrição, e isto, conflita com a ascendente propagação de notícias falsas. A metodologia empregada foi a qualitativa, em uma busca dedutiva da bibliografia sobre direito à informação em âmbito constitucional e, a partir disso, ter como resultado o debate teórico sobre como o direito de informação é fragilizado diante da propagação de notícias falsas, notadamente, em redes sociais.

Palavras-Chave: Informação. Liberdade. *Fakenews*. Democracia. Poder.

Abstract: This paper aims to analyze the right to quality and true information as a basis for democracy. Democracy and its exercise of decisive action in the popular scope of the right to free information are taken as the starting point of the research. In addition, the present work is important as the expression of thought, expression and information, will not suffer any restrictions, and this, conflicts with the upward spread of false news. The methodology used was qualitative, in a deductive search of the bibliography on the right to information at the constitutional level and, as a result, to have as a result the theoretical debate on

² É pesquisadora e Líder do Grupo de Pesquisas Interdisciplinares em Direito (GEPID), registrado no Diretório de Pesquisas do CNPq. É professora na Faculdade Evangélica de Goianésia (FACEG), mantida pela Associação Educativa Evangélica (AEE), onde desempenha as funções de membro do Núcleo Docente Estruturante (NDE) do curso de graduação em Direito; É coordenadora de estágio do curso de graduação em Direito; coordenadora do projeto de extensão Faculdade Aberta da Terceira Idade (FATI); e coordenadora de monitoria acadêmica do curso de Direito. É, ainda, professora na Faculdade Metropolitana de Anápolis (FAMA) na disciplina de Direito Constitucional.

how the right to information is weakened in the face of the spread of false news, notably in social networks.

Keywords: Information. Freedom. Fakenews. Democracy. Power.

Sumário: 1. Introdução. 2. Direito ao acesso de informação verdadeira. 3. Conclusão. 4. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Partindo-se da concepção de que notícias falsas, ou seja, *fake news*, compõem-se de conteúdo deliberadamente falso que mimetiza notícia, distribuído em rede social com o intuito de gerar benefício (econômico, político etc)[1], o presente trabalho tem como objetivo analisar como estas notícias falsas contribuem para tolher o direito à informação verídica.

Com efeito, a democracia é fruto do exercício do direito à informação, que se traduz pelo acesso à liberdade de informação, de ser informado e de produzir informação. Tais direitos, em um momento de intensa propagação de notícias falsas, traz a seguinte pergunta: O direito à informação é cerceado diante da propagação de notícias falsas em redes sociais?

Em relação ao método, este trabalho foi realizado como uma pesquisa exploratória, adotando a natureza bibliográfica, fazendo referência ao direito à liberdade de informação. Desse modo, o estudo apresenta concepções doutrinárias acerca de conceitos necessários para o real entendimento da informação em âmbito democrático, pelos ensinamentos de Kelsen, Canotilho, Bonavides, dentre outros.

Assim, o presente trabalho se justifica pela extensão do direito à liberdade de informação que abrange os acessos à informação e de ser informado, bem como o exercício do Estado Democrático.

Desse modo, a presente pesquisa é dividida em uma análise da Carta Magna em seu núcleo de direito à liberdade de informação e os direitos fundamentais que permeiam a sua violação. Posteriormente, tendo em vista a relevância do direito à informação, demonstrou-se a construção da informação em sua base democrática. Por fim, foi feita análise das dimensões da liberdade de informar e seu cerceamento pelas notícias falsas que obstruem as liberdades fundamentais e, conseqüentemente, a efetivação de um Estado Democrático.

2 DIREITO AO ACESSO À INFORMAÇÃO VERDADEIRA

Inicialmente, é importante salientar que o direito à informação é um direito constitucional. A aberta circulação de informação tem natureza em sociedades democráticas, um valor inalienável[2]. Nesse sentido, a informação verdadeira e acessível a todos faz parte do Estado Democrático de Direito[3]. A democracia é uma garantia de uma aproximação com a concretização dos direitos fundamentais. Vale dizer, assim, que a democracia é a melhor possibilidade de que a liberdade propicie informação verídica.

Kelsen, na obra "A Democracia, ensina que: 'democracia é governo do povo', e se povo é o conjunto dos titulares dos direitos políticos, então 'povo' é o conjunto dos titulares políticos que efetivamente os exercem. Se assim fosse, 'democracia' no sentido genérico de 'governo do povo' seria o atributo de qualquer sistema político que se apresentasse como ordenação jurídica"[4].

Diante disso, os direitos fundamentais em suas várias dimensões reportam ao direito à democracia e, por meio dela, o direito à informação[5]. Para a corrente majoritária, o direito à informação é de quarta dimensão. Nesse sentido, Bonavides ensina que esses direitos são decorrentes da globalização, portanto "deles depende a sociedade aberta para o futuro"[6]. Acompanhar as eleições no Japão, ver em tempo real jogo de futebol da "Champions League"[7], seguir seu cantor predileto em uma viagem, são os sabores da informação globalizada.

A priori, em sua extensão, a informação possibilita que o Homem tenha vida digna, participativa e conectada com a realidade em seu meio[8] e, em uma perspectiva mais ampla, de poder coordenar os meios imprescindíveis à realização pessoal. Quanto maior o processo de democratização, mais o homem tem liberdade para consumir informações.

Portanto, a democracia exerce atuação decisiva no alcance popular do direito à informação. É nesse sentido que Canotilho e Moreira descrevem que este direito integra três níveis: o direito de se informar, o direito de informar e o direito de ser informado[9]. Relatam ainda os autores que informação de qualidade e verdadeira possibilita o exercício de direito de autodeterminação e de liberdade.

Diante disso, o direito à informação perpassa a liberdade de receber informações, de transmitir informações sem censura e de buscar informações[10]. Em suma, consiste na liberdade de comunicar, de divulgar informações sem impedimentos e, enquanto direito de liberdade, de ter acesso a meios para se informar.[11]

O direito à informação incide, também, na liberdade de escolha da informação, na diversidade de fontes de comunicação e de não ser tolhido da informação que se anseia. Esse acesso amplo e irrestrito à informação deve se dar

por todos os meios de comunicação e pelo poder público, em seu dever de publicidade[12].

Para o Direito, publicidade é o ato de se divulgar e dar acesso à população a alguma informação, ou seja, é divulgar com o objetivo de transparência na gestão, como forma de conferir efetividade ao princípio da publicidade, norteador da administração pública[13]. Diferencia-se, portanto, da publicidade, no âmbito do direito do consumidor, que tem como tarefa informar as características deste ou daquele produto e promover a sua venda[14]. Nota-se, aqui, que a principal diferença entre a publicidade para entes públicos e a publicidade societária é o discurso para informar.

Assim, o discurso a ser utilizado pelos entes públicos, redes de informação deve ter a finalidade de comunicar, dar acesso à informação, utilizando-se de alocação para demonstrar algo que ocorreu, sem o intuito de promoção[15].

Nesse sentido, Conceição Nogueira ensina que: “o termo Discurso não se aplica unicamente à linguagem, mas a qualquer padrão de significado, seja ele visual ou espacial, e, portanto, pode referir-se a textos visuais, tais como a televisão, o cinema, a banda desenhada, etc. Pode, ainda, referir-se a textos físicos, nomeadamente cidades, jardins, corpos, etc.”[16].

Diante disso, a análise se a informação é verdadeira ou não deve perpassar o discurso e a teia de convenções sociais, tradições e a própria cultura de quem se direciona esta informação[17]. Ao passo que o direito à informação é assegurado constitucionalmente como instrumento viabilizador do Estado Democrático de Direito, este não deve ser confundido com a liberdade de pensamento e, tampouco, como direito de emitir opinião sobre determinado tema[18]. A liberdade de pensamento é uma das configurações de liberdade em sentido amplo, que, por sua vez, abrange as liberdades de opinião, informação, religião e convívio do conhecimento[19].

Ao passo que o legislador constituinte teve preocupação redobrada com censura prévia, deixou de legislar em caso de veiculação de informações inverídicas[20]. A veiculação de informações falsas, como forma de manutenção de poder, não é algo inovador da era do *WhatsApp* ou do *Facebook*. Há muito e em governos não tão longínquos se propagava notícias falsas, com intuito de, por meio da linguagem, causar repulsa da população sobre aqueles que lhe realizavam oposição de ideias.

A linguagem aqui, ou seja, o discurso, fornecia aquilo que poderia ser considerado verdade, utilizando-se de crenças, opiniões, senso comum e até mesmo a mitologia[21]. A fixação em uma verdade própria é histórica e até

mesmo bíblica, “Conhecereis a verdade e a verdade vos libertará”[22], demonstrando como a verdade está diretamente ligada a uma concepção societária. E, assim, se faz história, cada discurso fornece uma verdade diferente de acesso a um mundo privado, que dialoga com as experiências e a cultura de quem essa verdade é direcionada.

Assim, Estados Nacionais foram formados pelo discurso de uma verdade própria e, com esse discurso, cria-se, remonta, modela e propaga informações que são orientadas pelos que se entende como verdadeiro. Lendas de que “se comer manga com leite morre” ou que “comunistas comem crianças” reforçam o paradoxo da verdade no seu lugar de fala[23].

Esse paradoxo foi substancialmente adormecido pelo fortalecimento da Constituição da República de 1988, ao passo que esta estabeleceu como base da democracia a liberdade de informação[24]. A liberdade jornalística, bem como livre manifestação do pensamento, foi entabulada no art. 220 da Constituição Federal de 1988: “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”[25]. Foi uma pronta resposta aos anos de censura, momento em que a verdade era aquela que Estado brasileiro entendida como adequada.

Portanto, para se ter um Estado democrático, é fundamental que os indivíduos recebam informações de qualidade e verdadeiras para que o receptor da notícia forme sua própria opinião[26]. A liberdade de informação abrange a busca, o acesso, o recebimento e a promoção de informações ou opiniões, sem dependência ou censura.

Naiane Mendonça acrescenta: “Considerada em suas consequências, a concepção da força determinante das relações fáticas significa o seguinte: a condição de eficácia da Constituição jurídica, isto é, a coincidência de realidade e norma, constitui apenas um limite hipotético extremo. E que, entre a norma fundamentalmente estática e racional e a realidade fluida e irracional, existe uma tensão necessária e imanente que não se deixa eliminar”[27].

A condição de eficácia da liberdade de informação, inata da Constituição jurídica de Konrad Hesse, ao longo do tempo, foi diluída por outros meios de comunicação. Enquanto os governos democráticos digladiavam com os sistemas de informação, novas tecnologias foram implantadas de formas rápidas, sendo impossível que o legislador previsse ou acompanhasse[28]. De protegido constitucionalmente, os sistemas de informação passaram a ser vilões da nova verdade criada.

A opinião pública passou a ser o direcionador e a referência das decisões públicas, do que é ou não verdade. Mas quem passou a modelar a opinião pública? Quem passou a ser o detentor da nova verdade pública?

De fato, não há muita novidade nas respostas dessas indagações. O Estado continua ditando o que é a verdade pública. Contudo, agora, há outros fatores determinantes nessa relação de informações: a maior base de acesso a informações está na *internet* e, com ela, as redes sociais são, de longe, a maior fonte de informações sem qualquer filtro estatal ou jornalístico.

Em uma democracia conectada, o direito à informação verdadeira esbarra em grupos e bolhas ideológicas, com robôs voltados à customização da navegação *online*, para uma total personificação do conteúdo. Assim, o direito à informação verdadeira se torna paradoxal quando diversas plataformas de conteúdo e redes sociais dão aos seus usuários aquilo que eles mais gostam, ou seja, eles mesmos[29].

Esta bolha limita a diversidade e o recebimento de conteúdo diferentes do que o receptor tem afinidade ideológica, inviabilizando a criticidade, opiniões contraditórias e polarizando as informações. Essa ferramenta de seleção de informações é disponibilizada como, por exemplo, pelo *Facebook*, *Google*, *Youtube* e é uma camada adicional de segregação para inserção na bolha de cada usuário. Adiciona-se às redes de informações o *WhatsApp*, que reforma as relações estritamente privadas, familiares, de amizade e de companheirismo, criando a sua bolha por afinidade.[30]

Nesse contexto, a propagação de informações falsas, ou *fakenews*[31], ganha espaço e um público cativo e apto a recebê-la. Em sua maioria, são informações que se acredita como verdadeira, porque coadunam o que intimamente se acredita como possivelmente verdadeiro.

Sérgio Branco esclarece que: “Trata-se, mais amplamente, de compreensão do mundo. Não apenas da matéria de que ele é feito, mas também das engrenagens que o regem. Trata-se de discutir políticas públicas, cultura, direito, moral, arte, regulação, ética, tudo aquilo de que precisamos para criar coletivamente um mundo melhor. E é justamente neste particular que nosso uso da internet, com ou sem a ajuda do Facebook, está falhando de modo miserável”[32].

Construir uma notícia falsa que possa desacreditar algo ou alguém que um determinado grupo não tenha afinidade tem uma grande chance de se tornar verdade. Foucault já dizia que definir o lugar, espaço ou personalidade ou uma pessoa de determinada maneira, é exercer poder, ou seja, porque se define ou

representa algo de uma maneira particular, produz-se um “saber” particular que traz consigo poder[33]. Em outras, palavras, o que Eli Pariser nos diz é que as redes sociais nos dão aquilo de que mais gostamos: nós mesmos. E é muito difícil vencer essa tentação narcisista.[34]

Além do exercício de poder, os criadores de notícias falsas conseguem acumular capital, em razão da produção, do compartilhamento e dos cliques que as notícias recebem, ou seja, hospedar e espalhar notícias falsas gera lucro a cada clique[35]. Em uma pesquisa feita pela UOL, percebeu-se que 47% dos leitores da *timeline* do *Facebook* leem as notícias por meio das redes sociais e não sabem a origem do que estão lendo.[36]

Além de gerar muito lucro, as notícias falsas, ou *fakenews*, geram também capital político, capaz de eleger presidentes ou de mantê-los no poder. Em dezembro de 2019, uma deputada denunciou, em uma Comissão Mista de Inquérito Parlamentar, conhecida como a CPI mista das *Fakenews*, o aporte de meio milhão do dinheiro público para espalhar notícias falsas[37].

Trata-se, desse modo, de um negócio muito lucrativo, o que auxilia a esclarecer, em parte, o fenômeno que as notícias falsas alcançaram no centro do debate público. As notícias falsas tornam as informações verdadeiras por redes de comunicação em mentiras, privilegia o senso comum e monta estruturas paralelas de poder.

E assim, este poder emerge das redes sociais, que veiculam informações falsas como verdades reais, eleitas por uma afinidade e que legitima a democracia por meio da opinião pública. Logo, o Estado que domina as informações das redes sociais, domina a opinião pública.

3 CONCLUSÃO

Conforme o exposto, o direito à informação é diversificado e abrange o direito de liberdade de informar e o direito de liberdade de ser informado. Além disso, a democracia exerce atuação decisiva no alcance popular do direito à informação de qualidade e verdadeira.

Apesar do desenvolvimento legislativo, o Estado deixou de legislar em caso de veiculação de informações falsas. Assim, a veiculação de informações falsas, em redes sociais, como *WhatsApp* ou *Facebook*, além gerar muito lucro, geram também capital político, capaz de manter governantes no poder ou eleger presidentes.

Assim, as redes sociais afetam o direito à informação verdadeira de forma paradoxal, quando diversas redes sociais que dão aos seus usuários aquilo que eles mais gostam, ou seja, eles mesmos. Em contraposto, o direito fundamental de liberdade, que remete a uma notícia verídica e à valorização dos meios de comunicação, é a principal medida responsável pela valorização de informações por meio de notícias verdadeiras.

O ataque aos meios jornalísticos, que atuam contra a disseminação dessas notícias, e a sua desvalorização têm a incumbência de deixar mais acessível à sociedade as notícias falsas. O encargo desses meios de comunicação não se limita a informar, mas também reprimir o fluxo de informações falsas.

Assim, é possível considerar que a liberdade de informação requer uma informação verdadeira e o seu cerceamento leva a uma violação constitucional e a uma fragilização da democracia. A informação é poder e um direito fundamental que pode possibilitar uma sociedade mais justa, livre e democrática.

4 REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do Estado e ciência política**. São Paulo: Saraiva, 1995.

BAUDRILLARD, Jean. **Significação da publicidade**. Teoria da cultura de massa. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 287-299.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. O controle jurídico da publicidade. **Revista de direito do consumidor**, v. 9, p. 25, 1994.

BÍBLIA Sagrada. Tradução de João Ferreira de Almeida. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, v. 2, 1969.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2019.

BRANCO, Sérgio. Fake news e os caminhos para fora da bolha. **Interesse Nacional**, São Paulo, ano 10, n. 38, p. 51-61, ago./out. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 abr. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa**: anotada. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, 2014.

COMO se ganha dinheiro com fake News. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/como-se-ganha-dinheiro-com-fake-news/av-49128566>. Acesso em: 12 abr. 2020.

DA SILVA, José Afonso. O estado democrático de direito. **Revista de direito administrativo**, v. 173, p. 15-24, 1988.

FARIAS, Edilsom Pereira. **Liberdade de expressão e comunicação**. 290f. 2001. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/79426>. Acesso em: 13 abr. 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Corrupção e democracia. **Revista de Direito Administrativo**, v. 226, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. rev. e ampl. São Paulo: RCS, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

HESSE, Konrad; MENDES, Gilmar Ferreira. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HORTA, Raul Machado. As novas tendências do federalismo e seus reflexos na Constituição brasileira de 1988. **Revista do legislativo**, n. 25, p. 14-25, 1999.

KELSEN, Hans. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

LAZER, David M. J. *et al.* A ciência das notícias falsas. **Science**, vol. 359, Edição 6380, pp. 1094-1096, 2018. Disponível em: <https://science.sciencemag.org/content/359/6380/1094>. Acesso em: 13 abr. 2020.

LIMBERGER, Têmis. Transparência administrativa e novas tecnologias: o dever de publicidade, o direito a ser informado e o princípio democrático. **Revista de Direito Administrativo**, v. 244, p. 248-263, 2007.

MAIA, Gustavo. **Fake news não são como boato, são criadas para gerar lucro, diz diretor do UOL**. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/12/12/fake-news-nao-e-erro-e-proposital-diz-diretor-de-conteudo-do-uol.htm>. Acesso em: 12 abr. 2020.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MARTINS, Rogério Vidal Gandra da Silva. Privacidade na comunicação eletrônica. **Ciência da informação**, v. 30, n. 1, 2001.

MARTINS, Paulo Jorge dos Santos. **O privado em público**: direito à informação e direitos de personalidade. 328f. 2013. Tese (Doutoramento em Ciências Sociais na especialidade de Ciências da Comunicação). Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas. Universidade Técnica de Lisboa. Lisboa, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreria. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**, n. 8, p. 131-142, 2004.

MENDONÇA, Naiane. O Fenômeno das “Fake News” no Direito Brasileiro: Implicações no Processo Eleitoral. **Virtuajus**, v. 4, n. 6, p. 294-316, 2019.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Tem dúvidas sobre o coronavírus?** Disponível em: <https://www.saude.gov.br/images/pdf/2020/marco/21/Informa----es-Sobre-Coronav--rus.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2020.

MOTA, Erick. Meio milhão do dinheiro público é usado para espalhar fake news, diz Joice. **Congresso em Foco**. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/legislativo/meio-milhao-do-dinheiro-publico-e-usado-para-espalhar-fake-news-diz-joice/>. Acesso em: 12 abr. 2020.

NOGUEIRA, Conceição. **Análise(s) do discurso**: diferentes concepções na prática de pesquisa em psicologia social. *Psic.: Teor. e Pesq.* [online]. 2008, vol.24, n.2, pp.235-242. ISSN 0102-3772. Disponível em: scielo.br/scielo.php?pid=S010237722008000200014&script=sci_abstract&tlng=p t. Acesso em: 13 abr. 2020.

PINHEIRO, Paulo Sérgio; MACHADO, Pedro Helena Pontual; BALLESTEROS, Paula Karina Rodrigues. O direito à verdade no Brasil. **Revista jurídica da Presidência**, v. 15, n. 105, p. 17-32, 2013.

RODRIGUES, João Gaspar. Publicidade, transparência e abertura na administração pública. **Revista de Direito Administrativo**, v. 266, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os tribunais e as novas tecnologias de comunicação e de informação. **Sociologias**, no.13, Porto Alegre, Jan./Jun., 2005.

SOARES, Fábio Costa. **Liberdade de Comunicação**. Proibição de censura e limites. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 11. Curso de Constitucional - Normatividade Jurídica. Rio de Janeiro: EMERJ, [sd]. Disponível em:

http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica_60.pdf. Acesso em: 13 abr. 2020.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio da publicidade administrativa (Direito de certidão, vista e intimação). **Revista de Direito Administrativo**, v. 199, p. 97-110, 1995.

TSANDZANA, Dércio. **Algumas propostas de resposta aos Fake News e desinformação?** Experiências, directrizes e reflexões no quadro das eleições de 2019 em Moçambique. Disponível em: https://www.academia.edu/40040951/Lei%C3%A7%C3%B5es_redes_sociais_da_Internet_e_fake_news_em_Mo%C3%A7ambique. Acesso em: 13 abr. 2020.

NOTAS:

[1] *Fakenews* não são como boato, são criadas para gerar lucro. MAIA, Gustavo. **Fake news não são como boato, são criadas para gerar lucro, diz diretor do UOL**. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/12/12/fake-news-nao-e-erro-e-proposital-diz-diretor-de-conteudo-do-uol.htm>. Acesso em: 12 abr. 2020.

[2] MARTINS, Paulo Jorge dos Santos. **O privado em público**: direito à informação e direitos de personalidade. 328f. 2013. Tese (Doutoramento em Ciências Sociais na especialidade de Ciências da Comunicação). Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas. Universidade Técnica de Lisboa. Lisboa, 2013.

[3] DA SILVA, José Afonso. O estado democrático de direito. **Revista de direito administrativo**, v. 173, p. 15-24, 1988.

[4] Kelsen, Hans. **A democracia**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

[5] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Corrupção e democracia. **Revista de Direito Administrativo**, v. 226, 2001.

[6] BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2019.

[7] *Champions League* é a Liga dos Campeões da UEFA é uma competição anual de clubes de futebol a nível continental, organizada pela União das Associações Europeias de Futebol e disputada por clubes europeus

[8] BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do Estado e ciência política**. São Paulo: Saraiva, 1995.

[9] CANOTILHO, José Joaquim; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa**: anotada. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

[10] MARTINS, Ives Gandra da Silva; MARTINS, Rogério Vidal Gandra da Silva. Privacidade na comunicação eletrônica. **Ciência da informação**, v. 30, n. 1, 2001.

[11] MENDES, Gilmar Ferreria. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**, n. 8, p. 131-142, 2004.

[12] LIMBERGER, Têmis. Transparência administrativa e novas tecnologias: o dever de publicidade, o direito a ser informado e o princípio democrático. **Revista de Direito Administrativo**, v. 244, p. 248-263, 2007.

[13] BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. O controle jurídico da publicidade. **Revista de direito do consumidor**, v. 9, p. 25, 1994.

[14] BAUDRILLARD, Jean. Significação da publicidade. **Teoria da cultura de massa**. São Paulo: Paz e Terra, 2000. p. 287-299.

[15] RODRIGUES, João Gaspar. Publicidade, transparência e abertura na administração pública. **Revista de Direito Administrativo**, v. 266, 2014.

[16] NOGUEIRA, Conceição. **Análise(s) do discurso**: diferentes concepções na prática de pesquisa em psicologia social. *Psic.: Teor. e Pesq.* [online]. 2008, vol. 24, n. 2, p. 235-242. ISSN 0102-3772. Disponível em: scielo.br/scielo.php?pid=S010237722008000200014&script=sci_abstract&tlng=p t. Acesso em: 13 abr. 2020.

[17] SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio da publicidade administrativa (Direito de certidão, vista e intimação). **Revista de Direito Administrativo**, v. 199, p. 97-110, 1995.

[18] GRAU, Eros Roberto. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. rev. e ampl. São Paulo: RCS, 2005.

[19] FARIAS, Edilsom Pereira. **Liberdade de expressão e comunicação**. 290f. 2001. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/79426>. Acesso em: 13 abr. 2020.

[20] SOARES, Fábio Costa. **Liberdade de Comunicação**. Proibição de censura e limites. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 11. Curso de Constitucional -

Normatividade Jurídica. Rio de Janeiro: EMERJ, [sd]. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/11/normatividadejuridica_60.pdf. Acesso em: 13 abr. 2020.

[21] HABERMAS, Jürgen. **Verdade e justificação**: ensaios filosóficos. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

[22] “E **conhecereis a verdade**, e a verdade vos libertará”. (João 8:32). (grifo nosso). **BÍBLIA Sagrada**. Tradução de João Ferreira de Almeida. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, v. 2, 1969.

[23] PINHEIRO, Paulo Sérgio; MACHADO, Pedro Helena Pontual; BALLESTEROS, Paula Karina Rodrigues. O direito à verdade no Brasil. **Revista jurídica da Presidência**, v. 15, n. 105, p. 17-32, 2013.

[24] HORTA, Raul Machado. As novas tendências do federalismo e seus reflexos na Constituição brasileira de 1988. **Revista do legislativo**, n. 25, p. 14-25, 1999.

[25] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 abr. 2020.

[26] SANTOS, Boaventura de Sousa. Os tribunais e as novas tecnologias de comunicação e de informação. **Sociologias**, no.13, Porto Alegre, Jan./Jun., 2005.

[27] HESSE, Konrad; MENDES, Gilmar Ferreira. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

[28] MENDONÇA, Naiane. O Fenômeno das “Fake News” no Direito Brasileiro: Implicações no Processo Eleitoral. **Virtuajus**, v. 4, n. 6, p. 294-316, 2019.

[29] BRANCO, Sérgio. Fake news e os caminhos para fora da bolha. **Interesse Nacional**, São Paulo, ano 10, n. 38, p. 51-61, ago./out. 2017.

[30] TSANDZANA, Dércio. **Algumas propostas de resposta aos Fake News e desinformação?** Experiências, directrizes e reflexões no quadro das eleições de 2019 em Moçambique. Disponível em: https://www.academia.edu/40040951/Elei%C3%A7%C3%B5es_redes_sociais_da_Internet_e_fake_news_em_Mo%C3%A7ambique. Acesso em: 13 abr. 2020.

[31] “O surgimento de notícias falsas destaca a erosão de baluartes institucionais de longa data contra desinformação na era da internet. A preocupação com o problema é global. No entanto, muito permanece desconhecido sobre as

vulnerabilidades de indivíduos, instituições e sociedade às manipulações de atores maliciosos. É necessário um novo sistema de salvaguardas. Abaixo, discutimos a pesquisa social e de ciência da computação existente sobre a crença em notícias falsas e os mecanismos pelos quais ela se espalha. As notícias falsas têm uma longa história, mas nos concentramos em questões científicas sem resposta, suscitadas pela proliferação de sua mais recente encarnação politicamente orientada. Além das referências selecionadas no texto, podem ser encontradas leituras adicionais sugeridas nos materiais complementares”. LAZER, David M. J. et al. A ciência das notícias falsas. **Science**, vol. 359, Edição 6380, pp. 1094-1096, 2018. Disponível em: <https://science.sciencemag.org/content/359/6380/1094>. Acesso em: 13 abr. 2020.

[32] BRANCO, Sérgio. Fake news e os caminhos para fora da bolha. **Interesse Nacional**, São Paulo, ano 10, n. 38, p. 51-61, ago./out. 2017.

[33] NOGUEIRA, Conceição. **Análise(s) do discurso**: diferentes concepções na prática de pesquisa em psicologia social. *Psic.: Teor. e Pesq.* [online]. 2008, vol. 24, n. 2, pp. 235-242. ISSN 0102-3772. Disponível em: scielo.br/scielo.php?pid=S010237722008000200014&script=sci_abstract&tlng=pt. Acesso em: 13 abr. 2020.

[34] BRANCO, Sérgio. Fake news e os caminhos para fora da bolha. **Interesse Nacional**, São Paulo, ano 10, n. 38, p. 51-61, ago./out. 2017.

[35] **COMO se ganha dinheiro com fake News**. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/como-se-ganha-dinheiro-com-fake-news/av-49128566>. Acesso em: 12 abr. 2020.

[36] MAIA, Gustavo. **Fake news não são como boato, são criadas para gerar lucro, diz diretor do UOL**. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/12/12/fake-news-nao-e-erro-e-proposital-diz-diretor-de-conteudo-do-uol.htm>. Acesso em: 12 abr. 2020.

[37] MOTA, Erick. Meio milhão do dinheiro público é usado para espalhar fake news, diz Joice. **Congresso em Foco**. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/legislativo/meio-milhao-do-dinheiro-publico-e-usado-para-espalhar-fake-news-diz-joice/>. Acesso em: 12 abr. 2020.

O TRATAMENTO À PSICOPATIA NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

LUCIANA SOUSA SANTOS: Acadêmica de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho –UNIFSA.

LUIS FERNANDO MENDES DE CARVALHO: Acadêmica de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho –UNIFSA.

EDJÔFRE COELHO DE OLIVEIRA ^[1]
(Orientador)

RESUMO: Este artigo tem como objetivo analisar o tratamento ao psicopata na esfera do Direito Penal Brasileiro, frente aos crimes cometidos por esse indivíduo. Desse modo, analisamos o conceito e os requisitos para configuração de crime adotado pela legislação vigente. Da mesma forma, analisamos dentro da Psicologia, os conceitos, a forma de diagnosticar e o tratamento para esse transtorno de personalidade. Além disso, apontamos a responsabilidade penal do ponto de vista da doutrina e jurisprudência dos Tribunais pátrios. Destacamos o fato de o tema ser controverso e que é imprescindível ao Direito solucionar da melhor forma possível. Ademais apresentamos um caso concreto para ilustrar o tema. Por fim, sugerimos o tratamento adequado para o psicopata na esfera penal.

Palavras-chave: Crime. Psicopatia. Responsabilidade penal.

Abstract: This article aims to analyze the treatment of psychopaths in the sphere of Brazilian Criminal Law, in view of the crimes committed by that individual. Thus, we analyze the concept and requirements for configuring crime adopted by current legislation. Likewise, we analyze within Psychology, the concepts, the way to diagnose and the treatment for this personality disorder. In addition, we point out criminal liability from the point of view of the doctrine and jurisprudence of the national Courts. We highlight the fact that the topic is controversial and that it is essential for the Law to resolve it in the best possible way. Furthermore, we present a concrete case to illustrate the theme. Finally, we suggest the appropriate treatment for the psychopath in the penal sphere.

Keywords: Crime. Psychopathy. Criminal liability.

Sumário: 1. Introdução. 2. Crime 2.1 conceito analítico 2.2 culpabilidade 2.3 responsabilidade penal 2.3.1 imputabilidade 2.3.2 semi-imputabilidade 2.3.3 inimputabilidade. 3. A psicopatia 3.1 breves considerações 3.2 como é feito o diagnóstico de psicopatia 3.3 assassino versus psicopata 3.4 possibilidade de cura

ou tratamento dos psicopatas. 4 responsabilidade penal dos psicopatas 4.1 doutrina 4.2 jurisprudência 4.3 caso concreto. Considerações finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como problema de pesquisa “Como os crimes praticados por pessoas diagnosticadas com psicopatia são responsabilizadas à luz do Direito Penal Brasileiro?”. Insta mencionar que é um tema em que existem controvérsias acerca de como será a punibilidade de quem sofre com esse transtorno mental.

Nesse sentido, nossos objetivos são analisar o tratamento dado às pessoas diagnosticadas com psicopatia e que cometem crimes à luz do direito penal; identificar a responsabilidade penal dos crimes praticados por pessoas que possuem esse transtorno. Dessa forma, buscamos fazer uma pesquisa observando a legislação, doutrina e jurisprudências pertinentes ao tema.

A motivação para o tema em questão advém da grande relevância que a psicopatia tem sobre o Direito Penal Brasileiro, pois ainda existe uma lacuna acerca da temática, levando o sistema judiciário a se basear nas hipóteses predominante sustentada pelos estudiosos, pois ainda não existe um posicionamento concreto.

A princípio foi analisado o conceito analítico de crime, em que para ocorrer é necessário existir três requisitos, quais sejam: fato típico, ilícito e culpável. Na falta de um desses requisitos não existe o crime. O ponto de destaque aqui é a culpabilidade, pois para ter esse requisito é necessário ao agente agir com dolo ou culpa.

Em seguida foi mencionado como é a penalidade adotada pela legislação penal vigente no nosso ordenamento. A pena adequada aos imputáveis, aos semi-imputáveis e aos inimputáveis. Ademais, conceituamos de acordo com os estudos de psicologia o que é o psicopata, como esse transtorno pode ser diagnosticado e se possui tratamento ou cura.

E por fim, observamos a responsabilidade penal dos psicopatas na visão doutrinária e jurisprudencial, além disso foi ilustrado um caso concreto para visualizarmos melhor. Logo, apontamentos qual forma seria mais adequada ao tratamento penal de quem sofre com esse transtorno mental.

O tema é de grande relevância para o ordenamento jurídico penal brasileiro, tendo em vista que a forma na qual os psicopatas se enquadram, pode afetar na decisão do juiz e respectivamente em sua pena, nos casos em que são considerados imputáveis, semi-imputáveis ou inimputáveis.

- **CRIME**

Para que possamos entender a responsabilidade de um psicopata na esfera penal, há a necessidade de entendermos o significado de crime, para que, posteriormente, possamos analisar o chamando elemento de culpabilidade do agente. Substancialmente, o conceito de crime parte de um pressuposto de que crime é uma violação penal que pode ser criminalizada, ou seja, é uma ação ou omissão humana que lesa ou expõe a perigo de lesão bens jurídicos penalmente tutelados e que causam algum tipo de dano ao meio social.

Nosso atual Código Penal é omissivo em relação ao conceito de crime, somente dizendo em sua lei de introdução que crime é quando uma infração penal com pena de reclusão ou de detenção, quer alternativa ou cumulativamente com pena de multa. Com essa redação, o artigo 1

º da Lei de Introdução ao Código Penal somente trouxe critérios para que pudéssemos diferenciar crime de contravenção, portanto, o entendimento que se tem acerca de crime é eminentemente doutrinário.

Assim, sem um conceito fornecido pelo legislador surgem então três conceitos doutrinários ao longo da história, tais como o conceito material, o formal e o analítico. No entanto, o conceito analítico é o adotado pela doutrina majoritária e jurisprudencial, portanto, é o conceito de relevância para o entendimento da responsabilidade de um psicopata na esfera penal.

- **CONCEITO ANALÍTICO**

O conceito analítico de crime possui uma função de analisar todos os elementos ou características que integram o conceito de infração penal sem que com isso se queira fragmentá-lo, ou seja, cuida-se da concepção da ciência do direito sobre o crime, visando apenas estudá-lo e torná-lo um bem compreensível ao operador do direito.

Conforme lição dada por Nucci (2017), e sob a ótica dominante no ordenamento jurídico, temos o crime como uma conduta típica, ilícita e culpável, portanto, uma ação ou omissão ajustada a um modelo previsto em lei de conduta proibida (tipicidade, onde estão contidos elementos subjetivos dolo e culpa), contrário ao direito (antijuridicidade ou ilicitude) e sujeita a um juízo de reprovação social incidente sobre o fato e seu autor, desde que existam imputabilidade, consciência potencial da ilicitude e exigibilidade e possibilidade de agir conforme o direito (culpabilidade).

Sobre o conceito analítico do crime, Assis Toledo preleciona:

Substancialmente, o crime é um fato humano que lesa ou expõe a perigo bens jurídicos (jurídicos penais) protegidos. Essa definição é, porém, insuficiente para a dogmática penal, que necessita de outra mais analítica, apta a pôr à amostra os aspectos essenciais ou os elementos estruturais do conceito de crime. E dentre as várias definições analíticas que têm sido propostas por importantes penalistas, parece-nos mais aceitável a que considera as três notas fundamentais do fato-crime, a saber: ação típica (tipicidade), ilícita ou antijurídica (ilicitude) e culpável (culpabilidade). O crime, nessa concepção que adotamos, é, pois, ação típica, ilícita, e culpável (TOLEDO, 1994, p.80).

Denominada corrente tripartida do delito ou sistema tripartido do crime, é amplamente majoritária na doutrina e jurisprudência, e traz uma caracterização de crime, ou seja, é necessário que na conduta praticada por um indivíduo estejam presentes três elementos fundamentais, isto é, fato típico, a antijuridicidade e a culpabilidade.

Nesse sentido, Welzel disserta que:

A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade são três elementos que convertem uma ação em delito. A culpabilidade – a responsabilidade pessoal do fato, do mesmo modo que a antijuridicidade, por sua vez, tem de estar concretizada em tipos legais. A tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade estão relacionadas logicamente de tal modo que cada elemento posterior do delito pressupõe o anterior (WELZEL, 1987, p.57).

Em breve síntese extraída das lições de Bierrenbach (2009), temos a tipicidade (fato típico) como uma adequação da conduta concreta dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, praticada pelo agente à conduta abstrata descrita na figura penal incriminadora, sujeitando o agente a uma pena. Ambas as condutas devem se ajustar perfeitamente, sem que nada falte ou nada sobre.

A ilicitude (antijuridicidade), por sua vez, é a contrariedade entre a conduta praticada pelo agente e o ordenamento jurídico-penal. Toda conduta típica será também antijurídica, a menos que o agente atue sob o manto de uma excludente de antijuridicidade.

Por fim, a culpabilidade, é o elemento mais importante para o estudo do presente artigo. Constitui juízo de censura, ao juízo de reprovabilidade que se faz

sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente, e parte do pressuposto de que o agente pode ser responsabilizado pela conduta praticada.

2.2 Culpabilidade

Com base nos ensinamentos de Greco (2014), culpabilidade é o juízo de censura, ao juízo de reprovabilidade que se faz sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente. Conduta sendo como reprovável ou censurável é uma conduta levada a efeito pelo agente que nas condições em que se encontrava, podia agir de forma contrária.

Nesse sentido, Bittencort discorre:

Hodiernamente, a culpabilidade é vista como possibilidade de reprovar o autor de um fato punível porque, de acordo como os fatos concretos, podia e devia agir de modo diferente. Sem culpabilidade não pode haver pena e sem dolo ou culpa não pode existir crime. Pelo exposto, a responsabilidade objetiva é insustentável no sistema penal brasileiro, que, certamente encapou as ideias da responsabilidade penal subjetiva (BITTENCORT, 2000, p. 125).

Assim, ninguém será penalmente punido se não tiver agido com dolo ou culpa, o que nos mostra que a responsabilização do agente não deve ser objetiva, mas sim subjetiva. Portanto, sempre que o indivíduo agir de forma consciente, sem ser abrangido por uma legítima defesa ou estado de necessidade, esse indivíduo é considerado culpado e deve ser punido, conforme o Código Penal e o entendimento doutrinário.

Torna-se essencial buscar, no seu âmago, o elemento subjetivo, formado por manifestações psíquicas, emocionais, racionais, volitivas e sentimentais, em perfeito conjunto de inspirações exclusivas do ser humano (NUCCI, 2017, p. 116).

Nesse sentido, vemos que não basta que o agente simplesmente realize o fato, mesmo que decorra de sua vontade consciente, pois se deve buscar o elemento subjetivo que é formado pelas manifestações emocionais, racionais, psíquicas, volitivas e sentimentais, que são expressões espirituais demonstradas de modo particular de ser e agir, que constitui o querer, apto a atingir determinado resultado.

2.3 A Responsabilidade na esfera penal

O ordenamento jurídico-penal brasileiro se manteve totalmente em silêncio no tocante a reponsabilidade penal dos criminosos diagnosticados como psicopata. Isso tem levado os juízes a enquadrarem as pessoas diagnosticadas com psicopatia, sendo como imputáveis e semi-imputáveis. Portanto, definir a forma de responsabilidade penal do psicopata é de grande importância, pois caso seja entendido que o mesmo é imputável, irá responder pelo crime da forma praticada, levando em consideração o preceito secundário previsto para a norma infringida, por outro lado, se for entendido que o psicopata é semi-imputável, o mesmo terá uma redução da pena, de um a dois terços, de acordo com o disposto no artigo 26, parágrafo único, do Código Penal. Assim, há a necessidade de ser exposto a diferença entre imputabilidade, semi-imputabilidade e inimputabilidade.

2.3.1 Imputabilidade

Em relação à imputabilidade, é uma definição jurídica que se baseia em critérios relacionados à saúde mental e a regularidade psíquica. É a circunstância na qual o indivíduo possui uma capacidade de ter uma ação com completo discernimento e com efetividade para conduzir suas ações, nesse sentido, para definir uma pessoa como imputável, é necessário analisar a sanidade mental e a maturidade.

O termo imputabilidade pode ser entendido como parte da culpabilidade, pois o agente tem a competência de entender se um ato é lícito ou ilícito e definir sua conclusão a partir do seu entendimento. É importante ressaltar que o responsável necessita ter um estado físico, moral, mental e psicológico, para saber que está cometendo uma ação ilícita.

Assim, todas as pessoas são responsáveis por suas ações e por seu comportamento social, sendo possível a aplicabilidade das sanções penais ajustáveis a cada caso concreto, quando tais atos descumprirem as impostas por lei, com exceção dos que a legislação tem uma percepção diferente.

2.3.2 Semi-imputabilidade

No que se refere à semi-imputabilidade, podemos dizer que é uma circunstância que fica entre a imputabilidade e a inimputabilidade, podendo ter uma influência na competência do sujeito sobre si mesmo, o art. 26, parágrafo único, do Código Penal dispõe sobre o assunto:

Parágrafo único. A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou

retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Nesses casos, o juiz é obrigado a reduzir a pena, porém, deve fixar primeiro a pena privativa de liberdade e logo após substituir pela internação ou se necessário o tratamento ambulatorial, mas sempre com a possibilidade de decretar uma medida de segurança.

Os indivíduos que possuem os sintomas da psicopatia não são caracterizados como uma enfermidade mental, nesse sentido o Código Penal os qualifica como semi-imputáveis, pois não possuem a capacidade de agir normalmente com as regras e éticas morais. É de grande importância ressaltar que nos casos em que o indivíduo for considerado semi-imputável, sua culpabilidade não é anulada e, quando necessário, a lei disponibiliza ao magistrado a opção de decretar uma medida de segurança ou diminuir a pena, somente depois de ser proposta.

2.3.3 Inimputabilidade

A inimputabilidade é a capacidade de culpabilidade. No entanto, em razão de doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado, a higidez biopsíquica do agente pode estar comprometida. Assim, a inimputabilidade ou incapacidade de culpabilidade pode decorrer da norma ao se presumir a ausência de sanidade mental. Neste sentido, há três causas de inimputabilidade em nosso Código Penal, que podem ser encontradas no art. 26, *in verbis*:

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

Neste diapasão, sobre a inimputabilidade, explica Damásio Evangelista de Jesus:

Não havendo a imputabilidade, primeiro elemento da culpabilidade, não há culpabilidade e, em consequência, não há pena. Assim, em caso de inimputabilidade, o agente que praticou o fato típico e antijurídico deve ser absolvido, aplicando-se medida de segurança (DAMÁSIO, 1999, p. 499).

Há certas condições psíquicas de que são exemplo algumas neuroses, transtornos obsessivo-compulsivos, em que o sujeito, apesar de saber o valor de

seu comportamento, não detém a capacidade de autodeterminação ou de autogoverno para refrear seu agir, daí ser considerado, para o direito penal, um doente mental, de forma a ser rotulado de absolutamente incapaz. Essa falta de capacidade decorre de doença mental ou do desenvolvimento mental incompleto ou retardado.

Entende-se por doença mental as psicoses, os estados de alienação mental por desintegração de personalidade, a evolução deformada de seus componentes e assim por diante, incluindo também o hipnotismo. Já o desenvolvimento mental incompleto é aquele que não se concluiu, alcançando, além dos menores, os surdos mudos e os silvícolas (índios) não adaptados. Nesse caso, a psicopatologia forense verificará, no caso concreto, se a anormalidade produz a referida incapacidade. E, por desenvolvimento mental retardado compreende-se a oligofrenia em todas as formas tradicionais: idiotia, imbecilidade e debilidade mental.

De qualquer forma, em todos esses estados de enfermidade mental carecem de exame médico-legal para comprovar a gravidade que os testam, podendo este ser realizado tanto na fase do inquérito policial como no processo penal, mediante instauração de incidente de insanidade mental do acusado.

3. A PSICOPATIA

3.1 Breves considerações

De acordo com o dicionário online de português, o termo psicopata pode ser conceituado como aquela pessoa que sofre de um distúrbio mental, definido por comportamentos antissociais, pela falta de moral, arrependimento ou remorso, sendo incapaz de criar laços afetivos ou de sentir amor pelo próximo. Indivíduo acometido por psicopatia, por esse distúrbio mental.

Ana Beatriz Silva (2009), afirma que Psico quer dizer mente; *pathos*, doença, mas que o psicopata não é um doente mental da forma como nós o entendemos. O doente mental é o psicótico, que sofre com delírios, alucinações e não tem ciência do que faz. Vive uma realidade paralela. Se matar, terá atenuantes. Já o psicopata sabe exatamente o que está fazendo. Ele tem um transtorno de personalidade. É um estado de ser no qual existe um excesso de razão e ausência de emoção. Ele sabe o que faz, com quem e por que. Mas não tem empatia, a capacidade de se pôr no lugar do outro.

Robert Hare (2013, p. 38), um dos maiores nomes da atualidade no estudo da psicopatia, afirma que os psicopatas não são pessoas desorientadas ou que perderam o contato com a realidade; não apresentam ilusões, alucinações ou a

angústia subjetiva intensa que caracterizam a maioria dos transtornos mentais. Ao contrário dos psicóticos, os psicopatas são racionais, conscientes do que estão fazendo e do motivo por que agem assim. Seu comportamento é resultado de uma escolha exercida livremente.

Ao pensarmos em psicopatia, existe a falsa ideia de que é fácil distinguir quem é psicopata e quem não é na nossa sociedade. No entanto, não é tão fácil percebê-los como achamos. Geralmente, só o notamos depois que tem algum surto ou cometem crimes horrendos/atípicos. Mas os psicopatas vivem entre nós, se parecem conosco, mas como bem afirma a psiquiátrica Ana Beatriz (2008, p.35), são indivíduos desprovidos do sentido tão especial, qual seja, a consciência.

3.2 O diagnóstico de um psicopata

A psiquiátrica Ana Beatriz (2009), aduz que não é tão fácil detectá-los, especialmente quando temos alguma ligação afetiva com eles. Maridos que espancam suas esposas, por exemplo: as estatísticas mostram que 25% são psicopatas, e grande parte delas não aceita a verdade. Mas há algumas características básicas entre eles: falam muito de si mesmos, mentem e não se constrangem quando descobertos, têm postura arrogante e intimidadora por um lado, mas são charmosos e sedutores por outro. Costumam contar histórias tristes, em que são heróis e generosos. Manipulam as pessoas por meio de elogios desmedidos. Se tiver de começar a desconfiar de alguém, desconfie dos bajuladores excessivos. Chefes também podem ser psicopatas – o que costuma se manifestar pelo assédio moral aos funcionários. Um dado interessante é que eles não sentem compaixão, pena, remorso. Mas sabem, cognitivamente, o que é ter esses sentimentos. Daí representarem tão bem – e às vezes exageradamente – a vítima.

Para avaliar e diagnosticar um indivíduo com característica psicopata é necessário ter consciência de quão complexo é esse fenômeno. Robert Hare, um dos principais especialistas em psicologia moderna dando ênfase na psicopatia, criou um método de operacionalização desse tema por meio do inventário da psicopatia. Ele é frequentemente creditado como o responsável pela explosão das pesquisas durante as últimas décadas devido à sua criação da medida de psicopatia mais amplamente utilizada, o *Psychopathy Checklist* (PCL) e o atual *Psychopathy Checklist Revised* (PCL-R) (HUSS, 2011, p. 93).

Embora esse não seja o método único de avaliar a psicopatia, o PCL-R tornou-se a medida padrão de conhecimento. O PCL-R compõe-se de 20 itens que podem ser divididos em dois grupos. Os psicólogos forenses são responsáveis por

marcar as alternativas que estão presentes e identificar se o sujeito apresenta características significativas de psicopatia.

Alguns dos pontos a serem identificados no PCL são: lábia, charme superficial, senso grandioso de autoestima, mentira patológica, ausência de remorso ou culpa, crueldade, afeto superficial, falta de empatia/crueldade, comportamento sexual promíscuo, falta de objetivos realistas de longo prazo, versatilidade criminal (HUSS, 2011).

3.3. Assassino *versus* Psicopata

um equívoco pensar que apenas assassinos seriais são psicopatas, e um dos objetivos do livro "Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado" da Ana Beatriz Silva, é justamente mostrar que a psicopatia não está ligada apenas ao homicídio. Segundo a autora, existem assassinos passionais que jamais matariam novamente. Um exemplo é a mulher que matou o estupro do filho dela de 4 anos. Ela nada tem de psicopata. Ao contrário, apesar da violência, o crime dela pode ser compreensível para muitas mães. Ao passo que um psicopata pode nunca ter a necessidade de assassinar, resolvendo suas questões intervindo em vidas afetivas e financeiras, prejudicando pessoas de forma irreversível, mas sem matá-las.

Uma breve revisão da história da humanidade é capaz de revelar duas questões importantes no que se refere à origem da psicopatia. A primeira delas destaca o fato de a psicopatia sempre ter existido entre nós. A segunda questão aponta para a presença da psicopatia em todos os tipos de sociedades, desde as mais primitivas até as mais modernas. Esses fatos reforçam a participação de um importante substrato biológico na origem desse transtorno. No entanto, não invalidam a participação significativa que os fatores culturais podem ter na modulação desse quadro, ora favorecendo, ora inibindo o seu desenvolvimento (SILVA, 2008).

3.4 Possibilidade de cura ou tratamento dos psicopatas

Existem tratamentos por meio de medicamentos e psicoterapias, contudo, salvo exceções, tais métodos não se mostram eficazes, visto que a maioria dos indivíduos psicopatas acredita não padecer de qualquer problema.

Ao realizar qualquer tratamento se faz necessário que haja a colaboração do paciente para que surjam os efeitos desejados. Como nesse caso a colaboração é nula, pois o próprio indivíduo psicopata não tem interesse, não tem remorso pelos crimes que cometeu, as tentativas restam frustradas.

Conforme a psiquiátrica Ana Beatriz Silva, a psicopatia não tem cura, é um transtorno de personalidade e não uma fase de alterações comportamentais momentâneas. No entanto, ainda afirma a autora que existem graus diversos de a psicopatia se manifestar, e que somente os casos mais graves apresentam barreiras de convivência intransponíveis.

De todo modo, o objetivo é criar estratégias de controle das necessidades do indivíduo, ainda pequeno, evitando o emprego de qualquer mal a outrem, seja ele semelhante ou não. Dessa forma, o controle social, político, familiar dado na infância se torna mais eficaz, pois as características psicopáticas ao invés de aflorar, são suprimidas desde o início, já que o meio social pode estimular o desenvolvimento ou supressão desse transtorno.

4 RESPONSABILIDADE PENAL DOS PSICOPATAS

4.1 Na doutrina

Questão complicada no âmbito jurídico é definir os rumos da responsabilidade penal do psicopata, isto é, se referidos indivíduos são imputáveis, semi-imputáveis ou mesmo inimputáveis. O fato é que a doutrina da psiquiatria forense é unânime no sentido de que a respeito de um transtorno de personalidade, o psicopata é inteiramente capaz de entender o caráter ilícito de sua conduta, restando, assim, se ele é capaz de determinar-se de acordo com esse entendimento. Nesse sentido, os transtornos de personalidade não são propriamente doenças, mas anomalias do desenvolvimento psíquico, sendo considerados, em psiquiatria forense, como perturbação da saúde mental.

Segundo o Código Penal Brasileiro, serão impostas aos indivíduos psicopatas a forma de infrações penais, como espécies de sanção penal, pois como já vimos, a psicopatia é um transtorno de personalidade antissocial, na qual não afeta a capacidade de entender o caráter ilícito e nem sua capacidade de entendimento. Nesse sentido, concluímos que o psicopata de início deve ser tratado e considerado na esfera penal como um infrator imputável, devendo ser imposta uma sanção adequada no caso de cometer um crime.

Contudo, estudiosos alertam sobre a reincidência criminal em relação a falta de aprendizagem dos psicopatas no tocante às aplicações das sanções penais, pois acaba que as penas se tornam um meio coercitivo e preventivo sem eficácia contra os psicopatas. Assim, os estudiosos afirmam que é inútil as tentativas de reeducação do indivíduo, pois não possui em sua personalidade a ética sobre a qual possa influir.

4.2 Na Jurisprudência

Existem controvérsias acerca de como será a responsabilidade penal dos psicopatas que cometem crimes, a decisão não é unânime na jurisprudência dos tribunais pátrios. Como podemos analisar, no Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais foi decidido de acordo com o grau de psicopatia do réu a sua inimputabilidade, dessa forma foi submetido à internação como medida de segurança.

APELAÇÃO CRIMINAL - DELITOS DE AMEAÇA E INCÊNDIO - ARTIGOS 147 E 250, INC. II, ALÍNEA 'a', AMBOS DO CÓDIGO PENAL - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - RÉU INIMPUTÁVEL - MEDIDA DE SEGURANÇA - INTERNAÇÃO - SUBSTITUIÇÃO PARA TRATAMENTO AMBULATORIAL - IMPOSSIBILIDADE - EVIDÊNCIAS DE PERICULOSIDADE DO ACUSADO - RECURSO NÃO PROVIDO. - **Na aplicação da medida de segurança deve o julgador observar a natureza do crime cometido, o potencial de periculosidade do réu e o grau da psicopatia, ainda que o crime seja apenado com reclusão. - Diante das evidências de periculosidade do réu, justifica-se submetê-lo à medida de segurança de internação.**

(TJ-MG - APR: 10428130027223001 MG, Relator: Jaubert Carneiro Jaques, Data de Julgamento: 08/11/2016, Câmaras Criminais / 6ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 22/11/2016)

Enquanto que no Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul entendeu-se que o réu seria imputável, em um dos votos é aduzido que “a conduta social e a personalidade são desfavoráveis, porquanto submetido a exame de insanidade mental, laudo de f. 1533-43, o perito concluiu ser imputável, bem como ser psicopata, tendo em sua personalidade um viés de entendimento malévolo e hostil, com comportamento antissocial destrutivo e com elevada tendência à reincidência delitiva”

E M E N T A – APELAÇÃO DEFENSIVA – OCULTAÇÃO DE CADÁVER – ANTECEDENTES, CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADES NEGATIVADAS – FUNDAMENTAÇÃO INDÔNEA – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. O decurso do prazo depurador previsto no art. 64, I, do Código Penal, impossibilita o reconhecimento da reincidência, porém não impede a negativação dos maus antecedentes. A conduta social e a personalidade do agente

podem ser consideradas prejudiciais na primeira fase da dosimetria da pena com a conseqüente exasperação da pena-base quando constam nos autos elementos concretos a fundamentar a negatização dos vetores.

(TJ-MS - APR: 00056693120178120001 MS 0005669-31.2017.8.12.0001, Relator: Des^a Elizabete Anache, Data de Julgamento: 01/11/2019, 1^a Câmara Criminal, Data de Publicação: 04/11/2019).

4.3 Caso concreto

Para ilustrar, descrevemos um caso real que aconteceu no interior do Piauí e chocou o país. O caso da “menina-vampiro”. A história é de uma adolescente que cometeu um crime brutal no interior do Piauí, no final da década de 1990. O caso chamou a atenção do país pelos sintomas nítidos de vampirismo que estavam por se confirmar.

A adolescente matou, com um machado, a tia e uma criança de dois anos. A outra vítima, uma menina de quatro anos, sobreviveu, mas ficou com sequelas. Após o crime, ela bebeu o sangue das vítimas. O caso teve grande repercussão à época e a jovem foi chamada de menina-vampira. Psiquiatras a diagnosticaram com psicopatia severa e incurável.

Em 2010, o escritor Enéas Barros lançou o livro “15:50 - A história da Menina-Vampiro do Piauí”, em que relata com detalhes o caso. Ele teve acesso a todo o inquérito, entrevistou autoridades policiais e psiquiatras, além de testemunhas e da própria autora do crime. “Ela relatou nos depoimentos à polícia que bebeu três copos e meio de sangue tirado da cabeça das vítimas”, disse o escritor.

Segundo o escrito, a moça ficou presa por 11 anos, mas nunca foi julgada. Por isso, conseguiu a liberdade por meio de um *habeas corpus* concedido pelo Superior Tribunal de Justiça. “Hoje ela não deve nada. Quando cometeu o crime ainda era menor e ficou presa ilegalmente. De todo modo, fica a advertência, porque o psiquiatra me disse que não havia cura para a psicopatia. Mas ela pode ser tratada”, afirma Enéas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou, dentro do nosso ordenamento jurídico, a compreensão de como um psicopata é tratado frente ao direito penal brasileiro pela prática de uma conduta criminosa.

Com base nesse estudo, podemos concluir que os psicopatas possuem a capacidade de entender o que fazem e conseqüentemente o caráter ilícito de uma possível conduta que possam vir a praticar, mas não se pode negar que são pessoas que possuem um transtorno de personalidade que necessitam de tratamento e que deve ser analisado o caso concreto em que dependendo do grau de psicopatia do indivíduo seja responsabilizado pelos seus atos como semi-imputável ou imputável, mas nunca como um inimputável.

Pois como foi visto, só serão tratados como portadores de doença mental e isentos de pena conforme o disposto no artigo 26 do Código Penal Brasileiro os que forem inteiramente incapazes de entender o caráter ilícito do ato praticado. E se segundo os especialistas na área da psicologia e psiquiatria os portadores de psicopatia possuem o entendimento do que estão fazendo e do caráter ilícito de sua conduta, não podem ser considerados inimputáveis, pois serão considerados culpáveis e o seu ato seja considerado como a prática de um crime, pois a culpabilidade é um elemento essencial para a caracterização de um crime, conforme o conceito analítico adotado pela doutrina e jurisprudência majoritária.

Por fim, acredita-se que é necessário um posicionamento do ordenamento jurídico penal brasileiro a respeito do tema, pois se observa que os juízes não possuem uma decisão unânime a respeito da responsabilidade penal dos psicopatas, sendo que cada um resolve os casos de forma diferenciada, pois a lei é omissa.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*- Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2000.

BIENRRENBACH, Sheila, *Teoria do Crime*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

BRASIL. Código Penal. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 29 nov. 2019.

BRASIL. Lei de Introdução ao Direito Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3914.htm>. Acesso em 10 mar. 2020.

FELIZARDO, Nayara. *“Caso de babá psicopata...”*. Portal de notícias de Teresina/PI: 17 jan 2018. Disponível em:

<https://www.portalodia.com/noticias/teresina/caso-de-baba-psicopata-e-verdadeiro,-mas-ocorreu-ha-dois-anos-312399.html>. Acesso: 02 mar.2020

GRECO, Rogério. 16ª ed. **Curso de Direito Penal**- Parte Geral. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2014.

HARE, Robert D. **SEM CONSCIÊNCIA: O mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós**. Ed. Artmed Editora Ltda, 2013.

HUSS, M.T. **Psicologia forense: pesquisa, prática clínica e aplicações**/ tradução: Sandra Maria Mallmann da Rosa; revisão teórica: José Geraldo Vernet Taborda. Porto Alegre, Artmed, 2011.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal** – Parte Geral. 31. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

MAGNOLER, Renê Gonçalves Estrela. **Psicopatia forense: psicopata e o Direito Penal** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 25 nov 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50243/psicopatia-forense-psicopata-e-o-direito-penal>. Acesso em: 25 nov 2019.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal : APR 0027223-14.2013.8.13.0428 MG. Relator: Jaubert Carneiro Jaques, data de julgamento: 08/11/2016. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/407376699/apelacao-criminal-apr-10428130027223001-mg?ref=serp>. Acesso: 02.mar.2020

MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação Criminal: APR 00056693120178120001 MS 0005669-31.2017.8.12.0001. Relatora: Desª Elizabete Anache, Data de Julgamento: 01/11/2019, 1ª Câmara Criminal. Disponível em: <https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/776650786/apelacao-criminal-apr-56693120178120001-ms-0005669-3120178120001/inteiro-teor-776651189?ref=serp>. Acesso: 02.mar.2020

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**- Parte Geral. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes perigosas: o psicopata mora ao lado**. Rio de Janeiro, Objetiva, 2008.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

WELZEL, Hans. ***Derecho penal alemán***. Tradução de Juan Bustos Ramirez e Sergio Yañes Pérez. Chile: Jurídica de Chile, 1987.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. ***“Os psicopatas não sentem compaixão”***. Revista época: 15 out 2009. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI15657-15295,00-ANA+BEATRIZ+BARBOSA+SILVA+PSICOPATAS+NAO+SENTEM+COMPAIXAO.html>. Acesso: 02 mar.2020

NOTAS:

[1] Luís Fernando Mendes de Carvalho, Acadêmico de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. *E-mail*: mendes28174@gmail.com

[2] Me. Edjofre Coelho de Oliveira. Mestre em Ciências da Educação pela ULHT/UFMS. *E-mail*: edjofrecoelho@hotmail.com

O USO DA MEDIAÇÃO NO ÂMBITO FAMILIAR NOS CONFLITOS DA ALIENAÇÃO PARENTAL

ARIADNE VIANA VIEIRA:
Bacharelanda no Direito da
Universidade Brasil.

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito da Universidade Brasil como complementação dos créditos necessários para obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientador Professor Doutor: Ailton Nossa Mendonça e Professora Me. Érica Cristina Molina dos Santos.

RESUMO: A presente pesquisa é fundamentada no estudo da mediação como meio eficaz de sua utilização no âmbito familiar, especificadamente nos casos decorrentes da prática da alienação parental, bem como denotar o conceito de evolução da família, e as mudanças advindas desta, inclusive a da permissão do ato de divórcio e dos direitos de crianças e adolescentes. Consequente será analisado do que se refere a alienação parental e sua lei 12.318/10, breve relato sobre o veto do artigo 9, e ainda, será estudada a diferenciação do ato de alienação parental e da Síndrome da Alienação Parental, indagando a dificuldade de identificar sua prática e consequências geradas a criança alienada. Sobre a mediação, seu conceito e relato das vantagens de seu uso no caso em estudo, por a mesma poder ser bastante efetiva na amenização da influência que a alienação pode gerar em ambas as partes do conflito, e por fim, da importância do papel do mediador que atua no mesmo, onde seu trabalho é de extrema importância para a solução.

Palavras-chave: Alienação Parental; Família; Mediação; Conflito; Alienador.

ABSTRACT: This research is based on the study of mediation as an effective means of its use in the family, specifically in cases resulting from the practice of parental alienation, as well as denoting the concept of family evolution, and the changes resulting from it, including the permission of the parent. act of divorce and the rights of children and adolescents. The following will be analyzed with regard to parental alienation and its law 12.318 / 10, brief report on the veto of article 9, and will also be studied the differentiation of the act of parental alienation and Parental Alienation Syndrome, inquiring the difficulty of identifying its practice and

consequences generated the alienated child. On mediation, its concept and account of the advantages of its use in the case under study, because it can be very effective in mitigating the influence that alienation can generate in both parts of the conflict, and finally, the importance of the role of the mediator. mediator acting in it, where his work is of utmost importance for the solution.

Keywords: Parental Alienation; Family; Mediation; Conflict; Alienator.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. CONCEITO DE FAMÍLIA E SUA EVOLUÇÃO. 2.1 Do conceito do direito de família. 2.2 Do direito da criança e do adolescente. 3. DA ALIENAÇÃO PARENTAL. 3.1 Conceito. 3.2 Da lei da alienação parental 12.318/10. 3.3 Da síndrome da alienação parental (SAP). 3.4 Da dificuldade de identificar a prática da alienação e dos efeitos nos filhos. 4. DA MEDIAÇÃO. 4.1 Conceito. 4.2 Vantagens do uso da mediação familiar. 4.3 Do papel do mediador familiar. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERENCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo científico aborda o uso da mediação no âmbito familiar nos conflitos da alienação parental.

O mesmo tem como objetivo a demonstração de que quando trata-se de assunto familiar, especificadamente nos casos em que existe a prática da alienação parental efetivada por um dos genitores, o uso da mediação pode ser um meio bastante eficaz para a tentativa de solucionar ou tentar amenizar as consequências de tal fato.

É composto por 5 capítulos que irão expor no que consiste o conceito de família e como a mesma vem evoluindo com o passar dos anos, bem como tratar dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Onde um dos principais direitos que serão abordados é o da convivência familiar de maneira pacífica e saudável.

Do mesmo modo demonstrará em que consiste o ato de alienação parental, e que o mesmo é o resultado do sentimento de ódio que permanece no genitor alienador em decorrência do divórcio ou da separação, pelo fato de não aceitar tal acontecimento e assim passar a denegrir o outro indivíduo genitor ao filho, praticando assim a alienação parental, e ainda, um breve estudo sobre a Lei da Alienação Parental (12.318/2010) e breve comentário sobre o veto do artigo 9º da citada lei, e como o mesmo é visto por doutrinadores como um retrocesso.

Em seguida, a diferença entre o ato de alienação e a Síndrome da Alienação Parental, cuja conceituação foi apresentada pelo psiquiatra forense

norte-americano Richard Gardner, onde o mesmo chegou a conclusão de que a síndrome é o resultado do que os atos da alienação causam nos menores, ou seja, os problemas psicológicos gerados.

Ainda, a demonstração da dificuldade de como identificar a prática da alienação parental e os efeitos que a mesma gera nos filhos alienados, que muitas vezes são problemas graves e traumatizantes que perduram para o resto da vida.

Sobre a mediação, elenca-se sua possibilidade jurídica de realização e sobre as vantagens que usá-la no referido caso em específico gera, visto que seu uso visa tentar da melhor maneira possível amenizar os problemas causados pela alienação e ainda resultando assim de uma facilitação para o judiciário, uma vez que, com o uso da mediação as partes poderiam entrar num acordo por meio de mediadores que entendam e saibam como auxiliar nesses casos.

Onde tais mediadores tentariam solucionar o problema da melhor forma possível entre as partes, por meio de conversas e até mesmo terapias. Evitando assim, a enorme exposição das partes, e principalmente dos menores no judiciário.

2. CONCEITO DE FAMÍLIA E SUA EVOLUÇÃO

2.1 Do conceito do direito de família

A família é tida como a base da sociedade desde antes mesmo da existência de qualquer lei que divulgasse tal afirmativa, e continuou sendo após a Constituição Federal de 1988 que reforçou essa afirmativa em seu artigo 226.

Logo, seu conceito vem sofrendo inúmeros progressos com o passar do tempo. Uma vez que, antigamente o conceito de família habitual era do homem como sendo o "chefe" da família, ou seja, quem mandava. Ao passo que a mulher era apenas uma subordinada que deveria cuidar da casa e dos filhos, sem ter nenhum direito de autoridade para praticamente nada em sua vida, muito menos para trabalhar fora.

Nesse sentido, elenca Carlos Alberto Gonçalves (2017):

No direito romano a família era organizada sob o princípio da autoridade. O pater famílias exercia sobre os filhos direito de vida e de morte (*ius vitae ac necis*). Podia desse modo, vendê-los, impor-lhes castigos e penas corporais e até mesmo tirar-lhes a vida. A mulher era totalmente subordinada à autoridade marital e podia ser repudiada por ato unilateral do marido.

Conforme explicado acima, percebe-se o quão grande era a autoridade do homem na casa, onde o mesmo tinha o livre arbítrio de fazer o que quisesse tanto com os filhos quanto com sua esposa. Portanto era habitual a mesma apenas obedecer, sem ter voz alguma sob qualquer coisa.

A formação da família se dava exclusivamente com o fim matrimonial, onde a prioridade era dar continuidade aos antecessores, ao passo que era comum o casamento sem os noivos ao menos se conhecerem, por escolha dos pais, não se falava em afeto e pouco importava a concordância feminina.

Frisa-se que o casamento era o único meio formador de uma família, o qual não podia ser dissolvido, ao passo que não existia o instituto do divórcio.

Com base no Código Civil de 1916, entendia-se que:

A finalidade essencial da família era a continuidade. Emprestava-se juridicidade apenas ao relacionamento matrimonial, afastadas quaisquer outras formas de relações afetivas. Expungia-se a filiação espúria e proibiam-se doações extraconjugais.

Entretanto, o conceito de família começou a se modificar em 1962 com a promulgação do Estatuto da Mulher Casada (Lei 4.161/62), que se opôs totalmente ao Código Civil de 1916, dando assim direitos e deveres as mulheres inexistentes até então, desde então as mulheres iniciaram a autoridade na relação e ter seus direitos garantidos. De acordo com o advogado Rafael Nogueira da Gama, o Estatuto da Mulher Casada contribuiu para a emancipação feminina em diversas áreas.

Outro marco que contribuiu para evolução da família foi a Lei do Divórcio (6.515/77), onde passou a vigorar que seria permitido a dissolução conjugal por meio do divórcio seja litigioso ou consensual, pelas vontades de ambas as partes nos casos previstos em lei. Inclusive pela vontade da mulher que não se via mais obrigada a permanecer em um casamento pelo fato de não poder dissolvê-lo.

Art 1º - A separação judicial, a dissolução do casamento, ou a cessação de seus efeitos civis, de que trata a Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, ocorrerão nos casos e segundo a forma que esta Lei regula.

A referida evolução se destacou mais ainda com a vinda da Constituição Federal de 1988, alterando assim as formas de constituição da família.

A Constituição de 1988 realizou enorme progresso na conceituação e tutela da família. Não aboliu o casamento como forma ideal de regulamentação, mas também não marginalizou a família natural como realidade social digna de tutela jurídica. Assim, a família que realiza a função de célula provém do casamento, como a que resulta da “união estável entre o homem e a mulher” (art. 226, §3º), assim como a que se estabelece entre “qualquer dos pais e seus descendentes”, pouco importando a existência, ou não, de casamento entre os genitores (art. 226, §4º). (THEODORO JÚNIOR, 1998)

Trazendo assim, o afeto como um dos principais motivos pelo qual se advinha à concepção de uma família, não tendo apenas o casamento como único meio formador, e a livre vontade das pessoas era prioridade. Ademais, as normas que regem o direito de família especificadamente, apenas foram regulamentadas pelo Código Civil de 2002, trazendo assim as diversas formas da formação familiar, inclusive pelo afeto, no qual não era levado em consideração outrora.

Podemos visualizar então, que a família vem passando por diversas evoluções e alterações com o passar dos anos, deixando de ser apenas um ato patriarcal visto como uma instituição e passando a ser gestovoluntário concedido por meio da livre vontade das partes, visando afinidade e afeto. Onde ambos passam a terem direitos e deveres com a família que devem ser cumpridos.

2.2 Do direito da criança e do adolescente

A respeito dos direitos da criança e do adolescente, nos trás o artigo Art. 227 da Constituição Federal de 1988:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

É aparente que crianças e adolescentes têm seus direitos fundamentais protegidos e garantidos pela Constituição Federal, os quais devem ser cumpridos pela família e pelo Estado conforme demonstrado acima, com prioridade. E para

reforçar ainda mais os direitos dos mesmos, em 1990 foi sancionada a Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990 a qual é dedicada exclusivamente a eles, como garantia de concretização de seus direitos e deveres.

Um dos direitos fundamentais é a convivência familiar de forma pacífica e equilibrada, este elencado tanto na Constituição Federal quanto no Estatuto da Criança e do Adolescente, não restando dúvidas que o referido direito deve ser assegurado às crianças e adolescentes de forma digna, sem conflitos que possam lesar seu desenvolvimento durante a vida, conforme demonstra o artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

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.

E este direito é dever de ambos os pais efetivarem, dado que os mesmos são responsáveis em iguais condições pela criação dos filhos, independentemente de estarem juntos ou não, ou seja, mesmo que haja o ato do divórcio litigioso. O vínculo e a obrigação para com os filhos devem permanecer, visando sempre priorizar a vivência saudável da criança.

O Jurista Rodrigo Pereira da Cunha (2012) disciplina sobre esse tema:

Independente da convivência ou relacionamento dos pais, a eles cabe a responsabilidade pela criação e educação dos filhos, pois é inconcebível a ideia de que o divórcio ou término da relação dos genitores acarrete o fim da convivência entre os filhos e seus pais.

Esclarecendo assim, que o rompimento da vida conjugal dos pais não deveria de forma alguma interferir na relação de qualquer um deles com os filhos.

Contudo, o referido direito fundamental a convivência familiar saudável acaba sendo violado pelos pais quando da relação resulta o divórcio litigioso ou da separação não havendo aceitação por um dos genitores. Momento em que se instala o sentimento de ódio neste, iniciando a utilização da criança como meio de vingança através da prática da alienação parental conforme veremos em seguida.

3. DA ALIENAÇÃO PARENTAL

3.1 Conceito

A prática da alienação parental tem sido cada vez mais habitual em nossa sociedade, uma vez que na ação de disputa de guarda a parte vencida ao assumir o controle da criança, por não aceitar o fim do casamento, começa a denegrir a imagem do outro genitor perante a criança com falsas acusações. Fazendo assim, que a mesma acredite que o outro foi o causador da separação da família.

Atualmente o conceito de alienação parental este elencado no art. 2º da Lei nº 12.318/10:

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Conforme mencionado acima, a alienação efetua-se por um dos genitores, o qual não aceita o fim do relacionamento e passa a fazer com que o filho repudie o outro. Aproveitando-se do fato de estar no domínio da criança fazendo assim com que a mesma acredite em suas falsas alegações.

Corroborando ao entendimento acima lecionado, Maria Berenice Dias (2016) explica o seguinte:

Muitas vezes, quando da ruptura da vida conjugal, se um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, com o sentimento de rejeição, ou a raiva pela traição, surge o desejo de vingança que desencadeia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro. Sentir-se vencido, rejeitado, preterido, desqualificado como objeto de amor, pode fazer emergir impulsos destrutivos que ensejam desejo de vingança, dinâmica que faz com que muitos pais se utilizem de seus filhos para o acerto de contas do débito conjugal.

Ainda no sentido de que a alienação é o resultado do sentimento de ódio e vingança que permanece no pai alienador após o rompimento da vida conjugal de forma litigiosa, levando-o assim a prática do referido ato, nos ensina Ana Carolina Carpes Madaleno e Rolf Madaleno (2018):

Trata-se de uma campanha liderada pelo genitor detentor da guarda da prole, no sentido de programar a criança para

que odeie e repudie, sem justificativa, o outro genitor, transformando a sua consciência mediante diferentes estratégias, com o objetivo de obstruir, impedir ou mesmo destruir os vínculos entre o menor e o pai não guardião, caracterizado, também, pelo conjunto de sintomas dela resultantes, causando, assim, uma forte relação de dependência e submissão do menor com o genitor alienante. E, uma vez instaurado o assédio, a própria criança contribui para a alienação.

Sabe-se que quando nos casos de separação que envolve crianças tudo se torna ainda mais delicado, em razão de a criança não compreender os acontecimentos e por muitas vezes passa a se sentir culpada pela presente situação. Portanto, o conflito só tende a se agravar quando do mesmo resulta a alienação por conta do genitor.

Diante disso, a criança se sente desamparada ao ver os pais a disputando, as agressões verbais pronunciadas um em desfavor do outro, diretamente a ela, gera conflitos internos e traumas psicológicos a mesma.

3.2 Da lei da alienação parental 12.318/10

Em 26 de agosto de 2010 foi promulgada a lei nº 12.318/2010 a qual discorre sobre a prática da alienação parental, tendo em vista os inúmeros casos que já vinha acontecendo acerca deste assunto, seguindo um rol exemplificativo contido no artigo 2º da referida lei:

Art. 2º, parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:

I - realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;

II - dificultar o exercício do poder familiar;

III - dificultar contato da criança com o outro genitor;

IV - dificultar o exercício do direito regulamentado de visita;

V - omitir deliberadamente ao outro genitor informações pessoais relevantes sobre a criança, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI - apresentar falsa denúncia contra o outro genitor para obstar ou dificultar seu convívio com a criança.

VII - mudar de domicílio para locais distantes, sem justificativa, visando dificultar a convivência do outro genitor.

Frisa-se que a prática de alguns dos atos acima lecionados ou até mesmo outros com a intenção de denegrir o outro genitor, atinge a criança em extrema gravidade, de modo que a mesma já segue afetada pela situação, de forma direta, o que acaba agravando ainda mais a condição do menor. Onde o genitor alienador não vê o mal que está gerando ao filho, sobre o assunto, discorre Ana Carolina Carpes Madaleno e Rolf Madaleno (2018):

Embora toda separação cause desequilíbrios e estresse, os genitores, quando rompem seus relacionamentos afetivos, deveriam empreender o melhor de si para preservarem seus filhos e ajudá-los na compreensão e superação dessa fase, que é sempre muito dolorosa. São crianças e adolescentes que dependem do diálogo franco e da transparência e honestidade dos seus progenitores, os quais devem ajudar seus filhos nessa tarefa de adaptação das perdas ocasionadas pela separação, reorganizando seus vínculos em conformidade com a circunstancial ausência física de um desses genitores, mas que pode ser perfeitamente readaptado para garantir a continuidade das funções parentais, cuja importância está na sua qualidade, e não na quantidade de tempo em que o pai está presente.

Entende-se que os pais que passam por esse tipo de situação deveriam em primeiro lugar tentar de forma compreensiva ajudar os filhos a entenderem a nova realidade a qual eles estão vivenciando. Propondo assim, uma forma menos dolorosa para compreensão do mesmo acerca das mudanças geradas e que não irá alterar a relação dela com o outro genitor, porém isso nem sempre acontece.

Em decorrência de tantos casos de alienação parental acontecendo e sem saber como agir perante tais ações, viu-se necessário a regulamentação do que seria a alienação parental por meio de lei visando facilitar seu entendimento para que tal caso pudesse ser julgada de forma mais justa possível.

Salienta-se ainda o veto ao artigo 9º da lei de alienação parental, uma vez que o mesmo elencava como efetivo modo da solução do conflito o uso da mediação extrajudicial, por razão do veto se explica:

O art. 9.º da Lei 12.318/2010 foi vetado diante da impossibilidade do uso da mediação para a solução de conflitos relacionados com a alienação parental, tendo em consideração a indisponibilidade do direito de convivência familiar da criança e do adolescente. De outra parte, o poder familiar deve ser exercido em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrerem à autoridade judiciária competente para a solução de divergência (art. 21 do ECA), sendo o magistrado de carreira o juiz natural para dirimir circunstanciais conflitos provenientes da prática da alienação parental. Porém, tal veto é visto como um retrocesso ao passo que para o referido assunto, é bem viável a tentativa da conciliação dos genitores antes de levar o caso para o judiciário, tendo em vista que tal maneira de resolução seria bem mais saudável para as partes, inclusive para as crianças. (CARPES; MADALENO, 2018)

Entende-se que este veto é visto como uma desvantagem processual, de modo que, em se tratando de assunto sério como esse e que envolve crianças o uso da mediação na tentativa de sua resolução deveria ser prioridade. Tendo em vista que a mediação visa fazer com que as partes possam por meio do diálogo entendam a delicadeza do caso e tentem solucionar o conflito de maneira menos dolorosa.

3.3 Da síndrome da alienação parental (SAP)

A conceituação da Síndrome da Alienação Parental (SAP) foi apresentada na década de 1980 pelo psiquiatra forense norte-americano Richard Gardner (1998):

A Síndrome da Alienação Parental é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputa de custódias de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegatória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a lavagem cerebral, programação, doutrinação) e contribuições da própria criança para caluniar o genitor alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de

Alienação Parental para a hostilidade da criança não é explicável.

A Síndrome da Alienação Parental se diferencia da alienação parental ao passo que a síndrome é o distúrbio resultante da prática da mesma, conforme nos explica Gardner acima mencionado, vale destacar também que a lei não trata diretamente da síndrome em si, mas tão somente do ATO da alienação, ficando assim cada vez mais justificado a efetividade do intermédio de pessoas capacitadas, como psicólogos para a identificação do referido distúrbio na criança.

Portanto, podemos entender que a síndrome é de forma objetiva, o resultado decorrente de toda alienação causada pelo genitor alienador ao decorrer do tempo, causado no psicológico da criança, ou seja, a consequência do ato.

3.4 Da dificuldade de identificar a prática da alienação e dos efeitos nos filhos

Diante de todo o exposto até o presente momento chegamos ao ponto mais difícil, ou seja, como identificar se vem ocorrendo a prática ou não dos atos de alienação com determinada criança.

Pois, pode ocorrer de o juiz ao se deparar diante de um caso com a acusação da referida prática, não tendo a certeza que tal alegação é verídica, acarretando assim com o que o mesmo possa vir a proferir uma decisão injusta, afastando a criança de seu outro genitor por se convencerde que o mesmo estaria a afetando negativamente.

Como um dos critérios identificadores, temos:

Um dos primeiros sintomas da instauração completa da síndrome da alienação parental se dá quando o menor absorve a campanha do genitor alienante contra o outro e passa, ele próprio, a assumir o papel de atacar o pai alienado, com injúrias, deprecições, agressões, interrupção da convivência e toda a sorte de desaprovações em relação ao alienado. Os menores passam a tratar seu progenitor como um estranho a quem devem odiar, se sentem ameaçados com sua presença, embora, intimamente, amem esse pai como o outro genitor. (CARPES; MADALENO, 2018)

Percebe-se que nesse momento o genitor alienador já conseguiu instalar a síndrome na criança, ao passo que a mesma passar a atacar o pai alienado com palavras de ódio, causando assim, uma tristeza inexplicável para o mesmo. Ao

passode que, quando a criança se encontra com o outro genitor este é surpreendido com tal ato realizado diretamente por ela o deixando em uma situação completamente desagradável e sem saber como agir.

Assim causando consequências ainda piores à criança alienada, podendo resultar sérios problemas psicológicos:

Os resultados são perversos. Pessoas submetidas à alienação mostram-se propensas a atitudes antissociais, violentas ou criminosas; depressão, suicídio e, na maturidade - quando atingida -, revela-se o remorso de ter alienado e desprezado um genitor ou parente, assim padecendo de forma crônica de desvio comportamental ou moléstia mental, por ambivalência de afetos. (DIAS, 2016)

Entende-se que nesse jogo de ódio e vingança do pai alienador, a maior vítima é sempre a criança. Por acreditar que o genitor que sempre a amou, não a ama mais, pelo fato de ouvir frequentemente diversos absurdos e difamações proferidas, além de se sentir culpada pela separação de seus pais.

Assim sendo, as acusações são tidas como verdades e são carregadas como falsas memórias para o resto da vida da mesma, como exposto na lição de Maria Berenice Dias (2016):

Nesse jogo de manipulações, todas as armas são utilizadas, inclusive a falsa denúncia de ter havido abuso sexual. O filho é convencido da existência de determinados fatos e levado a repetir o que lhe é afirmado como tendo realmente acontecido. Dificilmente consegue discernir que está sendo manipulado e acaba acreditando naquilo que lhe é dito de forma insistente e repetida. Com o tempo, nem o alienador distingue mais a diferença entre verdade e mentira. A sua verdade passa a ser verdade para o filho, que vive com falsas personagens de uma falsa existência, implantando-se, assim, as falsas memórias.

São inúmeras as consequências que a alienação pode deixar na vida de uma criança que perduram até a vida adulta, principalmente problemas psicológicos, conforme podemos figurar:

Os pais que não superaram seus conflitos ou que iniciam o processo característico da síndrome da alienação parental tendem, por anos a fio, estabelecer péssimas rotinas com seus filhos, que, ao

vivenciarem experiências ruins, mudanças imprevisíveis, ambiente instável e interrupções no seu processo normal de desenvolvimento, passam a ter uma visão distorcida do mundo, sendo frequente o medo do abandono – emoção mais fundamental do ser humano – a ansiedade e, em especial, a angústia, que podem gerar diversas fobias na fase adulta. Para sobreviver, esses filhos aprendem a manipular, tornam-se prematuramente espertos para decifrar o ambiente emocional, aprendem a falar apenas uma parte da verdade e a exprimir falsas emoções, se tornam crianças que não têm tempo para se ocupar com as preocupações próprias da idade, cuja infância lhe foi roubada pelo desatinado e egoísta genitor que o alienou de um convívio sadio e fundamental. (CARPES; MADALENO, 2018)

Como visualizamos acima, o egoísmo do genitor alienante pode mudar completamente a maneira com que a criança viverá suavida futuramente. Pois, pelo fato de ter crescido ouvindo mentiras e sendo induzida a acreditar nelas, a mesma passa a reproduzir isso depois de adulta e cresce com a lembrança de uma infância traumática decorrente da rejeição que acredita ter sofrido.

4. DA MEDIAÇÃO

4.1 Conceito

Diante de tamanha delicadeza que este assunto possui o mesmo não deveria ser levado diretamente ao judiciário sem ao menos a tentativa da conciliação entre as partes por meio da mediação, algo que seria bem vantajoso para os pais e principalmente para os filhos envolvidos.

No entendimento de Jose Luis Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler (2012), a mediação pode ser conceituada como:

Um modo de construção e de gestão da vida social graças à intermediação de um terceiro neutro, independente, sem outro poder que não a autoridade que lhes reconhecem as partes que a escolheram ou reconheceram livremente. Ela visa aproximar as partes conflituosas e promover o (re) estabelecimento do diálogo entre elas, sua missão primordial, a fim de que possam tratar o conflito.

No caso em tela, a mediação pode ser um meio efetivo em sua resolução, poupando assim a criança de um sofrimento maior caso o genitor alienador viesse

a entender a gravidade de seus atos, evitando assim uma disputa ainda maior perante o judiciário.

Reforçando o entendimento acima, o nosso próprio ordenamento jurídico permite o uso da mediação como alternativa para resolução de conflitos, conforme elenca o artigo 165 do Código de Processo Civil:

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

Portanto, não há impedimento algum sobre o uso eficaz da mediação no caso em estudo. É evidente que o mesmo é totalmente permitido e teria grande relevância para a solução de conflitos decorrentes da alienação parental.

4.2 Vantagens do uso da mediação familiar

A mediação deveria ser uma das primeiras opções na resolução do caso em discussão, de modo que sua utilização visa tentar por meio de um terceiro imparcial e profissional, tente solucionar o conflito fazendo com que as partes por meio da conversa se entendam, ajudando assim a preservar a família em crise. Com uma comunicação mais pacífica entre os genitores, buscando a melhor convivência e aceitação do fim da relação.

Sobre o uso da mediação nos casos de alienação parental, disciplina Ana Carolina Carpes e Madaleno (2018): “a mediação também é uma importante alternativa, uma vez que sua função é reestabelecer a comunicação entre as partes, atuando como um facilitador do diálogo”.

Partindo da ideia de que a falta de comunicação entre os pais conflitantes é um dos maiores fatores que ocasionam o sentimento de ódio e vingança que surge logo após o divórcio litigioso, resultando a prática da alienação por conta de um deles, Maria Helena Diniz (2013) também entende que o uso da mediação pode ser um meio eficaz na resolução do conflito:

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 compreender o que o outro diz ou quer.

Uma das maiores vantagens da mediação no âmbito familiar pode ser a facilitação do órgão julgador para elaborar sua decisão em se tratando da guarda do menor. Pois, se antes de levar o problema perante um juiz, as partes concordarem compreenderem o mal causado aos seus filhos e a ambos seria bem mais fácil amenizar o conflito entrando num acordo e podendo assim poupar seus filhos de tamanha exposição.

De modo que, se existem meios para solucionar o caso de maneira menos dolorosa, este deveria ser prioridade antes mesmo de qualquer disputa judiciária, facilitando assim tanto para os membros da família quanto para o sistema.

4.3 Do papel do mediador familiar

Acerca do mediador, o mesmo pode ser escolhido pelas partes de acordo com sua confiança no mesmo ou até mesmo pode ser um aceito por ambos. Em hipótese alguma seria uma pessoa na qual qualquer uma das partes não estivesse de acordo, pois o papel do mesmo é tentar da melhor forma possível fazer com que estes se entendam.

Dependendo da gravidade em que se encontra a alienação, entende-se que a mesma não pode ser vista por um meio exclusivamente judicial:

A SAP não pode ser vista por uma abordagem exclusivamente judicial, o que pode, inclusive, agravar o problema, pois deve ser feita uma abordagem multidisciplinar, em que sejam aplicadas as medidas legais juntamente com terapia e mediação interligadas, bem como os Conselhos Tutelares, que, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, estariam aptos a atuar nos casos de abuso do poder parental. (CARPES; MADALENO, 2018)

O mediador deve então entender o caso ouvindo ambas as partes, extraindo assim os principais pontos para que possa proporcionar uma solução para o presente conflito, o mesmo não dará opiniões e tão menos fará algum julgamento acerca do assunto.

Seu papel pode ter relevante contribuição para até mesmo cessar a prática da alienação parental por parte do genitor alienador se o mesmo o conseguir fazer entender que seus atos não fazem bem a ninguém e nem a si mesmo, este servindo então de um grande facilitador para o desfecho de todo processo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

De acordo com todo referencial teórico estudado no decorrer do artigo, restou demonstrado o quanto é importante o uso da mediação na resolução de conflitos que envolvem alienação parental.

Como já abordado o conceito de família vem sofrendo evolução constante, onde antigamente sequer existia a possibilidade do divórcio, ou seja, de certo modo era menos comum tal problema de alienação.

Com a possibilidade da realização do divórcio que passou a ser permitido através da Lei do Divórcio em 1977, muitas mudanças ocorreram onde os casais começaram a poder se separarem, aumentando os casos de alienação parental.

Levando em consideração que a alienação parental se tornou bem mais comum do que possamos imaginar ou ver, pois na grande maioria dos casos de divórcios litigiosos não aceitos por uma das partes, o genitor alienador guarda em si o sentimento enorme de rancor e vingança, causando assim sérios problemas para todos os membros envolvidos

O resultado desse sentimento de vingança que fica no genitor que não aceita a separação, faz com que ele passe a denegrir a imagem do outro para o filho de maneira constante. Proferindo acusações graves e falsas, assim o filho por ter mais convivência com o alienador acaba levando as mesmas como verdade, podendo chegar ao caso de até a própria criança passar a insultar o genitor alienado, causando assim o triste conflito entre os mesmos.

Com a vinda da Lei da Alienação Parental em 2010 trazendo em seu texto o que seriam os atos de alienação parental, de certo modo, facilitou para que o poder judiciário pudesse identificar quando estaria sendo praticada. Contudo, somente a análise da lei não seria o suficiente para identificar tal prática por se tratar de um assunto extremamente delicado envolvendo crianças.

O papel do mediador no caso em estudo seria tentar fazer com que as partes, principalmente o genitor alienante entendesse a gravidade da conduta e o que isso causaria a ambos e principalmente a criança, que se vê desamparada no meio da situação. Aonde vem ouvindo inúmeras acusações sobre seu genitor que sempre teve por perto, podendo assim até a mesma achar que não é mais amada, resultando em danos psicológicos.

Assim sendo, restou demonstrada a importância do uso da mediação familiar nesse caso, pois por meio de um mediador capacitado para lidar com esse tipo de problema e aceito por ambas as partes poderia tornar o problema mais

fácil de compreensão e resolução, possuindo assim uma efetiva aplicação no tratamento dos conflitos familiares.

REFERÊNCIAS

BRASIL, LEI Nº 6.515, DE 26 DE DEZEMBRO DE 1977. **Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências.** Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6515.htm>. Acesso em: 27 out. 2019.

_____. LEI Nº 12.318, DE 26 DE AGOSTO DE 2010. **Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm. Acesso em: 27 out. 2019.

_____. LEI Nº 3.071, DE 1º DE JANEIRO DE 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 27 out. 2019.

_____. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 27 out. 2019.

_____. LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 27 out. 2019.

_____. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. **Código de Processo Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 27 out. 2019.

_____. LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 27 out. 2019.

CARPES MADALENO, Ana Carolina; MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental**, importância da detecção, aspectos legais e processuais. 5. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <<https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/1655-Sndrome-da-Alienao-Parental-Rolf-Madaleno-2018.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2019.

CUNHA, Matheus Antonioda. **O conceito de família e sua evolução histórica.** Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 27 Set. 2010. Disponível em: investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/historia-do-direito/170332-o-conceito-de-familia-e-sua-evolucao-historica. Acesso em: 01 nov. 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 4ª ed. em e-book baseada na 11ª impressa. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais LTDA. 2016. Disponível em: <https://forumdeconcursos.com/wp-content/uploads/wpforo/attachments/2/1527-Manual-de-Direito-das-Familias-Maria-Berenice-Dias-11-ed-2016.pdf> . Acesso em: 07 nov. 2019.

DIAS, Maria Berenice. 2010. **Síndrome da alienação parental, o que é isso?** Disponível em:

<[http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_504\)1_sindrome_da_alienacao_parental_o_que_e_isto.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_504)1_sindrome_da_alienacao_parental_o_que_e_isto.pdf)>. Acesso em: 02 nov. 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família,** São Paulo: Saraiva, 2013 v.5. 28º ed. p. 391.

GARDNER, Richard. **Basic facts about the parental alienation syndrome,** 1-13.2001. Disponível em: <http://www.rgardner.com/refs/pas_intro.html>

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro.** Direito de família. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MACEDO, Suélen Tâmara de; SCHMITT, Denise Siqueira Garcia. **A análise acerca da efetividade da aplicabilidade da lei da alienação parental no poder judiciário.** Revista Eletrônica de Iniciação Científica. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 3, n.4, p. 3130-3150, 4º Trimestre de 2012. Disponível em: <https://www.univali.br/graduacao/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica-ricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/292/arquivo_184.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2019.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem:** alternativas à jurisdição. 3 ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores do direito de família.** 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIRES RIBEIRO, Ana Paula. **Alienação Parental : suas origens e conseqüências**. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/65970/alienacao-parental-suas-origens-e-consequencias>>. Acesso em: 04 nov. 2019.

SCIELO, **Síndrome de alienação parental: da teoria Norte-Americana à nova lei brasileira**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932011000200006>. Acesso em: 05 nov. 2019.

THEODORO JÚNIOR, H. apud GOMES, 1998. p. 34. **Evolução do conceito de família**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/55298/evolucao-do-conceito-de-familia#_ftnref14>

TRIBUNAL PR, **Estatuto da Mulher Casada comemora 45 anos nesse mês**. Disponível em: <<https://www.tribunapr.com.br/noticias/mundo/estatuto-da-mulher-casada-comemora-45-anos-nesse-mes/>>. Acesso em: 07 nov. 2019.

LEGITIMIDADE: A LEGITIMIDADE, INTERESSE PROCESSUAL E CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES.

MICHELI MIGLIORANZA: Cursando
Graduação em Direito Universidade do
Vale do Itajaí - UNIVALI

RESUMO: O presente trabalho apresenta sobre a legitimidade, interesse processual e a classificação das ações no direito processual do trabalho. Será abordado o conceito de legitimidade, suas classificações. Sobre o interesse processual e a classificação das ações.

Palavras-chave: Processo do trabalho. Legitimidade. Classificação das ações.

ABSTRACT: The present work presents on the legitimacy, procedural interest and the classification of actions in the labor procedural law. The concept of legitimacy, its classifications, will be addressed. On procedural interest and the classification of shares.

Keywords: Work process. Legitimacy. Classification of shares.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Legitimidade; 2.1 Legitimidade ordinária; 2.2 Legitimidade extraordinária; 2.2.1 Legitimidade exclusiva; 2.2.2 Legitimidade concorrente; 3. Interesse processual; 4. Classificação das ações; 5. Conclusão; Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Quando trazemos para o direito a palavra legitimidade, o que temos é um significado processual, que vai além do que encontramos nos dicionários. A legitimidade para o direito nos remete a pessoa legítima para tal ato, podendo sua legitimidade ser ativa, quando o sujeito é o legítimo para propor a demanda; passiva, quando o sujeito é chamado a demanda, o réu; ordinária, aquele que propõe o litígio e defende direito próprio; extraordinária, quando a atuação é em nome próprio, porém demanda o direito de outro; exclusiva, é um sujeito único, legítimo por lei de seu próprio direito; e concorrente, é concedida por lei para vários sujeitos. O presente trabalho irá trazer as acepções dessas palavras, assim como explicar de que se trata o interesse processual, assim como o que é uma ação processual e quais são as ações declaratórias, constitutivas, condenatórias e tutelares.

2. LEGITIMIDADE.

A palavra legitimidade da parte é para o direito processual, a condição de ser o detentor do direito buscado, a condição de ser legítimo para propor a demanda, para solicitar ou restaurar direito que lhe pertence. É a lei que vai mostrar quem é legítimo para tal ato. Sem ser legítimo, o sujeito não consegue, em nome próprio, solicitar o direito em juízo.

Na esfera da legitimidade, temos a ativa e a passiva. A legitimidade ativa é a do exequente, no caso do processo trabalhista, geralmente é o empregado, seu respaldo legal está no artigo 878 da Consolidação das Leis Trabalhistas de 1943, que trata:

878 – A execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou ex officio pelo próprio juiz ou Presidente ou Tribunal competente, nos termos do artigo anterior.

Sendo assim, a execução processual pode ser feita por qualquer interessado, ou seja, por qualquer sujeito que tenha seu direito ofendido, sendo o sujeito legítimo para propor o litígio.

A legitimidade passiva é a do réu, quem está no lado oposto da demanda, no processo trabalhista, geralmente é o empregador. Pode ser solidária ou subsidiária, quando há duas ou mais pessoas no pólo passivo da demanda.

2.1 Legitimidade ordinária.

A legitimidade ordinária está naquele que faz a ação em nome próprio, que defende seu interesse independente de estar representado por advogado ou não. Um exemplo para tal, quando Lício entra com uma Reclamatória trabalhista, pois trabalhou em uma empresa que não fez anotação em sua carteira. Lício quer com a demanda, que seu direito seja restaurado.

Para fundamento, temos o artigo 6º do Código Processual Civil.

6 - Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Os sujeitos do processo que trata o artigo, são os legítimos para estar na demanda, quanto a decisão de mérito, é a decisão do juiz de quem deve ter o direito, o objeto pedido na demanda.

Abaixo temos um julgado, onde foi decidido que o Sindicato tem legitimidade ordinária para a propositura da ação, conforme Rito Ordinário da segunda turma do Tribunal Regional do Trabalho.

0000318-96.2011.5.01.0081
SINDICATO.LEGITIMIDADE

– RTOrd.
ORDINÁRIA.RESENTAÇÃO

PROCESSUAL. É cabível a representação da entidade sindical por preposto, quando a delegação de poderes se encontra autorizada no seu estatuto social. Aplicável o caso os arts. 12, VI do CPC e 843, § 1º da CLT. A C O R D A M os Desembargadores que compõem a Segunda Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Primeira Região, por unanimidade, conhecer do recurso e, no mérito, por maioria, dar o devido provimento para, na forma da fundamentação do voto da relatora, anular a decisão de fl. 40, determinando o retorno dos autos à Vara de origem para a reabertura da instrução e julgamento do feito, inclusive quanto ao pedido de isenção das custas processuais, vencida a Juíza Volia Bomfim Cassar que o improvia. O Ministério Público do Trabalho, na pessoa da Dra. Daniela Ribeiro Mendes, manifestou-se no sentido de provimento do recurso por entender que em se tratando de ação coletiva, a Lei da Ação Civil Pública não permite o arquivamento da ação eis que não houve intimação do Ministério Público do Trabalho, entendendo que os documentos juntados pelo Sindicato torna correta a representação. Rio de Janeiro, 27 de Junho de 2012.

A legitimidade ordinária é quando os sujeitos vão em nome próprio, litigar em juízo, para defender seu direito.

2.2 Legitimidade extraordinária.

Na legitimidade extraordinária, temos aquele sujeito que está atuando em nome próprio, porém defende os direitos de outrem. Como forma de exemplificar temos o Sindicato, que vai atuar no processo em nome próprio para defender os direitos de sua categoria. Como forma de fundamento temos o artigo 513 da Consolidação das Leis Trabalhistas de 1943, que apresenta as prerrogativas do sindicato.

513 - São prerrogativas dos sindicatos:

a) representar, perante as autoridades administrativas e judiciárias os interesses gerais da respectiva categoria ou profissão liberal ou interesses individuais dos associados relativos à atividade ou profissão exercida;

Além das outras alíneas do artigo, temos a alínea a, que traz a prerrogativa do sindicato, um exemplo de legitimidade extraordinária, tendo o

sindicato em nome próprio, litigando pelo direito da categoria ou profissão liberal a que pertence.

Como exemplo também, temos um agravo de instrumento do Tribunal de Justiça do Piauí.

Agravo de Instrumento nº 2009.0001.002771-9 PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE IMPROBIDADE. LEGITIMIDADE DISJUNTIVA E CONCORRENTE. PRESTAÇÃO DE CONTAS .OMISSÃO. Na tutela coletiva, a legitimidade de atuação e concorrente e disjuntiva, isto é, a propositura de ação por um dos legitimados não exclui o ingresso dos demais legitimados no feito. A ausência de qualquer providência por parte do agravante sejam ofício, notificações ou ajuizamento de ação visando a exibição de documentos, só corroboram com a alegação de que houve omissão por parte do ex-gestor. Recurso conhecido e improvido. Pelo exposto, voto pelo conhecimento e improvimento do recurso veiculado, tendo em vista que a legitimidade nas ações de improbidade administrativas e concorrente e disjuntiva, comportando, portanto; o ingresso do Ministério Público, bem assim a obrigatoriedade de prestação de contas por todo aquele que maneje recurso público. Decisão Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os componentes da Egrégia 2ª Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, por votação unânime, em conhecer o presente Agravo de Instrumento, eis que preenchidos os requisitos de admissibilidade, para negar-lhe provimento, conformidade com o parecer do Ministério Público Superior. Presente ainda o Exmo. Sr. Dr. Fernando Melo Ferro Gomes - Procurador de Justiça. Sala das Sessões do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, em Teresina, 15 de junho de 2010. Des Josey Rfbarhar Oliveira Presidente/Relator.

O agravo de instrumento trata de processo civil de improbidade administrativa e que o Ministério Público seria parte ilegítima, conforme decisão temos o provimento do agravo negado.

2.2.1 Legitimidade exclusiva.

A legitimidade extraordinária exclusiva, é aquela em que somente o sujeito substituto pode atuar como parte, na ação trabalhista temos uma exceção, portanto não há esse instituto. Só é legítimo nesse caso, os sujeitos elencados no artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública, conforme a seguir:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I - o Ministério Público

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

O artigo traz os sujeitos que detém legitimidade exclusiva, visto que, para a propositura de uma ação civil pública, somente os elencados no artigo, tem legitimidade para tal.

2.2.2 Legitimidade concorrente.

A legitimidade em questão é aquela contida em mais de um sujeito, tratando aqui de legitimidade extraordinária, vale ressaltar que também se pode falar em legitimidade concorrente ordinária.

Esse instituto pode ser conjuntiva ou disjuntiva. Sendo que na legitimidade concorrente conjuntiva temos mais de uma pessoa legítima e todos devem atuar no processo, o que chamamos de litisconsórcio necessário. Já na legitimidade concorrente disjuntiva os sujeitos podem ir em juízo em conjunto ou separadamente, temos aqui, o litisconsórcio facultativo.

Os artigos que tratam da legitimidade concorrente são do Código de Processo Civil, do artigo 46 até o artigo 49, também a respeito, o artigo 988.

988 - Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III – garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

IV – garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência;

No artigo temos um exemplo de legitimidade concorrente, pois é legítimo a parte e/ou o Ministério Público, para a ação e demais medidas processuais elencadas no artigo.

3. INTERESSE PROCESSUAL.

Os órgãos jurisdicionais, só agem quando solicitados pelas partes, seja por quem detém legitimidade ativa ou passiva para estar em juízo, sendo assim, sem a interferência dos órgãos jurisdicionais o sujeito não teria seu direito defendido.

Interesse processual pode ser entendido como o interesse de agir, é quando o sujeito busca ajuda do Estado para assegurar um direito ofendido. Esse interesse é verificado com o mérito da causa, se no final será pedido determinada coisa, deve estar relacionada com o sujeito que está pleiteando.

Sobre o assunto, Adroaldo Furtado Fabrício apresenta seu posicionamento.

Do ponto de vista da necessidade, a imposição da restrição visa impedir que alguém provoque a atividade jurisdicional do Estado por mero capricho ou comodismo, quiçá com o só propósito de molestar o réu, quando estava apto a obter o mesmo resultado por seus próprios meios e sem resistência. Na perspectiva da utilidade, supõe-se que a

sentença almejada represente um proveito efetivo para o autor, no sentido de assegurar-lhe uma posição jurídica mais vantajosa do que a anterior.

Sendo assim, a ideia do interesse processual, é que a pessoa busque a sua pretensão, não como mero comodismo, como cita o autor, mas porque de fato teve um direito ofendido ou suprimido, visto que os órgãos jurisdicionais tem a função de nos garantir ou manter aquilo que temos por direito assegurado em lei.

Outros doutrinadores acrescentam que o interesse processual advém de uma necessidade, que é a de ter uma resposta do Estado referente ao conflito proposto em discussão processual. Também pode ser de interesse processual a utilidade, que é a intervenção do Estado, para garantir aquele direito que até então estava suprimido ou nem era cogitado.

As opiniões doutrinárias sobre o interesse processual ou interesse de agir são diversas, sobre isso José Orlando Rocha de Carvalho:

Sustentamos, portanto, que o uso de um meio inadequado nunca pode significar falta de interesse. O interesse, pois, não pode ser confundido com o mero aspecto formal da adequação da providência requerida, até porque aquele que utilizou um provimento inadequado, por vezes, demonstra muito mais interesse – tanto substancial como processual –, do que aquele que fez uso do procedimento adequado.

A forma inadequada para solicitar o direito não pode configurar, então, falta de interesse processual, as vezes o interesse não está só no pedido e pode ser verificado de maneira substancial ou processual.

4. CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES.

As ações no processo do trabalho são apresentadas de diferentes formas, que variam conforme o interesse ao propor a demanda.

O termo ação é o direito de agir, já quando falamos em pretensão é aquilo que é exigido, sendo as ações formadas pelo direito de agir e exigir. Ao se propor a ação o que se solicita é a tutela do Estado sobre o que se tem no pedido.

As ações de conhecimento são aquelas em que se necessita de uma sentença judicial para solucionar a demanda, traz o mérito, quem é detentor do direito e quem deve o assegurar.

Essas ações podem ser condenatórias, que é as que com o litígio tem a condenação do réu do réu para pagar as custas, para fazer ou deixar de fazer, para desfazer algum ato, enfim, é a que traz a condenação ao réu. Essa é a mais comum no processo do trabalho.

Como exemplo temos o artigo 853 e 856 da Consolidação das Leis Trabalhistas:

853 - Para a instauração do inquérito para apuração de falta grave contra empregado garantido com estabilidade, o empregador apresentará reclamação por escrito à Junta ou Juízo de Direito, dentro de 30 (trinta) dias, contados da data da suspensão do empregado.

856 - A instância será instaurada mediante representação escrita ao Presidente do Tribunal. Poderá ser também instaurada por iniciativa do presidente, ou, ainda, a requerimento da Procuradoria da Justiça do Trabalho, sempre que ocorrer suspensão do trabalho.

O artigo trata do inquérito para a apuração de falta grave, dos dissídios coletivos e da instauração da instância.

No processo do trabalho, também temos a ação de conhecimento constitutiva, aquela que cria, modifica ou extingue uma relação jurídica. Como exemplo temos as ações em que se tem como pedido a equivalência salarial.

Quanto a ação de conhecimento declarativa é a que tem na sua constituição a declaração de existência ou não, de um direito, de uma relação jurídica ou a autenticidade de um documento apresentado na lide. Como exemplo desta ação, temos o artigo 19 do Código de Processo Civil de 2015:

19 - O interesse do autor pode limitar-se à declaração:

I - da existência, da inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica;

II - da autenticidade ou da falsidade de documento.

Ainda sobre as ações, Pontes de Miranda traz uma explicação sobre as suas classificações:

Na vida de estudos diários, intensas, de mais de meio século, nunca encontramos, nem conhecemos qualquer ação ou sentença que não caiba numa das cinco classes – declarativa, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva. Não há nenhuma ação, nenhuma sentença, que seja pura. Nenhuma é somente declarativa. Nenhuma é somente condenatória. Nenhuma é somente mandamental. Nenhuma é somente executiva.

A ação somente é declaratória porque a sua eficácia maior é a de declarar. Ação declaratória é a ação preponderantemente declaratória. Mais se quer que se declare do que se mande, do que se constitua, do que se condene, do que se execute. A ação somente é constitutiva porque a sua carga maior é a de constitutividade. A ação constitutiva é a ação preponderantemente constitutiva. A sentença, que ela espera, mais constitui do que declara, do que manda, do que executa, do que condena.

A ação somente é condenatória porque preponderantemente o é. A ação condenatória é a ação preponderantemente condenatória. Mais se pode condenar do que declarar, do que executar, do que constituir, do que mandar. A ação executiva é ação que, predominantemente executa.

Sendo assim, nenhuma ação é denominada condenatória simplesmente pela denominação, ela é condenatória, pois traz uma condenação, é constitutiva, pois cria algum direito, tutelares, pois tutela algum direito e garante a sua manutenção, conforme cita o autor.

5. CONCLUSÃO

O trabalho em questão teve por objetivo tratar sobre a legitimidade ad causam, e demais ramificações dessa palavra, que traz o sujeito legítimo por lei para estar em juízo, seja de maneira ativa ou passiva. Também trata do interesse processual, que como visto, é aquilo que temos ao iniciar a demanda, quem tem o interesse processual é a pessoa legítima para a propositura da demanda. Como em outros assuntos presentes no direito, sobre os assuntos estudados a doutrina trouxe inúmeras discussões e acepções para as palavras apresentadas. Quanto a classificação das ações, se nota que apesar do principal, que é o direito de atuar e/ou exigir em juízo um direito ofendido, temos que a ação condenatória apresenta uma condenação para o réu, que a constitutiva vai

criar ou modificar algum direito, a ação declaratória irá declarar a existência de alguma relação jurídica e a tutelar está presente para tutelar um direito ofendido. Após esse trabalho, a concepção sobre os assuntos mudou, visto que se aprendeu mais sobre cada assunto e cada categoria estudada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Lucio Rodrigues de. Execução Trabalhista. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 1997.

CARVALHO, José Orlando Rocha de. Teoria dos Pressupostos e dos Requisitos Processuais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pg. 27.

Código de Processo Civil. Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2015.

Consolidação das Leis Trabalhistas. Decreto-Lei N.º 5.452, de 1º de maio de 1943.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. Extinção do Processo e Mérito da Causa. In: Revista de Processo nº 58.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 7ª ed. São Paulo: LTr, 2009.

www.jurisway.org.br acesso em 15 de junho de 2017.

www.lfg.jusbrasil.com.br acesso em 17 de junho de 2017.

O DIREITO À LIBERDADE DE NÃO SER CONTAMINADO

LUANA BISPO DE ASSIS: Doutoranda em Direito Constitucional pela UNB. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Goiás (2015), com bolsa da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Goiás (FAPEG). Advogada com experiência na área de Direito Público e de Direito Privado. Foi pesquisadora e bolsista pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) em projetos com a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA).³

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo a análise da liberdade de não ser contaminado em uma pandemia, sob o prisma do direito à liberdade como base o constitucionalismo. Toma-se como ponto de partida da pesquisa a vontade de ser livre de Kant e o comportamento humano de ter liberdade como base de sobrevivência. A metodologia empregada foi a qualitativa, em uma busca dedutiva da bibliografia da liberdade de forma ampla e, a partir disso, ter como resultado debate teórico sobre como o direito de não ser contaminado em uma pandemia tem como consequência a própria liberdade.

Palavras-Chave: Liberdade. Contaminação. Constitucionalismo. Direito. Pandemia.

ABSTRACT: The present work aims to analyze the freedom of not being contaminated in a pandemic, under the prism of the right to liberty as basis of constitutionalism. The research's starting point is the desire to be free from Kant and the human behavior to have freedom as a basis for survival. The methodology used was qualitative, in a deductive search of the bibliography of freedom in a broad way and, from that result, in a theoretical debate on how the right to not be contaminated in a pandemic has the consequence of freedom itself.

³ É pesquisadora e Líder do Grupo de Pesquisas Interdisciplinares em Direito (GEPID), registrado no Diretório de Pesquisas do CNPq. É professora na Faculdade Evangélica de Goianésia (FACEG), mantida pela Associação Educativa Evangélica (AEE), onde desempenha as funções de membro do Núcleo Docente Estruturante (NDE) do curso de graduação em Direito; É coordenadora de estágio do curso de graduação em Direito; coordenadora do projeto de extensão Faculdade Aberta da Terceira Idade (FATI); e coordenadora de monitoria acadêmica do curso de Direito. É, ainda, professora na Faculdade Metropolitana de Anápolis (FAMA) na disciplina de Direito Constitucional.

Keywords: Freedom. Contamination. Constitutionalism. Right. Pandemic.

Sumário: 1. Introdução. 2. Direito de liberdade em não ser contaminado. 3. Conclusão. 4. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Partindo-se da concepção de que a liberdade é base do constitucionalismo, este trabalho busca demonstrar que as normas jurídicas protegem a vontade de ser livre e, de forma amplificada, o direito de liberdade de não ser contaminado em uma pandemia. Assim, o presente trabalho busca, não somente, descrever liberdade, mas seu significado em um momento tão delicado como em uma pandemia.

No início de 2020, o Brasil foi acometido por uma pandemia com proporções devastadoras que atingiu diretamente a liberdade de ir e vir, econômica e a liberdade de uma vida saudável. A Covid19[1] foi combatida principalmente com a política pública de isolamento social. A indicação é de que as pessoas fiquem em casa[2], ao passo que as autoridades determinam o fechamento de comércios, academias, escolas, bares, dentre outros estabelecimentos que no exercício da liberdade é necessária a aglomeração de pessoas. Todas essas políticas são voltadas para a não contaminação e, é neste momento, que nasce o problema jurídico: existe o direito à liberdade de não ser contaminado?

Em relação ao método, este trabalho se define como uma pesquisa exploratória. Adotando a natureza bibliográfica, visa a abordar a liberdade como base do constitucionalismo, fazendo referência à vontade de ser livre e à liberdade em seu sentido amplo. Desse modo, o estudo apresenta concepções doutrinárias acerca de conceitos necessários para o entendimento de liberdade, pelos ensinamentos de Kant, Ives Gandra, Peter Häberle, dentre outros. O desenvolvimento da pesquisa se deu por meio da seleção e da esquematização das informações alcançadas por meio da apreciação sistemática das fontes utilizadas.

Dessa forma, em um primeiro momento, buscou-se compreender o que é a liberdade sob a base do constitucionalismo, posteriormente, demonstrou-se como a liberdade tem um significado amplo e o não fazer remete à própria liberdade de não ser contaminado.

2 DIREITO DE LIBERDADE EM NÃO SER CONTAMINADO

Inicialmente, é importante ressaltar que a Constituição de 1988, em sua saga pela recuperação das liberdades públicas e sua participação popular – traço notadamente democrático, analítico, prolixo e corporativo – teve como resultado um texto de prevalência do interesse público, oscilante em seu extremo[3]. Ressalta-se aqui uma intensa preocupação com a liberdade em sua amplitude, como forma de assegurar uma vida humana digna[4].

Convém lembrar que este cuidado foi fruto de uma luta histórica por liberdade e, assim, surgiram diversos instrumentos, como o *habeas corpus*, para compor as conquistas liberais, em uma primeira formulação constitucional escrita. No princípio, este instrumento não era ligado à ideia de liberdade de locomoção, mas ao conceito do “*due process of law*”[5], onde ninguém será constrangido em qualquer processo liberdade, vida privada ou propriedade, sem o devido processo legal. Ele era instrumento da vontade de ser livre e era usado em matéria civil, adquirindo assim várias modalidades e funcionalidades para se levar alguém à presença de um juiz. Já no Brasil, este instrumento da vontade de ser livre não integrou a Constituição imperial, mas, para Pontes de Miranda[6], o *habeas corpus* estava implicitamente previsto[7].

Nesse contexto, Immanuel Kant, na obra *Fundamentação da metafísica dos costumes*, ensina que: “A vontade é uma espécie de causalidade dos seres vivos, enquanto racionais, e liberdade seria a propriedade desta causalidade, pela qual ela pode ser eficiente, independentemente de causas estranhas que a determinem; assim como necessidade natural é a propriedade da causalidade de todos os seres irracionais de serem determinados à atividade pela influência de causas estranhas”[8].

Diante disso, nasceu a doutrina brasileira da vontade de ser livre, instrumentalizada pelo *habeas corpus*, que o idealizava como remédio a tutelar dos direitos subjetivos de qualquer natureza. Este foi constituído no Código de Processo Criminal de 1832, no art. 340, e constitucionalizou-se por meio do § 22 do art. 72 da Constituição de 1891[9].

Rui Barbosa e José Câmara trazem as características desse instituto jurídico: “Atendendo aos elementos constitutivos dos assuntos e ao curso assumido pelos debates, dividimos a matéria em quatro partes, sendo um para cada pedido de *habeas-corpus* formulado. A identidade do conflito a compor, por si só não nos autorizava a dispensar o sistema invariavelmente seguido, visando, como sempre, a facilitar a inteligência dos temas debatidos, sua gênese, seu desfecho, numa palavra — a interpretação dos fatos”[10].

Assim, quaisquer violações de direitos civis estavam, também, sujeitas à correção pelo *habeas corpus*, e nas palavras de Rui Barbosa: “É contra esse constrangimento ilegal que vem solicitar a ordem de *habeas-corpus*”[11]. Era necessária uma limitação do seu cabimento à proteção da liberdade de locomoção e foi na Emenda Constitucional de 1926, com um enunciado idêntico ao que hoje se tem no art. 5º, LXVIII, da Constituição Federal de 1988: “conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”[12]. Assim, o instrumento da vontade de ser livre, começou a ser admissível somente para a liberdade de locomoção.

Nesse sentido, liberdade permeia a Constituição como “estímulo e limite” como “limitação do poder” e organização de um “processo vital em liberdade”[13]. Além disso, o modelo demonstra na valoração kantiana da racionalidade de respeito à liberdade de cada um na conjugação dos legitimados do direito. Contudo, o direito não é o que se nega, mas o que se afirma. Direito à liberdade nada mais é que a afirmação positiva do homem no seu tempo, em seu espaço. Para a Ministra do Supremo Tribunal Federal, Carmem Lúcia, “Um tempo de homens de todos os tempos, de todos os mundos e para todos os homens.”[14].

A constitucionalização das liberdades[15], em uma carta magna democrática, deu ênfase à forma republicana de um Estado que demonstra a necessidade operacional de um “governo jurídico”, capaz de transformar e regular liberdades. A adequação constitucional à realidade do Estado se dá, igualmente, pela “plasticidade das formas jurídicas” – os intérpretes alcançando a função de dar à lei o “espírito de seu tempo”[16].

Nesse sentido, o tempo molda a liberdade e o que se entende por direito à liberdade. A coexistência exigiu a noção do sentido da liberdade. Diante disso, para Carmem Lúcia Antunes Rocha: “A solidão não quer, não requer, não sabe, nem desconhece a liberdade. A liberdade faz-se no encontro”[17].

Kant acrescenta à noção de liberdade: “Todo o ser que não pode agir senão sob a ideia da liberdade, é por isso mesmo, em sentido prático, verdadeiramente livre, quer dizer, para ele valem todas as leis que estão inseparavelmente ligadas à liberdade, exactamente como se a sua vontade fosse definida como livre em si mesma e de modo válido na filosofia teórica”[18].

Diante disso, para Kant, a liberdade está ligada à vontade, à medida que ser verdadeiramente livre é utilizar todas as leis ligadas à liberdade. E é nesse sentido que o prisma do direito à liberdade marcou a conquista dos direitos, a solidariedade social, juridicamente concebida no constitucionalismo. Segundo a

ministra Carmem Lucia, "Agora, não mais apenas o homem e o Estado, ou o homem e o outro, mas, principalmente, o homem com o outro"[19].

Convém lembrar que se ocuparam do Estado constitucional, sejam filósofos, poetas, e juristas, como temática central o estabelecimento da liberdade[20]. Assim, a formação de um "ideal nacional" é o instrumento para a mobilização das instituições políticas. É o ambiente central do fortalecimento do Estado republicano, já que sem a força do ideal, as instituições nascem mortas[21]. Nesse ínterim, pensar na liberdade de ir e vir está diretamente ligada à liberdade de não ser contaminado.

A amplificação do debate sobre a liberdade ampla, em conflito com liberdade negativa de não ser contaminado, perpassa na liberdade econômica; e a nova liberdade em submissão ao império da lei. A liberdade negativa, de não querer, também constitui liberdade.

Kant, referência teórica ao se discutir liberdade, acrescenta que: "Como ser racional e, portanto, pertencente ao mundo inteligível, o homem não pode pensar nunca a causalidade da sua própria vontade senão sob a ideia da liberdade, pois que independência das causas determinantes do mundo sensível (independência que a razão tem sempre de atribuir-se) é liberdade. Ora à ideia da liberdade está inseparavelmente ligado o conceito de autonomia, e a este o princípio universal da moralidade, o qual na ideia está na base de todas as ações de seres racionais como a lei natural está na base de todos os fenômenos"[22].

Por outro lado, positivamente essa liberdade de não ser contaminado perpassa o Estado do Bem-Estar e da Justiça Social, fazendo-se necessário o intervencionismo na sociedade e na economia nela perpetrada para que os direitos de sobrevivência sejam preservados. E como produzir um constitucionalismo que obrigue o holofote projetado sob os pilares da liberdade e perpassa a saúde como base libertadora?[23]

Diante disso, frente a colisões de normas constitucionais, a relevância da vida e a liberdade, devem ter uma solução construída em uma análise da ponderação, isto é, a valoração de elementos do caso concreto com vistas à produção de uma resposta que melhor atende ao caso concreto. Várias soluções possíveis vão disputar a escolha pelo intérprete.[24] No caso em tela, a análise transcorre a liberdade de ir e vir, em aberto conflito com a liberdade de não ser contaminado.

Entre as várias respostas, tem-se o amparo à liberdade ampla para que o homem possa consumir e produzir, mesmo tendo como risco a sua saúde, entre em conflito com sua autonomia e independência de não querer ser contaminado.

Assim, tem-se que o homem é a centralidade das coisas, não o mercado, ou a economia, que não possui um fim em si próprio; o mercado tem de ser “domesticado” para servir ao homem[25].

Por outro lado, a amplitude da liberdade de não querer, impõe-lhe restrições e cuidados e atua de forma negativa a sua própria liberdade[26]. A liberdade, como ausência de constrangimentos ou obstáculos aos indivíduos, passa a ser uma liberdade que impõe limites e dita comportamentos para assegurar a liberdade do próprio indivíduo e de terceiros.

Pode-se observar, então, que a liberdade individual deve ser exercida com respeito à autonomia das demais pessoas, em preservar seu direito em não ser contaminado, de seus iguais direitos e liberdades[27]. Diante disso, vê-se a proteção do indivíduo contra si próprio: em certas circunstâncias, o Estado tem o direito de proteger as pessoas contra atos autorreferentes, que podem lhes causar lesão e impor a toda uma coletividade um destino cruel[28].

Em suma, da mesma forma que é possível impor o uso de cinto de segurança ou de que crianças devem ser vacinadas, torna-se obrigatório que o Estado tome medidas para preservação da liberdade de não ser contaminado, como medida de assegurar a toda uma sociedade o verdadeiro significado de liberdade.

3 CONCLUSÃO

A *priori*, a liberdade é fruto de uma luta histórica por direitos e, assim, surgiram diversos instrumentos constitucionais, para compor as conquistas liberais do constitucionalismo. A Constituição deve fazer-se viva nos povos e os direitos libertários ativos para todos os seres humanos e para toda uma sociedade.

Nesse sentido, liberdade permeia a Constituição como “estímulo e limite” como “limitação do poder” e organização de um “processo vital em liberdade”. Contudo, o direito não é o que se nega, mas o que se afirma. Direito à liberdade nada mais é do que a afirmação positiva do Homem no seu tempo, em seu espaço.

Diante disso, pode-se concluir que o amparo à liberdade ampla, em seu próprio espaço de autonomia, deve perceber o Homem como a centralidade das coisas, não o mercado, ou a economia, que não possui um fim em si próprio. Por outro lado, a amplitude da liberdade de não querer, impõe restrições e cuidados, e atua de forma negativa a sua própria liberdade. Com efeito, implica a democracia no resultado contingencial de conflitos de liberdades. Querer ser livre, também, é não restringir a liberdade do outro.

4 REFERÊNCIAS

BARBOSA, Rui; CÂMARA, José. **O caso da Bahia**: petições de habeas-corpus-v. 39 t. 1. Brasília: Ministério da Educação e Saúde, 1950.

BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. **Neoconstitucionalismo em perspectiva**. Viçosa: Universidade Federal de Viçosa, 2014. p. 01-27.

CARDOSO, Marco Aurélio. Liberdade negativa: uma reflexão contemporânea. **Tempo da Ciência**, v. 15, n. 30, p. 135-145, 2008.

DA SILVA, José Afonso. Jurisdição constitucional da liberdade no Brasil. **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**, n. 3, p. 9-30, 1999.

DE MIRANDA, Pontes. Defesa, guarda e rigidez das constituições. **Revista de Direito Administrativo**, p. 23-45, 2013.

HÄBERLE, Peter. Novos horizontes e novos desafios do constitucionalismo. **Direito Público**, v. 3, n. 13, 2006.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. São Paulo: Martin Claret, 1995.

MARCUSE, Herbert. **Eros e civilização**. São Paulo: Grupo Gen-LTC, 2015.

MARTINS, Ives Gandra da Silva *et al.* **A Constituição brasileira de 1988**: interpretações. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

REALE, Miguel. Perspectiva Ontológica de "ser-dever ser". **Akrópolis** – Revista de Ciências Humanas da UNIPAR, v. 1, n. 2, 1993.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. **Revista CEJ**, p. 76-91, 1997.

SANTOS, Rogerio Dultra dos. Francisco Campos e os fundamentos do constitucionalismo antiliberal no Brasil. **Dados**, v. 50, n. 2, p. 281-323, 2007.

[1] Coronavírus é uma família de vírus que causam infecções respiratórias. O novo agente do coronavírus foi descoberto em 31/12/19 após casos registrados na China. Provoca a doença chamada de coronavírus (COVID-19). Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/>. Acesso em: 10 abr. 2020.

[2] MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Tem dúvidas sobre o coronavírus?** Disponível em: <https://www.saude.gov.br/images/pdf/2020/marco/21/Informa----es-Sobre-Coronav--rus.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2020.

[3] BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. **Neoconstitucionalismo em perspectiva**. Viçosa: Universidade Federal de Viçosa, p. 01-27, 2014.

[4] MARTINS, Ives Gandra da Silva *et al.* **A Constituição brasileira de 1988: interpretações**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

[5] A expressão significa "devido processo legal" A primeira cláusula, de número V, faz parte do denominado

Bill of Rights. A segunda, de número XIV, foi elaborada especificamente para os Estado-Membros.⁹

Dispõe a Emenda V (parte: "... (ninguém) será compelido em nenhum processo penal a ser testemunha contra si próprio, ou ser privado da vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal" (*without*

the due process of law). A Emenda n. XIV, por sua vez, fala em sua Seção 1: "... Nenhum, Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal", etc. MACIEL, Adhemar Ferreira. **Due process of law**. Associação Jurídica, 1994.

[6] DE MIRANDA, Pontes. Defesa, guarda e rigidez das constituições. **Revista de Direito Administrativo**, p. 23-45, 2013.

[7] DA SILVA, José Afonso. Jurisdicao constitucional da liberdade no Brasil. **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**, n. 3, p. 9-30, 1999.

[8] KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. 1995.

[9] Cf. República: teoria e prática, p. 173; cf. também CASTRO NUNES, **Do Mandado de Segurança**, p. 1.

[10] BARBOSA, Rui; CÂMARA, José. **O caso da Bahia**: petições de habeas-corpus-v. 39 t. 1. Ministério da Educação e Saúde, 1950.

[11] BARBOSA, Rui; CÂMARA, José. **O caso da Bahia**: petições de habeas-corpus-v. 39 t. 1. Ministério da Educação e Saúde, 1950.

[12] DA SILVA, José Afonso. Jurisdição constitucional da liberdade no Brasil. **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**, n. 3, p. 9-30, 1999.

[13] HÄBERLE, Peter. Novos horizontes e novos desafios do constitucionalismo. **Direito Público**, v. 3, n. 13, 2006.

[14] ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. **Revista CEJ**, p. 76-91, 1997.

[15] HÄBERLE, Peter. Novos horizontes e novos desafios do constitucionalismo. **Direito Público**, v. 3, n. 13, 2006.

[16] SANTOS, Rogerio Dultra dos. Francisco Campos e os fundamentos do constitucionalismo antiliberal no Brasil. **Dados**, v. 50, n. 2, p. 281-323, 2007.

[17] ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. **Revista CEJ**, p. 76-91, 1997.

[18] KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. 1995.

[19] ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. **Revista CEJ**, p. 76-91, 1997.

[20] HÄBERLE, Peter. Novos horizontes e novos desafios do constitucionalismo. **Direito Público**, v. 3, n. 13, 2006.

[21] SANTOS, Rogerio Dultra dos. Francisco Campos e os fundamentos do constitucionalismo antiliberal no Brasil. **Dados**, v. 50, n. 2, p. 281-323, 2007.

[22] KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. 1995.

[23] ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. **Revista CEJ**, p. 76-91, 1997.

[24] BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. **Neoconstitucionalismo em perspectiva**. Viçosa: Universidade Federal de Viçosa, p. 01-27, 2014.

[25] HÄBERLE, Peter. Novos horizontes e novos desafios do constitucionalismo. **Direito Público**, v. 3, n. 13, 2006.

[26] CARDOSO, Marco Aurélio. Liberdade negativa: uma reflexão contemporânea. **Tempo da Ciência**, v. 15, n. 30, p. 135-145, 2008.

[27] BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. **Neoconstitucionalismo em perspectiva**. Viçosa: Universidade Federal de Viçosa, p. 01-27, 2014.

[28] BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto. **Neoconstitucionalismo em perspectiva**. Viçosa: Universidade Federal de Viçosa, p. 01-27, 2014.

O IMPACTO ECONÔMICO DOS JOGOS ELETRÔNICOS

RAFAEL ALARCON SAMPAIO:
Bacharelado em Direito.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Curso de Direito da Universidade Brasil, como complementação dos créditos necessários para obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientador: Prof. Me. Marcia Kazume Pereira Sato e Prof. Me. Érica Cristina Molina dos Santos

RESUMO: O tema estudado é sobre o mundo dos videogames, a sua cultura que vem crescendo, e com o principal foco na parte monetária. Qual o impacto que isso gera na economia, os seus benefícios tanto como esporte quanto para lucrar. A motivação que gerou este trabalho, advém da pouca conscientização que o público em geral tem sobre essa cultura dos games, que é um mercado extremamente lucrativo, gerando muitos empregos, tanto para jogadores que criam um vínculo de trabalho com as organizações, como os canais de transmissões e seus narradores, e os eventos esportivos que dão muitos lucros as empresas e aos jogadores por meio de premiações um tanto quanto extravagantes. Com prêmios e rendas milionárias para jogadores e organizações, e chegando a ganhos bilionários para as empresas que atuam no ramo de desenvolvimento de jogos. Os resultados foram dentro do esperado, analisando artigos e diversas pesquisas feitas por sites estrangeiros conclui-se que os jogos e todas as culturas embutidas neles, geram uma boa parte da economia, sendo assim muito importante para o desenvolvimento econômico dos países e ajudando na parte cultural também.

Palavras-Chave: Jogos Eletrônicos; Economia; E-sport; Lucro e Videogames.

ABSTRACT: The theme studied is about the world of video games, its growing culture, and with the main focus on money. What impact does this have on the economy, its benefits as both sport and profit. The motivation that generated this work, comes from the low awareness that the general public has about this gaming culture, which is an extremely lucrative market, generating many jobs, both for players who create a working relationship with organizations, as the channels. broadcasts and their narrators, and sporting events that make companies and players profitable through somewhat extravagant awards. With millionaire awards and incomes for gamers and organizations, and reaching billionaires for game development companies. The results were as expected, analyzing articles and

various research done by foreign websites concluded that games and all the culture embedded in it, generate a good part of the economy, thus being very important for the economic development of the countries and helping in part cultural as well.

Keywords: Electronic Games; Economics; E-sport; Profit and Video Game.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DESENVOLVIMENTO. 2.1 Principais pontos da história do videogame. 2.2 Videogame e terceira idade. 2.3 Diferentes pontos de vista sobre o esporte e o E-sport. 2.4 O impacto econômico dos jogos eletrônicos. 2.5 Potencial monetário de transmissão de jogos eletrônicos. 2.6 O direito e o dever com o E-sport. 3. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .

1. INTRODUÇÃO

O atual trabalho é sobre o impacto que os videogames vem tendo no mercado, já que antes não eram tão populares quanto agora, além de estarem movimentando muito dinheiro ao redor do mundo, o que causa um interesse jurídico, essa movimentação tão onerosa e que abrange boa parte da população, sendo esse o objetivo principal do trabalho, não é nenhum segredo, afinal, todos nós estamos ligados de alguma maneira a jogos, sejam eles de celulares, computadores e os próprios consoles, incluído também, uma pequena população de idosos, já que muitos deles ainda possuem aversão a esta área.

O trabalho se inicia com um breve relato do surgimento do vídeo game, a sua parte histórica e os grandes nomes que fizeram essa ascensão dos jogos, seguindo para a parte do interesse da terceira idade no esporte citado, já que um grande número deles gozam de tempo livre e contribuem para o crescimento do público eletrônico, adentrando em seguida à um tema muito importante, que é o E-Sport já que este é responsável por grande parte dos lucros, sejam com eventos, premiações e os campeonatos que reúnem um grande público ao redor do mundo.

Chegando assim ao tema principal que é O Impacto Econômico dos Jogos Eletrônicos juntamente com o seu tópico seguinte relatando o Direito e seu dever com o E-sport, aqui será abordado todas as áreas em que os jogos tem relevância, sejam nas vendas de consoles, produtos periféricos, e os próprios jogos e suas empresas desenvolvedoras, pois o impacto econômico e a geração de empregos que crescem gradativamente, ajudando no aumento da renda pessoal, e trazem também, um maior lucro ao mercado, como também as disputas e suas transmissões, onde vários canais já estão adentrando a este meio, por notarem o quão lucrativo podem ser. E o atual crescimento tecnológico que facilita os jogos a entrarem no meio cultural, e quanto maior os avanços, mais desenvolvidos e

trabalhados os jogos se tornam, assim, gerando cada vez mais público, se tornando um ciclo monetariamente muito satisfatório, que impacta a vida de diversos trabalhadores, sejam eles trabalhadores das empresas, como os times e patrocinadores que disputam campeonatos, até mesmo um novo “trabalho” que é o Streamer, jogadores que transmitem gratuitamente de sua própria casa e ganham remuneração das plataformas.

O trabalho foi feito através da metodologia de pesquisa bibliográfica usando como base artigos e pesquisas de referência, tanto nacionais como estrangeiras e também sites de tecnologia e laboratórios eletrônicos.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 Principais pontos da história do videogame

O surgimento do primeiro videogame é relatado em 1948 com o “Dispositivo de diversão com tubos de raios catódicos”, feito de um material usado nas primeiras televisões de tubo, criado por Thomas T. Goldsmith Jr. e Estle R. Mann, porém este dispositivo necessitava de um auxílio externo, onde os jogadores precisariam usar imagens externas para complementar o jogo, sendo assim não considerado o verdadeiro primeiro videogame, já que era necessário um auxílio, sem depender totalmente da tecnologia.

Outro dispositivo semelhante a um jogo foi criado pela FerrantiInternational, o computador de Nimrod, exibido pela primeira vez na Exposição de Ciências do Festival da Grã-Bretanha em 1951, sendo este computador criado para um jogo de lógica, que não tinha como objetivo a diversão e o entretenimento e sim demonstrar a capacidade do processador que continha naquele dispositivo.

Considera-se “Tênis para dois” o primeiro jogo onde havia uma quadra de tênis vista pelo ângulo lateral e se focava na bola, onde os jogadores mudavam a sua direção, a sua finalidade era a diversão, não possuía nenhum outro objetivo como os projetos anteriores, Criado em 1958 por William Higinbotham um físico que trabalhou na criação da primeira bomba nuclear, é um pioneiro no ramo do entretenimento por meio de dispositivos eletrônicos, antes da época de fliperamas até os atuais consoles e computadores de hoje em dia, as pessoas faziam fila na frente do Laboratório Nacional Brookhaven para jogar a novidade criada por Higinbotham.

Em sua primeira aparição foi feito um teste, onde duas pessoas jogaram conectadas a um computador analógico, e se divertiram com a movimentação transmitida em um osciloscópio, tendo assim atingido seu objetivo.

No MIT (*Massachusetts Institute of Technology*), foi criado o jogo *Spacewar* em 1961, onde o jogador assumia o posto de piloto de uma nave no espaço, apareciam naves inimigas onde o objetivo era desviar dos disparos efetuados contra sua nave em controle, e em seguida disparar de volta para atingi-los. Era executado por meio de um dispositivo próprio, mas o gráfico ainda composto por tecnologia pouco desenvolvida, as naves e os inimigos eram alguns pontinhos brancos, na qual necessitava de um esforço inicial para entender o jogo. Mesmo assim houve um grande sucesso do fliperama, e o que acabou influenciando o engenheiro Ralph Baer em 1966, a adaptar uma máquina a transmitir os jogos pela televisão.

Muito se deve o grande sucesso dos fliperamas na década de 70 e 80 ao jogo *Pong*, criado pela Atari em 1972, este tinha uma jogabilidade muito simples, já possuía uma resolução melhor do que seus antecessores, responsável pela popularização dos jogos eletrônicos e pelo grande crescimento da empresa Atari, que até os dias de hoje é referência no mundo dos games.

Avançando para 1981, outro marco para o mundo dos games, afinal era o ano de lançamento de um jogo popular até os dias atuais. Criado pela *Nintendo* o jogo *Donkey Kong* retratava a história de um homem chamado Mário, que deveria vencer obstáculos até chegar em sua namorada, que é sequestrada por um gorila, o mesmo gorila que dispara objetos contra Mario conforme ele vai se aproximando de seu objetivo final.

Em 1992 um ano após o lançamento de *Street Fighter*! Foi lançado o jogo *Mortal Kombat*, outra grande inovação para o mundo dos jogos, pois este jogo de luta foi feito com base de captura de movimentos, e com as imagens de atores digitalizadas, assim obtendo uma maior realidade virtual, seu gráfico tão realista gerou uma grande polemica, foi discutido no senado em 1993, sobre a influência que um jogo tão violento teria nas crianças.

Após os fliperamas, ocorreu mais um avanço tecnológico no mundo, lançando assim, os primeiros consoles. Mega Drive, o primeiro a ser lançado em 1988 de 16bits da desenvolvedora *Sega*, por seu processamento ser superior a de qualquer outro console (ARANHA, 2004), essa atualização tecnológica gerou grande melhora nos jogos devido a possibilidade de ampliação de suas histórias, que se tornaram bem mais complexas e atrativas, um jogo com identidade e seu mundo virtual a ser explorado pelo jogador (SOUZA e ROCHA, 2005).

Seguindo ao lançamento do novo videogame da *Sega*, a desenvolvedora *Nintendo* também lançou seu console 16bits, o Super Nintendo como era conhecido, tão popular que bateu recorde de vendas em todo o mundo,

rendendo bilhões de dólares inclusive um grande número de vendas no Brasil, seu sucesso em vendas deve-se ao lançamento do jogo *Super Mario World* que se tornou o jogo mais popular da época, além de possuir uma jogabilidade com novos efeitos especiais, também trazia jogos das versões antigas de seus consoles (SOUZA e ROCHA, 2005).

Anos mais tarde, com a tecnologia evoluindo e ganhando espaço, o console da Playstation1 no ano de 1994 inovou e mostrou ao mundo a novidade do CD-ROM, uma mídia com a leitura rápida, que ocupariam menos espaços que os antigos videogames de cartuchos (fitas), essa novidade impactou sobre o favoritismo que a *Nintendo* possuía. Os jogos passaram a ser em 3D, devido a sua mídia de disco que possuía capacidade para jogos mais desenvolvidos, com histórias interessantes, pois permitia um melhor desenvolvimento do personagem e da história (LIFEWIRE 2019).

Após esse breve relato, mostrando o avanço que os videogames obtiveram ao passar dos anos, estamos próximos ao lançamento do século, chegará com uma evolução tecnológica ainda não vista: o *Playstation 5*. Com previsão de chegada ao mercado em 2020, este ainda com mídia de discos, diferente dos anteriores agora contará com mídia Blu-ray de 100 Gigabytes, e incríveis processadores *AMD rayzen*, totalmente planejado para não travar nem ter quedas de *frames* (quadros por segundo), tornando a experiência do jogador quase real, com gráficos de 4k e 8k e disponibilidade de *VR* (Dispositivo de Realidade Virtual) e especulações de uma nova versão desse equipamento (TECHRADAR 2019).

Para Lévy (1996 e 1999) o surgimento do meio virtual está ligado ao mundo real, é claramente notável a mudança de hábitos das pessoas, a comunicação, experiência, fazendo com que o convívio entre gerações melhorasse, comparado há tempos anteriores, impulsionados pela facilidade ao mundo da tecnologia hoje a maioria da população possui acesso a rede mundial de computadores, seja por meio de desktop ou celulares. Assim os hábitos aos jogos cresceram, uma vez que, os jogos eletrônicos foram incluídos a diversas plataformas capazes de reproduzirem em diferentes dispositivos.

2.2 Videogame e terceira idade

Não é nenhum segredo que a maioria dos jogadores de videogames são jovens, assim ocorreu um estudo para quantificar esse público, foram escolhidos 194 candidatos entre 18 e 60 anos, ao final da pesquisa foi constatado que 95% dos jogadores estão abaixo dos 45 anos e 89% estavam entre os 18 e 32 anos, mostrando que os jogos chamam mais atenção a um público mais jovem, além do

mais, muitos dos jogadores idosos são jogadores eventuais, e não jogam em rede (on-line), os jovens são influenciados desde cedo aos jogos, pois se tornou parte da cultura atual, atividades voltadas a tecnologia, visando que a motivação maior para o envolvimento com os jogos é a mesma, todas as gerações buscam a diversão e uma forma de entretenimento.

Uma segunda pesquisa somente com idosos, 70% não jogavam e 30% teriam conhecido e experimentado jogar um jogos, ficando claro que um grande número dos entrevistados já tiveram contato com jogo não eletrônico, assim podendo ser jogos utilizando cartas ou palavras cruzadas, já os que não jogam, relataram que é por falta de tempo, de motivação e até mesmo por medo de não serem capazes, fazendo com que optem por jogos mais fáceis.

2.3 Diferentes pontos de vista sobre o esporte e o E-sport

Para entender mais sobre o que é esporte, devemos levar em consideração diferentes pontos que são apresentados por autores, onde os múltiplos pontos de vista conceituam como esporte atividades que exigem somente o físico, e outros autores remetem que a capacidade cognitiva e intelectual utilizada no e-sport é tão importante quanto qualquer outra modalidade que exija a capacidade física, no entanto, é utilizada as funções executivas do cérebro, tais como a atenção, reflexo, planejamento, estratégia e principalmente, englobando todos estes aspectos, a criatividade.

A expressão do potencial humano de realização, que se manifesta mediante atividades geradoras de produtos tangíveis, ou seja, como capacidade de o indivíduo manipular objetos do mundo externo a partir de um desenvolvimento simultâneo de seus recursos pessoais, suas fantasias e seus desejos. Pode também ser entendida como a capacidade, detida por indivíduos ou grupos, de manipular símbolos e significados com o intuito de gerar algo inovador. A criatividade sempre esteve presente nos empreendimentos humanos, variando, entretanto, quanto a suas formas de institucionalização. Em certos momentos, ela é institucionalizada como arte; em outros, ela é institucionalizada como mercado. (BENDASSOLLI et al., 2009, p. 28).

Huizinga (2000) nos diz que o jogo deve ser uma ocupação voluntária, e que deve ter determinado tempo e espaço como uma fuga do cotidiano, para o relaxamento e diversão, algo diferente do dia a dia.

O e-sport é definido pelo referido autor como: “uma área de atividades esportivas na qual as pessoas desenvolvem e treinam habilidades mentais ou físicas no uso de tecnologias de informação e comunicação”. (WAGNER, 2006, p.3)

Os jogos eletrônicos, nas suas modalidades profissionais ou competitivas, são compostos por jogadores que disputam torneios organizados, em busca de títulos e premiações, que na maioria dos casos é financeira. (GRIFFITHS, 2017). Estes jogadores são denominados de cyber atletas.

O reconhecimento dessa modalidade como esporte e fonte de renda, ficou evidenciado em 2015, Onde o francês “Dioud” jogador da equipe paiNGaming conseguiu o visto de trabalho no Brasil como cyber atleta, o primeiro visto concedido a estrangeiro, houve casos anteriores onde vieram jogadores Sul-coreanos ao Brasil para competir no cenário, porém, com a expiração do visto de turismo, que tem o prazo de 6 meses, tiveram que retornar ao seu país. Assim, o jogador “Dioud” não precisou se preocupar em ter o mesmo destino dos jogadores anteriores, esta prática já é bem comum em países como Estados Unidos, e na própria Coréia do Sul.

Devido ao grande crescimento do e-sport na atualidade, a empresa Amazon adquiriu a plataforma de streaming “Twitch” onde são transmitidas as competições de e-sport, além dos próprios jogadores poderem transmitir ao vivo suas partidas. A plataforma foi adquirida pelo valor de US \$ 1bilhão.

Tamanha seriedade vem ocorrendo nestas competições, que os jogadores praticam de 8 à 12 horas por dia, para que mantenham o desempenho dentro do jogo, e em períodos diversos, assistem à jogos de outros times, para que façam uma análise das táticas e avanços das equipes concorrentes, os times contratam treinadores para que tragam programas de treinamento mais rigoroso, com o intuito de se classificarem para os torneios, onde conseguem mais visibilidade e melhores patrocínios, devido ao grande movimento financeiro que este esporte vem trazendo, as audiências podem chegar nas dezenas de milhões ao redor do mundo.

O debate sobre a validade dos eSports como esportes erra o alvo. Goste ou não, os eSports têm milhões de espectadores apaixonados e seu momento não pode mais ser ignorado. Dada sua economia única, uma rede que busca construir um império esportivo não precisa procurar mais. (MENON; BALL, 2015, Online)

2.4 O impacto econômico dos jogos eletrônicos

De acordo com Mendes (2006) os jogos eletrônicos, sejam eles de computador, consoles, Fliperamas e Simuladores, são muito apreciados economicamente, Desde o seu surgimento eles não param de crescer em vendas, como em 1998 nos Estados Unidos os jogos eletrônicos ultrapassaram os lucros da indústria cinematográfica, mesmo ela sendo bem mais antiga e consistente que os jogos que sofriam muito preconceito na época com diversas reclamações, que estes tornavam os jovens mais violentos ou que jogos eram coisas de desocupados, Já nos anos 2000 com aproximadamente 25 anos do lançamento dos primeiros videogames, os novos jogos vieram a competir com lançamento de filmes, chegando em 2002 com a estimativa de ter movimentado mais de 31 bilhões de dólares.

Esse crescimento é decorrente do avanço tecnológico, que caminha lado a lado com a melhoria dos jogos, com a internet um jogador de console pode jogar o mesmo jogo simultaneamente com alguém que o utiliza em um computador (PC, Hardware), assim atraindo cada vez mais pessoas, mas o avanço não é somente com a compatibilidade e sim com os gráficos, a cada lançamento de jogo é percebido uma melhora no seu visual, na sua textura e áudios cada vez mais próximos da realidade, aumentando seu público, afinal os primeiros jogos eram tão difíceis de enxergar, os pixels mal feitos, até em uma forma cartoonizada (desenhos), o que não atraía uma boa parte dos consumidores, já com as plataformas quase realista de hoje fica evidenciado o porquê desse grande avanço monetário que o games adquiriram e ainda adquirem.

Segundo o autor supracitado, não são somente os jogos que lucram com o avanço dos gráficos, pois a cada novo game, investem em mais detalhes e cada vez mais “pesado”, assim as empresas de informática e de vídeo games precisam sempre atualizar sua tecnologia, para adaptar os jogos ao aparelho utilizado, movimentando ainda mais o mercado econômico, e o consumidor que quiser jogar um novo jogo, precisará dos recursos eletrônicos para executar, afinal os novos jogos lançados não são compatíveis com aparelhos eletrônicos de anos atrás. Isso justifica o motivo dos maiores patrocinadores das empresas de jogos serem as próprias que vendem aparelhos eletrônicos.

A Sony vem lucrando muito com o crescimento do mercado de videogame com seu terceiro console chegando a marca dos 100 milhões de unidades vendidas, o Playstation 4 que acreditam na prévia de chegada as 112,8 milhões de unidades até abril de 2020, um pouco acima do seu primeiro console o Playstation 1 que foi inovação no mercado com o primeiro dispositivo de CD-ROM e vendendo 102,4 milhões de unidades, e um pouco abaixo do Playstation 2 que detém o recorde de console mais bem sucedido da Sony com o incrível resultado de 155 milhões de consoles vendidos, e a próxima grande aposta para

liderar as vendas está no Playstation 5 com prévia para 2020 e com muitas novidades, tanto tecnológicas quanto adaptativas a periféricos (CANALTECH, 2019).

Atualmente os jogos free-to-play (jogos grátis) tiveram um lucro de US \$ 87,7 bilhões em 2018, isso é maior que o triplo do lucro em jogos de grande sucesso lançados, todo esse lucro decorre da compra de moedas a serem utilizadas dentro dos jogos, fazendo a conversão do seu dinheiro real para a moeda virtual do jogo. O jogo que atualmente vem liderando em lucro é o Fortnite, que é totalmente grátis o download e instalação, mas o grande sucesso é o passe de batalha que contem no jogo, os jogadores pagam aproximadamente US \$ 10 e dura 10semanas, onde o jogador consegue premiações exclusivas e as tão faladas skins (troca de aparência do personagem). Uma pesquisa da SuperData relata que 34% dos jogadores americanos compraram esse passe de batalha. Tão grande o sucesso que empresas de consoles disponibilizaram a interligação dos seus consoles com computadores e até com consoles de marcas concorrentes. A própria Sony disponibilizou este serviço, para que os jogadores do Playstation jogassem simultaneamente com jogadores que utilizam computadores e até mesmo com seu concorrente o X-BOX One (BUSINESSINSIDER, 2019).

Mesmo Fortnite sendo um jogo gratuito e com o maior lucro dos jogos, ele não gera riquezas apenas para sua empresa, e sim para jogadores acima da média, Um em especial; Tyler Blevin, conhecido como "NINJA", este jogador está ganhando em torno de US \$ 500.000 por mês, apenas com sua transmissão no canal de streaming "Twitch", onde o jogador transmite sua partida de forma gratuita, e de acordo com os acessos e visualizações de seus jogos ele vai ganhando uma quantidade de lucro. O seu sucesso é devido ao grande desempenho e a forma atrativa de jogar, durante suas partidas vai ensinando os telespectadores a melhorarem, mostrando onde erram e o que poderiam fazer na mesma situação, o grande número de jogadores também ajuda nessa receita obtida pelo jogador, pois quanto mais jogadores tiverem no jogo, maior o número de telespectadores ele conquista.

Muitos se perguntam como a empresa possui um ganho alto, se o jogo é grátis em todas as plataformas disponíveis. O jogo visa lucrar com a venda de objetos dentro do jogo, onde a pessoa deposita uma determina quantia de dinheiro real, e este é convertido para a moeda do jogo (V-Bucks) e o jogador investe em visuais, não é vendido nada que lhe de uma vantagem sobre outro jogador, apenas efeitos estéticos (BUSINESSINSIDER, 2018).

Conforme pesquisa da Newzoo em 2019 o e-sports vai ultrapassar os US \$1 Bilhão de receita, isso se deve aos grandes investimentos das marcas,

englobando a publicidade, direitos de mídia e também os patrocinadores. O lucro maior é vindo dos patrocinadores, somando US \$ 456,7 milhões no ano de 2019.

Com o atual crescimento do e-sport ao redor do mundo, as organizações poderão dar início a séries de eventos competitivos em qualquer lugar do mundo, já que a internet e a popularização dos jogos estão criando grandes comunidades online, e essas organizações possuem o objetivo de transformar a competitividade dos atletas em uma forma rentável para sua empresa (Businessinsider 2019)

Os jogos para celulares (mobile) lideram em números quando se trata de lucro e popularidade, estima-se que em 2019 a receita seja de US \$ 68,5 bilhões, representando 45% do mercado global. As próprias empresas de jogos eletrônicos, como a Riot Games, criadora do jogo LeagueOfLegends além de seus jogos de computadores, investem neste tão lucrativo mercado que é o dos Smartphones sendo donas do jogo PUBG mobile, e se tornando a empresa de maior lucro quando se trata de jogos eletrônicos, com a receita de US \$ 196 bilhões, isso deve-se ao grande investimento que esta empresa empenha na estrutura de seus jogos e campeonatos como o e-sports (Versus 2019). Alguns jogos para celulares já estão gerando mais de US \$ 1 bilhão ao ano, e está bem próximo algum destes atingir a marca exorbitante de US \$ 10bilhões em receita vitalícia (Pocketgamerbiz).

Muitas ligas e torneios agora têm um público enorme, então as empresas estão se posicionando para monetizar diretamente esses entusiastas do esporte. Enquanto isso começou a acontecer no ano passado, o mercado está em constante expansão em seus primeiros aprendizados. O resultado: 2019 será o primeiro ano de bilhão de dólares para o e-sports, um mercado que continuará atraindo marcas em todos os setores. (WARMAN, 2019, Online)

2.5 Potencial monetário de transmissões de jogos eletrônicos

Segundo aferição do site de pesquisa Newzoo a transmissão de e-sport continuará crescendo em 2019, com o incrível número de 453,8 milhões no mundo todo, contendo o público fiel ao e-sport com 201,2 milhões, e o público ocasional com a incrível marca de 252,6 milhões de espectadores, um reflexo ao crescimento das ligas de e-sport e o número de eventos que ocorrem por todo o mundo (Newzoo 2019).

O mercado de e-sport está atraindo muitos olhares, diversas empresas já iniciaram seus investimentos em ligas e patrocínio de equipes, e muitas outras

planejam ingressar nesse meio. As emissoras e empresas de televisão perceberam também uma oportunidade de ganho de espectadores, beneficiando aumento de audiência, assim é o caso do canal SportTV de emissora fechada que está transmitindo campeonatos de e-sport.

Estimativas de que a grande receita do e-sport chegue aos US \$1,8 bilhão até 2022, já uma perspectiva mais otimista podendo chegar ao incrível número de US \$ 3,2 bilhões.

A Twitch maior plataforma de transmissão de jogos ao vivo foi criada por Justin Kan em 2011, antes do grande sucesso da twitch, Justin tinha um canal de transmissão que relatava a própria vida (vlogs) iniciado em 2007, despertando interesse pelo mundo, onde pessoas começaram a transmitir seu cotidiano, já para transmitir jogos não era uma forma tão simples quanto hoje em dia, onde graças a Twitch, os consoles, computadores e diversos programas paralelos ajudam na transmissão, sem exigir um vasto conhecimento técnico do jogador. Quando a parte de jogos da Justin.tv começaram a fazer mais sucesso que as outras transmissões, rapidamente a empresa foi renomeada para Twitch Interactive. Justin.tv após a explosão de sucesso em outubro de 2013, quando o acesso chegou a 45 milhões de visitantes únicos (businessofapps 2019), despertando interesses nas grandes empresas, e foi a Amazon que pela quantia de US \$ 1 bilhão adquiriu a plataforma de streaming, que era responsável por 1,8% dos usuários de internet, atrás apenas de algumas grandes empresas, como Netflix e Google.

A compra da Twitch se mostrou muito lucrativa, quando em 2015 atingiu a marca de 1,5 milhão de transmissões e 100 milhões de visualizações por mês, já em 2018 chegou a marca de 2,2 milhões de transmissões e 15 milhões de visualizações diárias, a plataforma atualmente está ligada ao Amazon Prime, também com acesso a filmes, compras e ao Twitch Prime, que possui algumas vantagens sobre o usuário normal, podendo gozar de diversas premiações exclusivas em jogos, onde o jogador pode vincular sua conta Amazon Prime com a Twitch e também a sua conta on-line de diversos jogos (Businessofapps 2019). A Twitch também tem boa parte do seu lucro em decorrência da transmissão de campeonatos de e-sports, como o LeagueofLegends, Fortnite e Counter-Strike, onde as próprias organizações possuem seu canal e com transmissões diferentes para cada região com seus narradores de idioma local, e isso agrega muito ao crescimento da plataforma como também do cenário competitivo.

Os campeonatos de e-sports estão cada vez conquistando mais seu espaço, na transmissão da final de competição do jogo LeagueofLegends superou em audiência o SuperBowl, atingindo a marca de 100 milhões de espectadores

simultâneos, já o Superbowl pouco mais de 98 milhões, os ingressos para a final esgotaram em menos de 4 horas, em 2017 a final foi sediada no estádio olímpico “Ninho do Pássaro” onde os ingressos estouraram em vendas, chegando ao total de público de 40.000 pessoas, mas não é somente nos países asiáticos o grande sucesso do e-sport, o mesmo já vem conquistando seu espaço por todo o mundo (CNBC 2019).

Em 2018 a liga norte-americana de LeagueOfLegends mudou a estrutura para franquias, onde a renda vinda dos patrocinadores crescerá mais, cita Chris Hopper, chefe de e-sports na América do Norte:

Quando criança, eu tinha inúmeras ligas e clubes para jogar futebol, basquete ou beisebol, e achamos que nosso trabalho na construção de competições colegiais e ofertas de bolsas de estudos, bem como nossa parceria com a PlayVS para tornar o LeagueofLegends um esporte oficial do time do colégio, pagará grandes dividendos no futuro. – (CHRIS HOPPER, 2018, Online)

2.6 O direito e o dever com o E-sport

Finalizando esse trabalho chego ao ponto onde iremos analisar os dispositivos que cerceiem quanto ao e-sport, analisando algumas leis sobre esportes em geral de maneira extensiva, ainda que este não está totalmente regularizado, mas já é aceito pela população em geral.

Há um projeto de Lei 7747/2017 sobre o reconhecimento do E-sport no Brasil, proposto por Mariana Carvalho, Deputada pelo PSDB do estado de Rondônia.

O Projeto de Lei 7747/2017 atualmente em tramitação, visa igualar o e-Sports com os esportes, fazendo a alteração deste na Lei Pelé (9.615 de 1998) É um projeto que vem a incluir os jogos virtuais como uma modalidade esportiva, na proposta também é citada sobre as origens do esporte eletrônico, que é muito forte na Ásia, Europa e também na Coreia do Sul, referência nas competições virtuais. Nas Olimpíadas de 2022 os esportes eletrônicos estarão inclusos como modalidade, assim incentivando os países competidores a investirem mais nessa área e valorizarem seus atletas.

Esta proposta requer uma lei específica devido ao grande crescimento da modalidade, já existem marcas famosas e de grande poder aquisitivo financiando essas equipes, e sem uma legislação para esse esporte não poderá de fato obter a devida segurança jurídica para os contratos feitos e seus competidores.

Nossa própria Constituição Federal de 1988 trata a respeito do esporte no seu artigo 217, tal qual está no Capítulo III "Da Educação, da Cultura e do Desporto. Dizendo de maneira clara que; É dever do Estado que nos forneça práticas desportivas tanto formais quanto não formais, e é um direito de cada um decidir qual desta escolher, não podendo delimitar um esporte para todos, também determina algumas regras, que sempre devem ser respeitadas, tanto quanto as entidades esportivas, suas organizações, e também a diferenciação do Esporte profissional e do esporte casual, em resumo, não podemos comparar um jogador que joga nos finais de semana, a um que disputa torneios e sobrevive de tal prática. No seu inciso IV juntamente com o parágrafo 3º nos diz que devemos proteger o incentivo as manifestações desportivas e o Próprio poder público devem incentivar ao lazer, promovendo a nossa interação social.

A Lei federal 9.615, de 24 de março de 1988 que regulamenta o esporte, também conhecida como Lei Pelé, tal nome deriva da grande habilidade e fama do ex-jogador de futebol e também pelo fato deste ser ministro do Esporte na época, esta lei trata das diferentes práticas do esporte, tais como os individuais e os que são de práticas profissionais.

A Lei Pelé tem um ponto específico que trata do esporte educacional e cultural. Ambos de grande importância, afinal o esporte está na vida da grande maioria da população, tanto brasileira quanto mundial, e com a regulamentação do e-sport vão ser inclusos novos povos, há diversas pessoas que não tem condições tanto físicas quanto monetárias para competir em esporte, como exemplo o esporte automobilístico que gera milhões ao redor do mundo, mas que também necessita um grande investimento. O e-sport visa incluir outra grande parte da população, que serão jogadores profissionais e se estendendo aos casuais, já que não se trata de uma modalidade que demande tanto dinheiro para sua prática, ou nenhuma supercapacidade física. Outro benefício que será incluído caso seja regulamentado o e-sport, é sobre os contratos profissionais, parte esta que diz a respeito aos contratos de trabalhos de jogadores, como os deveres e limitações as organizações, o que é totalmente necessário para que se evitem fraudes e a exploração dos jogadores, exemplo disto ocorreu em 2013 com um time conhecido do jogo LeagueOfLegends. Onde ocorreram grandes repercussões do caso que houve fraude.

Em março de 2013 por meio de uma investigação da Associação Coreana de e-Sports, "KeSPA" foi feita uma investigação na organização "AHQ" do jogo LeagueOfLegends, a um time muito conhecido no cenário, durante a investigação foi constatado que o gerente da equipe, "NohDaeChul" estava envolvido em esquemas de apostas, onde o time ganharia diversos jogos para adquirir a confiança do público, e em determinado evento este apostaria muito contra o

time, que perderiam propositalmente, havendo um lucro enorme por meio de apostas ilegais.

A investigação se iniciou por meio de uma carta deixada por um dos companheiros da equipe ao tentar cometer suicídio, após a investigação e a comprovação, o gerente "Noh" admitiu todo o esquema, afirmando ter feito isso por falta de pagamento dos patrocinadores, e que o dinheiro advindo ilegalmente das apostas seria para pagar o time e sanar as despesas.

A empresa "Riot Games" Criadora do jogo se pronunciou a respeito deste incidente, lamentando o ocorrido contra o jogador, e desejando melhoras a ele, afirmando ser uma pena para o esporte, mas devido a proporção que o jogo vem tomando financeiramente é comum que alguém queira cometer fraude para se beneficiar.

Outro projeto de Lei em que trata da regulamentação do e-sports no Brasil é a PL 3450/2015 com o designado relator, Dep. Fernando Monteiro (PP-PE), a qual também visa incluir o e-sport na Lei 9.615/1998 que estenderiam todas as aplicações dos esportes aos esportes eletrônicos. Os motivos apresentados para a apreciação desta norma foram às expressivas melhoras cognitivas, raciocínios motores, tais como estes possuem investimentos gigantescos e são verdadeiras obras de artes, com tamanho investimento gera retorno bilionário, fazendo a economia de o país crescer. Outros motivos relatados nessa proposta, diz a respeito dos campeonatos em que o Brasil não tem acompanhado, pois não há uma atuação estatal em tal modalidade que só cresce, deixando escapar uma grande oportunidade de receita, já que estes eventos são muito populares ao redor do mundo, com premiações milionárias, contratos de emissoras, patrocinadores, empregando inúmeras empresas e pessoas.

A proposta de lei ainda cita o brasileiro Pedro Afonso Rezende, de 19 anos, que com o seu canal de jogos no YouTube, possui uma renda anual de mais de 1 milhão de reais, apenas com divulgações de vídeos sobre jogos eletrônicos.

3. CONCLUSÃO

No presente trabalho nos foi mostrado à grande importância monetária dos videogames no mercado financeiro, onde analisando as arrecadações a que estes vêm tendo foi constatada uma grande interferência dos jogos no meio econômico, como o grande crescimento no meio esportivo, que é uma das maiores causadoras do expressivo valor, devido aos patrocinadores, as ligas esportivas, os grandiosos eventos, que atraem um grande público, gerando até mesmo um lucro para o meio turístico, já que há campeonatos de e-sports por todo o mundo.

Todos os objetivos foram cumpridos no presente trabalho, como mostrar o surgimento desse entretenimento, que se iniciou de uma forma quase acidental, e que em poucos anos ganhou um espaço incrível na sociedade, e o grande envolvimento da população com os videogames e as disputas esportivas desta modalidade, necessitando assim de regulamentação, fazendo surgir o Projeto de Lei 7747/2017 e a PL 3450/2015 que visa à regulamentação do e-sport, pelo fato de movimentar muita renda e envolver diversas pessoas, é necessário uma fiscalização para que seja coibida toda tentativa de fraude, ou que venha a lesar a moral de qualquer um dos envolvidos.

As empresas de transmissões, tanto fechadas, quanto as de canais de streaming também foram beneficiadas com o crescimento desta modalidade, pois vêm lucrando com eventos esportivos, expandindo a cultura e gerando renda para os canais, empregos para narradores, como para diversos jogadores, que possuem como renda, fazerem “stream” ao vivo.

Este trabalho é de grande importância para o conhecimento geral, tendo em vista que ainda há muito preconceito com esta área, e poucos sabem o quanto os jogos impactam no meio econômico, já que as empresas desenvolvedoras de jogos e as ligas de eventos competitivos rendem bilhões ao ano em todo o mundo, e com o grande acesso à internet atual, essa é uma realidade cada vez mais próxima de todos, até mesmo a 3ª idade, que sempre teve uma aversão aos jogos eletrônicos estão aderindo a este meio, e assim expandindo o mercado para todas as gerações, e gerando ainda mais empregos na área. Assim, não resta dúvida quanto ao envolvimento e a importância dos jogos para o meio econômico global.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARANHA, Gláucio. **O processo de consolidação dos jogos eletrônicos como instrumento de comunicação e de construção de conhecimento.** Disponível em: <<http://www.cienciasecognicao.org/pdf/m34421.pdf>>. Acesso em: 15 Out. 2019.

AUGUSTO, Thaís. **Vendas do PlayStation 4 desaceleram com proximidade de lançamento do PS5.** Disponível em: <<https://canaltech.com.br/resultados-financeiros/vendas-do-playstation-4-desaceleram-com-proximidade-de-lancamento-do-ps5-138021/>>. Acesso em: 20 Out. 2019.

BRASIL. **Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 Nov. 2019.

BRASIL. **Legislação sobre esporte.** Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/33679/legisla%C3%A7%C3%A3o_esporte.pdf?sequence=1>. Acesso em: 21 Out. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.450/2015.** Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2025514>>. Acesso em: 23 Nov. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 7.747/2017.** Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2139618>>. Acesso em: 17 Out. 2019.

BROOKHAVEN NATIONAL LABORATORY. **The First Video Game?** Disponível em: <<https://www.bnl.gov/about/history/firstvideo.php>>. Acesso em: 16 Out. 2019.

CLUA, E., BITTENCOURT, J. **Desenvolvimento de Jogos 3D: Concepção, Design e Programação.** Anais da XXIV Jornada de Atualização em Informática do Congresso da Sociedade Brasileira de Computação. 2005.

COHEN, D.S. **Uma retrospectiva do Playstation 1, desde a data de lançamento dos meados dos anos 90 até 2006.** Disponível em: <<https://www.lifewire.com/history-of-sony-playstation-729672>>. Acesso: 20 Out. 2019.

GILBERT, Ben. There's a simple, obvious reason 'Fortnite' is the biggest game in the world right now. Disponível em: <<https://www.businessinsider.com/fortnite-price-free-to-play-2018-5>>. Acesso: 20 Out. 2019.

GOOD, Owen S. **Top Korean League of Legends player fixed matches before attempting suicide, says eSports League.** Disponível em: <<https://www.polygon.com/2014/3/18/5522192/korean-league-of-legends-player-fixed-matches-suicide>>. Acesso em: 17 Out. 2019.

GRIFFITHS, M. D. **The psychosocial impact of professional gambling, professional video gaming and eSports.** Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/313117350_The_psychosocial_impact_of_professional_gambling_professional_video_gaming_and_eSports>. Acesso em: 21 Out. 2019.

GUSTAVO, Luis. **DIOD: primeiro estrangeiro com visto de cyber-atleta no Brasil.** Disponível em: <<https://gamehall.com.br/dioud-primeiro-estrangeiro-com-visto-de-cyber-atleta-no-brasil/>>. Acesso em: 15 Out. 2019.

HOOD, Vic ; LYNCH, Gerald, LEGER, Henry St, BOYLE, Emma. **PS5 release date, specs, news and rumors for Sony's PlayStation 5.** Disponível em: <<https://www.techradar.com/news/gaming/consoles/ps5-release-date-news-and-features-1213409>>. Acesso em: 20 Out. 2019.

HUIZINGA, J. **Homo Ludens.** Tradução: João Paulo Monteiro. São Paulo: Editora Perspectiva, 2000.

IQBAL, Mansoor. **Twitch Revenue and Usage Statistics (2019).** Disponível em: <<https://www.businessofapps.com/data/twitch-statistics/>>. Acesso em: 21 Out. 2019

LÉVY, P. **Cibercultura.** São Paulo: Editora 34. 1999.

LÉVY, P. **O Que é Virtual?** Rio de Janeiro: Editora 34. 1996.

MENDES, Cláudio Lúcio. **Jogos eletrônicos: diversão, poder e subjetivação.** Papyrus, 2006.

MENON, Prashob; BALL, Matthen. **Why the Next Sports Empire will be Built on eSports.** Disponível em: <<https://redef.com/original/good-game-why-esports-is-the-next-major-league-sport>>. Acesso em: 15 Out. 2019.

NOGUEIRA, Helena. **Receita de games no Brasil deve chegar a us\$ 1,6 bilhões em 2019, aponta pesquisa.** Disponível em: <<https://vs.com.br/artigo/receita-de-games-no-brasil-deve-chegar-a-usdollar-16-bilhoes-em-2019-aponta-pesquisa>>. Acesso em: 21 Out. 2019.

PEI, Annie. **This esports giant draws in more viewers than the Super Bowl, and it's expected to get even bigger.** Disponível em: <<https://www.cnbc.com/2019/04/14/league-of-legends-gets-more-viewers-than-super-bowl-whats-coming-next.html>>. Acesso: 21 Out. 2019.

POCKETGAMER.BIZ. **Jogos para celular que geraram mais de US\$ 1 bilhão em vendas.** Disponível em: <<https://www.pocketgamer.biz/feature/66339/mobile-games-billion-dollar-club/>>. Acesso: 21 Out. 2019.

SOUZA, Gleice Ramos, TREVISAN, Daniela Gorski. **Estudo investigativo sobre idosos, jogos e suas motivações.** Disponível em: <<https://www.seer.ufrgs.br/cadernosdeinformatica/article/view/v8n3p35-40>>. Acesso em: 18 Out. 2019.

SOUZA, M. V. O., ROCHA, V. M. **Um estudo sobre o desenvolvimento de jogos eletrônicos.** Unipê, João Pessoa. 2005.

WAGNER, M. G. **On the scientific relevance of eSports.** In: International conference on internet computing & conference on computer games development. ICOMP, 2006.

WEBB, Kevin. **'Fortnite' and other free games raked in more than \$87 billion last year, and the rest of the gaming industry is starting to take note.** Disponível em: <<https://www.businessinsider.com/free-to-play-games-fortnite-earnings-2018-data-2019-1>>. Acesso: 20 Out. 2019.

WEBB, Kevin. **Esports revenue is expected to top \$1 billion worldwide for the first time during 2019.** Disponível em: <<https://www.businessinsider.com/esports-revenue-billion-2019-2>>. Acesso em: 21 Out. 2019.

THE HANDMAID'S TALE: A ATEMPORALIDADE DAS VIOLAÇÕES DOS DIREITOS FEMININOS NA SÉRIE E A PROXIMIDADE COM A REALIDADE BRASILEIRA

CAMILA MORAIS MACÊDO: Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

GISELLE SOARES PORTELA: Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

ROSÁLIA MARIA CARVALHO MOURÃO [2]

(Orientadora)

RESUMO[3]: Este artigo irá analisar as discussões jurídicas ilustradas na série *The Handmaid's Tale*, que teve sua estreia marcada pelo serviço de streaming (HULU, 2017), baseada na obra de Margaret Atwood. Busca-se demonstrar a distopia que envolve a República de Gilead e toda a repressão que as mulheres sofrem, juntamente com a elevada misoginia do patriarcado e a forte influência religiosa sobre as normas do Estado. Além de retratar estes fatos, será avaliada a proximidade com a realidade brasileira e como as violações aos direitos femininos são atemporais, tendo como problema: Quais os reflexos do patriarcado na sociedade e como a subordinação feminina se consolida na série *The Handmaid's Tale* como uma violência simbólica? Tais fatores justificam a relevância do tema, destacando a necessidade de evidenciar a luta das mulheres ao longo dos anos seja no âmbito do trabalho, social ou político.

Palavras-chave: *The Handmaid's Tale*. Distopia. Violência Simbólica. Patriarcado. Submissão.

Abstract: This article will analyze the legal discussions illustrated in the series *The Handmaid's Tale*, which had its debut marked by the streaming service (HULU, 2017), based on the work of Margaret Atwood. It seeks to demonstrate the dystopia that surrounds the Republic of Gilead and all the repression that women suffer, together with the high misogyny of patriarchy and the strong religious influence on the norms of the State. In addition to portraying these facts, the proximity to the Brazilian reality and how the violations of women's rights are timeless will be evaluated, having as a problem: What are the reflexes of patriarchy in society and how female subordination is consolidated in the series *The Handmaid's Tale* as a violence symbolic? Such factors justify the relevance of the

theme, highlighting the need to highlight the struggle of women over the years, whether in the field of work, social or political.

Keywords: *The Handmaid's Tale*. Dystopia. Symbolic Violence. Patriarchate. Submission.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO - 2. A ATEMPORALIDADE DAS VIOLAÇÕES DOS DIREITOS FEMININOS E O CORPO DA MULHER COMO PROPRIEDADE DO ESTADO, SOB A ÓTICA DE GILEAD. 2.1. Reflexos do Patriarcado na sociedade. 2.2. Como a Subordinação Feminina se consolida na série *The Handmaid's Tale* como uma violência simbólica. 2.3. O Medo como instrumento do Poder. 3. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A série de televisão *The Handmaid's Tale* teve a sua estreia no ano de 2017, a história é baseada na obra da escritora canadense Margaret Atwood. A narrativa é sobre a distopia que ocorre na República de Gilead, tema que será aprofundado mais adiante no presente artigo. Desde o começo da narrativa é perceptível o ressurgimento de ideais conservadores. O que em consequência, evidencia veementemente a violação dos direitos fundamentais, principalmente em relação às mulheres que são as mais atingidas. Tendo em vista que tiveram os seus direitos básicos como a liberdade, dignidade, violados e rompidos.

Se olharmos alguns anos atrás, diria que o futuro distópico narrado em Gilead se assemelha bastante com a fase de escravidão, que ocorreu na Antiguidade. As mulheres assim como os escravos, já não eram sujeitos de direito, eram uma coisa, propriedade do Estado. Serviam unicamente como um instrumento de reprodução, a partir disso já não existiam mais direitos, e sim o cumprimento de "deveres".

A literatura tem a capacidade de tornar mais claro, aquilo que é fictício à realidade, com ela os leitores tendem a se aproximar mais das histórias, e ampliar os seus horizontes. Sendo assim um dos propósitos do artigo é relatar como alguns temas retratados na série, que tiveram como base uma obra da década de 80, se encaixam perfeitamente no contexto vivenciado atualmente.

Para confirmar o que foi dito anteriormente, Robin West dispõe:

Não podemos simplesmente pensar que as leis são "textos" que explicam nossas tradições e ideais culturais; elas são instrumentos interativos de violência, violação, compaixão ou respeito e têm "um grande impacto sobre a subjetividade

das pessoas, das crianças, dos escravos, das mulheres e do resto dos seres vivos ... A menos que aprendamos a sentir, a sentir empatia pelos outros e a assumir esses efeitos, não teremos uma interpretação decente dos textos legais. (WEST,1988, p. 155).

Sendo assim, é notório que através da Literatura o indivíduo não fica preso somente à praticidade, objetivismo. Ela expande as suas ideias de uma maneira mais tangível, se aproximando dos valores éticos e morais, há uma ponderação maior ao analisar a situação. No livro *A Era dos Direitos* de Norberto Bobbio (2004, p.22) destaca que: “há dois tipos de caminhantes: os que enxergam com clareza, mas têm os pés presos, e os que poderiam ter os pés livres, mas têm os olhos vendados.” Neste caso, podemos ver claramente a relação que existe entre o Direito e a Literatura respectivamente, pois um é o complemento do outro.

Enquanto o Direito segue a ordem de primeiro aplicar as normas e caso não seja suficiente irá analisar o caso à situação concreta, utilizando-se de analogias, princípios. A Literatura já possui uma maior abstração, subjetividade. Entretanto sofrerá uma limitação, pois aplicará as normas que pertencem ao Direito.

Além disso, vale ressaltar que será demonstrado mais à frente a relação dos aspectos jurídicos concernentes aos mais variados temas ilustrados na série, que são: O corpo da mulher como propriedade do Estado sob a ótica de Gilead, a influência religiosa das normas em Gilead e sua afeição pelo Estado Autoritário, o medo como instrumento do poder, entre outros.

Espera-se que com este artigo, que haja a demonstração da atemporalidade das violações dos direitos femininos e a proximidade com a realidade brasileira. Além de que se visa entender como no ramo jurídico prossegue-se o seguinte questionamento: Quais os reflexos do patriarcado na sociedade e como a subordinação feminina se consolida na série *The Handmaid's Tale* como uma violência simbólica?

The Handmaid's Tale, em seu primeiro capítulo da primeira temporada, ilustra Offred (June), fugindo com a sua filha Hanna e o seu marido Luke, tentando atravessar a fronteira do Maine. Pois ela e sua família tentavam fugir dos Estados Unidos que por ter sofrido um golpe, agora se chamava República de Gilead.

Em Gilead um grupo de fiéis conservadores tomaram o poder da cidade e agora ela era regida pelas normas cristãs, tudo baseado nos ensinamentos da Bíblia. Com a baixa nas taxas de natalidade, devido à poluição, aos desastres nucleares, às doenças sexualmente transmissíveis, o uso de contraceptivos por

algumas mulheres, e os abortos. Todos esses motivos eram afirmados pelo Governo, para se instaurar uma ditadura religiosa.

No primeiro capítulo Tia Lydia diz:

Conforme as taxas de natalidade caíam, eles criavam coisas, pílulas anticoncepcionais, pílulas do dia seguinte, assassinato de bebês (aborto). A fertilidade é um dom de Deus, ele deixou vocês intactas para um propósito bíblico. (HULU, *The Handmaid's Tale*, 2017, S01E01, 16'35").

Offred juntamente com outras mulheres que eram férteis, eram chamadas de "Aias", elas tinham o dever de serem reprodutoras dos filhos dos Comandantes. As aias servem de barriga de aluguel para as esposas dos comandantes que são estéreis, por isso são designadas as famílias de alto escalão.

Elas deixam o seu nome antigo para trás e sua vida, passam a receber patronímicos que são derivados do Comandante da casa que residem. June agora passa a se chamar Offred, era aia no lar do Comandante Fred Waterford, e sua esposa Serena Waterford. Em Gilead cada mulher tem a sua função determinada pela sociedade.

Temos também na sociedade a figura das Tias, elas são responsáveis por doutrinar as aias, fazendo-as seguir as normas de Gilead, e punindo-as caso elas desobedeçam. As Marthas cabem a elas auxiliar nos serviços domésticos dos lares de comandantes e oficiais.

Em Gilead somos apresentados ao "Centro Vermelho", aqui as Tias doutrinavam as recentes aias que chegavam, na presença das demais, passando os ensinamentos dos filhos de Jacó. Uma das aias recém-chegadas é Janine, agora chamada de Ofwarren. Ela é colocada no centro de um círculo enquanto as demais aias apontam para a mesma, afirmando a sua culpa pelo estupro que sofreu por três homens, quando era adolescente. Na doutrinação das Tias há um ensinamento no qual, as mulheres são responsáveis pelos estupros que sofrem.

É também no Centro Vermelho que as aias irão saber mais profundamente sobre o ritual sagrado da Cerimônia. Offred deve tomar um banho antes do ritual para purificar o seu corpo. Ela espera ajoelhada pelo Comandante, para leitura da passagem bíblica juntamente com a esposa, a Martha e ainda o motorista da casa Nick.

Após a leitura, a aia sobe ao quarto com o Comandante e sua mulher, lá se deita com a cabeça entre as pernas da esposa e com as mãos dadas, enquanto o

comandante realiza o ato de conjunção carnal, ali acontece o momento da concepção. A ideia da esposa participar desse ritual, é que ela participe de todos os momentos da vida do seu futuro filho. A partir da concepção o filho da aia também torna - se seu, a esposa e a aia se tornarão apenas uma carne.

A chegada de Offred na casa do Comandante Waterford, foi um pouco apreensiva em consequência que a última aia do lar, tinha cometido suicídio. Fica estabelecido que as Aias ficavam responsáveis por realizar as compras da semana, saindo sempre em duplas. A companheira de Offred, era a aia Ofglen. Em um dado momento na série, Offred insinua que o fato das Aias andarem juntas não é por companheirismo e sim para vigiar umas às outras.

Com o passar do tempo o Comandante demonstra um interesse maior em Offred, ambos passam a jogar um jogo de tabuleiro em seu escritório (*Scrabble*), com frequência durante as madrugadas. A aia sabe que esta relação com o comandante pode de lhe trazer alguns benefícios, porém mesmo receosa ela passa a flertar com o mesmo. Em uma ocasião o Comandante Waterford chega a levá-la a um bordel (clandestino), que existe nas proximidades de Gilead.

Conforme a ocorrência das cerimônias e com o passar do tempo, Offred não consegue engravidar. Serena acaba marcando uma consulta médica para ela, pois a mesma alegou que havia desmaiado. O que não era verdade já que a aia estava há 15 dias trancada no quarto e falou do desmaio na tentativa de pegar um ar fresco fora da casa. Ao chegar lá a sós com o médico, ele oferece ajuda para ela engravidar, pois constata que talvez o problema não seja com ela e sim com o seu Comandante, entretanto ela não aceita.

Haviam boatos em Gilead que o Waterford realmente tinha problemas e não conseguia engravidar as aias. Serena como queria muito ter um filho oferece uma solução para Offred, dizendo que irá auxiliar na concepção. Em uma noite leva Offred ao quarto do motorista Nick para que ocorra o ato sexual.

A aia sem ter outra alternativa aceita a proposta, pois sabe que se não conseguir engravidar terá problemas e poderá ser enviada para as Colônias, lugar esse em que às mulheres retiram lixo tóxico diariamente, com o objetivo de tornar o solo fértil novamente. Com o passar de algumas semanas Offred enfim, descobre que está grávida. Toda a história é narrada por Offred, em determinados momentos pode-se perceber o esgotamento da sua sanidade mental e em outros o seu desejo de voltar à sua vida antiga, são raros os momentos de felicidade. Os relatos passam dos mais variados momentos de angústia, para os pensamentos de como sobreviver em Gilead. Fica claro que o que move a sua estabilidade emocional é a esperança de um dia reencontrar a sua filha Hanna.

2 A ATEMPORALIDADE DAS VIOLAÇÕES DOS DIREITOS FEMININOS E O CORPO DA MULHER COMO PROPRIEDADE DO ESTADO, SOB A ÓTICA DE GILEAD

Não é de hoje que às mulheres tem os seus direitos violados, na Bíblia já no Novo Testamento no livro de Efésios 5:22-23, dispõe que: "Mulheres, sujeite-se cada uma a seu marido, como ao senhor, pois o marido é o cabeça da mulher, como também Cristo é o cabeça da igreja, que é o seu corpo, do qual ele é o Salvador." Na série logo em seu terceiro episódio da primeira temporada, Offred ressalta que essa instauração de regime distópico e totalitário não aconteceu instantaneamente:

Agora eu estou acordada para o mundo, eu estava dormindo antes. Foi assim que deixamos acontecer. Quando aniquilaram o Congresso não acordamos. Quando culparam terroristas e suspenderam a Constituição, também não acordamos. Disseram que seria temporário. Nada muda instantaneamente (HULU, *The Handmaid's Tale*, 2017, S01E03, 02'18").

Em *The Handmaid's Tale* a submissão das esposas ao marido é total, elas já não mais trabalham, não podem ler, muito menos escrever, nem dirigir, isto igualmente vale para as aias. Elas ainda têm uma limitação "especial" não podem olhar os homens nos olhos. Bem no começo da instauração da ditadura religiosa as primeiras pessoas a serem demitidas de seus empregos foram às mulheres, além de ter todas as suas contas bancárias bloqueadas, não poderiam ter propriedades.

Todo o dinheiro existente nela, seria repassado a conta dos maridos, desde já se evidenciava a figura masculina como Senhor da casa aquele que deteria o poder familiar. A omissão aos direitos femininos era tão grande que placas e sinais de trânsito foram retirados das ruas de Gilead, para que as mulheres não tivessem nenhum acesso à leitura.

Antes de acontecer o rito sagrado da Cerimônia, o Comandante ler uma passagem bíblica. Esta é uma das passagens que mais se faz presente na série, a do livro de Gênesis 30:1-4 que pertence ao velho testamento, afirmando que:

Vendo Raquel que não dava filhos a Jacó, teve inveja de sua irmã, e disse a Jacó: Dá-me filhos, se não morro. E ela disse: Eis aqui minha serva Bila; coabita com ela, para que dê à luz sobre meus joelhos, e eu assim receba filhos por ela. Assim

Ihe deu a Bila, sua serva, por mulher; e Jacó a possuiu. (BÍBLIA, Gênesis, 30:1-4).

A partir de uma passagem bíblica justificava-se o “estupro” praticado contra as aias, ato este que acontecia uma vez por mês, em dias férteis. Em Gilead a cerimônia era considerada sagrada, o ato sexual realizado nesse momento não era visto como estupro, uma vez que a doutrinação pregava que as aias deveriam cumprir sua função de reprodutoras. O corpo da aia já não mais a pertencia.

A missão dessas mulheres era gerar filhos saudáveis, filhos estes que ao nascer passado o período de amamentação seria tirado dos seus braços e ela seria reposicionada à uma outra casa, iria ter um novo Comandante. Assim iniciaria um novo ciclo, pois o seu destino biológico anterior foi cumprido.

Ademais é recorrente as frases de teor religioso ditas pelas aias. “Bendito seja o fruto.” “Que o senhor possa abrir.” “Louvado seja.” É notório que com todas estas privações a mulher perde toda a sua autonomia, sendo um mero instrumento a serviço do Estado.

A caça às bruxas aconteceu devido medo das mudanças, pois a mulher expressa a necessidade de reprodução de toda a sociedade que se sentia ameaçada diante da nova forma de vida que surgia e pelo desejo de se manter as velhas formas. Nesse contexto, essencialmente teológico, a “maldição bíblica de Eva”, acompanharia mais do que nunca a mulher. Estigmatizando-a como responsável pela queda do homem e como tradução da perseguição implacável ao corpo da mulher. (FREIRE, 2006, p.54).

Assim como exposto anteriormente que desde à Bíblia já se demonstrava figura do patriarcado, conforme a passagem supracitada acima, às mulheres lutam pelos seus direitos muitos antes dos movimentos feministas que eclodiram na década de 60. Por meio da Inquisição Católica no século XIII, as mulheres se unem para estabelecer a mudança, os homens daquela época temendo a sabedoria das mesmas iniciam a chamada caça às bruxas.

O genocídio que ocorreu nessa época contra as mulheres é o resultado da luta delas contra o patriarcado, que já estava instaurado há tempos e contra a Igreja que possuía um elevado poder sobre os fiéis, tendo em vista que estabelecia uma espécie de Feudalismo com aqueles. Pois a devoção era também uma submissão.

O grande marco para cidadania da mulher no Brasil veio apenas na década de 30, com o Anteprojeto de Código Eleitoral de 1932, seguido da Constituição de 1934, construída na Era Vargas. O novo Código Eleitoral e a Constituição de 1934 garantiram direitos políticos e contemplaram o voto feminino. Permitiram que as mulheres ocupassem o espaço público com poder decisório manifestado pelo voto. (COELHO, 2017, p.2).

Sendo assim a violação dos direitos femininos persiste ao longo dos anos, foi que no Brasil só no ano de 1932 as mulheres conquistaram o direito de votar. Ressalva-se que em 1891 uma proposta de emenda à Constituição para garantir tal direito havia sido rejeitada. Este direito só foi possível graças a insistência de várias mulheres por diversos países, para garantir tal feito. O primeiro país a aprovar o voto feminino foi a Nova Zelândia no ano de 1893.

Falar de *The Handmaid's Tale* como fruto de um futuro distante, distopia ou até mesmo como uma simples série meramente ilustrativa, é um ato falho. Se trouxermos a história apresentada para a realidade atual do Brasil, é um futuro cada vez mais próximo. Ou melhor falando onipresente, como será demonstrado a seguir.

A cada dia somos bombardeados com escândalos políticos, e os ideais conservadores se fazem amplamente presentes. Um grande exemplo disso foram as eleições que aconteceram no ano de 2018, o partido PSL do atual Presidente da República teve um salto de 8 para 52 parlamentares, é a segunda maior bancada do Congresso Nacional. Partido este que defende amplamente o conservadorismo em seus costumes.

A bancada feminina na Câmara dos Deputados será composta por 77 mulheres na próxima legislatura (2019-2022) – o que representa 15% das cadeiras. Hoje, a bancada feminina representa 10% do Parlamento, com 51 deputadas. Entre as eleitas, 43 ocuparão o cargo de deputada federal pela primeira vez. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2018).

A representação política da mulher no Congresso Nacional ainda é pequena, se comparada com a dos homens. Em 2017, o IBGE divulgou uma pesquisa na qual as mulheres representavam somente 10,5% dos assentos da câmara dos deputados. Com as eleições de 2018 as mulheres passaram a compor 15% (77 deputadas). É um número muito baixo em relação aos homens, que

segundo estudos da mesma pesquisa representam 85% da Câmara. (436 deputados).

Nota-se que a política de Gilead também coloca às mulheres em situação de desigualdade, já que somente elas sofrem restrição quanto a seu gênero. Exemplo disso, são as esposas que além de serem submissas aos Comandantes, são impossibilitadas de exercerem qualquer cargo no governo de Gilead. A estrutura do governo é composta somente por homens, no caso os Comandantes. São eles que decidem sobre as normas que regem o local e como elas serão aplicadas na sociedade. Os direitos civis como emprego, propriedade são restritos às mulheres, sob a justificativa de proteção à sociedade. Com isso, fica claro que a opressão sofrida pelas mulheres em Gilead, vêm de vários prismas, seja pelo Estado, ou até mesmo dos seus próprios maridos.

Por essa perspectiva da aia, percebemos que a opressão do Estado em relação às mulheres era tão forte, que nos remete por um breve momento a política do filho único que foi implantada na China, no final da década de 70.

O Partido Comunista Chinês (PCC) havia anunciado em outubro o fim da política do filho único, imposta no fim dos anos 1970 para conter a enorme taxa de natalidade estimulada pelo fundador do regime, Mao Tsé Tung.. As autoridades consideram que esta política evitou 400 milhões de nascimentos e constitui uma das chaves do forte crescimento econômico do país, que continua sendo, apesar de tudo, o mais populoso do mundo, com 1,37 bilhão de habitantes. (ESTADO DE MINAS INTERNACIONAL, 2015).

Na China a taxa de natalidade estava nas alturas, era preciso diminuir o crescimento populacional. Fazendo um panorama de semelhanças entre as duas situações, aqui também temos o Estado oprimindo a mulher, violando o seu direito fundamental à liberdade. Em ambos os casos elas já não mais possuem o domínio do próprio corpo.

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5, I, afirma: “que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações.” Em Gilead esta não é a realidade, já que temos explicitamente, a desigualdade de gênero como um dos pilares principais da história.

Nos nossos dias atuais a desigualdade de gênero não se encontra tão distante, ainda hoje as mulheres possuem salários inferiores aos dos homens, seja realizando o mesmo tipo de atividade trabalhista ou não. Isso mostra, que mesmo sendo um país democrático, ainda temos resquícios de retrocesso. Ademais o

caput do referido artigo, assegura a inviolabilidade do direito à vida, liberdade, igualdade, segurança e à propriedade.

Resta claro com o dispositivo elencado que se tratando de um governo totalitário, os direitos fundamentais garantidos à pessoa humana não são atendidos. Nesse tipo de Estado irá prosperar a hierarquia dos governantes, em detrimento das garantias constitucionais supracitadas. Parafraseando Norberto Bobbio (2004, p.15): “quanto mais aumentam os poderes dos indivíduos, tanto mais diminuem as liberdades dos mesmos indivíduos.”

É evidente concluir que sistemas implantados pelo governo de maneira radical com a promessa de que a sociedade estará em melhores condições, de forma mais rápida e efetiva são apenas discursos baratos em prol de obter a monopolização do Estado, para conseguir o devido poder e conseqüentemente futuros privilégios.

Um assunto retratado na série também é a mutilação feminina sofrida por Ofglen (Emily), em Gilead. Esta punição era dada aqueles que eram considerados traidores de gênero, os gays, as lésbicas. Na trama descobre-se que a aia antes da implementação da República de Gilead era homossexual, sendo assim uma traidora de gênero.

Ofglen é levada a uma audiência juntamente com outra Martha e é condenada à pena de Redenção, comumente chamada de mutilação feminina. Trata-se de um procedimento que ocorre a circuncisão feminina, podendo ser removida parcialmente ou totalmente os órgãos externos femininos. Para a Organização Mundial da Saúde, o conceito de mutilação feminina é:

Abrange todas as intervenções que envolvam a remoção total ou parcial dos genitais externos femininos, ou que provoquem lesões nos genitais femininos por razões não médicas, descriminalizando qualquer intervenção médica não necessária. (OMS,2008, p.1).

No caso de Emily, foi removido apenas o clitóris para que ela não sentisse mais prazer na prática dos atos sexuais. Chega a ser evidenciado na obra que esta punição foi ocasionada pela violação do livro de Romanos, capítulo 1:26: “Por isso Deus os abandonou às paixões infames. Porque até as suas mulheres mudaram o uso natural, no contrário à natureza.” Todas as punições determinadas em Gilead, possuem as suas justificativas pautadas em passagens bíblicas.

Sob uma perspectiva jurídica logo nos questionamos acerca do relativismo cultural. A primeira pergunta que fazemos é: Como conciliar a universalidade dos

direitos humanos, frente às diversidades, crenças culturais? É certo que com a universalização, deve-se resguardar os mínimos direitos protetivos ao cidadão, com isso não se pode valer da submissão à cultura, ou à religião. Esta ideia ganha respaldo com a Declaração de Viena, de 1993, §5º:

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forem seus sistemas políticos, econômicos e culturais.

Resta claro que apesar do liame que existe entre as duas vertentes, (Universalismo e Relativismo), não existe um consenso. Pois há quem defenda que o universalismo não pode agir de maneira radical, a supremacia do indivíduo não pode se sobrepor à cultura. Para a ONU a mutilação feminina é um exemplo de violação à saúde sexual e reprodutiva.

Segundo os dados da organização intergovernamental realizados em fevereiro de 2019, afirma que “se países não acelerarem esforços pelo fim da prática, 68 milhões de meninas e mulheres poderão ser mutiladas até 2030.” E cerca de 200 milhões de pessoas, já passaram por essa mutilação em todo o mundo. O certo é que a prática deste ato ocorre com maior frequência em países africanos, estima-se a ocorrência em 29 países da África e do Oriente Médio.

No Brasil o combate à prática da mutilação feminina tem amparo no artigo 5º da Lei Maria da Penha, N° 11.340 nos casos em que ela for praticada no “âmbito da unidade doméstica; âmbito da família; ou em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.” A Lei Maria da Penha foi criada para prevenir e reprimir qualquer violência doméstica e familiar sofrida pela mulher. A Constituição Federal de 1988 corrobora com essa concepção, pois em seu artigo 226, § 8º, aduz que: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”

Por fim, observa-se que ao falar de direitos reprodutivos, conseqüentemente estamos falando de consentimento, em Gilead esta palavra já

não mais existe. Pois a mulher já não tem mais voz, perdeu a sua autonomia. Como disse o Comandante Waterford à Offred: "Só queríamos fazer um mundo melhor. Melhor nunca significou bom para todos, sempre fica pior para alguns." (HULU, *The Handmaid's Tale*, 2017, S01E05, 33'52"). Não resta dúvidas que para as mulheres persiste o mundo da opressão.

2.1 Reflexos do Patriarcado na sociedade

Sabe-se que, desde os primórdios, é possível perceber que o sexo masculino se encontra em um patamar de superioridade sobre as mulheres. Seja porque somos consideradas o "sexo frágil", ou porque nossas "limitações" não nos permitem – ao ver da sociedade – que sejamos tão fortes quanto os homens. O certo seria que, com o passar dos anos, fôssemos alçadas ao mesmo nível, seja em igualdade de direitos ou até mesmo por uma reparação histórica. Mas a nossa sociedade atual parece não ter se soltado das amarras do patriarcado, que tanto nos assombrou e continua, infelizmente, assombrando.

O patriarcado nos ensinou que homens devem ser poderosos, mulheres devem ser submissas. Ou seja, pela lógica trazida por esse sistema, o homem se sente menos homem sem seu poder, e a mulher se sente menos mulher com ele. Além disso, a estrutura familiar da mulher "ajuda" na sua subordinação. Pois, cada mulher está ligada a um parente masculino na linha sucessória. Como explicita neste trecho Gerda Lerner (2019, p.230):

A conexão da mulher com a estrutura familiar fez com que qualquer desenvolvimento de solidariedade feminina e grupos coesos fossem extremamente problemáticos. Cada mulher individualmente está ligada ao seu parente masculino na sua família de origem através de laços que implicam obrigações específicas. A sua doutrinação, desde criança, enfatizam a sua obrigação não apenas na contribuição econômica para os parentes e para o ambiente familiar mas também para aceitar o parceiro a partir do interesse da família.

Desde cedo o papel de gênero da mulher foi destacado na sociedade. Na escravidão enquanto os homens por ter um físico mais forte eram considerados trabalhadores, as mulheres serviam como reprodutoras ou para realizar serviços domésticos. A exploração sexual também é uma temática bastante vivida no passado. Mulheres que habitavam as classes baixas (escravas, negras, pobres) eram objeto sexual para os patrões, com o intuito de satisfazê-los. Tínhamos

visivelmente nesta época a figura da mulher como uma mercadoria, seja em uma sociedade escravista, antiguidade clássica ou no regime feudal.

A série *The Handmaid's Tale*, como dito anteriormente, aborda de forma chocante à instituição do patriarcado, mas, infelizmente, isso não é algo que foi inventado por ela. Como bem demonstra Simone de Beauvoir (2016, p. 91) “este mundo que sempre pertenceu aos homens ainda continua nas mãos deles; as instituições e valores da civilização patriarcal sobrevivem a si mesmos em grande parte”. O Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) lançou, junto com a ONU Mulheres, uma pesquisa que mediu a tolerância brasileira com a violência contra as mulheres. De um modo mais geral, os dados revelaram que a população ainda tem a visão do homem como um “chefe de família” e a esposa como a pessoa que deve “se dar ao respeito” e se comportar de acordo com esse padrão patriarcal instituído pela própria sociedade.

O sentido de patriarcado ligado à dominação masculina e desvalorização das mulheres nos leva a Idade Média. No Direito Romano, por exemplo, a figura da mulher era apenas um papel secundário na família, enquanto o homem (ou o patriarca) assumia a figura central e era a base de estruturação dessa família. O pai poderia ter, inclusive, direito sobre a vida dos filhos. Não é que o patriarcado tem como figura central o pai. Ele tem como figura central o HOMEM em si. Nesse contexto, as mulheres sempre acabavam estando sob tutela de algum homem, não sendo nem consideradas capazes para praticar algum ato civil ou ocupar algum cargo público. Se não eram casadas, estavam sob a tutela do pai. Se conseguissem casar, estavam sob a tutela do marido. De todo modo, as relações familiares de qualquer natureza sempre as deixavam em posição de inferioridade, devendo ser submissa a algum “pater”.

No Brasil, era tão clara a ideia inferioridade feminina, que o primeiro marco significativo sobre a cidadania destas só apareceu na década de 1930, com a Constituição de 1934. Ela trazia, finalmente, direitos políticos a essa classe e a possibilidade do voto feminino, conforme redação: Art 109 - O alistamento e o voto são obrigatórios para os homens **e para as mulheres, quando estas exerçam função pública remunerada**, sob as sanções e salvas as exceções que a lei determinar. (grifo nosso). Ressalta-se que ainda era necessária uma condição a mais: exercer função pública remunerada. Ou seja, além de ter se passado um tempo significativo sem esse direito, dentro da própria comunidade feminina ainda existia uma segregação a mais.

2.2. Como a Subordinação Feminina se consolida na série *The Handmaid's Tale* como uma violência simbólica

A subordinação feminina não existe apenas em um cenário da realidade humana. Abordaremos neste artigo o que consideramos como os mais importantes. No que diz respeito ao Cenário Familiar, a mulher é caracterizada como (FREYRE, 2003) esposa dócil, submissa, ociosa e indolente, que tinha grande importância na educação dos filhos, na administração da residência e até poderia assumir a posição de chefe, mas apenas na ausência do patriarca. Basicamente, enxerga-se a mulher como aquela que deve cuidar do lar enquanto o marido cuida da parte “importante” da vida do casal, seja no âmbito financeiro ou de relações interpessoais.

Nesse cenário, podemos destacar Serena Joy, esposa do comandante Fred, um dos homens mais importantes e influentes de Gilead. Serena sempre foi uma mulher forte. Era ativista, feminista, defensora dos direitos das mulheres e escreveu, inclusive, um livro chamado “*A woman’s place*”, onde pela narrativa, entende-se que ela dizia que o lugar das mulheres seria onde elas quisessem. Em um determinado momento, Serena faz um discurso bastante empoderado para uma multidão, sobre a necessidade das mulheres férteis procriarem.

A taxa de nascimentos saudáveis caiu de 61% nos últimos 12 meses. É nesse problema que precisamos nos concentrar nesse momento. O futuro da humanidade depende do que fazemos hoje. Do que fizermos agora. A raça humana está em perigo. Cada um de vocês, especialmente as mulheres, aceitem o seu destino biológico. Isso afeta a todos nós. (HULU, *The Handmaid’s Tale*, 2018, S02E06, 30’17”).

Após a instalação dessa “ditadura” em Gilead, Serena passa a aceitar situações que certamente não aceitaria antes, como as traições de Fred com as aias ou o fato de ser proibida de participar de suas reuniões e até mesmo entrar em seu escritório.

Além disso, aceita ser subordinada às decisões do marido usando Deus como justificativa, acreditando que futuramente possa ser recompensada por tudo que está passando. Serena sabe, e fala expressamente, que o marido é fraco: “Você é fraco e Deus nunca deixaria você perpetuar essa fraqueza. Não pode ser pai de uma criança, porque você não é digno.” (HULU, *The Handmaid’s Tale*, 2017, S01E10, 15’54”).

No entanto, ainda assim culpa Offred (June) quando a mesma não consegue engravidar. Quando ela consegue, a série dá a entender que o filho é de Nick, o motorista da casa. Sabendo que o marido é provavelmente estéril e fraco, como ela mesma diz, ela pede ao motorista que tenha relações com June, uma

vez que quer muito ter um filho, mas seu marido não pode dar. Entende-se, então, que mesmo sabendo que a culpa não é da mulher, Serena atribui a ela porque não pode, de certa forma, indispor-se com o Comandante por medo das consequências. Porém, é possível ver na evolução dos episódios a forma com que ela se transforma e parece lembrar de seus valores, chegando a confrontar o marido e afirmar que ele é fraco.

Durante toda a série é evidenciado que o momento da cerimônia, é totalmente voltado para a exaltar a procriação (reprodução) que virá a ocorrer, sem antes deixar de discursar a passagem bíblica devida. Porém fora do momento da cerimônia, os Comandantes procuram as aias ou até mesmo outras mulheres para satisfazer os seus desejos sexuais. Muitos deles chegam a frequentar a Casa de Jezebel, um clube no qual se encontram mulheres que não podiam procriar, muitas eram mulheres da "vida" antes de Gilead. Essas mulheres têm a função de serem submissas aos Comandantes, atendendo qualquer que seja os seus pedidos.

Sendo assim, isto ilustra justamente o que é demonstrado por Bourdieu, pois ele afirma que o ato sexual é pautado no primado da masculinidade. No caso de Gilead o ato é voltado para o privilégio masculino, seja o do prazer (dominação) ou procriação (filhos). Em ambos os casos temos a mulher submissa, pois em nenhum momento a sua vontade é questionada. Isto fica claro, quando expressa Pierre Bourdieu (2017, p. 38):

Se a relação sexual se mostra como uma relação social de dominação, é porque ela está construída através do princípio de divisão fundamental entre o masculino, ativo, e o feminino, passivo, e porque esse princípio cria, organiza, expressa e dirige o desejo – o desejo masculino como desejo de posse, como dominação erotizada, e o desejo feminino como desejo da dominação masculina, como subordinação erotizada, ou mesmo, em última instância, como reconhecimento erotizado da dominação.

A própria série reafirma que o desejo da relação sexual pertence ao homem ao narrar a passagem de Gênesis 3:16: "E à mulher disse: Multiplicarei grandemente a tua dor, e a tua conceição; com dor darás à luz filhos; e o teu desejo será para o teu marido, e ele te dominará."

Já no Cenário Social, historicamente, o sexo feminino é visto como o "gênero frágil", o que acaba por intensificar as agressões sofridas pelas mulheres. A relação de dominância do sexo masculino sobre o feminino já se encontra no

subconsciente social. Dessa maneira, qualquer mulher que possa ir de encontro à essa concepção está sujeita a ser alvo de algum tipo de discriminação ou retaliação pela sociedade.

Nesse âmbito, podemos destacar as Aias. Estas, antes da ditadura ser instalada, eram mulheres livres e, em sua grande maioria, independentes. June, por exemplo, tinha seu emprego e não precisava sobreviver com ajuda do marido. Ao serem capturadas para servir de “casa” para os filhos alheios, estas perdem totalmente sua liberdade, ficando submissas a um sistema autoritário que não permite que mulheres tenham direitos, empatia, e nem mesmo voz diante dos absurdos que as rodeiam.

Na distopia da série, todas aquelas Aias que tentam resistir de alguma forma às imposições das Tias ou do próprio Estado são sempre punidas das formas mais severas. Tudo e qualquer coisa contrária às regras da ditadura é passível de punição, desde uma simples negação a algo, até uma ação mais séria de rebelião. Destacam-se as punições sofridas por Aias como Ofwarren, que se recusou a ouvir as Tias nas primeiras reuniões depois que foram capturadas e perdeu um olho, sob a justificativa de que toda ação tem consequência. Ofglen, apenas por ser homossexual, teve sua vagina costurada de modo que perdeu a sensibilidade e não pode mais sentir prazer, apenas ter filhos. Sobre esse tema, aponta Bourdieu (2017, p. 165):

A forma particular de dominação simbólica de que são vítimas os homossexuais, marcados por um estigma que, diferentemente da cor da pele ou da feminilidade, pode ser ocultado (ou exibido), impõe-se através de atos coletivos de categorização que dão margem a diferenças significativas, negativamente marcadas, e com isso a grupos ou categorias sociais estigmatizados. Como certos tipos de racismo, ela assume, no caso, a forma de negação da sua existência pública, visível.

O fato de ser homossexual, em Gilead, é considerado crime. É possível perceber a pressão psicológica que domina a personagem, já que sabe que se alguém vier a descobrir sobre isso, pode ser executada. O que ocorre é, como diz Bourdieu, uma categorização: homossexuais são diferentes e menos importantes que heterossexuais e, ainda, considerados criminosos por terem uma orientação diferente, de modo que isso, de acordo com a ditadura, ofende às regras de Deus. Consequentemente, a personagem esconde o que realmente é, e nessa realidade distópica, vive-se como se homossexuais, de fato, não existissem, ao passo que a

sociedade nega a existência dos mesmos, revelando a diferença negativamente marcada que Bourdieu cita.

Na série, inclusive, a companheira de Ofglen é executada, uma vez que as duas são condenadas por traição ao gênero. Apenas por serem homossexuais. Ofglen não foi executada pelo fato de ter bons ovários e ser fértil, podendo assim ter filhos.

Durante os episódios também é possível entender que aquelas que leem livros, podem perder dedos. Se perdurarem no “erro”, perdem as mãos.

Uma das Aias, Janine (Ofwarren) ameaçou jogar-se de uma ponte junto com a filha que gerou para a família porque o seu comandante, que havia prometido uma vida juntos, não queria mais o convívio com ela, apenas com a filha que teve. Ofwarren recusou-se a entregar a criança, até que June a convence que ela precisa de um futuro, na esperança de que as coisas mudariam. Ela entrega, mas ainda assim se joga, por não aguentar mais viver daquela maneira. Janine é condenada à morte por apedrejamento por ter ameaçado o bem maior da sociedade: a vida da criança. Percebe-se, mais uma vez, que a mulher é vista como mera reprodutora, devendo sempre ser subordinada à família, que era subordinada às decisões dos Comandantes. A vida delas não importa, a das crianças, sim, para satisfazer o interesse das famílias.

Todas as Aias que se recusaram a matá-la foram quase enforcadas como forma de dar um “susto” para que não repetissem o erro. Ficaram horas na chuva com o braço estendido segurando uma pedra, para serem ensinadas a não repetir o erro. Uma delas, teve a mão queimada. Outro exemplo é a própria protagonista, June, que ao não engravidar foi culpada por Serena e ficou 15 dias trancafiada em um quarto, correndo risco de vida.

Fui banida no meu quarto. Há 13 dias, até agora. Minha porta esta destrancada. Nem está toda fechada. Um lembrete constante de quem está no controle. (HULU, *The Handmaid's Tale*, 2017, S01E04, 01'59”).

No que diz respeito ao Cenário Profissional, hoje é mais do que normal ver uma mulher no mercado de trabalho. No entanto, nem sempre as coisas funcionaram dessa maneira. Durante muito tempo as funções do gênero feminino se limitavam a cuidar dos filhos, da casa, do lar e da vida do marido, que era visto como o único provedor da família. Com a Revolução Industrial, esse cenário começou a se modificar porque a medida que a demanda das empresas aumentava, era necessário aumentar a mão de obra, mas ainda assim havia

inferioridade. Hoje, levando em consideração os dados da Demografia Médica de 2018, mais de 57,4% dos profissionais da área com até 29 anos é de mulheres.

Ao longo dos últimos anos, é possível perceber ondas de progresso no que diz respeito a igualdade no mercado de trabalho, mas ainda existe uma diferença considerável em termos de oportunidade. O fato de estar grávida, por exemplo, diminui muito as chances em uma entrevista. Na série, vemos essa subordinação profissional se consolidar no momento em que os ataques e revoluções começam, sendo então instaurada uma nova Lei que obriga as empresas a demitirem somente as mulheres.

Nesse momento, nem mesmo o dinheiro que as mulheres têm em conta podem ser utilizados pelas próprias. O dinheiro delas é bloqueado e só pode ser movimentado pelo marido. Assim, percebe-se a ditadura se instalando e o nível de machismo desse novo sistema de Gilead. Uma das formas de violência contra a mulher, inclusive, pode ser a financeira. O fato de ter que entregar senhas, cartões, todas as compras terem que ser feitas pelo homem, querendo ou não, é um modo de lesar a integridade delas. A violência instalada da prática desse ato, de fato, não é a física, a visível, que deixa hematomas. Pior ainda, essa violência deixa feridas na alma. A vulnerabilidade a que acabam se expondo e a sensação de fraqueza que existe, de certa forma também deixa suas marcas.

Por fim, fica o questionamento: Como a subordinação feminina na série *The Handmaid's Tale* se consolida como uma violência simbólica? Nas palavras de Pierre Bourdieu (2017, p. 55):

enfatar a violência simbólica é minimizar o papel da violência física e (fazer) esquecer que há mulheres espancadas, violentadas, exploradas, ou, o que é ainda pior, tentar desculpar os homens por essa forma de violência. O que não é, obviamente, o caso. Ao se entender "simbólico" como o oposto de real, de efetivo, a suposição é de que a violência simbólica seria uma violência meramente "espiritual", e, indiscutivelmente, sem efeitos reais.

Como discutido durante a leitura do presente artigo, na realidade distópica tratada na série, mulheres são pessoas vistas como "coisa", "mercadoria", servindo meramente para efeitos de reprodução. Desde o início da ditadura retratada, é possível perceber a violência simbólica, de modo que, inicialmente, não há agressão física. A violência começa com a demissão e o dinheiro bloqueado, fazendo com que as mulheres estivessem, naquele momento, completamente dependentes e subordinadas dos pais ou maridos para realizar tarefas cotidianas.

Com o passar do tempo, ao serem capturadas, inicia-se uma pressão psicológica capaz de deixar sequelas permanentes. Além de haver, claramente, uma violência física.

Ocorre que, a violência em Gilead, em sua grande maioria, acontece de forma velada. O medo constante das consequências a que vivem submetidas impede que tenham coragem de enfrentar o machismo que as cerca. Desde que chegam lá, são ensinadas que cada ação tem sua reação, e essa reação não é nada agradável. Do mesmo modo acontece com muitas mulheres na sociedade atual. O companheiro pode não praticar a violência física, mas existem, de fato, outros tipos de violência. A psicológica, por exemplo, é uma realidade. Companheiros que ameaçam suicídio, fazem a mulher se sentir culpada por coisas que não deveria, incitam e as convencem a se desculparem quando não fizeram nada errado, é algo recorrente na nossa sociedade.

A violência física ainda é, de fato, a mais comum. É possível perceber ao tomar conhecimento do número de feminicídios no Brasil e no mundo, que crescem de forma recorrente. No entanto, as outras formas de violência não devem ser esquecidas e é muito importante demonstrar que o que acontece na ficção, infelizmente, não está tão distante assim da realidade que vivemos.

2.3 O Medo como instrumento do Poder

Em Gilead é perceptível como o poder é imposto pelo Estado, seja através das ações dos Comandantes sobre as aias, pela vigilância que elas sofrem pelos Guardas ou até mesmo o controle que uma detém sob a outra. Offred logo no início da série declara: "Aias sempre andam em duas, juntas para vigiar umas às outras e não por companheirismo." (HULU, *The Handmaid's Tale*, 2017, S01E01, 12'12").

Outra forma do Estado exercer todo seu poder perante as aias, está no fato da exposição dos corpos no muro, às margens do rio. Logo no primeiro episódio vemos um padre, um médico e um homem gay pendurados, todos com um saco na cabeça. Eles chegaram naquela situação por desobedecer alguma regra determinada pelo Estado, sendo assim levaram a punição do enforcamento.

As aias Offred e Ofglen ao passear por Gilead observam os corpos pendurados e imaginam como eles chegaram em tal circunstância. Ali no muro está a lembrança constante para as aias, que caso elas saiam "da linha" onde um dia podem parar. Só encontravam-se neste tipo de punição aqueles que cometessem "crimes" considerados indiscutíveis. Desta forma ocorre a total representação da soberania do poder Estatal e conseqüentemente do exercício da disciplina.

Neste sentido Foucault afirma em sua obra Vigiar e Punir que:

Mas o corpo está também diretamente mergulhado num campo político; as relações de poder operam sobre ele um efeito imediato; investem-no, marcam no, controlam-no, supliciam-no, sujeitam-no a trabalhos, obrigam-no a cerimónias, exigem-lhe sinais. Este investimento político do corpo está ligado, segundo relações complexas e recíprocas, à sua utilização económica; em boa parte, é como força de produção que o corpo é investido de relações de poder e de domínio; mas, em contrapartida, a sua constituição como força de trabalho só é possível se estiver integrado num sistema de sujeição (em que a necessidade é também um instrumento político cuidadosamente organizado, calculado e utilizado); o corpo só se torna força útil se for simultaneamente corpo produtivo e corpo submetido. Esta sujeição não é obtida apenas pelos instrumentos da violência ou da ideologia; pode muito bem ser direta, física, usar a força contra a força, incidir sobre elementos materiais e, porém, não ser violenta; pode ser calculada, organizada, tecnicamente refletida; pode ser subtil, não recorrer a armas nem ao terror e, porém, ser de ordem física. (FOUCAULT, 1999, p.26).

Resta claro que para Foucault o corpo está em situação de sujeição, independentemente de violência, no qual irá exercer funções e obrigações funcionando como uma espécie de máquina. Ou seja, sujeita-se ao poder e a disciplina, há a determinação de ordens. O autor ainda qualifica o corpo expressamente como "investimento político", evidenciando assim a sua configuração como um elemento do sistema punitivo.

Em Gilead temos a retratação da volta do suplício, ou seja, vários castigos e punições corporais com diferentes níveis que serão aplicadas de acordo com sua classe social. Isto configura-se com o espetáculo que é a exposição dos corpos que ocorre nos muros, como supracitado anteriormente.

O suplício é uma técnica e não deve ser equiparado ao extremismo de uma raiva sem lei. Para ser um suplício, uma pena tem de responder a três critérios principais: em primeiro lugar, produzir uma certa quantidade de sofrimento, que se pode, se não medir de forma exata, pelo menos avaliar, comparar e hierarquizar; a morte é um

suplício na medida em que não é apenas a privação do direito de viver, mas em que é a ocasião e o termo de uma gradação calculada de sofrimentos: desde a decapitação – que os reduz a um gesto único e a um instante único: grau zero do suplício –, até ao esquartejamento, que os leva quase até ao infinito, passando pelo enforcamento, a fogueira e a roda, na qual o condenado agoniza durante muito tempo, a morte-suplício é uma arte de conservar a vida no sofrimento, subdividindo-a em «mil mortes» e obtendo, antes do fim da existência, «the most exquisite agonies». O suplício baseia-se numa arte quantitativa do sofrimento. Mas não só: esta produção é regulada. O suplício põe em correlação o tipo de efeito corporal, a qualidade, a intensidade, a duração dos sofrimentos com a gravidade do crime, a pessoa do criminoso e o estatuto das suas vítimas. (FOUCAULT, 1999, p.32).

Outro momento na série que temos a evidência do suplício é quando temos a punição por “traição de gênero”, quando uma aia em sua vida anterior a Gilead formava um casal lésbico com outra, neste caso havia o enforcamento. A punição era devida, porque o poder do Estado era pautado em ideais religiosos, sendo sempre demonstrado ao longo da trama a supremacia da igreja católica, em suas leis e através das passagens religiosas constantemente lidas pelas Tias para a doutrinação das aias ou pelos Comandantes.

Fica explícito neste momento a distinção das punições por classes, pois de um lado temos Ofglen, uma aia e assim sendo tinha a função de procriar, era considerada “especial”. Esta foi levada a julgamento perante o tribunal, ocasionando a pena de mutilação genital. Enquanto do outro lado temos uma Martha, que por não possuir privilégios devido a ser “infértil”, foi imediatamente enforcada.

Durante todo o julgamento Ofglen permanece calada sem ter o direito de falar, em volta de sua boca há uma mordança. O fato de poder observar o julgamento, mas não poder falar, mostra-se a forma de manipulação do poder. Constata-se que o silêncio forçado, perpetua a exaltação do Estado para demonstrar que possui o controle do poder. É nítido a sua instrumentalidade.

Ademais o sistema punitivo é totalmente favorável a acusação, já que a ré não tem nenhuma chance de defesa, é privada da própria fala. Vale ressaltar que só teria direito a um julgamento as aias (em prol da fertilidade), as esposas e os

seus respectivos maridos (Comandantes). Foucault afirma que o saber é privilégio da acusação, o que também ocorria na República de Gilead.

Constituía, por si só e com todo o poder, uma verdade com a qual investia o acusado; e esta verdade era recebida pelos juízes já feita, na forma de peças e de relatórios escritos; para eles, estes documentos faziam prova; só se encontravam uma vez com o acusado para o interrogarem antes de lhe lerem a sentença. A forma secreta e escrita do processo remete para o princípio de que, em matéria criminal, o estabelecimento da verdade era, para o soberano e para os seus juízes, um direito absoluto e um poder exclusivo. (FOUCAULT, 1999, p.33).

Como mencionado acima, nem os Comandantes poderiam escapar do julgamento, caso cometesse alguma infração as leis de Gilead. Era proibido as relações amorosas entre Comandantes e aias, a função desta com aquele era apenas a de procriação. No décimo episódio da série o Comandante Warren é levado a julgamento por ter relações com sua aia Janine (Ofwarren), sua punição foi baseada no livro bíblico de Mateus 5:30 "E, se a tua mão direita te escandalizar, corta-a e atira-a para longe de ti, porque te é melhor que um dos teus membros se perca do que seja todo o teu corpo lançado no inferno."

Nota-se que as punições aplicadas em Gilead, são baseadas na aplicação do medo conjuntamente com os trechos bíblicos, exaltando ao mesmo tempo a soberania da Igreja e do Estado. Os castigos serão aplicados a todos, independentemente a qual classe pertence, porém o nível de cada um deles é proporcional a condição em que o indivíduo encontra-se na sociedade supracitada.

3 CONCLUSÃO

Os capítulos desse artigo buscam fazer uma análise da série de streaming *The Handmaid's Tale*, que apesar da história se basear em um livro da década de 80 de Margaret Atwood, é perceptível ao longo da trama o quanto o cenário é atual, assim como os problemas apresentados.

A série faz com que as pessoas reflitam sobre as presentes adversidades do mundo real, tudo através da ficção relatada. A República de Gilead instaura-se pautada no medo das pessoas, nas crenças cristãs, nas mentiras exacerbadas ao povo e no exagero de distorções às informações. Tudo isto, leva o espectador a refletir que se não houver prudência, o mundo pode prosseguir no caminho dessa

distopia. O simples fato da série fazer o espectador refletir sobre diversos temas atuais, faz-se extremamente necessária para a reflexão do presente problema.

As mulheres são as mais atingidas em Gilead, à luz de um governo patriarcal e teocrático. Nos dias atuais no Brasil, podemos observar a crescente ascensão a volta dos valores tradicionais, a preservação as crenças cristãs, a reiteração de discursos antifeministas e à família tradicional brasileira (homem e mulher).

Um exemplo disso tudo são frases ditas por autoridades brasileiras, que reiteram o que foi dito anteriormente. O slogan de campanha eleitoral do atual Presidente da República foi “Brasil acima de tudo, Deus acima de todos”, a atual Ministra da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos expressou que “meninas vestem rosa e meninos vestem azul.”

Por todo esse panorama atual é necessário cada vez mais, que as mulheres tenham conhecimento dos seus direitos e que os discursos feministas se reforcem a cada dia, pois com a união feminina haverá uma maior expansão da sororidade. Sendo assim, a opressão torna-se menor, e as mulheres terão suas vozes ouvidas de forma mais simples e clara.

O presente trabalho teve como objetivo demonstrar como a distopia narrada em Gilead não é um futuro distante, é uma realidade que já preenche determinados campos da sociedade brasileira. Além disso, concluiu-se que as mulheres sofrem violações há séculos. Exemplo disso é o patriarcado que é um reflexo da violação da atemporalidade dos direitos femininos. É nítido que a subordinação feminina representa uma violência para os ideais das mulheres, violência esta que muitas vezes se realiza de maneira sutil, como a violência psicológica.

O fanatismo religioso juntamente com o patriarcado ilustrado na série, ratifica o quanto esses segmentos são prejudiciais para o governo que detêm o poder, pois vislumbra aquele que tem a virtude nas mãos e age com o instrumento do medo para fazer suas decisões serem aceitas pacificamente.

Nesse sistema de poder, é notório que a mulher é o elemento basilar para o funcionamento desse complexo. Olhos, Guardas, Comandantes, estão sempre em sua vigia, tudo gira em torno delas. É possível ver como o poder é utilizado como um instrumento ao fazer suas intenções serem impostas, seja ao domesticar os corpos das aias para procriação, estabelecer regras e o seu cumprimento, punições. O exercício do poder, existe ao lado da submissão da mulher em Gilead.

Em 1949, Simone de Beauvoir disse uma frase um tanto quanto impactante: “O opressor não seria tão forte se não tivesse cúmplices entre os próprios

oprimidos”. Infelizmente, tal citação continua atual, ao passo que até mesmo mulheres, de forma involuntária, têm atitudes ou falam frases extremamente machistas. Tudo isso ocorre porque, conforme demonstramos anteriormente, ainda não nos soltamos das amarras do patriarcado.

É importante que a cada dia tenhamos mais consciência de que a violência que sofremos, em grande parte do tempo, é velada. É mais importante ainda que, com certa ajuda da ficção, como assistindo e interpretando a série *The Handmaid's Tale*, possamos perceber a realidade em que vivemos para que seja possível mudá-la no futuro. É extremamente necessária a conscientização de que gênero não determina a capacidade ou os direitos de ninguém e que, com a luta conjunta, é possível sim mudar a realidade, para que, em um futuro não tão distante, a igualdade finalmente exista de verdade.

REFERÊNCIAS

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo. vol. 1: Fatos e mitos.** Trad. Sérgio Milliet. São Paulo: Nova, 1970.

BOBBIO, Norberto. **Era dos direitos.** Elsevier Brasil, 2004.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina.** BestBolso, 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm/. Acesso em: 15 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.340/06, de 7 de agosto de 2006.** Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm/. Acesso em: 15 out. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS: **Bancada feminina na Câmara sobe de 51 para 77 deputadas.** Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/545897-bancada-feminina-na-camara-sobe-de-51-para-77-deputadas/>. Acesso em: 15 out. 2019.

COELHO, Renata. **A evolução jurídica da cidadania da mulher brasileira:** breves notas para marcar o dia 24 de fevereiro, quando publicado o código eleitoral de 1932 e os 90 anos do voto precursor de Celina Viana. 2017. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/Evoluojuridicadacidadaniadamulherbrasileira_RenataCoelho.pdf/. Acesso em: 15 out. 2019.

ESTADO DE MINAS INTERNACIONAL: **China Oficializa fim da política do filho único no país.** Estado de Minas Internacional, 2015. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2015/12/27/interna_internacional,720436/china-oficializa-fim-da-politica-do-filho-unico-no-pais.shtml/. Acesso em: 15 out. 2019.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir.** 20ª edição. Tradução: Raquel Ramallete. Petrópolis, 1999.

FREIRE, Mariza Scheffer; SOBRINHO, Vilma Pereira; DA CONCEIÇÃO, Gilmar Henrique. A figura feminina no contexto da inquisição. **Educere et Educare**, v. 1, n. 1, p. 53-58, 2006.

FREYRE, Gilberto. **Casa Grande & Senzala.** Recife: Global Editora, 2003.

HULU. **The handmaids tale.** Disponível em: <https://www.hulu.com/press/show/the-handmaids-tale/>. Acesso em 15 out. 2019.

LERNER, Gerda. **A criação do patriarcado: história da opressão das mulheres pelos homens.** Editora Cultrix, 2019.

LLANOS, Leonor Suárez. Literatura del derecho: entre la ciencia jurídica y la crítica literaria. **Anamorphosis: Revista Internacional de Direito e Literatura**, v. 3, n. 2, p. 349-386, 2017.

METRÓPOLES. **Saiba tudo sobre a nova composição da Câmara e do Senado Federal.** Metrôpoles, 2019. Disponível em: <https://www.metropoles.com/brasil/politica-br/saiba-tudo-sobre-a-nova-composicao-da-camara-e-do-senado-federal/>. Acesso 15 out. 2019.

ONU: **68 milhões de mulheres e meninas poderão sofrer mutilação genital até 2030.** Nações Unidas, 2019. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/onu-68-milhoes-de-mulheres-e-meninas-poderao-sofrer-mutilacao-genital-ate-2030/>. Acesso em 15 out. 2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE et al. **Eliminação da mutilação genital feminina: declaração conjunta-OHCHR, ONUSIDA, PNUD, UNECA, UNESCO, UNFPA, ACNUR, UNICEF, UNIFEM, OMS.** 2008.

OSORIO, R. G.; FONTOURA, N. **Tolerância social à violência contra as mulheres.** Brasília: IPEA, 2014.

PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela; FACHIN, Melina Girardi (Ed.). **Direitos humanos.** Juruá Editora, 2011.

SENADO NOTÍCIAS: **Mulheres lutam por mais participação.** Senado Notícias, 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/03/07/minoria-no-congresso-mulheres-lutam-por-mais-participacao/>. Acesso em: 15 out. 2019.

SAGRADA, Bíblia. Edição Pastoral. 43ª impressão. **São Paulo: Paulus**, 2001.

CHEFFER, M. et al. **Demografia Médica no Brasil 2018.** São Paulo, SP: FMUSP, CFM, Cremesp, 2018.

THE HANDMAID'S TALE. Direção: Reed Morano, Mike Barker et al. Produção: Bruce Miller, Dorothy Fortenberry et al. Intérpretes: Elisabeth Moss, Yvonne Strahovski, Joseph Fiennes, Alexis Bledel, Ann Down et al. Roteiro: Bruce Miller et al. [S. l.]: Hulu Originals, Daniel Wilson Productions Inc et al. 2017. 3 temporadas (47-60 min), son., color., 35 mm

WEST, Robin. Comunidades, textos e direito: reflexões sobre o movimento do direito e da literatura. **Yale JL & Human.**, v. 1, p. 155, 1988.

NOTAS:

[1] Bacharelanda do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

[2] Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. Mestra em Letras pela Universidade Federal do Piauí – UFPI. Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC-RS. *E-mail:* rrosapi@yahoo.com.br

[3] Trabalho de Conclusão de Curso apresentado no Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Teresina-PI.

O PSICOPATA E O DIREITO PENAL

JANYNE FERMIANO: Graduanda no Curso de Direito da Universidade Brasil, Campus Fernandópolis-SP;

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de direito da Universidade Brasil, como complementação dos créditos necessários para obtenção do título de Bacharel em Direito. Orientador Prof. Dr. Ms. Ademir Sanches Gasques e Prof.(a) Ms. Marcia Kazume Pereira Sato.

RESUMO: Este artigo científico vem abordar de maneira clara e de fácil entendimento aspectos relevantes entre o psicopata e o Direito Penal Brasileiro, deixando demonstrado a ineficácia penal de punição em relação a esse tipo de criminoso, abordando assim a cerca de elementos psicológicos que caracterizam esses indivíduos e quanto aos elementos jurídicos que compõem o Código Penal. Deste modo trará o perfil do psicopata, a importância da interdisciplinaridade das ciências médicas com a ciência social, ou seja, a Psicologia Jurídica. Será discutido em grande parte a efetividade em punir os psicopatas, exemplificando com casos reais brasileiros, evidenciando como se dá a culpabilidade de um indivíduo, apresentando assim suas ramificações para assim compreender qual é a sanção penal mais adequada para punir esses indivíduos, e para tanto haverá comparação com algumas penas aplicadas no exterior. Aqui será relevante analisar os dispositivos legais que deixam evidentes a ausência de legislação específica, forçando em alguns casos emendas jurídicas não cabíveis nem previstas em leis. Essencialmente este presente artigo tem o objetivo de reflexão na necessidade de evolução jurídica da lei penal neste âmbito, pretendendo proteger a sociedade contra novas violentas ações de psicopatas que se mascaram como pessoas comuns.

PALAVRAS-CHAVE: Evolução Jurídica; Culpabilidade; Psicologia Jurídica; Ineficácia Penal.

ABSTRACT: This scientific article clearly and easily addresses relevant aspects between the psychopath and the Brazilian Criminal Law, showing the criminal ineffectiveness of punishment in relation to this type of criminal, thus addressing the psychological elements that characterize these individuals and as to the legal elements that make up the Penal Code. In this way it will bring the profile of the

psychopath, the importance of the interdisciplinarity of the medical sciences with the social science, that is, the Legal Psychology. It will be discussed in great part the effectiveness in punishing psychopaths, exemplifying with real Brazilian cases, showing how the culpability of an individual occurs, thus presenting its ramifications to understand what is the most appropriate criminal sanction to punish these individuals, and to do so. There will be comparison with some penalties applied abroad. Here it will be relevant to analyze the legal provisions that make evident the absence of specific legislation, forcing in some cases legal amendments not appropriate or provided by law. Essentially this article aims to reflect on the need for legal evolution of criminal law in this area, aiming to protect society against further violent actions of psychopaths who masquerade as ordinary people.

KEYWORDS: Legal Evolution; Culpability; Juridical Psychology; Criminal Ineffectiveness.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. CONCEITO DE PSICOPATA. 2.1 Origem da psicopatia. 2.2 Diagnóstico de um psicopata. 2.2.1 A necessidade da psicologia jurídica. 3. QUEM SÃO OS PSICOPATAS. 4. A RELAÇÃO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO E O PSICOPATA. 4.1 Culpabilidade. 4.1.1 Imputabilidade. 4.1.2 Inimputabilidade. 4.1.3 Semi-imputabilidade. 5. DIREITO COMPARADO E SANÇÃO PENAL CABÍVEL. 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS. BIBLIOGRAFIAS.

1. INTRODUÇÃO

Atualmente o número de filmes, séries e documentários que tratam sobre os crimes praticados por psicopatas é visivelmente crescente, sejam eles ficção ou documentários reais. Esses crimes estão ganhando rapidamente destaques midiáticos e estão sendo cada vez mais frequentes em nosso meio social.

Trata-se de uma necessidade jurídica de evolução estudar a psicopatia, seus diferentes níveis, correlacionando múltiplas disciplinas como, psiquiatria, psicologia e o Direito Penal, para assim quantificar uma pena punitiva adequada à complexidade do crime juntamente com capacidade psicológica do criminoso.

Os traços de personalidade psicopática não fazem desses indivíduos doentes mentais, sendo, portanto, plenamente capazes de compreender seus atos racionais, apesar da ausência emocional. Na visão social criada pela mídia o psicopata é um ser perverso e cruel, porém, essa classe de criminoso se mistura em meio a sociedade por também ser simpático, sedutor, manipulador, cometendo outros crimes que vão além de assassinatos.

O questionamento será feito de maneira exploratória pelo campo jurídico, analisando e descrevendo as normas vigentes, como se dá a classificação da culpabilidade a esses indivíduos, quais as características para ser considerado inimputável, imputável ou semi-imputável, procurando esclarecer se há eficácias nas atuais normais penais brasileiras e comparando as formas de punição no exterior para definir a devida penalização desse tipo específico de criminoso.

A pesquisa se embasará nas atuais legislações, assim como artigos que tratem sobre este tema, livros, pensamento de doutrinadores juntamente com dados coletados na internet, será também apresentado casos de crimes brasileiros que proporcionará uma elucidação clara a respeito do tema de maneira a compreender a necessidade de melhoria jurídica a cerca desde assunto.

O presente artigo funda a sua elaboração na vista necessidade de desenvolvimento da norma penal, perante uma sociedade que está em constante crescimento. Neste mesmo diapasão traremos possível solução para o preocupante risco de que esses indivíduos voltem ao meio social, para novamente cometer crimes devido à falta de legislação capaz a altura para punir e evitar que novas vítimas sofram com ações frias, calculistas e sem remorso dos psicopatas, sejam eles assassinos ou estelionatários afetivos.

2. CONCEITO DE PSICOPATA

Um indivíduo que é diagnosticado com psicopatia é um ser clinicamente considerado perverso e possui diversos distúrbios mentais de personalidade e comportamento, já sendo definido nos anos de 1812 por Benjamin Rusch como atos antissocial, intitulando esses indivíduos como portadores de imbecilidade.

Em genérico a psicopatia é causada por uma irregularidade orgânica, restringindo-se a uma psicose, doença psicológica, há segundo Mirabete e Fabbrini (2010) uma condição de desarmonia em sua personalidade.

Robert D. Hare (2013) e Ana B. B. Silva (2008) os preceituam como sendo predadores sociais, manipuladores, desprovidos que consciência moral, culpa, remorso, aparentando serem humanos comuns, infiltrados em qualquer meio social, podendo ser de qualquer cor, raça ou sexo, passam pela vida das pessoas deixando traços de frustrações, destruição sentimental, financeira em casos extremos ceifam vidas a sangue frio, sem culpa ou arrependimento.

2.1 ORIGEM DA PSICOPATIA

A psicopatia surgiu dentro da então hoje, medicina legal, quando na Antiguidade e da Idade Média alguns filósofos e psiquiatras indagaram os atos

criminosos de indivíduos por serem imorais, agressivos e cruéis, porém não apresentavam traços de loucura.

Até então para Homero e Hesíodo antes do século V a.C., segundo a obra literária de Pessotti (1994) para os gregos tudo o que acontecia na vida do Homem era vontade divina dos deuses, portanto a loucura tratava-se de uma interferência mitológica. Definia Homero que a loucura é a desrazão advinda da intervenção dos deuses sobre os atos dos homens, justificando assim as ações exacerbadas.

Os estudos mais a fundo das doenças e distúrbios mentais começaram na Idade Moderna, no final do século XVIII início do XIX, onde alguns pesquisadores franceses denominaram que a anormalidade mental é uma doença orgânica, foi então visualizado uma alteração nos comportamentos relacionados a transtornos mentais, indo além disso.

Um dos precursores desses estudos foi Philippe Pinel, psiquiatra, que constatou através de seus pacientes que mesmo não sendo loucos (doentes mentais) e tendo completa consciência, praticavam ações violentas, impulsivas e havia em si falta de remorso em comete-las (GOMES, 2013).

Prosseguindo os estudos, após vários ângulos de abordagem sobre os distúrbios mentais, surgiu na Europa a obra do Médico Francês Prosper Despine, *Psychologie Naturelle*, que abordava a anomalia psíquica de pessoas com ausência de moralidade em suas condutas. Surgindo no ano de 1929 um conceito de psicopatia pelo psiquiatra suíço Paul Eugen Bleuler, como sendo um defeito moral.

Ao longo dos anos foram questionados diversos aspectos em torno deste tema, havendo contradições e divergências entre os psiquiatras, onde não sabia se tratava-se de uma doença mental como a esquizofrenia ou de disfunções cerebrais (MYERS, 1999).

Observa-se que ainda há muitas dúvidas em relação a psicopatia, ainda nos dias atuais, estando entre as doenças mentais mais investigadas segundo Manuel Cancio Maliá (2013, p.532 *apud* MAGNOLER, 2017 p.10), e então foi se concretizando pontos que ajudam na identificação esses indivíduos, com a finalidade de facilitar a proteção da sociedade, pois, se tratando de pessoas aparentemente comuns, é preciso analisar as variações.

2.2 DIAGNÓSTICO DE UM PSICOPATA

Por ter um conceito ainda incerto para psicopatia, foram criados alguns critérios para o reconhecimento desses indivíduos que vivem em nossa sociedade,

sendo válido ressaltar, que não é fácil identificar um psicopata, pois nem todos tem um estado grave de psicopatia, havendo vários níveis que abordaremos mais profundamente.

Os pontos de para melhor identificação foram diagnosticados em prisioneiros e pacientes de manicômios judiciais, e através desses resultados foram alargados em escala social, visualizando assim que é possível encontrar traços de psicopatia em qualquer pessoa.

Trindade (2010) aborda algumas características principais dos psicopatas, como seu comportamento são impulsivos e violadores das leis, não respeitando o direito dos outros, importando apenas o seu querer, voltando-nos a outra característica em relação ao relacionamento com outras pessoas, são egoístas, arrogantes, manipuladores. Em geral não possuem afetividades profundas pelos outros, não há empatia nem remorso, sendo, porém, capazes de demonstrar a depender de seu interesse pessoal amizade, carinho e consideração emocional para com o outro, claro que não passando de simulação para conquistar e conseguir o desejado.

É importante ressaltar que apenas uma das características não é causa de psicopatia, é um acúmulo de fatores que determina o transtorno, em geral esses indivíduos sofreram algum tipo de trauma físico ou psíquico, uma predisposição genética e/ou disfunções cerebrais. Portanto todo psicopata possui no mínimo um desses fatores, tornando a psicopatia uma doença Biopsicossocial.

Porém é errôneo dizer que todo indivíduo que sofreu algum trauma, ou tem uma predisposição genética é um psicopata, assim como nem todo psicopata é um assassino em série.

Para tanto ao longo os anos foi desenvolvido estudos da psicopatia em outras áreas da ciência, tornando-se necessária a união das ciências médicas com a ciências sociais, criando a psicologia jurídica.

2.2.1 A NECESSIDADE DA PSICOLOGIA JURÍDICA

A psicologia jurídica teve como seus fundadores o médico francês Philippe Pinel e o também médico Prosper Despine, quando se questionou a anomalia psíquica dos delinquentes, e segundo Carla Pinheiro (2013) a psicologia jurídica é uma nova categoria de estudos da psicologia, Inter disciplinando com o direito, cooperando para a criação de novas diretrizes jurídicas adequadas a sociedade.

Consiste a psicologia jurídica em aplicar os estudos psicológicos em assuntos do direito, em relação a saúde mental e assuntos sócio jurídicos dos crimes de acordo com a personalidade da pessoa.

Cabe ainda entender a necessidade de harmonia entre estas duas disciplinas, visto que a sociedade está em constante evolução, crescendo e ampliando cada vez mais suas habilidades, isso vale também para criminalidade, portanto é preciso compreender o meio para que as normas jurídicas sejam eficientes na punibilidade, tanto dos novos psicopatas, quanto dos criminosos comuns.

A ciência evolui a cada ano, a cada novo estudo e descoberta, e a psicologia jurídica veio para amparar o direito na sua eficácia, detectando os diversos tipos de comportamento dos criminosos, principalmente dentro do Direito Penal, identificando a motivação para o crime.

É fundamental que a psicologia realize contribuições na área jurídica, visto que a sociedade precisa de apoio efetivo para perseverar e punir com mais seriedades certos criminosos, que não tem a mínima condição de reabilitação ou recuperação, colaborando assim com a efetiva organização do sistema jurídico brasileiro e aplicação das normas penais.

3. QUEM SÃO OS PSICOPATAS

O transtorno de personalidade antissocial como também é chama a psicopatia em geral se manifesta de maneira mais aparente nos homens, porém atinge também as mulheres, porém com níveis e características diferentes, as vezes até absorto pelo fato das mulheres serem mais discretas, e menos impulsivas.

Os efeitos da psicopatia se manifesta por entre os 15 anos de idade mas trata-se de características contínuas e permanentes, que podem ser observadas até mesmo antes desta idade, crianças impulsivas, agressivas, que não sentem empatia pelo próximo, são certos aspectos preocupantes.

É verídico que o perfil emocional e o modo que se comporta uma pessoa denomina em grande parte se ela é ou não um psicopata, mas vale lembrar que muitas vezes essa personalidade se apresenta diversa dependendo das condições. De acordo com seu objetivo um psicopata transforma-se em alguém que sua vítima quer que ele seja.

São em geral eloquentes contam "verdades" convincentes de modo a enganar e conquistar a confiança das pessoas, porém se trata de emoções superficiais. Amam somente a si próprios, são egocêntricos, apenas seus desejos

e valores importam, e vivem de acordo com suas imposições e adoram o controle sob as pessoas.

Tratam suas vítimas para que se tornem dependentes, para as manipular, de maneira sedutora, carismática e atraente, são mentirosos excepcionais e se contestados mudam a história rapidamente de modo extremamente plausível.

A visão que a sociedade tem através da mídia é que os psicopatas são assassinos cruéis, maléficos que são indivíduos que matam a sangue frio, porém o que a maioria desconhece é esses casos são minoria e que em geral vivem como pessoas comuns, misturados sem levantar a alarmar nenhuma dúvida sobre quem realmente são, e muitas vezes praticando crimes invisíveis.

Os psicopatas apresentam diversos níveis de psicopatia, por isso vale ressaltar que nem todos os psicopatas são assassinos ou *serial killers*.

A médica psiquiatra Ana Beatriz Barbosa Silva, em seu Livro *Mentes Perigosas – O psicopata mora ao lado*, explica como se dá a incidência desses níveis divididos em leve, moderado e severo:

É importante ressaltar que os psicopatas possuem níveis variados de gravidade: leve, moderado e severo. Os primeiros se dedicam a trapacear, aplicar golpes e pequenos roubos, mas provavelmente não "sujarão as mãos de sangue" ou matarão suas vítimas. Já os últimos, botam verdadeiramente a "mão na massa", com métodos cruéis sofisticados, e sentem um enorme prazer com seus atos brutais. (SILVA, A B. B. 2008, p. 12).

Portanto os crimes praticados por psicopatas vão além de assassinatos, são estelionatários, ladrões, sensatos e frios, mas não podemos deixar de enxergar que por onde eles passam deixam rastros graves de destruição podendo "arruinar empresas e famílias, provocar intrigas, destruir sonhos" (SILVA, A B. B. 2008, p. 12).

4.A RELAÇÃO DO DIREITO PENAL BRASILEIRO E O PSICOPATA

O Direito Penal tem como função social manter a ordem e a paz, protegendo o bem jurídico fundamental, o patrimônio e a vida, tem a sociedade o dever de cumprir as normas de condutas impostas para que assim haja harmonia entre todos, e sob pena de punição para aqueles que descumprirem as leis vigentes.

O Código Penal, traz em seu conteúdo as penas que serão estabelecidas para esses membros da sociedade que violarem as condições de convivência e cometerem crimes, havendo penas administrativas que são multas ou penas restritivas, sejam de direitos ou de liberdade.

Mediante a análise do crime e do criminoso é definida a culpabilidade para assim imputar as penas cabíveis ao caso concreto, valendo-se para isso da tríade funcional da pena que é prevenir, punir e ressocializar, dentro disso também é verificado a possibilidade de punição do criminoso, que a depender de seu estado psicológico imputável, inimputável ou semi-imputável, classificações que discorreremos mais à frente.

O Direito Penal brasileiro foi criado em 1940 pelo presidente da república na época, Getúlio Vargas no decurso do Estado novo, entrando em vigor em 1º de janeiro de 1942, houve no decorrer da história do Brasil, apenas três códigos penais, este último já se totaliza 77 anos de vigência e não houve sequer uma alteração para enrijecer a pena para criminosos com psicopatia, visto que não se tratam de doentes mentais, mas pessoas normais, porém extremamente perversas.

Vale ressaltar que todas as ciências avançaram, estudos são feitos a todo momento, evoluções, descoberta de curas são encontradas, um avanço tecnológico de ponta, uma sociedade que não dorme; e uma lei penal esquecida a 77 anos. Os artigos do Código Penal que trataremos trata apenas de doentes mentais, pessoas com desenvolvimento incompleto, indivíduos que no momento da prática do ato ilícito não compreendiam o caráter de sua ação, diferente dos aqui já citados, os psicopatas, que entendem a condição de suas atitudes, possuem capacidade cognitiva em perfeito estado, compreendendo “perfeitamente o que estão fazendo” (SILVA, A B. B. 2008, p. 13) e pior ainda, sem nem se importarem se é ilícito ou não, servindo-se apenas de seus meros desejos.

4.1 CULPABILIDADE

A culpabilidade como o próprio nome já dá a entender decorre de culpa por ação praticada, ação essa que lesionou bem ou direito de outrem. Há para se caracterizar a culpabilidade um fator típico e ilícita na conduta reprovável do indivíduo (GRECO 2008).

O termo é em certos pontos indefinido, os doutrinadores se arriscam a conceituar, Miguel Reale diz que “Reprova-se o indivíduo por ter escolhido...agir opostamente ao exigido em lei” (REALE JUNIOR, 1998, p.85-86).

Questiona-se ainda por Mirabete (2001) que é necessário saber se houve o dolo ou a culpa, chegando assim a teoria da capacidade psíquica do agente

ligados ao fato criminoso, denominando assim se o indivíduo é imputável para as penas do crime cometido ou se é inimputável.

Ressalto a definição de Culpabilidade por Nucci:

Trata-se de um juízo de reprovação social, incidente sobre o fato e seu autor, devendo o agente ser imputável, atuar com consciência potencial de ilicitude, bem como ter a possibilidade e a exigibilidade de atuar de outro modo, seguindo as regras impostas pelo Direito (teoria normativa pura, proveniente do finalismo. (NUCCI, Guilherme de Souza, 2011 p.300 *apud* MAGNOLER, 2017 p.15)

Desde o século XIX vem se analisando os delitos como sendo ações tipificadas, antijurídicas e culpáveis, as teorias foram mudadas, reanalisadas, em relação ao dolo e a culpa, pois deveria haver algo a mais para que o criminoso fosse devidamente punido, passando então a requerer a imputabilidade, dolo e culpa. Pois assim para que um indivíduo seja punido por um fato ilícito por ele praticado é necessário que ele tenha plena consciência do delito, é "preciso que ele seja imputável" (Greco, 2008, p.395).

Já trago a diante que os artigos 26, 27, 28 §1º, 21, 20 §1º, 22 primeira e segunda parte do Código Penal, tratam-se de artigos que excluem a culpabilidade, nos aprofundaremos e analisaremos os que tangem a capacidade psicológica dos indivíduos, observando se são eficazes para punir os psicopatas, se é correto excluir suas culpas ou reduzir suas penas.

4.1.1 IMPUTABILIDADE

A imputabilidade como já resumidamente foi abordada no tópico acima, trata-se da condição do agente de compreender o fato criminoso por ele praticado para que possa ser punido pelo delito, assim compreende também Fernando Capez.

A determinação do conceito de imputabilidade se embasa em critérios de raciocínio e habilidade cognitiva saudáveis, a saúde mental do agente, seu estado de consciência para a prática do crime, compreendendo a total efetividade de seus atos. Ou seja, se no momento da prática do ato ilícito o agente estava em pleno estado de sanidade mental.

Como já afirmado anteriormente a imputabilidade esta intrinsecamente ligada a culpabilidade do indivíduo à prática do crime, possuindo na ocasião "totais condições de controle sobre a sua vontade" (CAPEZ, 2002, p.273)

Para Damásio imputar é estigmatizar à um indivíduo a responsabilidade de algo, e a imputabilidade no âmbito penal é as condições que atribui ao causador aptidão para ser punido juridicamente por ato ilícito, pois é capaz de compreender sua conduta e saber que é contrária as normas jurídicas.

Para tanto todos aqueles que não sofrem de doença ou retardo mental é responsável por seu comportamento em sociedade, sendo, portanto, inteiramente capaz de ser punido a uma sanção penal cabível ao caso concreto.

4.1.2 INIMPUTABILIDADE

Inimputabilidade é a não imputabilidade, em outras palavras é a não ser culpado de determinada ação, por um fato que torna o agente incapaz de ser punido.

Em decorrência de má formação mental, retardo ou enfermidade mental o indivíduo se torna inimputável de culpa, o Código Penal em seu artigo 26 traz causas que tornam assim o agente.

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

Para se caracterizar a imputabilidade o indivíduo deve não ser capaz de entender a ilicitude e proibições jurídicas do ato ou fato já praticado (intelectual) e ter a capacidade de controlar sua própria vontade, compreendendo e importando-se com as consequências que decorrerão daquela ação.

O Direito Penal adquiriu a medida biopsicológica para assim reconhecer a inimputabilidade, sendo a união de duas medidas, a Biológica e a Psicológica segue a conceituação de cada uma:

Biológica: Essa medida considera a saúde mental do indivíduo, ou seja, se ele possui algum retardo ou anomalia no crescimento mental.

Psicológica: Nesta destaca-se a capacidade de compreensão do ato ilícito ou se esse apenas pratica sem conhecimento das responsabilidades.

É evidente que os psicopatas não são loucos, não possuem desenvolvimento mental incompleto muito menos retardado, portanto, compreende seus atos, planeja, manipula, não sente remorso pelas vítimas ao

praticar os atos de acordo com seus desejos, e não se importa com as normas jurídicas que a ele serão aplicadas.

Ainda para Mirabete (2001) a culpa independerá da consciência do agente, visto que houve a pratica do ato ilícito, porém o culpado não tem conhecimento suficiente para que seja penalizado, não se aplicando para o dolo, pois para isso deve ser ter plena vontade e compreender o ato ilícito.

4.1.3 SEMI-IMPUTABILIDADE

Aqui tem-se o meio termo, entre ser imputável e não ser (inimputabilidade) sua regulamentação encontra-se no parágrafo único do artigo 26 do Código Penal:

Artigo 26 Código Penal - Parágrafo único. A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Nesta hipótese o agente é parcialmente incapaz de compreender o ato ilícito, podendo aferir em si conhecimento do delito e de suas possíveis consequências jurídicas e para isso utiliza-se a medida biopsíquica, que analisa se no momento da pratica da ação criminosa o indivíduo tinha a capacidade de entender o caráter ilícito.

No parágrafo único do artigo acima citado traz a redução da pena para aqueles que possui a percepção da ilicitude reduzida por consequência de doença, perturbação ou desenvolvimento mental reduzido. Havendo então a impossibilidade não de excluir a culpabilidade do ato, mas de reduzir a pena que será aplicada.

Cabe instruir ainda que a tanto a inimputabilidade quanto a semi-imputabilidade cabem ao juiz constatar através de laudo pericial, em casos excepcionais o juiz poderá impor ao semi-imputavel a medida de segurança, tratamento ambulatorial previstos nos artigos 97 e 98 do código penal.

Ressaltando que não há aqui a exclusão da imputabilidade. Cumpri a pena com redução, e dependendo do grau da doença mental interna-se podendo o juiz a qualquer momento decretar quando o os tratamentos ambulatoriais estiverem sendo ineficazes.

O Nosso Ordenamento jurídico penal, nada orientou acerca dos psicopatas e nem se os legisladores se deram ao cuidado de criar normas penais específicas, para punir de modo eficaz essa espécie de criminoso. Justificando essa ausência por não terem certeza dos aspectos psíquicos deste.

Porém os crimes são praticados, e continuam sem uma punição adequada, não deve haver omissão da parte legislativa, pois a sociedade fica à mercê, sem amparo a que recorrer.

No atual código penal, os psicopatas são considerados criminosos de alta periculosidade, porém são classificados como semi-imputáveis, de modo que suas penas são reduzidas, injustificadamente, pois ao longo deste artigo comprovamos através de diversas pesquisas de renomados estudiosos, que não se tratam de doentes mentais, são pessoas com desenvolvimento completo e cognitivo perfeitos.

Chamo novamente a atenção para a ineficácia da aplicação penal, porém é possível observar alguns casos raros em que é aplicada a medida de segurança, quando não, são enviados para cumprir uma mera sanção penal reduzida pela semi-imputabilidade e logo estarão novamente as ruas, e por se tratarem de indivíduos sem consciência moral voltarão a reincidir, diz o Psiquiatra forense Guido Palomba "Ou matam ou Morrem".

5. DIREITO COMPARADO E SANÇÃO PENAL CABÍVEL

Pelo já analisado, demonstrado no decorrer deste artigo científico ficou visível a falha e ausência de legislação em vigor, cabível de maneira eficaz para que seja punido os psicopatas infiltrados em nossa sociedade.

Foi vislumbrado que além de serem perversos, cruéis, sem emoção, suas ações são baseadas apenas em suas emoções e convicções, não seguindo os ordenamentos jurídicos aplicados a todos da sociedade.

Em teoria majoritária temos o psicopata como doente mental por sofrer de um transtorno de personalidade antissocial, essa teoria em tempos atuais deveria ser considerada ineficaz, visto que a norma aplicada punir não serve nem de meio punitivo, nem é um eficaz preventivo para que esses delinquentes voltem ao meio social, pois é certo que voltarão a cometer crimes bárbaros, visto que não se importam se haverá consequências e ridicularizam do sistema de penalização aplicado.

O uso trazer exemplos e ineficácia punitiva, temos no Brasil diversos casos de indivíduos com psicopatia, casos famosos como, Suzane Von Richthofen, que

é visivelmente manipuladora e egoísta, que já se encontra em regime semi-aberto desde o ano de 2015.

Temos também, o Francisco de Assis Pereira, nomeado como Maníaco do Parque que é um denominado *serial killer*, condenado em 1998 a 268 anos, pena que não será cumprida por inteiro pelo fato de que no Brasil o máximo de anos em uma prisão é de 40 anos, então outro indivíduo extremamente perverso que voltará as ruas, e fará novas vítimas.

Volto a concentrar e questionar a problemática sob as penas aplicadas a esses indivíduos que clinicamente foram diagnosticados como psicopatas, se são efetivas e justas para com a sociedade. Uma vez que não há tratamento ou medicamento que mude ou que surte efeito de “melhora”, não há estudos que comprovem melhora psiquiátrica em psicopatas, nem que façam reduzir a criminalidade. Inclusive são formidáveis mentirosos, mistificam uma melhora e burlam regras.

Ressalta-se a necessidade de punir devidamente os psicopatas, mas distantes de criminosos comuns, para não haver esse contato, infelizmente nosso sistema prisional brasileiro também é falho em variados aspectos, portanto mais uma vez avistamos uma ineficácia jurisdicional, outro ponto a ser destacado em relação as penas é a sua progressão devido ao bom comportamento, regra essa que para psicopatas é ligeiramente fácil de manipular e simular. Não podendo ser considerado como melhora real de seu caráter.

Cabe uma análise comparativa ao tratamento dos psicopatas em outros países, Inglaterra e Estados Unidos começam a lidar com essa classe de criminosos desde os primeiros traços de psicopatia deixando claro e evidente que compreendem a necessidade de proteger sua sociedade.

Há em países como Canadá, uma lei específica para os denominados psicopatas, por compreenderem a personalidade destoante em praticar crimes, mostrando a utilidade clara de tratamento punitivo diferenciado para fim de evitar reincidência.

Em relação a punição em prisão perpétua nos Estados Unidos, Canadá juntamente com países da Europa há previsão legal em celas isoladas, vislumbra-se na Itália, Suécia, Reino Unido a viabilidade de que esses criminosos permaneçam presos por tempo indeterminado, possibilidade essa não prevista no Brasil, devido à falta de estrutura carcerária.

Podemos exemplificar casos brasileiros onde houve um paliativo jurídico para que criminosos perversos não retornem a sociedade, pois não há a mínima

possibilidade de ressocialização, é o caso do Champinha (Roberto Aparecido Alves Cardoso) e também Chico Picadinho (Francisco da Costa Rocha) ambos sofreram como forma de prevenção à sociedade, uma Intervenção Civil.

Paliativo esse que não seria necessário, se houvesse empenho legislativo e governamental para instituir lei específica penal e estrutura carcerária ou de custódia para manter a salvo nossa sociedade.

Portanto, finaliza-se esse capítulo com uma simples ideia de que não há eficiência na punibilidade dos psicopatas, pois são indivíduos que se moldam as suas próprias necessidades e vontades, manipulam, enganam, devendo, portanto, serem mantidos distantes da nossa tão preciosa sociedade, para tanto restam diversos propósitos de solução punitiva e preventiva, para quem sabe um futuro mais eficaz em nossa lei penal.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo científico expôs claramente as características reais de um psicopata, mostrando sua verdadeira face de modo a compreender que esse indivíduo não se trata de um doente mental passível de atenuante para crimes bárbaros.

Foi analisado as normas penais brasileiras vigentes no país e verificado a ineficiência de sua aplicabilidade na punibilidade desses criminosos devido à ausência de lei penal específica para essa classe, deixando ainda mais claro a ineficácia do Estado neste aspecto, visto que ficou vislumbrado a evolução da científica médica em face da ciência jurídica.

Portanto ficou nítido por esse trabalho que o ordenamento jurídico brasileiro não acompanhou a evolução social, tanto pelo seu Código Penal que não teve reparos necessários neste âmbito, quanto pela forma de julgar, reservando-se atrás de um artigo que atenua a pena para doentes mentais.

Por meio dos relatos aqui abordados acerca de como são punidos esses criminosos no exterior podemos visualizar que em sua maioria, priorizam meios que impossibilitem a volta destes ao convívio social, visto que não podem ser reabilitados pelo sistema prisional nem mesmo por tratamentos médicos.

Entende-se por fim, ante a esta notória exposição de fatos e casos, fundando-se então a necessidade de criação de lei penal específica, por parte do Estado para que se regularize esta omissão em relação aos crimes praticados por psicopatas.

BIBLIOGRAFIAS

CLARA, Thays - **Aspectos históricos da psicopatia** – Disponível em: <<https://thaysclara.jusbrasil.com.br/artigos/530180428/aspectos-historicos-da-psicopatia>> Acesso em: 22 set. 2019.

MAGNOLER, Renê Gonçalves Estrela. **Psicopatia forense: psicopata e o Direito Penal**

MIRABETE, J. F.; FABBRINI, R. N. **Manual de Direito Penal**. 26. ed. São Paulo: Atlas 2010.

MOURA, Juliana Atanai Gonçalves, FEGURI, Fernanda Eloise Schmidt Ferreira - **Imputabilidade penal dos psicopatas à luz do código penal Brasileiro** – Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/seminasoc/article/view/9526/12656>>. Acesso em: 22 set. 2019.

NOVO, Benigno Núñez - **A importância da psicologia jurídica** – Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64532/a-importancia-da-psicologia-juridica>> Acesso em: 16 out. 2019.

OLIVEIRA, Priscyla - **Direito comparado e a punibilidade do psicopata homicida** – Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/44929/direito-comparado-e-a-punibilidade-do-psicopata-homicida>>. Acesso em 10 nov. 2019.

PESSOTTI, Isaias. **A loucura e as épocas**. 2. ed. Rio de Janeiro-RJ: Editora 34, 1994.

SANTOS, Vanila Bispo dos; GOMINHO, Leonardo Barreto Ferraz - **A psicopatia e a imputabilidade: uma omissão do código penal brasileiro** – Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/67365/a-psicopatia-e-a-imputabilidade-uma-omissao-do-codigo-penal-brasileiro>> Acesso em: 10 nov. 2019

Significado de Psicopata – Disponível em: <<https://www.significados.com.br/psicopata/>> Acesso em: 22 set. 2019

SILVA, A B. B. **Mentes Perigosas – O psicopata mora ao lado**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre – **Psicopata** – Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/wiki/Psicopata>> Acesso em: 22 set. 2019.

ASSÉDIO SEXUAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

MARIANA CARLA DE OLIVEIRA SILVA:

Bacharelanda do Curso de Direito da Universidade Brasil, campus Fernandópolis.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Brasil, como complementação dos créditos necessários para obtenção do título de Bacharel Direito. Orientadores: Prof. Me. **Rodrigo Freschi Bertolo** e Prof. Me. **Marcia Kazume Pereira Sato**.

RESUMO: Entende-se por assédio sexual a relação que dispõe de condutas de cunho sexual, intencional ou não, não desejadas pela vítima, que viole a dignidade da pessoa humana ou ofenda a sua integridade física e moral. Para caracterizá-la como crime é necessário que se preencha os requisitos da figura penal, sendo a subordinação entre a vítima e o agressor elemento essencial para a existência da tipificação da conduta, além de que ocorra no local de trabalho ou estando nele relacionado. O dever de proteger e reparar os danos sofridos pela vítima cabe ao jurisdicário em suas esferas penal, cível e trabalhista. Desta forma, este trabalho busca tratar da caracterização das condutas de assédio sexual, das formas que pode vir a ser praticado, os requisitos para a tipificação em âmbito penal, e a característica dos agressores. A pesquisa objetiva, por fim, além de introduzir o leitor ao tema e o fazer conhecer sobre esta infração penal, trazer à tona os motivos do porque as vítimas raramente buscam proteção e reparação no âmbito jurídico, evitando desgaste temporal e emocional para movimentar a máquina judiciária, culminando na maioria das vezes em impunidade para os agressores.

Palavras-Chave: Assédio Sexual; Relações de trabalho; Tipificação penal.

ABSTRACT: Sexual harassment is understood as a relationship that has sexual conduct, intentional or not, unwanted by the victim, that violates the dignity of the human person or offends their physical and moral integrity. In order to characterize it as a crime, it is necessary to fulfill the requirements of the penal figure, being the subordination between the victim and the aggressor essential element for the existence of the typification of the conduct, besides occurring in the workplace or being related to it. The duty to protect and repair the damage

suffered by the victim rests with the jurisdicaria in its criminal, civil and labor spheres. Thus, this paper seeks to address the characterization of sexual harassment behaviors, the forms that may be practiced, the requirements for criminal typification, and the characteristics of offenders. Finally, the research aims, besides introducing the reader to the subject and making known about this criminal offense, to bring to light the reasons why victims rarely seek legal protection and reparation, avoiding temporal and emotional wear and tear to move the machine. most often culminating in impunity for the perpetrators.

KEYWORDS: Sexual harassment; Work relationships; Penalty typification

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DEFINIÇÃO DE ASSÉDIO SEXUAL. 2.1. O fato gerador do assédio: o desejo de dominação. 3. ASSÉDIO SEXUAL – A TIPIFICAÇÃO DO CRIME. 3.1. Requisitos do crime. 4. CARACTERÍSTICAS DOS AGRESSORES. 5. PORQUE AS MULHERES NÃO DENUNCIAM. 5.1. A proteção do agressor. 6. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

Esta pesquisa demonstra o resultado de um estudo a respeito do assédio sexual existente nas relações de trabalho, principalmente na definição do delito penal e nos requisitos que o caracterizam como crime, nas formas de cometimento das condutas e nos motivos pelos quais as vítimas não denunciam.

O primeiro capítulo dispõe acerca da definição de assédio sexual de forma geral e abrangente, a fim de caracterizar as diversas formas e situações em que pode ocorrer a existência de assédio sexual, ainda que não abarcado pela tipificação penal, além de explanar sobre o fato gerador da conduta delituosa. Cuida ainda, por apresentar o tema de estudo e conceituá-lo didaticamente, inclusive aos leitores mais leigos, a fim de que compreendam a figura do assédio sexual na legislação brasileira.

Em seguida, no segundo capítulo, o trabalho analisa o assédio sexual inserido dentro da redação do artigo 216-A do Código Penal, que vincula a existência do crime exclusivamente às relações de trabalho. Este capítulo também elenca os requisitos essenciais para que a conduta de assédio seja tipificada criminalmente no delito citado.

No terceiro capítulo, a pesquisa dispõe sobre as características dos agressores como forma de auxiliar a vítima a reconhecer uma possível relação de assédio trabalhista por que possa sofrer.

Por fim, a pesquisa disserta sobre o motivo de muitas vítimas não denunciarem viver em uma relação de assédio no trabalho, deixando de buscar tutela jurídica para fazer valer seus direitos de proteção e reparo garantidos pela legislação brasileira.

O trabalho, portanto, se baseia nesta análise do assédio sexual como crime existente nas relações de trabalho, os requisitos para seu enquadramento no delito penal e os limites da proteção e reparação jurídica para com a vítima.

2. DEFINIÇÃO DE ASSÉDIO SEXUAL

No Brasil, o assédio sexual é respaldado em lei nas esferas cível e criminal, e seu conceito foi estabelecido pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) da seguinte maneira:

Qualquer comportamento indesejado de caráter sexual, intencional ou não intencional, que ocorrendo em local de trabalho ou estando com ele relacionado, viole a dignidade da pessoa humana ou ofenda a sua integridade física e moral, desde que apresente uma das seguintes características: constituir uma condição clara para dar ou manter o emprego; controlar ou influenciar na carreira ou promoções da pessoa assediada; prejudicar o rendimento profissional, humilhar, insultar ou intimidar a vítima (MAGALHÃES, 2011).

Quanto ao assédio no âmbito das relações de trabalho, as condutas agressivas de cunho sexual não ocorrem somente entre empregador e subordinado, apesar de a maioria delas transcorrer neste contexto. As condutas podem manifestar-se em relações de forma vertical (ascendentes ou descendentes) e horizontal (GOLDSTEIN, 2009).

As condutas sexuais indesejadas nem sempre são para a satisfação da libido do agressor, tomando muitas vezes formas incomuns ou excepcionais às tradicionalmente propagadas pelo conhecimento popular. Podem divergir para a forma de intimidação, linguagem corporal, desprezo ou desdém, e serem dispostas em diversas condutas, desde gesticulação obscena, toques rápidos inapropriados, contato físico casual por tempo demasiado de forma a causar constrangimento, maus tratos, agressão verbal, discriminação sexual, ou inclusive, e muito comumente, através de aparelhos eletrônicos, como e-mails e mensagens de texto e imagem.

Uma das formas mais recorrente e de grande relevância é o assédio sexual "*quid pro quo*" costumeiramente chamado de "isto por aquilo". Esta espécie de assédio tem grande ocorrência dentro do âmbito de trabalho, nosso objeto de estudo, e pode concretizar-se de inúmeras formas. A princípio, decorre de uma subordinação necessária, isto é, depende obrigatoriamente que haja uma relação de hierarquia entre o assediador e a vítima.

O assédio sexual traduz-se em situações em que condutas de natureza sexual se manifestam de diversas formas físicas, verbais ou não verbais. Começa por criar-se um ambiente desagradável em que a vítima se sente humilhada e intimidada acabando por perder a sua dignidade. O que os agressores pretendem com as suas abordagens não é uma relação com a vítima, mas sim uma maneira de subjugar-la (SOUSA, 2016).

Encontram-se elencadas a seguir algumas condutas que podem ocorrer durante uma relação de assédio sexual:

Alguns exemplos de assédio sexual: Exibir ou fazer circular material ofensivo ou sugestivo; Insinuações, zombarias, obscenidades ou piadas ou observações sexistas, racistas ou homofóbicas; O uso de linguagem ofensiva na descrição de alguém com determinada deficiência ou divertir-se à custa de alguém com deficiência; Comentários sobre o aspeto físico ou o caráter de uma pessoa suscetível de causar embaraço ou aflição; Atenção indesejada como espiar, perseguir, importunar, ter um comportamento excessivamente familiar ou uma atenção física ou verbal desagradável; Fazer chamadas telefónicas ou enviar mensagens de texto em redes sociais, e-mails, faxes ou cartas indesejáveis, sexualmente sugestivos, hostis ou pessoalmente intrometidos; Questionamento despropositado, intrusivo ou persistente sobre a idade, o estado civil de uma pessoa, a vida pessoal, os seus interesses ou a orientação sexual, ou questões similares sobre a origem racial ou étnica de uma pessoa, incluindo a sua cultura ou religião; Provocações sexuais desagradáveis, ou pedidos repetidos para encontros ou ameaças; Sugestões de que favores sexuais podem acelerar a ascensão da carreira de uma pessoa ou que a recusa pode afetá-la; Gestos mal-intencionados, grosseiros, tocar, agarrar, acariciar, ou outros

contatos corporais, tais como encostar-se; Espalhar boatos maliciosos ou insultar alguém (particularmente com base na idade, raça, orientação de gênero, casamento, união de facto, gravidez e maternidade, sexo, deficiência, orientação sexual, e religião ou crença); Pedidos de favores; Ameaças: Intimidações; Recusas de Promoção; Promessa de demissão ou promoção. (SOUSA, 2018)

2.1. O fato gerador do assédio: o desejo de dominação

Ao esmiuçar a atmosfera em que ocorre a conduta de assédio, tem-se o agressor, a vítima, a conduta e o propósito da conduta, ou seja, a projeção de pensamento que se constrói na mente do agressor para chegar a finalidade existente da criação daquela situação. De uma perspectiva mais profunda, de onde vem a real motivação do assédio sexual?

O fato gerador do assédio provém da ânsia em saciar o desejo de dominação sobre a vítima, que se define por tornar algo ou alguém submisso por meio da força, da violência, ameaça; exercer autoridade, poder, domínio em relação a outro. É através da própria essência da dominação que a mulher torna-se mero objeto passível de flexibilização para as vontades do dominador:

A dominação masculina, que constitui as mulheres como objetos simbólicos, cujo ser (esse) é um ser-percebido (percipi), tem por efeito colocá-las em permanente estado de insegurança corporal, ou melhor, de dependência simbólica: elas existem primeiro pelo, e para, o olhar dos outros, ou seja, enquanto objetos recetivos, atraentes, disponíveis. Delas se esperam que sejam “femininas”, isto é, sorridentes, simpáticas, atenciosas, submissas, discretas, contidas ou até mesmo apagadas. E a pretensa “feminilidade” muitas vezes não é mais que uma forma de aquiescência em relação às expectativas masculinas, reais ou supostas, principalmente em termos de engrandecimento do ego. Em consequência, a dependência em relação aos outros (e não só aos homens) tende a se tornar constitutiva de seu ser (BOURDIEU, 2003a: 82).

3. ASSÉDIO SEXUAL – A TIPIIFICAÇÃO DO CRIME

A definição de assédio, até aqui fora tratada de forma abrangente, geral, tendo sido determinadas, psicológica e fisicamente, as características da conduta. No entanto, surge uma nova figura no âmbito penal, a qual se restringe de forma

taxativa, a conduta delitiva realmente punível na esfera jurídica. Tratar-se-á agora do conceito específico do assédio sexual como crime.

Primeiramente, é preciso entender do que se trata a conduta tipificada no Art. 216-A do Código Penal, que define o crime:

Art. 216-A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

Pena – detenção, de 1(um) a 2 (dois) anos. (Código Penal, 1940)

A legislação brasileira, ao contrário do que o conhecimento popular erroneamente acredita, não abrange todas as formas existentes de condutas de constrangimento e assédio às vítimas. Não é qualquer conduta, ou qualquer constrangimento que pode ser enquadrado dentro do crime previsto. Assim, não se pode esperar do meio jurídico a tutela do direito de reparação do dano – moral – e medidas protetivas e punitivas em qualquer conduta sexual indesejada sofrida.

A tutela legislativa protege a vítima apenas no que designa a letra da lei, não abarcando de forma igual todas as pessoas lesadas pelas condutas agressivas, devendo o ofendido preencher os requisitos existentes na redação do artigo.

3.1. Requisitos do crime

Decompondo a redação por partes, temos o seguinte trecho: “Constranger alguém” e nota-se que falta o complemento ‘à que’? A legislação falha em não especificar o objeto do constrangimento, pois a complementação em seguida refere-se ao intuito, o motivo do constrangimento, mas não aponta à que a vítima é constrangida. Assim, a complementação, que seria a conduta propriamente dita à que a vítima é condicionada, fica a livre interpretação do julgador, o que fere diretamente o princípio da legalidade, que é garantido pela Constituição e cravado no direito penal.

No ordenamento jurídico, uma das bases mais importantes é a do *nullum crimen nulla poena sine lege*, que traduzido do latim significa que nenhum crime será punido sem que haja uma lei. Assim, não sendo taxativo o núcleo passivo do tipo penal, mais precisamente a conduta à que a vítima é submetida, este fica a critério da interpretação do juiz, de acordo com cada *caso in concreto*.

Ademais vem o trecho: “com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual”. O tipo penal pune apenas o agressor que tem por finalidade cometer o crime a fim de obter uma resposta, uma conduta positiva por parte da vítima. Desta forma, a mera conduta de assediar mediante conduta de caráter sexual para provocar apenas o constrangimento, repulsa, desdém, humilhação ou intimidação da vítima, não está abrangido por esta tipificação penal.

Ainda, tal expressão fica a vagar na esfera da livre interpretação, já que é indeterminada e pode levar a diversas interpretações subjetivas, o que fere, mais uma vez, o princípio supramencionado.

Finaliza-se ainda, pelo seguinte seguimento: “prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função”, em que são definidas quais as pessoas que podem integrar o polo ativo e passivo do delito. Enquadra-se, portanto, como sujeito ativo, a pessoa que ocupa uma posição superior ou que tenha ascendência sobre a vítima, e, por conseguinte, como sujeito passivo, àquela que lhe é subordinado ou empregado.

Exige, desta maneira, a obrigatoriedade da existência de uma relação laborativa entre os sujeitos para que incorra o crime de assédio, não tipificando a conduta, caso este requisito não seja preenchido, podendo culminar então, em um fato atípico, ou figura penal diversa, punível quando prevista. Ou seja, não existe assédio sexual, como crime, fora das relações de trabalho.

Quanto à direção que rege o vínculo entre as partes, denota restrição expressa apenas às relações que fluem entre o sentido vertical – ascendentes e descendentes – não contemplando as que transitam em sentido horizontal, ou seja, aquelas existentes entre pessoas de mesmo escalão laboral. Requer indispensavelmente, assim, que haja superioridade hierárquica entre os sujeitos dentro da esfera de trabalho, figurando como sujeito ativo o patrão, empregador, chefe de serviço e como sujeito passivo àquele a ele subordinado ou empregado.

Nas condutas praticadas entre pessoas de mesmo grau laborativo, existem poucas decisões – isoladas – que reconheceram a existência de assédio sexual, não sendo, entretanto, o entendimento predominante. Em suma, o assédio sexual cometido por colega de trabalho, no Brasil, não é considerado crime. Deve a vítima, nestes casos, buscar respaldo jurídico em outras esferas, já que a conduta é considerada um ilícito civil e trabalhista, podendo vir a receber no primeiro uma indenização pecuniária do autor e, no segundo, fazer com que a empresa

responda pela reparação indenizatória pelos danos morais sofridos, além de reconhecer a quebra do contrato de trabalho.

Analisando em esfera geral, independe o sexo do autor e da vítima do crime, não sendo este, um fator relevante. Não existe, ainda, a forma culposa do crime, sendo o dolo, elemento subjetivo de sua existência.

4. CARACTERÍSTICAS DOS AGRESSORES

O conhecimento dos aspectos gerais de um assediador é importante para que se torne mais fácil identificar um possível agressor e auxiliar a vítima no reconhecimento de uma situação de abuso e assédio que possa estar imersa.

Assim, HIRIGOYEN (2000) relata que “O comportamento do assediador não resulta de um problema psiquiátrico, mas de uma racionalidade fria combinada com uma incapacidade de considerar os outros como semelhantes.”.

Práticas organizacionais nocivas como o desgaste de valores éticos essenciais à humanidade encorajam a perversidade que pode ser ligada a traços como frieza e inteligência e acabam por desconsiderar o outro em um verdadeiro extermínio psíquico.

Os assediadores costumam ser carismáticos, desagradáveis, cruéis, provocadores e manipuladores, pelo que se servem do assédio moral para lesar alguém propositadamente, para depreciar a reputação de um indivíduo, para o excluir socialmente, isolar ou intimidar através de linguagem obscena e piadas ofensivas (KISHORE, 2005:20).

É importante entender que não existe padrão, uma receita pronta para se tornar um agressor e por isso é tão difícil reconhecer esta relação de abuso. Este pode ser carismático ou antipático, gentil ou ríspido, educado ou truculento, extrovertido ou retraído. O que o torna um assediador é que dele venha a ter uma atitude de cunho sexual indesejado, não esperado e não correspondido pela vítima.

5. PORQUE AS MULHERES NÃO DENUNCIAM

Recapitulando, foram analisados até aqui as condutas que configuram a conduta do assédio sexual, as formas de cometimento, as relações e situações de sua incidência. Vem, por conseguinte, a relevância do tema tratado neste artigo, a importância de se discutir sobre o tema: o porque as vítimas não denunciam.

É importante destacar, já que o crime pode ter como sujeito passivo pessoas de ambos os sexos, porque isolar neste ponto de análise, os casos em que a vítima é uma mulher. A mulher é, em regra, o gênero predominante como vítima nesse tipo de delito. Quatro em cada dez mulheres brasileiras já sofreram assédio sexual pelo menos uma vez na vida, tendo 15% das mulheres, sofrido este tipo de assédio no trabalho (DATAFOLHA, 2017).

É comprovada a existência de assédio sexual em certas relações de trabalho, tendo em vista que o nosso ordenamento jurídico prevê a proteção da integridade, saúde física e psicológica da vítima, tipificando tal prática delituosa no art. 216-A, do Código Penal. Entretanto, a que ponto está à mulher, verdadeiramente protegida contra o seu agressor?

No que tange à legislação brasileira a respeito da tutela do direito da integridade da vítima, existem diversas falhas jurídicas, seja de enquadramento do autor, da vítima, da forma de punição e também do resguardo da vítima na etapa pós-processo.

Em primeiro lugar, matéria já debatida anteriormente, encontramos no atual código penal, uma tipificação extremamente vaga quanto as atitudes que se enquadram como conduta delitiva do crime de assédio, sendo difícil estabelecer parâmetros gerais que comportem todas as atitudes que de fato constroem à mulher no seu local de trabalho. O critério de gravidade da conduta e conseqüentemente a existência do crime fica por conta do magistrado, entendimento que nem sempre reflete o verdadeiro dano sofrido pela vítima, o que pode muitas vezes isentar o acusado da punição e ressarcimento do dano.

Ademais, tem-se o problema em relação a quem o Estado considera agressor. O art. 216-A contempla como autor do crime apenas àqueles que possuem relação de ascendência com a vítima, de superioridade hierárquica, subordinação. As condutas de cunho sexual indesejadas cometidas por colegas de trabalho de mesmo grau laborativo não são abarcadas pelo crime, deixando esses agressores excluídos da pretensão punitiva deste delito. Apesar de algumas decisões que reconheceram a existência do crime quando o sujeito passivo não preenchia os requisitos de superioridade, este não é o entendimento majoritário, nem mesmo recorrente. Assim, o difícil enquadramento do agressor também é fator relevante para se desgastar energia movimentando a máquina judiciária.

O Estado, quando procurado como meio de tutelar o direito da vítima, trata apenas da questão condenatória do acusado e do ressarcimento em esfera civil, não abraçando a vítima em uma questão pós-processual. Desta forma, a insegurança da vítima em denunciar tem grande fundamento na incerteza de

como subsistirá sua segurança pessoal e garantia de permanência no emprego, se viável.

Não raros são os casos em que se tem notícia de que após uma denúncia de assédio sexual a funcionária acabou demitida ou por “demitir-se”. Surgem na esfera de trabalho da vítima dois grandes problemas com a denúncia do crime: o medo de sofrer violência (física e psicológica), humilhação, desprezo, *bullying* e perseguição por parte dos superiores e outros colegas de trabalho; e o medo de ser demitido e acabar por perder seu meio de subsistência.

A legislação protege a vítima, *a posteriori*, melhor dizendo, busca ressarcir-la em esfera civil caso alguma destas situações ocorra, mas o tempo jurisdicional perdido até a efetiva reparação do dano pode causar problemas e instabilidade inimagináveis na vida da vítima, podendo levá-la não só a perdas materiais como a um extremo transtorno psicológico.

Além de tudo, ainda que condenado a ressarcir o dano na esfera civil, é preciso ressaltar que, na esfera penal, o crime de assédio sexual tem pena máxima de 2 (dois) anos, considerado meramente um crime de menor potencial ofensivo. Pode ainda, ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou duas penas restritivas de direito.

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

[...] § 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. (Código Penal, 1940)

Além disso, ainda está sujeita à suspensão condicional da pena:

Art. 77. A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998). (Código Penal, 1940).

Tem-se ainda, a questão de reconhecimento por parte da vítima da situação em que está vivendo. A alienação da mulher ao não saber que está sendo violada dificulta o reconhecimento do crime e por conseguinte sua denúncia. O assédio sexual tem um problema que é a falta de entendimento de que ele é uma violência. (Juliana de Faria, fundadora da ONG Think Olga).

Assim, constata-se a existência de uma gama de motivos em que a ineficácia do meio jurídico em não só ressarcir a vítima como de fato protegê-la pode causar o distanciamento desta em provocar a jurisdição em busca da tutela de seus direitos.

5.1. A proteção do agressor

Ao afastar as questões culturais particulares de cada país e imergir na situação atual do nosso país. "No país onde vivo, o Brasil, ser homem ou ser mulher não determina só uma questão de sexualidade, determina também a posição na sociedade. E o Brasil é um país extremamente machista." (RUFFATO, 2015)

Na boca do homem o epíteto "fêmea" soa como um insulto; no entanto, ele não se envergonha de sua animalidade, sente-se, ao contrário, orgulhoso se dele dizem: "É um macho!" O termo "fêmea" é pejorativo, não porque enraíza a mulher na natureza, mas porque a confina no seu sexo. (BEAUVOIR, 1970, p. 25)

A mulher enfrenta como mais um obstáculo a denúncia do crime, o machismo. A conduta da vítima de assédio sexual é questionada pela sociedade, levantando-se suspeitas sobre sua idoneidade, causando ainda mais transtornos e traumas psicológicos.

Por exemplo, uma mulher que goste de abraçar os colegas do trabalho e faça brincadeiras de teor sexual, que use roupa decotada, seria logo marcada como tendo uma postura que indica que ela permitiria ser abraçada de forma indelicada e que lhe fossem contadas piadas de caráter sexual, contra a sua vontade, por pessoas que com quem não tivesse afinidade sem que isto constituísse uma importunação (PAMPLONA FILHO, 2001).

No entanto, segundo Mena (2004), é equivocado pensar que é o comportamento da mulher que motiva o agressor, uma vez que ao se incomodar com as agressões sofridas, mesmo que as mulheres mudem suas atitudes, os ataques não cessam. É mister dizer que os ataques respondem muito mais ao exercício de dominação cultural e a uma manifestação de masculinidade hegemônica do que às necessidades sexuais do ofensor, de modo que as vítimas incluem desde crianças a anciãs, o que torna a alegação sem fundamento (CRUZ PÉREZ, 2007).

6. CONCLUSÃO

O presente estudo objetivou a explanação acerca do crime de assédio sexual, baseado na doutrina jurídica atual, a qual engloba a legislação brasileira e a jurisprudência pátria, conceituando e fundamentando sobre o tema, suas características e existência nos planos das esferas civil, criminal e trabalhista.

Para tanto, a pesquisa se iniciou dispondo sobre a caracterização das condutas que configuram o assédio sexual, as diversas formas de ser praticado, as relações em que pode ocorrer, ainda que não inserido no respaldo jurídico do âmbito penal.

Ademais, o estudo adentrou na esfera do crime propriamente dito, que o vincula exclusivamente às relações de trabalho. Faz uma análise detalhada da redação do delito apresentando os requisitos necessários para o enquadramento do *caso in concreto* na figura penal, trazendo à tona as diversas falhas existentes que deixam de abarcar diversas situações vividas pelas vítimas, que acabam por não ter respaldo jurídico em âmbito penal.

Relata também, valendo-se da análise anterior, os diversos motivos pelos quais as vítimas acabam por não movimentar a máquina judiciária em busca de proteção e reparação do dano.

O objetivo do trabalho, portanto, foi explanar sobre os obstáculos para denunciar o assédio sexual nas relações de trabalho no que tange às dificuldades de enquadrar as situações vivenciadas pelas vítimas nos casos reais, dentro da tipificação penal, já que grande parte da delimitação da existência do crime, como os elementos para a sua caracterização ficam a critério do juiz a quo, elencando ainda, os motivos que afastam a vítima de denunciar o assédio sexual pelo qual está vivendo, em razão do difícil enquadramento do agressor, da difícil comprovação da existência do crime, do medo que a sociedade coloque em questionamento a idoneidade moral da vítima, da baixa proteção oferecida a esta durante e após o processo, e, quando condenado o agressor, da baixa punibilidade imposta sobre ele.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEAUVOIR, Simone. **O segundo sexo: Fatos e mitos**. 4. Ed. Vol. I. São Paulo: Tradução Sérgio Milliet. 1970.

BITTENCOURT, Julinho. **DataFolha: 42% das mulheres dizem ter sofrido assédio sexual**. **Revista Forum**. 2017. Disponível: < <https://revistaforum.com.br/politica/datafolha-42-das-mulheres-dizem-ter-sofrido-assedio-sexual/> > acesso em: 29/10/2019.

BOURDIEU, Pierre. **A distinção: crítica social do julgamento**. São Paulo: Edusp; Porto Alegre, RS: Zouk, 2003.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

HIRIGOYEN, Marie France. **Cualquiera puede ser víctima de um Perverso**. Entrevista concedida a Ana Laura Pérez da redação do jornal Clarín. Argentina. 2000. Disponível: https://www.clarin.com/opinion/puede-victima-perverso_0_SkGx3xjgAKe.html. Acesso em: 19/10/2019.

KISHORE, Bindhu. **Bullying of Female Employees at Workplace**. Review of HRM. Vol. 4.2015, p. 19-24.

MAGALHÃES, Maria José. Assédio Sexual: "Um problema de direitos humanos das mulheres" *In* Ana Isabel Sani (coord.). Temas de vitimologia: realidades emergentes na vitimação e resposta sociais, pp. 101-113, Coimbra: Almedina. 2001.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **O assédio sexual na relação de emprego**. São Paulo: Ltr. 2001.

RUFFATO, Luiz. "**O Brasil é um país extremamente machista**": entrevista com **Luiz Ruffato**. Entrevista concedida a Christian Grünngel e Doris Wieser. 2015. Disponível: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2316-40182015000100383. Acesso em: 01/11/2019.

SOUSA, Diana. **O assédio Moral no Local de Trabalho**. Dissertação de Mestrado. Universidade do Minho, Portugal. Disponível: Repositório Universidade do Minho. 2016.

SOUSA, Mariluc. **Mulheres vítimas de assédio sexual: dez mulheres, dez histórias**. Portugal. 2018. Disponível em: http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/58910/1/9_DissertacaoCorrigida_PG33270_MarilucSousa.pdf. Acesso em: 14/11/2019.