BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 927

(Ano XI)

(12/10/2019)

ISSN - 1984-0454

BRASÍLIA - 2019

Boletim Conteúdo Jurídico - ISSN – 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

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

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico
Publicação semanal em formato digital
Circulação: Livre. Acesso aberto e gratuito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

COLUNISTA DA SEMANA

Breve exame da PEC nº 45/19 de autoria do Deputado Baleia Rossi

08/10/2019 | Kiyoshi Harada.....08

ARTIGOS

Alimentos e o pagamento de prestação alimentícia na maioridade
11/10/2019 | Mariana Freitas de Souza Barba 11

Direito ao esquecimento: conflito entre os direitos da personalidade - caso Chacina da Candelária e Aída Curi
11/10/2019 | Maria Eduarda Almeida Barros 27

A eficiência das medidas socioeducativas na reintegração social do adolescente em conflito com a lei
11/10/2019 | Daniella Gatto Ribeiro 46

O poder cautelar da autoridade policial e o ato de relaxamento de detenção
11/10/2019 | Hilke Carlayle de Medeiros Costa 69

A aplicabilidade da arbitragem como método resolutivo de conflito da Administração Pública
11/10/2019 | Gabriel Bastos de Castro 90

Ação de impugnação de registro de candidatura.
11/10/2019 | Alexsandro Yuri Maria Venzo 139

A inconstitucionalidade da remessa necessária frente o princípio da celeridade processual
11/10/2019 | Caroline Ayder Mota 173

Prisão após a segunda instância e presunção de inocência: constitucionalidade ou inconstitucionalidade
11/10/2019 | Renata Adrianne Gomes de Souza 196

Reforma Trabalhista - Lei 13.467/2017:o teletrabalho e a flexibilização na relação de emprego

11/10/2019 | Daniela Hayden da Silva Barroso 217

Alienação parental: suas consequências e efeitos jurídicos na responsabilidade civil
11/10/2019 | Layla da Silva Farah 234

Reeleição dos titulares do Poder Executivo federal, estadual e municipal
11/10/2019 | Suelen Nascimento Bezerra 251

O sistema prisional e a ineficácia frente a reinserção do infrator à sociedade
11/10/2019 | Gabriel Menezes Medeiros 264

Crise de um paradigma civilizatório e a conscientização da preservação do meio ambiente
11/10/2019 | Paola Souto Maior 288

Direito penal: progressão de regime e suas consequências sociáveis
11/10/2019 | Adriele da Silva Vasconcelos 296

Os danos decorrentes das doenças ocupacionais advindas da relação do trabalho e o posicionamento dos Tribunais
11/10/2019 | Risia Damares Ramos Pinto 322

Violência obstétrica e as consequências à dignidade psicológica da mulher
10/10/2019 | Marilyn Kate Ferreira de Souza 340

Evolução dos critérios na resolução da tributação entre o ITR e IPTU: o problema da bitributação
10/10/2019 | Raimundo Mathias de Souza Netto 361

A influência da mídia nas decisões do juiz penal
10/10/2019 | Camila Mayara Figueira Camelo 393

A importância do acompanhamento psicológico às crianças que vivem sob guarda compartilhada em famílias de classes sociais distintas
10/10/2019 | Maria Luiza Fonseca Pinto 408

As cláusulas e práticas abusivas nos empréstimos consignados, com foco na lesividade aos idosos
10/10/2019 | Silvia da Silva Souza 423

Os direitos dos trabalhadores: uma análise sobre os empregados em empresas privadas, falências, retrocessos e conquistas
10/10/2019 | Alex de Oliveira Melo 442

A aplicação do princípio da insignificância pela Autoridade Policial

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

10/10/2019 | Andrew Rebouças de Aguiar 462

O valor argumentativo e suas implicações na dinamização do ônus da prova no processo eleitoral
10/10/2019 | Kelen Aparecida Vasconcelos Pinto 475

O direito ao esquecimento: conflito de direitos fundamentais, liberdade de informação e expressão x proteção da memória individual e privacidade
10/10/2019 | Suzana Monteiro de Oliveira 495

Evolução da legislação antidrogas no Brasil: aspectos penais e processuais
10/10/2019 | Felipe Aleixo Maquiné Corrêa 512

Direito a Educação - A responsabilidade do estado no direito à educação
10/10/2019 | Diana Paixão Costa de Oliveira Costa 526

Acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro
10/10/2019 | Juliana Geovana Lasmar de Oliveira 573

Aplicabilidade da imunidade religiosa nos terreiros de umbanda
10/10/2019 | Victor Teixeira Tavares 591

A síndrome da alienação parental (sap): sob o viés Direito
10/10/2019 | Daniele Cristina Bentes Rodrigues 604

Animais não humanos como titulares de direitos no ordenamento jurídico
10/10/2019 | Gabriella Valente Sampaio 624

Direito eleitoral e as novas regras do marketing político eleitoral
10/10/2019 04:18 | Marco Bruno Caranha Nunes Freitas 639

A pena de morte no Brasil e os valores que legitimam sua proibição
10/10/2019 | Húrsulla Letícia Garcia Cunha 654

Assassinatos em série no ordenamento jurídico brasileiro: Aplicabilidade da lei penal aos serial killers
10/10/2019 | Mauro Menezes de Macêdo Junior 668

Fake news: análise acerca da necessidade de responsabilização criminal pela conduta da divulgação de notícias falsas
09/10/2019 | Iasmin Queiroz Correa 683

Isenção tributária para pessoas com deficiência ou grave doença: análise da isenção tributária como garantia da dignidade humana
09/10/2019 | Rosália Guilherme Cavalcante 701

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A proporcionalidade da causa de aumento de pena do Art. 121, §7º, II em cotejo com a previsão de majorante do Art. 121, §4º, presentes no Código Penal
09/10/2019 | Francisco Kennedy Nogueira de Morais.....718

A guarda compartilhada como forma de previnir e inibir a alienação parental
09/10/2019 | Francisca Andrea Pinheiro Leite 749

Combate à pedofilia: análise das inovações jurídicas do Código Penal (incluído pela Lei nº 13.772, de 2018 e pela Lei nº 12.015, de 2009)
09/10/2019 | Bhianca Katriny Rodrigues da Silva 776

Imunidade parlamentar e o foro por prerrogativa de função no contexto jurisprudencial atual
09/10/2019 | Leonardo de Oliveira Santos 795

Adoção no Brasil: um estudo sobre adoção por casais homoafetivos
09/10/2019 | Rosilene Soares Fernandes Rocha 811

A influência do marketing eleitoral nas decisões de voto
09/10/2019 | Salomão José Israel Marinho 831

Custas processuais pelo beneficiário da justiça gratuita: o art. 844, §§ 2º e 3º da CLT e a violação ao princípio do acesso à justiça
09/10/2019 | Aline Rebouças Lopes Freitas 848

Sistema carcerário brasileiro: a problemática da reinserção do egresso
09/10/2019 | Linisberto Sampaio de França Filho 868

O cabimento do mandado de segurança em matéria eleitoral
09/10/2019 | Amanda Taisa Maia Pacifico 894

Breves considerações sobre processo de adoção à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente
08/10/2019 | Hanna Caroline de Souza Mendonça 905

A violência obstétrica na hora do parto à luz da Constituição
08/10/2019 | Lais Aparecida Gomes de Arruda 918

A responsabilidade do banco pelos prejuízos decorrente do assédio moral provocado pelos clientes aos trabalhadores bancários.
08/10/2019 | Selma Regina de Freitas Videiro 929

Judicialização e a criminalização da homofobia
08/10/2019 | Sthefanie Pantoja Castro dos Santos 948

A crise de representatividade e a democracia deliberativa como alternativa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

08/10/2019 | Raissa da Silva Santos Amaral

Liquidação de sentença e a contribuição previdenciária das empresas optantes pelo Simples na execução trabalhista
08/10/2019 05:59 | Francisco Fernandes Vieira Filho 990

A efetividade do acesso à justiça no Brasil e o papel dos meios alternativos de solução de conflitos
08/10/2019 | Francisco Felipe Aguiar Araújo 1010

Avanços do processo de adoção no ordenamento jurídico brasileiro: enfoque nas inovações advindas da Lei n° 13.509/17
08/10/2019 | Maria Julia Caroline Cleto Freire 1024

Possibilidade de agravo de petição nas decisões de exceções trabalhistas de pré-executividade
08/10/2019 | Marcos Gabriel Tinoco Gomes Franchi 1046

Medida de segurança, e a ressocialização de detentos acometidos de transtorno mental
08/10/2019 | Isabella Picanco Ferreira 1065

Psicopatia e o direito penal brasileiro: a imputabilidade do serial killer
08/10/2019 | Márcia erica Felipe Marins 1087

O psicopata e a lei: tratamento penal do criminoso psicopata no Brasil

08/10/2019 | Fernanda Cavalcanti Lins 1106

O Sistema Bacenjud nas execuções trabalhistas, em desfavor do empregador doméstico
08/10/2019 | Georgia Barbosa da Cunha 1123

Improbidade Administrativa por Prática de Propaganda Eleitoral Irregular
08/10/2019 | Josyneiva Alves de Alencar 1146

Direito de desconexão do trabalho: uma análise do impacto da conexão excessiva na saúde mental do trabalhador à luz dos direitos fundamentais
08/10/2019 | Amanda Rebouças Lopes Freitas 1172

Meio ambiente do trabalho: a caracterização da depressão como doença ocupacional
08/10/2019 | Adilson Oliveira de Souza 1202

Direito Constitucional: A intervenção judicial do Estado na saúde suplementar.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

07/10/2019 | Antonio Wemenson da Cruz Rodrigues 1221

Prós e contras da propaganda antecipada no Direito Eleitoral
07/10/2019 | Wanderley Pinheiro da Silva Junior 1236

O rompimento das relações pessoais e o destino do animal de estimação: divisão de bens ou guarda?
07/10/2019 | Giovanna Morais Ferreira Barbosa 1253

Racismo ambiental sob a ótica do direito e a psicologia ambiental
07/10/2019 | Angelica de Oliveira Fontinele 1268

Início da personalidade jurídica do nascituro: análise legal e doutrinária para a proteção de seus direitos
07/10/2019 | Ketlyn Francyele Lima da Silva 1295

O papel do Ministério Público Federal no combate ao trabalho em condições análogas ao de escravo no caso Fazenda Brasil Verde
07/10/2019 | Carlos Reignier Braga de Almeida 1311

A constitucionalidade da ação de impugnação de mandato eletivo
07/10/2019 | Izabele Gouvea Lima 1326

A crise no sistema prisional brasileiro e os desafios da ressocialização
07/10/2019 | Maria Perluciana Pereira Melo Araújo 1344

Um estudo sobre os conflitos ocasionados pela prática da alienação parental em Manaus
07/10/2019 | Débora Brandão de Souza 1368

Ineficácia das medidas protetivas no âmbito da Lei Maria da Penha nº. 11.340/2006
07/10/2019 | Mayara Sampaio da Costa 1384

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

BREVE EXAME DA PEC Nº 45/19 DE AUTORIA DO DEPUTADO BALEIA ROSSI

KIYOSHI HARADA: Advogado em São Paulo (SP). Mestrado em Teoria Geral do Processo pela Universidade Paulista(2000). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP. Professor de Direito Tributário, Administrativo e Financeiro. Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Presidente do Centro de Pesquisas e Estudos Jurídicos. Membro do Conselho Superior de Estudos Jurídicos da Fiesp. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo.

Essa proposta de Reforma Tributária promove a fusão de tributos incidentes sobre o consumo, abarcando o PIS, a COFINS, o IPI, o ICMS e o ISS para formar o imposto sobre Operações de Bens e Serviços - IBS - de competência da União.

Continuam intocáveis os tributos vigentes a serem arrecadados simultaneamente com o novo imposto ao longo de dez anos até que se faça a substituição dos tributos afetados pela PEC.

Portanto, a reforma proposta é parcial, mas ela desmonta o Sistema Tributário Nacional vigente fazendo ruir por terra conceitos tributários construídos pela doutrina e pela jurisprudência ao longo desses 31 anos.

O pior defeito dessa PEC é que, ao retirar dos Estados e dos Municípios os impostos de sua maior arrecadação, afronta a forma federativa do Estado protegida em nível de cláusula pétrea (art. 60, § 4º, I da CF).

De fato, suprimir o ICMS que representa 88% da arrecadação tributária estadual, bem como, retirar o ISS, responsável por 43%% da arrecadação tributária Municipal é atentar contra o princípio federativo. Acrescente-se que o Estado perde indiretamente a sua participação do produto de arrecadação do IPI, da mesma forma que o Município perde, também, essa mesma participação, além de ver suprimida sua participação de 25% no produto de arrecadação do ICMS. Evidente, pois, que essa PEC enfraquece a autonomia em independência dos Estados e Municípios que no entender da suprema Corte equivale à medida "tendente a abolir a forma federativa de Estado" (ADI MC 926-5).

Sabedor desse fato o autor da proposta previu um prazo de 50 anos para a União repor a perda arrecadatória dos Estados. Nada dispõe acerca de prejuízos sofridos pelos Municípios, porque o autor da PEC nº 45 desconhece que o Município integra a Federação Brasileira como ente político independente e autônomo, e não como uma simples circunscrição administrativa do Estado, como acontece nos países europeus, de onde foi importada a idéia do IVA, com o nome de IBS.

Ora, não é razoável e nem racional provocar a quebradeira dos Estados-membros para ao depois promover a sua recuperação ao longo de 50 anos que, com toda certeza, transformar-se-á em uma guerra de 100 anos dado o notório dinamismo dos fenômenos econômicos a inviabilizar qualquer planejamento ao longo prazo.

Procurando conferir caráter nacional a este imposto federal a PEC nº 45 acena com um Comitê gestor formado por representante da União, dos 27 Estados e dos 5.600 Municípios que promoverá a fiscalização, arrecadação e a partilha do produto de arrecadação do IBS, na forma da lei complementar, conferindo-lhe, também, o poder normativo.

E considerando o longo período de transição de um regime para outro, sendo os dois primeiros anos na base de acerto/erro, pode-se vislumbrar, desde logo, o cipoal de normas a serem produzidas em escala industrial por esse Comitê Gestor, decuplicando o nível de complexidade da legislação tributária.

Na verdade, o autor da proposta partiu do pressuposto de que, na prática, a União será o único gestor desse imposto novo por ser a titular da competência tributária. Tanto é que para a representação extrajudicial esse Comitê Gestor deverá ser composto por representantes pertencentes ao quadro de fiscalização (auditores, agentes fiscais de rendas e inspetores fiscais), ao passo que, para a representação judicial ele deverá ser composto por servidores públicos detentores do poder de postular em juízo (Procuradores fiscais). Seriam, portanto, dois Comitês Gestores.

No mais, essa PEC de nº 45 suprime doze preceitos constitucionais e em seu lugar cria 140 preceitos novos. Além disso, introduz 40 conceitos novos em matéria tributária.

Se considerarmos que o STF levou mais de duas décadas para assentar em definitivo o conceito sobre "circulação de mercadorias", pode-se imaginar o enorme tempo necessário para pacificar mais de 40 novos conceitos.

Apesar de os defensores desse PEC nº 45 afirmarem que ela é baseada no modelo europeu, dela difere em seu ponto fundamental que diz respeito à flexibilização das alíquotas para os diferentes setores da atividade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A proposta em discussão na Câmara Federal fixa uma alíquota base de 25 % para todos os bens e serviços, afetando violentamente a capacidade contributiva dos rurícolas que passarão a pagar o IPI. Os mais atingidos serão os prestadores de serviços que serão onerados em cerca de 300% pela inclusão do IPI e do ICMS. Os profissionais liberais sofrerão um aumento de cerca 693% por conta da inclusão do PIS/COFINS, além do IPI e do ICMS. Onde a apregoada justiça fiscal?

E mais, a PEC nº 45 veda o incentivo fiscal de qualquer espécie, conspirando contra o art. 151 da CF que visa a redução gradual das desigualdades socioeconômicas entre as diferentes regiões do País objetivando a integração nacional e consequente fortalecimento do Poder Nacional.

A reforma tributária é urgente e necessária, para simplificar e reduzir a incrível carga burocrática que tanto emperra as atividades econômicas. Só que não se pode em nome da simplificação destruir a forma federativa do Estado e colocar de cabeça para baixo o Sistema Tributário Nacional esculpido, com maestria, pelo legislador constituinte originário.

Na verdade, a complexidade do Sistema Tributário vigente reside no plano infraconstitucional que pode ser resolvida por leis, ordinária e complementar. No plano constitucional basta simples emendas pontuais, quer para explicitar o conteúdo das normas de natureza tributária, quer para prevenir a formação de jurisprudência atentatória ao Sistema Tributário Nacional como um todo, por meio de interpretações tangenciais.

Positivamente, essa, auto denominada, Reforma Tributária precisa ser repensada, não podendo ser deliberada e aprovada a toque de caixa como pretendem seus defensores.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ALIMENTOS E O PAGAMENTO DE PRESTAÇÃO ALIMENTÍCIA NA MAIORIDADE

MARIANA FREITAS DE SOUZA BARBA: Bacharelanda no curso de Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA.

BERNARDO SILVA SEIXAS

(Orientador)

RESUMO: Sabe-se que o pagamento de pensão alimentícia é um dever absoluto e incontroverso imposto aos pais enquanto os filhos são menores de idade, no qual se extingue com a maioridade. No entanto, mesmo com a cessação da menor idade, o filho pode permanecer com seu direito aos alimentos, baseando-se então, no vínculo de parentesco, como visto no artigo 1.694 do Código Civil, instituindo assim que a família é a base da sociedade, portanto merecendo proteção do Estado. Observando o artigo 1.635, III, do Código Civil, a obrigação pode persistir se comprovado que os filhos não têm condições de se sustentar. Assim, fundamenta-se no princípio do binômio necessidade-possibilidade, para que seja definido o direito a prestação alimentar na medida da necessidade do alimentado e possibilidade do alimentante. Visto que a legislação atual não estipulou prazo final para a obrigação do pai de prestar alimentos para filhos maiores, surgem divergências tanto jurisprudenciais quanto doutrinarias a respeito. A elaboração do artigo utilizou o método analítico descritivo, através da técnica de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Ademais, conclui-se que os maiores tendem a ter seus pedidos deferidos desde que este o prove necessário ou que sirva para sua formação em nível superior.

Palavras-chave: Ação de alimentos; Filhos Maiores; Binômio Necessidade/Possibilidade;

ABSTRACT: In this sense, it's known that the payment of child supportis a indisputable obligation imposed to the parents while the children are underage and extinguishes with the legal age. However, even with the cessation of the minor age, the son can keep his right to the alimony, based on the kindship bond, as seen on the article 1.694 of the civil code, establishing the Family as the basis of the Society, thefore deserves state protection. In the light of the article 1.635, III, of the civil code, the obligation can persist IF proven that the children can not provide for themselves. Therefore, is based on the principle of the binomial necessity-possibility, to define the right of alimony by the necessity of the child and to the possibility of the provider. Given that in the current legislation there is no final date for the father to fulfill his alimony obligations with his over age child, differences about the subject matter arise both in jurisprudence and in doctrine. The elaboration of the article

used the descriptive analytical method, through the technique of bibliographic and jurisprudential research. Conclude that the major can adopt their deferred requests, as long as it is necessary or suitable for their trainig at the higher
Keywords: Alimony; LargerChildren; Necessity / Possibility Binomial;

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca analisar, entre as várias situações do Código Civil, no âmbito da família, a propositura de solicitação de alimentos para filhos que atingiram a maioridade civil e possuem capacidade plena. Sabe-se que o pagamento de pensão alimentícia é um dever incontestável imposto aos pais enquanto os filhos são menores de idade. Com o nascimento da prole, surge o poder familiar, o qual se extingue com a maioridade.

No entanto, após a maioridade completa surgem abundantes questionamentos quanto ao dever dos pais de continuar sustentando os seus filhos. Entende-se que essa obrigação deve permanecer até a formação da prole no ensino superior. O indivíduo, assim desenvolvido, deve buscar por si só a conservação de sua vida com os recursos obtidos de seu próprio esforço. Entretanto, algumas circunstâncias, sejam elas momentâneas ou permanentes, como por exemplo, doenças, inabilitação para o trabalho ou incapacidade de qualquer outra espécie, colocam o adulto diante de uma situação em que não consegue suprir a sua vida. É a partir desse princípio que surge precisamente a obrigação alimentar, que traz a necessidade de proteção do adulto, em razão de circunstâncias excepcionais, transformando o dever moral de assistência em obrigação jurídica de alimentos.

Dessa forma, o dever de solidariedade claramente definido que dá nascimento a uma obrigação alimentar tem, no agrupamento família, o local em que ocorre expressivamente esta solidariedade, pois os membros de uma mesma família são unidos por vínculos de afeição e de interesses particularmente fortes. Neste sentido, a obrigação alimentar é uma característica da família moderna, pois decorre de uma manifestação de solidariedade econômica existente entre dois membros de um mesmo grupo.

Ocorre que, a legislação vigente não determina claramente o termo final da obrigação de pagar os alimentos, o que leva a doutrina e jurisprudência a tentar resolverem esse impasse.

1. CONCEITO DE ALIMENTOS

No direito, a concepção de alimentos é bem extensa, onde a palavra não significa somente alimentos propriamente ditos, mas também qualquer necessidade básica que o ser humano possui para viver em sociedade.

De acordo com Cahali, (1993, p.13):

> Adotada no direito para designar o conteúdo de uma pretensão ou de uma obrigação, a palavra "alimentos" vem a significar tudo que é necessário para satisfazer aos reclames da vida, são as prestações com as quais podem ser satisfeitas as necessidades vitais de quem não pode provê-las por si; mais amplamente, é a contribuição periódica assegurada a alguém, por um título de direito, para exigir para de outrem, como necessário à sua manutenção.

Os alimentos, na linguagem jurídica, possuem significado bem mais amplo do que o sentido comum, compreendendo, além da alimentação, também o que for necessário para moradia, vestuário, assistência médica e instrução. Os alimentos, assim, traduzem-se em prestações recorrentes fornecidas a alguém para suprir essas necessidades e assegurar sua subsistência.

A Constituição Federal/88, em seu artigo 227, destaca que "é dever da família assegurar à criança e ao adolescente o direito à vida, à saúde, à alimentação entre outros".

Yussef Said Cahali (2002, p.16) diz que alimentos são as "prestações devidas, feitas para quem as recebe possa subsistir, isto é, manter sua existência, realizar o direito à vida, tanto física (sustento do corpo) como intelectual e moral (cultivo e educação do espírito, do ser racional)".

Assim sendo, o bem jurídico tutelado ao se falar em alimentos se dispõe a própria vida do alimentado, vida a qual deve ser conferida a dignidade prevista constitucionalmente.

De acordo com Rodrigo da Cunha Pereira (1997, p.3):

> "Em consonância com as diretrizes constitucionais que determinam a prevalência de uma vida digna à pessoa humana, os alimentos se consubstanciam em um instituto de direito de família que visa dar suporte material a quem não tem meios de arcar com a própria subsistência. Relaciona-se não apenas ao direito à vida e à integridade física da pessoa, mas, principalmente, à realização da Dignidade Humana, proporcionando ao necessitado condições materiais de manter sua existência. Seu conteúdo está expressamente atrelado à tutela da pessoa e à satisfação de suas necessidades fundamentais."

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

É também fundamento do dever de alimentos o princípio constitucional da solidariedade, este fixado no artigo 3º, I e III.

A fundamentação do dever de alimentos se encontra principalmente no princípio da solidariedade, ou seja, a fonte da obrigação alimentar são os laços de parentais que ligam as pessoas que constituem uma família, independentemente de

No que tange à natureza jurídica do direito à prestação de alimentos, podem ser definidos como sendo naturais, cíveis e compensatórios.

1.1 NATUREZA DOS ALIMENTOS

No tocante da natureza jurídica dos alimentos naturais, de acordo com o artigo 1.694 do Código Civil (BRASIL) "podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação".

Portanto, subentendem-se alimentos naturais consistem em prestações que suprem as necessidades primárias do indivíduo, como educação, vestimenta, saúde, moradia e tudo aquilo que é necessário para a manutenção da vida, preservando a mesma condição social do alimentante. Podem ser chamados também de alimentos necessários.

Já os alimentos cíveis tratam da manutenção da condição social e status da família, ou seja, a condição anterior da pessoa. Estes podem ser chamados de alimentos côngruos, isto é, convenientes a que incluem os meios suficientes para a satisfação de todas as outras necessidades básica do alimentando, segundo a possibilidade do alimentante. Abrangem também outras necessidades intelectuais e morais, como o laser e a educação. Neste sentido à natureza jurídica, convém ressaltar o § 2 do artigo 1.694 que dispõe que "os alimentos serão apenas os indispensáveis à subsistência, quando a situação de necessidade resultar de culpa de quem os pleiteia". Sendo assim, se por inércia do credor dos alimentos, estes devem ser fixados buscando eliminar a finalidade estímulo a ociosidade.

Os alimentos compensatórios são a prestação pecuniária devida por um dos cônjuges a outro, na ocorrência de ruptura do vínculo de casamento ou da união estável, visando restabelecer o equilíbrio financeiro que vigorava antes da referida ruptura, quando há regime de separação total de bens estipulado no artigo 1.687 do Código Civil Brasileiro de 2002, este diz que "Estipulada à separação de bens, estes permanecerão sob a administração exclusiva de cada um dos cônjuges, que os poderá livremente alienar ou gravar de ônus real".

Deve-se frisar que o pagamento dos alimentos, não deriva da intenção em estimular a inércia do alimentando, visto que a obrigação alimentar é uma tentativa

de proteger aquele que por motivos diversos, sendo estes físicos ou psíquicos, não possui a capacidade se manter pelo seu próprio sustento. Assim, o direito dos alimentos tem como atributo garantir o mínimo existencial.

2. PODER DE FAMÍLIA E A OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

Os alimentos servem para atender as necessidades de sobrevivência e engloba tudo o que é necessário para que a pessoa viva com dignidade. No Direito de Família, a obrigação alimentar deriva do poder familiar, do vínculo de parentesco e da dissolução do casamento ou da união estável.

Segundo a Constituição Federal (artigo 229), "os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade". (BRASIL, 1988)

Estes têm obrigação de garantir aos filhos condições para um desenvolvimento apropriado em todos os níveis, criando os filhos menores, educando-os e auxiliando-os no que for preciso. A obrigação dos pais decorre do poder familiar, compete-lhes o dever de sustento dos filhos menores. Cessado o poder familiar, pela maioridade ou emancipação, termina o ciclo do dever de sustento e começa o vínculo da obrigação alimentar, cuja necessidade deve ser comprovada.

Para conceder os alimentos é preciso verificar se os requisitos legais estão presentes e cada caso é analisado de maneira pormenorizada para se detalhar a forma do pagamento, os valores, as atualizações e principalmente o tempo de duração da obrigação alimentar. O pressuposto básico das pensões alimentícias é o binômio necessidade/possibilidade, ou seja, comprova-se a necessidade de quem as recebe e a possibilidade de quem as paga.

O artigo 1695 do Código Civil de 2002 destaca o princípio básico da obrigação alimentar pelo qual os alimentos devem ser fixados de acordo com as necessidades do reclamante e as possibilidades do reclamado, complementado pelo artigo 1694. Além disso, é preciso provar a existência de parentesco, vínculo conjugal ou companheirismo entre as partes.

A obrigação alimentar possui tamanha relevância que a Constituição Federal admite a prisão do devedor de alimentos (artigo 5º, inciso LXVII), porém essa medida coercitiva para obrigar o pagamento não exime o devedor do pagamento da prestação.

2.1 O DEVER DO SUSTENTO

O dever de sustento deriva do poder familiar, situação em que os pais ou responsáveis têm direitos sobre os filhos ou tutelados, contudo o Estatuto da Criança e do Adolescente, dispõe:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Art. 20. 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.

Sobre tal exceção, o Código Civil de 2002 dispõe no artigo 1694:

> Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

A Constituição Federal de 1988 também impõe um dispositivo relativo à questão:

> Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

É claro a preocupação do Estado com os deveres entre pais e filhos, ao impor tais obrigações de alimentar, sendo eles fixados na proporção das necessidades do alimentando e dos recursos do alimentante, de forma que é um dever.

Assim expõe o Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, José Antônio de Paula Santos Neto (1994, p. 110):

> A precariedade da condição econômica do genitor não tem o condão de exonerá-lo dessa obrigação, que subsiste sempre enquanto perdurar o pátrio poder, mesmo que já estando o filho, pela sua idade, apto para o trabalho em face da legislação específica.

É cogente salientar que os pais, mesmo em situação de precariedade financeira, não estão excluídos da obrigação de prestação alimentar, visto que é dever dos pais o sustento para os filhos menores. No caso de filhos maiores de 18 anos, se utiliza como parâmetro a relação de parentesco que decorre da obrigação alimentar, uma vez que o filho maior de idade não é abrangido pelo fator do poder familiar.

3. PAGAMENTO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA PARA FILHOS MAIORES

Os devedores de pensão alimentícia muitas vezes trazem consigo a errônea ideia de que a maioridade dos credores é o marco para extinguir automaticamente a obrigação alimentar, no entanto estão extremamente equivocados, visto que há outras possibilidades da continuação do pagamento da pensão alimentícia.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Não obstante esteja previsto que com a maioridade cesse o dever de sustento dos pais para com os filhos, à luz do artigo 1.635, III, do Código Civil, a obrigação pode persistir se comprovado que os filhos não têm condições de se sustentar. A partir do momento em que cessa o poder familiar, o fundamento da prestação alimentar passa a se dar pelo vínculo de parentesco, entre os outros requisitos que serão demonstrados.

Desse modo, constata-se que, enquanto na menoridade não é necessário comprovar a necessidade dos alimentos, na maioridade esta prova é obrigatória para que o filho continue tendo direito ao sustento dos pais, enquanto estudar e até adentrar ao mercado de trabalho.

O poder legal de controle dos filhos cessa quando acaba a menoridade deles, e isso ocorre aos dezoito anos (Art. 5º, caput, e 1635, III, do Código Civil de 2002). Portanto, de acordo com tais dispositivos, os pais não estão mais obrigados a prestar alimentos aos filhos que são maiores e capazes.

Todavia, a ação de alimentos visa garantir a subsistência da pessoa solicitada como também compreende verbas para a instrução e educação. A questão educacional não deve ser restrita à faixa etária, pois filhos maiores necessitam também de instrução e educação, que deverão ser fornecidas pelos pais ou outros responsáveis.

A situação do pagamento de pensão para os filhos que atingiram a maioridade é divergente e debatida na doutrina e na jurisprudência porque inexiste regramento legal expresso que menciona o marco final do pagamento da verba alimentar. A situação fática é analisada caso a caso e a construção jurisprudencial é a fonte primordial para o deslinde da controvérsia.

De acordo com os artigos 1695 e 1696 do Código Civil, a maioridade não é exigência para a extinção de alimentos.

> Art. 1.695. São devidos os alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria mantença, e aquele, de quem se reclamam, pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento.
>
> Art. 1696 O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros. (BRASIL, 2002)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

De acordo com disposto nos artigos citados acima, quem não possui renda suficiente e está impossibilitado de se sustentar com seus próprios proventos, possui o direito de requerer mutuamente os alimentos entre pais e filhos.

O Código Civil exige um exame aprofundado da situação pelo magistrado, observando quais são as reais necessidades dos filhos e a real possibilidade dos pais, uma vez que acontecem em diversos casos de filhos que invocam a justiça peticionando alimentos sem haver a necessidade comprovada, arriscando o patrimônio dos pais, mesmo possuindo autossuficiência financeira.

Apesar disso há filhos que necessitam da prestação de alimentos para sobreviverem e continuarem seus estudos, que são cláusulas básicas de sobrevivência. Por esse motivo que a lei necessita atender seu objetivo social, concedendo direito a quem realmente os possui, após detalhada apreciação do caso concreto.

Entende-se que a pensão poderá se estender por mais algum tempo, até que o filho complete os estudos superiores ou profissionalizantes, com idade razoável, e possa prover sua própria subsistência. Nesse sentido, o artigo 1694 do presente Código sublinha que os alimentos devem atender, inclusive, às necessidades de educação. Têm se entendido que o pensionamento deve ir até os 24 anos de idade. Outras situações excepcionais, como condição de saúde, poderão fazer com que os alimentos possam ir além da maioridade, o que deverá ser examinado no caso concreto.

Portanto, a prestação de alimentos é independe da idade, contudo depende do binômio necessidade e possibilidade, observando tanto o alimentado quanto o alimentando. Em relação ao exposto, se é certo que, com a maioridade ou emancipação, cessa o pátrio poder, também é certo que, tão somente com o implemento de tal fato, não será extinto o dever alimentar, merecendo que se analise, caso a caso, o binômio: necessidade-possibilidade.

Por outro lado, é compreendido também por Yussef Said Cahali (2012, página 72):

> Ainda que o filho seja portador de habilitação profissional, mas com dificuldades de se fixar na profissão não apenas pelos embaraços naturais, para iniciação da carreira profissional, como também porque se apresenta com distúrbios de comportamento, em razão de manifestações neuróticas, justifica-se que embora sua habilidade e a conquistada habilitação teórica para uma profissão liberal, deva, então, merecer alimentos a serem suportados pelo pai, na medida suficiente para ministração do acompanhamento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> psicoterápico, com vistas a, mais tarde, capacitar o alimentando a enfrentar as dificuldades que o impedem, de presente, o início da atividade profissional".

O ônus da prova cabe ao peticionário, que fundamenta seu pedido no vínculo familiar e seu estado de necessidade, basta provar o vínculo e necessidade, enquanto isso o réu necessita demonstrar a existência de itens que impedem a sentença que defere o pedido, como sua impossibilidade financeira, ou a ausência de vínculo de parentesco em linha reta ou colateral até o segundo grau civil.

No caso de peticionário em situação de menoridade, basta comprovar tal situação, que é o requisito primordial para que receba a prestação alimentícia, que é ser menor de 18 anos de idade.

Nesta linha decidiu a Ministra Nancy Andrighi:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. EXONERAÇAO. MAIORIDADE. NECESSIDADE. ÔNUS DA PROVA. Em relação aos alimentos devidos pelos pais a seus filhos em virtude do Poder Familiar, não pairam dúvidas quanto ao ônus da prova –que pertence ao alimentante–, em relação ao binômio possibilidade/necessidade da prestação alimentícia. Isso decorre da presunção de necessidade dos filhos menores, ou incapazes, de receberem alimentos que lhes possa proporcionar, para além do sustento material, a saúde, o lazer e a educação. Nessa hipótese, o alimentante apenas pode opor a sua capacidade financeira como fator limitante do valor dos alimentos prestados, circunstância que, por óbvio, deverá provar. A cessação da menoridade, contudo, traz consigo o fim do Poder Familiar e, por conseguinte, a vinculada obrigação alimentar dos pais em relação à sua prole, remanescendo, no entanto, pela redação do art. 1.694 do CC/02, a possibilidade dos alimentos continuarem a ser prestados, agora em face do vínculo de parentesco. Nessa linha de entendimento, chega-se à solução da questão central aqui debatida, pois a continuidade dos alimentos após a maioridade, ausente a continuidade dos estudos, somente subsistirá caso haja 63 NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 2016. p. 135. 29 prova, por parte do filho, da necessidade de continuar a receber alimentos, o que caracterizará fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor-

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> alimentante, a depender da situação. RECURSO ESPECIAL Nº 1.198.105 - RJ (2010/0111457-4).

A exoneração de pensão alimentícia, pedida sempre pelo alimentante vem amparada nos pressupostos de: Primeiro aquisição de maioridade civil, segundo finalização de estudos de nível superior ou profissionalizante. O solicitante ao requerer a exoneração julga ser um momento de seu filho ou filha assumir a condição de se auto sustentar. Os casos analisados encaminham sempre nesse sentido, pois se a solicitação de alimentos se baseia na necessidade de complementação de estudos, e isto ocorrido, pode o alimentante se liberar deste pagamento. O que nos leva ao entendimento de que a função de parentesco cumpriu o objetivo de colocar seu filho ou filha aptos a conquistar um posto no mercado de trabalho.

Volta e meia, quando ocorre a maioridade civil da prole, ocorrem litígios relacionados à prestação de alimentos, visto que para que haja prorrogação em concessão de custeio ao filho, até o presente momento recém-adulto, deverá comprovar os estudos ou a incapacidade física ou psíquica. Em tal âmbito duvidoso existem precedentes positivos para que existam os alimentos para os filhos já inseridos na maioridade e que estejam no ensino superior.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul obrigou um pai a continuar prestando alimentos a uma filha de 21 anos, que já havia concluído a graduação em ensino superior, para que terminasse pós-graduação lato sensu (vide Ap. 70006854384, DOERS 07.11.2003, Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcello Chaves, in Revista Brasileira de Direito de Família-Síntese, nº23, p. 108, verbete nº 2302).

O mesmo tribunal impôs em uma decisão a obrigação de um pai a pagar pensão ao filho recém-bacharel em Direito (apesar de viver maritalmente com uma mulher) para que ele custeasse um curso preparatório para o Exame da OAB, além de frequentar um curso de aperfeiçoamento da Associação de Juízes do Rio Grande do Sul (vide AI 700011221118, Desembargador Antônio Carlos Stangler Pereira, DORS 30.08.2002, in Revista Brasileira de Direito de Família-Síntese, vol. 13, p. 126, verbete nº 1362).

Outras jurisprudências a respeito:

> TJRJ – APELAÇÃO - 0017295-81.2015.8.19.0014 - 1ª Ementa Des(a). BENEDICTO ULTRA ABICAIR - Julgamento: 09/05/2018 - SEXTA CÂMARA CÍVEL APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE EXONERAÇÃO C/C REVISÃO ALIMENTOS. FILHO MAIOR, MATRICULADO EM INSTITUIÇÃO DE ENSINO SUPERIOR. DEVER ALIMENTAR QUE SUBSISTE DECORRENTE DA

> RELAÇÃO DE PARENTESCO. REDUÇÃO DO PENSIONAMENTO DEVIDO, DIANTE DA MODIFICAÇÃO DO BINÔMIO POSSIBILIDADE E NECESSIDADE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

Neste caso, o apelante alcançou a maioridade civil, mas estava matriculado em curso superior, o que justificava a continuidade do pagamento da pensão alimentícia, a fim de não frustrar a possibilidade de ascensão profissional do alimentando. Entretanto, certo é que o alimentando possui formação para pilotar avião, estando ainda em fase de obtenção do número de horas exigidas para exercer a atividade profissional, demonstrando capacidade de trabalho por estar em plena idade produtiva. Assim, a manutenção da pensão alimentícia se impõe, mas revela-se plenamente cabível a revisão dos percentuais devidos pelo alimentante, na medida em que o pensionamento tem como fundamento o binômio possibilidade e necessidade, nos termos do art. 1699 do Código Civil. Então, foi reputado a diminuição do pensionamento devido para 11% dos rendimentos líquidos do alimentante.

> TJRJ - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 0058393-20.2017.8.19.0000 - 1ª Ementa Des(a). MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELO - Julgamento: 24/04/2018 - DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. DECISÃO AGRAVADA QUE INDEFERIU PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA A FIM DE QUE A VERBA ALIMENTAR ACORDADA PARA A FILHA SEJA REDUZIDA PARA 50% DO SALÁRIO MÍNIMO. INCONFORMISMO DO ALIMENTANTE. ALEGAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE PAGAMENTO POR ESTAR EM SITUAÇÃO FINANCEIRA DIFÍCIL E QUE A FILHA NÃO NECESSITA DE TODA A VERBA FIXADA.

No presente caso, o alimentante é empresário, cuja renda é de difícil confirmação pelo Juízo, além de ter contra si várias execuções de alimentos ofertadas pela filha. Esta estava matriculada numa instituição de ensino particular, onde cursava Direito e no decorrer do processo comprovou a necessidade da pensão, portanto julgado procedente.

3.1 PRINCIPIOS CONTITUCIONAIS

Os princípios que orientam o Direito de Família, destaca-se o princípio da dignidade da pessoa humana:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)
>
> III - a dignidade da pessoa humana.

Também há princípio da solidariedade familiar e o princípio da função social da família:

> Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; (...)
>
> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

A dignidade humana e a solidariedade são dois princípios constitucionais intrinsecamente ligados ao direito de família e aos seus institutos. Podem ser, inclusive, citados como sendo princípios garantidores de vários direitos, dentre eles, o direito a alimentos.

Primeiramente, cabe analisar o princípio da dignidade humana. Dito princípio foi trazido expressamente ao ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Com o chegada da Constituição, o respeito à dignidade da pessoa humana tornou-se um comando jurídico e, a partir daí, que a ordem jurídica brasileira se apoia e se constitui, de maneira que este princípio assegura a ordem constitucional e a democracia (BONAVIDES, 2006, p. 634 e MORAES, 2006, p. 13-14).

Também é a dignidade humana, capaz de dar origem a uma ordem política baseada nos direitos humanos, consistente no respeito a todas as pessoas de forma igualitária (HABERMAS, 2010, p.10).

Para Reis (2010, p. 81), o princípio da dignidade da pessoa humana está associado à ideia de "mínimo existencial", que consiste no conjunto de bens e utilidades necessárias para a subsistência física do indivíduo, ao mesmo tempo em que pretende assegurar a todos a integridade e a autodeterminação, sem que nenhuma pessoa seja alijada da sociedade.

Neste sentido, pode se dizer que para a preservação da dignidade da pessoa humana, é indispensável garantir condições justas e adequadas de vida para o indivíduo e sua família.

Para Dias (2011, p. 62-63), o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado como valor nuclear da ordem constitucional, é o mais universal de todos os princípios. Além de estar "umbilicalmente" ligado aos direitos humanos, é

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

na família que esse princípio encontra o solo apropriado para florescer. Como já dito, a dignidade humana é princípio fundamental do Estado Democrático e também da ordem jurídica. Sendo assim, a família deve observar e respeitar o desenvolvimento da dignidade das pessoas que a integram (LÔBO, 2011, p. 62).

Assim, o princípio da dignidade humana deve ser observado em todos os ramos de atuação do direito, com vistas a assegurar uma vida digna a todos os seres humanos.

Ao lado do princípio da dignidade humana, há outro princípio garantidor do direito a alimentos: O princípio da solidariedade. Apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a solidariedade assumiu o status de princípio jurídico no ordenamento jurídico brasileiro, sendo dotado de força normativa e capacidade de tutelar o respeito devido a cada um.

Para Melo (2009, p. 107), a solidariedade consiste em uma "doação personalíssima, própria do sentimento humanista, visando a momentos graves na vida de uma pessoa, quando sua dignidade não está sendo devidamente considerada". Ainda de acordo com o autor, o princípio da solidariedade pode ser o "[...] princípio ético supremo capaz de evitar a perpetuação das atitudes egoístas que degradam o ser humano [...]" (2009, p. 106).

Entende-se que a solidariedade é o que cada um deve ao outro. Esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de acentuado conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e a reciprocidade. Dessa maneira, o princípio da solidariedade, além de ser um princípio moral que rege as relações interpessoais, consiste em um dos meios de garantia do direito a alimentos.

Também princípios constitucionais com elos no Direito Civil, como o princípio da igualdade entre filhos:

> 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.
>
> (...)
>
> § 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Os princípios constitucionais possuem grande importância, estes concedem uma proteção legal ao direito de ter uma vida digna a todos, à valorização da família e de sua função social, para que todos os membros do grupo familiar estejam em situação de igualdade. Quando um integrante da família estiver com condições financeiras confortáveis enquanto outro em linha reta ou colateral até quarto grau estiver em situação financeira crítica, terá que ocorrer solidariedade do primeiro para com o segundo, podendo ser demandado através de ação de alimentos, pois estaria irregular com a Constituição Federal de 1988 manter o familiar em condições deploráveis, em situação de emergência. A Constituição da República vigente não permite no parágrafo 6º do art. nº 227 a distinção entre filhos havidos dentro e fora da abrangência do casamento, onde ambos desfrutem do mesmo direito, sem qualquer distinção.

CONCLUSÃO

Os alimentos consistem nas prestações devidas e necessárias à vida humana para que o indivíduo possa subsistir, mantendo sua existência, não abrangendo apenas a alimentação, mas também a educação, habitação, saúde e vestuário, não importando a idade do requerente. O alimento é aquilo que o indivíduo necessita para a sobrevivência digna.

Exige-se a comprovação do binômio necessidade do alimentado e possibilidade do alimentando, derivando a prestação alimentícia para os maiores de 18 anos de idade da relação de parentesco em linha reta e colateral até segundo grau. Havendo a comprovação do binômio, o descendente passa a ter direito ao recebimento da prestação alimentar, não tendo o dever de sustento, visto que é decorrente do poder familiar, que encerra com o ingresso na maioridade. Os descendentes capazes de exercer as atividades da vida civil até 24anos de idade que estiverem cursando o ensino superior possui o direito de receber a prestação alimentícia, entretanto não é uma medida taxativa, uma vez que pode ocorrer de o jovem ultrapassar a idade citada e ainda não ter concluído o ensino superior, tendo ainda a necessidade de receber os alimentos, visto que ainda não possui renda suficiente para sobreviver sem auxílio, em razão de ainda estar estudando, por outro lado, pode ocorrer também do jovem ter menos de 24 anos e já possuir possibilidade de se sustentar sozinho, não tendo necessidade de receber os alimentos.

Conclui-se, assim, que a crença de que o pagamento da pensão alimentícia cessa automaticamente quando o credor atingir a maioridade civil deve ser afastada porque inexiste no ordenamento jurídico leis que determinem o marco final das referidas pensões quanto ao critério etário.

Não havendo o marco final, ao devedor, resta ingressar judicialmente com uma ação de exoneração de alimentos caso entenda que a maioridade faz cessar a obrigação alimentar, e, ao credor, defender-se na demanda se ainda necessitar da verba para manter as suas condições mínimas de sobrevivência. Se o devedor simplesmente quedar-se inerte quanto ao pagamento da pensão alimentícia, ao argumento de que o credor atingiu a maioridade civil, poderá ter contra si uma possível execução das prestações não pagas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTAR, Carlos Alberto. Direito de Família. 2ª Ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BONAVIDES, P. Curso de Direito Constitucional. 18 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BRASIL. Constituição Federal. Constituição da República Federativa do Brasil, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Código de Direito Civil. Brasília, DF: Senado Federal: Saraiva, 2018.

CAHALI, Yussef Said. Dos alimentos. 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, M. B. Manual de direito das famílias. 5. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Grandes temas da atualidade: alimentos no novo código civil - aspectos polêmicos, vol.5. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p.92.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Famílias monoparentais. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 1997.

LÔBO, P. Famílias. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELO, O. F. de. Sobre direitos e deveres de solidariedade. In: _____; DIAS, Maria da Graça dos Santos; SILVA, Moacyr Motta da. Política Jurídica e Pós-modernidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2001.

MORAES, M. C. B. O Princípio da Dignidade Humana. Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Alimentos no código civil, coord. Francisco José Cahali e Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Saraiva, 1997.

REIS, G. V. Dignidade da pessoa humana e constitucionalização do direito civil: origens e riscos metodológicos. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu 55 OBRIGAÇÃO ALIMENTAR DE PAIS PARA FILHOS E O DIREITO A ALIMENTOS GRAVÍDICOS: UMA EXPRESSÃO DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE PERSPECTIVA, Erechim. v. 38, n.142, p. 39-55, junho/2014 em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v. 5, n.1, p. 77-100, 2010.

SANTOS NETO, José Antônio de Paula. Do Pátrio Poder. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 110 SANTOS NETO, José Antônio de Paula. Do Pátrio Poder. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

SARLET, I. W. A eficácia dos direitos fundamentais. 3. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

WELTER, Belmiro Pedro Marx. Alimentos no código civil. Porto Alegre: Síntese, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família, volume 5. 18ª Ed.São Paulo: Atlas, 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DIREITO AO ESQUECIMENTO: CONFLITO ENTRE OS DIREITOS DA PERSONALIDADE - CASO CHACINA DA CANDELÁRIA E AÍDA CURI

MARIA EDUARDA ALMEIDA BARROS: Bacharelanda no Curso de Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA.

CYNTIA LIMA

(Orientadora)

RESUMO: Este artigo tem como objetivo a análise do direito ao esquecimento nos casos da Chacina da Candelária e Aída Curi. A finalidade do presente trabalho é a discussão em relação ao conflito entre os direitos das personalidades dentro de cada caso. Foi elaborado de acordo com o método de abordagem hipotético-dedutivo, procedimento monográfico e através de documentação indireta. O direito ao esquecimento é observado no Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal (CJF), mas alguns casos concretos tiveram decisões divergentes o qual será abordado as soluções cabíveis neste projeto. Para este fim, foram utilizados a jurisprudência, enunciados, assim como doutrinas de diversos autores. Resta-se certo a existência do conflito entre os direitos da personalidade, logo, será observado soluções cabíveis para estas situações.

Palavras-chave: direito esquecimento; personalidade; conflito constitucional.

ABSTRACT: This article has as an objective to analyze the Right to Forgetfulness in “Chacina da Candelária” and “Aída Curi” cases. The goal of that is to discuss the conflict about the personality rights in each case, it was elaborate in accordance whit the hypothetical-deductive method, an monographic procedure,and through indirect documentation. The right to forgetfulnss is observed at the enunciate 531, VI from “Jornada de Direito Civil” promoted by Conselho de Justiça Federal (CJF), but in some cases there are divergent decisions and the solutions for that divergences will be approached in this article. For that purpose it was utilized jurisprudence, statement and doctrines from several writers. There isn’t a conflict between personalities rights, so solutions will be seek for those situacion.

Keywords: right to forgetfulness; personality; constitucional conflict.

INTRODUÇÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Este artigo aborda um tema importante atualmente para o âmbito jurídico que é o "Direito ao Esquecimento", neste contexto, com foco no conflito entre os direitos da personalidade, analisando os casos da Chacina da Candelária e da Aída Curi.

Este artigo trará pontos relevantes, para um mais amplo entendimento acerca do tema abordado, facilitando o seu entendimento para toda a sociedade. Visa ainda esclarecer e explanar algumas teorias e visões sobre algumas prováveis soluções para o conflito.

O aumento da internet, dos meios de comunicação e das ferramentas para veiculação de notícias e entretenimento determinaram que a sociedade tem uma necessidade de atenção aos direitos fundamentais do homem, principalmente aos direitos da personalidade. Hoje em dia, não há como contar as produções e circulações de consumo de informação que temos em relação a épocas anteriores.

Porém, a facilidade de acesso a essas informações, possibilita uma violação às liberdades individuais, exigindo do Estado mecanismos que possibilitam uma ponderação eficaz na resolução de conflitos em que se coloca a liberdade de expressão e informação de um lado e do outro os direitos da personalidade

Com os objetivos de mostrar a evolução histórica do direito ao esquecimento; definir a aplicabilidade do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro; argumentar o direito ao esquecimento e o conflito entre os direitos da personalidades; analisar o direito da personalidade e o direito à informação.

> O estudo em foco tem-se uma necessidade de promover uma compreensão melhor sobre o tema, uma vez que, foi reconhecida a possibilidade da proteção do direito ao esquecimento em nosso ordenamento jurídico, através do enunciado nº 531 na VI Jornada de Direito Civil, mesmo que não tenha uma certa força, ele traz uma relevância para discussões, uma vez que se trata de orientação doutrinária.

Neste artigo planeja-se dar a resposta à seguinte pergunta: Será que é possível haver uma prevalência entre a liberdade de expressão em detrimento da inviolabilidade da vida privada dentro do direito ao esquecimento?

Para atingir os objetivos e discutir soluções, este artigo foi elaborado de acordo com o método de abordagem indutivo, pois mostra verdades menores e pontuais para a generalizações.

Parte de premissas e leva a conclusões que são muito amplas em virtude das premissas que se basearam. O método indutivo conduz a apenas a conclusões prováveis. (MARCONI; LAKATOS, 2005).

Quanto aos procedimentos, este trabalho realizar-se-á por meio de observação indireta com documentos bibliográficos, pois trata de vários dados possíveis sobre o tema a ser pesquisado e reunirá toda a bibliografia sobre o estudo, como publicações escritas.

Para melhor compreensão, será apreciado o histórico do direito ao esquecimento, como ele é questionado no ordenamento jurídico e a forma como é estabelecido os direitos da personalidade na Constituição Federal. Sendo analisada também no aspecto doutrinário a questão do conflito entre os direitos da personalidade, considerados direitos fundamentais.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

A sociedade vive em um constante processo de evolução, havendo modificações em várias áreas da vida, tanto econômicas como tecnológicos e entre outros.

Então, toda vez que ocorrem essas mudanças, que são sifnificativas para a sociedade, há uma importante necessidade de renovar o ordenamento jurídico, para que seja resguardado qualquer direito à segurança.

Pensando dessa dorma, percebe-se que ocorre primeiro o fato social e o direito vem atrás para regulamentar, ou seja, o fato sempre vem à frente do direito.

Portanto, a primeira grande mudança na história foi a Revolução Agrícola; a segunda ocorreu com a introdução das máquinas e a criação de um modelo de produção em massa por meio das fábricas, etapa chamada de Revolução Industrial, por fim, após o surgimento dos computadores e a Internet, consolidou-se a terceira Revolução chamada Revolução da Informação.(WOLKMER; LEITE; 2012)

É sobre essa terceira revolução que traremos no presente artigo. O inicio do direito ao esquecimento em alguns países:

Nos Estados Unidos, no Tribunal da Califórnia, em grau de recurso de apelação, foi discutido sobre a situação de uma ex-prostituta acusada de homicídio, e que com alguns anos passados veio constituir família, abandonando a vida que levava, se teria direito ao esquecimento em relação ao seu passado. O reconhecimento foi pleiteado em juízo pelo marido, uma vez que um filme estava

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

para ser publicado retratando sua história. O filme foi impedido de ser divulgado. (MORETTI, 2014)

Vale ressaltar que na América o direito ao esquecimento é denomidado entre os norte-americanos de "*the right to be let alone*"(direito de ser deixado em paz) e, em países de língua espanhola, é conhecido por derecho al olvido (direito de ser esquecido). (GONDIM, 2016)

Na Alemanha, outro caso que tratou do tema Direito ao Esquecimento foi o Lebach, no ano de 1969,o caso de assassinato de soldados nazistas em que os réus do processo, invocaram junto ao Tribunal Constitucional Alemão, o direito de esquecimento, o qual deferiu o requerimento proibindo a emissora de exibir fotos e o nome do autor da ação, uma vez, já terem cumprido a pena. (MORETTI, 2014)

A Sociedade Suíça de Rádio e Televisão em 1983, estava com a intenção de fazer um documentário sobre um assassino sentenciado à morte em 1939. Um de seus descendentes moveu ação argumentando que a divulgação de tal informação afetaria sua vida privada por via oblíqua. O Tribunal Federal Suíço, em que pese reconhecer que não há direito absoluto ao esquecimento que possa impedir a pesquisa histórica e científica, decidiu que o esquecimento naturalmente poderia ser reduzido ou eliminado pelas mídias eletrônicas. Como resultado, foi autorizada a produção do documentário. (LIMA, 2013)

A União Europeia é pioneira e revolucionária em relação ao tema, no dia 13 de maio de 2014 houve uma decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia, a qual determinou que os usuários das ferramentas de busca pela internet (como exemplo do Google) poderiam exigir que suas informações pessoais, que são processadas e armazenadas pelos servidores, fossem apagadas, na medida em que os dados se tornarem inadequados, excessivos ou já não forem pertinentes, considerando claro o interesse público. No mesmo ano do julgamento, o Google recebeu 425.872 solicitações de remoção de conteúdo. (MORETTI, 2014)

Constata-se que, em termos históricos e mais remotos, o Direito ao Esquecimento tem suas raízes fincadas na França, onde, tradicionalmente, já restava assegurado ao condenado criminalmente o direito de objeção à publicação de informações e de fatos uma vez que a sentença condenatória tivesse sido integralmente cumprida. (MALDONADO, 2017)

Com isso, há alguns anos o direito de ser esquecido é argumentado em vários países, assim, a problemática resultante da vinculação dos fatos da vida privada e à sera pública, acarreta sofrimentos ou até mesmo transtornos às pessoas.

Logo após o tema ser aplicado nos Estados Unidos e em outros vários países, ganhou repercussão após 50 anos no Brasil, especificamente em 2013, contando com algumas manifestações. (MALDONADO, 2017)

Em março de 2013 foi aprovado o enunciado n. 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal (CJF), sendo o texto uma orientação doutrinária baseada na interpretação do Código Civil.

Alguns meses depois, a 4º Turma do Superior Tribunal de Justiça, reconheceu em dois julgados, afirmando que o sistema jurídico brasileiro protege o direito ao esquecimento, no entanto, o Caso Aída Curi, Recurso Especial 1.335.153-RJ, o direito ao esquecimento foi afastado em razão da notoriedade do fato, já na Chacina da Candelária o Recurso Especial 1.334.097-RJ, foi julgado procedente com condenação de R$50.000,00, ambos foram o Relator. Min. Luis Felipe Salomão, julgados em 28/5/2013. (MALDONADO, 2017)

2. DIREITO AO ESQUECIMENTO

O direito ao esquecimento nada mais é que o direito que um indivíduo possui de não permitir que um fato, mesmo que verídico, no qual foi ocorrido em algum momento de sua vida, seja exposto a sociedade, causando-lhe sofrimentos e transtornos.

De modo geral, o direito ao esquecimento, entendido como a possibilidade de livrar-se do conhecimento de outras pessoas uma específica situação que, embora seja verdadeira, e que em certo momento foi considerado relevante, não mais revela interesse público em razão de não está de acordo com sua devida época.

Grande parte do conceito incluída por sistemas jurídicos, decorreu do desenvolvimento da disciplina no seio da União Europeia, que se compreendeu, desde logo, a necessidade de harmonização regulamentar quanto a diversos aspectos legais, dentre eles os que se referem à questão da privacidade de dados, notadamente porque, o ambiente eletrônico não é delimitado por fronteiras físicas ou jurisdicionais. (MALDONADO, 2017)

Por esta razão, que após pouco tempo a constituição eficaz da sociedade europeia, foi aprovada a Diretiva 95/46/EC do Parlamento Europeu e do Conselho. Foi fundamentada em setenta e dois motivos, a referida Diretiva indicou, em trinta e quatro artigos, substancial rol de direitos no que se refere aos dados pessoais,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

buscando abordar, de forma minuciosa, a questão relativa à sua guarda e à responsabilidade por sua propagação.

Assim, a Diretiva conceituou o Direito ao Esquecimento como o direito assegurado às pessoas de não mais terem seus dados pessoais processados, notadamente quando não duráveis as suas legítimas finalidades.

Com base em comum pedido do interessado, esse direito, garantiu a possibilidade que pudessem ser retirados os dados pessoais, incluindo mídias e notíciais escritas em sites ou redes sociais, na medida em que o texto não limitou ou especificou a natureza da informação.

Em março de 2011 a União Europeia confirmou e consolidou o Direito ao Esquecimento. (MALDONADO, 2017)

Garantiu-se então, o direito à exclusão de dados a todos os cidadãos, fazendo inverter o ônus da prova em desfavor dos gerenciadores da informação, de modo que estes passariam a ter a obrigação de comprovar a necessidade de manutenção das específicas informações.

Após anos de dificultosas negociações, em 27 de abril de 2016 foi aprovada uma nova norma no âmbito da União Europeia (Regulação 679/2016), entrando em vigor após dois anos, em 25 de maio de 2018.

Tornando eficaz a vigência da lei em questão, a qual regulamenta de forma expressa o devido reconhecimento do Direito ao Esquecimento, a questão ficará definitivamente consolidada com a sociedade que chega a ter caráter obrigatório.

Ao falar de direito ao esquecimento, vale citar o jurista francês OST (2005, p. 160) que escreveu:

> Uma vez que, personagem pública ou não, fomos lançados diante da cena e colocados sob os projetores da atualidade – muitas vezes, é preciso dizer, uma atualidade penal –, temos o direito, depois de determinado tempo, de sermos deixados em paz e a recair no esquecimento e no anonimato, do qual jamais queríamos ter saído.

Nesse sentido, o primeiro pensamento aborda a exclusão das informações quando estas deixam de ter importância e se tornam antigas, irrelevantes e inadequadas. O segundo ponto de vista, ocorrendo a disponibilização

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de conteúdos por si próprio ou por terceiros, pode-se dizer que tem como objetivo o direito de recomeçar na proteção dos direitos da personalidade, e a terceira concepção, desenvolve-se no entendimento de que às pessoas estariam garantindo o direito de construir suas próprias vidas, sob a ordem do princípio da dignidade humana.

Desta forma, o direito à liberdade do homem de escrever sua própria história empunhando a caneta do princípio da dignidade humana que é reconhecido. Por evidente, é assegurado as pessoas interessadas buscar solucionar suas questões diretamente aos provedores de busca, da mesma forma, acionar a justiça para tais fins quando não obtenham êxito na solicitação administrativamente formulada. (MALDONADO, 2017)

Ao que se refere a situação dos reabilitados criminalmente, sob o enfoque legal no Brasil, o artigo 93 do Código Penal (BRASIL, 1988) é nítido ao demonstrar o instituto da reabilitação, com base no princípio da dignidade humana, entendendo que a pessoa que cumpriu sua pena, nada mais deve à sociedade, assim temos o intuito da ressocialização. Importante ressaltar que a lei não faz a distinção de qual é a espécie de delito, não avistando exceções. Citando referida disposição legal:

> Artigos 93 a 95 do código penal, in verbis: Art. 93 - A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação. Parágrafo único - A reabilitação poderá, também, atingir os efeitos da condenação, previstos no Art. 92 deste Código, vedada reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II do mesmo artigo.

Já o artigo 94 do Código Penal (BRASIL, 1988) veio para regulamentar a forma de concessão desse benefício, trazendo requisitos que são necessários para isso.

> Art. 94 - A reabilitação poderá ser requerida, decorridos 2 (dois) anos do dia em que for extinta, de qualquer modo, a pena ou terminar sua execução, computando-se o período de prova da suspensão e o do livramento condicional, se não sobrevier revogação, desde que o condenado: I - tenha tido domicílio no País no prazo acima referido; II - tenha dado,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> durante esse tempo, demonstração efetiva e constante de bom comportamento público e privado; III - tenha ressarcido o dano causado pelo crime ou demonstre a absoluta impossibilidade de o fazer, até o dia do pedido, ou exiba documento que comprove a renúncia da vítima ou novação da dívida.

No mesmo sentido, GRECO (1974, p. 720), escreve sobre ser mais benéfico a aplicação do instituto mencionado, do que aguardar a sentença de reabilitação criminal:

> Assim, muito mais vantajosa a aplicação imediata do art. 202 da lei de execução penal após cumprida ou extinta a pena aplicada ao condenado do que esperar o decurso de dois anos do dia em que foi extinta a pena, ou terminar a sua execução para solicitar a reabilitação. Verifica-se, portanto, que a orientação contida no caput do art. 93 do código penal cairá no vazio, pois que o art. 202 da lei de execução penal regula a mesma hipótese, só que de forma mais benéfica e menos burocrática para o condenado.

Esse tema torna-se ainda mais complicado quando se trata de publicação voluntariamente postadas e após haver eventual arrependimento. Porém, aquele que lança determinado conteúdo referente a si próprio, notadamente mídias, manteria a condição de titularidade com relação a ele. (MALDONADO, 2017)

Se caso, a pessoa que lançou a informação seja incapaz, quer-nos parecer que possível arrependimento, diante da potencial novicidade do conteúdo, enseja, com maior condescendência, o deferimento de pedido de remoção. (MALDONADO, 2017)

Já na via administrativa, o próprio menor poderá requerer o pedido de remoção, todavia, caso tenha que alertar a justiça, essa será feita por representação de seus representantes legais para a elaboração do pedido e caberá ao juiz da infância e da juventudo decidir como avaliar a possível nocividade.

Não concordando com o direito ao esquecimento, o Sr. Larry Page, disse ao Financial Times que medidas como o Direito ao Esquecimento, freiam as inovações, e caso a internet seja tão regulamentada deixará de existir avanços. (CANO, 2014)

Nesse mesmo pensamento, uma advogada colombiana Catalina Botero, ex-relatora especial para liberdade de expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, da OEA (Organização dos Estados Americanos), disse: "O Direito ao esquecimento " não existe" e é usado para censura e "enquanto de um lado da balança está um direito que ninguém sabe onde termina, em que consiste, do outro estão direitos consistentes, que são essenciais numa democracia, como a informação e o conhecimento". (SÁ, 2016)

Conflitos como este, ocorrem porque, por mais que se tente buscar um conceito teórico do Direito ao Esquecimento, é necessário, para análise, a compreensão dos valores que de encontram em conflito e cujo embate somente porerá ser dirimido pela via da ponderação jurídica.

3. DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

O direito, com o objetivo de resguardar a vida em sociedade, de proteger os bens jurídicos, se vale de regras e princípios, princípios estes que foram concebidos para a caracterização da ser humano e a estrutura do Etsado.

São considerados direitos fundamentais e direitos inerentes à natureza da pessoa humana os direitos que concernem à vida, à igualdade, à liberdade, à segurança, à propriedade, que viabilizam uma comunhão digna, igual e livre dentre de uma sociedade (SILVA, 2005).

No ordenamento jurídico brasileiro, os direitos são preparados pela doutrina em varias expressões para designá-los, tais como "direitos públicos subjetivos", "direitos do homem", "liberdade pública" (SILVA, 2005), estando estes direitos positivados, de uma forma não exaustiva, na Constituição Federal, concentrados no rol do artigo 5º.

De acordo com o Conselho da Justiça Federal. O direito de ser esquecido teria nascido na área das condenações criminais, sendo mais certo que um cidadão que cumpriu uma pena em face de algum ilícito cometido, não pode ser pra sempre punido, até porque isso vai contrariar a Constituição Federal, a qual veda a aplicação de penas perpétuas, de modo que os registros das condenações não podem se perpetrar além do tempo da punição.

Nos momentos atuais, o direito ao esquecimento está tanto na doutrina e jurisprudência brasileira quando na estrangeira, vem ainda ganhando força na doutrina jurídica. Nesse sentido, em março de 2013, em um círculo de discussão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

doutrinária, foi aprovado o enunciado nº 531 da VI Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, que ora se transcreve:

> ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Artigo: 11 do Código Civil Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

Os enunciados constituem uma forte força doutrinária, caracterizando uma relevante referência em decisões sobre o direito ao esquecimento, uma vez que a jornada de direito civil conta com a presença de juízes, defensores, mebros do Ministério Público, advogados, juristas, os mais importantes professores de direito civil e autores de livros e trabalhos doutrinários do Brasil e do exterior.

Assim, sendo expresso na disposição constitucional, as pessoas possuem direito público subjetivo de evitar que sua vida privada seja aberta publicamente. No brasil, todos os indivíduos se asseguram constitucionalmente dos direitos à privacidade, à honra e à intimidade, sendo vedada aos outros praticar qualquer conduta ofensiva e tais direitos, inclusive a divulgação de informações.

4. LIBERDADE DE EXPRESSÃO X A INVIOLABILIDADE DA VIDA PRIVADA. CONFLITO ENTRE OS DIREITOS FUDAMENTAIS.

Quando se fala em direito ao esquecimento, logo se vem na cabeça o conflito entre a liberdade de expressão e liberdade da intimidade, assim como a violação do princípio da dignidade da pessoa humana.

O direito ao esquecimento é amparado pelo direito à privacidade, porém, vale destacar que há uma colisão entre este direito e o direito à informação. Neste sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald destacam da seguinte maneira:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Em casos tais (colisão de direitos da personalidade e liberdade de imprensa), é certa e incontroversa a inexistência de qualquer hierarquia, merecendo, ambas as figuras, uma proteção constitucional, como direito fundamental. Impõe-se, então, o uso da técnica de ponderação dos interesses, buscando averiguar, no caso concreto qual o interesse que sobrepuja, na proteção da dignidade humana. Impõe-se investigar qual o direito que possui maior amplitude casuisticamente. (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 160).

Edilson Pereira de Farias (1996,p. 96), narra quando há conflitos entre os princípios:

> A "colisão de princípios", ao revés de conflito de regras, tem lugar na dimensão da validez, acontece dentro do ordenamento jurídico [...], vale dizer: não se resolve a colisão entre dois princípios suprimindo um em favor do outro. A colisão será solucionada levando-se em conta o peso ou a importância relativa de cada princípio, a fim de se escolher qual deles, no caso concreto, prevalecerá ou sofrerá menos constrição do que o outro.

Sendo assim, como o direito ao esquecimento pode ser aplicado tanto na área civil como na penal, é certo dizer que poderá colidir a várias personalidades, como o cado de personalidades públicas, políticas, anônimas, entre outros, devendo ser fundamental a análise também mediante a avaliação de valores e circunstâncias do caso concreto.

Um ponto importante a ser destacado é em razão de ter que avaliar até onde a liberdade de imprensa poderá entrar na vida privada de alguém, ainda mais em relação aos acontecimentos passados. Então, Paulo Gustavo Gonet Branco (2012, p. 346), querendo utilizar a dignidade da pessoa humana para limitar as liberdades de informação, narrou da seguinte maneira:

> Respeita-se a dignidade da pessoa quando o indivíduo é tratado como sujeito com valor intrínseco, posto acima de todas as coisas criadas e em patamar de igualdade de direitos com os seus semelhantes. Há o desrespeito ao princípio, quando a pessoa é reduzida à singela condição de objeto, apenas como meio de satisfação de algum interesse imediato.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> O ser humano não pode ser exposto – máxime contra a sua vontade – como simples coisa motivadora da curiosidade de terceiros, como algo limitado à única função de satisfazer institutos primários de outrem, nem pode ser reificado como mero instrumento de divertimento, com vista a preencher o tempo de ócio de certo público. Em casos assim, não haverá exercício legítimo da liberdade de expressão, mas afronta à dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, pode-se dizer que os direitos da personalidade são como um atributo essencial à constituição do direito ao esquecimento, como por exemplo, o direito de ser livre, de ter livre iniciativa, de acordo com a lei, ou seja, com a igualdade que é estabelecido para os indivíduos.

5. CASOS CONCRETOS

5.1. Caso Chacina da Candelária – REsp 1.334.097 - RJ

Trata-se de um fato ocorrido na cidade do Rio de Janeiro em 23 de julho de 1993, na Igreja de Nossa Senhora da Candelária, especificamente, nas escadarias de acesso a Igreja onde dormiam vários desabrigados. Na ocasião, oito menores desabrigados foram assassinados e outros tantos ficaram feriados. (Memória GLOBO, 2015)

Um dos acusados de ter participado deste crime foi Jurandir Gomes de França, o qual foi levado a júri popular e foi absolvido pela tese de negativa de autoria.

Ocorre que, em 2006, a TV GLOBO em seu programa Linha Direta, retratou em um de seus episódios, o caso da Chacina da Candelária, apontando o sr. Jurandir Gomes França como partícipe do crime.

Dessa forma, Jurandir propôs uma ação de indenização por danos morais em desfavor a Rede Globo, se baseando nos fatos de ter sofrido uma grave violação à sua dignidade e à sua tranquilidade, pois sofreu várias ameaças, passou por perseguições e ainda estigmatização social.

Mesmo que a emissora de televisão tenha sido leal à verdade, já que esclareceu acerca da absolvição do autor quando à participação no evento criminoso, o STJ entendeu que a referida situação ofendia os direitos da personalidade, dentre os quais o da privacidade, sob o entendimento que a lembrança dos fatos foi gravoso ao autor.

Da outra parte, afastou-se a preponderância de possível interesse público sobre o direito do autor de ser esquecido.

Dessa forma, a emissora foi condenada a pagar uma indenização por danos morais no valor de R$ 50.000,00 (Cinquenta mil reais), em virtude do programa já ter exibido o caso.

5.2. Caso Aída Curi – REsp 1.335.153 - RJ

O mesmo programa da Rede Globo, Linha Direta, do caso a cima, exibiu, quase 50 anos depois do ocorrido, uma reportagem especial narrando o caso de Aída Curi, a qual foi violentada e assassinada no bairro Copacabana, Rio de Janeiro, em 1958, em um episódio em que mostrava indivíduos figurando como autores dos fatos.

Para isto, foi realizado uma reconstituição dos acontecimentos, em que, além de exibir imagens verídicas da época, divulgou a todo o momento o nome da vítima, Aída Curi, fazendo com que os seus irmãos ajuizassem uma ação de indenização por danos morais, argumentando que a exibição do programa reavivou na família toda a dor e sofrimento experimentados no trágico episódio.

Nesse caso, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que deveria prevalecer a liberdade de expressão, sendo que a "matéria narrava fatos verídicos e a notícia histórica revelava repercussão nacional" (MARTINEZ, 2014).

O caso Aída Curi, foi ajuizado em Recurso Extraordinário com agravo para o Superior Tribunal Federal, a qual foi declarada repercussão geral da matéria. O Ministro Dias Toffoli, Relator do processo em referência, no dia 12 de junho de 2017, convocou expertos, autoridades e especialistas para uma audiência pública para debate deste tema de modo a subsidiar a Corte com o conhecimento especializado necessário para o deslinde da causa em juízo. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2017)

Dessa forma, a Procuradoria Geral da República em parecer, entende ser inaplicável esse direito frente à situação fática, uma vez que inexiste demonstração de violação dos direitos da personalidade, sendo impossível acolher a pretensão indenizatória. (DE BARROS, 2016).

6. APLICAÇÃO DO DIREITO AO ESQUECIMENTO À PESSOA PÚBLICA.

Quando esse assunto atinge as pessoas públicas ou de notoriedade pública, como exemplo os políticos, representantes políticos, membros da justiça,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

jogadores de futebol, artistas, há divergências quanto à limitação do direito à imagem dessas pessoas.

A pessoa pública é a que destina à vida pública ou aquela que tem alguma ligação com cargos políticos, ou sua atividade tenha que gerar automaticamente uma certa aprovação da sociedade, ou alguém que seja direcionado ao público, mesmo sendo para entretenimento ou lazer (SILVA JUNIOR, 2002).

De acordo com o voto da ministra Carmem Lúcia na ADI – Ação Direta de Insconstitucionalidade 4815/DF, é considerado pessoa pública:

> Não se alegue estar-se diante de circunstâncias que respeitam sempre a quem exerce cargo do povo, pelo que o público deveria dele saber, não se podendo escusar de deixar que a plena luz incida sobre todos os setores da vida. Primeiro, porque há sempre espaço de indevassabilidade e segredo no íntimo da pessoa, de parco ou nenhum conhecimento dos outros. Segundo, porque quem faz a sua vida e profissão na praça pública, com a presença e a confiança do povo, e angaria o prestígio que o qualifica e enaltece, não há de pretender esquivar-se desse mesmo público segundo o seu voluntarismo, como se a praça fosse mecanismo virtual, com botão de liga/desliga ao sabor do capricho daquele que buscou fazer-se notório. A notoriedade tem preço fixado pela extensão da fama, quase sempre buscada. Quando não, mas ainda assim é obtida, a fama cobra pedágio: o bilhete do reconhecimento público, que se traduz em exposição do espaço particular, no qual todos querem adentrar. (STF. ADI nº 4815/DF. Op., cit. p. 86)

Vizualindo, agora, o caso da Chacina da Candelária, o ministro Luis Felipe Salomão, na REsp 1.334.097, percebeu que "ressalvam-se do direito ao esquecimento os fatos genuinamente históricos – historicidade essa que deve ser analisada em concreto – cujo interesse público e social deve sobreviver à passagem do tempo".

O entendimento sobre celebridades e políticos de Otávio Luiz Rodrigues Jr. (2013, p125), é da seguinte maneira:

> As celebridades e os políticos, em suma, ao menos para a jurisprudência brasileira, renunciaram a parcela de sua vida intima e privada. Como se realizar o controle entre a esfera de iluminabilidade e a sua esfera de reserva é o que ainda se precisa se definir com base em critérios uniformes. (RODRIGUES JR, 2013)

Pelo o que foi analisado, é possível notar que há uma ponderação quando se trata de notícia, sabendo que é necessário levar em conta o interesse público, e na historicidade, assim deve-se existir uma delimitação de acordo com os critérios de controle, sendo necessário analisar a luz do caso concreto.

CONCLUSÃO

Durante o estudo, foi visto o conceito de direito ao esquecimento, os posicionamentos no ordenamento jurídico e os conflitos que existem entre os direitos fundamentais.

Nesse sentido, o direito ao esquecimento vai além da necessidade de proteger a vida privada, a intimidade, a honra e a imagem das pessoas, tanto é que ele se colide com o direito à informação.

Para solucionar esse conflito, parte-se do princípio que nenhum dos direitos mencionados são absolutos, devendo, no caso concreto, haver a ponderação das circunstâncias, que ao final é o que vai determinar qual o direito sobressai para ser aplicado.

Portanto, não existe uma resposta única e certa para todos os casos, uma vez que inexiste a hierarquia dos direitos em conflito. Porem, ainda que seja uma questão difícil, as partes precisam sempre de uma decisão. Dessa forma, tem que haver uma escolha racional a ser pensada pelo juiz, no caso concreto.

O magistrado precisará harmonizar os direitos envolvidos caso a caso, por meio de seu sopesamento. Isso pode ser feito com algumas regras de proporcionalidade, a qual a aplicação envolve três fases: 1) analisar a necessidade da medida (será que é necessário retirar o conteúdo do público para guaradar a intimidade ou privacidade de alguém?); 2) a medida tem que ser adequada (será que essa medida é adequada para alcaçar o objetivo ou ela não produzirá nenhum efeito?) e 3) haver proporcionalidade em sentido estrito (será que tem outras opções menos gravosas, que possam permitir uma harmonização melhor entre os princípios que estão em conflitos?).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Sem adentrar na teoria da harmonização dos princípios, pode-se afirmar que, em frente a integridade da Constituição, não existe conflito real entre os direitos fundamentais, uma vez que ambos saem intactos depois da solução do caso concreto. Ainda que um direito tenha sido menosprezado em uma corcunstancia, poderá o mesmo ser o escolhido em outra situação, ou ate mesmo em outro momento histórico.

Dessa forma, cada caso terá uma solução mais adequada, seja pelo sopesamento dos princípios que foram envolvidos, seja pelo diálogo entre instituições, seja pela aplicação de uma outra teoria do direito. O necessário é que a decisão final seja adequadamente fundamentada, para que possibilite o contraditório e a ampla defesa e para avaliar o direito ao esquecimento em uma contínua evolução dos conceitos perante a criação de novas demandas que são trazidas pela era da informação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. **Conselho da Justiça Federal**. Enunciado n. 531. In: JORNADA DE DIREITO CIVIL, 6, 2013, Brasília, DF. Enunciados...Brasília: CJF, 11-12 mar. 2013. Disponível em: http://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica_federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes 1/jornadascej/vijornadadireitocivil2013 web.pdf. Acesso em 27 de maio de 2019.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1998. Disponível em http://www.presidencia.gov.br/legislacao/. Acesso em 27 de maio de 2019.

_____. Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91577/codigo-civil-lei-10406-02. Acesso em 28 de maio de 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1334-097-RJ, 4º Turma. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Acórdão. 28 de maio de 2013. Brasília, DF, 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29381336&num_registro=201201449107&data=20130910&tipo=91&formato=PDF. Acesso em 28 de maio de 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 1335.153-RJ, 4º Turma. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Acórdão. 28 de maio de 2013. Brasília, DF, 2013. Disponível

em https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/516378067/recurso-especial-resp-1631329-rj-2016-0267808-7/inteiro-teor-516378075?ref=juris-tabs. Acesso em 28 de maio de 2019.

CANO, Rosa Jiménez. O google começa a aplicar o "direito ao esquecimento". Publicado em: 03 Jul 2014. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2014/07/03/tecnologia/1404405567_813834.html. Acesso em 30 de maio de 2019.

CONSULTOR JURÍDICO, Revista.1 de maio de 2017, 8h47. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-mai-31/inscricoes-debate-direito-esquecimento-sexta. Acesso em 30 de maio de 2019.

DE BAROS, Rodrigo Janot Monteiro. Parecer nº 156.104/2016 PGR – RJMB.2016.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1997.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Direito civil: Teoria Geral. 9 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

FARIAS,Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos**: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

GONDIM, Andréa Nayane Gaunais Aguiar. Direito ao esquecimento versus liberdade direito de informação: a tutela de um direito constitucional da personalidade em face da sociedade da informação. 2016 Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,direito-ao-esquecimento-versus-liberdade-direito-de-informacao-a-tutela-de-um-direito-constitucional-da-person,56857.html. Acesso em 30 de maio de 2019.

GRECCO, 1974 apud LEYSER, Maria Fatima Vaquero Ramalho. Direito à liberdade de imprensa. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

KHOURI, Paulo R. O direito ao esquecimento na sociedade de informação e o enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil I. Revista de direito do consumidor, v. 89, p. 463, set. 2010.

LIMA, Erik Noleta Kirk Palma. Direito ao esquecimento. Discussão Europeia e sua repercussão no Brasil.2013. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/502929/000991677.pdf?sequence=1. Acesso em 30 de maio de 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

LIMBERGER, Têmis. Direito à Intimidade na Era da Informática: A necessidade de proteção dos dados pessoais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MALDONADO, Viviane Nóbrega. Direito ao esquecimento. São Paulo, 1º Ed., Novo Século, 2017.

MARCONI, Marina de Andrade. LAKATOS, Eva Maria. Técnicas de pesquisa: planejamento e execução de pesquisas, amostragens e técnicas de pesquisas, elaboração, análise e interpretação de dados. 7 ed. São Paulo; Atlas, 2005.

MARTINEZ, Pablo Dominguez. O direito ao esquecimento: a proteção da memória individual na sociedade da informação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

NOVELINO, Marcelo. Curso de direito constitucional. Salvador: Editora Jus Podivm, 2016, p. 252.

RODRIGUES JR, Otávio Luiz. **Do príncipe Bismarck à princesa Carolina de Mônaco**: vida privada de pessoas célebres e as liberdades comunicativas no direito civil. In: CASSETTARI, Christiano(Coord.). 10 anos de vigência do código civil brasileiro de 2002. São Paulo: Saraiva, 2013.

OST, François. O tempo do direito. Trad. Élcio Fernandes. Bauru: Edusc, 2005.

SÁ, Nelson de. Direito ao esquecimento 'não existe' e é usado para censura, afirma advogada. Folha de São Paulo. Publicado em:07/08/2016. Disponível em: https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/08/1799831-direito-ao-esquecimento-nao-existe-e-e-usado-para-censura-afirma-advogada.shtml. Acesso em 02 de junho de 2019.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Convocação de Audiência Pública; Aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil, em especial quando esse for invocado pela própria vítima ou por seus familiares. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/audDireitoEsquecimento.pdf. Acesso em 28 de maio de 2019.

WOLKMER, Antonio Carlos. LEITE, José Rubens Morato. Os novos direitos no Brasil. São Paulo, 2º Ed. Saraiva, 2012.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A EFICIÊNCIA DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS NA REINTEGRAÇÃO SOCIAL DO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI

DANIELLA GATTO RIBEIRO: Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA

NILCE ELAINE BYRON RAMOS
(Orientador)

RESUMO: A questão do adolescente em conflito com a lei e a eficácia das medidas socioeducativas previstas com o objetivo de reintegrá-los e educá-los é tema de extrema relevância tendo em vista ser um problema social que afeta toda a sociedade. Por meio de uma abordagem normativa, o presente estudo irá analisar a evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente ao longo da história, abordar os direitos e garantias da criança e do adolescente previstos em nosso ordenamento jurídico, as medidas socioeducativas previstas e por fim, demonstrar como a sociedade, o Estado e a família influenciam no resultado positivo da aplicação dessas medidas a fim de garantir a reintegração social deste adolescente que encontra-se em conflito com a lei.

Palavras-Chave: Medidas socioeducativas; Reintegração social; Adolescente em conflito com a lei; Eficiência;

ABSTRACT: The issue of adolescents in conflict with the law and the effectiveness of the planned socio-educational measures aimed at reintegrating and educating them is an extremely important issue, as it is a social problem that affects the whole of society. Through a normative approach, this study will analyze the historical evolution of the rights of children and adolescents throughout history, address the rights and guarantees of children and adolescents provided for in our legal system, the predicted socio-educational measures and finally , demonstrate how society, the state and the family influence the positive outcome of the application of these measures in order to ensure the social reintegration of this adolescent who is in conflict with the law.

Keywords: Socio-educational measures; Social reintegration; Adolescent in conflict with the law; Efficiency;

INTRODUÇÃO

Em tempos passados, a criança e adolescente não eram vistos como seres vulneráveis, indefesos e que necessitavam de uma tutela especial por parte do Estado, da sociedade e, até mesmo, da família. Somente com o passar das décadas é que, finalmente, o Estado, a sociedade e a família tiveram a consciência que a criança e adolescente são seres vulneráveis, em desenvolvimento e que necessitam de proteção e cuidados que garantam seu desenvolvimento físico e psicológico saudável e de qualidade.

A legislação em torno da tutela da criança e do adolescente evoluiu expressivamente nos dois últimos séculos, principalmente, após a chegada da Constituição Federal de 1988 que trouxe uma série de direitos e garantias voltados a proteção da criança, adolescente e da instituição familiar e, posteriormente, do Estatuto da Criança e do adolescente, que veio oferecer um verdadeiro sistema de direitos e garantias em prol deste público, além da verdadeira proteção integral.

Mesmo com a previsão de uma série de medidas socioeducativas, para os adolescentes que cometem algum tipo de ato ilícito, que tem o objetivo de educá-los e reintegrá-los a sociedade de forma a não cometer mais crimes, a discussão é latente em torno do tema, principalmente, pelo fato da criminalidade ter evoluído desordenadamente nas últimas décadas e por ter se tornado crescente a criminalidade praticada por adolescentes, sob o manto da impunidade, uma vez que, segundo alguns posicionamentos, as medidas mais brandas estariam influenciando a utilização de menores no cometimento de crimes.

No entanto, torna-se necessário avaliar com cautela este cenário e analisar o porquê, em alguns casos, estas medidas não tem alcançado o objetivo esperado e quais providencias são mais adequadas para controlar essa situação e preservar esse adolescente, que precisa de oportunidades para ser reintegrado na sociedade e percorrer um caminho longe da criminalidade e com foco na educação.

Devemos analisar qual o papel do Estado, da sociedade e, principalmente, da família, nesse processo de ressocialização, de forma a identificar as lacunas e trabalhar pela conscientização dessas famílias, que tem papel primordial nessa evolução positiva ou negativa do adolescente em conflito com a lei.

1. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCNTE

O processo de evolução da tutela dos direitos da criança e do adolescente foi árduo, estando os mesmos, por muitas décadas, colocados em situação de irregularidade e tratados como adultos, sem levar em conta as peculiaridades

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

existentes nessa faixa etária, não havendo consciência do quanto eram indefesos e necessitavam de maior proteção, cuidado e atenção. Somente com o decorrer dos anos e o aumento do nível de consciência da sociedade, foi possível modificar o patamar da criança e do adolescente para uma situação regular e de proteção integral.

Nesse contexto, vejamos entendimento de Rita Claudia Barbosa, Rita Claudia Aguiar e Walkiria Quedes:

> As pinturas do século XVI ao XIX retratavam as crianças vestidas e enfeitadas como adultos em miniaturas. Os sentimentos expressos na face, a pose, assim como a musculatura, mostrava que não existia distância do mundo das crianças e dos adultos. A criança exercia dentro da organização social as atividades impostas aos mais velhos, variando essas de acordo com a condição social da família. Para as famílias nobres aos 7 anos eram levadas a ter aulas como de escrita, e música. Já para as menos abastadas, restavam as tarefas da economia familiar, e o aprendizado e ajuda nos ofícios dos pais. (BARBOSA; QUEDES, 2008, p. 32).

As primeiras leis brasileiras tratavam a criança e o adolescente sem qualquer distinção dos demais, inclusive aplicando penas severas no caso de cometimento de crimes. A legislação da época do Império, de 1830, foi a primeira a apresentar algum tipo de distinção entre adultos e menores de 14 anos, ficando ainda, muito aquém da consciência adquirida ao longo das décadas sobre esta faixa etária.

Além dessas previsões citadas, podemos considerar como verdadeiro avanço na consciência quanto ao tema e verdadeira previsão de direitos e garantias da criança, a Declaração dos Direitos da criança, de 1959, seguida da Declaração dos Direitos da criança de 1989, onde as mesmas foram, finalmente, reconhecidas como sujeitos de direitos e detentoras de direitos fundamentais, merecedoras de proteção especial por parte da legislação.

Nesse sentido, afirma Luciano Alves Rossato:

> A convenção tutela todas as crianças do planeta e não apenas grupos determinados. É reconhecida a necessidade de especial atenção para determinados assuntos sensíveis, como o é o combate à pornografia infantil, motivo pelo qual

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> foram aprovados protocolos facultativos à convenção, no ano de 2000. (ROSSATO, 2013, p. 51)

Dentro desse contexto, no Brasil, entrava em vigência o Código de Menores, que não tratava a criança e adolescente com base na proteção integral, utilizada atualmente na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto da criança e do adolescente, mas com base no que era chamado de situação irregular, tratando todo e qualquer problema relacionado a essa faixa etária como sendo uma problemática social, seja ele um problema pessoal do adolescente, como o cometimento de crimes, ou uma ação de terceiros que os afetava, como o abandono, por exemplo.

João Ricardo W. Dornelles constata que:

> Os menores em situação irregular seriam aqueles que se encontrassem em condições de privação no que se refere à subsistência, saúde, instrução, etc.; vítimas de maus-tratos impostos pelos pais ou responsável; se encontrassem em ambientes que ferem os bons costumes; que apresentassem condutas desviantes, incluindo-se os autores de infrações penais. A utilização da expressão "menor em situação irregular", pressupunha uma anormalidade que passava a identificar a criança e o adolescente com categorias de indivíduos estranhos, problemáticos ou perigosos. (DORNELLES, 1992, p. 127).

Embora sob uma ótica equivocada, o Código de Menores foi importantíssimo na evolução dos direitos da criança e do adolescente, pois trouxe uma diferenciação entre faixas etárias e tratamento diferenciado daquele concedido aos adultos, além de ter sido um marco na utilização do devido processo legal e critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

. 1.1 O advento da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do adolescente

A promulgação da Constituição Federal de 1988 foi a representatividade da evolução dos direitos do homem como um todo e das crianças e adolescentes, em especial, uma vez que a Carta Magna trouxe inúmeros direitos e garantias fundamentais, consideradas dotadas de coercitividade, portanto, com máxima efetividade. Os direitos e garantias fundamentais elencados no art. 5 da referida Constituição servem para todos os indivíduos, inclusive as crianças e adolescentes, havendo, ainda, um capítulo totalmente voltado a proteção da instituição familiar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

e previsão de uma série de normas que garantem o bem-estar de nossas crianças e adolescentes.

Nesse sentido, afirma Roberto Barbosa Alves:

> A CF de 1988, ainda que anterior à Convenção sobre os Direitos da Criança utilizou como fonte e projeto da normativa internacional e sintetizou aqueles preceitos que mais tarde seriam adotados pelas Nações Unidas. Uma vez imposto um novo rumo pela Constituição, editou-se a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que também deveria concentrar a tarefa de manter perfeita identidade com a Convenção da ONU Claro que a própria diretriz da nova lei não ficou imune à críticas: limitando-se a considerar a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. (ALVES, 2005, p. 07)

A Constituição veio reforçar ainda mais o entendimento de que as crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, detentores de uma proteção diferenciada por parte do Estado, da sociedade e da família, que devem unir esforços no sentido de garantir que este público tenha toda a condição de se desenvolver de forma saudável, com acesso a educação de qualidade, saúde física e mental e lazer voltados a sua faixa etária.

Dentre desse contexto, explica João Batista Costa Saraiva:

> Ao atribuir à condição de sujeitos de diretos, às crianças e os adolescentes, e decorrentemente do próprio texto constitucional, a ordem jurídica nacional reconhece a estes sujeitos as mesmas prerrogativas elencadas no art. 5º da Constituição Federal, que trata dos direitos individuais e coletivos. Tem todos os direitos dos adultos que sejam compatíveis com a condição peculiar de pessoa em desenvolvimento que ostentam. (SARAIVA. 2010. p. 100).

Em paralelo a promulgação da nossa Carta magna, se afirmava no Brasil, a Doutrina da Proteção Integral, importantíssima na conscientização da necessidade de proteção a crianças e adolescentes, garantindo às mesmas todas as condições

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

necessárias a um desenvolvimento intelectual, físico, psicológico e biológico de qualidade, como preconiza o artigo 227 da Constituição Federal de 1988:

> Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Após isso, surgiu em 1990, o Estatuto da criança e do adolescente, como um verdadeiro marco na legitimação da garantia de tutela para este público vulnerável e tão importante. Houve nesse momento, uma transição da doutrina da situação irregular, abordada pelo Código de menores, para a Doutrina da proteção integral, que garante um verdadeiro sistema de garantias para dar amparo a todas as necessidades exigidas no desenvolvimento sadio de uma criança e adolescente.

Sobre o Estatuto da Criança e do adolescente, afirma João Batista Costa Saraiva:

> Desde os primeiros dias de vigência do ECA, a nova ordem decorrente da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, incorporada na normativa nacional brasileira e afirmada no art. 227 da Constituição Federal, cuja regulamentação desembocou no Estatuto da Criança e do Adolescente, promoveu uma completa metamorfose no Direito da criança no País, introduzindo um novo paradigma, elevando-o até então menor à condição de cidadão, fazendo-se sujeito de direitos. (...). Até crianças e adolescentes conquistarem o *status* de titulares de direitos e obrigações próprios da condição de pessoa em peculiar condição de desenvolvimento que ostentam, deram-se muitas lutas e debates. Este avanço, expresso no Brasil no texto do ECA, não resulta de uma dádiva do legislador nem é produto de uma elucubração transitória. (SARAIVA, 2003, p. 18)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Assim como os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, dotados de normatividade, se aplicam as crianças e os adolescentes, o ECA veio, também, enfatizar ainda mais a aplicação e respeito a esses direitos fundamentais, que são irrenunciáveis, não sendo possível abrir mão dos mesmos, uma vez que são de extrema importância para o desenvolvimento de qualquer ser humano, em especial ao público em análise.

Nesse sentido, vejamos o entendimento de Paulo Afonso Garrido de Paula:

> A indisponibilidade decorre da condição especial de seus titulares – crianças e adolescentes – e da proteção integral a eles devida, abrangendo a totalidade de seus direitos, estabelecidos também em razão do interesse social em garantir efetivo atendimento às necessidades básicas da infância e da juventude. (Paula, 2000, p. 194)

Com isso chegamos à conclusão de que o Estado deve, com base nos direitos fundamentais indisponíveis e nas diretrizes fornecidas pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, traçar programas e políticas públicas capazes de garantir que os direitos fundamentais das crianças e adolescentes sejam efetivados, de forma a proporcionar, também, a união de esforços entre a sociedade e, principalmente, a família, nessa trajetória de sucesso ou fracasso.

1.2. Princípios de proteção á criança e ao adolescente

A Constituição Federal de 1988 teve papel fundamental na afirmação da criança e do adolescente como sujeito de direitos fundamentais, prevendo uma série de normas que serviram como norte para a criação do Estatuto da criança e do adolescente e de todo e qualquer regramento voltado a este público.

Dentre todas essas normas, existem uma série de princípios importantíssimos nesse processo de proteção e tutela da criança e adolescente, dentre os quais podemos destacar o Princípio da proteção, que é a base de todos os outros e o centro da doutrina empregada atualmente nesta faixa etária, Princípio da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento, princípio da intervenção mínima e Princípio da proporcionalidade, basilar no ordenamento jurídico.

O princípio da proteção integral decorre da doutrina da proteção integral, utilizada atualmente no Brasil para garantir que a criança e adolescente sejam protegidas de forma integral e em conjunto com a sociedade e família, indo em sentido oposto a doutrina da situação irregular, utilizada antigamente para tratar

das questões envolvendo este público. O posicionamento atual, gerido por este princípio garante previsão normativa não só em questões negativas relacionadas a criança e adolescente, como as medidas socioeducativas, mas principalmente, de forma a garantir direitos como a vida, saúde e educação de qualidade, dentre outros.

O princípio da condição peculiar da pessoa em desenvolvimento tem como principal objetivo garantir que todas as ações voltadas a este público sejam efetivadas levando em consideração as especificidades, vulnerabilidades e necessidades dessas crianças e adolescentes. Nesse sentido, afirma Machado:

> Por se acharem na peculiar condição de pessoas humanas em desenvolvimento crianças e adolescentes encontram-se em situação essencial de maior vulnerabilidade, ensejadora da outorga de regime especial de salvaguardas, que lhes permitam construir suas potencialidades humanas em sua plenitude. (MACHADO, 2003, p. 108)

Com relação ao princípio da intervenção mínima, trata-se de uma espécie de regulador da atuação estatal, de modo a não permitir que o Poder público atue de forma arbitrária na aferição de atos infracionais e imposição de medidas que afetem a liberdade e desenvolvimento dos adolescentes, devendo a prisão ser aplicada apenas em casos onde não haja outra opção e pelo menor tempo possível capaz de atingir o objetivo da medida.

Por fim, o princípio da proporcionalidade, importantíssimo para manter o equilíbrio de todo o ordenamento jurídico, vem para garantir que o poder público preserve os direitos fundamentais da criança e do adolescente.

Vejamos o que diz José Sérgio da Silva Cristóvam:

> A ideia de proporcionalidade revela-se não só um importante – o mais importante, como em seguida proporemos – princípio jurídico fundamental, mas também um verdadeiro *topos* argumentativo, ao expressar um pensamento aceito como justo e razoável de um modo geral, de comprovada utilidade no equacionamento de questões práticas, não só do Direito em seus diversos ramos, como também em outras disciplinas, sempre que se tratar da descoberta do meio mais adequado para atingir determinado objetivo. (CRISTÓVAM 2006, p. 211).

Além de servir como norte para as normas dos mais diversos ramos do direito, o princípio da proporcionalidade tem, dentro da esfera do direito da criança e do adolescente o papel de garantir que medidas socioeducativas sejam

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

aplicadas na proporção do ato infracional praticado e somente o suficiente a garantir que o mesmo aprenda e possa, em seguida, ser reinserido na sociedade.

2. AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS EM ESPÉCIE

As medidas socioeducativas são uma espécie de punição aplicada ao adolescente que comete algum ato infracional, denominação dada aos crimes praticados por este público, com o objetivo de reeducar esse jovem e reintegrá-lo na sociedade, de forma a não mais cometer nenhum ato ilícito.

A previsão dessas medidas socioeducativas encontra-se no Estatuto da Criança e Adolescente, especialmente em seu artigo 112, que dispõe:

> Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:
>
> I - advertência;
>
> II - obrigação de reparar o dano;
>
> III - prestação de serviços à comunidade;
>
> IV - liberdade assistida;
>
> V - inserção em regime de semiliberdade;
>
> VI - internação em estabelecimento educacional; [...]

Essas medidas têm um caráter punitivo, mas principalmente, educativo, de forma a conscientizar o adolescente da nova chance que lhe está sendo dada. Somente o juiz da Vara da infância e juventude criminal tem o poder de aplicar essas medidas, mediante um devido processo legal e análise da melhor medida a ser aplicada no caso concreto, de acordo com as especificidades daquele menor.

Existem três critérios que influenciam de forma objetiva na escolha do juiz pela medida a ser aplicada, quais sejam, gravidade do delito, a primariedade do adolescente e, por fim, e o vínculo que esse jovem possui com sua família, critério este importantíssimo pois através dele se torna possível avaliar quais são as reais chances de ressocialização deste adolescente, uma vez que a família tem papel fundamental nesse processo.

Com relação as medidas socioeducativas, Valter Kenji Ishida nos explica:

> É a providência originada da sentença do juiz da infância e da juventude através do devido processo legal de natureza

> educativa, mas modernamente também com natureza sancionatória como resposta ao ato infracional cometido por adolescente. Também em alguns casos possui natureza administrativa, resultante de homologação judicial de remissão cumulada com alguma medida permitida por lei. Portanto, as medidas possuem característica pedagógica, mas também o escopo sancionador, como instrumento de defesa social". (ISHIDA, 2016, p.337)

Dentre as seis espécies de medidas existentes, o juiz escolherá a medida que melhor se adeque ao fato imputado ao adolescente, levando em conta todas as variáveis mencionadas, como a relação familiar e com a escola, para que seja escolhida a medida mais benéfica a reintegração social deste adolescente em conflito com a lei.

2.1 Da advertência, da obrigação de reparar o dano e da prestação de serviço à comunidade

A medida de advertência está prevista no artigo 115 do Estatuto da criança e do adolescente e é, dentre todas as demais, a medida mais branda, feita de forma oral de pelo juiz em audiência, que tem como principal objetivo advertir o jovem e sua família dos perigos da permanência no mundo do crime e da oportunidade que lhe está sendo dada.

Nesse sentido, entende Antonio Cezar Lima da Fonseca:

> É a mais leve das sanções não privativas de liberdade, pelo que exige bastante atenção em seu manejo e solenidade, para que o Juiz e o Ministério Público não passem a impressão de "folga" nem de excessiva rudeza, pois o adolescente é pessoa em desenvolvimento e merecedora de atenção e respeito. (FONSECA, 2012, p. 340)

Desta forma, desde que constatada a materialidade do delito e os indícios de autoria, conforme a gravidade do ato infracional, a medida de advertência poderá ser escolhida e aplicada da forma certa, demonstrando que tal medida é uma oportunidade para o adolescente e sua família refletirem sobre o caminho que o mesmo quer seguir e das duras consequências que uma mal escolha lhe trata.

A medida deve ser aplicada na audiência de admoestação em casos em que não seja constatada a prática de ato infracional com grave ameaça ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

violência, mas somente aqueles análogos as contravenções ou crimes de menor potencial ofensivo.

Quanto ao procedimento na hora de aplicar a advertência, vejamos a explicação de Wilson Donizeti Liberati:

> Para a aplicação da medida socioeducativa de advertência, o Estatuto determina a realização de uma audiência admonitória, onde deverão estar presentes o Juiz, o Ministério Público, o adolescente e seus pais ou responsável. Nesta audiência, envolta num procedimento ritualístico, será manifestada a coerção da medida, com evidente caráter intimidativo e de censura, devendo-se levar em conta, no entanto, que o adolescente advertido é titular do direito subjetivo à liberdade, ao respeito e à dignidade; e alguém que se apresenta na condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, não podendo ser exposto ou submetido a constrangimento ou vexame. Por ser singela, a medida socioeducativa de advertência não é menos importante que as demais. A presença da autoridade, alertando o jovem para as consequências do ato indesejado que praticou, irá contribuir, sobremaneira, para sua educação. (LIBERATI, 2003, p. 103)

Por fim, deve restar claro que, embora a advertência seja a medida menos severa prevista no Estatuto da criança e do adolescente, isso não a faz menos importante, uma vez que o objetivo das medidas é exatamente trabalhar com a conscientização e reeducação, fim este que pode ser totalmente alcançado pela advertência na medida em que nos deparemos com atos infracionais de menor potencial ofensivo e que há reincidência.

A medida de obrigação de reparar o dano está prevista no artigo 116 do Estatuto da criança e do adolescente e tem como principal objetivo a restituição, ressarcimento ou compensação de determinado prejuízo causado a vítima. Ou seja, aplica-se tal medida em crimes que violam o direito patrimonial de outra pessoa, de modo a buscar a conscientização do adolescente por meio dessa reparação.

Nesse sentido, afirma Roberto Barbosa Alves:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> A obrigação de reparar o dano (art. 112, II, do ECA) se aplica aos delitos que tenham causado prejuízo patrimonial. Pode consistir na devolução de uma coisa ou em qualquer outra forma de reparação do prejuízo à vítima (art. 116, do ECA). A reparação não será aplicada quando resulte ser impossível para o adolescente. A reparação do dano prevista no ECA é bastante tímida, já que não contém qualquer perspectiva de conciliação entre autor e vítima. Por outro lado, a reparação não deveria ser tratada como medida independente, mas como uma condição para a concessão de benefícios. (ALVES, 2005, p. 92)

Dentro desse contexto, devemos entender que a reparação do dano deve ser feita pelo adolescente para que a medida alcance seu objetivo que é conscientizar e educar o mesmo, sendo, portanto, pessoal, impossível de ser cumprida pelos responsáveis, pois dessa forma desvirtuaria a função da referida medida.

A medida de prestação de serviço à comunidade está prevista no artigo 117 do Estatuto da criança e do adolescente e tem como principal objetivo, além do de reeducar, de ser uma medida paralela que pode ser usada em alguns casos, sem optar pela privação da liberdade do adolescente, que só deve ser escolhida em situações onde não há outra opção e que é feita através da parceria com entidades, como escolas e hospitais.

Vejamos o que nos esclarece Karyna Batista Sposato:

> A aplicação da medida de prestação de serviços a comunidade depende exclusivamente do Juiz da Infância e Juventude, mas em sua operacionalização recomenda-se um programa de atendimento que: estabeleça parcerias entre órgãos públicos e organizações não-governamentais, visando à construção de uma rede socioeducativa eficaz; tenha uma proposta pedagógica bastante consistente; e ofereça a capacitação permanente dos profissionais envolvidos na sua execução. (SPOSATO, 2004, p. 157)

Importante lembrar que a medida de prestação de serviços deve ser aplicada por no máximo seis meses, apenas por adolescentes maiores de 14 anos,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

uma vez que se trata de uma espécie de trabalho, e levando em conta, sempre, as aptidões do adolescente ao qual será aplicada a medida.

. 2.2 Da liberdade assistida, da inserção em regime de semiliberdade e da internação em estabelecimento educacional

A medida de liberdade assistida está prevista nos artigos 118 e 119 do Estatuto da criança e do adolescente, que consiste na orientação e acompanhamento do menor em conflito com a lei, de forma a supervisionar seus estudos, suas atividades extra escola e sua relação familiar, de forma a garantir que o objetivo da medida seja cumprido.

Sobre esta orientação e acompanhamento, nos esclarece Maria Aparecida Pereira Martins:

> Cabe ao orientador: estabelecer com o adolescente sistemática de atendimentos e pactuar as metas a serem alcançadas, objetivando a construção de um projeto de vida; desenvolver um vinculo de confiança; não fazer julgamentos moralistas; propiciar a capacidade de reflexão sobre sua conduta e avaliar periodicamente o seu "caminhar". (MARTINS, 2000, p. 8).

Dentre todas as medidas, essa é considerada a mais pedagógica e eficaz, pois proporciona ao adolescente estabelecer uma relação de confiança com seu orientador, de modo a ser possível estabelecer um projeto de vida, com metas, sonhos e caminhos a serem seguidos para conquistar tais objetivos. Além disso, a medida não priva a liberdade do jovem, possibilitando a ele ser ressocializado juntamente com sua família.

Nesse sentido, afirma Roberto João Elias que:

> Normalmente se aplica a liberdade assistida a menores reincidentes em infrações mais leves, como pequenos furtos, agressões leves ou porte de entorpecentes para uso próprio. Por vezes, aplica-se àqueles que cometeram infrações mais graves, onde, porém, efetuado o estudo social, verifica-se que é melhor deixa-los com sua família, para sua reintegração à sociedade. Outras vezes, aplica-se àqueles que, anteriormente, estavam colocados em regime de semiliberdade ou de internação, quando se verifica que os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> mesmos já se recuperaram em parte e não representam um perigo à sociedade. (ELIAS, 2005, p. 127)

Diferente do que se aplica na prestação de serviço a comunidade, no caso da liberdade assistida, o prazo mínimo pra aplicação desta medida é seis meses, passível de prorrogação ou até mesmo substituição, dependendo dos resultados observados por meio dos relatórios de acompanhamento dos orientadores, que estarão acompanhando de perto a evolução da medida na vida do adolescente.

O regime de semiliberdade está previsto no artigo 120 do Estatuto da criança e do adolescente, se caracterizando por ser uma privação parcial da liberdade, uma vez que é possível que o adolescente passe o dia fora da instituição trabalhando ou estudando, e pode ser aplicada de duas formas, quais sejam, como a medida escolhida desde o início, por meio da sentença judicial após análise de todos os elementos do processo, ou como forma de aplicar a progressão do regime de internação para o regime de semiliberdade.

Esta medida, diferente das outras, não tem um prazo mínimo para ser aplicada, devendo ser feita esta análise de acordo com cada caso concreto, levando em conta como parâmetro os prazos utilizados na internação.

Roberto João Elias leciona que:

> A medida pode ser aplicada desde o início, quando pelo estudo técnico, se verificar que é adequada e suficiente do ponto de vista pedagógico. Pode ser, ademais, aplicada como forma de transição para o meio aberto, isto no caso do adolescente que sofreu medida de internação. Se este deixou de representar um perigo à sociedade, deve passar para um regime mais ameno, em que possa visitar os familiares e frequentar escolas externas ou trabalhar. Embora o menor tenha cometido uma infração grave, se não for considerado perigoso, basta a semiliberdade para a sua reintegração à família e à sociedade, que é o objetivo final de todas as medidas que se aplicam aos adolescentes. Na verdade, a proteção integral que lhes deve ser dada, sempre que possível, o será na família, biológica ou substituta. A possibilidade de atividades externas é inerente a esta espécie de medida e não depende de autorização judicial. Dependerá, evidentemente, do responsável pelo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> estabelecimento em que estiver o menor, com base em estudo multiprofissional, que observará a sua conveniência. (ELIAS, 2005, p. 131)

Diferente do que acontece na medida de advertência, por exemplo, a semiliberdade é utilizada em casos de atos infracionais praticados com violência ou grave ameaça, o que se justifica pelo fato de a mesma prever uma certa restrição da liberdade do adolescente, de forma a puni-lo de forma mais severa, sem deixar de lado a função ressocializadora da medida, uma vez que durante o dia o mesmo deve estar estudando em estabelecimento de ensino ou trabalhando, sendo esta uma imposição para aplicação da referida medida.

Por fim, a medida de internação em estabelecimento educacional, que está prevista no artigo 121 do Estatuto da criança e do adolescente, restringe de forma absoluta a liberdade do adolescente em conflito com a lei, sendo a medida mais severa aplicada, por se tratar de atos infracionais mais graves e de um número expressivo de reincidência.

Segundo Antonio Cezar Lima da Fonseca:

> A medida socioeducativa de internação é destinada a casos graves (devidamente comprovados no processo de ação socioeducativa); é a mais severa das respostas pedagógicas aplicadas a adolescentes infratores, devendo ser imposta apenas como *ultima ratio,* ou seja, somente na inexistência de outra medida mais adequada no leque das medidas socioeducativas anteriores. Primeira, as medidas em meio aberto; depois, as medidas em meio fechado, como a internação e a semiliberdade. (FONSECA, 2012, p. 348)

Devemos ressaltar que a medida de internação é de caráter excepcional e temporário, devendo ser utilizada pelo mínimo necessário a alcançar o objetivo da medida, não sendo estendida por muito tempo. Além disso, dentro da instituição de ensino a qual será realizada a internação, deverá haver todo um aparato psicológico e pedagógico para que se torne possível a reintegração social do adolescente.

Existem duas espécies de internação previstas no ECA, sendo a primeira, a denominada internação provisória, que deve durar no máximo 45 dias e aquela aplicada por conta de sentença judicial, que não poderá exceder três anos, devendo, ainda, ser aplicada uma avaliação, por meio de relatório, a cada seis

meses, de modo a avaliar a evolução do adolescente no cumprimento da medida e aplicar, se for o caso, uma progressão de regime.

A aplicação das medidas socioeducativas previstas no Estatuto da criança e do adolescente, seja ela qual for, tem o mesmo objetivo, que é possibilitar a reeducação do adolescente e sua consequente reintegração social, de modo que o mesmo possa seguir seu desenvolvimento normal, focado na educação, capacitação e lazer inerentes a sua faixa etária, sem se envolver com a criminalidade, caminho este sem volta, onde o ECA vem para dar uma oportunidade de recomeço a esse jovem que teve, por algum motivo, contato com o mundo do crime.

3. EFICÁCIA DAS MEDIDAS SOCIEDUCATIVAS NA REINTEGRAÇÃO SOCIAL DO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI

A medida socioeducativa de advertência apresenta índices de eficácia bastante significativos quando aplicada a atos infracionais onde não houve emprego de violência ou grave ameaça, ou ainda, quando o adolescente não é reincidente. Nesses casos, há um grande número de menores que conseguem assimilar a medida e não voltam a cometer atos infracionais.

A reparação do dano tem um caráter pedagógico muito interessante porque ao estabelecer que é o próprio adolescente que tem que reparar ou ressarcir a vítima e não os pais, proporciona um entendimento e reflexão que propiciam o alcance do objetivo da medida, que é a reeducação e ressocialização desse menor.

Nesse contexto, reafirma tal entendimento Karyna Batista Sposato:

> Apesar de ser praticamente desconhecida e pouco aplicada, a reparação de danos é uma medida socioeducativa eficaz, por ser capaz de alcançar tanto a esfera jurídica do adolescente como a da vítima e, assim, dirimir o conflito existente. Se de um lado a reparação do dano pode propiciar ao adolescente o reconhecimento do prejuízo causado pelos seus atos, de outro pode garantir à vítima a reparação do dano sofrido e a certeza de que o adolescente é responsabilizado pelo Estado, por seus atos ilícitos. SPOSATO, 2004, p. 198)

A prestação de serviços a comunidade é uma das medidas mais poderosas para conseguir a ressocialização, uma vez que trabalha no psicológico do menor valores de responsabilidade, trabalho e poder de escolha, gerando maior

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

possibilidade de reintegração social. Já a liberdade assistida é, dentre as que preservam a liberdade do menor, a que apresenta menos eficácia, uma vez que por se tratar da aplicação de uma pena mais branda acaba por passar a mão na cabeça do adolescente, que chega ao fim do cumprimento da medida com a sensação de impunidade, o que propicia a reincidência.

A semiliberdade e a internação, penas que privam a liberdade do adolescente em conflito com a lei, apresentam um índice de reincidência alto que se justifica não pelas medidas em si, que são muito bem elaboradas pelo Estatuto da criança e do adolescente, mas devido a sua execução, pois na prática o Estado não consegue coloca-las em prática de modo que as instituições não chegam nem perto do que a lei prevê, sendo verdadeiras escolas do crime, sem amparo psicológico e pedagógico, sem infraestrutura e sem policiamento adequado, o que influencia fortemente na reincidência após o cumprimento da medida.

Em decorrência disso, a taxa de reincidência ainda é considerada elevada, o que torna latente as discussões em torno do assunto, tornando vez ou outra, a redução da maioridade penal tema recorrente. No entanto, devemos levar em consideração que este problema social não se trata apenas de avaliar o caráter punitivo e repressivo das leis perante os atos infracionais, mas verificar onde a questão educacional, cultural e familiar exerce sua influência nesse cenário de reincidência.

É ineficaz trabalhar em cima da redução da maioridade penal, uma vez que se o sistema penal comum fosse a solução adequada para a reincidência no mundo do crime, não teríamos um índice 100% maior de reincidência entre os adultos que cumprem penas nos presídios brasileiros. Dessa forma, a discussão tem que se voltar para a implementação de políticas públicas que garantam uma educação de qualidade para crianças e adolescentes, ensino técnico e profissionalizante e acesso a cultura, saúde e lazer.

Mesmo para aqueles que com todo o aparato social, resolvam cometer atos infracionais, deve ser dada a oportunidade, de através de uma medida socioeducativa e de um apoio multidisciplinar, reavaliar suas perspectivas de vida, ampliando sua visão de mundo, enxergando novas oportunidades de qualificação e emprego, além de tornar possível que esse jovem tenha a consciência das drásticas consequências da permanência no mundo do crime.

O Estado deve unir forças com entidades governamentais de modo a impulsionar a qualificação profissional e técnica e o acesso a cultura de qualidade,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

para que dessa forma seja possível mudar a trajetória de jovens, que muitas vezes, crescem em meio a uma sociedade marginalizada e de extrema miséria, ficando a educação em segundo plano, tendo que correr atrás, ainda criança, de sua sobrevivência.

Nesse sentido, vejamos o que diz Mário Volpi:

> A grande maioria dos adolescentes pesquisados – 96,6% - não concluiu o ensino fundamental. A porcentagem de analfabetos é de 15,4%. O número de adolescentes que concluíram o 2º grau, consequentemente (sic), torna-se praticamente nulo – 7 num total de 4.245 (cujas informações foram obtidas), o que representa a ínfima parcela de 0,1% [...] dos 4.245 adolescentes, sujeitos desta pesquisa, 2.498 – 61,2%, portanto – não frequentavam (sic) a escola por ocasião da prática do ato infracional. (VOLPI, 1999, p. 56)

Estes dados demonstram de forma incontestável o quanto a deficiência na implementação de políticas públicas brasileiras que garantam educação, qualificação, saúde, lazer e consciência estão intimamente ligadas ao cometimento de atos infracionais por parte de adolescentes, que por estarem em fase de desenvolvimento físico e psicológico, tornam-se mais suscetíveis e vulneráveis a influências negativas por conta da falta de orientação, além de, em alguns casos, pela própria necessidade.

3.1 Importância da família no processo de reintegração social

A família exerce papel importantíssimo na reintegração social do adolescente em conflito com a lei, pois trata-se de um processo que deve ser acompanhado em conjunto pelo Estado, sociedade e família, todos igualmente responsáveis pelo futuro dos jovens deste país.

Nesse sentido, afirma Thomas Naplava e Dietrich Oberwittler:

> Dado o seu papel central na socialização das crianças e adolescentes, a família tem sido considerada um factor decisivo no desenvolvimento da delinquência juvenil. Assim, não é por acaso que muitas teorias da delinquência juvenil se centram na estrutura familiar, na interação pais e filhos e nos estilos educativos dos pais. (NAPLAVA E OBERWITTLWE, 2002, p. 157)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O seio familiar é importantíssimo na formação do caráter das crianças e adolescentes, influenciando de forma muito forte na forma como essa criança se comportará no futuro com a sociedade. Dessa forma, garantir aos filhos um desenvolvimento físico e mental saudável, baseado em valores éticos e morais, irá, com certeza, pesar na tomada de decisões que o jovem realizará durante seu desenvolvimento.

Paula Inez Cunha Gomide explica que:

> Há uma correlação estreita entre as características dos pais ou familiares e/ou dinâmica familiar e o posterior desenvolvimento de comportamentos desviantes. A família se enfraqueceu enormemente em nossa sociedade. Sua unidade interna foi minada pela pauperização, assolada pela arbitrariedade policial nos grandes bairros periféricos, pelo tráfico de drogas, pelo alcoolismo, pela violência, pela prostituição e pelo abandono dos filhos. Sem que os pais assumissem nenhuma responsabilidade sobre seus filhos, as mães repetiam casamentos similares várias vezes, perdendo-se os filhos dos primeiros matrimônios na rejeição e na violência das relações familiares degradadas. (GOMIDE, 2001, p. 37)

Diversos fatores influenciam no cometimento de atos infracionais entre adolescentes, dentre os quais podemos destacar, a situação física e social dos pais, o meio e região em que vivem, o acesso a drogas e a falta de pulso da família na educação. Pais ausentes, inconsequentes, que cometem crimes ou são agressivos exercem uma influencia extremamente negativa no comportamento dos jovens, que mesmo de forma inconsciente, tendem a repetir ou tomar como exemplo essas atitudes.

A falta de controle, autoridade e tempo com os filhos também tem se tornado fator determinante nesse aspecto em análise, uma vez que em um mundo onde temos um mix enorme de informações disponíveis a todo momento, o acesso a drogas torna-se cada vez mais fácil, sendo possível impedir esse contato através de uma ação positiva dos pais.

Sobre este entendimento, nos esclarece Joan Mccord:

> Para que os pais possam desempenhar um papel efetivo na regulação da conduta de um adolescente, estes e aqueles devem interagir numa base pessoal e partilhar atividades. A presença dos pais é reforçada pela comunicação que permite ao adolescente conhecer as opiniões e as expectativas parentais. O adolescente torna-se então conscientes das potenciais consequências que a sua conduta ilícita tem nas suas relações com os pais. Esta interação, que deriva da supervisão, constitui uma outra forma de presença psicológica. Conhecendo as consequências da sua atividade delinquente, o adolescente conclui que a opinião dos pais tem para ele importância. Pela comunicação, o adolescente uma identificação afetiva com os pais e acrescenta deste modo um outro aspecto à vinculação. Perante a oportunidade de cometer um ato delinquente, tem ele assim que fazer face à presença psicológica dos pais cujas opiniões e expectativas constituem então um freio à conduta delinquente. Ou seja, a comunicação informa o adolescente das opiniões e expectativas dos pais, a identificação afetiva confere-lhes valor, uma e outra lembram ao adolescente a importância da conformidade. De facto, o adolescente que não está vinculado aos pais fica livre para cometer atos delinquentes. (MCCORD, 2002, p. 15)

Em paralelo a isso, devemos analisar a importância da família durante o processo de aplicação das medidas socioeducativas, papel este não só importantíssimo para a ressocialização do adolescente em conflito com a lei, mas obrigatório, por meio de imposição legal prevista no artigo 124 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que segue:

> "Art. 124. São direitos do adolescente privado de liberdade, entre outros, os seguintes: [...]
>
> VI - permanecer internado na mesma localidade ou naquela mais próxima ao domicílio de seus pais ou responsável;
>
> VII - receber visitas, ao menos, semanalmente;
>
> VIII - corresponder-se com seus familiares e amigos;"

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Os pais devem acompanhar o adolescente durante todo o cumprimento da medida, pois caso contrário, serão responsabilizados caso o menor não cumpra a medida até o fim e de forma satisfatória. Trata-se de um processo de reeducação e ressocialização não só do adolescente, mas da família, que se não for conscientizada, irá exercer uma influência negativa no fracasso do processo de reintegração social.

Além do artigo 124 do ECA, temos previsões da participação da família no processo de ressocialização nos artigos 94 e 100 no mesmo diploma legal, além das determinações do artigo 227 da Constituição Federal de 1988.

Todas as previsões normativas no sentido de garantir a presença da família no processo de aplicação das medidas socioeducativas e da consequente reintegraçã8o social tem como base a doutrina da proteção integral e o reconhecimento por parte do legislador da importância deste acompanhamento para o êxito do processo, uma vez que grande parte das reincidências tem como fator determinante a falta de apoio e consciência familiar.

Desta forma, deve-se trabalhar de forma árdua na conscientização e educação dos jovens e suas famílias, de forma a garantir em um futuro próximo a diminuição drástica do número de adolescentes em conflito com a lei, e um número menor ainda de reincidência.

CONCLUSÃO

O objetivo desta pesquisa foi avaliar a eficiência das medidas socioeducativas aplicadas para os adolescentes em conflito com a lei, e, para tanto, foi necessária uma análise histórica da evolução dos direitos da criança e do adolescente, que por muito tempo estiveram a margem da sociedade e tiveram pouco a pouco reconhecida sua condição de vulnerabilidade.

A análise dessa evolução no reconhecimento da condição especial em que se encontra a criança e o adolescente, merecedoras de proteção por parte do Estado, da sociedade e da família, foram essenciais para entender o quanto progredimos no que diz respeito a essa proteção e até mesmo na atuação repressiva, como é o caso das medidas socioeducativas, que são aplicadas quando a criança ou adolescente já se encontra em conflito com a lei, que evoluiu muito e foi adequada, no decorrer da história, a necessidade dessa faixa etária.

Por meio desse estudo foi possível constatar que o grande desafio na aplicação das medidas socioeducativas na atualidade é sua execução conforme o que prevê a lei, pois sem uma atuação ativa do Estado e da família nesse processo,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

torna-se impossível obter êxito na ressocialização destes menores em conflito com a lei, fato este externo que exerce um papel de grande relevância em seu êxito ou fracasso.

Desta forma, foi feito o estudo, também, das medidas socioeducativas em espécie para entender do que se trata cada medida prevista pelo Estatuto da criança e do adolescente, o objetivo de cada medida e sua influencia na ressocialização daquele que cometeu um ato infracional, sendo, desta forma, possível avaliar sua possível eficiência, considerando que cada medida tem requisitos e condições especificas para ser aplicada, de acordo com o ato infracional, reincidência e perfil do adolescente infrator em análise.

Por fim, foi possível avaliar que as medidas socioeducativas podem alcançar enorme eficácia desde que atreladas a uma atuação ativa do Estado, da sociedade e participação direta da família nesse processo de reeducação e reintegração social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Roberto Barbosa. Direito da infância e da juventude. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARBOSA, Rita Claudia Aguiar; QUEDES Walkiria. Vestuário e infância: entre a adequação e as determinações sociais. In: III Encuentro Latinoamericano de Diseño. Buenos Aires, 2008.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Colisões entre princípios constitucionais. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *In:* VADE MECUM. São Paulo: Saraiva, 2011.

DORNELLES, João Ricardo W. Estatuto da Criança e do adolescente: estudos sócio jurídicos. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

ELIAS, Roberto João. Comentários ao estatuto da criança e do adolescente. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. Direitos da criança e do adolescente/ Antonio Cezar Lima da Fonseca. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GOMIDE, Paula Inez Cunha. Menor infrator: a caminho de um novo tempo. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2001.

ISHIDA, Válter Kenji. Estatuto da Criança e do Adolescente, Doutrina e Jurisprudência. Salvador-Bahia, 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

MACHADO, Martha. A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos. Barueri, SP: Manole, 2003.

MARTINS, Maria Aparecida Pereira. Medida Socioeducativa de Liberdade Assistida: Manual de Orientação de Medida Socioeducativas Não Privativas de Liberdade. Disponível.em:<http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/8/docs/medida_socio_educativa_de_ liberdade_assistida.pdf>. Acesso em: 10 junho. 2019.

MCCORD, Joan. Forjar criminosos na família. In: FONSEC, p. A, António Castro. Comportamento anti-social e família: uma abordagem científica. Coimbra: Almedina, 2002.

NAPLAVA, Thomas; OBERWITTLER, Dietrich. Factores familiares e delinquência juvenil: resultados da investigação sociológica na Alemanha. In: FONSECA, António Castro. Comportamento anti-social e família. Coimbra: Almedina, 2002.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Encontros pela Justiça na Educação – FUNDESCOLA/MEC, Brasília, 2000.

ROSSATO, Luciano Alves. Estatuto da criança e do adolescente comentado: Lei 8.069/1990: artigo por artigo/ Luciano Alves Rossato, Paulo Eduardo Lépore, Rogério Sanches Cunha. – 5. ed. ver., atul. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SARAIVA, João Batista Costa. Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral. Porto Alegre: do advogado, 2003.

SARAIVA, João Batista Costa Saraiva. Compêndio de Direto Penal Juvenil Adolescente e Ato Infracional. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SPOSATO, Karyna Batista. Guia Teórico e Prático de Medidas Socioeducativas. Disponível em: <http://www.conselhodacrianca.al.gov.br/sala-de-imprensa/publicacoes/Guia-MedidasSocioeducativas.Pdf>. Acesso em 15 junho. 2019.

VOLPI, Mario (Org.). O Adolescente e o Ato Infracional. 3. ed. São Paulo: Cortez, 1999.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O PODER CAUTELAR DA AUTORIDADE POLICIAL E O ATO DE RELAXAMENTO DE DETENÇÃO.

HILKE CARLAYLE DE MEDEIROS COSTA:
Graduando em direito pelo Centro de Ensino Superior do Amazonas - CIESA

FERNANDO BEZERRA DE OLIVEIRA LIMA[1]

(Orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo discorrer a relação entre o Poder Cautelar da autoridade policial e o ato de relaxamento de detenção. Para isso, foi elaborada uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, incluindo livros e artigos jurídicos específicos sobre o tema, bem como a posição de doutrina quanto à viabilidade de utilização do referido tema no contexto do Direito Penal contemporâneo. O objetivo geral desta pesquisa se centra em analisar o poder cautelar da autoridade policial no ato de deliberação pelo relaxamento de uma detenção ilegal. Assim, tem como como objetivos específicos: definir o conceito de autoridade policial; discorrer sobre a definição de poder cautelar no processo penal; identificar a noção de relaxamento; discorrer sobre as atribuições e poderes da autoridade policial. A abordagem foi dividida em três capítulos a fim de desenvolver um arcabouço necessário para a discussão das abordagens. Como metodologia de desenvolvimento, foi realizada uma pesquisa de cunho bibliográfico no acervo da literatura pertinente, com uma abordagem qualitativa do tema, garantindo assim, relativa importância acadêmica ao trabalho.

Palavras-chave: Poder Cautelar; Autoridade Policial; Relaxamento de detenção.

ABSTRACT: This paper aims to discuss a relationship between the cautionary power of the police authority and the act of relaxing retention. For this, a bibliographic and jurisprudential research was elaborated, including books and legal articles on the subject, as well as a doctrinal position on the viability of using the theme referred in the context of contemporary Criminal Law. The general objective of this research is to analyze the precautionary power of the police authority in deliberating to relax an illegal detention. Thus, its specific objectives are: to define the concept of police

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

authority; discuss a definition of precautionary power in criminal proceedings; identify a notion of relaxation; discuss the duties and powers of the police authority. One approach has been divided into three chapters to develop a necessary framework for discussing the approaches. As a development methodology, a bibliographic research was carried out in the relevant literature collection, with a qualitative approach of the subject, thus, relative to the academic importance to the work.

Keywords: Cautionary Power; Police Authority; Detention Relaxation.

SUMÁRIO: *INTRODUÇÃO. 1. AUTORIDADE POLICIAL. 2. MEDIDAS CAUTELARES E DE CUSTÓDIA EXERCIDAS PELA AUTORIDADE POLICIAL. 2.1. MEDIDAS CAUTELARES. 2.2. CUSTÓDIA. 3. RELAXAMENTO DE DETENÇÃO. 3.1. A PRISÃO EM FLAGRANTE.3.2. O PODER CAUTELAR DO DELEGADO NAS PRISÕES EM FLAGRANTE.CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.*

INTRODUÇÃO

O ordenamento Constitucional, ao adotar o sistema acusatório como sistema processual penal norteador da *persecutio criminis* no Estado Democrático de Direito, atribui ao Estado o poder/dever de investigação, apresentado pelo Delegado de Polícia, um feixe de poderes-deveres meios, muitas das vezes de natureza decisória e também cautelar, para consecução da finalidade da investigação criminal, qual seja, a apuração a verdade eticamente construída da infração penal e dos indícios de sua autoria.

A Constituição da República, em conjunto com as normas infraconstitucionais, adotou um sistema de reserva absoluta e relativa da jurisdição, ou seja, na investigação criminal haverá medidas de natureza investigatória que deverão ser decididas exclusivamente pelo Estado-juiz, hipótese de reserva absoluta, e outras medidas decididas pelo Estado-investigador, hipótese de reserva relativa, que passa por um controle posterior do Estado-juiz.

Insta salientar que este controle posterior em algumas vezes será de ofício e, em outras ocasiões, somente quando provocado, isto é, haverá a comunicação ao Judiciário. Com uma visão garantista, deve ocorrer esta comunicação imediatamente após a decisão por restrição ou privação de direitos de ir e vir, face ao necessário atendimento ao um sistema de dupla cautelaridade.

É claro a constitucionalidade do reconhecimento do poder decisório de liberdade provisória pelo delegado de polícia, que possui natureza de contracautela. Ora, se a liberdade é uma contracautela, isso significa que a prisão em flagrante decidida pelo delegado de polícia tem natureza cautelar.

No entanto, ressalto que há um posicionamento doutrinário que vê o critério de liberdade provisória em sede policial, como uma solução para o encarceramento. Assim, diminuiria muito o número de pessoas detidas. Estes doutrinadores entendem ser arbitrário o artigo 322 do CPP que limita esta medida cautelar as infrações punidas com pena máxima de quatro anos, pois, na visão deles, estaria este artigo violando a redação do artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos e o artigo 9.3 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

Visando compreender o poder cautelar da autoridade policial no ato de relaxamento da prisão, o objetivo geral desta pesquisa se centra em analisar o poder cautelar da autoridade policial no ato de deliberação pelo relaxamento de uma detenção ilegal. Assim, tem como como objetivos específicos: definir o conceito de autoridade policial; discorrer sobre a definição de poder cautelar no processo penal; identificar a noção de relaxamento; discorrer sobre as atribuições e poderes da autoridade policial.

Para o efetivo desenvolvimento dos objetivos específicos em um corpo consistente de análise e argumentação, foi elaborada uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, incluindo livros e artigos jurídicos específicos sobre o tema, bem como a posição de doutrina quanto à viabilidade de utilização do referido tema no contexto do direito penal contemporâneo.

A abordagem foi dividida em três capítulos a fim de desenvolver um arcabouço necessário para a discussão das abordagens. Como metodologia de desenvolvimento, foi realizada uma pesquisa de cunho bibliográfico no acervo da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

literatura pertinente, com uma abordagem qualitativa do tema, garantindo assim, relativa importância acadêmica ao trabalho.

1. AUTORIDADE POLICIAL

É recorrente no Código de Processo Penal, bem como na legislação processual penal extravagante, a utilização da expressão "autoridade policial" para conceder a um determinado agente estatal poderes e atribuições constantes da Lei.

Segundo Tornagui (2005, p.102):

> O conceito de autoridade está diretamente ligado ao de poder de Estado. Os juristas alemães, que mais profundamente do que quaisquer outros estudaram o assunto, consideram autoridade todo aquele que, com fundamento em lei, é parte integrante da estrutura do Estado e órgão do poder público, instituído especialmente para alcançar os fins do Estado, agindo por iniciativa própria, mercê de ordens e normas expedidas segundo sua discrição.

No vernáculo, autoridade significa o direito legalmente estabelecido de se fazer obedecer; o organismo que possui esse poder; designação atribuída ao representante de um governo ou de determinado seguimento ou, ainda, o direito que determina o poder para ordenar; poder exercido para fazer com que (alguém) obedeça; a pessoa que tem esse direito. Logo, em termos simples, é possível perceber que a autoridade possui autorização para determinar ações, em nome próprio, representando um seguimento do Governo.

Partindo desta conceituação gramatical, leciona Mirabete (1997, p.60):

> O conceito de "autoridade policial" tem seus limites fixados no léxico e na própria legislação processual. "Autoridade" significa poder, comando, direito e jurisdição, largamente aplicada na terminologia jurídica a expressão como o "poder de comando de uma pessoa". O "poder de Jurisdição" ou "o direito que se assegura a outrem para praticar determinados atos relativos a pessoas, coisas ou atos".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> É o servidor que exerce em nome próprio o poder do estado, tomando decisões, impondo regras, dando ordens, restringindo bens jurídicos e direitos individuais, tudo nos limites da lei. Não tem esse poder, portanto, os agentes públicos que são investigadores, escrivães, policiais militares, subordinados que são às autoridades respectivas.
>
> Na legislação processual comum, aliás, só são conhecidas duas espécies de "autoridades": a autoridade policial, que é o Delegado de Polícia, e a autoridade judiciária, que é o Juiz de Direito.

Desta forma quando o legislador se utiliza da expressão "autoridade policial" está se reportando unicamente ao delegado de polícia, que exerce o comando das ações da polícia judiciária, não cabendo compreender nessa expressão qualquer outro agente estatal.

Nesse passo, registre-se, qualquer ato atribuído à autoridade policial que venha a ser praticado por outro agente estatal que não seja o delegado de polícia configura, em tese, crimes de usurpação de função pública e abuso de autoridade, dependendo do ato praticado. É que, percorrendo-se a legislação vigente, não se encontra uma única norma legal que permita a conclusão de que a autoridade policial possa ser qualquer outro agente estatal que não o delegado de polícia.

A Constituição Federal, ao tratar da segurança pública, no artigo 144 e seus parágrafos, elenca todos os órgãos encarregados de exercê-la, bem como distribui as suas atribuições de forma específica. O texto constitucional é claro ao referir que, como regra, a apuração de infrações penais e o desempenho das funções de polícia judiciária competem à Polícia Federal e às Polícias Civis, reservando às Polícias Militares o policiamento ostensivo e a preservação da ordem pública.

Os órgãos policiais são constituídos da Polícia Federal, da Polícia Rodoviária Federal, da Polícia Ferroviária Federal, das Polícias Civis, das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares. Outrossim, cabe à Polícia Federal, órgão mantido pela união, apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo dispuser em lei e exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União, conforme estabelecido no Art. 144 da Constituição.

É fato que as atribuições dos órgãos de segurança pública estão elencadas, de forma clara, no texto constitucional, não deixando margens para dúvidas de qual é o papel de cada instituição e, consequentemente, de cada agente público na tarefa de prevenir e reprimir os crimes e as contravenções, de modo que a atividade investigatória, a toda evidência, pertence aos órgãos de polícia judiciária

Nesta perspectiva, pode-se dizer que no sistema constitucional brasileiro verifica-se a existência de duas espécies de polícia: polícia administrativa e polícia judiciária. A primeira tem função preventiva, atuando antes da ocorrência do crime, é a Polícia Militar, responsável por evitar a ocorrência de infrações penais. A segunda tem função repressiva, ou seja, atua após a prática da infração penal por meio de atividade investigativa, buscando viabilizar a responsabilidade criminal do infrator, é a Polícia Civil e Polícia Federal que investigam.

Para Silva (2002, p.175):

> A atividade da polícia realiza-se de vários modos, pelo que a polícia se distingue em administrativa (de segurança), que compreende a polícia ostensiva e a polícia judiciária. A polícia administrativa tem "por objeto as limitações impostas a bens jurídicos individuais" (liberdade e propriedade). A polícia de segurança que, em sentido estrito, é a polícia ostensiva tem por objetivo a preservação da ordem pública e, pois, "as medidas preventivas que em sua prudência julga necessárias para evitar o dano ou o perigo para as pessoas". Mas, apesar de toda vigilância, não é possível evitar o crime, sendo pois necessária a existência de um sistema que apure os fatos delituosos e cuide da perseguição aos seus agentes. Esse sistema envolve as atividades de investigação, de apuração das infrações penais, a indicação de sua autoria, assim como

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> o processo judicial pertinente à punição do agente. É aí que entra a polícia judiciária, que tem por objetivo precisamente aquelas atividades de investigação, de apuração das infrações penais e de indicação de sua autoria, a fim de fornecer os elementos necessários ao Ministério Público em sua função repressiva das condutas criminosas, por via de ação penal pública.

Nessa linha, não se pode admitir o uso teratológico das técnicas de interpretação para deformar a autonomia conceitual das coisas, é preciso se determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito de acordo com o seu significado no sistema proposto.

Nesse sentido, Maximiliano (2011. p.71):

> Do exposto ressalta o erro dos que pretendem substituir uma palavra pela outra; almejam, ao invés de Hermenêutica, Interpretação. Esta é a aplicação daquela; a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda. A Hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar.

Não se pode, portanto, buscar o conceito de autoridade policial com base em uma concepção superficialmente definida, mas sim extrair esse conceito como resultado de um processo coerente e proporcional em relação ao sistema em que está inserido.

Dessa maneira, como corolário lógico desse processo, tem-se que a expressão autoridade policial, referida pelo legislador ordinário, diz respeito ao delegado de polícia, e o significado dessa expressão vem extraído do ordenamento jurídico como um todo, aplicando-se os fundamentos da hermenêutica, conforme se continuará demonstrando.

Na sequência dos dispositivos legais do Título II do Livro I do Código de Processo Penal, o legislador utiliza-se da expressão autoridade policial inúmeras vezes, como, por exemplo, quando confere atribuições que permitem levar a cabo a investigação criminal (artigos 6º e 7º), quando determina a confecção de relatório final das investigações (artigo 10, § 1º) e, também, quando determina o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

cumprimento de diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia por requisição ministerial (artigo 16). Todos esses atos são, a toda evidência, dirigidos e realizados pelo delegado de polícia ou sob a sua supervisão.

Essa constatação decorre da própria sistemática legal, baseada na hierarquia, e nada tem a ver com desrespeito ou menosprezo às funções dos agentes da autoridade no valoroso trabalho que prestam em auxílio à autoridade policial e à polícia judiciária como um todo.

Diante do exposto, depreende-se que a autoridade policial é o agente público investido no cargo de delegado de polícia, integrante da Polícia Civil ou Federal, que atuam de forma repressiva, ou seja, quando há ocorrência da infração penal (Regra). A função precípua do delegado é investigar, visando colher substrato probatório mínimo para que o Ministério Público crie sua *opinio delicti*.

2. MEDIDAS CAUTELARES E DE CUSTÓDIA EXERCIDAS PELA AUTORIDADE POLICIAL

2.1 MEDIDAS CAUTELARES

A Lei 12.403/2011 provocou mudanças significativas em nosso Código de Processo Penal, alterando as partes que tratam das prisões e medidas cautelares diversas. A partir da nova lei, ganhou força o princípio da presunção de inocência, sendo a prisão preventiva decretada apenas em último caso, quando as demais medidas cautelares se mostrarem insuficientes ou inadequadas à proteção dos bens jurídicos constantes no artigo 282, inciso I, do CPP.

Outra mudança importante ocasionada pela referida Lei, foi "ressurreição" do instituto da fiança, que, nos termos do artigo 322, do CPP, pode ser concedida pelo próprio Delegado de Polícia sempre que se tratar de infrações cujas penas máximas cominadas não ultrapassem o prazo de quatro anos de prisão.

Com o advento da Lei 12.403/2011, a Autoridade Policial ganhou força dentro da persecução penal, podendo representar diretamente ao Juiz pela decretação de medidas cautelares (prisão preventiva, mandados de busca domiciliar, interceptações telefônicas etc.), ou conceder medidas cautelares de ofício, independentemente do Poder Judiciário.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Tal fato pode se dar de maneira excepcional, quando se tratar de uma medida cautelar liberatória, como a fiança. De acordo com o artigo 322 do CPP, a Autoridade Policial poderá conceder liberdade provisória mediante fiança sempre que se tratar de infrações cujas penas máximas cominadas não ultrapassem o prazo de quatro anos de prisão.

Nessas situações, é o próprio Delegado de Polícia que irá restituir o *status libertatis* do preso, o que está absolutamente de acordo com os princípios da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana. Como se trata de infrações de média gravidade, em que o preso, muitas vezes, nem sequer será condenado a uma pena privativa de liberdade, nada mais justo que ele aguarde o processo em liberdade, sem precisar ser recolhido ao cárcere.

A garantia da jurisdicionalidade, característica das medidas cautelares, se justifica quando tratamos de cautelares que restrinjam direitos fundamentais do indivíduo, como ocorre na prisão preventiva, onde sua liberdade de locomoção é suprimida, ou na interceptação telefônica, onde seu direito à privacidade é limitado. A concessão de liberdade provisória pelo Delegado de Polícia está, entretanto, vinculada às hipóteses flagranciais previstas no artigo 302 do CPP.

Em se tratando de uma medida cautelar liberatória, como a liberdade provisória mediante fiança, é extremamente positiva a previsão legal que possibilite a sua concessão pelo próprio Delegado de Polícia, que é o primeiro agente estatal a participar da persecução penal. Aliás, é justamente por este motivo que o legislador atribuiu às Autoridades Policiais tão importante missão, pois, só assim, o indivíduo teria sua liberdade restituída imediatamente.

Encerrado o auto de prisão em flagrante e feita a sua comunicação ao Juiz competente, apenas o Juiz poderá conceder a fiança, quando a infração possuir pena superior a quatro anos,

Friso que pode haver um descompasso de entendimentos entre a autoridade policial e o Juiz, no que concerne ao delito praticado (pena superior a quatro anos) ou em relação ao valor da fiança. Em virtude disso, não se recomenda que as autoridades policiais fixem o valor da fiança com um importe financeiro irrisório ou quando há uma discussão acerca do delito a ser imputado ao agente criminoso.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Outra situação em que o Delegado de Polícia pode impor uma medida cautelar está prevista no artigo 17-D, da Lei de Lavagens de Capitais (Lei 9.613/98). Destaque-se que esse dispositivo foi inserido pela Lei 12.683/12 e dispõe o seguinte:

> Em caso de indiciamento de servidor público, este será afastado, sem prejuízo de remuneração e demais direitos previstos em lei, até que o juiz competente autorize, em decisão fundamentada, o seu retorno.

Conforme se depreende de uma análise perfunctória do dispositivo, em se tratando de crimes de lavagem de dinheiro, o afastamento do servidor público de suas funções se impõe de maneira automática, como consequência do seu indiciamento, sendo possível o retorno às suas atividades funcionais apenas mediante uma decisão judicial fundamentada.

Diante desse dispositivo, podemos concluir que o Delegado de Polícia, ainda que de maneira indireta, determina o afastamento cautelar do funcionário público suspeito de envolvimento em crimes de lavagem de capitais. Sendo assim, é imprescindível que a Autoridade Policial tenha o máximo cuidado no momento de efetuar o formal indiciamento do suspeito. Deveras, este ato acarreta consequências extremamente deletérias/prejudiciais ao indiciado, que, além de tudo, passa a ter o seu nome petrificado nos registros policiais.

2.2 CUSTÓDIA

Recentemente foi implantada no Brasil a Audiência de custódia por meio da Resolução 213/15 do Conselho Nacional de Justiça, com o desiderato de combater ilegalidades e a superlotação carcerária. O amparo legal da medida se encontra na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São Jose da Costa Rica), tratado internacional com status hierárquico supralegal:

> Direito à Liberdade Pessoal
>
> Art. 7.5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada

> dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo.

A autoridade não precisa ser jurisdicional, podendo perfeitamente ser administrativa. Pudesse apenas o juiz presidir a audiência de apresentação do preso, a redação do tratado internacional teria parado na "presença de um juiz", sem prosseguir "ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais".

Para Lima (2014, p.180) esse funcionário precisa ser imparcial e independente, tal qual o delegado de polícia. Tanto porque não possui qualquer interesse no processo posterior, compromissado apenas com a busca de uma verdade possível dentro da investigação criminal, produzindo, não raro, provas e elementos de informações que favoreçam o próprio investigado.

Todavia, o poder de colocação em liberdade exigido da autoridade é quanto a prisões *ilegais e arbitrárias*. Nestas é que se mostra imprescindível o contato visual com o preso, para averiguar sua integridade física e tomar providências ainda no calor dos fatos. Ora, sabe-se que o delegado pode (e deve) colocar em liberdade o indivíduo preso ilegalmente (artigo 304, §1º do CPP), seja em razão de atipicidade formal ou material, de ilicitude de provas, de insuficiência de elementos de convicção ou de inexistência de estado de flagrância.

Nesses casos, a autoridade de Polícia Judiciária cessará prontamente a prisão ilegal e restituirá imediatamente a liberdade ao conduzido. Lado outro, a concessão de liberdade por não ser a prisão *necessária,* decretando qualquer medida cautelar diversa da prisão, é poder atribuído ao juiz; não demanda a presença física do preso, apesar de exigir manifestação rápida, daí a previsão legal para a remessa do caso ao magistrado para esse fim em até 24 horas (artigos 306, §1º e 310 do CPP).

O Delegado de Polícia também pode determinar a medida cautelar de busca e apreensão decorrente de prisão em flagrante (art. 244, CPP), busca pessoal, em veículo ou qualquer outro local não protegido pela inviolabilidade domiciliar.

Nesse panorama, o delegado de polícia é autoridade autorizada pela lei a exercer algumas funções tipicamente judiciais. O CPP faculta à autoridade de Polícia Judiciária a tomada de certas decisões tipicamente judiciais, restritivas da liberdade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

individual, como decretação da prisão em flagrante e de medida cautelar de liberdade provisória mediante fiança (artigos 304 e 322 do CPP).

Este fato prejudica a segurança pública em razão do deslocamento de policiais que deixam de prevenir e reprimir crimes. Para Alexy (2008, p.589-591) ao duplicar uma garantia já existente (apresentação do preso *incontinenti* a uma autoridade estatal capaz de deliberar sobre a legalidade da captura) por meio da adoção do meio menos suave, direitos alheios estão sendo sacrificados desnecessariamente, o que viola o postulado da proporcionalidade.

Para Castro[2], o delegado de polícia é o primeiro garantidor da legalidade e da justiça, estando à disposição da sociedade durante 24 horas e tendo o dever de zelar pelos direitos e garantias fundamentais de toda pessoa detida ou retida. Razão pela qual a audiência de apresentação pode e deve, pela leitura do arcabouço legal, efetivar-se perante a autoridade de Polícia Judiciária. Sendo desejável também, *de lege ferenda,* a ampliação do seu poder cautelar.

3. RELAXAMENTO DE DETENÇÃO

3.1 A PRISÃO EM FLAGRANTE

A prisão em flagrante, diferentemente do que possa parecer, não se exaure em um único momento, podendo ser dividida em fases cronologicamente necessárias para a sua perfeita concretização. Isso significa que a pessoa *capturada* ou *detida* em estado flagrancial não está, de fato, presa.

Por mais que nesses casos exista uma restrição aos direitos da pessoa detida, a segregação efetiva da sua liberdade de locomoção, que se concretiza com o recolhimento ao cárcere, só acontecerá após decreto fundamentado do delegado de polícia, que é a autoridade com atribuição constitucional e convencional para análise dos fatos.

E não poderia ser diferente, uma vez que o nosso ordenamento jurídico permite que qualquer pessoa do povo prenda o sujeito surpreendido em flagrante delito *(Flagrante Facultativo),* sendo dever dos policiais agirem nessas situações *(Flagrante Obrigatório)*.

Não obstante, é notório que o cidadão comum e a grande maioria dos agentes policiais não possuem, em regra, formação jurídica, razão pela qual, não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

estão aptos a analisar o conceito de crime e as hipóteses flagranciais previstas no artigo 302, do Código de Processo Penal. Essa missão, conforme já destacamos, é de atribuição do delegado de polícia.

Para Renato Brasileiro de Lima (2011.p.1264) a prisão em flagrante se inicia com a captura, seguida de condução coercitiva à presença da autoridade e posterior comunicação da prisão ao juiz. Já Edilson Mougenot (2007, p.516) identifica três momentos distintos da prisão em flagrante, que, segundo o autor, se inicia com a *captura* da pessoa encontrada em situação de flagrância, seguida da *lavratura do auto* pela autoridade competente e se encerra com o recolhimento do conduzido ao cárcere (*custódia*).

3.2 O PODER CAUTELAR DO DELEGADO

Para uma análise da prisão em flagrante. Quando o delegado preside a lavratura do auto de prisão em flagrante (APF) e concede liberdade provisória , aproveita-se o apontamento da doutrina sobre uma teoria própria ao processo penal para alinhamento do equívoco epistemológico que se faz ao entender que atos do delegado não possuem natureza cautelar, para alguns.

Aury Lopes (2011, p.30) apresenta o ponto de tensão na distinção entre o processo civil e o penal:

> São a ausência da liberdade e a relação de poder instituída (em contraste com a liberdade e a igualdade) os elementos fundantes de uma diferença insuperável entre processo civil e o penal.

Dessa forma é forçoso concluir, que se estes elementos indicadores se distinguem do processo civil, mas, ao mesmo tempo, é ponto comum à investigação criminal não resta outra inferência senão admitir que na investigação, ao menos possui o que denominamos de "*zonas de interseção processual*", consequentemente, existem atos ou medidas de caráter cautelar, principalmente quando o instituto é da liberdade, notadamente, por força constitucional, artigo 5º, LXVI, ao delinear que "ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança", o que autoriza juridicamente a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

admissão de medidas de natureza cautelar pelo delegado de polícia, caindo por terra argumentações de que cautelar somente existe se decididas por juízes.

Para Mazzuolli (2009, p.113-137) associados à Constituição, em face do controle de Convencionalidade, com o profícuo propósito de se garantir a efetivação do princípio *pro homine*, imanentes aos tratados e precedentes da Corte IDH, necessário difundirmos o reconhecimento expresso sobre a legitimidade de órgãos não jurisdicionais à plena possibilidade do exercício da função igualmente jurídica dos juízes ou também denominada de "materialmente judicial".

Neste mesmo sentido dispõe o documento da ONU, denominado de "Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer forma de Detenção ou Prisão – 1988", que elenca *39 princípios sobre pessoas, capturadas, detidas e presas*, demonstrando preocupação da comunidade internacional em distinguir os termos e suas consequências jurídicas:

> Para efeitos do Conjunto de Princípios:
> *a) "captura"*designa o *ato de deter um indivíduo (qualquer pessoa) por suspeita da prática de infração ou por ato de uma autoridade (agentes policiais*);
> b *"pessoa detida"*designa a *pessoa privada de sua liberdade* (*delegado de polícia ou juiz*), exceto se o tiver sido em consequência de condenação pela prática de uma infração;
> c *"pessoa presa"* designa a pessoa privada da sua liberdade consequência de *condenação pela prática de uma infração (somente juiz)*;
> d) "detenção" designa a condição das pessoas detidas nos acima referidos; e) "prisão" designa a condição das pessoas presas nos termos acima referidos;
> f) a expressão "autoridade judiciária ou outra autoridade" designa autoridade judiciária ou outra autoridade estabelecida nos termos cujo estatuto e mandato ofereçam as *mais sólidas garantias de competência (bacharel em direito*

> *e concurso público, sem indicação política), imparcialidade e independência* (Lei 12.830/13 — regras fundamentais sobre inamovibilidade e função sem pretensão acusatória ou defensiva).

A expressão "no momento da captura e no início da detenção ou da prisão" denota relação de imediatidade entre o momento fático do flagrante delito, sua interrupção e captura por qualquer pessoa, nos permite concluir que esteja se referindo a outra autoridade autorizada por lei a exercer algumas funções jurisdicionalis. Ora, nosso ordenamento não adota o juizado de instrução, restando somente a figura do Delegado de Polícia, como a outra autoridade referido nos diplomas internacionais como órgão autorizado a exercer a função materialmente judicial.

Regra semelhante e garantida pelo Delegado de Polícia no procedimento de lavratura do auto se encontra no "artigo 5º, LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado", bem como o inciso seguinte, por se tratar de um direito a ser exercido, eventual representação pelos responsáveis por sua captura, detenção ou prisão, "LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial"*;* não obstante nosso constituinte não ter realizado a distinção entre captura, detido e preso.

Com relação a pessoa *detida* pela prática de uma infração penal, sobre esta diz respeito ao artigo 301 do CPP, na qual a doutrina denomina de flagrante facultativo. Este diz respeito à captura de qualquer pessoa, seja por um particular ou por agentes da autoridade e leva a conclusão que o conduzido/capturado ao ser entregue ao delegado, mediante recibo da entrega do preso (rectius, capturado), conforme artigo 304, *caput*, do CPP, que terá a natureza jurídica sobre sua situação fática analisada, a partir de agora, a ser avaliada pelo Delegado, cuja ordem de *detenção ou manutenção de detenção* advirá da *nota de culpa.*

Para Nicolitt (2015, p.172) o delegado de polícia possui o poder de relaxar a prisão, conforme se convencer das respostas das testemunhas e do conduzido, conforme artigo 304, parágrafo 1º do CPP, consoante entendimento doutrinário,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

bem como conceder liberdade provisória com ou sem fiança (322 e 325, CPP), conceder liberdade plena equivalente ao livrar-se solto, previsto no artigo 69, parágrafo único da Lei 9.099/95, artigo 48, parágrafo 2º da Lei 11.343/06 e artigo 301 da Lei 9.503/97

Em outras palavras, o ordenamento jurídico ao realizar a seletividade irracional sobre a liberdade, preconizado pelo artigo 322 do CPP, está limitando a liberdade que pode ser apreciada em razão da função materialmente judicial do delegado, o que viola os documentos sobre direitos humanos (Barbosa, 2016).

Ora, se o documento não pode restringir outro tratado internacional de direitos humanos, o que diremos no cotejo de um Código de Processo Penal de inspiração no regime fascista italiano de 1930.

Podemos ainda afirmar, que no Brasil o nosso código de processo penal estabelece a emissão de nota de culpa e a lei 12.830/13 determina os fundamentos do indiciamento pelo Delegado, que no caso de prisão em flagrante (detenção para o tratado), o que podemos facilmente concluir se tratar a expedição da *nota de culpa* como verdadeira ordem de detenção, que determina o indiciamento, consequentemente deve ser fundamentada, sob pena de nulidade.

Em outras palavras, se o Delegado deve fundamentar o indiciamento, que pode ser com o investigado solto, com muito mais razão o deve fundamentar aquele que ficará detido por sua ordem, até a comunicação da detenção ao Juiz, conforme o artigo 7.6 do Pacto de San Jose da Costa Rica.

Como se pode observar, o sistema de proteção internacional de direitos humanos possui uma hermenêutica própria, na qual o País signatário não pode dispor, ou seja, não lhe pode atribuir sequer uma nomenclatura disforme, como ocorre no Brasil. Esta ausência sistêmica, no Brasil, de proteção da pessoa capturada, detida e presa contribui para uma interpretação destoante dos escopos trazidos nas decisões da Corte IDH.

O delegado de polícia é o primeiro jurista, portanto, a atribuir juridicamente os efeitos pretendidos pela norma ao ter acesso ao fato criminoso, ou seja, é o primeiro juiz do caso concreto ou *outra autoridade autorizada por lei a exercer função típica jurisdicional*, tendo a atribuição de analisar juridicamente os fatos

ocorridos, aplicando a lei ao caso concreto, ainda que em juízo de cognição sumária, o que leva a doutrina identificar uma "*função essencial à justiça, como garantia implícita na Constituição*" (BARBOSA, Ruchester Marreiros, 2017).

Não restam dúvidas, portanto da necessária *natureza cautelar da nota de culpa* como ordem de detenção, restando o auto de prisão em flagrante, o procedimento formal de documentação da captura/condução do criminoso por qualquer pessoa, sob a presidência do deste, que ao final, decidirá pela detenção ou liberdade, seja plena ou provisória, consequentemente, por uma medida cautelar.

CONCLUSÃO

Diante do conteúdo analisado nesta pesquisa, é plenamente pacífico o convívio de medidas cautelares sob a gestão da autoridade de garantias e o monopólio da jurisdição, ou seja, coexistem no ordenamento constitucional mecanismos aptos a ensejar um procedimento investigatório criminal com autonomia e efetividade garantista, nas quais engendram decisões fora da reserva absoluta da jurisdição, sob controle posterior da autoridade judicial, dando, assim, um alcance do real sentido do artigo 5º, XXXV da Constituição Federal.

Em outras palavras, a reserva absoluta da jurisdição não significa que o Estado-investigador não possa praticar atos de natureza decisória, pelo contrário, a Constituição e as normas infraconstitucionais preveem medidas acautelatórias e requisições pela Autoridade de Garantias, conforme dispõem os. arts. 23, VII, 30 e 31 da Lei 12.527/11, artigo 17-B da Lei 9.613/98, artigo 2º,§2º da lei 12.830/2013 e artigo 15 da lei 12.850/2013, mas que a toda evidência não estão no âmbito de incidência da reserva absoluta da jurisdição. Neste caso, os atos são praticados sem prejuízo do controle judicial, conforme dispõe o artigo 5º, XXXV da CF, mas com fundamento igualmente constitucional, consoante o artigo 5º, XXXIII da CF.

Conforme recentíssima decisão do Supremo Tribunal Federal, que se extrai do eminente Constitucionalista, Ministro Luís Roberto Barroso por ocasião do julgamento do HC 124322/RS, na qual não deixou dúvidas de que a obtenção direta

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de dados cadastrais telefônicos pelo Delegado de Polícia não configura quebra de sigilo das comunicações telefônicas.

Ao negar seguimento ao referido *habeas*, o ministro confirmou jurisprudência da Corte, destacando que o fornecimento de registros sobre hora, local e duração de chamadas, ainda que sem decisão judicial, não contraria o artigo 5º, XII, da Constituição da República, que protege apenas o conteúdo da comunicação telefônica. Esta decisão ratificou, no caso concreto, o mesmo posicionamento do STJ[3] e do TRF da 4ª Região proferido, inicialmente, no HC 124322/RS.

Desta forma, conclui-se que não há como se negar, doutrinária e jurisprudencialmente, a existência de medidas acautelatórias sob a gestão do Delegado de polícia, e reconhece-se o poder geral cautelar administrativo como função imanente à investigação criminal, verdadeiro elemento de democraticidade, verdade e constitucionalidade, para além de um sistema acusatório.

Para futuras pesquisas se sugere abordar a temática da execução provisória da sentença penal no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASILEIRO DE LIMA, Renato. ***Nova Prisão Cautelar***. Niterói: Impetus, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**. Salvador: Juspodivm, 2014.

LOPES Jr., Aury. ***Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional***. Vol.1 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito** – 20ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MAZZUOLI, valeiro de Oliveira. ***Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro***. Revista Informação Legislativa. Brasília. 2009.

MIRABETE, Julio Fabrinni. **Juizados Especiais Criminais – Comentários, Jurisprudência e Legislação**. São Paulo: Atlas, 1997.

MOUGENOT BONFIM, Edilson. ***Curso de Processo Penal***. São Paulo: Atlas, 2007

NICOLITT, ***Manual de Processo Penal***, 5ªed., São Paulo: RT, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. ***Manual de Processo Penal e Execução Penal***. 7ª edição. São Paulo: RT, 2011.

TORNAGHI, Hélio. **Conceito de autoridade policial na legislação processual penal brasileira**. São Paulo: Atlas, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo** – 20ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2002.

Audiência de custódia deve ser feita por delegado de polícia. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-20/audiencia-custodia-feita-delegado-policia>. Acesso em 12 de jun.2019.

Medidas cautelares concedidas diretamente pelo delegado de polícia. Disponível em: <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/121937818/medidas-cautelares-concedidas- pelo-delegado-de-policia>. Acesso em 11 de jun.2019.

Na detenção em flagrante, delegado exerce função de magistratura. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-dez-06/academia-policia-detencao-flagrante-delegado-exerce-funcao-magistratura>. Acesso em 20 de abr.2019.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. **Audiência de Custódia (Garantia) e o Sistema da Dupla Cautelaridade Como Direito Humano Fundamental**. In: DELGADO, Ana Paula Teixeira; MELLO, Cleyson de Moraes; PACHECO, Nívea Maria Dutra (Org.) **As Novas Fronteiras do Direito. Estudos Interdisciplinares em Homenagem ao Professor Francisco de Assis Maciel Tavares**. Editar: Juiz de Fora, 2015, p. 176 e 177.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. **Controle de Convencionalidade pelo Delegado de Polícia**. **Revista Canal Ciências Criminais**. Disponível em: http://canalcienciascriminais.com.br/artigo/controle-de-convencionalidade-pelo-delegado-de-policia.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. **Delegado pode ser primeiro filtro antes de audiências de custódia**. **Revista Consultor Jurídico**, jan. 2016. Disponível

em: http://www.conjur.com.br/2016-jan-12/academia-policia-delegado-primeiro-filtro-antes-audiencias-custodia.

BARBOSA, Ruchester Marreiros. **Delegado possui função imanente de decisão e de cautelaridade da prova.** Artigo publicado na revista **Consultor Jurídico**.

Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 7ª edição. São Paulo: RT, 2011, p. 600-601. LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: **Impetus**, 2013.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969). Disponível em: < http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.

DELMANTO, Fabio Machado de Almeida. **Medidas substitutivas e alternativas à prisão cautelar**. Rio de Janeiro: **Renovar**, 2008.

GOMES, Luiz Flávio e ALMEIDA, Débora de Souza de; Coordenação: BIANCHINI, Alice; MARQUES, Ivan Luís e GOMES, Luiz Flávio. **Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico**. São Paulo, 2ª reimpr., **Saraiva**, 2013.

GOMES, Luiz Flávio, MARQUES, Ivan Luís. (coord.). **Prisão e Medidas cautelares**. 2ª. Ed. São Paulo: **RT**, 2011, p. 33. Ainda no mesmo sentido, também se referindo à doutrina de Lopes Júnior ver: CÂMARA, Luiz Antonio. Op. Cit., p. 117.

LOPES JUNIOR, Aury. **A inserção do contraditório no regime jurídico das medidas cautelares pessoais**. Boletim **IBCCrim**, n. 223, p. 5, jun. 2011.

MIRABETE, Julio Fabrinni. **Juizados Especiais Criminais** – Comentários, Jurisprudência e Legislação. São Paulo: **Atlas**, 1997, p. 60-61.

PIERI, Janaina Leite. **A aplicação da Audiência de Custódia na ordem jurídica interna**. **Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro** , [*S. l.*], Janeiro, 2015. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2015/pdf/JanainaLeitePieri.pdf. Acesso em: 25 jul. 2019. TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 10ª Ed. Bahia: JusPodivm, **2015**, p. 920.

NOTAS:

---

[1] Orientador. Mestre, fbolima1984@hotmail.com
[2] CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. Poder cautelar do delegado de polícia e medidas protetivas de urgência. In: ZANOTTI, Bruno Taufner; SANTOS, Cleopas Isaías (Org.). Temas Avançados de Polícia Judiciária. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 277-292.
[3] Habeas Corpus nº 247.331 - RS (2012/0134668-5) STJ.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A APLICABILIDADE DA ARBITRAGEM COMO MÉTODO RESOLUTIVO DE CONFLITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

GABRIEL BASTOS DE CASTRO: Graduando do último período de Direito do CIESA, Assessor Jurídico na Procuradoria Geral do Município1.

HELOYSA SIMONETTI TEIXEIRA

(Orientadora)[1]

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo o estudo da aplicabilidade da arbitragem como método resolutivo de lides envolvendo a Administração Pública após o advento da lei n°13.129/2015, que regulamentou o tema. Com essa premissa, a pesquisa será baseada na doutrina e leis brasileiras buscando fundamentos para a sua concretização. Inicialmente, será abordado sobre o instituto da arbitragem, fazendo uma análise histórica de sua origem e aplicação no Brasil, seus conceitos e principais premissas, bem como suas vantagens em sua utilização para o administrador público. Em seguida será abordado argumentações de ideias a respeito do tema, principalmente, sobre as correntes favoráveis e as que ainda olham com estranheza ao tema. Serão, ainda, discutidas questões específicas essenciais para o entendimento do assunto, como também, será demonstrado que o instituto da arbitragem tem se mostrando uma ferramenta muito interessante para os conflitos envolvendo a Administração Pública, principalmente, alinhados aos princípios constitucionais.

1 Escolhido no ano de 2016 como melhor Estagiário da Procuradoria Geral do Município, Competidor na III Concurso Estadual sobre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos – AM – 2016 – 3º Lugar, Competidor na Regional Norte de Arbitragem da XIII Competição de Arbitragem e Mediação Empresarial da Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial Brasil - CAMARB – 2017 – 2º Lugar, Competidor na XIII Competição Nacional de Arbitragem e Mediação Empresarial da CAMARB – 2017, Competidor da Regional Norte da V Competição de Arbitragem Empresarial (CAEMP) realizada em Manaus – 2018 – 1º Lugar, Competidor da V Competição de Arbitragem Empresarial (CAEMP) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – 2018, - 5º Lugar, Competidor da Twenty Sixth Annual Willen C. Vis International Commercial Arbitration Moot realizado em Viena-Áustria – 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Palavras-chave: Arbitragem. Administração Pública. Interesse Público. Contratos Administrativos.

ABSTRACT: The purpose of this article is to study the applicability of arbitration as a method of resolving disputes involving the Public Administration after the advent of Law 13,129 / 2015, which regulated the issue. With this premise, the research will be based on Brazilian doctrine and laws seeking grounds for its implementation. Initially, it will be approached about the arbitration institute, making a historical analysis of its origin and application in Brazil, its concepts and main assumptions, as well as its advantages in its use for the public administrator. Then we will discuss arguments of ideas about the theme, especially about favorable currents and those that still look strangely at the theme. It will also be discussed specific issues essential to the understanding of the subject, as well as, it will be shown that the arbitration institute has shown itself to be a very interesting tool for the conflicts involving the Public Administration, mainly aligned with the constitutional principles.

Keywords: Arbitration. Public administration. Public interest. Administrative Contracts.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1.EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ARBITRAGEM ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 1.1 A importância de Petrônio Muniz para arbitragem. 2.A ARBITRAGEM. 3.(IN)ASFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL.4. A CONVENÇÃO, CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA E O COMPROMISSO ARBITRAL 5. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 6. ARBITRABILIDADE DA ADMNISTRAÇÃO PÚBLICA 7.A PUBLICIDADE NOS PROCEDIMENTOS ARBITRAIS "ADMINISTRATIVOS" CONCLUSÃO REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

Por muito tempo o ordenamento jurídico brasileiro teve extrema dificuldade em aceitar outro meio de resolução de conflitos que não fosse a tradicional jurisdição estatal. Isso se deve ao que estabelece a Constituição Federal em seu art. 5°, XXXV, que ensina não ser possível excluir da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito. Em consequência, muito se discutiu sobre a constitucionalidade da arbitragem, ainda que essa seja utilizada no Brasil desde o Império.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Com o advento da lei n° 9.307/96 a arbitragem conquistou espaço no cenário jurídico do país. Aspectos como sua celeridade, respeito à vontade das partes e, principalmente, a equiparação do laudo arbitral à sentença judicial, fizeram com que esse instituto ganhasse força. Inúmeros avanços foram conquistados, entretanto, seu uso ainda ficou restrito majoritariamente à resolução de conflitos entre pessoas jurídicas, aspecto que difere do cenário internacional, onde o referido meio de resolução de conflitos é amplamente utilizado.

Ainda que a referida lei tenha promovido diversos progressos, questões como a possibilidade da administração pública ingressar em uma arbitragem para resolução de conflitos decorrentes de seus contratos, ainda eram extremamente controversas. Os tribunais discordavam da sua aplicação alegando indisponibilidade do interesse público, corolário do princípio da legalidade e incompatibilidade com o sigilo e confidencialidade característicos do procedimento arbitral. Após muita discussão, foi sancionada a lei n° 13.129/15, qual acabou com a controvérsia. Acrescentou ao art. 1° da antiga lei um parágrafo que dispõe sobre a possibilidade da administração pública direta e indireta dispor da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Em que pese a vigente lei brasileira de arbitragem não ter completado duas décadas de vigência, uma análise histórica demonstrará que a arbitragem envolvendo a Administração Pública é muito mais antiga, remontando ao descobrimento do Brasil, tendo tido sua evolução exponencialmente nas discussões sobre o assunto ao longo do tempo.

A reinserção da arbitragem, no ano de 1996, no sistema jurídico pátrio reacendeu discussões já ultrapassadas nos sistemas jurídicos pretéritos, especialmente no que tange a arbitrabilidade da Administração Pública, que mesmo, contando com disposições legas expressas, força uma nova construção doutrinária e jurisprudencial, haja vista que a corrente que sustenta a inaplicabilidade do instituto quando envolvidos entes públicos conta com autoridades doutrinárias de renome. Portando, serão analisadas as corretes que criticam a aplicabilidade da arbitragem pela máquina pública, como também, a

contrário sensu, a respeito da possibilidade da administração se valer desse método quando for necessário

Para tanto, inicialmente será estudado de forma isolada as principais características da utilização da arbitragem no Brasil, passando pelas discussões estabelecidas antes e depois da lei n° 9.307/96 (BRASIL, 1996) e os progressos trazidos pela mesma. Em seguida, serão analisados os aspectos que fizeram necessária sua modificação e consolidaram consideráveis avanços para uma maior utilização da arbitragem, inclusive a autorização de seu uso pela administração pública, foco do presente estudo.

Em seguida, por meio do estudo de casos e análise doutrinária visa-se avaliar as vantagens e desvantagens do uso do referido instituto nos conflitos envolvendo a administração pública, assim como o entendimento de sua aplicação ao longo do tempo.

Por fim, questões específicas que cercam a matéria serão expostas para maiores esclarecimentos no que toca em aspectos essenciais ligados a presença da administração pública em um litígio. Ressalta-se que o trabalho visa apresentar as melhores propostas com objetivo de compatibilizar e viabilizar a utilização da arbitragem nos referidos conflitos.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA ARBITRAGEM ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

De forma preliminar, pode-se indicar arbitragem como um método alternativo (DINAMARCO, 2013, p.32) – adequado (CARMONA, 2009, p.32) – e facultativo (AMARAL, 2012, p.33) de solução de controvérsias, que possui caráter subsidiário por conta do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional consagrado desde a constituição brasileira de 1946 (BRASIL, 1946), e atualmente previsto no art. 5º XXXV, da CF/88 (BRASIL, 1988).

O presente tópico justifica-se diante da dificuldade em localizar com precisão as datas e os fatos envolvendo as arbitragens brasileiras, em especial

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

aquelas em que o país figurou como parte antes do advento do presente sistema constitucional.

Nesta senda, a arbitragem envolvendo a administração está umbilicalmente ligada a história do Brasil (ESCOBAR, 2017, p. 131), desde o seu descobrimento, defesa de bens públicos, e até indenizações decorrentes de guerra.

Quando se analisa o acordão proferido no caso Lage – vide item II.5 (a) – ele chama atenção para os motivos pelos quais devemos percorrer, com detalhamento acadêmico, a presente cronologia, ao trazer à tona que "a tradição doutrinária brasileira, assentada desde o Império, em aceitar a arbitragem nas casas da Fazenda'' (NETO, 2007, p. 15).

O instituto é advindo da Grécia antiga, havendo vestígios de sua ocorrência entre as divergências havidas em 752 a.C. entre as cidades gregas de Messênia e Esparta:

> "[...] Esparta logo estaria em guerra com os messênios, um povo vizinho. Esta foi igualmente cruel e injusta. Em vão os messênios anuíram submeterem-se à arbitragem do Amphitryouns, ou a do Areópago de Atenas. Durante três anos, os espartanos mantiveram o seu ressentimento por uma lesão insignificante, e baixaram inesperadamente na cidade fronteiriça dos messênios (BC 752), massacrando todos os habitantes sem distinção de idade ou sexo. Os lacedaemonianos foram então governados por seu rei Nicandro, filho Charilaus, que comandou, ou pelo menos permitiu, este ato de barbárie." (ROBINSON, 1831, p. 73)

Ademais, observando o pararelo entre mito e fato pode-se identificar onde teria surgido a primeira arbitragem, datada de 710 A.C:

> "Ténekides sugere que a arbitragem era tão comum na Grécia Antiga que os helenos a faziam remonstar na sua origem à própria Mitologia grega refere-se a Paris, filho de Príamo e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Hécula, no monde Ida, funcionando como árbitro entre Atena, Príamo e Afrodite, que disputavam a maçã de ouro, destinada à mais bela. O litígio foi decidido em favor de Afrodite, que subornou o árbitro, prometendo-lhe, em troca, o amor de Helena, raptada, posteriormente, por Paris, daí resultando a Guerra de Tróia. E o rei Acrision, da cidade de Argos, pai de Danae, teria instituído o primeiro tribunal internacional, ao qual se referem Pausanias e Plutarco, em suas obras. A mais antiga arbitragem teria ocorrido entre Messenia e Esparta, em 740 a. C." (CRETELLA NETO, 2004, p. 6)

Iniciando os precedentes brasileiros de arbitragem envolvendo a Administração Pública tem-se que "na ausência de um direito internacional que regulasse a situação, coube à autoridade papal garantir o direito à posse" (BECKER, 1999, p. 8-9). Os primeiros limites das grandes fronteiras foram, assim, as bulas papais, e tratado de Tordesilhas, assinado em 1494, é o Brasil mais legítimo filho de Tordesilhas.

Partindo, deste pensamento, podemos afirmar que a arbitragem surgiu concomitantemente com o descobrimento do Brasil, um vez que, em 07 de junho de 1494, o Tratado de Tordesilhas, presidido pelo Papa Alexandre VI, marca o esgotamento da função da Santa Fé para regular a função entre os Estados sem uma autoridade supranacional, lançando mão do direito natural como meio de solução de controvérsia entre os Reis católicos de Portugal – João II – e Espanha – Fernando e Isabel – na divisão das terras descobertas.

Durante o Brasil Colônia (1500-1808), há certa dificuldade em localizar um registro sistemático dos atos que regiam o país, uma vez que se aplicavam as normas jurídicas portuguesas, como colônia de Portugal, submetia-se às Ordenações do Reino – compilações de todas as leis vigentes em Portugal – que passavam a constituir base para o Direito vigente, dividindo-se cronologicamente em: (i) Ordenações Afonsinas – promulgadas por D. Afonso V, em 1480; (ii)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ordenações Manoelinas – promulgadas por D. Manuel I, em 1520; e (iii) Ordenações Filipinas – promulgadas por D. Filipe III, em 1603). (MARTINS FILHO, 1999, P. 98).

E foi nas últimas Ordenações do Reino – Filipinas – que localizamos o primeiro registro normativo da arbitragem no Brasil, no Livro III, Títulos XVI e XVII, denominados respectivamente: "Dos Juízes árbitros" e "Dos Arbitradores".

Verifica-se que tal previsão continha a possibilidade de apelação, apenando o recorrente caso a decisão incialmente proferida pelos árbitros fosse mantida pelos Juízes ordinários. Com o advento da " Constituição Política do Império do Brazil", em 25 de março de 1824, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, a arbitragem figurou expressamente no artigo 160, figurando juntamente com a organização do Poder Judicial – Título 6º "Do Poder Judicial", em capítulo único intitulado "Dos Juizes, e Tribunais de Justiça":

> Título 6º – Do Poder Judicial Capitulo Único – Dos Juizes, e Tribunais de Justiça
>
> Art. 160. Nas civeis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.

A previsão retirou a possibilidade de recurso da decisão proferida pelos árbitros, mas condicionou a irrecorribilidade da decisão arbitral à convenção nesse sentido pelas partes.

Em 17 de agosto de 1827, advém a Carta de Lei de 17 de agosto de 1827, que ratifica o trabalho de amizade, navegação e comercio entre o "Império do Brazil" e o Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda, abrigando em seu artigo III previsão de arbitragem relativa a questões decorrentes dos súditos, mestres e tripulações de navios de ambos Estados, bem como matérias relacionadas ao direito sucessório:

ARTIGO III

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Os Consules, e Vice-Consules de ambas as nações exercitarão cada um no seu respectivo lugar, a autoridade de arbitros nas duvidas que nascem entre subditos, mestres e tripolações dos navios das suas respectivas nações, sem a intervenção das autoridades territoriaes, senão quando a tranqullidade publica exigir esta intervenção, ou as Partes a requererem, intentando as suas causas perante os tribunaes do paiz, em que estas duvidas nascerem. Da mesma sorte exercitarão o direito de administrarem a propriedade dos subditos da sua nação que fallecerem ab intestato, á benefício dos legítimos herdeiros da dita propriedade, e dos credores a herança, tanto quanto o admitirem as Leis dos paizes respectivos.

Em que pese o resultado das deliberações não ter sido divulgada, há registro doutrinário de que em 1829 o Brasil e a Grã-Bretanha figuraram na arbitragem internacional conhecida por "Maritime Captures", em que a Grã-Bretanha buscou indenização pela captura de seus navios ocorrida entre 1826 e 1827 (DARBY, 1904, p. 776).

A convenção de arbitragem foi assinada em 05 de maio de 1829 no Rio de Janeiro, estipulando uma comissão mista de quatro membros que seriam nomeados pelos respectivos governos ou seus ministros, determinando que: "se a maioria não concordar, a questão deverá ser submetida ao Secretário de Estado brasileiro e do Ministro britânico no Rio de Janeiro", e que deveriam dar prioridade aos pedidos de embarcações e cargas condenadas pelo Decreto de 21 de maio de 1828, que tinha tratado de vinte e cinco navios.

Em 1842, o Brasil voltaria a figurar em uma arbitragem internacional, mas dessa vez contra os Estados Unidos da América.

O caso decorreu da apreensão da escuna "*John S. Bryan*" na Província do Pará em junho de 1836, e culminou na nomeação de um comissário de cada país, no dia 15 de outubro de 1842. Em 12 de junho de 1843 os comissários condenaram o Brasil a pagar 26 contos de réis a título de indenização pelas perdas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

e danos decorrentes da apreensão, pagamento realizado em valor histórico e com quase três anos de atraso, em 20 de maio de 1846 – o que ensejou um pedido de pagamento dos juros, bem como das despesas do procedimento arbitral. (DARBY, 1904, p. 779)

Com o advento do Código de Processo Civil – Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939, que apesar de dedicar ao chamado "Juizo Arbitral" um Título inteiro em seu bojo não é considerado pela doutrina especializada como um grande avanço, estampou entre os arts. 1.031 a 1.035 as disposições gerais, e nos arts. 1.036 a 1.046 as formas de andamento da causa de do julgamento.

Como previsões diferenciais destacamos a contida no art. 1.034 que determinava que um dos árbitros pudesse figurar como escrivão do juízo arbitral, caso outra pessoa não fosse designada no compromisso, bem como a do art. 1.037 estipulando apenas dois árbitros, sendo convocado o terceiro apenas em havendo necessidade de desempate, o que certamente diminuía o custo do procedimento.

Com a redemocratização do país, em 18 de setembro de 1946 entra em vigor o quinto texto constitucional, o quarto da República, contudo, quanto à estrutura voltada à arbitragem, muito próxima à da Constituição de 1934, posto que com a mesma numeração – art. 4º, consta a necessidade de uma arbitragem prévia antes de se declarar guerra, e também no art. 6º ADCT prevê a necessidade de acordo – não mais textualmente arbitragem como na de 1932 –, entre os Estados nas questões territoriais.

Já a Constituição de 1967, considerada um retrocesso político aos níveis da carta de 1937 (ESCOBAR, 2017, p. 131), foi outorgada em 24 de janeiro daquele ano, previa em seu art. 7º397 que os conflitos internacionais deveriam ser resolvidos, dentre outros métodos, pela arbitragem.

Transcorridos praticamente seis anos, um novo Código de Processo Civil é instituído através da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973– considerado pela doutrina silente quanto a "um tratamento vanguardeiro ao juízo arbitral" (CARMONA, 2009, p.32) por também ignorar a cláusula compromissória, e,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

consequentemente, não aceitar a previsão de subsunção à arbitragem antes do surgimento do litígio –, e a exemplo do antigo digesto, dedica ao instituto um capítulo inteiro, dividido entre os arts. 1.072 a 1.102, todos revogados com o advento da Lei Brasileira de Arbitragem, que será pormenorizada no item II.4 (i).

Quando vigentes, das disposições do código extraímos que os árbitros seriam indicados sempre em número ímpar, retirando, assim, a figura do terceiro apenas em caso de empate, a responsabilidade por perdas e danos do árbitro que não proferir o laudo no prazo constante no compromisso, nos casos de causas pendentes, algo que seria posteriormente formalizada e aperfeiçoada como carta arbitral, ou seja, o requerimento formal por parte dos árbitros destinado ao juízo já instaurado para que entregasse os autos, e a necessidade de homologação do laudo arbitral perante o juiz togado, um dos grandes obstáculos para o desenvolvimento do instituto no país.

Como será visto no próximo item, as legislações atualmente vigentes, conjuntamente com o atual texto constitucional, resgataram o prestígio da arbitragem – que como visto até 1900 foi densamente utilizado no âmbito da Administração Pública –, possibilitando a sua utilização por diversos outros ramos do direito.

1.1 A importância de Petrônio Muniz para arbitragem

Desde 1991, viu-se que não seria tarefa fácil ocorrer uma reformulação na legislação brasileira referente ao juízo arbitral. Apesar de nos anos 80 ter havido três projetos de lei sobre o tema, nenhum deles logrou êxito.

Dessa forma, ao procurar uma alternativa de soluções judiciais que fossem mais céleres, o advogado Petrônio R.G. Muniz iniciou a investigação e estudos procurando alternativas e soluções para o problema, deparando-se com o instituto do juízo arbitral do Código de Processo Civil de 1973.

O trabalho de Petrônio Muniz, iniciado neste período, buscou angariar parceiros que o apoiassem na busca de revitalizar a ideia da arbitragem no Brasil, que para muitos já era considerada "extinta". Sendo assim, Petrônio obteve adesão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

do empresariado nacional da comunidade acadêmica, dos membros do Poder Judiciário, na pessoa do desembargador carioca Claudio Viana de Lima e do legislativo, por meio do Senador Marco Antônio Maciel, da comissão relatora do anteprojeto: Pedro Batista Martins, Carlos Alberto Carmona e Selma Lemes, bem como de tantas outras pessoas por esse Brasil afora, foi empreitada de especialista.

Sobre essas parcerias, a doutrinadora Selma Lemes relata que:

> "Com seu trabalho perseverante e do senador Marco Maciel, conseguiu-se vencer os entraves impostos por uma legislação superada, mofada e em desalinho com o momento de então. Desde a década de 80 se apregoava no exterior as denominadas ondas renovatórias do direito, propondo reformas nas legislações processuais, no sentido de tornar a prestação jurisdicional efetiva, com leis mais simples e menos recursos, bem como o incentivo aos métodos extrajudiciários de solução de conflitos. Hoje, testemunhamos ser esta a bandeira do CPC de 2015, do Conselho Nacional de Justiça – CNJ e da magistratura nacional, propugnando a adoção dos métodos adequados de solução de conflitos: mediação, conciliação e arbitragem." (LEMES, 2016, p. 2)

Bastou apenas um ano, e o projeto de arbitragem foi aprovado sem alterações no Senado Federal. Contudo, na Câmara o debate prolongou-se por mais de três anos e recebeu 12 (doze) emendas que pela comunidade acadêmica "fulminavam a morte do projeto de lei da arbitragem" (LEMES, 2016, p. 3), sendo todas elas rebatidas pela relatoria do projeto.

Assevera a autora supracitada que apesar das dificuldades ocorridas durante o período constante na Câmara, todos os soldados de Petrônio cumpriram seu papel com maestria sob o comando do mesmo.

> "Como dito acima, a palavra batalha, metaforicamente, é a melhor forma para descrever o que foi o trabalho

> empreendido em mais de 4 anos para termos o texto aprovado e de forma adequada. Petrônio travou o bom combate e soube utilizar as técnicas de estratégia militar, coligidas com estudos sobre o tema. Ele cursou a Escola Superior de Guerra. Em seu escritório tinha um quadro de Churchill na parede atrás de sua mesa. Indaguei-lhe a respeito e era impossível não perceber o entusiasmo em suas palavras e a admiração pelo estadista inglês." (LEMES, 2016, p. 3)

Por sempre ter afeição a estratégias militares, Petrônio foi um grande conhecedor na "arte de guerrear", há relatos que tinha coleções de livros sobre guerra em sua biblioteca e a partir daí compreenderam que não se tratava somente de um advogado liderando um grupo na criação da lei de arbitragem, mas tinham a frente um verdadeiro estrategista.

Seu pai era livreiro e desde sempre esteve na companhia dos livros. Nasceu em Recife em 09 de dezembro de 1930. Formou em Direito em 1954, na Faculdade de Direito de Recife. Era enciclopédico. Escreveu uma peça de teatro "Auto da Vitória, uma encenação verdadeira da Batalha do Monte de Tabocas", encenada em Recife em 2014. Deixou um livro para ser editado denominado "De Bello Annis, 1942-1945, Considerações Relevantes sobre o combatente brasileiro na 2º Guerra Mundial", e outros, especialmente "A Busca pela Justiça", que se encontrava em elaboração.

Em decorrência de seu estado de saúde foi se afastando do círculo jurídico. Petrônio nos deixou em 01 de junho de 2016. Redigiu seu epitáfio: "Estremeceu a Pátria. Cavaleiro foi. Nunca desertou os ideais. Cumprimentos, Amigos. "

Toda a comunidade acadêmica nacional e internacional reconheceram seu trabalho, inclusive, a Câmara de Arbitragem Empresarial Brasil – CAMARB, criou o prêmio anual Petrônio Muniz Uma competição de arbitragem simulada, que há anos conta com a participação de estudantes de Faculdades de Direito de todo o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

país. Foi homenageado pelo ICDR em um seminário em São Paulo em 2008 e em Recife em 2014, pelo CONIMA.

2. A ARBITRAGEM

A arbitragem é "mecanismo privado de solução de litígios, através do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes" (CARMONA, 2004, p. 32). Através deste método que este terceiro escolhido pelas partes, o árbitro, decide questões litigioso, colocando um ponto final na disputa (BARABINO e VALENTE, 2016, p. 10)

Neste diapasão, a arbitragem pode ser definida ainda como "meio extrajudicial de solução de conflitos, por meio do qual, os árbitros resolvem divergências relativas a direitos patrimoniais disponíveis, com base na convenção de arbitragem pactuada entre as partes (ROSENVALD, 2002, p. 107). Dessa forma, a arbitragem se mostra um instrumento alternativo onde as pessoas dirimem conflitos de interesses fora do âmbito judicial (CARVALHO FILHO, 2007, p. 854).

Este instituto sempre é usado como um meio alternativo para dirimir conflitos *inter partes*, sejam estas pessoas físicas ou jurídicas e de livre consentimento aceitam acatar as suas regras, pois, na maioria dos casos, o desfecho do litígio é rápido e eficaz, ao contrário da imensa demanda presente no Poder Judiciário que arrastam as decisões dos processos por anos, ou décadas, sem que, ao menos, traga satisfação à pretensão das partes.

Grande parte dos doutrinadores consideram que a arbitragem é caracterizada pela *expertise**[2]*, celeridade, consensualidade, confidencialidade e informalidade procedimental (ACCIOLY, 2015, p. 5; BARABINO e VALENTE, 2016, p. 6; LEMES, 2016, p. 9). Essa premissa tem contribuído para uma maior segurança jurídica.

Ademais, é importante destacar que a decisão arbitral é definitiva, não cabendo recurso contra ela, embora, em algumas poucas hipóteses, possa ser anulada pelo Judiciário (BARABINO e VALENTE, 2016, p. 10).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Para além dos campos materiais e políticos, aqui citados com o intuito introdutório, a preocupação com a segurança também se revela presente no âmbito estritamente jurídico, em que exsurge como norma jurídica o princípio da segurança jurídica. No plano constitucional brasileiro, por exemplo, a segurança é um valor invocado já desde o preâmbulo da Constituição (BRASIL, 1988) e igualmente destacado no *caput* de seu art. 5º, dispositivo que elenca o principal rol de direitos fundamentais e garantias individuais e sociais na Constituição brasileira.

Para além dos riscos e da pluralidade inerentes à atual sociedade mundial em que se vive, elementos como a proliferação de leis, a utilização de conceitos jurídicos indeterminados, a indeterminação de seus conteúdos, a instabilidade de entendimentos jurisprudenciais, a demora na prestação da tutela jurisdicional, a ausência de capacidade institucional para lidar com assuntos de elevada complexidade técnica contribuem para uma menor calculabilidade das possibilidades jurídicas, representando decréscimo para a previsibilidade e a confiança dos cidadãos no Poder judiciário como um todo.

> Em situações como essas, por vezes, "alternativas privadas à atuação estatal parecem ser mecanismos fortalecedores da segurança jurídica, ao representarem soluções mais céleres, mais técnicas e mais participativas, atendendo, mesmo quando elas se colocam em situações de conflito ou contraposição" (LEMES, 2016, p. 9).

No ponto, exsurgem, os debates relativamente à arbitragem, como um mecanismo alternativo – ou por muitos dito mais adequado – de solução de controvérsias, que intimamente se relaciona com uma mais forte manutenção das expectativas e da segurança jurídica das partes envolvidas em determinada pretensão resistida de interesses.

No ordenamento jurídico brasileiro, a arbitragem não encontra previsão constitucional direta, que assenta a inafastabilidade da jurisdição como garantia fundamental a seus cidadãos[3]. No âmbito infraconstitucional, destaca-se como primeiro ato normativo especialmente destinado a disciplinar seu regime jurídico a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Lei n. 9.307/1996 (BRASIL, 1996) que posteriormente sofreu atualizações através da Lei 13.129/2015 (BRASIL, 2015) .

Apesar de se privilegiar a autodeterminação de cada um, a Lei brasileira não descuida das partes mais vulneráveis, seja econômica, jurídica, técnica ou informacionalmente.

> "Nesse sentido é que a redação original do referido ato normativo já previa a utilização da arbitragem de forma limitada a litígios que versassem sobre direitos patrimoniais disponíveis e que envolvessem pessoas com capacidade civil para contratar" (SANTOS, 2019, p. 140).

Nesse mesmo afã, são estabelecidos limites específicos para as cláusulas compromissórias constantes de contratos de adesão, em que a liberdade contratual das partes é limitada por cláusulas predispostas com as quais se estabelecem duas opções: aderir ou não contratar.

Ademais, com o intuito declarado de fortalecimento da segurança jurídica e da estabilidade da sentença arbitral, assenta-se expressamente na legislação brasileira que a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário, que inclusive possui a mesma validade e eficácia de título executivo.

Não bastasse, afirma-se serem os árbitros os juízes de fato e de direito da sentença arbitral, que não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário. Apenas nos casos de sentença arbitral nula (como nos casos de nulidade da convenção de arbitragem, extrapolação de seus limites, comprovada existência de prevaricação, concussão ou corrupção passiva, dentre outras hipóteses) é que se faculta aos interessados pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral. Ainda assim, o nível de proteção à segurança jurídica é tão forte que essa ação de nulidade só poderá ser ajuizada no breve prazo de até 90 (noventa) dias após o recebimento da notificação da respectiva sentença arbitral, parcial ou final, ou da decisão do pedido de

esclarecimentos. E, no caso de nulidade, não é o Poder Judiciário que proferirá a nova decisão, mas determinar-se-á que o árbitro ou o tribunal arbitral profira nova sentença.

Além disso, em previsão que também favorece a calculabilidade, a previsibilidade e a confiança nas relações interacionais – cada vez mais inevitáveis na atual sociedade globalizada –, a partir da edição dessa lei, passou-se a dispensar a necessidade de dupla validação da sentença arbitral estrangeira, a fim de que essa possa produzir efeitos internos. "A partir da Lei, exige-se apenas a sua homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, tal qual exigido, em nome da soberania nacional, para qualquer outra decisão judicial estrangeira" (VERÇOSA, 2018, p. 40).

À época de sua publicação, a Lei brasileira foi objeto de impugnação junto ao Supremo Tribunal Federal, que em 2001 decidiu pela constitucionalidade da lei. O *leading case**[4]* (SE 5.206) dizia respeito a uma ação originalmente iniciada em 1995, pela qual se buscava a homologação judicial no Brasil de laudo de sentença arbitral proferida na Espanha. Incidentalmente, exsurgiu no caso o debate sobre a constitucionalidade da Lei n. 9.307/1996 (BRASIL, 1996), resultando vencedora a tese de que a previsão da arbitragem é compatível com o direito de acesso ao Judiciário e de inafastabilidade da jurisdição, já que se trataria de um direito à ação e não a um dever.

Sobre o ponto, destaca-se o seguinte excerto do trecho da ementa do acórdão proferido naquele julgado (BRASIL, 2001):

> *Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV).*
> *Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF.

Votos vencidos, em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, consequentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário.

Constitucionalidade - aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31).

Mais recentemente, a regime jurídico brasileiro de arbitragem foi atualizado e revigorado pelas Leis n. 13.105 (BRASIL, 2015) e n. 13.129 (BRASIL, 2015). Esta primeira corresponde ao Novo Código de Processo Civil brasileiro.

Mais especificamente sobre a arbitragem, o Novo Código e a Lei n. 13.129 (BRASIL, 2015) trouxeram finalmente o tema a um estágio de consolidação da arbitragem no Brasil e de superação de preconceitos que inicialmente havia em relação à sua utilização. Avança-se, até mesmo, o qual é o tema deste projeto, a possibilidade e os limites de sua aplicação e utilização para litígios que envolvam a Administração Pública, a qual, por natureza, administra interesses públicos dos quais não pode isoladamente dispor.

Nesse sentido, já nos parágrafos do artigo inicial da Lei, conforme inclusão da Lei n. 13.129/2015, passa-se a prever expressamente que a administração pública direta e indireta pode se valer da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis, sendo competente para a celebração de convenção de arbitragem a mesma autoridade ou o órgão

competente para a realização de acordos ou transações em geral. Passa-se, assim, a ter uma previsão mais geral, para além de outras específicas já anteriormente existentes, como a do art. 23-A da Lei n. 8.987/1995 (BRASIL, 1995), conforme inclusão empreendida pela Lei n. 11.196/2005 (BRASIL, 2005), que autoriza a previsão, pelo contrato de concessão, da utilização de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas a tal relação contratual, inclusive a arbitragem, desde que realizada no Brasil e em língua portuguesa. Sobretudo para aqueles contratos de concessão mais complexos e que, mais do que aspectos jurídicos, albergam controversas questões técnicas, a medida pode ser uma solução mais adequada.

3. (IN)ASFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL.

Nenhum autor nega a existência da arbitragem, mesmo em tempos imemoriais. O doutrinador francês Charles Jarrosson, em tese de doutorado, dá início a seu trabalho com esta introdução: "L´arbitrage remonterait à la nuit des temps. Certains prétendent qu´il est aussi ancien que l´humanité, ou qu´il a toujours existé. Il s´agirait d´un phénomène plus qu´il international: ´interculturel`"[5] (JARRASON, 1987, p. 1)

Uma das questões básicas mais discutidas em tema de arbitragem diz respeito à sua natureza jurisdicional. Discutida porque, não obstante a opinião da esmagadora maioria na doutrina, ainda existem alguns autores que defendem a jurisdição como oriunda da soberania do Estado e como fenômeno reservado à justiça estatal, mercê de seu "poder de império", bem assim, entre nós, em face da aparente exclusividade do Poder Judiciário para dizer o direito e apresentar soluções aos litígios que lhes são submetidos. Daí estas considerações preliminares para deixar patente, em consonância com a melhor doutrina, a posição de vanguarda do Superior Tribunal de Justiça a admitir, nos limites precisos da lei, mercê dos matizes jurisdicionais da legislação arbitral (Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1998, com as alterações da Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015 e disposições esparsas em outras leis), a dualidade de jurisdições, ou seja, a jurisdição estatal e a jurisdição arbitral. Relembra-se, nesta oportunidade, antes do exame da natureza da arbitragem que a lei básica sobre a arbitragem foi declarada

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

constitucional pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2001), há 18 (dezoito) anos, como amplamente divulgado na literatura sobre o tema.

Ao se analisar a suposta inafastabilidade do controle jurisdicional, tem-se que, "após um longo período de evolução de processos de composição e autotutela, o controle jurisdicional sedimentou-se como monopólio do Estado" (ESCOBAR, 2017, p. 131).

Ainda sobre as origens e evoluções do princípio e inafastabilidade do controle jurisdicional pode-se observar que:

> "Nas fases primitivas da civilização dos povos, quando ainda inexistiam leis gerais e abstratas ou um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão. Tratava-se da autotutela, naturalmente precária e aleatória, que não garantia a justiça, mas a vitória do mais forte, astuto ou ousado. Além da autotutela, nos sistemas primitivos, existia a autocomposição, pela qual uma das partes em conflito, ou ambas, abriam mão do interesse ou de parte dele. Pouco a pouco, foram sendo procuradas soluções imparciais por decisão de terceiros, pessoas de confiança mútua das partes, que resolvessem seus conflitos. Surgiram assim os árbitros, sacerdotes ou anciãos, que agiam de acordo com a vontade dos deuses ou por conhecerem os costumes do grupo social integrado pelos interessados. Só mais tarde, à medida que o Estado foi se afirmando e conseguiu impor-se aos particulares, nasceu gradativamente a tendência a absorver o poder de ditar as soluções para os conflitos, passando-se da justiça privada para a justiça pública. E nasceu assim a jurisdição, atividade mediante a qual os juízes estatais

> examinam as pretensões e resolvem os conflitos, substituindo-se à vontade das partes. A jurisdição acabou absorvendo todo o poder de dirimir conflitos e pacificar pessoas, tornando-se monopólio do Estado." (GRINOVER, 2007)

Também há de se destacar a reflexão arguida pelo professor Diogo Fiqueiredo Moreira Neto quando analisa a arbitragem nos contratos administrativos, suscita que o advento da lei n. 9.307/1996 acrescentou novas perplexidades, como a jurisdicidade da submissão de conflitos de interesses envolvendo entidades públicas a uma composição extrajudicial via arbitragem, concluindo que o Estado contemporâneo vem perdendo o monopólio não apenas na produção normativa, mas também o da distribuição da justiça:

> "Essa dúvida tem, todavia, uma raiz cultural, pois o positivismo jurídico, enfatizando a sobrevalorização das fórmulas escritas, aliado ao estatismo, que magnifica o papel do Estado, e ainda a uma kafkiana processualística, entre outros equívocos, têm sido responsáveis pela elementar confusão reinante entre monopólio da jurisdição e monopólio da justiça. [...]
>
> Foi necessário, portanto, mais de meio século de evolução juspolítica para que se viesse a lograr a superação da adoração hegeliana do Estado, dos preconceitos ideológicos das extremas esquerda e direita e da crença, um tanto ingênua, no valor absoluto das formas, e se restabelecesse o respeito à liberdade de buscar a justiça como exercício do consenso, o que recentemente ocorreu com a promulgação da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, que veio dar nova configuração legal à arbitragem.
>
> Efetivamente, numa sociedade contemporânea, que exalta os valores liberais e democráticos, a jurisdição é e deve continuar a ser um monopólio indisputável do Estado, uma vez que é

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> absolutamente necessário que exista este terceiro, parte neutra e dotada do atributo da coercitividade, para dar apenas que essa prerrogativa não envolve, não elimina nem prejudica a busca pela justiça, enquanto anseio e atividade humana, que não é monopólio de ninguém, nem mesmo de organizações políticas.
>
> Assim como o Estado contemporâneo vai perdendo o monopólio da produção normativa, para quedar-se com o da política legislativa, tendência que se manifesta com o desenvolvimento da regulática; assim como, também, já não mais detém ele o monopólio da execução administrativa, para reservar-se a função, esta sim essencial, de seu controle, com a expansão das parcerias; tampouco pode ele irrogar-se o monopólio da distribuição da justiça, em sociedades que valorizam cada vez mais o consenso como instrumento privilegiado da convivência social." (NETO, 2007)

Nos dias atuais, a realidade no tocante à aplicação da Lei de Arbitragem vigente entre nós, revela sua plena aceitação pelos operadores do direito e acolhida uniforme pelos tribunais do País, inclusive dos tribunais superiores, o que espelha a convicção de que a arbitragem tem natureza jurisdicional, porquanto é uma atividade inerte, substitutiva da composição de controvérsias, acolhe integralmente o devido processo legal em seu procedimento, com destaque ao contraditório, o árbitro é imparcial e dotado de poderes decisórios, sendo sua sentença equivalente à sentença judicial, apta a fazer coisa julgada.

Nesta senda, "a função jurisdicional é de índole substitutiva, destinada a solucionar um conflito de interesses, tal como tenha sido trazido ao Estado-Juiz, sob a forma e na medida da lide" (ALVIM, 2016, p. 133-144), daí, em virtude da atividade jurisdicional, o que ocorre, em regra, é a substituição de uma atividade/vontade privada por uma atividade pública, que é a ´vontade da lei` a imperar. O mesmo autor ainda assevera:

> "Observe-se, todavia, para que tal substituição ocorra com eficácia imutável, como dissemos, necessário se faz que uma qualidade seja agregada a essa atividade substitutiva, ou seja, mais precisamente, que se some à autoridade da solução a qualidade de imutabilidade da própria sentença, na sua parte decisória. O que caracteriza, na quase totalidade dos casos, verdadeiramente essa função da sentença – enquanto síntese da atividade jurisdicional, e, tendo em vista a parte dispositiva da sentença – é a autoridade da coisa julgada." (ALVIM, 2016, p. 133-144)

Defender que haveria uma suposta inafastabilidade do controle jurisdicional do Estado não encontra atualmente qualquer sorte de sustentação, inclusive em razão de ausência previsão constitucional ou estrutural nesse sentido, posto que a Carta Magna em momento algum indica qualquer monopólio do exercício da função jurisdicional pelo Judiciário.

Da leitura do art. 5º, inciso XXXV, da CF/88 extrai-se a faculdade – permissão –, para que o cidadão recorra ao Judiciário, não uma obrigação, configurando uma proibição constitucional ao legislador vedar esse direito.

Trata-se de entendimento do próprio STF, que, ao analisar a constitucionalidade do instituto da arbitragem nos autos da SE n. 5.206-AgR pacificou esse entendimento.

Do voto do Ministro Nelson Jobim extraímos que nessa regra constitucional não se "tem como destinatário o legislador, a proibição das partes renunciarem à ação judicial quanto a litígios determináveis [...] lá não se encontra essa proibição. Pelo contrário, o texto proíbe o legislador, não o cidadão."[6]

Ainda, há posicionamentos que declaram que "mesmo na falta de uma previsão constitucional expressa, não haveria dúvidas quanto à possibilidade dessa categoria de tribunais, "que adiante denomina como exceção a jurisdição estatal, e meio alternativo da justiça estatal, concluindo que a instituição de tribunais arbitrais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

voluntários é uma exceção aparente a reserva da jurisdição." (GONÇALVES, 2008, p. 17).

Portanto a doutrina ao recordar a lição de um dos mais brilhantes processualistas brasileiros, que, como Sálvio, também enriqueceu o quadro de Ministros do STJ, Athos Gusmão Carneiro, de quem transcreve o trecho ora reproduzido:

> "[...] o atual sistema da arbitragem brasileira, por natureza e por definição tem indiscutível caráter jurisdicional, não cabendo mais, depois da Lei n. 9.307/1996, falar-se em contratualidade, salvo no que concerne à sua origem, por resultar da vontade das partes". (STEIN, 2014, p. 50)

E para concluir este capítulo, nada melhor do que a palavra de Carlos Alberto Carmona, um dos primeiros comentadores da Lei de Arbitragem, a respeito do tema aqui focado:

> "O art. 31 determina que a decisão final dos árbitros produzirá os mesmos efeitos da sentença estatal, constituindo a sentença condenatória título executivo que, embora não oriundo do Poder Judiciário, assume a categoria de judicial. O legislador optou, assim, por adotar a tese da jurisdicionalidade da arbitragem, pondo termo à atividade homologatória do juiz estatal, fator de emperramento da arbitragem. Certamente continuarão a surgir críticas, especialmente de processualistas ortodoxos que não conseguem ver atividade processual – e muito menos jurisdicional – fora do âmbito da tutela estatal estrita. Para rebater tal ideia tacanha de jurisdição, não há lição mais concisa e direta que a de Giovanni Verde: ´[A] experiência tumultuosa destes últimos quarenta anos nos demonstra que a imagem do Estado onipotente e centralizador é um mito, que não pode (e talvez não mereça) ser cultivado. Deste mito

faz parte a ideia que a justiça deva ser administrada em via exclusiva pelos seus juízes`." (CARMONA, 2004, p. 22)

4. A CONVENÇÃO, CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA E O COMPROMISSO ARBITRAL

A Lei 9.307 (BRASIL, 1996) traz em seu art. 3° que "as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral". E a mesma traz no artigo seguinte, art. 4°, a definição dos conceitos, explicando que "a cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se à submeter a arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente à tal contrato".

A cláusula compromissória, também conhecida como cláusula arbitral, se diferencia do compromisso na medida em que a primeira visa submeter ao procedimento arbitral questões futuras, enquanto a segunda é fruto de uma controvérsia já existente, a partir da qual as partes firmam acordo para resolve-la em arbitragem.

Os efeitos da referida cláusula também estão estabelecidos em lei. O primeiro deles seria a obrigação, por parte do juiz estatal, de extinguir qualquer demanda levada ao judiciário na qual tenha sido convencionado em contrato que um possível litígio seria resolvido por meio de arbitragem, ou seja, em um contrato que continha cláusula arbitral válida.

O segundo efeito é a possibilidade de instaurar arbitragem, por meio de requerimento dirigido à câmara, sem que seja necessária comunicação prévia para a parte adversária, desde que se trate de uma cláusula cheia, como já será especificado. As cláusulas compromissórias podem ser classificadas como cheias, vazias ou patológicas.

As cláusulas cheias são aquelas que já determinam como será feita a indicação dos árbitros assim como a indicação de uma instituição de arbitragem.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

De forma contrária, a cláusula vazia apenas indica a arbitragem como meio de resolução de um possível conflito, sem especificar como a mesma se dará.

Já as cláusulas patológicas são aquelas que possuem algum defeito. Ou seja, possuem algum elemento que dificulte ou impossibilite sua interpretação. Como por exemplo a indicação de uma câmara arbitral inexistente.

Dessa forma, "a doutrina não ressaltou qualquer distinção entre convenção, cláusula e compromisso arbitral, conceituando este em sentido técnico como "quem se submete a juízo arbitral" (MIRANDA, 1959, p. 317), e advertiu que qualquer outro sentido que se dê a 'compromisso' é extensão devida à linguagem vulgar e imprópria de juristas. No fundo, teste para se saber até onde vão os conhecimentos de quem escreve sobre direito.

Tomando por base a ressalva do jurista, e despido de qualquer jactância, mas apenas seguindo o cunho acadêmico do presente estudo, imperioso percorremos os pensamentos doutrinários correntes, posto que divergentes.

Essa jornada se justifica porque identificamos uma tendência cíclica na doutrina e na legislação, que partiram da ausência de distinção entre cláusula compromissória e compromisso arbitral – tal como advertido por Pontes de Miranda acima –, rumando para a diferenciação entre ambos, para novamente retroceder à simplicidade e elegância eficaz de sua unicidade.

Também em relação à unicidade conceitual entre cláusula e compromisso arbitral, alguns autores entendem que "essa distinção não ocorreria, por exemplo, na Espanha, que em sua ótica trata ambas como "convênio arbitral", indicando nitidamente as duas formas de convencioná-la, mas se posiciona no sentido de não vislumbrar diferença entre elas." (BERALDO, 2014, p. 117).

Em outras palavras a distinção entre cláusula compromissória e compromisso arbitral reside no critério temporal do surgimento do litígio, "apontando a doutrina internacional "que a cláusula é pactuada antes do

surgimento do litígio, ao passo que o compromisso é firmado após o surgimento da controvérsia. " (FOUCHARD, GAILLARD, *et al.*, 1999, p. 193-236).

Diferentemente da cláusula compromissória que se encontra incluída em um contrato e antecede o conflito, o compromisso arbitral é uma convenção específica através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem, podendo ser tanto judicial como extrajudicial.

Em sendo judicial, estabelece a lei (BRASIL, 1996) que será celebrada nos próprios autos onde tramite a demanda– "não por escrito que se junte aos autos, seguido de homologação" (MIRANDA, 1959, p. 320) –, e formalizada extrajudicialmente deverá o ser por escrito, assinada por duas testemunhas, ou por instrumento público, encontrando esteio também no art. 851 do Código Civil.

> CAPÍTULO XX Do Compromisso
>
> Art. 851. É admitido compromisso, judicial ou extrajudicial, para resolver litígios entre pessoas que podem contratar

5. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A análise etimológica do vocábulo "administração" remete à *manus, mandare*, tendo por raiz o vernáculo *man*, "sendo-lhe intrínseca a ideia de comando, orientação, chefia, paralelamente à de subordinação, obediência e servidão, ou seja, relação de hierarquia e de um comportamento dinâmico. " (GASPARINI, 2011, p. 96).

Portanto, extrai-se que o sentido material de administração pública "corresponde à assistência regular prestada por estruturas constituídas por agentes estáveis, tarefas definidas e dotação orçamentária e de poderes jurídicos decorrentes do caráter permanente das necessidades coletivas" (CAETANO, 2010, p. 5).

Na mesma linha a doutrina brasileira define a Administração Pública "em seu sentido funcional e lato, como a gestão de interesses gerais constitucionalmente cometida às organizações políticas" (NETO, 2007, p. 17). No

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

mesmo sentindo, que a doutrina brasileira tem destacado a administração pública tanto em seu aspecto formal, quando organizacional, nos seguintes termos:

A Administração Pública pode ser considerada tanto no aspecto funcional – conjunto de atividades do Estado que auxiliam as instituições políticas de cúpula no exercício de funções de governo, que organizam a realização das finalidades públicas postas por tais instituições e que produzem serviços pens e utilidades para a população – quanto organizacional – estrutura ou aparelhamento articulado, destinado à realização daquelas atividades. (MEDAUAR, 2010, p. 48)

Contextualizando a sua aplicação, é pontuado que uma das obscuridades da acepção clássica da separação de poderes reside na ausência da Administração Pública que aparecia no século XIX, sempre inserida no Poder Executivo, "refletindo um excesso de formalismo, resultando na Administração por documentos, onde o que não é documentação não existia, mantendo o indivíduo na condição de súdito. " (MEDAUAR, 2003, p. 124 - 126).

Prossegue a autora supracitada indicando que no século XX, entre as décadas de 1930 e 1990, a Administração se ampliou e assumiu novos papéis, tanto na estrutura quanto nos campos de atividade, adquirindo dimensões gigantescas e tornando-se imprescindível à coletividade. Foi nesse período, em especial entre o final da década de 1970 e a de 1980, que passou a existir um descompasso entre as transformações ocorridas na sociedade e no Estado e o modo de atuar da Administração Pública, pregando-se recíproco condicionamento entre a conformação da Administração, o quadro constitucional e o sistema político-social.

Fincada essa premissa e levando-se em consideração que o objeto do presente trabalho não é o aprofundamento de questões de Direito Administrativo para justificar a adoção da arbitragem envolvendo a Administração Pública, mas sim demonstrar que essa é uma prática corrente no Brasil, plenamente consentânea com os ditames constitucionais podendo-se afirmar "que está superada a concepção de que o Poder Público jamais poderia se submeter à solução de conflitos pela via arbitral" (CARDOSO, 2010, p. 16).

Nesse mesmo sentido aponta o professor Paulo Brancher:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> "Muito se discute, não somente no Brasil, mas também em ordenamentos jurídicos alienígenas, sobre questões ligadas à arbitragem e o Poder Público. O enfoque é dado basicamente sobre a possibilidade jurídica da submissão do Estado (considerando nele tanto a Administração direta como indireta) a processos de arbitragem, para fins de solução de litígios que envolvam direitos patrimoniais disponíveis. Várias são as questões e os argumentos pró ou contra referida possibilidade, havendo, inclusive, entendimentos radicais em ambos os lados." (BRANCHER, 2004, p. 40).

O percurso que se deve transcorrer não é o de discutir se a Administração Pública pode ou não se submeter à arbitragem – questão já ultrapassada, conforme acima destacado, mas sim se há restrições para a arbitrabilidade de determinadas questões envolvendo esse ator.

6. ARBITRABILIDADE DA ADMNISTRAÇÃO PÚBLICA

> Na Arbitragem existe o que se chama de "arbitrabilidade" que possui duas características: "a arbitrabilidade de aspecto subjetivo, ligada à capacidade de quem poderá ser parte num procedimento arbitral, e a arbitrabilidade de aspecto objetivo, onde quais matérias poderão ser objeto da tutela arbitral." (SALOMÃO, 2011, p. 3)

O artigo 1º da Lei 9.307/96 (BRASIL, 1996) delimita sobre o objeto da arbitragem que somente pode versar sobre os direitos patrimoniais disponíveis e, se durante o curso da arbitragem observar o árbitro ou tribunal arbitral de que a matéria é de direitos indisponíveis, deverá remeter as partes ao Poder Judiciário, suspendendo-se imediatamente o procedimento arbitral.

Imperioso conceituarmos arbitrabilidade, para somente então prosseguirmos. Para tanto, trazemos o conceito proposto por Cláudio Finkelstein, para quem arbitrabilidade é:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> *"[...] uma condição pela qual um determinado caso se enquadra ou não aos fatos de uma certa disputa para determinar se a controvérsia é ou não sujeita à resolução pela via arbitral. Assim, temos que, a despeito de qualquer disputa ser passível de revisão judicial, somente algumas podem ser solucionadas pela via arbitral. Arbitrabilidade, nesta perspectiva, é uma condição distinta e mais ampla do que a questão de validade do pacto arbitral." (FINKELSTEIN, 2007, p. 24)*

É claro que nem todas as disputas envolvendo a administração pública são possíveis de se realizarem a arbitragem, ocorrendo a difícil tarefa de identificar o que é permitido e o que não é para ser objeto de uma arbitragem.

Assim, a verificação da possiblidade das diversas matérias potencialmente sujeitas à arbitragem consiste na análise de aspectos da arbitrabilidade: (i) subjetiva – quem pode se sujeitar à arbitragem[7]; e (ii) objetiva – o que é suscetível à arbitragem: direitos patrimoniais disponíveis[8].

Impinge destacar, no que concerne à arbitrabilidade objetiva, que o art. 841 do CC/2002 (BRASIL, 2002) apenas permite transacionar direitos patrimoniais de caráter privado[9], e o art. 852 do CC/2002 (BRASIL, 2002) veda o compromisso para matérias que não tenham caráter estritamente patrimonial, de direito pessoal e de família, bem com questões de estado[10], o que, nas palavras de Carlos Alberto Carmona, "nada acrescentou (e nada retirou) ao art. 1º da Lei de Arbitragem"

> "Para chegar a essa conclusão o autor precede o comentário dos seguintes dizeres: "Estas constatações não são suficientes, porém para excluir de forma absoluta do âmbito da arbitragem toda e qualquer demanda que tanja o direito de família ou o direito penal, pois as consequências patrimoniais tanto num caso como noutro podem ser objeto de solução extrajudicial. Dizendo de outro modo, se é verdade que uma demanda que verse sobre direito de prestar e receber alimentos trata de direito indisponível, não é menos verdadeiro que o quantum da pensão pode ser livremente pactuado pelas partes (e isto torna arbitrável esta questão); da mesma forma, o fato caracterizador de conduta antijurídica

> típica deve ser apurado exclusivamente pelo Estado, sem prejuízo de as partes levarem à solução arbitral a responsabilidade civil decorrente de ato delituoso". (CARMONA, 2004, p. 31)

Essa postura altamente restritiva à participação do Poder Público em arbitragens parece decorrer, em alguma medida, dos dogmas insepultos do administrativismo francês e da dualidade de jurisdições. Como a análise da validade dos compromissos arbitrais firmados pela Administração é geralmente "examinada pela justiça administrativa, que tem como órgão de cúpula o Conselho de Estado, há uma tendência de que a jurisprudência sobre a matéria preze pela exclusividade da jurisdição estatal" (ACCIOLY, 2017, p. 33). Zelar por suas competências, é preservar poder e prestígio.

Noutro giro, aqueles que apoiam a utilização da arbitragem pela administração pública declaram que isso não é renunciar nenhum direito e ainda estaria ligada a seguir o mesmo padrão da ordem econômica vigente:

> "[...] os defensores da arbitragem na Administração Pública entendem que aquele que recorre à arbitragem não renuncia a direito algum, apenas opta por outra via, diversa do Poder Judiciário, para defender os interesses que acredita possuir. Assim, a noção de arbitrabilidade como renúncia deve ser afastada, pois engendra concepções ideológicas que não mais se coadunam com a atual ordem econômica, política e social, o que consolida o entendimento de que o julgamento de litígios pelo Estado não é superior ao julgamento realizado pelos árbitros." (FRANZONI, 2015, p. 109 - 110)

Ainda no que tange aos aspectos da arbitrabilidade objetiva a doutrina tem tropeçado em injustificada confusão entre indisponibilidade do interesse público e disponibilidade de direitos patrimoniais. Um e outro não se confundem"; e mais, afirma que "indisponível é o interesse público primário, não o interesse da Administração " (GRAU, 2002, p. 51), esta entendida como interesse público secundário.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No que concerne a doutrina internacional, é cediço que no Direito arbitral, devem existir "algumas pequenas ilhas de inarbitrabilidade em meio a um oceano de arbitrabilidade"[11] (RACINE, 1999, p. 57). A permissão para que a Administração se valha, de modo amplo, da arbitragem atrai investimentos internacionais; propicia a diminuição dos preços praticados por seus contratados; contribuí para que os litígios contra o Estado sejam dirimidos de modo mais célere e especializado e, em maior ou menor medida, ainda ajuda a desafogar um Poder Judiciário atulhado.

"Em razão de todos esses fatores, a arbitragem vem ganhando cada vez mais espaço mundo afora, inclusive no campo das contendas com a Administração Pública." (ACCIOLY, 2017, p. 12). O movimento internacional é de ampliação dos sujeitos e matérias suscetíveis de apreciação arbitral e, nessa esteira, os países vão progressivamente adaptando os seus respectivos ordenamentos para permitir que entidades governamentais participem de procedimentos do gênero.

Tal como ressaltado por Carmona no âmbito privado, também em relação à Administração Pública a dúvida quanto ao que se pode considerar como direitos patrimoniais disponíveis persiste, tal como será pormenorizado abaixo.

Quanto à arbitrabilidade subjetiva, sendo a Administração capaz de contratar, teria, em princípio, essa faculdade, pelo confronto direto do fato com o antecedente da norma contida no "caput" do art. 1º da Lei n. 9.307/1996 (BRASIL, 1996): "Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis."

Com a alteração legislativa, porém, a discussão a respeito da arbitrabilidade subjetiva da Administração Pública deve ser minorada, na medida em que o § 1º, acrescido ao art. 1º da Lei 9.307/96 (BRASIL, 1996), é expresso no sentido de que "a administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis" (ACCIOLY, 2017, p. 29).

Diante de uma análise inicial do caput em questão, "a rigor, não estão isentas de seu alcance, portanto, as pessoas jurídicas que possam validamente assumir obrigações de natureza sinalagmática" (BRANCHER, 2004, p. 436), como a própria Administração Pública quando contrata em âmbito privado.

Ainda de acordo com uma das principais conhecedoras do ramo, a professora Selma Lemes afirma que:

> "A arbitrabilidade subjetiva refere-se aos aspectos da capacidade para poder submeter-se a arbitragem, que no âmbito do direito público administrativo, seja como pessoa jurídica de Direito Público (União, Estados, Municípios, Territórios e Autarquias) ou de Direito Privado (sociedade de economia mista e empresa pública), qualificadas como entidades da administração pública direta e indireta, todas possuem capacidade parar firmar convenção de arbitragem." (LEMES, 2007, p. 60)

Neste mesmo sentido que a doutrina brasileira tem se tornado uníssona sobre o tema:

> "Desse modo, podem submeter-se à arbitragem pessoas naturais ou jurídicas, de direito privado ou de direito público. As entidades integrantes da Administração Pública, direta ou indireta, por terem capacidade de contratar, atendem à exigência da Lei nº 9.307/96 para submeter litígios à arbitragem." (PEREIRA, 2017, p. 48 - 63)

Seguindo essa linha e analisando os desdobramentos da contratação estatal na órbita privada sob a ótica da arbitragem, Carlos Alberto Carmona discorre:

> "Quando o Estado atua fora de sua condição de entidade pública, praticando atos de natureza privada – onde poderia ser substituído por um particular na relação jurídica negocial – não se pode pretender aplicáveis as normas próprias dos contratos administrativos, ancoradas no direito público. Se a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> premissa desta constatação é de que o Estado pode contratar na órbita privada, a consequência natural é de que pode também firmar um compromisso arbitral para decidir os litígios que posam decorrer da contratação. Em conclusão, quando o Estado pratica atos de gestão, desveste-se da supremacia que caracteriza sua atividade típica (exercício de autoridade, onde a Administração pratica atos impondo aos administrados seu obrigatório atendimento), igualando-se aos particulares: os atos, portanto, "tornam-se vinculantes, geram direitos subjetivos e permanecem imodificáveis pela Administração, salvo quando precários por sua própria natureza". (CARMONA, 2004, p. 44 - 46)

O tema não passou desapercebido pelo Judiciário, sendo que o STJ, em interessante decisão sobre o tema, diferencia as atuações das empresas estatais quando firmam contratos que tenham por objeto atividade econômica em sentido estrito, e aponta para a disponibilidade desses direitos, bem como sua consequente sujeição à arbitragem:

[...] quando os contratos celebrados pela empresa estatal versem sobre atividade econômica em sentido estrito – isto é, serviços públicos de natureza industrial ou atividade econômica de produção ou comercialização de bens, suscetíveis de produzir renda e lucro –, os direitos e as obrigações deles decorrentes serão transacionáveis, disponíveis e, portanto, sujeitos à arbitragem. Ressalte-se que a própria lei que dispõe acerca da arbitragem – art. 1º da Lei n. 9.307/96 – estatui que "as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis" [12]. [...].

Visando apaziguar os ânimos, a recente modificação da lei brasileira de arbitragem, advinda com a publicação da Lei n. 13.129/2015, acresceu os parágrafos primeiro e segundo ao art. 1º:

> *§ 1º – A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. (Incluído pela Lei n. 13.129, de 2015).*
>
> *§ 2º – A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

a realização de acordos ou transações. (Incluído pela Lei n. 13.129, de 2015).

A grande discussão gira em torno do que se pode considerar como direito patrimonial disponível para a Administração Pública em relação à arbitragem, e, tal como já afirmado, as alterações perpetradas não resolveram essa importante questão. Essa divergência em relação à disponibilidade de direitos patrimoniais no âmbito da Administração Pública decorre do confronto de ideais entre os pensamentos clássicos do Direito Administrativo e os doutrinadores hodiernos.

Para que possamos avançar no presente estudo, definindo o que se pode considerar como direito patrimonial disponível em relação à Administração Pública, cumpre-nos percorrer o que se entende por "interesse público", suas subdivisões, bem como os conflitos de pensamento entre os estudiosos do tema. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, interesse público primário é "àquele que a lei aponta como sendo interesse da coletividade: da observância da ordem jurídica estabelecida a título de bem curar o interesse de todos" (BANDEIRA DE MELO, 2015, p. 67).

Pode-se compreender então que os "interesses secundários do Estado só podem ser por ele buscados quando coincidentes com os interesses primários, isto é, com interesses públicos propriamente ditos.

A indisponibilidade dos interesses públicos significa que, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – , não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que predispuser a *intentio legis*.

Em suma, o necessário é encarecer na administração os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos. É a ordem legal que dispõe sobre ela. Relembre-se que a Administração não titulariza interesses públicos. O titular deles é o Estado,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

que, em certa esfera, os protege e exercita através da função administrativa, mediante o conjunto de órgãos (chamados administração, em sentido subjetivo ou orgânico), veículos da vontade estatal consagrada em lei.

O interesse público secundário, todavia, como já pincelado acima – o que será retomado com maior ênfase na próxima seção –, é aquele tido por disponível e assim, passível de se submeter à arbitragem. É o que dispõe a doutrina ao tratar sobre um direito disponível:

> "quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis (do latim disponere, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto. De maneira geral, não estão no âmbito do direito disponível as questões relacionadas ao direito de família (em especial ao estado das pessoas, tais como filiação, pátrio poder, casamento, alimentos), aquelas atinentes ao direito de sucessão, as que têm por objeto as coisas fora do comércio, as obrigações naturais, as relativas ao direito penal, entre outras tantas, já que ficam estas matérias todas fora dos limites em que pode atuar a autonomia da vontade dos contendentes." (CARMONA, 2004, p. 38).

Contudo, o referido autor faz ainda exceções do que poderiam ser objeto de arbitragem:

> "Estas constatações não são suficientes, porém para excluir de forma absoluta do âmbito da arbitragem toda e qualquer demanda que tanja o direito de família ou o direito penal, pois as consequências patrimoniais tanto num caso como noutro podem ser objeto de solução extrajudicial. Dizendo de outro

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> modo, se é verdade que uma demanda que verse sobre direito de prestar e receber alimentos trata de direito indisponível, não é menos verdadeiro que o quantum da pensão pode ser livremente pactuado pelas partes (e isto torna arbitrável esta questão); da mesma forma, o fato caracterizados de conduta antijurídica típica deve ser apurado exclusivamente pelo Estado, sem prejuízo de as partes levarem à solução arbitral a responsabilidade civil decorrente de ato delituoso." (CARMONA, 2004, p. 38 - 39).

O que se extrai, segundo a doutrina analisada, é que, para os administrativistas clássico-conservadores, o óbice seria radical, uma vez que nenhum direito da Administração Pública seria arbitrável, posto que indisponíveis, ao passo que, para os arbitralistas, mesmo dentre a indisponibilidade há exceções, posto que, estando o objeto do contrato de serviço público atribuído à entidade estatal estritamente vinculado à atividade econômica desenvolvida, inexiste óbice a que seja pactuada a respectiva cláusula compromissória na hipótese de descumprimento da avença,[13] por estar caracterizado o interesse público secundário.

7. A PUBLICIDADE NOS PROCEDIMENTOS ARBITRAIS "ADMINISTRATIVOS"

A questão da confidencialidade envolvendo a arbitragem e a Administração Pública, possui relevo, uma vez que diametralmente oposta aos princípios que regem a Administração.

Vamos ao encontro da doutrina portuguesa por entender que "sem prejuízo da salvaguarda dos elementos de natureza pessoal das partes, entendemos que a mesma não deve existir nos processos e decisões arbitrais tributários" (ROMÃO, 2010, p. 52).

O art. 37 da CF/88 (BRASIL, 1988) coloca o princípio da publicidade como um desses princípios, mas o trata de forma genérica, devendo a regra ser sopesada

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

juntamente com previsão contida no art. 5º, inciso XXXIII, da CF/88693, que trata do direito ao franqueamento de informações públicas.

Lembramos ainda, que a recente alteração promovida na lei brasileira de arbitragem (BRASIL, 2015), dentre outras providências, acresceu o parágrafo 3º ao art. 2º da lei, reiterando a previsão constitucional ao determinar que "a arbitragem que envolva a administração pública [...] respeitará o princípio da publicidade", sem, contudo, buscar esclarecer a generalidade do preceito constitucional. Evidente que a lei ordinária não poderia afrontar um dispositivo constitucional, sendo que a simples menção ao respeito ao princípio da publicidade não resolve a questão em definitivo, restando ao intérprete verificar as formas práticas de respeitá-lo.

Pensemos nas convenções arbitrais administrativas celebradas antes da modificação da Lei Brasileira de Arbitragem, e que não contiveram a previsão de publicidade. Em que pese entendermos que, mesmo antes das modificações acima mencionadas, as arbitragens envolvendo a Administração Pública já deveriam respeitar a publicidade por conta de uma interpretação teleológica dos preceitos constitucionais, é certo que, na prática, isso nem sempre foi observado.

Por exemplo, quando da assinatura do contrato que celebrou a parceria público privada para a reforma do Mineirão (analisada na seção II.6 (d)), nada se previu quanto a publicidade. Além de ser silente quanto à publicidade, o contrato indicou em sua cláusula 39.4 a CAMARB como administradora do procedimento, "conforme as regras do seu regulamento", e, tal como ressalvado na seção II.1 (a) (4), o seu regulamento de arbitragem determina expressamente no art. 12.1 que "o procedimento arbitral será rigorosamente sigiloso, sendo vedado à CAMARB, aos árbitros e às próprias partes divulgar quaisquer informações".

Ou seja, a própria Administração Pública celebrou um contrato administrativo manifestando expressamente a sua vontade de que eventual arbitragem dele decorrente fosse rigorosamente sigilosa, vedando, ainda, àqueles que tiverem acesso ao caso, a divulgação de qualquer dado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A cláusula seria nula por afrontar um preceito constitucional? Pode a própria Administração Pública relativizar esse preceito da publicidade através de sua manifestação de vontade num contrato administrativo?

Alguns doutrinadores consideram que não há debate quanto a publicidade, pois consideram que a Administração Púbica sempre deverá respeitá-la:

> "[...] antes disso, observe-se que a Lei de Arbitragem foi alterada pela lei 13.129/15, que incluiu o parágrafo 3º ao artigo 1º, onde se lê que "a arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade". Quanto a este último aspecto, a mudança correspondeu tão somente a chover no molhado, pois esse princípio sempre fez parte integrante da posição do Estado diante dos particulares, o que incluía também a arbitragem."
>
> [...] "Não é necessário aprofundar-se na doutrina para reconhecer que os princípios da transparência e da publicidade são inerentes aos regimes políticos democráticos. Assim sendo, não se poderia falar em sigilo quando se tratasse da realização de uma arbitragem no âmbito da administração pública. Mas, tanto quanto é possível em relação à iniciativa privada, em alguns momentos poder-se-ia estar diante de uma situação que levasse à necessidade da quebra da regra geral. A questão está em se saber se existe alguma base legal que possa indicar o caminho. E, para mim, um deles pode ser encontrado nos princípios que regem o desusado instituto do habeas data, insculpido no art. 5º, XXXIII da CF, segundo o qual "todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado". (VERÇOSA, 2018, p. 33 - 36)
>
> [...] "Dentre as inovações previstas em lei temos a expressa previsão da possibilidade de utilização da arbitragem por entidades da Administração Pública direta e indireta, com o escopo de mediar conflitos atinentes a direitos patrimoniais, sendo, porém, vedado o julgamento por equidade e sempre respeitando o princípio da publicidade." (CLARO, 2015, p. 21)

Deixar esses problemas a cargo do Judiciário seria postergar o debate, que, entendemos, deve nascer e amadurecer no âmbito acadêmico. Para responder a essas colocações, deve-se controlar o ímpeto de defender cegamente o pronto acesso à informação contida na arbitragem.

Do início da redação do inciso XXXIII do art. 5º da CF/88 (BRASIL, 1988), encontramos o destinatário específico da norma, pois, ao estabelecer que "todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse", não restam dúvidas que quem deve conceder o acesso são os próprios órgãos públicos.

Vale ainda enfatizar que, da parte final do mesmo inciso, consta, ainda, a exceção da regra do dever de prestar informações sobre "aquelas [informações] cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado".

Já do inciso X do art. 5º da CF/88 (BRASIL, 1988), retiramos a inviolabilidade da vida privada, bem como o direito a indenização em caso de sua violação, de modo que forçar uma entidade privada a entregar uma informação pactuada pelas partes – uma delas a própria Administração Pública – como sigilosa ensejaria também o direito a reparação patrimonial e extrapatrimonial.

Uma primeira interpretação seria a de que, ao estipular a cláusula de sigilo no contrato do Mineirão, o Estado de Minas Gerais teria apenas privilegiado o sigilo perante das informações junto à Câmara de Arbitragem; todavia, o governo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

mineiro não poderia se escusar de fornecer a informação caso instado diretamente por qualquer interessado.

Ora, se o destinatário da norma é a própria Administração, deveria o estudante, ou qualquer pessoa bater à sua porta e não à do particular que administra o procedimento; afinal, como já expusemos acima, ao afirmar que o Estado não possui o monopólio da jurisdição, forçoso pacificar, que o Tribunal Arbitral exerce uma função jurisdicional, porém não estatal.

Essa informação possui guarida, posto que o poder dos árbitros decorre da liberdade contratual e da autonomia privada, não da lei: "a arbitragem não se apresenta como um caso de exercício privado da função pública jurisdicional, [mas] uma atividade jurisdicional que se processa no âmbito do direito privado" (GONÇALVES, 2008, p. 487).

A cláusula que estabeleceu o sigilo da arbitragem envolvendo a Administração Pública não será nula, se observados os requisitos acima elencados, em espacial a decisão fundamentada, proferida por autoridade competente.

Não seria o caso de relativização do sigilo por parte da Administração Pública, posto que a opção possui respaldo constitucional e legal.

Por fim, caso o estudante de direito – exemplificado na pergunta – se socorra de uma ação judicial, a obtenção de uma antecipação parcial dos efeitos da tutela poderia ser deferida, para que o acesso lhe fosse prontamente franqueado.

Todavia, vislumbramos uma rota mais célere para o presente exemplo, que consiste em procurar o destinatário direto tanto da norma constitucional quanto da Lei de Acesso a Informação (LAI) que é o poder público, cessando a obrigação da instituição arbitral com a publicação das informações básicas na Internet, posto que o art. 25, § 2º, da LAI determina que "o acesso à informação classificada como sigilosa cria a obrigação para aquele que a obteve de resguardar o sigilo".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ademais, os funcionários das câmaras arbitrais devem observar as normas da LAI, e, sendo o procedimento sigiloso, como já aventado, a instituição deve cingir-se a publicar o seu extrato, contendo informações básicas na Internet. Diante de todo o exposto, conclui-se quanto à publicidade que essa é a regra e deve ser seguida pela Administração Pública ao se deparar com a arbitragem jurídica; todavia, se houver algum caso de sigilo, esse deverá ser devidamente fundamentado e publicado pela autoridade pública, responsável pelos efeitos dessa decisão, nos termos preconizados à LAI, restando às instituições arbitrais apenas a divulgação de dados básicos do procedimento.

CONCLUSÃO

Tendo em vista todo o exposto, ainda que tenha sido mencionado que a arbitragem é utilizada no Brasil desde o Império, sua consolidação dentro do ordenamento jurídico brasileiro passou por inúmeras dificuldades.

Ainda hoje, no ano de 2018, vinte anos após a aprovação da lei de arbitragem, a resistência quanto a aplicação de alguns pontos persiste. Fato que se restou claro nas discussões que visavam preencher as lacunas deixadas pela lei e ampliar a aplicação do instituto, que tinham como consequência grande divergência doutrinária e jurisprudencial.

Toda essa discussão, conforme visto, se concretizou na reforma trazida pela lei 13.129 de 2015 (BRASIL, 2015), a qual representou um grande avanço para a arbitragem no cenário nacional, autorizando a atuação da administração pública direta e indireta em procedimentos arbitrais.

Foi demonstrado como esse ponto em especial era motivo de grande discordância, na medida em que a lei não deixava clara a possibilidade de participação da administração. A instabilidade quanto ao tema existia desde as discussões do Caso Lage, no qual um Decreto de 1946 previa a utilização da arbitragem pelo Poder Público, passando por previsões espaças dadas por algumas leis, como a lei de concessões, datada de 1995, e persistindo até que a reforma trouxesse previsão definitiva.

Conforme abordado ao longo do presente trabalho, sabe-se que a lei trouxe algumas das peculiaridades da atuação da administração perante juízo arbitral, determinando condições como a limitação do conflito ao que tange os direitos patrimoniais disponíveis, a impossibilidade de escolha pela confidencialidade assim como a impossibilidade de um julgamento por equidade.

Nesse sentido, a lei prezou por princípios basilares presentes na Constituição Federal (BRASIL, 1988) em seu art. 37 , que regem o Poder Público em sua atuação. São eles, entre outros, o princípio da publicidade e da legalidade. Da mesma forma, a lei, na medida em que veda o julgamento por equidade, além de respeitar a legalidade, vai de acordo com os limites do poder discricionário da administração.

Entretanto, ainda que a referida reforma tenha sido um avanço significativo dentro do tema, trouxe consigo outros tópicos de discussão.

A escolha por firmar cláusula compromissória é derivada da autonomia das partes, sendo a administração pública responsável, dentro do seu poder discricionário, por ponderar em que situações o procedimento arbitral está de acordo com o princípio da eficiência que rege a mesma, podendo contratar a arbitragem somente em situações nas quais essa se mostre o meio mais eficaz, evitando desperdício de dinheiro público e principalmente, como forma de atender ao interesse coletivo. Ainda que essa possa se mostrar um meio mais oneroso de resolver conflitos quando comparada ao procedimento judicial, sua celeridade traz vantagens para ambos os lados, sendo, portanto, uma escolha extremamente eficiente nesse sentido.

É importante ressaltar que em nenhum momento do procedimento arbitral podem ser deixados de lado os princípios norteadores da atividade administrativa, sendo eles os responsáveis por gerar algumas dúvidas quanto a aplicação da lei. Isso porque, conforme demonstrado, a administração é balizada pela legalidade, ou seja, só pode agir em conformidade com a lei. Em contrapartida, a arbitragem é um instituto que preza pela autonomia da vontade das partes, sendo sua aplicação flexível em diversos sentidos, como por exemplo na possibilidade de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

escolha da lei aplicável. Dessa forma, a necessidade de observação dos princípios muitas vezes cria uma limitação quando à aplicação do referido método de resolução de conflitos.

As lacunas deixadas pela lei e as discussões expostas pelo presente trabalho, como por demonstram a necessidade de regulamentação por parte do Poder Público.

Essa regulação teria por objetivo balizar e dar diretrizes ao comportamento da administração como parte de um procedimento arbitral. Dessa forma, garantiria um tratamento uniforme e evitaria possível insegurança jurídica que enfraquece o poder de aplicação da lei.

São claros os desafios que ainda devem ser enfrentados, no entanto, pode-se afirmar que, cada vez mais, a arbitragem se consolida e ganha prestígio no ordenamento jurídico brasileiro, garantindo para aqueles que optam pela mesma um julgamento célere e especializado.

No caso, o uso da arbitragem na administração pública, as dificuldades são ainda mais sensíveis, tendo em vista a linha de pensamento do nosso ordenamento jurídico que possui resistência em mitigar as barreiras entre o direito público e privado.

Entretanto, ainda que reste a necessidade de regulamentação do tema para que esse possa ser melhor aplicado, a lei 13.129 de 2015 representou grande avanço no sentido em que confirmou que a arbitragem é uma solução possível e eficaz para resolução de conflitos da administração pública.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, J. P. Arbitragem e Administração Pública: Um panorama Global, Rio de Janeiro, Set 2017. Disponivel em: <www.revistas.usp.br/rdda >. Acesso em: 01 jul 2019.

ALVIM, A. Sobre a Natureza Jurisdicional da Arbitragem. **Arbitragem Estudos sobre a Lei 13.129/2015**, São Paulo, 2016, p. 133-144. Acesso em: 27 set 2019.

AMARAL, P. O. Arbitragem e Administração Pública; aspectos processuais, medidas de urgência e instrumentos de controle, Belo Horizonte, 2012, p.33. p. 33. Acesso em: 25 abr 2019.

BANDEIRA DE MELO, C. A. Curso de Direito Administrativo, São Paulo, 2015. Acesso em: 29 set 2019.

BARABINO, A.; VALENTE, L. R. D. O. Arbitragem e Administração Pública, Rio de Janeiro, set 2016, p. 10. Disponivel em: <http://tozzinifreire.com.br/assets/conteudo/uploads/arbitragemnaadministracaopublica08-09-57d30e40f3fab.pdf>. Acesso em: 01 jul 2019.

BECKER, B. K. Brasil - Tordesilhas, YEAR 2000. **Revista Território**, Rio de Janeiro, jul 1999, p. 8-9. Acesso em: 22 Jun 2019.

BERALDO, L. D. F. Curso de arbitragem: nos termos da Lei nº 9.307/1996, São Paulo, 2014. Acesso em: 27 set 2019.

BRANCHER, P. Soluções de Controvérsias e as Agências Reguladoras, São Paulo, 2004. Acesso em: 27 set 2019.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 18 DE SETEMBRO DE 1946), Brasília, DF, 18 SET 1946. Disponivel em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 20 Abr 2019.

_____. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988, 1988. Disponivel em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 abr 2019.

_____. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988, Brasília, 1988. Disponivel em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jul 2019.

_____. LEI Nº 8.987, DE 13 DE FEVEREIRO DE 1995. **Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.**, Brasília, 13 fev 1995.

Disponivel em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm>. Acesso em: 20 jul 2019.

_____. LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996. **Dispõe sobre arbitragem**, 23 set 1996. Disponivel em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 20 abr 2019.

_____. LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**, Brasília, 1996. Disponivel em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm>. Acesso em: 20 jul 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Direito Constitucional. Sentença Arbitral Estrangeira nº 5.206. Agravo Regimental. Trbunal Pleno. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence., Brasília, 12 dez 2001. Disponivel em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=58198&caixaBusca=N>. Acesso em: 20 jul 2019.

_____. LEI No 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. **Institui o Código Civil**, Brasília, 10 jan 2002. Disponivel em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 set 2019.

_____. LEI Nº 11.196, DE 21 DE NOVEMBRO DE 2005. **Institui o Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação - REPES, o Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras - RECAP e o Programa de Inclusão Digital; dispõe sobre i**, Brasília, 21 nov 2005. Disponivel em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11196.htm>. Acesso em: 20 jul 2019.

_____. LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. **Novo Código de Processo Civil**, Brasília, 16 mar 2015. Disponivel em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 jul 2019.

_____. LEI Nº 13.129, DE 26 DE MAIO DE 2015. **Nova lei de arbitragem**, 2015. Disponivel em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm>. Acesso em: 20 abr 2019.

_____. LEI Nº 13.129, DE 26 DE MAIO DE 2015. **Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição p**, Brasília, 2015. Disponivel em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm>. Acesso em: 20 jul 2019.

CAETANO, M. Manual de Direito Administrativo, Coimbra, 2010. Acesso em: 25 set 2019.

CARDOSO, A. G. Arbitragem e Dunção Administrativa, São Paulo, 2010. Acesso em: 25 set 2019.

CARMONA, C. A. Arbitragem e Processo: um comentário à Lei n. 9.307/96, São Paulo, 2009, p.32. p. 32. Acesso em: 20 jun 2019.

CARVALHO FILHO, J. D. S. **Manual de Direito Administrativo**. 17ª. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2007, p. 854. Acesso em: 01 jul 2019.

CLARO, V. D. C. B. A positivação da arbitragem na administração pública, São Paulo , 18 ago 2015. Acesso em: 20 set 2019.

CRETELLA NETO, J. **Curso de Arbitragem**. Rio Janeiro: Forense, 2004, p. 6. Acesso em: 20 jun 2019.

DARBY, W. E. **nternational arbitration. International trinunals. A collection of the various schemes which have been proupounded; and of instances in the nineteenth century**. London: J. M Dent and Co, 1904, p. 776. Acesso em: 20 jun 2019.

DINAMARCO, C. R. A arbitragem na Teoria Geral do Processo, São Paulo, 2013, p.32. 32. Acesso em: 20 abr 2019.

ESCOBAR, M. **Arbitragem Tributário no Brasil**, São Paulo, 2017, p. 131. Acesso em: 20 jun 2019.

FINKELSTEIN, C. A Questão da Arbitrabilidade, São Paulo, 2007. Acesso em: 27 set 2019.

FOUCHARD, P. et al. Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration. **The Hague: Kluwer Law International**, 1999. Acesso em: 24 set 2019.

FRANZONI, D. Arbitragem Societária, São Paulo, 2015. Acesso em: 24 set 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

GASPARINI, D. Direito Administrativo, São Paulo, 2011. Acesso em: 25 set 2019.

GONÇALVES, P. Entidades privada com poderes públicos: o ecercício de poderes públicos de autoridade por entidades privadas com funções administrativas, Coimbra, 2008. Acesso em: 27 set 2019.

GRAU, E. R. Arbitragem e Contrato Administrativo, São Paulo, 2002. Acesso em: 20 set 2019.

GRINOVER, A. P. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela, São Paulo, p. 14, 10 jul 2007. Acesso em: 27 set 2019.

JARRASON, C. La nation d' arbitrage, Paris, 1987, p. 1. Acesso em: 27 Set 2019.

LEMES, S. Arbitragem na Administração Pública: fundamentos jurídicos e de eficiencia econômica, São Paulo, 2007. Acesso em: 20 set 2019.

Ibidem. Petrônio Muniz, a história da Lei de Arbitragem., São Paulo, 2016. Disponivel em: <http://selmalemes.adv.br/publicacoes.asp?linguagem=Portugu%EAs&secao=Publica%E7%F5es&subsecao=T%F3picos&acao=Consulta&especificacao=Artigos>. Acesso em: 24 set 2019.

Ibidem. Incentivos à arbitragem na administração pública, Rio de Janeiro, set 2016, p. 9. Acesso em: 01 jul 2019.

MARTINS FILHO, I. G. D. S. O ordenamento Jurídico Brasileiro. **In: Revista Jurídica Virtual**, Brasília, v. 1, p. 98, jul 1999, P. 98. Disponivel em: <http://planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_03/ordenamento%20jur%20brasil.htm>. Acesso em: 24 jun 2019.

MEDAUAR, O. O Direito Administrativo em Evolução, São Paulo, 2003. Acesso em: 27 set 2019.

Ibidem, O. Direito Administrativo Moderno, São Paulo, 2010. Acesso em: 24 set 2019.

MIRANDA, P. D. Tratado de Direito Privado, Rio de Janeiro, 1959. Acesso em: 27 set 2019.

NETO, D. D. F. M. **Mutações do Direito Adminstrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. Acesso em: 26 abr 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

PEREIRA, C. A. Manual de Arbitragem para Advogados , São Paulo , 5 jan 2017. Disponivel em:<. >. Acesso em: 24 set 2019.

RACINE, J. B. L´arbitrage commercial internacional, Paris, 1999. Acesso em: 27 Set 2019.

ROBINSON, J. **Anciente History; exhibiting a summary view of progress, revolution, decline, and fall of the states and nations of antiquity**. Londres: Printed for John Souter, ate School Library, 1831, p. 73. Acesso em: 16 jun 2019.

ROMÃO, F. Arbitragem Tributária: Uma análise breve da autorização legislativa para introdução da arbitragem tributária constante na proposta de Lei 9/XI, 1ª A (OE 2010)., São Paulo, 2010. Acesso em: 20 set 2019.

ROSENVALD, N. **Direitos das Obrigações e Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Impetus, 2002, p. 107. Acesso em: 01 julho 2019.

SALOMÃO, W. F. A arbitragem na Administração Pública, Rio de Janeiro, jun 2011. Disponivel em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9627&revista_caderno=4>. Acesso em: 29 set 2019.

SANTOS, M. C. A jurisdição arbitral e o conflito de competencia com a jurisdição estatal, Brasília, , Mai 2019, p. 140. Acesso em: 20 jul 2019.

STEIN, R. Arbitragem no Direito Societário, Rio de Janeiro, 2014, p. 50. Acesso em: 2019 set 27.

VERÇOSA, H. M. D. A arbitragem no âmbito da administração pública e o sigilo – Regra e exceções, Rio de Janeiro, 29 jun 2018. Disponivel em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI282710,91041-A+arbitragem+no+ambito+da+administracao+publica+e+o+sigilo+Regra+e>. Acesso em: 20 jul 2019.

NOTAS:

[1] Orientadora e Professora do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA da Graduação em Direito e da Pós-Graduação em Direito Público e Auditoria Fiscal, Procuradora do Estado do Amazonas, Diretora da Escola de Advocacia Pública, Mestre em Direito Ambiental e Doutoranda em Direito Constitucional UNFOR/CIESA.

[2] ***Expertise*** é um substantivo feminino derivado do idioma francês e significa **avaliação por peritos, experiência** ou **especialização.** É um termo

comumente usado para se referir aos grandes **conhecimentos e habilidades de uma pessoa em determinada área ou sistema.**

[3] Art. 5º, XXXV, da CRFB/88: "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*"

[4] *Leading case:* a doutrina compreende quem é uma decisão que tenha se constituído em uma regra (SOARES, 2000, p. 55)

[5] "A arbitragem voltaria ao início dos tempos. Alguns afirmam que é tão antiga quanto a humanidade ou que sempre existiu. Seria um fenômeno mais que internacional: 'intercultural"

[6] Trecho do voto do Ministro Nelson Jobim nos autos da SE n. 5.206-7, p. 1064

[7] Tal como preconiza na parte inicial do art. 1º da Lei n. 9.307/96: "as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem"

[8] Assim como previsto na parte final do art. 1º da Lei n. 9.307/96 "[...] para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis"

[9] Art. 841. Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação.

[10] Art. 852. É vedado compromisso para solução de questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.

[11] Expressão Original: "*Le droit de l'arbitrage est dominé par um mouvement général de favor arbitrandum. Il existe quelques ilôts d'inarbitrabilité au milieu d'um océan d'arbitrabilité".*

[12] Trecho do voto do Ministro relator, João Otávio de Noronha, nos autos do REsp n. 612.439 – RS (2003/0212460-3), p. 8.

[13] Adaptação de trecho do volto do Ministro Relator João Otávio de Noronha, nos autos do REsp n. 612.439 – RS (2003/0212460-3), p. 09.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE REGISTRO DE CANDIDATURA.

ALEXSANDRO YURI MARIA VENZO:
Graduado, Administração, Pos graduado em Gerenciamento de Projetos - UFAM (Universidade Federal do Amazonas)

LELAND BARROSO DE SOUZA

(Orientador).

RESUMO: O trabalho aborda a Ação de Impugnação de Registro de Candidatura – AIRC, procedimento próprio do Direito Eleitoral, que tem seu rito processual previsto na Lei Complementar nº 64/90, nos seus arts. 3º a 9º. Apresenta conceituação, fonte e natureza jurídica do Direito Eleitoral e as fontes do Direito Processual Eleitoral. Discute também as condições de elegibilidade previstas na Constituição Federal e as causas que podem tornar um pretenso candidato inelegível. Por fim, apresenta os caracteres próprios da AIRC tais como definição, legitimados ativos e passivos, motivos para a impetração da AIRC, rito processual e efeitos em caso de deferimento, além dos prazos e procedimentos para recurso. Destaca-se, ao longo do texto, a importância da AIRC, especialmente em virtude da preclusão instantânea, vigente, em regra, no direito eleitoral, que prevê a impossibilidade de se alegar o vício existente em outras fases processuais, salvo se se tratar de questão constitucional, que poderá ser alegada na próxima fase.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Eleitoral; Processo Eleitoral; Impugnação Registro de Candidatura

ABSTRACT: This work is about the Action of Impugnation of Registration of Candidacy - AIRC, own procedure of the Electoral Right, that it has procedural rite foreseen in the Complemental Law no. 64/90, in their 3rd to 9th. it presents definition, source and juridical nature of the Electoral Right and the sources of the Electoral Procedural Right. It also discusses the eligibility conditions foreseen in the Federal Constitution and the causes that can turn an assumed ineligible candidate. Finally, it presents the own characters of such AIRC as definition, legitimated assets and liabilities, reasons for the requirement of AIRC, procedural rite and effects in case of grant, besides the periods and procedures for resource. It stands out, along the text, the importance of AIRC, especially because of the preclusion instantaneous,

effective, in rule, in the electoral right, that it foresees the impossibility of alleging the existent addiction in other procedural phases, except for if its treats of constitutional subject, that it can be alleged in the next phase.

KEYWORDS: Electoral right; Electoral procedures; Cancelling Registration Candidacy

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DIREITO ELEITORAL. 2.1 Conceito e Natureza Jurídica. 2.2 Fontes do Direito Eleitoral. 2.3 Direito Processual Eleitoral. 3. ELEGIBILIDADE, INELEGIBILIDADE E REGISTRO DE CADIDATURAS. 3.1 Elegibilidade e Inelegibilidade. 3.2 Registro de Candidatura. 4. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE REGISTRO DE CANDIDATURAS. 4.1 Conceito e Natureza Jurídica. 4.2 Legitimidade. 4.2.1 Legitimidade Passiva. 4.2.2 Legitimidade Ativa. 4.2.2.1 Ministério Público. 4.2.2.2 Candidatos. 4.2.2.3 Partidos e coligações. 4.3 Causas da AIRC. 4.5 Rito Processual. 4.6 Recurso. 4.7 Efeitos. CONCLUSÃO. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

O tema abordado se situa dentro do Direito Eleitoral, especificamente no Direito Processual Eleitoral, que é um dos ramos do Direito Público, essencial à Democracia e ao Estado Democrático de Direito que constitui a República Federativa do Brasil.

O trabalho abordará a Ação de Impugnação de Registro de Candidaturas – AIRC, apresentando na pesquisa bibliográfica os principais conceitos atinentes à matéria, os fundamentos jurídicos e os efeitos das decisões proferidas em AIRC'S.

2. DIREITO ELEITORAL

2.1 Conceito e Natureza Jurídica

O Direito Eleitoral é o ramo do direito público que estuda as normas que disciplinam o processo eleitoral pátrio, englobando a organização da Justiça Eleitoral, o alistamento de eleitores e o processo eleitoral mais específico, que vai do registro de candidaturas até a diplomação dos eleitos. Inclui também os ditames processuais aplicáveis aos processos judiciais eleitorais.

Para Fávila Ribeiro (1998, p.4, apud CASTRO, p.19), renomado eleitoralista brasileiro, o Direito Eleitoral, precisamente, dedica-se ao estudo das normas e procedimentos que organizam e disciplinam o funcionamento do poder de sufrágio

popular, de modo a que se estabeleça a precisa equação entre a vontade do povo e a atividade governamental.

Joel J. Cândido (2005, p.23), por sua vez, conceitua Direito Eleitoral como sendo

o ramo do Direito Público que trata de instituições relacionados com os direitos políticos e das eleições, em todas as suas fases, como forma de escolha dos titulares dos mandatos eletivos e das instituições do Estado.

Marcos Ramayana (2005, p.24), em sua obra Direito Eleitoral, uma das mais destacadas obras sobre Direito Eleitoral da atualidade, afirma que Direito Eleitoral é um conjunto de normas jurídicas que regulam o processo de alistamento, filiação partidária, convenções partidárias, registro de candidaturas, propaganda política eleitoral, votação, apuração, proclamação dos eleitos, prestação de contas de campanhas eleitorais e diplomação, bem como as formas de acesso aos mandatos eletivos através dos sistemas eleitorais.

Também não resta qualquer dúvida quanto à natureza pública do Direito Eleitoral, vez que o seu objeto, vez que interessa a toda a coletividade a solução dos problemas que envolvem as eleições, e, o Direito Eleitoral é imprescindível à garantia do próprio Estado Democrático de Direito, princípio fundamental da República Federativa do Brasil. A esse respeito preleciona Castro (2004, 19) que "não há dúvida, percebe-se que o Direito Eleitoral pertence ao direito público, daí que a todos interessa a justa solução dos conflitos sugeridos por ocasião da vivência de suas regras".

2.1Fontes do Direito Eleitoral

A fonte primária do Direito Eleitoral brasileiro é a Constituição Federal, na qual estão fixadas suas principais regras e seus princípios norteadores. Joel J. Cândido (2005, p.22) ensina que "o Direito Eleitoral tem, mais do que outras disciplinas, o Direito Constitucional como sede principal de seus institutos e fonte imediata e natural de seus principais preceitos".

Insculpidos no Título II da Constituição Federal que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, se encontram os arts. 14, 15 e 16, que dispõem dobre os Direitos Políticos e o art. 17 sobre os Partidos Políticos. São ainda de relevante

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

importância para o presente estudo os arts. 118 a 121, que trata da organização da Justiça Eleitoral.

Conforme disposto no art. 22, inciso I, da Carta Magna, a competência para legislar sobre Direito Eleitoral é privativa da União:

> Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
>
> I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 22, I) Tito Costa (2004, p.24), em sua obra Recursos em Matéria Eleitoral, afirma que "nem supletivamente podem os Estados-Membros legislar sobre tal matéria, pois a tanto não estão autorizados pela Lei Maior". Dessa forma, portanto, são as leis federais as fontes secundárias do Direito Eleitoral, especificamente, leis complementares e leis ordinárias.

Os principais diplomas legais dessa ordem que serão abordados no presente estudo são:

a) Lei Complementar nº 64/90 – Lei das Inelegibilidades;

b) Lei nº 4.737/65 – Código Eleitoral;

c) Lei nº 9.096/95 – Lei dos Partidos Políticos;

d) Lei nº 9.504/97 – Lei das Eleições.

Advém ainda como fonte secundária do Direito Eleitoral as resoluções normativas emanadas do Tribunal Superior Eleitoral, conforme atribuições outorgadas no art. 1º, parágrafo único e art. 23, inciso IX, ambos do Código Eleitoral, transcritos abaixo. O próprio TSE já decidiu, ao julgar o Recurso nº 1.943 que suas resoluções têm força de lei, mantendo, portanto, status de lei ordinária.

> Art. 1º Este código contém normas destinadas a assegurar a organização e o exercício de direitos políticos, precipuamente o de votar e ser votado.
>
> Parágrafo Único – O Tribunal Superior Eleitoral expedirá instruções para sua fiel execução.
>
> Art. 23 Compete, ainda, privativamente, ao Tribunal Superior:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

IX – expedir as instruções que julgar convenientes à execução deste Código.

Subsiste, por fim, como fonte subsidiária do Direito Eleitoral, os estatutos dos partidos políticos que, elaborando normas de natureza interna corporis, regulamentando as formas de participação intra-partidárias, termina por disciplinar parcela da participação de seus filiados no processo eleitoral.

A esse respeito se manifesta Tito Costa (2004, p.24) que outras fontes do Direito Eleitoral são "leis complementares, leis ordinárias, instruções do TSE traduzidas em resoluções, assim como os Estatutos dos Partidos Políticos que são, sem dúvida, fontes subsidiárias do Direito Eleitoral".

São também fontes do Direito Eleitoral a jurisprudência advinda dos Tribunais Eleitorais pátrios, e a doutrina eleitoral, especialmente aquelas constantes do referencial bibliográfico contido no final deste trabalho.

2.3 Direito Processual Eleitoral

Sendo ramo do direito autônomo, o Direito Eleitoral possui disciplina processual própria, estando as normas processuais especialmente previstas no Código Eleitoral (Lei 4.737/65), na Lei das Inelegibilidades (LC 64/90) e na Lei das Eleições (Lei 9.504/97), sendo ainda complementadas pelos regimentos internos dos tribunais eleitorais e pelas resoluções normativas do TSE.

Prevê ainda o Código Eleitoral, no seu art. 364, a utilização subsidiária ou supletiva do Código de Processo Penal, aplicando-se as suas disposições no processo e julgamento dos crimes eleitorais e dos crimes comuns que lhe forem conexos, conforme se depreende da transcrição do referido artigo a seguir:

Art. 364 No processo e julgamento dos crimes eleitorais e dos comuns que lhe forem conexos, assim como nos recursos e na execução que lhes digam respeito, aplicar-se-á, como lei subsidiária ou supletiva, o Código de Processo Penal.

Por entendimento analógico, e mesmo como consequência do próprio artigo transcrito, aplica-se também a Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84) na execução das penas aplicadas em processos criminais eleitorais, bem como a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei 9.099/95).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Inobstante não haver previsão expressa no Código Eleitoral, o TSE tem mantido o entendimento que o Código de Processo Civil também deve ser aplicado como fonte subsidiária e supletiva, nos processos que tenham características cíveis, e quando não haja uma disciplina própria prevista nas leis eleitorais. É o que se depreende dos arestos jurisprudenciais transcritos a seguir:

> EMENTA: RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. RECURSO ELEITORAL NÃO CONHECIDO PELO TRE/PA. SENTENÇA PUBLICADA FORA DO PRAZO LEGAL. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DA PARTE.
>
> 1. A sentença publicada após o prazo de 24 (vinte e quatro) horas, previsto no art. 96, §5º e 7§ da Lei nº 9.504/97, tem como termo inicial para recurso a intimação do representado. Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (grifo nosso). (RESPE nº 28.215/PA. Relator: Ministro José Delgado. Publicado em: 14/09/2007)
>
> EMENTA: Agravo regimental. Agravo de instrumento. Formação. Cópias. Valor. Recolhimento. Intimação. Desnecessidade. Deserção. Art. 3º, § 2º, da Res.-TSE nº 21.477/2003.
>
> 1. A aplicação das regras do Código de Processo Civil ocorre de maneira subsidiária (grifo nosso) quando ausente disciplina própria para a matéria no processo eleitoral.
>
> 2. O agravante está obrigado a recolher, no prazo de dois dias contados do ajuizamento do agravo, o valor relativo à extração das peças indicadas para formação do instrumento, sob pena de deserção.
>
> Agravo regimental a que se nega provimento.
>
> (AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 6.809/SP. Relator: Ministro Caputo Bastos. Publicado em: 12/05/2006)

> EMENTA: RECURSO ESPECIAL. Eleições 2004. Desincompatibilização. Agravo Regimental. Prazo. Contagem. Art. 184 do CPC.
>
> Na contagem do prazo recursal, exclui-se o dia do começo e inclui-se o do vencimento (art. 184 do CPC).
>
> (AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 23.331/RJ. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Publicado em: 14/09/2007. Publicado em 08/09/2004)

Conclui-se, por fim, que a disciplina processual eleitoral estará insculpida nos diplomas eleitorais, especialmente no Código Eleitoral (Lei 4.737/65), na Lei das Inelegibilidades (Lei 64/90) e na Lei das Eleições (Lei 9.504/97), assim como os regimentos internos dos Tribunais Eleitorais e as resoluções de caráter normativo do TSE, sendo utilizados supletivamente outros diplomas legais, tais como o Código de Processo Penal, o Código de Processo Civil, a Lei das Execuções Penais e Lei dos Juizados Especiais.

O rito processual da AIRC, de que trata o presente estudo, está quase que totalmente disciplinado na Lei Complementar 64/90, utilizando-se, quando necessário, o Código de Processo Civil, como fonte subsidiária.

3. ELEGIBILIDADE, INELEGIBILIDADE E REGISTRO DE CADIDATURAS

3.1 Elegibilidade e Inelegibilidade

Para que se possa entender como se dá o processo de participação dos candidatos a cargos eletivos no Brasil é preciso inicialmente compreender o que é inelegibilidade, que, por sua vez depende diretamente da compreensão do que seja capacidade eleitoral passiva ou condições de elegibilidade, que se verá a seguir.

Na definição de Djalma Pinto (2005, p. 150) elegibilidade é:

> [...] a aptidão do eleitor para participar de disputa pelo poder político, submetendo seu nome ao corpo eleitoral para recebimento dos votos através dos quais se indica alguém para o exercício do mandato. É o direito subjetivo público de ser votado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Objetivamente, elegibilidade ou capacidade eleitoral passiva, é o direito que tem o cidadão brasileiro, após atendidas determinadas condições fixadas em lei, de ser votado pelos demais, de concorrer às eleições e, possivelmente, caso venha a ser eleito, exercer mandatos eletivos. A própria Constituição Federal elenca, em seu art.14, §3º, os requisitos para a aquisição da elegibilidade:

> Art. 14
> §3º São condições de elegibilidade na forma da lei:
> I – a nacionalidade brasileira;
> II – o pleno exercício dos direitos políticos;
> III – o alistamento eleitoral;
> IV – o domicílio eleitoral na circunscrição;
> V – a filiação partidária;
> VI – a idade mínima de:
> a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador;
> b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal;
> c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e Juiz de Paz;
> d) dezoito anos para Vereador.

As condições de elegibilidade são detalhadas a seguir:

> a) nacionalidade brasileira – para concorrer a cargos eletivos no Brasil o interessado deve ser brasileiro, não se devendo fazer distinção entre o nato e o naturalizado, salvo para as eleições de Presidente e Vice-Presidente da Públicо, cargos estes que, por força do art. 12, §3º da Constituição Federal, somente podem ser ocupados por brasileiro nato. Ramayana (2005, p.59), em comentário, complementa que "a nacionalidade é pressuposto da aquisição e do gozo dos direitos políticos";

b) exercício dos direitos políticos – para concorrer a cargo eletivo o cidadão deverá ainda estar em pleno gozo dos direitos políticos. Via de regra o brasileiro possui os seus direitos políticos, podendo perdê-los ou tê-los suspensos. Joel J. Cândido (2004, p.118) relaciona os casos de perda e suspensão, conforme listados abaixo:

- Perda

- cancelamento de naturalização por sentença judicial transitada em julgado, na forma da lei;

- incapacidade civil absoluta decretada por sentença judicial transitada em julgado;

- Suspensão

- condenação criminal transitada em julgado enquanto durarem seus efeitos: CF, art. 15;

- recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa: CF, art. 5º, VIII;

- improbidade administrativa, nos termos do art. 37 da CF.

c) alistamento eleitoral – o alistamento eleitoral é o ato de se registrar perante a Justiça Eleitoral como eleitor. A Constituição Federal em conjunto com o Código Eleitoral definem as condições de alistamento. Em vista a necessidade de se ter filiação partidária e domicílio eleitoral há pelo menos um ano do pleito, persiste também a necessidade do alistamento ser realizado pelo menos um anos antes;

d) domicílio eleitoral na circunscrição – é preciso que o pretenso candidato mantenha domicílio eleitoral na circunscrição em que pretende concorrer. Coube à Lei 9.504/97, em seu art. 9º, disciplinar o prazo mínimo desse domicílio, tendo fixado da seguinte forma: "para concorrer às eleições, o candidato deverá possuir domicílio eleitoral na respectiva circunscrição pelo prazo de, pelo menos, um ano

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

antes do pleito". O TSE tem entendido que basta o título de eleitor para provar o domicílio, não se admitindo, em sede de AIRC discutir a regularidade ou não do domicílio eleitoral, conforme aresto transcrito a seguir:

"Eventual irregularidade no procedimento de transferência de domicílio eleitoral há de ser discutida no processo de exclusão e não no de registro de candidatura."

(TSE, RESPE. Eleitoral 14.185-RS, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU 12/12/1996)

e) filiação partidária – em vista a importância dos partidos políticos para a democracia, a Constituição Federal consagrou a filiação partidária como condição de elegibilidade, não podendo, dessa forma, o candidato concorrer avulso. Mais uma vez coube à Lei 9.504/97 fixar o prazo mínimo de um ano para estar o candidato filiado ao partido pelo qual pretende concorrer. Importante ainda ressaltar que o eleitor que estiver envolvido em duplicidade de filiações terá todas consideradas nulas para todos os efeitos, perdendo, assim, esta condição de elegibilidade, por força do art. 22, parágrafo único da Lei 9.096/95 (Lei dos Partidos Políticos):

Art. 22

Parágrafo Único – Quem se filia a um partido deve fazer comunicação ao partido e ao juiz de sua respectiva Zona Eleitoral, para cancelar sua filiação; se não o fizer no dia imediato ao da nova filiação, fica configurada dupla filiação, sendo ambas consideras nulas para todos os efeitos.

f) idade mínima – não há divergência quanto a este ponto, vez que o próprio texto constitucional já indica a idade necessária para cada cargo no art. 14, §3º, VI, já transcrito anteriormente. Existe, no entanto, discussão acerca de qual é o momento que se deve averiguar a idade, se na data do pedido de registro,

> na data da eleição ou na data da posse. A Lei 9.504/97, em seu art. 11, §2º, prevê a data da posse no cargo eletivo como termo para que se verifique a idade mínima. Não há na doutrina, no entanto, unanimidade quanto a esta data, conforme se observa das opiniões que são transcritas a seguir:

Todas essas condições deverão evidenciar-se por ocasião do registro do candidato, mas terão de ser consideradas em relação à data da eleição, quando possível, porque são condições de elegibilidade, não de registro. Assim, poderá candidatar-se aquele que completar a idade mínima para o cargo pretendido até o dia do pleito eleitoral. (NIESS, 2004)

Entendemos ser inconstitucional a norma prevista no §2º do art. 11 da Lei 9.504/97, que estabelece como prazo fatal para completar a idade mínima a data da posse, e não o momento da eleição, uma vez que as condições de elegibilidade devem ser verificadas no dia do pleito eleitoral, quando o eleitor escolherá seu candidato. (MORAES, 2006, p.235)

Em contraposição à capacidade eleitoral passiva, ou elegibilidade, surge o conceito negativo contrário, ou inelegibilidades que, no dizer de Joel J. Cândido (1999, p. 124), [...] constituem-se em restrições aos direitos políticos e à cidadania, já que por inelegibilidade entende-se a impossibilidade, temporária ou definitiva, de uma pessoa ser eleita para um ou mais cargos eletivos.

Ramayana (2005, p. 136) define inelegibilidade como "a restrição ou inexistência do direito público subjetivo passivo, ao ius honorum".

Djalma Pinto (2005, p. 155), por sua vez, a define como "a ausência de aptidão para postular mandato eletivo".

Os casos de inelegibilidade decorrem do texto constitucional, que define os requisitos para a obtenção da elegibilidade (art. 14, §3º), define alguns casos de inelegibilidade, tais como os inalistáveis e analfabetos (art. 14 §4º) e prevê a elaboração de outros casos de inelegibilidade em lei complementar (art. 14, §9º), o que foi feito pelo Congresso Nacional através da Lei Complementar nº 64/90 (Lei de Inelegibilidade).

3.2 Registro de Candidatura

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Para concorrer a mandato eletivo não basta que o cidadão atenda aos requisitos legais de elegibilidade ou não esteja pichado de inelegibilidade, é preciso também que o mesmo registre sua candidatura perante a Justiça Eleitoral, que é órgão competente.

Registrar a candidatura significa habilitar-se o cidadão para ser votado por ocasião da escolha dos ocupantes de funções eletivas. Através do processo de registro, a Justiça Eleitoral examina o preenchimento ou não dos requisitos informadores da elegibilidade de quem deseja postular mandato. (DJALMA PINTO, 2005, p. 161).

Pedro Henrique Távora Niess (2004) citado por Edson Castro (2004, p. 123) ensina que o registro de candidato, no nosso sistema, representa o ato da Justiça Eleitoral necessário para atentar que quem pretende certo cargo eletivo é elegível, e por que o é tem direito de ser candidato.

Em outras palavras, pedido de registro de candidatura é o ato formal através do qual o pretendente a mandato eletivo solicita à Justiça Eleitoral o seu registro, demonstrando, através de documentação comprobatória que atende aos requisitos de elegibilidade previstos na legislação.

Registre-se que, antes mesmo de realizar qualquer ato de registro perante a Justiça Eleitoral, o candidato deverá ser escolhido em convenção partidária, atendendo-se para tal, as disposições internas previstas nos estatutos partidários.

> [...] antes disso, entretanto, é necessário lembrar que há atos a serem praticados na esfera interna dos partidos, mas que interessam sobremaneira ao processo eleitoral. São as convenções partidárias.

A convenção nada mais é que uma espécie de assembléia do partido político, a que comparecem aqueles a quem os respectivos estatutos conferem direito de voto. (CASTRO, 2004, p.99)

Jurisprudência reiterada do TSE tem corroborado esse entendimento:

> "(...) I – Para registrar candidatura, é indispensável a comprovação da escolha do interessado em convenção partidária, por meio da respectiva ata, documento exigido por

lei e resolução. (...)" NE: "(...) o pedido de registro da candidatura foi indeferido pela Corte Regional ante sua manifesta intempestividade, além de não constar o nome do candidato na ata de convenção partidária. Irretocável a decisão do TRE ao negar o registro por essas razões".

(Ac. no 20.216, de 3.10.2002, rel. Min. Sálvio de Figueiredo.)

"Registro de candidatura. Inexistência de escolha ou indicação pelo partido. (...) 1. Para o registro de qualquer candidatura é absolutamente necessário que o candidato tenha sido escolhido em convenção ou indicado pela comissão executiva do partido pelo qual pretende concorrer. (...)"

(Ac. de 1o.8.2002 no RRCPr no 112, rel. Min. Fernando Neves.)

EMENTA: RECURSO ESPECIAL ELEITORAL. RECURSO ELEITORAL NÃO CONHECIDO PELO TRE/PA. SENTENÇA PUBLICADA FORA DO PRAZO LEGAL. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DA PARTE.

1. A sentença publicada após o prazo de 24 (vinte e quatro) horas, previsto no art. 96, §5º e 7§ da Lei nº 9.504/97, tem como termo inicial para recurso a intimação do representado. Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (grifo nosso).

(RESPE nº 28.215/PA. Relator: Ministro José Delgado. Publicado em: 14/09/2007)

Após a escolha em convenção partidária os registros de candidaturas deverão ser protocoladas perante a Justiça Eleitoral. A competência para proceder ao registro de candidaturas depende do cargo que estiver em disputa, sendo o registro de candidaturas aos cargos de Presidente e Vice-Presidente da República competência do TSE, aos cargos de Governador, Vice-Governador, Senador, Deputado Estadual e Deputado Distrital competência dos TRE's nos Estados e no Distrito Federal, e aos cargos a Prefeito e Vereador a competência é do Juiz Eleitoral.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O procedimento para o registro de candidaturas, bem como as exigências que são feitas para que se realize tal ato, estão disciplinados na Lei 9.504/97.

> [...] a lei 9.504/97 traz o procedimento a ser seguido para o registro de candidaturas, bem como as exigências para tanto, tais como documentos indispensáveis. Antes do registro, propriamente, o pedido de registro deverá ser publicado, para efeito de publicidade e de impugnação de candidatura, nos termos do art. 3º da lei 64/90, e do art. 97 do Código Eleitoral. (SOARES, 2001)

Compete ainda ao TSE, a cada eleição, disciplinar o procedimento específico a ser adotado pelos órgãos judiciários, para o processamento dos pedidos de registro, incluindo a forma de autuação, o modo de recepção de dados partidários, se impresso e/ou em meio eletrônico, fazendo-o sempre por meio de resolução normativa.

Da análise do pedido de registro a Justiça Eleitoral, por seu órgão competente, emite aceitação de regularidade ou não da candidatura do pretendente, passando este a ser candidato para todos os efeitos legais ou, caso contrário, será indeferida a sua candidatura.

O indeferimento do pedido de registro pode ser reconhecido ex-officio pelo julgador, quando este perceber não restarem preenchidos os requisitos necessários ao registro, após ouvido o Ministério Público e tomadas todas as diligências aplicáveis. O Órgão Eleitoral competente pode indeferir o pedido independentemente de haver impugnação.

A decisão do juiz pelo indeferimento do registro independe de impugnação, pois a lei eleitoral lhe dá competência para processar o registro, satisfazendo as exigências legais [...]. Quando o candidato não preenche os requisitos exigidos por lei, cabe o indeferimento do pedido. (SOARES, 2001)

> [...] para que o pedido de registro de candidatura seja indeferido não é imprescindível que haja impugnação, pois o órgão da Justiça Eleitoral incumbido de processá-lo, verificando a ausência de qualquer das condições de

> elegibilidade ou a presença de qualquer das causas de inelegibilidade do candidato, estará obrigado a indeferir o registro. (TELES, 1998, p.85)

Ramayana (2005, p. 240) corrobora com este entendimento quando afirma que:

> [...] se trata de procedimento em jurisdição voluntária. Na verdade, o Juiz Eleitoral ou o Tribunal fazem o exame formal dos requisitos para o deferimento de registro, analisando os documentos legais apresentados.

Não obstante essa possibilidade, e em virtude do alto grau de fiscalização do registro de candidaturas, seja por parte do Ministério Público Eleitoral, seja por parte dos adversários políticos, é mais comum a candidatura vir a ser indeferida a partir de impugnação ao registro, o que será visto com maiores detalhes nos tópicos que seguem.

4. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE REGISTRO DE CANDIDATURAS

4.1 Conceito e Natureza Jurídica

Com o advento da Lei Complementar nº 64/90 restou disciplinado a possibilidade de impugnação ao Pedido de Registro de Candidaturas. A ação, que recebeu nome próprio de Ação de Impugnação ao Registro de Candidaturas – AIRC, é prevista nos arts. 3º ao 17 da Lei Complementar 64/90.

O que é, e para que serve então a AIRC?

Para Marcos Ramayana (2005, p.222-223)

> [...] a finalidade desta ação de impugnação é indeferir o pedido de registro de candidatos que não possuam condições de elegibilidade [...]. A ação eleitoral tutela a normalidade e legitimidade das eleições, evitando candidaturas ilegais [...]".

Djalma Pinto (2005, p.161) preleciona que para que nenhuma dúvida paire sobre a efetiva legitimação do interessado em disputar uma vaga na representação popular, é permitida a impugnação do registro de candidatura.

Castro (2004, p.178), por sua vez, ensina que a AIRC

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> [...] destina-se ao reconhecimento da inelegibilidade (lato senso) do candidato, seja por ausência de alguma das condições de elegibilidade, seja por incidência de algum(a) das causas de inelegibilidade".

Conclui-se, portanto, que a AIRC é a ação própria por meio da qual se ataca o pedido de registro de candidato que tenha algum vício de elegibilidade, seja por não atender aos requisitos, seja por estar pichado de inelegibilidade.

Quanto à natureza jurídica da AIRC a doutrina tem reconhecido a natureza de "verdadeira ação judicial, já que contém as suas características" (CÂNDIDO, 2004, p.135). Pedro Henrique Távora Niess (2004) citado por SOARES (2001) corrobora com esse mesmo entendimento, acrescentando que a impugnação ao pedido de registro de candidatura a mandato eletivo configura o exercício de direito de ação, inaugurando um processo de conhecimento com todas as fases que lhe são peculiares [...]. É, pois, uma ação civil de conhecimento, de conteúdo declaratório.

Assim é que se define a natureza jurídica da AIRC como sendo uma ação autônoma, de conhecimento, sendo a decisão de conteúdo declaratório, reconhecendo ou não, a existência de motivo a ensejar rejeição à candidatura pretendida.

4.2 Legitimidade

4.2.1 Legitimidade Passiva

São legitimados para figurar no polo passivo da AIRC todos aqueles pretendentes a candidatos que requereram o registro de candidatura dentro do prazo previsto na legislação eleitoral. Para Ramayana (2005, p.177) os sujeitos aptos a suportar a AIRC no polo passivo

> [...] são os pré-candidatos (candidatos a candidatos). São os cidadãos escolhidos em Convenção Partidária, pois, somente com o deferimento do registro, o candidato adquire o status civitatis de candidato.

Precedentes do TSE não têm admitido a existência de litisconsórcio passivo necessário entre candidato impugnado e partido ou coligação, conforme arestos transcritos a seguir:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> EMENTA: Registro de candidatura. Prazo recursal. O prazo para terceiro interpor recurso especial é o mesmo das partes. Inexistência de litisconsórcio passivo necessário. Precedentes. [...] a tese que a Coligação integra a relação processual na condição de litisconsorte passiva não encontra respaldo em nossa jurisprudência [...].
>
> (EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RESPE nº 22.908/RJ, de 13.10.2004, Rel. Min. Gilmar Mendes.)
>
> EMENTA: Agravo de instrumento. Ação de impugnação de mandato eletivo. Litisconsórcio. Coligação.
>
> Com o julgamento do Respe nº 16.286, o agravo ficou prejudicado. Ainda se assim não fosse, não existe o litisconsórcio necessário entre o candidato e o partido pelo qual ele concorreu[...]
>
> (AGRAVO DE INSTRUMENTO nº 2.158/SP. Rel. Min. Garcia Vieira)

Em sentido contrário pronunciam-se Marcos Ramayana (2005, p.178) e Emerson Garcia (2006, p. 94), conforme a seguir:

> Seguindo-se a técnica processual, tanto aquele que pretende concorrer ao pleito como o partido político ou coligação deveriam figurar no polo passivo da ação, tratando-se de litisconsórcio passivo necessário.

Há, no entanto, pelo princípio da indivisibilidade da chapa única, o litisconsórcio passivo necessário entre os candidatos às eleições majoritárias e seus respectivos vices, sendo nesse sentido o entendimento de Adriano Soares da Costa (2002).

4.2.2 Legitimidade Ativa

São legitimados ativos qualquer candidato, partido político, coligação e o Ministério Público Eleitoral, devendo fazê-lo em petição fundamentada. A relação dos legitimados ativos a impetrarem AIRC encontra-se contida no art. 3º da LC 64/90:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Art. 3º Caberá a qualquer candidato, a partido político, a coligação ou ao Ministério Público, no prazo de 5 (cinco) dias, contados da publicação do pedido de registro de candidato, impugnação em petição fundamentada.

A seguir serão detalhadas as características próprias de cada legitimado a apresentar impugnação ao registro de candidaturas.

4.2.2.1 Ministério Público

O Ministério Público Eleitoral – MPE exerce suas atribuições conforme o órgão que é responsável pelo registro de candidaturas, sendo competente o Procurador Geral Eleitoral nas AIRCs propostas pelo MPE contra candidaturas à Presidente e Vice-Presidente da República, os Procuradores Regionais Eleitorais nas candidaturas a Governador e Vice-Governador, Senador, Deputado Federal e Deputado Estadual ou Distrital, e os Promotores Eleitorais nas candidaturas de Prefeito, Vice-Prefeito e Vereador.

Com relação à atuação do Ministério Público Eleitoral nas AIRCs são transcritos a seguir algumasconsiderações doutrinárias:

[...] o Ministério Público de cada órgão da Justiça Eleitoral impugnará registro formulado perante seu órgão jurisdicional, exclusivamente, sem possibilidade de interferência da órbita de atribuição de outro agente. É inviável, por exemplo, o Procurador-Geral Eleitoral formular impugnação a candidato a deputado, à revelia do Procurador Regional; [...] (CÂNDIDO, 2004, p.134).

A intervenção do Ministério Público não deve ser partidária, mas sim, voltada para a defesa da normalidade das eleições na tutela dos direitos cívicos e políticos.

Na verdade, quando o Ministério Público atua nas funções eleitorais na ação de impugnação ao pedido de registro está a defender os mais sublimes interesses difusos de ordem pública primária. Age na intervenção da garantia da plena democracia. (RAMAYANA, 2005, 174)

Ainda com relação às competências do Ministério Público Eleitoral, é importante ressaltar o impedimento que se impõe àqueles membros do Ministério Público que exerceram atividades partidárias nos quatro anos anteriores, por força do Art. 3º, §2º da LC 64/90:

Art. 3º

§2º Não poderá impugnar o registro de candidato o representante do Ministério Público que, nos 4 (quatro) anos anteriores, tenha disputado cargo eletivo, integrado diretório de partido ou exercido atividade político-partidária.

O dispositivo supracitado terá sua importância até que decorra o interregno de quatro anos da aprovação da entrada em vigor da Emenda Constitucional – EC 45, de 8 de dezembro de 2004, pois esta alterou o enunciado do inciso II, §5º, Art. 128 da Constituição Federal, vedando, de forma definitiva, a participação político-partidária dos membros do Ministério Público, conforme se depreende do texto constitucional transcrito a seguir:

Art. 128

§5º Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros:

II - as seguintes vedações:

e) exercer atividades político-partidária; (grifo nosso)

Dessa forma é que, até o dia 8 de dezembro de 2008, quando completarem quatro anos da entrada em vigor das alterações implantadas na CF pela EC 45/2004, é de se verificar o teor do §2º, Art. 3º da LC 64/90, perdendo sua eficácia a partir de então. A esse respeito propala Emerson Garcia (2006, p.94):

Essa questão, no entanto, tende a ser superada, já que com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, que conferiu nova redação ao art. 128, §5º, II da Constituição da República, aos membros do Ministério Público passou a ser vedado o exercício de toda e qualquer atividade político-partidária.

Vez que o Ministério Público Eleitoral tanto pode atuar como parte como custus legis, possui legitimidade ativa tanto para propor a AIRC como para recorrer da decisão proferida, mesmo que não a tenha proposta, além de poder prosseguir com a ação quando dela desistir a parte impugnante. Tal prerrogativa se exerce não somente quanto à AIRC, mas também em qualquer ação que tenha sede na jurisdição eleitoral.

4.2.2.2 Candidatos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Também são legitimados ativos para propor a AIRC os candidatos que requereram o seu registro de candidaturas, em que pese a anomalia da utilização do termo candidato, vez que, à época do registro de candidaturas todos eles ainda não são candidatos em toda sua plenitude, mas sim, pretendentes a candidatos. A esse respeito é unânime a posição doutrinária:

Os candidatos legitimados são, na verdade, candidatos a candidatos, porque quase todos estão a pleitear seus registros e, na medida em que os pedidos são deferidos ou indeferidos, as impugnações vão sendo julgadas. O pré-candidato deve provar que foi escolhido na convenção partidária e que também formulou tempestivamente seu pedido de registro. Trata-se de pré-candidato contra pré-candidato. (RAMAYANA, 2005, P.175 – grifos do original)

Em rigor formal, somente seria possível falar em candidato após o deferimento do pedido de registro de candidatura. Aqueles que pleiteiam o registro ainda não são candidatos, logo, salvo nas reduzidas hipóteses de registro tardio, não haveria possibilidade de impugnação por outrem que não o Ministério Público, os partidos políticos e as coligações. Entendemos, no entanto, que tal interpretação não preserva a ratio da lei. Ao falar em candidato, pretendeu a norma referir-se àqueles que concorreriam às eleições caso tivessem seu registro deferido, já que são eles que participam daquela fase do procedimento eletivo. (GARCIA, 2006, p.91)

Outra questão que se impõe seja esclarecida é a de que o próprio impugnante não terá, por ocasião da impugnação de terceiros, sua própria candidatura deferida, não sendo, portanto, candidato no sentido legal. Mesmo assim é parte legítima para impugnar. Basta, tão só, que ele – impugnante – tenha sido escolhido pela convenção e tenha seu pedido de registro ajuizado. [...] Assim, o que a lei quis dizer é que "os candidatos a candidato" podem impugnar. (CANDIDO, 2004, p.134)

Tem-se entendido ainda que o candidato que concorre a uma eleição não é parte legítima, na qualidade de candidato, a ajuizar AIRC contra candidato a cargo diverso, por lhe faltar interesse processual. Assim um candidato a vereador não poderá ajuizar AIRC contra candidato a prefeito, nem candidato a deputado estadual poderá ajuizar AIRC contra candidatura a deputado federal, podendo sim,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

como cidadão, apresentar notícia de inelegibilidade. A esse respeito traz-se opinião de Emerson Garcia (2006, p.92) que afirma que não merece prosperar o argumento de que o pretendente ao registro poderia impugnar quaisquer requerimentos, independentemente do cargo ou da eleição, pois enquanto o interesse consistente no desiderato de garantir a lisura do pleito é comum a todos os que vivem no território do Estado, o interesse do candidato somente estará presente quando o provimento favorável na ação de impugnação lhe trouxer algum benefício como tal.

Em sentido contrário Joel J. Cândido (2005, p. 133/134) preleciona que um candidato a deputado estadual pode impugnar o registro de um candidato a senador; este pode faze-lo em relação a um candidato a governador ou a deputado federal e assim reciprocamente. (...) Basta que ambos sejam candidatos a qualquer eleição, pelo mesmo ou por outro partido.

Também é exigência para o ingresso da AIRC por intermédio de candidato que este seja representado por procurador devidamente habilitado, o que lhe atribui capacidade postulatória para litigar em juízo, complementando assim a sua capacidade ativa para intentar o feito. Esse aspecto será melhor discutido no tópico seguinte, quando for explicitado a legitimidade ativa de partidos e coligações.

4.2.2.3 Partidos e coligações

Ainda conforme o art. 3º da LC 64/90, poderá apresentar impugnação ao registro de candidatura, partido político e/ou coligação.

Partido político é a agremiação de cunho eleitoral, de caráter privado, que visa a congregar correligionários, que são os filiados, com vistas a concorrer às eleições nos mais diversos níveis. A definição legal de partido político e suas finalidades está inserta no Art. 1º da Lei 9.096/95, a Lei dos Partidos Políticos, o qual está transcrito a seguir:

Art. 1º O partido político, pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal.

Nas lições do eminente constitucionalista Joaquim José Gomes Canotilho (apud RAMAYANA, p.166), os partidos políticos são o elo entre a expressão da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

vontade popular e a participação de órgãos representativos, e assim, possui uma qualidade jurídico-constitucional, e acrescenta ainda: como elementos funcionais de uma ordem constitucional, os partidos políticos situam-se no ponto nevrálgico de imbricação do poder do Estado juridicamente sancionado com o poder da sociedade politicamente legitimado.

Fávila Ribeiro (1998, p.17), por sua vez, preleciona que os partidos políticos têm decisivo e imprescindível papel nas organizações políticas contemporâneas, na difusão de idéias que alimentam o debate político e cumprem sempre a arregimentação coletiva, seja para plebiscitos, referendo ou eleição, para os quais funciona como elemento constante o sufrágio popular

O partido político, por tudo o que foi falado, é peça imprescindível às eleições, e mesmo à garantia do Estado Democrático de Direito, tendo papel de tamanha relevância no nova ordem constitucional brasileira, que a seu disciplinamento geral está inserto no Título II da Constituição Federal de 1988, que trata dos direitos e garantias fundamentais. Mais ainda, não se pode, por força do inciso V, §3º, art. 14 da CF, concorrer a cargo eletivo público sem que esteja filiado a Partido Político.

Coligação, por sua vez, é a reunião de partidos com o intuito de disputar uma campanha eleitoral, unindo forças para a batalha eleitoral. Ramayana (2006, p.167) assim define coligações:

[...] são partidos políticos temporários e estão referidas no art. 6º da Lei 9.504, de 30 de setembro de 1997.

Uma coligação tem denominação própria e possui um representante que terá atribuições idênticas ao presidente de um partido político, especialmente no trato das questões eleitorais perante a Justiça Eleitoral.

Uma coligação é considerada uma super legenda e no fundo retrata uma aliança de partidos para um determinado pleito eleitoral [...]

Castro (2004, p.102) define coligação como sendo "a junção de dois ou mais partidos políticos, as quais ganham status de partido, seja qual for o número de partidos que a integram".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A coligação, após formada, passa a atuar perante a Justiça Eleitoral como se um único partido fosse, perdendo os partidos que a integram, temporariamente, a sua personalidade própria, para cedê-la ao agrupamento, que é a coligação, que passa a ter denominação, comando e capacidade eleitoral própria, consoante disposto no §1º, art. 6º da Lei 9.504/97.

> Art. 6º
>
> As coligações terão denominação própria, que poderá ser a junção de todas as siglas dos partidos que a integram, sendo a ela atribuídas as prerrogativas e obrigações de partido político no que se refere ao processo eleitoral, e devendo funcionar como um só partido no relacionamento com a Justiça Eleitoral e no trato dos interesses interpartidários.

Fato é que cada um dos partidos políticos, após o pedido de registro da coligação perante a Justiça Eleitoral, perde a personalidade própria para aquela eleição, não podendo mais atuar isoladamente. A doutrina mais autorizada em Direito Eleitoral e a jurisprudência do TSE tem manifestado entendimento que o Partido coligado não possui mais legitimidade ativa para pleitear isoladamente perante a Justiça Eleitoral. A jurisprudência do TSE é uníssona em tal entendimento, conforme se depreende dos arestos jurisprudenciais transcritos a seguir:

> EMENTA: RECURSO ESPECIAL – JULGAMENTO – PARÂMETROS – LEGITIMIDADE – REGISTRO DE CANDIDATURA – IMPUGNAÇÃO
>
> A existência de coligação torna os partidos que a compõem parte ilegítima para a impugnação.
>
> REGISTRO DE CANDIDATURA – IMPUGNAÇÃO DEFEITUOSA – CONSIDERAÇÃO DE FATOS NELA VEICULADOS – IMPROPRIEDADE
>
> Fulminada a impugnação ante o fato de haver sido formalizada por parte ilegítima, descabe o aproveitamento dos dados dela constantes para, de ofício, indeferir-se o registro.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> (RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 22.578/AL. Rel. Min. MARCO AURÉLIO)
>
> EMENTA: IMPUGNAÇÃO DE REGISTRO A CANDIDATO A DEPUTADO ESTADUAL. DIRETÓRIO MUNICIPAL. PARTIDO COLIGADO. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. LEI Nº 9.504/97. ART. 6º, i, IN FINE, E 3º, III E IV.
>
> 1. Tratando-se de partido coligado, a legitimidade para representá-lo em juízo cabe ao delegado nomeado pela Coligação, perante a respectiva jurisdição.
>
> RECURSO ORDINÁRIO nº 269/MA. Rel. Min. EDSON VIDIGAL)

Conclui-se que, após registrada a coligação perante a Justiça Eleitoral, o Partido Político coligado não é mais parte legítima para pleitear impugnação de registro de candidatura. Por conseguinte, conclui-se também que cada coligação registrada terá todos os direitos, deveres, obrigações e proibições que são atribuídos aos partidos políticos que concorrerem isoladamente naquela eleição.

É o mesmo entendimento que a doutrina tem manifestado:

> Deve-se atentar ao fato de que os partidos que integram a coligação perdem parte de sua individualidade na eleição para o qual estejam coligados, funcionando a coligação como um só partido no relacionamento com a Justiça Eleitoral e no trato dos interesses interpartidários. Um partido coligado, assim, não terá legitimidade para isoladamente ajuizar ação de impugnação. (GARCIA, 2006, p.90)

Titulares a representarem os partidos perante o órgão incumbido do registro de candidaturas são os delegados já credenciados perante o Juízo, ou os dirigentes partidários legalmente constituídos. A coligação por sua vez terá um representante designado pelos partidos que a compõem, que terá atribuições equivalentes à de presidente de partido político, no que se refere ao processo eleitoral, podendo, ainda, nomear delegados, até o limite fixado no art. 6º, inciso IV da Lei Eleitoral.

> Art. 6º

> III – os partidos integrantes da coligação devem designar um representante, que terá atribuições equivalentes às de Presidente de partido político, no trato dos interesses e na representação da coligação, no que se refere ao processo eleitoral;
>
> IV – a coligação será representada perante a Justiça Eleitoral pela pessoa designada na forma do inciso III ou por Delegados indicados pelos partidos que a compõem, podendo nomear até:
>
> a) três Delegados perante o Juízo Eleitoral;
>
> b) quatro Delegados perante o Tribunal Regional Eleitoral;
>
> c) cinco Delegados perante o Tribunal Superior Eleitoral

Jurisprudência mais recente do TSE tem entendido que um Partido somente pode impetrar AIRC no seu âmbito de atuação, não podendo, dessa forma, órgão diretivo municipal impugnar candidaturas às eleições estaduais/federais e presidenciais.

Por fim, com relação à legitimidade de partido e coligações apresentarem impugnação a registro de candidaturas deve-se discutir acerca de necessidade ou não de constituir advogado. Ao longo do tempo o TSE tem entendido não haver essa necessidade com relação à AIRC, mas somente em sede de recurso. Não é esse, no entanto, a posição doutrinária, conforme posicionamentos transcritos a seguir:

> - o Ministério Público, os partidos políticos ou coligações e os candidatos são partes com legitimidade exclusiva para formular essa impugnação. É indispensável seja a ação ajuizada através de advogado habilitado, exigindo-se, aqui, fiel cumprimento ao disposto no art. 36 do Código do Processo Civil e ao art. 1º, I, 1ª parte, da Lei nº 8.906, de 4.7.1994 (Estatuto da Advocacia e da OAB). Trata-se de processo de jurisdição contenciosa, onde se opera a coisa julgada, razão de ser da exigência de advogado habilitado representando os partidos ou candidatos. A questão, porém,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> não é pacífica na doutrina e jurisprudência. (CANDIDO, 2004, p.133-134)
>
> - aplica-se o art. 36 do Código de Processo Civil: a parte (candidato a candidato) deverá ser representada por advogado legalmente habilitado. Não há dúvida, na doutrina e jurisprudência, sobre a nítida diferença entre a capacidade processual e a capacidade postulatória. (RAMAYANA, 2005, p.176)
>
> - a orientação do TSE, não mais se sustenta, mesmo para situações excepcionais, por conflitar com o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Dispõe esta que o exercício das funções de advogado, estagiário e provisionado, somente é permitido aos inscritos nos quadros da mesma OAB, sendo certo que a inscrição é que habilita o advogado ao exercício permanente da atividade profissional em qualquer parte do território brasileiro (arts. 1º e 3º. Essa exigência, de observância obrigatória em todo território nacional, coaduna-se com o disposto no art. 36 do CPC, que determina seja a parte representada em Juízo por advogado legalmente habilitado. A postulação em causa própria também exige habilitação legal, nos termos daquele preceito da nossa lei processual civil (v. CF, art. 133). (COSTA, 2006, p. 64-65)

Ainda com relação à legitimidade dos partidos e coligações é mister assinalar que, aquele que não impugnou o registro não terá legitimidade para recorrer da decisão que o indeferiu, não podendo passar a integrar o polo ativo após a decisão judicial. A esse respeito o acórdão transcrito abaixo:

> Eleições 2004. Registro. Candidato. Vice-Prefeito. Ingresso no feito. Partido político. Impossibilidade. Ausência. Impugnação. Recurso prejudicado. Perda de objeto. Coligação majoritária que não logrou êxito no pleito. Eleitor. Interposição. Recurso. Ilegitimidade.

> 1. Não se deve admitir o ingresso de partido político em processo de registro se a agremiação não apresentou a tempo e a modo estabelecidos [...]
> (ACÓRDÃO Nº 23.556 – AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL ELEITORAL Nº 23.556 – SÃO PAULO)

Conclui-se, com o presente subtópico, as considerações acerca da legitimidade ativa em relação à AIRC, passando-se a seguir a delimitar a competência para o recebimento da ação.

4.3 Causas da AIRC

Existem diversas causas que podem motivar a impetração de AIRC contra o registro de candidatura de determinado candidato, podendo ser tanto ausência de uma das condições de elegibilidade como a existência de uma das causas de inelegibilidade.

As condições de elegibilidade foram detalhadas anteriormente em subtópico próprio, que também listou, de forma superficial, as causas de inelegibilidades.

Importante ressaltar que os motivos que ensejarem a AIRC que não forem alegadas na fase própria tornam-se preclusas, não podendo serem alegadas em outra fase, salvo, quando se tratar de questão constitucional que não está sujeita à preclusão, mas pode ser alegada posteriormente, em outras fases do processo eleitoral, por meio de recurso contra a diplomação ou Ação de Impugnação de Mandato Eletivo.

4.4 Competência

Sendo ação própria e autônoma, a AIRC deve ser impetrada no mesmo órgão judiciário responsável pelo registro de candidatura, sendo especialmente definidos no art. 2 º e incisos da LC 64/90.

> Art. 2º Compete à Justiça Eleitoral conhecer e decidir as argüições de inelegibilidade.
> Parágrafo único. A argüição de inelegibilidade será feita perante:
> I – o Tribunal Superior Eleitoral, quando se tratar de candidato a Presidente ou Vice-Presidente da República;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> II – os Tribunais Regionais Eleitorais, quando se tratar de candidato a Senador, Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal, Deputado Federal, Deputado Estadual e Deputado Distrital;
>
> III – os Juízes Eleitorais, quando se tratar de candidato a Prefeito, Vice-Prefeito e Vereador.

Não há, quanto a esse aspecto qualquer divergência jurisprudencial ou doutrinária, transcrevendo-se a seguir, à guisa de ilustração, as palavras de Joel J. Cândido (2006, p. 134-135):

Quanto à competência para conhecer e julgar as argüições de inelegibilidade formuladas nas impugnações, a lei não deixa dúvidas: é da Justiça Eleitoral por seus órgãos, elencados casuisticamente no art. 2º e parágrafo único da Lei Complementar nº 64/1990, não havendo possibilidade nem razão para ser diferente. Há coerência da lei para registrar as candidaturas, conhecer e julgar as impugnações e diplomar. Dificuldade haveria para entender se fosse diferente.

Em resumo, é competente para apreciar a AIRC o TSE nas eleições presidenciais (cargos de Presidente e Vice-Presidente), os TREs nas respectivas circunscrições nas eleições gerais (cargos de Governador, Vice-Governador, Senador, Deputado Estadual ou Distrital e Federal) e os Juízes eleitorais nas eleições municipais (cargos de Prefeito, Vice-Prefeito e Vereador).

4.5 Rito Processual

O rito processual que segue a AIRC está praticamente todo disciplinado na LC 64/90, sendo relacionado abaixo em todos os seus passos:

a) impugnação, através de petição inicial, no prazo de cinco dias a partir da publicação do edital contendo o pedido de registro do candidato que se quer impugnar (art. 3º, caput). Na petição inicial deverá o impugnante especificar desde logo, os meios de prova com que pretende provar o alegado, arrolando testemunhas e número máximo de seis (art. 3º, §3º);

b) notificação do impugnado e intimação do Ministério Público Eleitoral, caso este não seja o impugnante;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

c) prazo de sete dias para a apresentar a contestação, contados da data em que terminar o prazo para a impugnação, desde que o impugnado esteja devidamente notificado. Poderá o impugnado, o Partido Político ou à Coligação à qual pertença, juntar documentos, indicar testemunhas e requerer produção de provas, inclusive documentais que não se encontrem em seu poder (art. 4º);

d) tratando-se apenas de matéria de direito e a prova protestada for relevante, o Juiz ou relator poderá julgar antecipadamente a lide, ou apresentar relatório conclusivo (art. 5º, caput);

e) não havendo julgamento antecipado da lide, será iniciada a fase instrutória, devendo as testemunhas do impugnante e do impugnado serem inquiridas no prazo de quatro dias (art. 5º, caput), em assentada única (art. 5º, §1º), sendo ouvidas as testemunhas do impugnante, depois as do impugnado. Com relação à apresentação das testemunhas, o texto legal é ambíguo em afirmar que estas comparecerão por iniciativa das partes, mas, ressalva adiante, mediante notificação judicial (art. 5º, caput). A esse respeito Joel J. Cândido (2004, p.137) se manifesta da seguinte maneira:

[...] para que não se fruste a audiência, deve o Juiz, no saneador, esclarecer como virão as testemunhas, se pelas partes e sob sua responsabilidade, sob pena de não serem ouvidas (CPC, art. 412, §1º), ou se por força de notificação judicial, sob as penas do art. 412, caput, do CPC.

f) ouvidas as testemunhas serão realizadas as diligências que forem determinadas pelo Juiz ou Relator nos cinco dias subsequentes, bem como a colheita de outras provas (art. 5º, §§2º a 5º);

g) abertura de prazo de cinco dias para alegações finais, sendo o prazo comum, inclusive para o Ministério Público, devendo os autos permanecerem em cartório (art. 6º);

h) conclusão ao Juiz ou Relator no dia imediato ao encerramento do prazo para alegações finais (art. 7º, caput), correndo o prazo de três dias para julgamento, por parte do Juiz (art. 8º, caput), e para a apresentação em plenário, em caso de impugnação a registro a ser julgado originalmente por Tribunal (art. 13, caput), independentemente de publicação em pauta, neste último caso.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A contagem dos prazos de que trata a AIRC correm ininterruptamente, inclusive, aos sábados, domingos e feriados, por força do disposto no art. 16 da LC, que se faz transcrever a seguir:

> Art. 16 Os prazos a que se referem os arts. 3º e seguintes desta Lei Complementar são peremptórios e contínuos e correm em Secretaria ou Cartório e, a partir da data do encerramento do prazo para registro de candidatos, não se suspendem aos sábados, domingos e feriados.

Importante ressaltar que a Justiça Eleitoral, por força de Resolução do TSE reeditada a cada eleição, mantém os Cartórios e a Secretaria dos Tribunais em funcionamento em regime de plantão a partir do dia 5 de julho de cada ano eleitoral, para que os interessados não sejam prejudicados com relação aos prazos.

4.6 Recurso

O prazo para apresentação de recurso em matéria de impugnação a registro de candidaturas é de três dias consoante determinação do art. 8º, caput, para sentença, e art. 11, §2º, ambos da LC 64/90, no caso de julgamento nos Tribunais Eleitorais.

A contagem do prazo faz-se na forma preconizada no art. 16 da LC 64/90, supracitado, ou seja, de forma contínua e ininterrupta, contando-se para todos os efeitos os sábados, domingos e feriados, a partir do dia 5 de julho de cada ano eleitoral.

O termo inicial para a interposição do recurso conta-se da data da publicação do acórdão em sessão, no caso de Tribunais (art. 11, §3º c/c art. 14 da LC 64/90). Em relação às AIRCs julgadas originariamente pelo Juiz Eleitoral o termo inicial da contagem é a data da apresentação da sentença em Cartório (art. 8º, caput), devendo haver publicação de edital, em Cartório, em caso de entrega da sentença fora do prazo de três dias (art. 9º, caput), de que trata o caput do art. 8º, devendo, neste caso, o Corregedor Regional, de ofício, apurar o motivo do retardamento, propondo, se for o caso, junto ao Tribunal Regional Eleitoral correspondente, a aplicação da penalidade cabível (art. 9º, parágrafo único).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Recebido o recurso, passa a correr o prazo de três dias para a apresentação de contra-razões, valendo o prazo em comum para o recorrido e para o Ministério Público, se não for este o recorrente (art. 8º, §1º).

Os autos deverão ser encaminhados imediatamente ao TRE correspondente (art. 8º §2º) ou ao TSE (art. 12, parágrafo único) após a apresentação das contra-razões, devendo o recorrido ser notificado por telegrama quando o recurso for para o TSE.

Após o recebimento na Secretaria do Tribunal, estes serão encaminhados no mesmo dia ao seu Presidente, que os distribuirá na mesma data a um Relator, mandando abrir vistas ao Ministério Público Eleitoral em dois dias (art. 10, caput), que deverá emitir parecer em dois dias (art. 10, parágrafo único).

O Relator deverá receber os autos do Ministério Público Eleitoral em dois dias, com ou sem parecer, devendo apresentá-los em pauta para julgamento em três dias, independentemente de publicação em pauta (art. 10, parágrafo único).

A sessão de julgamento poderá ser realizada em até duas sessões seguidas, observando-se a seguinte sequência: o Relator lê seu relatório; facultada a palavra às partes; ouvido o representante do Ministério Público Eleitoral; voto do Relator; votos dos demais juízes (art. 11, caput). Após a proclamação do resultado será lavrada o acórdão, devendo nele serem indicados o direito, os fatos e as circunstâncias, valendo-se do voto do Relator ou do voto vencedor (art. 11, §1º). Após o encerramento da sessão, o acórdão será lido e publicado, passando a correr prazo para interposição de novo recurso (art. 11, §2º).

4.7 Efeitos

O principal efeito da AIRC é fulminar com a pretensão do candidato em concorrer àquele mandato eletivo pretendido, perdendo ele o direito de se manter no pleito eleitoral. Joel J. Cândido (2004, p.135) define que a Impugnação de Pedido de Registro de Candidatura, como o próprio nome já indica, visa, à evidência, impedir que o impugnado obtenha o registro de sua candidatura que requereu à Justiça Eleitoral. Sem esse registro, não é ele candidato no sentido legal e, consequentemente, não pode concorrer.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nesse ponto, o pretendente ainda não é candidato, mas tão-somente candidato a candidato. Sendo procedente a impugnação o candidato terá seu registro indeferido, em caso de sentença ou acórdão em primeiro grau. Em caso de já ter sido deferido seu registro em decisão de primeiro grau e o recurso em contrário provido, terá o seu registro de candidatura cancelado.

Após o deferimento da impugnação, e o consequente indeferimento do pedido de registro do candidato, este não poderá mais agir como tal, não podendo continuar a atuar como se assim fosse. Fica o candidato impedido de realizar propaganda eleitoral, conforme lembra Adriano Soares da Costa (2006, p.401), in verbis, não pode pretenso candidato

[...] participar do guia eleitoral gratuito, constar o seu nome nas cédulas eleitorais ou nas urnas eletrônicas etc. Apenas se houver recurso dessa decisão, com a concessão do registro provisório pelo juízo ad quem, é que poderá o nacional praticar tais atos, mercê dessa liminar concedida [...]

Não ocorrendo, no entanto, o trânsito em julgado, estará o candidato apto a realizar campanha eleitoral em toda a plenitude.

Existe ainda a possibilidade de um candidato com registro deferido, ou que tenha concorrido às eleições por força de decisão liminar, vir a ter seu registro indeferido após já ter sido realizado o pleito. Sendo indeferido o registro após a eleição, e não tendo ainda o candidato sido diplomado, caso eleito, seus votos serão revertidos para o partido ou coligação, sendo refeitos os quocientes eleitoral e partidário. Estando o candidato já diplomado, em virtude na demora do julgamento dos recursos, e vindo o registro a ser indeferido em decisão transitada em julgado, será seu diploma cassado e os votos revertidos para o partido e coligação, sendo também, recalculados os quocientes eleitoral e partidário.

CONCLUSÃO

De tudo o que foi relatado no presente trabalho conclui-se que a Ação de Impugnação de Registro de Candidatura é um meio hábil e eficaz para atacar as irregularidades contidas nos registros dos candidatos às eleições.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Podem ser impugnadas os pedidos de registro de "candidato a candidato" que não preencha os requisitos de elegibilidade, bem como os que tenha alguma das inelegibilidades previstas na legislação eleitoral.

Em virtude do instituto da preclusão instantânea que, via de regra, vige no Direito Eleitoral, devem os candidatos, partidos políticos, coligações e Ministério Público Eleitoral estarem atentos, vez que, perdendo a oportunidade de impugnar uma candidatura na fase de registro por vício existente, não poderá fazê-lo pelo mesmo motivo em outras fases processuais, salvo se se tratar de questão constitucional, à qual não opera preclusão, mas, somente pode ser alegada nas fases seguintes do processo eleitoral, tal como no recurso à diplomação e/ou Ação de Impugnação de Mandato Eletivo.

A AIRC pode ter como resultado o indeferimento do registro do pretenso candidato, caso ainda não tenha sido deferido, o cancelamento do registro, em caso de ter sido deferido em alguma instância. Caso já tenha sido realizada a eleição, o candidato que teve seu registro indeferido perderá os votos, sendo estes computados para a legenda do partido à qual concorreu. Se o candidato já tiver sido diplomado terá seu diploma cassado, sendo seus votos revertidos para a legenda à qual concorreu. Nos dois últimos casos serão refeitos os cálculos do quociente eleitoral e partidário.

A importância da discussão acerca dos meios processuais eleitorais é notória, vez que as eleições se sucedem a cada dois anos em nosso País, bem como a importância das eleições para a manutenção do Estado Democrático de Direito, fundamento da República Federativa do Brasil.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CANDIDO, Joel J**. Direito eleitoral brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Edipro, 2004.

CASTRO, Edson Resende. **Teoria e Prática do direito eleitoral**. Belo Horizonte: Melhoramentos, 2004.

COSTA, Adriano Soares da**. A petição inicial da ação de impugnação de registro de candidato: o problema da causa de pedir**. In: Jus Navegandi. <Disponível em: http:\jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1528>. Acesso em: 25/06/2007.

_____. **Instituições de direito eleitoral**. 5.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

GARCIA, Emerson. **Abuso de poder nas eleições**: meios de coibição. 3.ed.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

NIESS, Pedro Henrique Tavora. **Direitos políticos – elegibilidade, inelegibilidade e ações eleitorais**. 2.ed. São Paulo: Edipro, 2004.

PINTO, Djalma. **Direito eleitoral**. 2.ed. São Paulo, Atlas, 2005.

RAMAYANA, Marcos. **Direito eleitoral**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

SOARES, Marcos Antônio Striquer. **A ação de impugnação de registro de candidatura e a notícia de inelegibilidade trazida pelo cidadão comum**. In. Revista Eletrônica Par@ná Eleitoral. n.41. <Disponível em: http://www.paranaeleitoral.gov.br/artigo_impresso.php? cod_texto=4>. Acesso em: 25/06/2007.

TELES, Ney Moura. **Direito eleitoral**. São Paulo, 1998.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Código eleitoral anotado e legislação complementar**. 7.ed. Brasília: TSE/SDI, 2006./

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A INCONSTITUCIONALIDADE DA REMESSA NECESSÁRIA FRENTE O PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL

CAROLINE AYDER MOTA: graduanda em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA

VITOR DE SOUZA VIEIRA

(Orientador)[1]

RESUMO: O presente artigo trata do reexame necessário das decisões em face da Fazenda Pública, e o princípio da celeridade processual. Nesta senda, observa-se que os entes públicos são os maiores litigantes do Poder Judiciário e quase todas as sentenças contrárias a eles estão sujeitas ao reexame necessário. Dessa forma, este artigo abordará as hipóteses de cabimento do reexame necessário, seus princípios e histórico. Por fim, analisa-se a aplicabilidade e obediência do princípio da celeridade processual no tema em questão. Para chegar-se ao objetivo, usaremos método de pesquisa bibliográfica com pesquisas, em artigos, doutrinas e julgados.

PALAVRAS CHAVE: Reexame necessário. Fazenda Pública. Celeridade Processual.

ABSTRACT: This article deals with the review of decisions in the face of the Public Treasury and the principle of procedural speed. In this way, it is observed that it is applied to the largest contracts of Judgment the almost as the read the evidence the they are secondary necessary review. Thus, this article approaches as hypotheses of fit of the necessary review, its principles and history. Finally, an applicability and obedience of the principle of procedural celerity in the subject in question is analyzed. To get there, use the bibliographic search method with searches, articles, doctrines and judgments.

KEYWORDS: Reexamination required. Public farm. Process acceleration.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS. 1.1 Princípio da legalidade. 1.2 Princípio da culpabilidade. 1.3 Princípio da lesividade ou ofensividade. 1.4 Princípio da proporcionalidade. 1.5 Princípio da humanidade. 1.6 Princípio da responsabilidade penal pessoal. 2. HISTÓRICO DO REEXAME NECESSÁRIO, E CONTEXTO JURÍDICO ATUAL. 2.1 Hipóteses de cabimento. 2.1.1 Sentença contra a Fazenda Pública. 2.1.2 Procedência de embargos à execução fiscal. 2.1.3 Remessa Necessária nos Casos de Ação Civil Pública e de Ação de improbidade Pública. 2.1.4 Remessa Necessária no Mandado de Segurança. 3. O PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL, E O REEXAME NECESSÁRIO EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA. 3.1 Do princípio da Celeridade Processual. 3.2 Reexame necessário e a observação da celeridade processual na Fazenda pública. 4. JURISPRUDÊNCIAS ACERCA DO REEXAME NECESSÁRIO EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

INTRODUÇÃO

Destacamos inicialmente que o Ordenamento Jurídico Brasileiro, estabelece que a solução de litígios de determinadas hipóteses perante o poder judiciário, só podem transitar em julgado após serem examinadas obrigatoriamente por dois graus de jurisdição.

Nestes casos ocorre que a sentença proferida no 1º grau de jurisdição tem de necessariamente ser examinada pelo grau de jurisdição superior, mesmo que não tenha sido interposto recurso de apelação por qualquer uma das partes. É o que o código denomina de remessa necessária ou reexame necessário, previsto no artigo 496 do Novo Código de Processo Civil de 2015 (NCPC).

Válido destacar que a remessa necessária foi um dos institutos repaginados pelo novo Código. Na doutrina, ela possui vários sinônimos, como reexame necessário, apelação ou remessa ex officio, duplo grau de jurisdição obrigatório, dentre outros. No CPC/15, seu nome oficial é remessa necessária.

Na reforma, foi-se discutido inclusive a sua exclusão do sistema processual.

De outro turno, o reexame necessário incorporou novos elementos, como a possibilidade de sua não ocorrência todas as vezes em que na matéria houver um posicionamento oficial de seu órgão de consultoria jurídica, dando um destaque maior às decisões das procuradorias.

A ideia deste reexame necessário é que, determinadas causas por possuírem grande relevância dos bens jurídicos nela envolvidos, não podem ter a submissão do duplo grau de jurisdição subordinada a mera vontade das partes.

Assim, este artigo tem o objetivo de estudar o contexto do reexame necessário em face da fazenda pública no ordenamento jurídico atual, e a obediência do princípio da celeridade.

Desta forma, no primeiro capítulo abordaremos antes de mais nada os princípios constitucionais, para assim entender a base do processo constitucional no ordenamento jurídico brasileiro.

Em segundo momento, estudaremos o histórico do reexame necessário, seu surgimento e evolução, bem como as hipóteses de cabimento, atuais.

No terceiro capitulo analisaremos o reexame necessário em face da fazenda pública e seus requisitos, bem como faremos uma construção doutrinaria sob a aplicação do princípio da celeridade, contrapondo pontos essenciais.

E por último traremos ao trabalho analise jurisprudenciais atuais sobre o tema, onde abordaremos sobre os principais pontos deste instituto.

Por fim, traremos uma conclusão, onde serão abordadas as posições sobre os pontos de maior relevância no trabalho.

1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS

Inicialmente é valido destacar que princípios são as normas jurídicas de otimização das possibilidades de realização jurídica dos mandados, das proibições e das permissões na vida real.

Assim, os princípios são o conjunto de normas ou padrões, este termo deriva do Latim, *principium*, e significa origem, causa próxima. Os princípios também podem estar associados às proposições ou normas fundamentais que norteiam os estudos, sobretudo os que regem o pensamento e a conduta.

Quanto a função dos princípios, é limitar a atuação do Estado no exercício do seu *jus puniendi* (direito e dever exclusivo do Estado de punir).

Representa uma segurança jurídica para o cidadão que vê no Estado uma limitação à intervenção na sua vida pessoal, numa demonstração de que o supramencionado Estado e o Direito devem servir ao homem e não o contrário.

Esses princípios nasceram historicamente e permanecem constitucionalmente, protegendo duplamente o bem jurídico: através do direito penal e ante o direito penal, cujo excessivo provoca precisamente as situações que pretende combater.

1.1 Princípio da legalidade

O princípio da legalidade surgiu no anseio de estabelecer na sociedade regras permanentes e válidas que pudesse proteger os indivíduos de uma conduta arbitrária e imprevisível por parte dos governantes.

Começou-se a admitir essa idéia (de que deve ser atribuição exclusiva do legislador definir crimes e cominar penas) nas legislações democráticas a partir da Revolução Francesa.

Tornou-se, desde então, o lastro do direito penal, inerente ao Estado de Direito que se constituiu. Isso porque os conceitos de Estado de Direito e princípio da legalidade estão intimamente ligados, visto que o primeiro, criado justamente para retirar o poder das mãos do soberano, demanda que todos se subordinem à lei posta. O Estado de Direito é um Estado submetido a um regime de direito, assegurado pelo princípio em questão.

No Brasil, o princípio da legalidade é abordado no artigo 1º do Código Penal (Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal) e também na Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXIX (Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal). Sanção (consequência legal) pena medida de segurança.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Conforme esse princípio, tudo o que não é expressamente proibido (em lei) é lícito diante do Direito Penal, nenhuma conduta pode ser considerada criminosa se não for prevista em lei e não se pode cominar penas sem uma legislação penal anterior que as preveja.

Desse modo, consagra-se o *imperium* da lei, a supremacia do Poder Legislativo. São inconstitucionais, portanto, atos legislativos que, sem revestirem o status de lei, pretendam definir crimes (ou contravenções penais) ou cominar penas (ou medidas de segurança).

Cabe ressaltar ainda que compete privativamente à União legislar sobre direito penal, mas excepcionalmente os Estados-membros podem fazê-lo quanto a questões específicas, desde que haja autorização por lei complementar para tanto.

Neste sentido, são aspectos (funções) do princípio da legalidade: Possibilidade de retroatividade da lei penal mais benigna vigora como regra geral a irretroatividade da lei penal, não podendo a nova lei ser aplicada a fatos anteriores à sua vigência. Mas, excepcionalmente, a norma operará retroativamente: sempre que for mais benéfica para o infrator. ("A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o agente" – Constituição Federal, artigo 5º, inciso XL). Destarte, ninguém pode ser punido por cometer um fato, que, à época, era tido como um indiferente penal.

Proibição da analogia "in ma lam partem", só se admite a analogia que beneficiar o réu (exemplo: progressão de regime na lei de crimes hediondos por analogia à progressão admitida na lei de tortura), desprezando-se a que criar crimes, fundamentar ou agravar penas.

Proibição do costume como fonte da lei penal/criador de crimes e contravenções, se só a lei pode criar crimes e penas, resulta óbvia a proibição de se invocarem normas consuetudinárias para fundamentar ou agravar a pena. O costume opera de forma mediata, podendo apenas influenciar o legislador na criação de crimes e contravenções, na descriminalização ou na alteração de sanções.

Proibição da indeterminação da lei penal (Princípio da Taxatividade), a lei penal deve ser objetiva, clara e evitar tanto quanto possível termos subjetivos e ambíguos, que prejudiquem a segurança jurídica. Materialmente, o princípio impõe ao Poder Legislativo, na elaboração de leis, que redija os tipos penais com a máxima precisão de seus elementos, bem como ao Poder Judiciário que os interprete restritivamente, de modo a lhe preservar a efetividade.

1.2 Princípio da culpabilidade

Esse princípio é implícito e se refere à dignidade da pessoa humana. A culpabilidade é o juízo de reprovação incidente sobre uma conduta típica (se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

encaixa numa descrição criminosa) e antijurídica (não existe uma causa que justifique aquela conduta).

As consequências desse princípio são: a culpabilidade é o fundamento da pena: não se pode aplicar pena sem que haja o juízo de reprovação social; Medida da pena (proporção direta): quanto maior for o juízo de reprovação social, maior a pena; Afasta a responsabilidade penal objetiva: em decorrência do princípio da culpabilidade, os crimes baseiam-se na responsabilidade penal subjetiva, a qual, além de considerar o nexo causal entre a conduta e o resultado ilícito, analisa também a postura psicológica do indivíduo perante tal resultado. Admite-se a responsabilidade penal objetiva somente no julgamento de crimes ambientais cometidos por pessoa jurídica.

1.3 Princípio da lesividade ou ofensividade

Consiste em um princípio implícito, decorrente do caráter fragmentário do direito penal.

Proíbe a cominação (esfera legislativa), a aplicação e a execução (esfera judiciária) de penas e medidas de segurança em hipóteses de lesões irrelevantes consumadas ou tentadas contra bens jurídicos protegidos pela lei penal.

Está também intimamente relacionado com o princípio da intervenção mínima (ultima ratio), na medida em que esclarece quais condutas não podem ser incriminadas, limitando ainda mais o poder punitivo do Estado.

O direito á intimidade e à vida privada garantido no artigo 5º da nossa Constituição Federal permite depreender, como se deve depreender de qualquer ordenamento jurídico que se pretenda democrático, que o direito só pode intervir em condutas que tenham potencialidade lesiva.

O princípio se dirige tanto ao legislador quanto aos juízes, aos quais compete verificar a existência e a intensidade da lesão, seja para considerar os comportamento atípicos, se não existir ou for ínfima a lesão, seja para considerá-los típicos, se existente e relevante o dano, seja para proceder à individualização da pena.

O judiciário, diante desses casos de insignificância, pode considerar que houve crime, porém aplica, então, uma pena moderada, ou pode simplesmente considerar que não houve crime.

1.4 Princípio da proporcionalidade

É um princípio implícito, que foi desenvolvido pela teoria constitucional germânica, com grande influência de Beccaria.

Possui um duplo destinatário, o legislador e o juiz, na medida em que proíbe o estabelecimento de cominações legais (proporcionalidade em abstrato) e a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global; proíbe, assim, o excesso e a insuficiência da intervenção jurídico-penal.

Compreendem seus subprincípios: Subprincípio da necessidade, o direito penal constitui a forma mais enérgica de intervenção do Estado na vida do indivíduo e, por isso, só deve ser aplicado em última instância (ultima ratio), dando-se preferência a outros ramos do direito, como o administrativo e o civil. O direito penal só deve ter como objetivos as condutas de alta gravidade (elevada lesividade). Na Europa, por exemplo, as condutas de baixa lesividade, chamadas contra-ordenações, são apenas ilícitos administrativos.

Subprincípio da adequação, só é lícito ao Estado, em face do seu caráter instrumental, empregar meios idôneos para a consecução de seus objetivos. A intervenção penal só se justifica quando se presta à prevenção geral (intimidação) e especial (reincidência) de comportamentos socialmente lesivos, como forma de proteção de bens jurídicos. Então, se a norma penal for inútil (inadequada) aos fins a que se presta (prevenção geral e especial de delitos), impõe-se a descriminalização ou a despenalização, conforme se trate de inadequação da norma penal mesma ou do tipo de pena que comina.

Subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito (strictu sensu), o castigo deve guardar proporção com a gravidade do crime praticado, tanto no âmbito da cominação, como da aplicação e da execução. Por isso, o princípio tem tríplice destinatário: o legislador, o juiz e os órgãos da execução penal. Ele divide-se em: Proporcionalidade abstrata (ou legislativa), ocorre quando se elegem sanções mais apropriadas para os tipos penais (seleção quantitativa), bem como o estabelecimento de graduação das mesmas (seleção qualitativa).

Proporcionalidade concreta (judicial ou individualização), dirigida ao juiz no momento em que ele vai aplicar a pena, orientado pelo artigo 59 do Código Penal. Promove, então, a individualização da pena conforme a culpabilidade do réu, aferida segundo as circunstâncias jurídico-penalmente relevantes.

Proporcionalidade executória, corresponde à individualização da pena no decorrer da sua execução, de acordo com o mérito do sentenciado, podendo progredir o regime, obter o livramento condicional, o indulto ou, eventualmente, regredir o regime.

Princípio "*No bis in idem*", mesmo fato não pode ser valorado mais de uma vez para prejudicar ou beneficiar o autor de um delito. O legislador, porém, não raro o viola claramente. Exemplo disso é a adoção do instituto da reincidência, que agrava a segunda pena de um indivíduo que comete mais de um crime no intervalo de 5 anos, punindo, dessa forma, o primeiro delito duas vezes.

Princípio da insignificância, Roxin defende que a tipicidade de uma conduta exige uma ofensa de alguma gravidade aos bem jurídico-penais. Assim, devem ser tidas como atípicas as ações ou omissões que afetem muito infimamente os bens jurídicos.

Ele demonstra a necessidade de descriminalização de condutas que, apesar de formalmente típicas, não atingem de forma significativa os bens jurídicos protegidos pelo direito penal. A insignificância da lesão não afasta a tipicidade. Pode ser aplicado a qualquer crime que tenha resultado naturalístico, isto é, qualquer crime material (se completa com um resultado naturalístico – alteração no mundo exterior), uma vez que analisa a circunstância da lesão.

Normalmente, aplica-se a crimes dolosos (intencionais), mas já há jurisprudência quanto a crimes culposos (descuido) também. Há alguns requisitos objetivos, segundo o STF, para se avaliar a aplicação ou não do princípio, tais quais: mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica.

Já o STJ defende que o fato de o acusado ostentar mais antecedentes criminais comprovados por sentença transitada em julgado impede a aplicação do princípio da insignificância. Essa última concepção é subjetiva, uma vez que considera aspectos pessoais do agente, seu estilo de vida.

1.5 Princípio da humanidade

Decorre do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, ao declarar que constitui fundamento do Estado Democrático a dignidade da pessoa humana.

Proíbe-se, desse modo, a adoção de penas (desumanas ou degradantes) que, por sua natureza ou modo de execução atentem contra esse postulado, envilecendo o cidadão infrator ou inviabilizando definitivamente a sua reinserção social ou, ainda, submetendo-o a um sofrimento excessivo.

Exemplos dessas penas constam no artigo 5º da Constituição Federal, incisos 47 a 50 (penas de caráter perpétuo, trabalhos forçados, banimento, cruéis).

Questiona-se, a partir desse princípio, o caso das medidas de segurança, que violariam os princípios da isonomia, proporcionalidade e proibição de penas perpétuas, quando indeterminam o tempo máximo de sua duração.

1.6 Princípio da responsabilidade penal pessoal

É um princípio explícito no artigo 5º, inciso 45, da Constituição Federal ("Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens, nos termos da lei, ser

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do patrimônio transferido").

Implica nenhuma pessoa poder ser responsabilizada por fato de terceiro. Por conseguinte, só pode haver responsabilidade penal a título de dolo ou culpa, quando os fatos sejam previsíveis e evitáveis, isto é, passíveis de motivação normativa.

O fato de prever a extensão da obrigação de reparar o dano e da decretação do perdimento de bens não afronta o princípio, na medida em que o que se estende aos sucessores do condenado não é a pena, mas só os efeitos civis da sentença.

2. HISTÓRICO DO REEXAME NECESSÁRIO, E CONTEXTO JURÍDICO ATUAL

Historicamente, o Reexame Necessário teria surgido no período medieval, mais precisamente no Direito Processual Penal Português, como uma proteção ao réu condenado à pena de morte (ALMEIDA, 2009).

Outra corrente doutrinária entende que a origem deve-se ao Direito Romano, passa pelo Direito Canônico, pelo surgimento do instituto no Direito Português, é incorporada pelo ordenamento jurídico imperial brasileiro, é contemplada pelo Código de Processo Civil brasileiro de 1939, passa por transformação no Código de Processo Civil de 1973 e recebe a atual denominação de remessa necessária no Código de Processo Civil de 2015. (SANTANNA, 2013, p. 136).

Ainda no entendimento de SANTANNA (2013, p. 135-138), a origem da remessa necessária remonta ao Processo Penal romano, cabendo a sua iniciativa à parte ofendida.

Este modelo foi substituído na época da República Romana, na qual houve alargamento dos poderes dos magistrados, podendo estes instaurar procedimentos *ex-officio*, instruí-los e julgá-los, como um sistema processual penal de natureza inquisitória. (BUZAID, 1951, p. 14-16)

Tal sistema processual foi incorporado ao Direito Canônico que, por sua vez, foi inserido no ordenamento jurídico português a partir do século XIII, nas Ordenações Afonsinas, com a ressalva de que "a competência judicial para proceder *ex-officio* podia turbar o ânimo do magistrado, influir em seu espírito e mesmo criar nele um estado tal que predispusesse a orientação da prova em determinado sentido" (BUZAID, 1951, p. 23).

Cientes de tal possibilidade, introduziu-se ao processo inquisitório português a figura da apelação *ex-officio* (Lei de 12 de março de 1355). Esta figura jurídica foi mantida pelas Ordenações Manuelinas, em 1521, e nas Ordenações Filipinas, em 1603 (BUZAID, 1951, p 29).

Assim, a categoria processual Reexame Necessário, em sua trajetória histórica, passou por diversas nomenclaturas. Denominado originariamente de Recurso *ex officio*, revela tendência do legislador em considerá-lo, processualmente, forma de apelo.

O primeiro diploma legal que disciplinou a medida no âmbito do processo civil no Brasil, foi a Lei de 4.10.1831, que impunha ao juiz, em seu artigo 90, a obrigação de apelar da sentença proferida contra a Fazenda Pública, caso excedesse a sua alçada. Observa-se que, nacionalmente, a origem da medida enfoca claramente os feitos em que a Fazenda Pública apresenta-se como parte, característica até hoje presente e que, de certa forma, melhor caracteriza o Reexame Necessário (NERY JUNIOR, 1997).

Nesta senda, em 1939, surgiu no Brasil a necessidade de compilação em um único codex das leis de ritos, entrando em vigor o "Código de Buzaid", e com isso a matéria passou a ser utilizada de fato como instrumento do campo Cível em favor da Fazenda Pública e depois em causas de Família.

Neste sentido Santanna (2013, p. 1366-1367) disserta que:

> No Brasil, a apelação *ex-officio* surgiu pela primeira vez em outubro de 1831, já como figura do processo civil sempre que o juiz proferisse sentença contra a Fazenda Pública. Até a publicação do Código de 1939, os códigos estaduais processuais da Bahia, Minas Gerais, Distrito Federal, São Paulo, Santa Catarina, Pará, Ceará, Pernambuco e Rio Grande do Norte traziam em seus dispositivos a apelação de ofício (ou apelação necessária). Após a unificação do sistema processual, com a entrada em vigor em 1939 do primeiro Código de Processo Civil aplicável em todo território nacional, a apelação necessária ou *ex-officio* veio disposta no artigo 822 [...]

Neste diapasão, o que justifica a existência da remessa necessária é, primordialmente, o interesse público e quanto a isso não há dúvidas, pois, a sucumbência do Estado em juízo pode trazer graves prejuízos para a coletividade, na medida em que o desfalque patrimonial significativo traz consequências na prestação de serviços essenciais e impede a realização de projetos de melhorias sociais.

Destarte, quanto à natureza jurídica do reexame necessário, a doutrina majoritária entende como não ser um recurso (AMARAL, 2016, p.227). Entende-se como sua natureza jurídica é a de condição de eficácia da sentença (NERY JUNIOR, 2004, p. 76-78).

2.1 Hipóteses de cabimento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

2.1.1 Sentença contra a Fazenda Pública

Umas das mais famosas hipóteses de cabimento deste instituto e que se manteve inalterada com o advento do NCPC foi a previsão do art. 496, inciso I, onde é cabível a Remessa Necessária nos casos de sentenças de mérito proferidas contra a União, Estados, Distrito Federal, Municípios e as suas respectivas autarquias e fundações públicas.

Tal inciso deixa bem claro que não se incluem no conceito de Fazenda Pública para fins de Remessa Necessária os entes da administração indireta de natureza jurídica privada, ou seja, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista.

Ao se analisar tal dispositivo legal é importante ressaltar que somente há Remessa Necessária em face de sentenças, ou seja, não sendo cabível aplica-las em face de decisões interlocutórias, despachos ou acórdãos. Neste sentido reafirma Didier apud Cunha, (2015, p.131):

> Só há, em regra, Remessa Necessária de sentença. Decisão concessiva de tutela provisória não se submete à Remessa Necessária. Também não há Remessa Necessária em relação a acórdãos. Um julgado originário de um tribunal não se submete à Remessa Necessária

A aplicação da regra da Remessa Necessária também deve ser entendida de forma ampla, assim, analisado teor da sentença e verificado algum tipo de sucumbência, mesmo que parcial da Fazenda Pública, ali deverá ser aplicada a Remessa Necessária.

Neste sentido temos o entendimento sumulado do STJ que está de acordo com o regramento do NCPC:

> Súmula 325 STJ - A remessa oficial devolve ao Tribunal o reexame de todas as parcelas da condenação suportadas pela Fazenda Pública, inclusive dos honorários de advogado.

Outro ponto que é muito debatido, e se caberia a incidência de Remessa Necessária em sentenças em que a Fazenda Pública for autora e que a decisão for de extinção do feito sem resolução do mérito.

A *prima facie* poderia se defender a aplicação da Remessa Necessária, já que seguindo o texto legal temos uma sentença contra a Fazenda Pública, porém não é este o entendimento do STJ, que admite a incidência do instituto apenas nos casos de sentenças que julguem o mérito, vejamos entendimento firmado ainda sob a égide do CPC/73, mas que não possui superação pelo NCPC:

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. REEXAME NECESSÁRIO. INAPLICABILIDADE. 1. A teor da jurisprudência desta Corte, não está sujeita ao reexame necessário, previsto no art. 475 do CPC, a sentença que extingue o processo sem julgamento de mérito. Precedentes: AgRg no AREsp 335.868/CE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 9/12/2013; REsp 927.624/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 20/10/2008. 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 601.881/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/09/2015, DJe 24/09/2015)

2.1.2 Procedência de embargos à execução fiscal

Outro caso em se é estabelecido a remessa necessária é quando forem julgados procedentes os embargos à execução nas ações de execução fiscal, e este tem previsão no art. 496, inciso II, do NCPC.

Mas é imperioso destacar que somente é possível a remessa necessária nas ações de execução fiscal. O Superior Tribunal de Justiça, consoante diversos precedentes da Corte Especial, firmou entendimento no sentido de que o reexame necessário em processo de execução limita-se à hipótese de procedência dos embargos opostos em execução de dívida ativa, sendo incabível nos demais casos de embargos do devedor.

2.1.3 Remessa Necessária nos Casos de Ação Civil Pública e de Ação de improbidade Pública.

Quanto a remessa necessária nos casos de ação civil pública e ação de improbidade pública, não existe previsão legal no NCPC, a lei de Ação Civil Pública (lei 7347/85), não há a previsão expressa do instituto da Remessa Necessária, porém ao ser provocado, o STJ se manifestou positivamente sobre o tema, admitindo a aplicação analógica deste instituto.

A alegação foi de que embora as leis supracitadas, não terem a previsão da remessa necessária, devido a serem assemelhadas as funções a que se destinam (a proteção do patrimônio público e do microssistema processual da tutela coletiva), de maneira que as sentenças de improcedência devem sujeitar-se indistintamente à Remessa Necessária.

2.1.4 Remessa Necessária no Mandado de Segurança

No mandado de segurança, A lei 12.016/09 (Lei do Mandado de Segurança) em seu art. 14, §1º criou mais uma hipótese de Remessa Necessária em nosso

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ordenamento jurídico *in fine:* Art. 14. (...) § 1o Concedida a segurança, a sentença estará sujeita obrigatoriamente ao duplo grau de jurisdição.

Neste mesmo sentido ressalta Freddie Didier e Leonardo Cunha:

> Perceba a diferença: numa demanda de procedimento comum, não há Remessa Necessária de sentença proferida contra um ente privado, mas no mandado de segurança, proferida sentença de procedência, independentemente da condição da parte demandada, haverá Remessa Necessária

Por fim, Importante ressaltar que a Remessa Necessária está vinculada unicamente a concessão de segurança e não propriamente pela presença da Fazenda Pública no polo passivo, pois como visto há possibilidade de pessoas de direito privado sejam consideradas autoridades coatoras no *mandamus*.

3. O PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL, E O REEXAME NECESSÁRIO EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

3.1 Do princípio da Celeridade Processual

O Princípio da Celeridade Processual está expresso na Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, com o fim de combater a morosidade na prestação jurisdicional, através do artigo 5º, LXXVIII: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

Este princípio deixa explícito uma das características que se encontra no devido processo legal para que o processo alcance seu objetivo, deverá acontecer dentro de um razoável lapso de tempo.

Acerca do assunto, Sousa, (2004, p.109-110) ensina:

> Importa aos processualistas a questão da efetividade do processo como meio adequado e útil de tutela dos direitos violados, pois, consoante Vicenzo Vigoriti o binômio custo-duração representa o mal contemporâneo do processo. Daí a imperiosa urgência de se obter uma prestação jurisdicional em tempo razoável, através de um processo sem dilações, o que tem conduzido os estudiosos a uma observação fundamental, qual seja, a de que o processo não pode ser tido como um fim em si mesmo, mas deve constituir-se sim em instrumento eficaz de realização do direito material.

Percebemos, contudo, que o princípio da celeridade revela a grande preocupação do legislador com a demora no julgamento dos processos. Tem-se por fim, buscar uma maior agilidade para a resolução dos litígios, e isso envolve os três poderes: em primeiro lugar o Legislativo, responsável por editar e/ou fazer leis

que não atrapalhem a celeridade do processo. Em seguida, nos deparamos com o Executivo, que tem o dever de manutenção em relação aos órgãos judiciários. Por fim, o poder Judiciário, representado pelos juízes, deverá caminhar para uma solução rápida.

Busca-se através da jurisdição, um processo célere e eficaz, com a maior economia de esforços, despesas e tempo possível. Dificilmente ocorre desta forma na atual justiça brasileira, muitas vezes o resultado do processo não chegou a finalidade proposta inicialmente em razão da lentidão do processo. Alguns processos não atinge o objetivo proposto e causa descontentamento das partes, e dos cidadãos em geral.

Há fatores que contribuem para morosidade processual, como procedimentos muito burocráticos, número reduzido de servidores e juízes, crescente demanda processual etc.

Nesse sentido, explica Theodoro Júnior (2005, p. 21-22):

> O provimento judicial não pode ser ministrado instantaneamente. A composição do conflito de interesses, mediante o processo, só é atingida pela sequência de vários atos essenciais que ensejam a plena defesa dos interesses das partes e propiciam ao julgador a formação do convencimento acerca da melhor solução da lide, extraído o contato com as partes e com os demais elementos do processo.

Por fim tem-se que o princípio da celeridade se interliga com o da efetividade do processo, pois para que se obtenha a real efetividade, é necessária uma duração razoável. O Direito e os mecanismos estatais para execução da justiça não acompanham o rápido desenvolvimento da sociedade.

3.2 Reexame necessário e a observação da celeridade processual na Fazenda pública.

Salienta-se que a Fazenda Pública tem peculiaridades em relação aos particulares, uma vez que enquanto estes via de regra objetivam a tutela de interesses pessoais ou mesmo de um grupo restrito de indivíduos, o ente público tem por finalidade o atendimento de interesses fundamentais de um indiscriminado número de pessoas, de toda a população de um Município, Estado ou Nação (SILVA, 2011).

Nesse sentido, leciona Cunha (2011, p. 34), ao explicar sobre o interesse público defendido pela Fazenda Pública:

> Com efeito, a Fazenda Pública revela-se como fautriz do interesse público, devendo atender à finalidade da lei de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> consecução do bem comum, a fim de alcançar as metas de manter a boa convivência dos indivíduos que compõem a sociedade. Não que a Fazenda Pública seja titular do interesse público, mas se apresenta como o ente destinado a preservá-lo. Diferentemente das pessoas jurídicas de direito privado, a Fazenda Pública não consiste num mero aglomerado de pessoas, com personalidade jurídica própria: é algo a mais do que isso, tendo a difícil incumbência de bem administrar a coisa pública. Daí ter se tomado jargão próprio a afirmativa de que o Estado são todos, e não um ente destacado com vida própria.

Sobre o tema vale citar os ensinamentos dos mestres Didier Jr. e Cunha:

> [...] o reexame necessário condiciona a eficácia da sentença à sua reapreciação pelo tribunal ao qual está vinculado o juiz que a proferiu. Enquanto não for procedida à reanálise da sentença, esta não transita em julgado, não contendo plena eficácia. Desse modo, não havendo o reexame e, consequentemente, não transitando em julgado a sentença, será incabível a ação rescisória.

Na contramão deste entendimento, Dinamarco (2003, p. 127) ataca as prerrogativas processuais do ente público:

> Pensando com realismo, na atual conjuntura do falso equilíbrio entre os Poderes, no Estado brasileiro: valeria alguma coisa as entidades patrocinadoras das Reformas do Código de Processo Civil proporem a eliminação desse mal, quando a escalada que se vê em nossa recente história legislativa é no sentido de radicalizar os privilégios do Estado em juízo? Em um clima de rolo compressor, dispondo o Poder Executivo e seus áulicos de poder suficiente para restringir a admissibilidade de medidas cautelares em face do Estado, para ampliar o prazo para as ações rescisórias a serem propostas por este, para outorgar efeito suspensivo aos recursos que a Fazenda interpõe em causas onde ordinariamente a apelação não tem esse efeito, etc.- e ainda têm o desplante de aludir desrespeitosamente aos tribunais, falando de um manicômio judiciário e atribuindo aos juízes a indecência de uma indústria de liminares – o cidadão deve resignar-se e aceitar as garantias constitucionais do processo

> como flores de um jardim utópico que o Estado não é obrigado a frequentar

Porém, é importante destacar a seguinte lição sobre as prerrogativas da Fazenda Pública segundo Silva, (2011, p. 6):

> A desmistificação do princípio da igualdade (material) é fundamental para justificar o tratamento diferenciado da Fazenda Pública em juízo, haja vista que os diversos benefícios legais conferidos a ela poderiam, a princípio, supor hipótese de ofensa ao art. 5º, caput, da Constituição Federal, o que na prática não ocorre, uma vez que a própria razão de ser das prerrogativas encontra legitimidade no princípio da isonomia, na medida em que este propicia à Fazenda Pública um tratamento desigual, para quem se encontra em situação diferente na relação processual, como forma de obtenção de uma igualdade material. Como a Fazenda Pública apresenta diferenças consideráveis em relação aos particulares, como sujeição à regras e princípios de direito público, complexidade de estrutura, elevado contingente de demandas, entre outros, deve ser atribuída uma tutela especial de forma a equilibrar as forças e preservar a paridade de armas dentro do processo. Além de encontrar respaldo legal no princípio da isonomia, as prerrogativas da Fazenda Pública apoiam-se em outros importantes princípios do Direito Público, os quais regem toda a atividade da administração pública, seja no âmbito administrativo, seja na esfera judicial, assim como o princípio da legalidade, da razoabilidade e proporcionalidade, da indisponibilidade do interesse público e o da supremacia do interesse público sobre o particular. Embora, de fato, a Fazenda Pública tenha essa posição diferenciada, não se trata de um privilégio, mas sim de prerrogativas conferidas ao Estado (sentido amplo) para atingir o interesse público. Tais prerrogativas não surgem do nada, não é um fim em si mesmo, pois só existem para consecução dos interesses da sociedade

Assim, conforme Pietro, (2002, p. 64) ensina que a fazenda pública possui princípios próprios, decorrentes do regime jurídico-administrativo ao qual se vinculam as prerrogativas:

> Basicamente, pode-se dizer que o regime administrativo, no caso a fazenda pública, resume-se a duas palavras apenas:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> prerrogativas e sujeições [...] Isso significa que a Administração Pública possui prerrogativas ou privilégios, desconhecidos na esfera do direito privado, tais como a autoexecutoriedade, a autotutela, o poder de expropriar, o de requisitar bens e serviços, o de ocupar temporariamente o imóvel alheio, o de instituir servidão, o de aplicar sanções administrativas, o de alterar e rescindir unilateralmente os contratos, o de impor medidas de polícia. Goza, ainda, de determinados privilégios como a imunidade tributária, prazos dilatados em juízo, juízo privativo, processo especial de execução, presunção de veracidade de seus atos.

Válido destacar que, o trato diferenciado conferido a Fazenda Pública no processo não pode prejudicar a efetividade do mesmo, que, uma vez sendo instrumento de realização do direito material, é imprescindível à tutela dos direitos fundamentais, e a celeridade processual não pode ser observada de maneira mais importante do que a segurança dos direitos de grande relevância.

Solto, assim resume a necessidade de tratamento diferenciado par a fazenda pública:

> De sorte que por mais que se queira o Estado não perde a sua condição de pessoa jurídica diferenciada quando democraticamente se submete a julgamento perante o Judiciário. O Estado não é igual aos demais que com ele (ou contra ele) contendem. Isso não significa privilégios, ou cerceamento ao direito constitucionalmente assegurado da ampla defesa. Como já observado, o que o legislador busca é precaver o interesse de toda a sociedade, o interesse público, da atividade nefasta de alguns que encaram o patrimônio público como uma mina de ouro abandonada e como tal se utilizam de meios escusos para dilapidá-lo em conluio às vezes com servidores que deveriam zelar pelos direitos, bens e interesses de todos. (2000, p. 164)

Destarte, no que tange a celeridade processual, Reza o § 2º do art. 475 que: "Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor."

Este parágrafo segundo foi introduzido por meio da Lei n.º 10.352/2001 e versa sobre a possibilidade de exclusão do reexame necessário às causas envolvendo os entes públicos descritos no inciso I, do art. 475 (União, Estados,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Distrito Federal, Municípios e suas respectivas autarquias e fundações), quando o valor da condenação do direito controvertido ou da execução não for superior a 60 salários mínimos.

A justificativa para sua inserção, além de contribuir para desafogar os tribunais com reexame de causas de pequeno valor, foi prestigiar os princípios da celeridade e efetiva entrega da tutela jurisdicional. Na opinião de Luiz Manoel Gomes Jr. "As despesas com a remessa obrigatória e a necessidade de que os julgadores dêem maior atenção aos feitos de real relevância econômica justificam a opção legislativa." (2004, p.448).

Didier e Cunha (2007, p. 399), neste sentido afirmam que:

> [...] somente se poderá dispensar o reexame necessário, com fundamento no § 2º do Art. 475, CPC, caso a sentença seja liquida e o valor nela quantificado não exceda a 60 (sessenta) salários mínimos, ou caso ela se refira a direito, de valor certo que não supere aquele montante. Fora dessa hipótese não há como se aplicar a regra, sob pena de prejudicar a Fazenda Pública que poderá vir a ser surpreendida numa futura execução ou, até mesmo, num processo de liquidação, no qual se constate ser elevado o valor cobrado ou o montante que envolva o direito discutido.

Por fim destaca-se que, consoante o princípio da celeridade processual, o reexame necessário já foi deixado de lado nos Juizados Especiais.

Essa evolução foi consubstancia pela Lei 10.352/2001, cuja dispensa coaduna a aplicação do supracitado princípio. Ora, se a Fazenda Pública deixar de opor o recurso voluntário nas sentenças desfavoráveis, por óbvio, a remessa obrigatório é um enorme óbice a célere e efetiva prestação jurisdicional.

Destarte, nos Juizados Especiais, o referido instituto já foi excluído, e nas causas, aparentemente, de pequeno valor para a Fazenda Pública (inferior a sessenta salários mínimos) o mesmo é dispensado. Existe o reconhecimento tácito que o instituto do reexame necessário é contrário a célere prestação jurisdicional, atualmente, cláusula prevista na Constituição da República, cujo preceito não pode ser ignorado.

4. JURISPRUDÊNCIAS ACERCA DO REEXAME NECESSÁRIO EM FACE DA FAZENDA PÚBLICA

Para sedimentar o que foi estudado, analisado e discutido neste artigo, necessário se faz trazer alguns entendimentos jurisprudenciais, como forma trazer a aplicação prática da teoria.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nesta senda, destaca-se jurisprudência, onde é sedimentado que não é possível admitir a concessão, *ex oficcio*, de benefício diverso daquele fixado na sentença, em sede de reexame necessário, ou seja é vedado a *reformatio in pejus*, isto porque na ocorrência destas pressuposições não houve nenhum tipo de contraditório acerca da concessão e, evidentemente, nenhum tipo de instrução, não sendo possível apurar a legitimidade da pretensão.

> PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE DE AGRAVAMENTO DA CONDENAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO. CONFIGURAÇÃO DA REFORMATIO IN PEJUS, A DESPEITO DE TRATAR-SE DE AÇÃO DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA.
>
> TESE FIXADA EM JULGAMENTO DE RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. RESP 1.544.804/RJ, REL. MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES, REL. P/ACÓRDÃO MIN.
>
> NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJE 19.9.2017 AGRAVO INTERNO DO MPF A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
>
> 1. Não se admite a concessão, ex oficcio, de benefício diverso daquele fixado na sentença, em sede de reexame necessário, uma vez que nessas hipóteses não houve nenhum tipo de contraditório acerca da concessão e, evidentemente, nenhum tipo de instrução, não sendo possível apurar a legitimidade da pretensão.
>
> 2. Agravo Interno do MPF a que se nega provimento.
>
> (AgInt no REsp 1464037/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/10/2018, DJe 06/11/2018).

Nessa senda, destaca-se jurisprudência, onde o reexame necessário foi reconhecido de ofício, uma vez que a sentença condenatória foi ilíquida.

> EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO - CONHECIDO DE OFÍCIO - APELAÇÃO CÍVEL - LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO - INTERESSE DE CRIANÇA - DIREITO PREVIDENCIÁRIO - GUARDA JUDICIAL COMPROVADA - CONDIÇÃO DE DEPENDENTE DO SEGURADO - POSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA OU DO ADOLESCENTE - MULTA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA - POSSIBILIDADE.
> 1- Em se tratando de condenação ilíquida, o reexame

> necessário deve ser conhecido de ofício.
> 2- Segundo comando normativo do art. 127, caput, CRFB/88, e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação civil pública objetivando a tutela de direitos individuais indisponíveis.
> 3- "O art. 33, § 3º da Lei n. 8.069/90 deve prevalecer sobre a modificação legislativa promovida na lei geral da previdência social porquanto, nos termos do art. 227 da Constituição, é norma fundamental o princípio da proteção integral e preferência da criança e do adolescente". (EREsp 1141788/RS, Rel. Min. João Otávio De Noronha, CORTE ESPECIAL, j. 07/12/2016).
> 4- Nas ações de obrigação de fazer, o magistrado pode fixar multa cominatória contra a Fazenda Pública, caso entenda necessário para a efetividade da medida, sendo que a definição do teto máximo é preciso, porque evita o enriquecimento sem causa da parte contrária. (TJMG - Apelação Cível 1.0439.18.006134-3/002, Relator(a): Des.(a) Jair Varão , 3ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 14/03/2019, publicação da súmula em 26/03/2019)

Neste seguimento, existe outro entendimento jurisprudencial sedimentado, salientando que com o advento do NCPC, não é mais possível a submissão irrestrita e em larga escala de toda e qualquer sentença ilíquida proferida contra a fazenda pública ao duplo grau de jurisdição, hoje tal imposição se justifica apenas em casos especiais, a saber: quando o valor da condenação, ainda que ilíquido, for realmente alto (isto é, evidentemente acima do teto estabelecido no novel diploma processual, mesmo em juízo de projeção), e não houver recurso voluntário da Fazenda Pública. Vejamos:

> REEXAME NECESSÁRIO. ACIDENTE DE TRABALHO. NÃO CONHECIMENTO. SENTENÇA APARENTEMENTE ILÍQUIDA. CONDENAÇÃO DE VALOR FACILMENTE DETERMINÁVEL. POTENCIAL ECONÔMICO DA CONDENAÇÃO QUE, EM JUÍZO DE PROJEÇÃO, NÃO ALCANÇARÁ O TETO ESTABELECIDO NO ART. 496, § 3º, I, DO CPC/2015. A nova redação dada ao art. 496, §§ 1º e 3º, do CPC/2015 disciplina o reexame necessário de forma diversa do CPC/73. Á primeira vista se poderia pensar que a alteração legislativa se limitou ao aumento do teto do valor estabelecido como parâmetro para a submissão ao reexame oficioso que de 60 (sessenta) salários mínimos passou para 1.000 (mil), em se tratando da União. Contudo,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> embora evidente e altamente significativa, essa não foi a única modificação, visto que o parágrafo primeiro, ao substituir a expressão haja ou não apelação pela expressão não interposta a apelação no prazo legal , deixou claro que a remessa de ofício se dará apenas se ausente o recurso voluntário. Na linha das transformações operadas, se antes talvez fosse compreensível a submissão irrestrita e em larga escala de toda e qualquer sentença ilíquida proferida contra a fazenda pública ao duplo grau de jurisdição, mesmo quando o potencial econômico da condenação fosse insignificante ou relativamente módico (como forma de proteger o patrimônio público) e não houvesse recurso da parte interessada, hoje tal imposição não mais se sustenta. Destarte, a manutenção do reexame obrigatório em nosso ordenamento jurídico se justifica apenas em casos especiais, a saber: quando o valor da condenação, ainda que ilíquido, for realmente alto (isto é, evidentemente acima do teto estabelecido no novel diploma processual, mesmo em juízo de projeção), e não houver recurso voluntário da Fazenda Pública. Viabilidade de se fazer o juízo de admissibilidade com base em projeção que já encontrava respaldo em precedentes do STJ na vigência do CPC/73. No caso em exame, não houve recurso voluntário. Não obstante, embora aparentemente ilíquida , é possível constatar que o valor da condenação não tem a menor possibilidade de ultrapassar o teto estabelecido no art. 496, § 3º, inciso I do CPC/15. Reexame necessário não conhecido. (Reexame Necessário Nº 70080685845, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 27/03/2019).

Neste sentido, a jurisprudência ratifica ainda que só caberá remessa obrigatória se não houver apelação no prazo legal; em contrapartida, sobrevindo apelo fazendário, não haverá lugar para a remessa oficial. *In fine*:

> Ementa: REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL. ACIDENTE DE TRABALHO. DESCABIMENTO DO DUPLO GRAU OBRIGATÓRIO DE JURISDIÇÃO. INCOMPATIBILIDADE LÓGICA ENTRE REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO FAZENDÁRIA NA SISTEMÁTICA PROCESSUAL NOVA (ART. 496, § 1º, DO CPC VIGENTE). REMESSA NÃO CONHECIDA. CONSECTÁRIOS LEGAIS. REFORMA PARCIAL. CUSTAS PROCESSUAIS. ISENÇÃO RECONHECIDA. 1. Reexame necessário. De acordo com o artigo 496, § 1º, do novo Código de Processo Civil, é

descabida a coexistência de remessa necessária e recurso voluntariamente interposto pela Fazenda Pública. Com efeito, a nova codificação processual instituiu uma lógica clara de mútua exclusão dos institutos em referência, resumida pela sistemática segundo a qual só caberá remessa obrigatória se não houver apelação no prazo legal; em contrapartida, sobrevindo apelo fazendário, não haverá lugar para a remessa oficial. Precedentes doutrinários. Caso em que a apelação interposta pelo ente público dispensa o reexame oficioso da causa. Remessa necessária não conhecida. 2. Consectários legais. 2.1. No julgamento do Recurso Extraordinário nº 870.947/SE, o Supremo Tribunal Federal sufragou, em regime de repercussão geral, a tese segundo a qual o artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97 (com a redação dada pela Lei nº 11.960/09), na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança (indexada pela Taxa Referencial), revela-se inconstitucional por impor desproporcional limitação ao direito de propriedade, tendo em vista que não se qualifica como medida apta a capturar a variação de preços da economia. Assentou a Suprema Corte, ainda, que a inconstitucionalidade da Taxa Referencial (TR), como indexador de atualização monetária, não se restringe ao período de trâmite dos requisitórios, sendo impositivo, portanto, o reconhecimento de sua inaplicabilidade tanto na etapa executiva como na fase de conhecimento do processo. Além disso, no julgamento do REsp nº 1.492.221/PR, proferido sob a sistemática dos recursos repetitivos, o Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que as condenações de natureza previdenciária impostas à Fazenda Pública sujeitam-se à incidência do INPC, para fins de correção monetária, no que concerne ao período posterior à vigência da Lei nº 11.430/2006 (que incluiu o art. 41-A na Lei nº 8.213/91), sendo que os juros de mora devem incidir de acordo com a remuneração oficial da caderneta de poupança após a vigência da Lei nº 11.960/09 (que deu redação nova ao artigo 1º-F da Lei nº 9.494/97). 2.2. Diante disso, a posição a ser atualmente observada é no sentido de que as parcelas vencidas devem ser monetariamente corrigidas pelo INPC a partir da data de entrada em vigor da Lei nº 11.430/2006 (27/12/2006). Os juros de mora, por seu turno, incidem da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> citação e à taxa de 1% ao mês até o advento da Lei nº 11.960/09 (30/06/2009), a contar de quando a mora passa a ser compensada mediante observância dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicáveis às cadernetas de poupança. Caso concreto em que os consectários legais estabelecidos em sentença merecem ser parcialmente readequados às diretrizes jurisprudenciais da Câmara. 3. Custas processuais. Nos processos ajuizados após 1º/01/2015 (caso dos autos), as pessoas jurídicas de direito público interno estão dispensadas do pagamento das custas processuais resultantes de suas sucumbências, tendo em vista a isenção que lhes foi outorgada pelo artigo 5º, I, da Lei Estadual nº 14.634/2014. Decisão reformada no ponto. REEXAME NECESSÁRIO NÃO CONHECIDO. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70080153141, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Richinitti, Julgado em 27/03/2019)

Por fim, podemos concluir que a jurisprudência atual, ratifica-se as normas sobre o reexame necessário e a celeridade processual buscada na promulgação do NCPC, não fica prejudica, uma vez que a remessa necessária atualmente e aplicada nos casos onde pode ocorrer a lesão de um bem jurídico de grande relevância, o que merece com certeza a proteção dispensada.

CONCLUSÃO

Têm-se que o NCPC, no ordenamento jurídico brasileiro, primou por manter o instituto da remessa necessária, atualizando a sua incidência para manter tal benefício para a Fazenda Pública, contudo, como resultado da pesquisa, vemos que houve uma notória restrição em seu cabimento, com adaptações para somente em situações em que o legislador entendeu como realmente necessária a permanência do instituto.

A remessa necessária continua a ser uma condição de eficácia da sentença, sem o CPC/2015 conceder nova ou grande alteração sobre a sua natureza jurídica, tampouco à sua relação com a translatividade da matéria decidida e, ainda, com a total possibilidade de revisão material pelo Tribunal de segundo grau.

Desse modo, a remessa necessária foi incluída no art. 496 do CPC/2015, com o intuito de beneficiar a Fazenda Pública, mediante a permanência de tal prerrogativa processual, principalmente aquelas menores, os Municípios, que terão, valorativamente, maior possibilidade de incidência de tal instituto.

Por fim, no que tange a celeridade processual nos casos de remessa necessária, observamos que o legislador ao reduzir as situações, e deixar em casos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

que realmente busca a tutela objetiva dos direitos relevantes, usou de proporcionalidade para que fosse aplicado tal princípio, cuidando para não deixar um bem jurídico relevante se transpor frente a outro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Júlia Corrêa de. **O reexame necessário no direito processual civil brasileiro**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2302, 20 out. 2009. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/13705 . Acesso em: 28 mar. 2019.

AMARAL, Paulo Osternack. **A remessa necessária no novo CPC**. 2016.

BUZAID, Alfredo. **Da apelação ex officio: no sistema do código do processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1951.

CUNHA, Leonardo. DIDIER Freddie **Coleção Repercussões do Novo CPC**, **Advocacia Pública**. 2015, Ed. Jus Podivm.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais**. [s.l.]: [s.n.], 2009, v.3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A REFORMA DA REFORMA**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, 6 ed.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios fundamentais: teoria geral dos recursos**. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 36.

SANTANNA, Gustavo da Silva. **Administração pública em juízo**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

SILVA, Marcello Terto e. **A Fazenda Pública em Juízo, o Reconhecimento do Pedido e a Nova Advocacia Pública**. Disponível em: http://www.pge.go.gov.br/revista/index.php/ revistapge/article/viewFile/161/142>. Acesso em: 16 mar 2019.

SOLTO, Carlos Solto. **A União Federal em juízo**, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SOUSA, Álvaro Couri Antunes. **Juizados especiais federais cíveis: aspectos relevantes e o sistema recursal da lei n. 10.259/01**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

[1] Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA (2008), especialização em Direito Tributário e Legislação pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA (2008) e mestrado em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pelo Instituição Toledo de Ensino (2014). Atualmente é Sócio-Advogado da VIEIRA & VIEIRA ADVOGADOS ASSOCIADOS, docente do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas e Professor da Faculdade Martha Falcão. Tem experiência na área de Direito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

PRISÃO APÓS A SEGUNDA INSTÂNCIA E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: CONSTITUCIONALIDADE OU INCONSTITUCIONALIDADE.

RENATA ADRIANNE GOMES DE SOUZA:
Bacharelanda no Curso de Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas.

MARIA SUELY CRUZ DE ALMEIDA

(Orientadora)

RESUMO: Um dos princípios basilares de qualquer ordenamento jurídico formatado a partir do Estado Democrático de Direito é a presunção de inocência que faz parte do arcabouço de Direito Internacional e que fundamenta direitos e garantias individuais que deve ser protegido pelo Direito Constitucional. Esse direito fundamental é comtemplado pelo artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão; do artigo 14.2 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966; do artigo 6.2 da Convenção Europeia de Direitos Humanos; e do artigo 8º, nº 2, da Convenção Americana de Direitos Humano. Em todos esses compêndios normativos a presunção de inocência é um elemento fundamental. No caso do ordenamento jurídico brasileiro, a Carta Constitucional incluiu a presunção de inocência em seu art. 5º, LVII que diz que "todos serão considerados inocentes até o trânsito em julgado". Desta forma, este artigo tem por objetivo geral analisar o cerceamento da liberdade após o julgamento em segunda instância, considerando os ditames constitucionais, além de especificamente verificar a legislação brasileira em relação à garantia de direitos; identificar, ao longo da história jurídica, a questão da garantia de direitos no âmbito penal; e, avaliar as questões jurídicas no âmbito do direito penal com relação aos procedimentos e regras em relação à prisão em segunda instância. Nesse sentido é que o assunto em pauta foi estudado, numa perfeita sintonia com as normas constitucionais e processuais que regem a garantia de direitos, justificando esse trabalho. O método utilizado foi o dedutivo, ou seja, aquele que parte de uma situação geral para uma situação particular, com procedimento de estudo qualitativo e técnica de pesquisa com coleta de dados bibliográficos cujos resultados serão compactados com a literatura consultada para referendar as opiniões da autora.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Palavras-Chave: Prisão; Garantia de Direitos. Prisão em Segunda Instância.

ABSTRACT: One of the cornerstones of any legal framework formatted on the basis of the Democratic Rule of Law is the presumption of innocence that is part of the framework of international law and underlies individual rights and guarantees that must be protected by constitutional law. This fundamental right is reflected in Article 11 of the Universal Declaration of Human and Citizen's Rights; Article 14.2 of the 1966 International Covenant on Civil and Political Rights; Article 6.2 of the European Convention on Human Rights; and Article 8 (2) of the American Convention on Human Rights. In all these normative compendia the presumption of innocence is a fundamental element. In the case of the Brazilian legal system, the Constitutional Charter included the presumption of innocence in its art. 5th, LVII which says that "all will be considered innocent until the final judgment". Thus, this article has as its general objective to analyze the curtailment of freedom after the trial in the second instance, considering the constitutional dictates, and specifically to verify the Brazilian legislation regarding the guarantee of rights; identify, throughout legal history, the issue of guaranteeing rights in the criminal sphere; and, evaluate legal issues under criminal law with respect to the procedures and rules regarding second instance arrest. In this sense is that the subject under study was studied, in perfect harmony with the constitutional and procedural rules governing the guarantee of rights, justifying this work. The method used was the deductive, that is, the one that starts from a general situation to a particular situation, with qualitative study procedure and research technique with bibliographic data collection whose results will be summarized with the consulted literature to endorse the author's opinions. .

Keywords: Due Process of Law; Guarantee of Rights. Imprisonment at Second Instance.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. METODOLOGIA. 1 DA PRISÃO. 1.1 Das modalidades e requisitos. 1.1.1 Da prisão cautelar. 1.1.2 Da prisão pena. 1.1.3 Diferença. 1.2 Prisão em flagrante. 2 PRISÃO APÓS A SEGUNDA INSTÂNCIA. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Diz o LVII do artigo 5º da Constituição Federal do Brasil "todos serão considerados inocentes até o trânsito em julgado". Não há dúvida alguma em torno do que é trânsito em julgado (esgotamento de todas as instâncias e de todos os recursos que o ordenamento jurídico brasileiro determina). Por que a dúvida, então?

Esse é um questionamento que se deve fazer o tempo todo em relação ao fato de que pessoas condenadas manas primeiras instância, sejam obrigadas a cumprirem penas, logo depois de seus recursos a primeira instância superior ter sido negado. Pergunta-se: se ainda, existem instâncias superiores, por que se prendeu pessoas se essas ainda tinham o direito de oferecer recursos a instâncias maiores?

"Tempos difíceis" é uma frase do Ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio Melo, o segundo ministro mais antigo da corte. Ele se refere ao atropelo da Constituição Federal em detrimento de um profundo ativismo judicial que tem acompanhado a Suprema Corte nos últimos 10 anos, pelo menos. São decisões ao atropelo da lei; decisões embasadas em opiniões pessoais sem o necessário aporte jurídico; decisões centradas na mídia e na mídia do momento – redes sociais.

Um dessas decisões do Ministro Luiz Roberto Barroso sobre o aborto que naquele momento era uma pauta da sociedade moderna, mesmo a despeito das reações de entidades religiosas. Barroso decidiu que o aborto até os 3 meses de vida pode ser realizado, caso atenda determinadas peculiaridades. Onde está escrito isso no ordenamento jurídico Brasileiro? E o direito a vida que está explícito no art. 5º da CF/1988 – "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". Ou para o ministro a vida só começa aos 3 meses e 1 dia de vida? Segundo a genética a vida começa exatamente no momento da concepção. Mas para o ministro não. Foi uma decisão para atender diversas demandas progressistas, como as decisões de agora, são para atender as demandas conservadoras.

Assim, em função da denominada Operação Lava Jato em que políticos, empresários renomados, agentes públicos do mais alto escalão se envolverão em problemas de corrupção ou foram acusados pelo instrumento novo no sistema penal brasileiro chamado de "Delação Premiada", a demanda por uma condenação foi muita intensa o que aumentou após a confirmação da condenação. Essa demanda, foi intensificada e passou a ser uma pauta dos tribunais superiores que, dependendo da época busca atender os anseios da sociedade, mesmo que esses anseios sejam incoerentes com o texto constitucional.

Se o ordenamento jurídico brasileiro está errado que se mude a lei e se apresente no Congresso Nacional um PEC que mude a questão contida no artigo, LVII XII e se passe a ter outra redação. Assim, o problema da pesquisa se efetiva a partir da seguinte indagação: dentro dos ditames constitucionais, a prisão em segunda instância é constitucional ou inconstitucional? Com isso este artigo tem como objetivo geral analisar o cerceamento da liberdade após o julgamento em segunda instância, considerando os ditames constitucionais, além de especificamente verificar a legislação brasileira em relação à garantia de direitos; identificar, ao longo da história jurídica, a questão da garantia de direitos no âmbito penal; e, avaliar as questões jurídicas no âmbito do direito penal com relação aos procedimentos e regras em relação à prisão em segunda instância.

Nesse sentido, o direito se interpõe como forma de garantir direitos justamente no sentido da ordem jurídica justa, ou seja, o processo deve dar quanto for possível praticamente, a quem tenha um direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir, que se consolidou como ideia central da justiça ao longo dos tempos. È o caso da garantia da justiça.

Assim este trabalho ganha fundamental importância para a formação acadêmica em direito em função de apresentar de forma clara e concisa um estudo sobre a aplicação de conceitos de Devido Processo Legal e Garantia de Direitos que poderá servir de embasamento para outros trabalhos. Da mesma forma, ganha importância social, em função de apresentar as principais variáveis de garantia de direitos aliado ao conceito de combate ao crime em determinada situação,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

fortalecendo o perfil acadêmico do estudo em busca de apresentar um trabalho de dimensões decisórias. Do ponto de vista acadêmico este trabalho se justifica pela necessidade de apresentar um estudo delimitado unicamente na questão da garantia de direitos dentro do Devido Processo Legal.

Do ponto de vista social, o que justifica o trabalho é o crescimento desse conceito no campo jurídico atual, o que torna o tema é relevante, recorrente e inovador, causando o necessário interesse pela pesquisa acadêmica, o que justifica este trabalho. A abordagem da temática foi feita através do método dialético, que analisa os fatos dentro de um determinado contexto fazendo relações do objeto investigado com o meio, observando as contradições existentes. O método dialético aborda a realidade de maneira dinâmica, investigando os fenômenos em seus movimentos, isto é, percebendo a unidade, sua transformação e negação, que gera uma nova unidade.

METODOLOGIA

A abordagem da temática foi feita através do método dialético, que analisa os fatos dentro de um determinado contexto fazendo relações do objeto investigado com o meio, observando as contradições existentes. Segundo Chauí (2014, p. 8) "o método dialético aborda a realidade de maneira dinâmica, investigando os fenômenos em seus movimentos, isto é, percebendo a unidade, sua transformação e negação, que gera uma nova unidade".

O método utilizado será de fundamental importância no sentido de direcionar o pesquisador a fim de atingir os objetivos traçados e a abordagem utilizada é a maneira pela qual o investigador tratará do assunto escolhido. Para Chauí (2014, p. 17), "usar um método é seguir regular e ordenadamente um caminho através do qual certa finalidade de um objetivo é atingida".

1 DA PRISÃO

Segundo Gonçalves (2014, p. 1) "a prisão consiste na privação da liberdade de locomoção; é a privação ou restrição ao direito de ir e vir mediante clausura". Pontes de Miranda *apud* Gonçalves (2014, p. 1) define prisão como sendo:

> Qualquer restrição de liberdade física, por detenção, ou retenção, dentro de casa, ou de penitenciária, ou de casa fechada destinada à punição, ou à correção, ou, ainda, qualquer constrangimento à liberdade física mediante algemas, ou ligações a pesos, ameaças, ordem de ficar, de ir, ou de ir, de permanecer dentro de determinada zona etc.

Como se pode observar pelas opiniões de dois (2) juristas, a prisão é uma exigência amarga, porém imprescindível. Foi imaginada como uma das formas de penalizar. Sua origem está diretamente ligada à questão do direito eclesiástico (penitência = pena), no final do século XVI, onde a questão era castigar quem não cumpria os preceitos e dogmas determinados pela Igreja (SANCHES, 2015, p. 156).

Da forma como se conhece hoje, a prisão como punição para quem comete algum delito contra a ordem natural das coisas determinada pelo Estado, data de fins do século XVIII e início do século XIX, com o surgimento do Código Criminal de 1808 na França.

A prisão foi à forma encontrada de manter pessoas acusadas de atentarem contra a Lei para serem julgadas para a posterior aplicações das sanções definitivas, que quase sempre eram muito desumanas, como o açoite, o arrastamento, a morte e outras. Na sua origem mais remota a prisão tinha apenas um caráter provisório e instrumental.

As prisões decorrentes das condenações irrecorríveis, as prisões antecipadas, provisórias, cautelares ou prévias, como são chamadas, predominantemente, a prisão em flagrante, a prisão preventiva, a prisão temporária, a prisão decorrente de decisão de pronúncia e a prisão de sentença penal condenatória passível de recurso, continuam se justificando como imperativo social.

Essas restrições antecipadas, provisórias, cautelares ou prévias da liberdade individual devem circunscrever-se, rigidamente, ao modelo jurídico-constitucional e atender a seus fins, sob pena dessa opressão contingente e temporária não se justificar.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A Constituição Federal garante em seu artigo 5º, inciso LXI, que o cidadão somente será tolhido de seu direito de ir e vir em virtude de prisão em flagrante ou por ordem escrita de autoridade judicial. Além desses casos, somente se justifica a prisão administrativa que pode vir a ser apreciada judicialmente em caso de manifesta ilegalidade, ainda que pese a impossibilidade de exame de sua conveniência ou motivação, pois foge à esfera judicial a apreciação do mérito do ato administrativo. Assim, a prisão continua sendo uma necessidade social que encontra amparo no direito constitucional. Porém, quando tem caráter antecipado, provisório cautelar ou prévio, deve estar rigidamente enquadrado dentro da previsão legal e obediente aos princípios constitucionais e jurídicos que norteiam nosso sistema. Esse amparo tem por fundamento garantir o direito à liberdade. Essa liberdade engloba aspectos filosóficos, reportando-se as sociedades utópicas inauguradas a partir de processos que defendiam a igualdade entre os homens.

1.1 Das modalidades e requisitos

Duas são as modalidades de prisão: a prisão cautelar e a prisão pena. No caso da prisão cautelar, segundo Ribeiro (2012, p. 27) "o desenvolvimento processual é feito por meio de atos e procedimentos cuja realização em sequência estende-se ao longo do tempo".

> Assim, o lapso temporal necessário para a efetivação desses atos procedimentais, muitas vezes dilatados, quando não demorados, poderá ocasionar prejuízos irreparáveis às partes em litígio. Deste modo, é natural que sejam adotadas medidas provisórias tendentes a preservar o equilíbrio e a situação dos litigantes no processo, até a prestação jurisdicional definitiva.

Assim, a prisão cautelar funciona como autêntica ação asseguradora, com o fim de evitar o dano jurídico decorrente da demora do processo principal e deve-se manifestar por meio de ação correspondente. A prisão pena ou penal é a que se apresenta como consequência de uma condenação transitada em julgado, de acordo com previsão estabelecida no Código Penal (CAPEZ, 2004, p. 162).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Silva (2009, p. 523) registra:

> Na privação da liberdade imposta pelo Estado em seu poder de império, depois de caracterizado e efetivado o *jus puniendi* com a sentença condenatória transitado em julgado. Só se a impõe a prisão-pena, é intuitivo, após a emissão do juízo de procedência da pretensão punitiva e só se a executa quando esgotados todos os meios recursais. A pena é a sanção aflitiva imposta pelo Estado, por intermédio do devido processo legal, com as características retributiva e preventiva.

O autor assevera que o direito de *jus puniedi* do Estado só se consubstancia após uma convicção do magistrado, depois do réu passar todos os procedimentos de devido processo legal.

1.1.1 Da prisão cautelar

Prisão processual ou provisória é uma medida acautelatória que assegura a aplicação da lei penal. Em sentido amplo inclui a prisão em flagrante, prisão preventiva, a prisão em razão de decisão de pronúncia, prisão resultante de sentença condenatória recorrível e prisão temporária. Para qualquer destes casos devem estar presentes os pressupostos cautelares: *fumus boni júris*, que consiste na previsão da lei penal quanto a sua aplicação que determina que a prisão não se mantém nem se decreta se não houver perigo à aplicação da lei penal, perigo a ordem pública ou necessidade para instrução criminal. A Constituição Federal expressamente dispõe em seu art. 5º, LVII o principio da não culpabilidade quando determina que "ninguém será condenado culpado até trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Então em nosso direito o regime de liberdade individual é regido pela norma que a prisão só deveria se efetivar para o cumprimento de uma sentença penal condenatória. No entanto, como já foi visto, a prisão cautelar pode ocorrer antes do trânsito em julgado da sentença penal ou mesmo quando ainda não há processo por razão de necessidade. Esta possibilidade está prevista no art. 5º, LXI da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Constituição Federal, que garante que "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente (LACERDA, 2008, p. 62)".

Gonçalves (2014, p. 4)[6] observa que:

> Possui a prisão processual as seguintes características a) instrumentabilidade, na medida em que serve como meio de garantir a eficácia das providências que se pretendem tomar no processo; b) provisoriedade, por que fica condicionada à definição do processo; e c) acessorabilidade, já que se liga ao processo principal e destina-se a assegurar resultado.

Gonçalves (2014, p. 4), a prisão de natureza cautelar subdivide-se em duas espécies: "prisão pena cautelar administrativa e prisão penal cautelar processual, dependendo da autoridade que a decreta".

> A prisão penal cautelar administrativa é aquela decretada ainda na fase pré-processual, pelo Delegado de Polícia, em razão de investigado apanhado em flagrante delito. Tal prisão [...] muito embora tenha inicialmente natureza administrativa, torna-se posteriormente de natureza processual, pois projeta conseqüências na relação processual que se estabelece no juízo penal.
>
> A prisão penal cautelar processual, por outro turno é aquela decretada pelo juiz e se destina a tutelar os meios e fins do processo penal de conhecimento, de modo a assegurar a eficácia da decisão a ser prolatada ao final e possibilitar a normalidade da instrução probatória e da ordem econômica. A prisão em flagrante, à prisão preventiva, a prisão temporária, a prisão por pronúncia e a prisão decorrente de sentença apresentam tal natureza.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Prisão em flagrante é aquela em que o autor do crime é surpreendido no momento à execução do delito ou logo após cometê-lo.

Prisão temporária é determinada à privação de liberdade por tempo determinado destinado a possibilitar investigação de crimes considerados graves, durante o inquérito policial.

Tem previsão legal na lei n. 7.960/1989. Prisão por sentença condenatória recorrível ocorre na ocasião da sentença de primeira instância, em que o réu para recorrer terá que ser privado da sua liberdade, para que isso aconteça este terá que se encontrar solto (GONÇALVES, 2014, p. 5).

Prisão por pronúncia observa-se no rito do júri popular, que possui duas fases, sendo a primeira à fase onde o juiz admite a presença de indícios de que o réu cometeu o crime e prova a materialidade da infração, e então o pronuncia para ser julgado pelo tribunal do júri e é nesse momento que se o réu for reincidente e tenha maus antecedentes o juiz decreta a prisão, caso o crime seja inafiançável, e se for afiançável arbitra imediatamente o valor da fiança.

Prisão preventiva trata-se da privação de liberdade que é decretada pelo juiz competente quando estiverem presentes os requisitos legais (art. 312 do CPP), podendo ser decretada em qualquer fase do inquérito ou do processo.

Há ainda na doutrina referência prisão civil que é decretada compulsoriamente pelo juízo civil, para fins civis nos casos de devedor de alimentos e depositário infiel e prisão disciplinar restrita para as transgressões militares e crimes militares próprios. São as únicas permitidas pela Constituição Federal.

1.1.2 Da prisão pena

A denominada prisão pena (*ad poenam)* é aquela decorrente de uma sentença condenatória proferida pela autoridade judicial e que deve ser imediatamente cumprida, com exceção de algums casos em que após a sentença ser proferida mais o juiz não decreta a prisão imediata. Gonçalves, (2014. p. 12) diz com propriedade:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> O principal objetivo da prisão e coibir a possibilidade de que novos crimes sejam cometidos, além da aplicação de processos de ressocialização do preso para fazê-lo se reintegrar a sociedade, Assim a prisão pena é a aplicação da sanção penal de privação da liberdade proferida contra o autor de crime, a partir da sentença condenatória transitada em julgado.

A sentença se constitui no processo final de decisão da autoridade judicial em relação ao delito cometido, com base nas regras penai existentes perfeitamente fundamentadas com base em todos os procedimentos anteriores realizados, para que o juiz possa formar sua convicção.

Já o termo "Transitar em julgado" é o momento final do processo que não permite mais que uma sentença possa sofrer modificações fruto do processo de se recorrer de decisão anterior. A prisão-pena possui 02 (duas) formas: a de reclusão e detenção que consta do art. 33, *caput* do Código Penal, ou de detenção que acomete pessoas que feriram a legislação, mais com menor poder ofensivo (TOURINHO FILHO, 2009, p. 166).

1.1.3 Diferença

Quando se estabelece à diferença entre prisão pena, denominada de definitiva e prisão cautelar de natureza processual se necessário buscar na literatura os elementos balizadores desta diferença. Tourinho Filho (2009, p. 167) diz que a prisão penal está "fundada no cumprimento de uma sentença penal condenatória, transitada em julgado, oriunda de processo crime, norteado pelos princípios processuais penais". É o resultado de uma condenação definitiva. E, completa o autor "é o sofrimento imposto pelo Estado ao infrator, em execução de uma sentença penal, como retribuição ao mal praticado, a fim de reintegrar a ordem jurídica injuriada".

Para Mirabete (2001, p. 79):

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> É a prisão penal resultante de uma decisão penal condenatória, aparecendo no ordenamento jurídico brasileiro sob várias formas: a) pena de reclusão e pena de detenção no CP; b) prisão no art. 240 do CPPM e, finalmente, a prisão especialíssima dos jornalistas de que cuida o parágrafo único do art. 66 da Lei n. 5.255 de 9.2.1967.

Com se vê, a prisão pena é a prisão resultante de sentença condenatória transitada em julgado imposta através de um processo criminal no qual, sob a égide de princípios constitucionalmente consagrados, são produzidas as provas necessárias para um julgamento justo e eficaz.

Já a prisão sem Pena é toda a forma de prisão provisória ou cautelar em sentido amplo, assim considerada em razão de recair sobre o indivíduo mesmo sem que haja sentença definitiva.

Para Lacerda (2008, p. 234) consiste em: "obter segurança que torne útil e possível à prestação jurisdicional de conhecimento ou de execução". Preleciona que a prisão cautelar tem por objeto a garantia imediata da tutela de um bem jurídico para evitar as conseqüências do *'periculum in mora'*.

Para Rangel (2008, p. 101) "a prisão cautelar é uma espécie de medida cautelar, ou seja, é aquela que recai sobre o indivíduo, privando-o de sua liberdade de locomoção, mesmo sem sentença definitiva".

Então se estabelece a diferença: prisão pena é aquela definitiva, transitada em julgado, enquanto a prisão cautelar de natureza processual é aquela que garante a permanência do indivíduo nos domínio da justiça mesmo sem sentença definitiva da justiça.

1.2 Prisão em flagrante

A prisão em flagrante é uma medida de natureza cautelar, e processual que independe de ordem escrita do juiz competente, para restringir a liberdade de quem é surpreendido cometendo, ou logo após cometer um delito ou uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

contravenção. Trata-se portento, de uma medida excepcional em que não há um prévio exame da autoridade judiciária (MASSON, 2015, p. 102)[1].

No caso do flagrante delito significa dizer que está acontecendo ou que acabou de ser cometido um crime. É a certeza visual do delito e a imediata captura do criminoso sem mandado judicial. Isso encontra amparo no artigo 5º, inciso LXI da Constituição Federal de 1988, e pode ser aplicada em qualquer tipo de crime, desde que perfeitamente fundamentado. Pelegrini (2006, p. 287) diz que Código Processual Penal traz providências exigidas quanto à prisão em flagrante.

> Constituindo o flagrante em medida excepcional, que dispensa a prévia manifestação jurisdicional a respeito da restrição do direito à liberdade, a obediência aos requisitos formais é imperativa; nesse sentido, não somente a falta de inquirição do condutor e testemunhas pode levar à invalidade do ato, mas também o desatendimento às regras fixadas pela lei para a produção da prova testemunhal (art. 302 do Código Processual Penal), pois nesse caso haverá infrigência à norma constitucional que impede a prisão sem o devido processo legal (Art. 5º, LIV).

O conceito de prisão em flagrante está diretamente ligado à definição de flagrante delito. O significado da expressão, como o delito, no instante mesmo de sua perpetuação, o delito que está sendo cometido, que ainda está ardendo. Ou seja, o flagrante é a certeza visual do crime. Assim, o flagrante delito implica na evidência absoluta, quanto ao ato que teria sido cometido, provado, visto e ouvido e, em presença do qual, seria absurdo ou de negativa impossível.

Rodrigues (2016, p. 123) ao conceituar o flagrante delito, considera-o como o crime cuja prática é surpreendida por alguém no próprio instante em que o delinquente executa a ação penalmente ilícita. Ou seja, é aquele que na atualidade se está cometendo, ou que se interrompeu ou acabou de cometer-se, sendo o réu ainda acompanhado pelo clamor público, pessoas que o perseguem, ou estando ainda com as armas e instrumento ou efeitos do crime em ato

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

sucessivo. O autor esclarece que a flagrância se conceitua como "o surpreender alguém na prática da infração penal" (p. 45).

Moreira (2016, p. 233) observa que o flagrante delito é considerado para aquele que é surpreendido no momento da prática criminosa, seja no seu exato instante, seja numa das situações declinadas no Estatuto Processual.

Prende-se para garantir a ordem e estas estão enumeradas nos incisos LXII, LXIII, LXIV, LXV, LXVI e LVIII do art. 5º da CF, *in verbis*:

> 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, a liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade, nos termos seguintes:
>
> LXII - a prisão de qualquer pessoa e local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e á família do preso ou á pessoa por ele indicada;
>
> LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais de permanecer calado, sendo-lhe assegurada à assistência da família e de advogado;
>
> LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;
>
> LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;
>
> LXVI - ninguém será levado á prisão ou nela mantido quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;
>
> LXVIII - conceder-se-á hábeas 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.

Entende-se por esta a equiparação de todos os homens presos, no que diz respeito ao gozo e fruição de direitos. Em decorrência do preceito constitucional, o preso tem o direito constitucional de comunicar-se com alguém

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

da família ou outra pessoa que indicar. Isto significa que o preso pode, por exemplo, dar um telefonema ou solicitar que a autoridade, por meio de seus agentes, avise determinada pessoa sendo certo que à lei não estabelece a forma pela qual é feita essa comunicação, entendendo-se como satisfeito esse requisito quando a autoridade policial coloca a disposição do réu os meios necessários para esse fim.

Além do que o dispositivo legal, também, obriga a comunicação da prisão de qualquer pessoa ao juiz competente. Essa previsão constitucional tem por fim proporcionar ao magistrado um controle completo sobre a lisura, do ponto de vista do direito, da prisão efetuada. Sendo que fiscalizar não implica apenas fazer cessar uma situação irregular como também responsabilizar os culpados. Do ponto de vista do agente público que deixar de efetivar a comunicação do ato privativo da liberdade ao juiz competente, incorrerá nas sanções previstas no art. 4º, "c", da Lei nº. 4.898/1965, que consiste em abuso de autoridade. .

Essa comunicação não quer dizer que se exige a apresentação física do preso ao juiz competente, mas sim a apresentação imediata dos motivos dessa prisão. Tendo que ser feita após a lavratura do auto de prisão em flagrante, à prática de dilação desse prazo para 24 (vinte e quatro horas) é inconstitucional. Ainda Gonçalves (2014, p. 13) se refere à prisão em Flagrante como:

> A expressão "flagrante" é derivada da expressão latina *fragrans flagrantis*, que significa ardente, brilhante ou queimante, oriunda do verbo *flagrare*, que traduz a idéia de fogo, ou daquilo que está queimando, em chamas, ardendo resplandecendo, que está crepitando.

Gonçalves (2014, p. 13) cita Basileu Garcia, Julio Fabrinni Mirabete e Nogent-Saint-Laurents como fundamentais para definir a questão:

> Basileu Garcia lembra que a palavra *fragrans* vem do grego *flegein*, que significa queimar [...] Para Mirabete, significa, em sentido jurídico, 'uma qualidade do delito, é o delito que está sendo cometido, praticado, é o ilícito patente,

> irrecusável, insofismável, que permite a prisão do seu autor, sem mandado, por ser considerado a certeza do crime' [...] Laurents diz que o flagrante delito significa a plena posse da evidência absoluta, o fato que acaba de cometer-se, que acaba de ser provado, que foi visto e ouvido e, em presença do qual, seria absurdo ou impossível negá-lo.

Assim, diante da posição dos renomados autores, pode-se definir como flagrante delito, o que se vê praticar e que assim suscita, no próprio instante a necessidade de conservar ou restabelecer a ordem jurídica, ameaçada pela violação ou violada pelo acontecimento, ou seja, é a ardência do crime a certeza visual do crime.

2 PRISÃO APÓS A SEGUNDA INSTÂNCIA

Antes da condenação do ex-presidente Lula, na denominada 'Operação Lava Jato' em 2017, na cidade de Curitiba, em julgamento do ex-Juiz, hoje Ministro da Justiça Sérgio Moro, a discussão sobre a possiblidade de cumprimento da pena logo após a negativa do Recurso em instância superior raramente era discutida no Brasil. Se discutia muito, a protelação do cumprimento da pena em função do excessivo número de instâncias superiores, mas o assunto da presunção de inocência contida no art. 5º. LVII da CF/1988 era assunto pacífico na doutrina e na jurisprudência. É claro que existia casos no direito brasileiro de pessoas presas após a negativa do recurso em segunda instância, mas são casos raros e mais em função de não terem condições de continuarem recorrendo, do que pelo fato da prisão em si pós segunda instância.

Assim, o assunto só ganhou destaque no Brasil a partir de 2018/2018, mas por pressão da mídia do que com base em textos legais. Constitucionalistas apegados ao texto legal são taxativos quanto ao fato de que a prisão após o julgamento em segunda instância é um atentado aos direitos e garantias individuais. Outros, mais apegados aos ditames da mídia, buscam na legislação infraconstitucional e até na constituição o aparato jurídico para defenderem essa ideia. Isso tudo se originou após o Tribunal de Justiça de São Paulo decidir, contrário a jurisprudência que era pacífica até 2017, e negar provimento a um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

recurso de defesa de um paciente apenado em primeira instância com confirmação na segunda instância que determinou o cumprimento imediato da pena. A defesa recorreu e o HC 126.292, que contestava a legitimidade de ato do TJ/SP.

No TJ de São Paulo, a maioria (9 votos) considerou legítima o cumprimento da pena após o julgamento em um tribunal superior, indo a sentido contrário do que dizia a jurisprudência. No julgamento do referido HC, no STF, 7 ministros votaram a favor da decisão do TJ de São Paulo (Teori Zavascki – relator -, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Dias Toffoli, Luis Fux, Carmen Lúcia e Gilmar Mendes) todos argumentando que a sociedade clamava por essa mudança na jurisprudência. Mas esse argumento é muito frágil diante da argumentação jurídica. Quem deve ouvir a sociedade é o poder legislativo e mudar a lei. Ao poder judiciário cabe julgar os casos de acordo com as leis e não de acordo com as demandas sociais. Assim parece que qualquer demanda da sociedade que não está na lei poderá ser atendida pela Justiça.

A Ministra Rosa Weber a divergência e foi seguido pelo garantista ministro Marco Aurélio e não usaram muitos argumentos para consolidar suas posições: eles usaram somente o art. 5º, LVII da CF/1988. Usaram a letra fria da lei. Mudou-se a partir de então a jurisprudência. Marco Aurélio sempre disse que se tratava de um página triste da lei por que o supremo passou a legislar.

Em 2018, o novo julgamento se afez agora para julgar um recurso do ex presidente Lula e o STF confirmou o entendimento anterior, mais uma vez sob argumentos profundamente frágeis. Agora o STF permitiu uma antecipação do cumprimento da pena, bem antes do trânsito em julgado, justificando sua posição dizendo que tanto STJ e o STF não reanalisam os fatos, não adentrando ao mérito da demanda em si. Ou seja, os tribunais superiores não reexaminam provas; só se posicionam se direitos constitucionais foram aviltados. Então se pergunta: segundo o texto constitucional os direitos das pessoas que cumprem pena mesmo sua sentença não ter sido transitada em julgado não estão sendo aviltados. O STF decidiu, então que após a condenação em segunda instância

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

não há mais possibilidade de uma nova análise do mérito pelos Tribunais Superiores.

Dentro dos ditames constitucionais, a presunção de inocência é um princípio basilar e não a culpa e o esgotamento de recursos deve prevalecer sempre, caso seja uma garantia de direitos como ocorre no ordenamento jurídico brasileiro. mas essa mudança de entendimento deixa evidente que a culpa passa a ser a regra e não a inocência.

O texto constitucional em seu artigo 5º, inciso LVII, determina que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". Assim, essa prerrogativa não é uma tese jurídica. É um principio do Devido Processo Legal no Brasil cuja constituição determina de forma expressa que uma pessoa só pode ser culpada por um crime somente após o trânsito em julgado da sentença e não após o julgamento do recurso pela Segunda Instância.

Na legislação infraconstitucional tem-se o artigo 283 do Código de Processo Penal, que expressa o seguinte teor: "Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva".

Assim o CPP não se preocupa com formação de convicção de culpa, mas com a culpa em si esgotados todas as instâncias recursais, deixando evidente que ninguém poderá ser preso em flagrante ou por decisão da autoridade judiciária competente, a não ser pelo trânsito em julgado de sentença condenatória.

Em alguns casos específicos não se trata de nenhum tipo de prisão contada no ordenamento jurídico brasileiro, mas sim da prisão pena que ao se concretizar após a segunda instância trata-se de uma antecipação da prisão definitiva, a qual, como visto, somente poderá ocorrer após o trânsito em julgado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Alguns juristas brasileiros de renome e que são garantistas e não midiáticos exprime expressamente sua contrariedade à mudança da jurisprudência. Falam da diferença entre "ser considerado culpado" e "trânsito em julgado". Considerado culpado se refere à culpa que um juiz ou um tribunal atribui a alguém; o trânsito em julgado é o esgotamento de todas as instâncias recursais. Prender alguém antes do trânsito em julgado para alguns juristas não representa a formação de culpa, mas sim atender os anseios da sociedade em relação à sensação de impunidade que reina no Brasil.

Os juristas midiáticos como alguns ministros do STF dizem que a presunção da inocência é muito relativa e que ela se reverte após a condenação em segunda instância, não levando em consideração que uma análise equivocada das provas pode inferir ao erro. Assim, busca-se se adequar o texto constitucional aos os anseios populares se transformado em um ativismo judicial de grande monta.

O texto constitucional brasileiro foi construído pela predominância do Estado Democrático de Direito e o Devido Processo Legal, é hoje é absolutamente natural que a ideologia do momento prevaleça; o que não é natural é retirar direitos e garantias individuais; mas essas modificações profundas tem que partir do poder legislativo e não do judiciário. E aqui entra o judiciário no julgamento dos referidos HCs não só no sentido de preservar o texto constitucional, mas de preservar a intenção dos constituintes de 1988.

Mas se pode dizer neste caso que a justiça brasileira esta politizada? Sim. A decisão técnica foi política. Desta forma, o voto dos Ministros relatores Teori Zavascki e Edson Fachin foram seguidos por outros membros do Supremo Tribunal Federal – STF, apresentando cada um seus argumentos que transformaram esse julgamento em divisor de águas na justiça brasileira, considerando assim, que o Supremo Tribunal Federal – STF está na contramão da hsitória.

Por fim, ao tratar da questão do "ativismo judicial" é preciso esclarecer alguma coisa a respeito do tema. É interessante falar sobre "justiça e poder", porque é muito comum encontrar alguém usando o poder, ditando ordens, agindo autoritariamente e que no seu discurso diz que está proporcionando e

provocando, justiça. Os caminhos e as armas para que se evite o ativismo judicial exacerbado: 1 - A justiça como o pleno uso da cidadania; 2 - A busca de interesses comuns que promovam a justiça; e, 3 - A negociação e o diálogo como forma prática de usar a justiça.

CONCLUSÃO

O papel do judiciário e o de fazer cumprir a lei e não interpretar a lei ao seu bel prazer. No caso da prisão em segunda instância, antes do transito em julgado da sentença condenatória é um visão distorcida do texto constitucional em tempos de ataques constantes ao ordenamento jurídico brasileiro.

Pode dizer que a justiça não é célere. Pode-se dizer que a justiça é protelatória; pode-se dizer que a justiça não pune ricos; pode-se dizer tudo; o que não se pode é mudar uma legislação sem a participação do Congresso Nacional. Se hoje, e só hoje, se considera que a sentença deve ser cumprida antes do trânsito em julgado, o correto é mudar a lei, pelos trâmites normais, com uma PEC no Congresso Nacional e não por decisão do STF como ocorreu e vem ocorrendo em outras decisões também.

No caso da prisão pós julgamento em segunda instância foi isso que ocorreu: O STF legislou e mudou a jurisprudência sem mudar o texto constitucional onde ainda continua inscrito que "todos serão considerados inocentes ate o trânsito em julgado (art. 5º, LVII)".

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Congresso Nacional, 1942. Disponível em http://www.congressonacional.gov.br Acesso em 25 de set de 2019.

BRASIL. **Constituição Federal (1998)**. Brasília: Congresso Nacional, 1988. Disponível em http://www.congressonacional.gov.br Acesso em 25 de set de 2019.

BRASIL. **Lei nº. 4.898 de 09 de dezembro de 1965**. Brasília: Congresso Nacional, 1965. Disponível em http://www.congressonacional.gov.br Acesso em 25 de set de 2019.

CAPEZ, F. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

GONÇALVES, D. C. R. **Prisão em Flagrante**. 2ª. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LACERDA, M. **Do Devido Processo Legal**. 2ª ed. Porto Alegre: ArtMed, 2008.

MARQUES, J. de S. **Código de Processo Penal comentado**. São Paulo; RT, 2013.

MASSON, C. **Direito Penal**. 11ª ed. Revista e atualizada. São Paulo: Método, 2015.

MIRABETE, J. F. **Processo penal**. 13ª. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

MOREIRA, P. de A. M. de. **Direito Penal no Brasil**. 3ª. ed. São Paulo: Pioneira, 2016.

RANGEL, C. **Direito Penal**. 2ª ed. São Paulo: Hucitec, 2008.

RIBEIRO, M. A. **Prisão cautelar de natureza processual**. Revista do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, nº. 156, p. 27, ago de 2012.

RODRIGUES, L. A. **Processo Penal Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SANCHES, R. **Manual de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 2ª ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2009.

TOURINHO FILHO, F. da C. **Da Prisão e da Liberdade Provisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

REFORMA TRABALHISTA - LEI 13.467/2017:O TELETRABALHO E A FLEXIBILIZAÇÃO NA RELAÇÃO DE EMPREGO

DANIELA HAYDEN DA SILVA BARROSO:
Bacharelanda em Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA

MARIA LENIR

(Orientadora)

RESUMO: O presente artigo almeja compreender o princípio da proteção do trabalhador se expressa por meio de três regras distintas: in dubio pro operário, norma mais favorável e condição mais benéfica. O contrato do trabalhador deve ser feito de acordo com a necessidade do empregador, e devem-se levar em conta quais os métodos que serão utilizados para realização de tais atividades, a necessidade de controle de jornada de trabalho, se o mesmo possui uma infraestrutura adequada, pois, vale lembrar que o teletrabalhador assim como os presenciais devem possuir saúde no trabalho, qualidade de vida e segurança no trabalho, bem como intervalos e horas extras quando existentes. Adaptação deve se pautar nos valores consagrados pela legislação trabalhista, preservando direitos e valorizando o trabalho.

Palavras-chave: Teletrabalho; Vantagens; Desvantagens; Trabalhador; Proteção.

ABSTRACT: This article aims to understand the principle of worker protection expressed through three distinct rules: pro dubio pro worker, more favorable norm and most beneficial condition. The worker's contract should be made according to the employer's need, and it should be taken into account which methods will be used to perform such activities, the need for working hours control, if he has adequate infrastructure Therefore, it is worth remembering that teleworkers as well as face-to-face must have health at work, quality of life and safety at work, as well as breaks and overtime when existing. Adaptation must be based on the values enshrined in labor legislation, preserving rights and valuing work.

Keywords: Telecommuting; Benefits; Disadvantages; Worker; Protection.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. A Breve Contextualização do Trabalho no Mundo e no Brasil. 2. A Principiologia no Direito do Trabalho. 3. Princípios Constitucionais do Direito do Trabalho. 4. Princípios do Direito do Trabalho. 5. Teletrabalho: A

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Flexibilização na Relação de Trabalho. 6. Conceito. 7. Alterações da Modalidade de Teletrabalho X Presencial. 8. Vantagens e Desvantagens do Teletrabalho. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

As questões trabalhistas e a qualidade de sua prestação têm preocupado todas as nações mundiais, vez que se trata de um problema social de grande proporção e que vêm afetando todas as economias.

Com a chegada das novas tecnologias e as mudanças da sociedade, fez-se necessária a busca por novas formas de flexibilização das relações de trabalho, vez que, no cenário atual, de qualquer lugar pode-se está realizando atividades do trabalho, como tomar uma decisão, responder um e-mail e lançar dados em um sistema.

A tecnologia no plano dos processos produtivos vem melhorando as condições de trabalho dos empregados, proporcionando maior segurança, menos esforço físico, dispensando até mesmo a existência de um estabelecimento físico, no qual os empregados estejam todos reunidos em função de suas tarefas, trata-se do Teletrabalho, que já vem sendo adotado mundialmente há muito tempo e que foi introduzido na legislação brasileira, ampliando o rol de proteção das modalidades de trabalho.

A mencionada alteração leva a um questionamento, qual seja: quais implicações essa modalidade de trabalho traz nas definições de relação de trabalho? No presente trabalho busca-se responder a esse questionamento de forma a perceber que ocorreu uma efetiva ampliação na proteção do trabalhador e de seus direitos.

1. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO DO TRABALHO NO MUNDO E NO BRASIL

A segurança do trabalho é resultado histórico das lutas dos trabalhadores por melhores condições de trabalho. As lutas dos operários e o interesse do capital possibilitaram o surgimento de uma legislação para amparar o trabalhador.

Segundo Araújo (2016, p.24), foram durante a era da Revolução Industrial que as condições de trabalho alcançaram uma inquietante situação no que diz

respeito às condições de segurança e saúde, resultantes das transformações do sistema econômico e produtivo existente.

Até o início do século XVIII os operários trabalhavam em condições ambientais bastante precárias, sub-humanas, sem remuneração justa. Estas condições repercutiam de forma negativa no que diz respeito ao bem-estar físico e psicológico do trabalhador, não obstante aumentassem a produção, garantindo uma margem de lucro crescente aos denominados capitalistas.

Com o advento da Revolução Industrial, que começa na Inglaterra no século XVIII, marco da industrialização moderna com o aparecimento da primeira máquina de fiar. Este comando caracteriza-se pela diluição dos últimos traços da produção feudal e pela expansão e ampliação do mercado mundial, do comércio e pelos crescimentos das cidades, populações e das condições de expansão do comércio - dando espaço para um novo sistema econômico. O capitalismo industrial que tem como uma das suas principais características a mecanização da produção.

Estes aspectos podem ser evidenciados nas argumentações de Freire (1998) citado por Mota (2000, p.176) quando afirma que "relações de trabalho muito autoritárias, condições de trabalho precárias, formas de exploração e degradação da força de trabalho muito intensas, (...) se refletem diretamente na saúde do trabalhador".

No tocante à legislação laboral brasileira a mudança do eixo de produção agrário-exportador para a industrialização, sobretudo com a criação da Companhia Siderúrgica Nacional. As primeiras indústrias foram instaladas em péssimas condições ambientais.

Foi no período de 1930-1945, durante o governo de Getúlio Vargas, que a legislação de saúde no trabalho foi consolidada, constituindo-se assim como uma política para diminuir a tensão entre capital e trabalho e amenizar, por meio legal, a exploração da força de trabalho. O Estado, na era Vargas, assume o papel de regulador desse conflito.

Em 1943, foi que os trabalhadores consolidaram seus direitos com a implantação da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, a qual vem regulamentar todas as normas trabalhistas determinando direitos e deveres de empregador e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

empregado, não só no que diz respeito à segurança do trabalho, como também à jornada de trabalho, salário, previdência social, aposentadoria, etc.

2. A PRINCIPIOLOGIA NO DIREITO DO TRABALHO

Para compreender a dinâmica do direito do trabalho, faz-se necessária a análise de seus princípios, que possibilitará uma visão da aplicabilidade ao ambiente do trabalho. No entanto, será abordado no decorrer deste item.

Os intérpretes do direito se valem dos princípios para suprir as omissões das normas jurídicas, ou seja, é comum seu uso como instrumento de superação de lacunas. Diante deste contexto, a própria CLT no seu artigo 8º, dispõe: que na falta de disposições legais ou contratuais, o interprete pode socorrer-se, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, de acordo com os usos e costume, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

Diversos doutrinadores recorrerem aos conceitos de princípios. Para Martins (2018, p. 58) o princípio para o direito é seu fundamento, a base que irá informar e inspirar as normas jurídicas. No mesmo sentindo para Moura (2014, p.111) a regra nos impõem normas de conduta, estabelecendo padrões predeterminados. Os princípios nos proporcionam critérios para tomar posições diante de situações a priori indeterminadas quando estas vierem a se concretizar; e o princípio estabelece preceitos de otimização, de maneira mais ampla possível, de acordo com as possibilidades jurídicas e de fato.

Para Mello, princípio no ordenamento jurídico é:

> O mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se erradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência,exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. (MELLO, 1996, p.545).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Para Cassar (2015, p.45) os temas relacionados com a flexibilização das relações trabalhistas e a sua limitação pelo princípio constitucional da proteção do trabalhador merecem maior reflexão em todos os sentidos. A análise dos casos concretos e a formação da doutrina e jurisprudência consequente darão com o tempo melhor contorno a estas questões. O que não se deseja em uma sociedade civilizada é que haja maiores desrespeitos à dignidade humana e, particularmente, na sociedade brasileira, onde a desigualdade é flagrante, que não se viabilizem meios para conquista da igualdade substancial.

Para Camargo e Melo (2013, p.23) os princípios de direito são diretrizes, alicerces de valor genérico que embasam, condicionam e orientam o ordenamento jurídico, ou seja, é o seu fundamento. Os princípios possuem conexões entre si, assim como com todas as demais normas, formando um conjunto harmônico que impede que o ordenamento seja uma série de fragmentos desconexos. (...) os princípios jurídicos desempenham papel importante, podendo auxiliar na interpretação de outras normas jurídicas, possibilitar a integração de lacunas e servir de padrão para verificar a validade de leis.

A partir dessa noção de princípios, conclui-se que a dignidade humana é a base do nosso ordenamento jurídico, no qual as normas devem ser criadas, interpretadas e aplicadas de acordo com o caso concreto.

3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DO TRABALHO

Para Silva (2012, p.92) os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas. São como núcleos de "condensações" nos quais confluem valores e bens constitucionais.

Os princípios constitucionais servem para orientar o legislador no desempenho de sua função primordial, qual seja, a de criar normas, bem como auxiliar o Poder Executivo, na aplicação desses dispositivos. Da Constituição Federal de 1988 podemos extrair alguns dos princípios que regem não só todo ordenamento jurídico, mas aquele que são validos para cada um dos ramos do Direito. Conforme veremos a seguir:

a) O inciso III do art. 1º da Constituição Federal prevê como um dos fundamentos a dignidade da pessoa humana e, portanto, da dignidade do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

trabalhador. Corroborando com o tema o IV inciso faz referência à valorização do trabalho humano;

b) a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa (art. 170);

c) é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (art. 5°, XIII);

d) todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5°, caput).

e) princípio da igualdade salarial (XXX, do art. 7°);

f) princípio da proteção do mercado de trabalho da mulher (XX, do art. 7°);

g) princípio da proteção do trabalho do menor (XXXII, do art. 7°);

h) princípio da proteção à saúde do trabalhador (XXII, do art. 7°);

i) princípio do reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho (XXIV, do art. 7°);

Para Cairo (2016, p.108) o princípio da dignidade humana é de vital importância para a manutenção da Justiça Social e para equilibrar os desajustes existentes na relação entre capital e trabalho. Representa a conquista dos povos no sentido de conferir um conteúdo permanente ao Direito e descartar a possibilidade de considerá-lo, apenas em seu aspecto formal.

Segundo Cassar (2015, p.46-47), só se pode conceber a dignidade do trabalhador quando o direito é exercido de acordo com a função social. Neste sentido, considera-se abusiva toda e qualquer norma coletiva que tente reduzir direitos previstos em lei sem o necessário motivo: séria crise econômica, que deve ser sempre comprovada, em face do princípio da transparência nas negociações coletivas.

4. PRINCÍPIOS DO DIREITO DO TRABALHO

O (Princípio da Proteção do Trabalhador) trata-se do princípio basilar que orienta as relações jurídicas individuais de direito do trabalho, bem como a interpretação deste ramo do direito, buscando a equalização da igualdade entre as partes e, para tanto necessário é proteger a parte mais frágil desta relação, ou seja, proteger o empregado por considerar economicamente mais fraco (hipossuficiente), daí consagra-se o princípio da proteção ao trabalhador.

O princípio da proteção do trabalhador se expressa por meio de três regras distintas: in dubio pro operário, norma mais favorável e condição mais benéfica. Trataremos a seguir:

O in dubio pro operário em regra quando do processo interpretativo o resultado é divergente em relação à mesma norma a ser aplicada a um caso concreto, será dada preferência àquela interpretação que mais favoreça ao empregado. Portanto, se houver dúvida, à primeira vista, não se pode decidir a favor do trabalhador, mas verificar quem tem o ônus da prova no caso concreto, de acordo com a CLT e subsidiariamente o Código de Processo Civil.

A (regra da norma mais favorável) quando houver mais de uma norma jurídica potencialmente aplicável a determinados empregados, valerá, para a relação jurídica com o empregador, aquela que se mostrar mais favorável aos interesses daqueles. Para definir a norma mais favorável deverá se basear na teoria da acumulação (na comparação de dois institutos jurídicos se extrai, quanto a cada tema, há norma mais favorável); teoria do conglobamento (as normas jurídicas potencialmente aplicáveis são comparadas no seu conjunto); teoria do conglobamento por instituto (na medida em que a comparação entre dois estatutos jurídicos é feita por matéria, observa-se o conjunto de cláusulas que se refere a um mesmo instituto jurídico- trabalhista, a qual será mais favorável ao empregado, por exemplo, da duração do trabalho, da rescisão do contrato, das férias etc.

Da (condição mais benéfica) deve ser entendida como o fato de que vantagens já conquistadas, que são mais benéficas ao trabalhador, não podem ser modificadas para pior. Por exemplo, a aplicação do direito adquirido no at. 5°, XXXVI, da Constituição Federal, do fato de o trabalhador já ter conquistado certo direito, que não pode ser modificado, no sentido de se outorgar uma condição desfavorável ao trabalhador.

O (Princípio da Irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas), também chamado de princípio da indisponibilidade, ou princípio da inderrogabilidade, foi positivado no artigo 9° da CLT.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Art. 9º. Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente consolidação. (BRASIL, 1943-a).

Em regra, os direitos trabalhistas são irrenunciáveis pelo trabalhador, como aquelas que tratam de sua higiene e segurança. Nesse particular a relação deemprego, formando um núcleo rígido, não há lugar para renúncia ou transação do empregado.

A Súmula 437, II, do TST, dispõe como exemplo o princípio da irrenunciabilidade:

> Súm. nº 437 do TST. INTERVALO INTRAJORNADA PARA REPOUSO E ALIMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 71 DA CLT. [...] II -É inválida a
> cláusula de acordo ou convenção coletiva de trabalho contemplando a supressão ou redução do intervalo intrajornada porque este constitui medida de higiene, saúde e segurança do trabalho, garantido por norma de ordem pública (art. 71 da CLT e art. 7º, XXII, da CF/1988), infenso à negociação coletiva. (BRASIL, 2012-b)

Podemos descreve a decisão da Relatora Juíza Maria Lúcia Cardoso de Magalhães do TRT/MG, que não permitiu a transação quanto ao adicional de periculosidade:

> ADICIONAL DE PERICULOSIDADE – PROPORCIONALIDADE AUTORIZADA POR INSTRUMENTO NORMATIVO – CLÁUSULA NULA.
> Nem todo direito trabalhista pode ser objeto de transação ou negociação coletiva. Em se tratando de matéria de segurança, saúde e higiene, não há margem para a supressão de direitos, pois o que está em jogo são a vida e a integridade física do trabalhador. Assim, não pode ser admitida cláusula que prevê o pagamento do adicional de periculosidade de forma

> proporcional ao tempo de exposição ao risco, tese já afastada pela jurisprudência dominante, conforme entendimento consubstanciado no Enunciado 361 do colendo TST. Todavia, ainda que se considerasse válida a transação quanto à referida matéria, ainda assim não haveria como prevalecer a norma coletiva invocada, a uma porque o ajuste apresentado sequer possui prazo de vigilância; a duas, a teor do dispositivo no art. 614,
>
> §3º, da CLT, que estatuiu que as normas coletivas não poderão ter duração superior a dois anos, sua vigência esgotou-se em 09/09/96, período este já abrangido pelo manto da preclusão. Recurso a que se nega provimento. TRT/MG – RO: 01250.2001.060.03.00 – Rel. Designado: Juíza Maria Lúcia Cardoso de Magalhães. DJ/MG 02/07/2012. (BRASIL, 2012c).

O (Princípio da Continuidade da relação de emprego) presume-se que a intenção dos contratantes e principalmente do empregado é de protrair indefinidamente, no tempo, a execução do pacto laboral, ou seja, o contrato de trabalho terá validade por tempo indeterminado. A exceção à regra são os contratos por prazo determinado e temporário.

Tal princípio consagra-se na Súmula n° 212 do Tribunal Superior do Trabalho reconhece a aplicação do princípio em análise:

> Súm. nº 212 do TST. DESPEDIMNENTO. ÔNUS DA PROVA. O ônus deprovar o término do contrato de trabalho, quando negado a prestação de serviço e o despedimento, é do empregador, pois o princípio da continuidade da relação de emprego constitui presunção favorável ao empregado. (BRASIL, 2003-d).

Neste mesmo viés, presume-se que a iniciativa do rompimento do pacto laboral é do empregador e não do operário, que depende do salário para sobreviver.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O (Princípio da primazia da realidade) são os fatos no Direito do Trabalho e são mais importantes que os documentos. Pois segundo este princípio, a formalidade do contrato de trabalho, constantes na CTPS, e outros documentos não prevalecem sobre a realidade.

Na visão de Moura (2014, p. 116), os fatos, que determinam a verdadeira formação e condições do contrato de emprego, se sobrepõem à verdade meramente formal consubstanciada na documentação. (...) não há necessidade de o empregado demonstrar fraudes ou coação na confecção dos documentos, bastando que prove que a realidade conflita com o que consta na documentação. Decorre, assim, da índole protetiva do direito do trabalho, esta possibilidade da verdade real se sobrepor à verdade meramente formal estampada na documentação produzida ao longo do contrato de emprego.

O princípio da primazia da realidade consagra-se na jurisprudência trabalhista por meio da Súmula nº 12 do TST:

> Súm. nº 12 do TST. ANOTAÇÕES – EMPREGADOR - CARTEIRA PROFISSIONAL. As anotações apostas pelo empregador na carteira profissional do empregado não geram presunção juris et de jure, mas apenas juris tantum. (BRASIL, 2003e).

Repita-se que este princípio, no direito do trabalho prevalece os fatos reais sobre as formas, importando o que realmente aconteceu e não o que está escrito.

5.TELETRABALHO: A FLEXIBILIZAÇÃO NA RELAÇÃO DO TELETRABALHO.

O Parlamento brasileiro, em 11 de novembro de 2017, trouxe para vigência do ordenamento jurídico brasileiro a disciplina normativa do trabalho na modalidade à distância, que usualmente já vinha sendo praticada no Brasil, modelo esse importado principalmente da Europa.

Com isso iniciou uma nova fase de regramento do teletrabalho definindo, ainda que primitivamente, obrigações e deveres dos protagonistas dessa relação de trabalho, sobretudo em relação a regulamentação de horas extras, tempo à disposição ao empregador, custos com as ferramentas de trabalho, dentre outras hipóteses que não estavam previstas em lei e que ficavam à cargo tão somente da doutrina e da jurisprudência pátria.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A partir dessa nova era, ficam regulamentadas essas questões que certamente serão amadurecidas a partir de uma análise macro da legislação trabalhista.

6. CONCEITO

De acordo com Preti (2017, p. 109) as novas formas de trabalho requerem também novos meios de organização por parte dos administradores diferentes dos que já foram adotados, deve-se levar em consideração as transformações tecnológicas, as estruturas sociais que impactam diretamente nesta modalidade.

O contrato do trabalhador deve ser feito de acordo com a necessidade do empregador, e devem-se levar em conta quais os métodos que serão utilizados para realização de tais atividades, a necessidade de controle de jornada de trabalho, se o mesmo possui uma infraestrutura adequada, pois, vale lembrar que o teletrabalhador assim como os presenciais devem possuir saúde no trabalho, qualidade de vida e segurança no trabalho, bem como intervalos e horas extras quando existentes.

Ainda segundo Preti (2017, p. 110 e 111) existem várias formas para o teletrabalhador executar seus afazeres, uma delas pode ser chamada de home-office caracterizado pelo trabalhador que trabalha diretamente da sua residência ligado a uma base de dados, comunicando-se da sua residência por meio de sistemas que permitam tal atuação, outra forma que também caracteriza o teletrabalho, são os chamados escritórios turísticos que possibilitam que o colaborador exerça sua função em um ambiente que pode ser considerado de recreação.

A referida modalidade de trabalho inicialmente foi prevista na Lei n. 12.551/2011. O teletrabalho nada mais é que um trabalho a distância, no qual o funcionário irá exercer suas atividades extramuros empresariais, por meio da tecnologia. O conceito legal dessa modalidade está descrito no art. 75-B da Consolidação das Leis do Trabalho-CLT:

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituem como trabalho externo. (CORREIA, 2018, p. 686).

Na visão de Correia (2018, p.686), a disciplina do teletrabalho é necessária para que o país, assim como as nações mais modernas, possa se adaptar aos novos modelos de contratação, que têm como finalidade o aumento do número de empregados no mercado de trabalho formal. Sustenta-se que o teletrabalho permite a redução dos custos à empresa, maior flexibilidade de horários ao empregado, o aumento da produtividade, além de benefícios a sociedade como a redução do trânsito nas cidades. Portanto, antes da reforma trabalhista não havia regulamentação específica acerca do teletrabalho. O conceito era fruto de construção doutrinária e jurisprudencial.

Segundo Katiusca (2018, p.1), teletrabalho decorre da flexibilização do conceito de subordinação entre empregado e empregador, mantendo a direção do empregador sem a necessidade da presença física do empregado no espaço empresarial. Essa flexibilização não deixa de contemplar os pressupostos que caracterizam a relação de emprego, pois o local da prestação de serviços é irrelevante para configurar o vínculo empregatício, como preceitua o Art.6º da CLT:

> Art. 6º. Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.
>
> Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio. (CORREIA, 2018, p. 685).

Para Moura (2018, p.96), o teletrabalho é uma realidade dos nossos tempos. A facilidade de acesso a equipamentos de informática e à rede mundial de computadores, e, principalmente a evolução das tecnologias moveis, como celulares e tabletes, intensificou a realização de tarefas fora do estabelecimento empresarial e, consequentemente, do âmbito de vigilância do empregador.

Segundo Leite (2018, p.225), o teletrabalho é aquele realizado pelo empregado sem a vigilância pessoal e direta do empregador, razão pela qual a dificuldade de controle de jornada, intervalos e horário de trabalho. No mesmo sentido Leite ratifica que é preciso atenção para os modos de controle e vigilância do regime de teletrabalho levados a efeito pelo empregador, pois em nenhuma hipótese poderá a ver lesão ou ameaça aos direitos fundamentais de privacidade, imagem e intimidade do empregado.

7. ALTERAÇÕES DA MODALIDADE DE TELETRABALHO X PRESENCIAL

A legislação permite que a alteração seja feita desde sejam atendidos dois requisitos: Mútuo acordo entre as partes e Acordo escrito em aditivo contratual, conforme descrito no art. 75-C da Consolidação das Leis do Trabalho-CLT.

> Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado.

1° Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual.

2° Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual. (CORREIA, 2018, p. 690).

A alteração entre regime presencial para teletrabalho ocorrerá com a anuência entre o empregado e empregador, desde que haja o registro em aditivo ao contrato de trabalho.

Para Correia (2018, p.690): a) mútuo acordo entre as partes, somente com a concordância entre empregado e empregador, é possível a alteração do trabalho presencial para teletrabalho. Surge o questionamento acerca da validade dessa previsão em face do principio da inalterabilidade contratual lesiva ao trabalhador prevista no art. 468 da CLT. Há argumentos que sustentam a inviabilidade de alteração, pois o teletrabalho compromete o direito à limitação de jornada, o que traz prejuízos ao trabalhador. É importante destacar que o acordo individual é uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

flexibilização perigosa ao trabalhador, pois as partes são desiguais e mesmo assim devem negociar as condições do contrato. Entendemos que, se houver prejuízos ao emprego com a alteração, há violação ao art. 468 da CLT e, portanto, a alteração não é válida, Por outro lado, é importante ressaltar que a alteração do regime presencial para o de teletrabalho já é realizado com frequência no âmbito do serviço público, não ocasionando a nulidade da alteração. Nesse sentido, as Resoluções n° 157, de 31 de janeiro de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público do Trabalho e n° 227, de 156/06/2016, do Conselho Nacional de Justiça, regulamentam o teletrabalho dos servidores da justiça do Trabalho e do MPT.

Acordo escrito em aditivo contratual, a legislação exige ainda que seja realizado aditivo no contrato de trabalho para constar a nova condição de teletrabalhador. Para a alteração por meio de aditivo contratual, é indispensável que o acordo entre as partes seja formalizado de forma escrita, especificando as atividades.

Ainda com Correia (2018, p.691 e 692), a Reforma Trabalhista prevê que a alteração para o regime presencial não traz prejuízo ao trabalhador, pois é possível a alteração unilateral do empregador como forma de melhor organizar sua atividade econômica. Para a alteração ser válida, é necessário o atendimento dos seguintes requisitos:

a) Prazo de transição mínimo de 15 dias: O empregador pode determinar unilateral a alteração do regime de teletrabalho para o presencial, mas deverá concede o prazo mínimo de 15 dias para o trabalhador realizar a modificação. A definição de um prazo de transição é excelente, pois nãodeixa o trabalhador surpreendido e permite que se adapte à necessidade de se deslocar até a empresa, como a aquisição de vales-transportes;

b) Aditivo contratual: A alteração somente será válida caso conste em aditivo ao contrato de trabalho. Exige-se, portanto, a formalidade escrita para evitar o cometimento de abusos em relação ao trabalhador. Novamente, destaca-se que, para essa modalidade, não é necessário o acordo entre empregado e empregador.

8. VANTAGENS E DESVANTAGENS DO TELETRABALHO

A flexibilização que a modalidade de teletrabalho tem faz com que o empregador e o empregado tenham vantagens e desvantagens.

Para Preti (2017, p. 112,113 e 114), as vantagens que a modalidade de teletrabalho traz, são: Aumento da produtividade; Ausência de competição; Desenvolvimento das atividades; Menor interferência no trabalho; Capacidade de concentração; Melhoria na qualidade de vida; Maior opção de organizar o tempo livre; Redução de custos com alimentação, vestuário e deslocamento; Oportunidade para pessoas com deficiência física; Redução de custos para empresa e para o trabalhador; Diminuição do absenteísmo por parte dos empregados; Aumento da flexibilidade organizacional; Menor rotatividade de pessoal; Mais gerações de empregos e Diminuição de congestionamento nas cidades; Redução da poluição e Maior utilização da mão-de-obra.

Para Prati (2017, p. 115 e 116), as desvantagens detectadas para os teletrabalhadores e empregadores, são:

- Oportunidades de carreira reduzidas;
- Aumento dos custos relacionados ao trabalho em casa, se a empresa não arcar com eles;
- Em caso de cortes na Empresa, maior probabilidade de ser demitido. Está comprovado que os teletrabalhadores correm muito mais risco de serem demitidos, devido a falta de envolvimento emocional com o nível hierárquico superior;
- Falta de lei específica para tratar toda a relação complexa do teletrabalho.

Para a empresa

- Falta de lealdade para com a empresa: alguns empregadores alegam que o teletrabalho não retém o empregado na empresa. As pesquisas mais atuais já começam a provar o contrário;
- Objeções por parte de alguns sindicatos;
- Aumento de custos a curto prazo, em relação à infraestrutura necessária de uma administração/execução de tarefas remotas;
- Falta de leis específicas que definam o funcionamento do teletrabalho;
- Contratos diversificados de trabalhos para administrar;
- Sob o aspecto técnico, softwares muitas vezes incompatíveis, fornecedores diferentes;
- O desenvolvimento do trabalho é fortemente dependente de tecnologia.

CONCLUSÃO

No presente artigo fora destacado as alterações trazidas pela Reforma Trabalhista no que tange a figura do teletrabalho, como uma nova modalidade de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

trabalho, foi possível analisar as diversas alterações trazidas pela Reforma Trabalhista, suas formalidades contratuais, a questão quanto à alteração do contrato de trabalho, a responsabilidade pelos custos da infraestrutura do teletrabalho e, por fim, os aspectos relacionados à duração e ao meio ambiente do trabalho do teletrabalhador.

Avaliar e demonstrar pontos que grande parte do artigo tenta exonerar a responsabilidade do empregador, submetendo o teletrabalhador a uma jornada perigosa, sem limite e sem o pagamento correspondente as horas suplementares. É preciso refletir se a reforma atinge os fundamentos da República Federativa do Brasil de preservar a dignidade da pessoa humana e atribuir o valor social ao trabalho, artigo1º, incisos III e IV da CF/88.

Posto isso, após esta pesquisa e explanação da inclusão da modalidade Teletrabalho, no que tange aos teletrabalhadores, não resta dúvida quanto a adaptação da legislação as novas formas de trabalho. Contudo esta adaptação deve se pautar nos valores consagrados pela legislação trabalhista, preservando direitos e valorizando o trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Giovanni Moraes de. Elementos do Sistema de Gestão Smrqrs. 2ª Edição. Vol. 1. Teoria da Vulnerabilidade. Gerenciamento Verde. Rio de Janeiro. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das leis do Trabalho. Divulgado: 01/05/1943ª. Disponível em: < www.planalto.gov.br>. Acesso em 11.10.2018.

BRASIL. Súmula n° 437 do TST. Intervalo intrajornada para repouso e alimentação. Aplicação do art. 71, da CLT. DJ: 21,22 e 23/05/2014b. Disponível em:< www.tst.jus.br>. Acesso em 11.10.2018.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região. Processo RO: 01250.2001.060.03.00.Rel. Designado: Juíza Maria Lúcia Cardoso de Magalhães. Disponibilizado: 02/07/2012c. Disponível em :< www.trt.jusbrasil.com.br >. Acesso em: 11/10/2018

BRASIL, Súmula n°212 do TST. Despendimento. Ônus da prova. DJ: 19, 20 e 21/11/2003d. Disponível em: < www.tst.jus.br >. Acesso em: 11/10/2018.

BRASIL, Súmula n° 12 do TST. Anotações – Empregador – Carteira Profissional. DJ: 19, 20 e 21/11/2003e. Disponível em: < www.tst.jus.br >. Acesso em: 11/10/2018.

BRASIL. Considerações essenciais acerca do teletrabalho. Disponível em: <www.granadeiro.adv.br/destaquer>. Acesso em 11.10.2018.

CAIRO, Jr. José. Curso de Direito do Trabalho. 15. ed. rev. e atual . Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

CAMARGO, Thaísa Rodrigues Lustosa de. Sandro Nahmias Melo. Princípios de direito ambiental do trabalho. São Paulo: LTr. 2013.

CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 11ª. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

CORREIA, Henrique. Direito do Trabalho. 12°. Ed. Revista, atualizada e ampliada. Salvador – Bahia. Editora JusPodivm, 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito do Trabalho (de acordo com a Reforma Trabalhista Lei 13.467/2017). 10° ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 8. Ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MOTA, Ana Elizabete da (Organizadora). A nova fábrica de consensos: ensaios sobre a reestruturação empresarial, o trabalho e as demandas ao serviço social. 2 ed. São Paulo, Cortez, 2000.

MOURA, Marcelo. Curso de Direito do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOURA, Marcelo. Reforma Trabalhista Comentários à Lei 13.467/2017 Artigo por Artigo. Salvador- Bahia. Editora JusPodivm, 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 28 ed. – São Paulo: Atlas, 2018.

PRETI, Gleibi. Reforma Trabalhista Comentada Artigo por Artigo. São Paulo: Editora Cronus, 2017.

SILVA, José Afonso da, Curso de Direito Constitucional Positivo. 35ª edição. rev. atual. – São Paulo: 2012.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ALIENAÇÃO PARENTAL: SUAS CONSEQUÊNCIAS E EFEITOS JURÍDICOS NA RESPONSABILIDADE CIVIL

LAYLA DA SILVA FARAH:
Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - Ciesa

MARIA LENIR RODRIGUES PINHEIRO
(Orientadora)

RESUMO: O atual projeto de pesquisa tem como o objetivo discorrer acerca das consequências da Alienação Parental assim como os seus efeitos quanto a responsabilidade civil. Há atos de alienação quando um dos pais detém a guarda e tem a conduta de alienar a criança para que a mesma deteste o outro genitor, deste modo a prática destes atos afetam o direito fundamental da criança ou adolescente de conviver em um lar saudável, bem como a prejudica nos seus laços de afeto. Além disso, é vista como descumprimento dos deveres da autoridade parental e como abuso moral contra a criança e o adolescente. O menor pode desenvolver problemas psicológicos e até transtornos psiquiátricos como consequências da síndrome de alienação parental. Há necessidade em reparar o dano ocasionado pela prática ilícita. Quando não é possível a reparação, configura-se o dever de indenizar, sendo principalmente de forma educativa e não apenas sancionatória. É imprescindível que o genitor seja punido com as medidas legais cabíveis, por usar o próprio filho como forma de vingança.

Palavras-chave: Alienação; Parental; Consequências; Responsabilidade; Civil.

ABSTRACT: Thecurrent research project aims to discuss the consequences of Parental Alienation as well as its effects on civil liability. There are acts of Parental Alienation when one parent holds custody and has the conduct of alienating the child so that he detests the other parent, thus the practice of these acts affect the fundamental right of the child or adolescent to live in a healthy home, as well as harms it in their bonds of affection. In addition, it is seen as noncompliance with parental authority duties and as moral abuse against children and adolescents. The minor may develop psychological problems and even psychiatric disorders as a consequence of Parental Alienation Syndrome. There is a need to repair the damage

caused by illicit practice. When repair is not possible, the obligation to indemnify is set. Being mainly educationally and not just sanctioning. It is essential for the parent to be punished with the appropriate legal measures, for using his own son as a form of revenge.

Keywords: Parental Alienation; Consequences; Legal effects; Civil responsability; PAS;

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS DA ALIENAÇÃO PARENTAL. 1.1. Conceitos. 1.2. Características da alienação parental. 1.3. Diferenciação entre alienação parental e a síndrome da alienação parental. 2. A ALIENAÇÃO PARENTAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA. 3. CONSEQUÊNCIAS DA ALIENAÇÃO PARENTAL NA RESPONSABILIDADE CIVIL. 3.1. Consequências no desenvolvimento da criança e do adolescente. 3.2. Penalidades aplicadas ao alienador. 3.3. A guarda compartilhada como forma de evitar a alienação parental. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A criação da Lei 12.319/2010 que estabeleceu a Alienação Parental, foi um ganho fundamental para o Direito de Família. Ainda que a Alienação Parental não seja muito comentada no meio da comunicação, ela está muito presente dentro dos lares das famílias na sociedade.

Caracteriza-se quando um dos pais aliena o filho, privando-o do convívio e laço de afeto do outro genitor, dano início a uma série de difamações e descrédito da imagem do genitor alienado. Fazendo até a criança acreditar que somente é amada por quem detém a guarda, induzindo assim o filho a criar um sentimento de desprezo e repulsa pelo pai ou mãe alienados.

Geralmente os Atos de Alienação Parental, são motivados por sentimento de raiva, onde um dos pais não aceita e não sabe lidar com o término do casamento e usa o próprio filho como vingança. Por isso é fundamental que a Alienação Parental seja identificada o mais rápido possível, para evitar traumas profundos e intensos na criança ou adolescente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O objetivo do presente trabalho é analisar a Alienação Parental, identificar as formas, as causas, quais são as consequências que ela traz e ainda mencionar o combate a tal conduta. Para isso, será feita de início uma análise acerca do conceito de Alienação Parental, da diferenciação entre Alienação Parental e sua Síndrome, bem como sobre suas consequências. Em seguida uma análise das penalidades aplicadas ao alienador e por fim, apresentar a guarda compartilhada como uma forma eficiente de resolução dos conflitos.

Quanto à metodologia a pesquisa utiliza o método dedutivo, cuja pesquisa trata de um método lógico que pressupõe, a existência de verdades gerais já afirmadas sobre a Alienação Parental. Com procedimento monográfico de natureza qualitativa e método operativo bibliográfico, com pesquisas em livros, artigos e sites especializados na internet, para a compilação dos dados relevantes a pesquisa.

1. CONCEITOS E CARACTERÍSTICAS DA ALIENAÇÃO PARENTAL

1.1. Conceitos

A alienação Parental está a todo momento presente no âmbito familiar, é uma disfunção psíquica grave, que acomete um dos pais que almeja extinguir a relação da criança com o outro genitor. O genitor que detém a guarda, induz a criança para que a mesma odeie e tenha desprezo pelo genitor alienado, tendo como finalidade um relacionamento onde o filho é totalmente dependente e submisso ao genitor alienante (Madaleno e Madaleno, 2013).

A definição jurídica da Alienação Parental está prevista no artigo 2º da Lei 12.318/2010, que dispõe:

> Art. 2º 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.

A Alienação Parental é caracterizada por uma união de sintomas, pela qual o genitor alienador manipula a consciência do seu filho, através de estratégias de

atuação, algumas de natureza inconsciente, com o objetivo de dificultar, prejudicar ou eliminar seu relacionamento com o pai alienado (Freitas, 2015).

Geralmente a Alienação Parental está associada ao fim de um relacionamento entre os genitores, onde o responsável pelo ato aproveita-se da influência e poder sobre a criança, para usar de falsas memórias para romper o laço afetivo e prejudicar a imagem e relacionamento do filho com o outro genitor (Dias, 2010).

Teoricamente quem detém a guarda da criança, possui de uma facilidade maior para realizar os atos da alienação parental, devido ao convívio e influência com o filho fragilizado pelo término do casamento entre os pais, a facilidade é maior em levar a criança a crer que o outro genitor não a ama.

A prática de Alienação Parental pode advir não somente de quem possui a guarda, mas também do genitor que não a possui, dos avós, por outros parentes ou até mesmo de um terceiro que não tem relação parental com a criança [...] Esse processo é praticado dolosamente ou não por um agente externo, um terceiro e, não está restrito ao guardião da criança. Há casos em que a Alienação Parental é promovida pelos Avós, por exemplo" (XAXÁ, 2008).

Alguns atos de Alienação são praticados de forma sutis e inconscientes, mas a alienação não deixa de existir em grande parte dos lares por esse motivo, é uma realidade inegável e muito presente na nossa sociedade.

Em alguns momentos pode ser praticada de forma velada, quando o filho demonstra mero desinteresse em visitar o outro genitor, por querer continuar brincando e o genitor alienante permitir tal situação, não promovendo e nem reforçando para a criança o quão importante é o convívio com os dois genitores (Pinho, 2010).

A alienação parental possui três fases, sendo a terceira a mais grave, onde já se apresenta a síndrome. Na primeira fase considerada leve, o relacionamento é calmo, existe apenas uma dificuldade quando há a troca do genitor. Nessa fase, o genitor alienador profere informações negativas sobre o genitor alienado. Então é dado o início ao processo de desmoralizar a figura do outro genitor, então a criança começa a sentir-se confusa com o sentimento de desprezo e afeto. Na presença do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

genitor alienado, o filho sem perceber esquece do sentimento de desprezo e sua maior preocupação passa a ser a conservação de um laço afetivo permanente.

Na segunda fase, o alienador calcula todas as suas decisões e atitudes. A criança já tem o conhecimento exato do que o alienador quer saber, portanto, quando há a troca de genitores, o desprestígio contra o genitor alienado é muito mais intenso.

Na terceira e mais grave frase, a criança está em uma posição de influenciada e fanática, confia e segue tudo que o alienador lhe diz. Se nega em ter contato com o genitor alienado, e se tiver, demonstra que o sentimento de afeto está se tornado em raiva e extremo desprezo.

1.2. Características da alienação parental

Gradativamente a alienação parental se tornava mais constante dentro das famílias, logo houve a necessidade da regulamentação para esse assunto. Assim como, proteger a criança e ao adolescente dos danos causados por tal conduta, firmando também as punições para o genitor que pratica a alienação. No mês de agosto de 2010 entrou em vigor a Lei 12.318/2010 que dispõe sobre a alienação parental no Brasil. Dispõe o Art. 2º deste dispositivo:

> Art. 2º. 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 sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.
>
> 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 da autoridade parental;

III – Dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;

IV – Dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;

V – Omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

VI – Apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;

VII – Mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Conhecer quais comportamentos devem ser contidos pelo ordenamento jurídico, é tão importante quanto compreender a definição da Alienação Parental, para que se tenha como finalidade a eliminação de tal conduta. É de grande relevância que o Poder Judiciário, em casos onde se comprove o processo de alienação, possibilite medidas de prevenção e repreensão, para preservar a criança e ao adolescente.

A criação dessa norma jurídica tornou-se instrumento essencial para que seja reconhecida uma situação de máxima gravidade e dano para a criança que possa se tornar uma vítima. A Lei da Alienação Parental serve como forma legal para tentar impedir os familiares que querem limitar e até destruir o relacionamento de uma criança com o seu ente querido, por motivos pessoais desse familiar. Tratando do direito dessa criança com a devida importância e limitando a autoridade parental inapropriada.

Com a tipificação da lei de alienação parental, houve uma grande importância na cena jurídica brasileira. Que não somente definiu o que é a alienação parental, mas também estabeleceu meios efetivos para o combate e prevenção. Sendo assim, o Judiciário não pode mais se isentar de punir os alienadores que praticam esse ato de descumprimento contra o direito das crianças e dos adolescentes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

1.3. Diferenciação entre alienação parental e a síndrome da alienação parental

Síndrome da Alienação Parental – SAP, O termo também conhecido pela sigla PAS em inglês, foi criado por um renomado psiquiatra Richard Gardner, mediante muitos estudos realizados na área da psiquiatria forense, analisando crianças de famílias em situações de divórcio. No qual é definido o doloroso processo, que leva a criança ou adolescente por influência da mãe ou do pai a cortar laços afetivos com um dos genitores, causando assim profundas cicatrizes psicológicas e emocionais na criança. Em um artigo publicado no ano de 1985 Gardner (2002, s.p) definiu a síndrome como sendo:

> [...] um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória 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 aplicável. GARDNER (2002, s.p).

Ainda que bastante associadas, a Alienação Parental e a Síndrome da Alienação Parental não se confundem. Já que uma decorre da outra, uma diz respeito a conduta dos pais e a outra esclarece sobre como essas condutas afetam a vida dos filhos (Fonseca, 2006).

A Alienação Parental está relacionada ao responsável que comete o ato de alienação, que ocasiona, por meio de manipulações e outros meios o afastamento da criança com o genitor alienado, isto é, no que diz respeito a conduta do

responsável que cria diversas barreiras para dificultar o relacionamento afetivo entre a criança com o outro genitor.

A Síndrome corresponde à conduta da criança, que se nega a ter proximidade com o genitor alienado, isto é, diz respeito à criança que não quer um relacionamento com um dos genitores. Carvalho disponibiliza o seguinte conceito:

> A implantação paulatina e constante na memória do filho, pelo genitor que possui a guarda, de falsas verdades acaba por causar na criança ou adolescente a sensação de que foi abandonado e não é querido pelo outro, causando um transtorno psicológico que o leva a acreditar em tudo que foi dito em desfavor do guardião descontínuo e passa a rejeitá-lo, dificultando as visitas e tornando-o cada vez mais distante até aliená-lo, tornando-se órfão de pai vivo, o que é extremamente prejudicial para ambos. (2010, p. 66).

A SAP ocorre após o fim turbulento da relação, propagando para a criança todo o atrito e sofrimento proveniente do conflito pós- rompimento matrimonial, o que provoca o distanciamento de um dos genitores, geralmente o não guardião.

2. A ALIENAÇÃO PARENTAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

A Lei da Alienação Parental surgiu em um momento muito propício no ordenamento jurídico nacional, pois, o julgador precisava de uma lei específica e de maiores poderes para penalizar o alienador, apesar do Código Civil de 2002 e o Estatuto da Criança e do adolescente já preverem o combate à negligência e aos maus tratos contra o menor.

Os casos julgados no Brasil sobre o tema são raros e em sua grande parte, oriundos do Rio Grande do Sul onde é a grande escola sobre a questão abordada. Os tribunais do estado foram os iniciadores na preservação do total desempenho da parentalidade.

A Lei 12.318/2010 trouxe artifícios muito importantes para a realização da efetiva proteção aos direitos da criança e do adolescente à convivência familiar, conseguindo impor medidas efetivas contra o desenvolvimento da Alienação, uma vez que, em havendo evidências da prática de alienação parental, o processo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

precisará ter tramitação prioritária, e o juiz de plano que teve a atuação mais efetiva nas ações com a lei, determinará as medidas essenciais para a proteção da integridade física e psicológica da criança e do adolescente.

3. CONSEQUÊNCIAS DA ALIENAÇÃO PARENTAL NA RESPONSABILIDADE CIVIL

O tema da Responsabilidade Civil no Direito de Família costuma gerar muita discussão entre doutrinadores e tribunais. Essas discussões tomam dimensões maiores ainda quando tratam da responsabilidade dos genitores em relação a seus filhos. Com o surgimento da Lei 12.318/2010, a responsabilidade civil do alienador é reconhecida, conforme o art. 3º desse dispositivo, in verbis:

> Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

O Artigo aborda as consequências dos atos de alienação parental, evidenciando sua gravidade em relação à criança e ao adolescente. Deixando incontestado o prejuízo causado a vítima, os filhos e sendo um grande abuso moral e violação de deveres de guarda pertinentes à tutela de um filho. Ou seja, existe a prática abusiva e possivelmente indenizada, seja de forma compensatória, seja de forma punitiva.

A responsabilidade Civil advém do descumprimento de uma norma jurídica já existente, determinando a obrigação de indenização a vítima, por quem causa o dano. Portanto, a responsabilidade Civil é sempre ligada ao compromisso de responsabilizar-se por algo.

Segundo Gagliano e Filho (2017, p. 750) decompõe-se em três elementos fundamentais, a saber:

1. conduta humana: que pode ser comissiva ou omissiva (positiva ou negativa), própria ou de terceiros ou, mesmo, ilícita (regra geral) ou lícita (situação excepcional);

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

2. dano: a violação a um interesse juridicamente tutelado, seja de natureza patrimonial, seja de violação a um direito de personalidade;
3. nexo de casualidade: a vinculação necessária entre a conduta humana e o dano.

> Além desses três elementos básicos, que serão obrigatórios para a caracterização da responsabilidade civil em qualquer de suas modalidades, há de se lembrar o elemento anímico, a culpa, de caráter eventual, compreendida como a violação a um dever jurídico preexistente, notadamente de cuidado.
>
> A culpa é compreendida, e nosso sentir como um elemento acidental da responsabilidade civil, em virtude de existir também a responsabilidade civil objetiva.

A responsabilidade Civil apresenta dois tipos de reparação: por dano material e por dano moral. O dano material, é aquele que atinge o patrimônio da pessoa, logo é fácil mensurar seu valor, uma vez que se trata de algo concreto. O dano moral, por sua vez, é reparado como forma de diminuir o prejuízo sofrido pela honra do indivíduo ou como sanção a quem causou esse dano, por isso é muito difícil de ser valorado.

Dessa forma, alguns doutrinadores já entendem que os atos de alienação parental é ato ilícito, conforme artigos 186 e 187 do Código Civil, pois trata-se de prática abusiva, podendo inclusive ser comparada ao abuso físico contra a criança e ao adolescente. Os genitores possuem o dever de amparar seus filhos moral e materialmente e, quando alienam a relação destes com o outro genitor, passam a descumpri-los, caracterizando um dano patente, visto que as partes são afastadas pela vontade de outrem.

Portanto, para que o dever de indenizar esteja presente, deve-se observar se estão presentes os requisitos da responsabilidade civil, que são, a conduta humana, o nexo causal, o dano e a culpa, uma vez que estamos diante de responsabilidade civil subjetiva.

O nexo causal se configura na ligação entre conduta e danos. Nos casos de alienação parental, o alienante causa danos ao menor e ao genitor alienado quando inventa situações e gera intrigas entre os dois, afastando a possibilidade de terem uma boa relação familiar.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Cavalieri Filho (2008, p. 70) indica a importância do dano para a responsabilidade civil "o dano é sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano [...]''.

Em relação ao dano, analisa Clayton (apud Gagliano e Filho, 2017, p. 69):

> O ofensor receberá a sanção correspondente consistente na repreensão social, tantas vezes quantas forem suas ações ilícitas, até conscientizar-se da obrigação em respeitar os direitos das pessoas. [...] Por seu turno, a repreensão contida na norma legal tem como pressuposto conduzir as pessoas a uma compreensão dos fundamentos que regem o equilíbrio social. Por isso, a lei possui um sentido tríplice: reparar, punir e educar.

Dessa forma, Gagliano e Filho (2017, p. 69) continuam " na vereda de tais ideias, três funções podem ser facilmente visualizadas no instituto da reparação civil: compensatório do dano à vítima; punitiva do ofensor; e desmotivação social da conduta lesiva".

Na responsabilidade civil subjetiva, a culpa deve ser analisada. Nos casos de alienação, o alienante tem a intenção, o intuito de lesionar a relação entre o menor e seu genitor e assim afastá-los um do convívio do outro. Deixando de exercer seu dever como pai/mãe de proteger, educar, assistir moral e materialmente os filhos e transformando-os em instrumento de vingança contra o ex-cônjuge e genitor alienado.

3.1. Consequências no desenvolvimento da criança e do adolescente

A parte que mais sofre com todo o conflito e os atos de Alienação Parental, sempre será a criança. Sendo usada como forma de vingança, tendo seus sentimentos manipulados e confundidos, causando danos psicológicos que poderão atrapalhar seu desenvolvimento.

Dispõe o Art. 3º da Lei 12.318/2010:

> Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência

> familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

As consequências da Alienação parental nas crianças são extremas, causando-lhes traumas até na vida adulta. Na fase da infância, a criança tem o comportamento de isolamento e se torna antissocial, passa a ficar mais sozinha e se sente abandonada. Começa a ter um rendimento escolar muito baixo, se sente infeliz e muitas vezes não sabe lidar com seus sentimentos e se torna uma criança rebelde.

Mesmo que a culpa não seja da criança, ela tem esse sentimento e acredita que a situação está acontecendo por culpa dela. Em alguns casos a criança não demonstra que se importa, mas na verdade essa é uma forma de negação. Os efeitos da alienação parental são gravíssimos.

A ausência do amor e convívio de um dos genitores, está ligada a baixa autoestima, emocional instabilizado, introspeção, sentimento de rejeição, irregularidades hormonais, ansiedade e até mesmo depressão.

É importante salientar que as consequências da Alienação Parental não atingem apenas os filhos, os genitores alienados também sofrem de forma dolorosa, com a privação do convívio com a criança já que não participam de seu desenvolvimento e experiências.

Os pais que são vítimas da alienação, podem sofrer de maneiras terríveis como se isolar, sofrer de depressão e estresse, perder a confiança e si e até mesmo cometer suicídio. (PINHO, 2009).

3.2. Penalidades aplicadas ao alienador

Após a verificação de todas as provas e confirmação da prática de Alienação Parental, deve o juiz impor as normas estabelecidas no Art. 6º da Lei 12.318/2010, assim arroladas:

> Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência da criança ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> adolescente com o genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal ou da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:
>
> I – Declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
>
> II – Ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
>
> III – Estipular multa ao alienador;
>
> IV – Determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
>
> V – Determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
>
> VI – Determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
>
> VII – declarar a suspensão da autoridade parental.
>
> Parágrafo Único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

Inicialmente, dentro da Lei de Alienação Parental estava implantado o Artigo 10, no qual era previsto mudanças no Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, onde categorizava as práticas de alienação Parental como crime, com pena de detenção de seis meses a dois anos. Porém, o Artigo 10 foi vetado pela Comissão de Constituição de Justiça e Cidadania e consequentemente suas mudanças também. Dessa forma, a Lei 12.318/10 passou a vigorar sem a presença do Art.10.

Assim sendo, as penalidades aplicadas ao alienador não são de caráter criminal, mas de cunho apenas educativo, de prevenção e de proteção à criança e ao adolescente.

3.3. A guarda compartilhada como forma de evitar a alienação parental

A necessidade da guarda compartilhada se manifestou com a evolução da sociedade pelos anos e mudanças de padrões, onde não mais apenas o homem é visto como figura provedora do sustento do lar. A mulher hoje trabalha de forma igual e não mais apenas como dona do lar e cuidadora dos filhos.

Com o fim do casamento, a estrutura da família é mudada e com isso acarreta um sofrimento intenso para as crianças e adolescentes. A guarda compartilhada, aparece como uma maneira de amenizar o rompimento do padrão de família, com a qual a criança estava acostumada, [...] favorece o desenvolvimento das crianças com menos traumas e ônus, propiciando a continuidade da relação dos filhos com seus dois genitores, retirando, assim, da guarda a ideia de posse (Pantaleão, 2002).

No entendimento dos juristas, com a chegada da Lei 13.058, de agosto de 2014, as síndromes de Alienação Parental têm tendência a diminuir. Pois irá reduzir o tempo total de convívio com o genitor alienador, aumentará a convivência com o genitor alienado, tornado o relacionamento sólido.

Grisard Filho (2010, p. 91) define guarda compartilhada da seguinte maneira:

> A guarda jurídica compartilhada é um plano de guarda onde ambos os genitores dividem a responsabilidade legal pela tomada de decisões importantes relativas aos filhos menores, conjunta e igualitariamente. Significa que ambos os pais possuem exatamente os mesmos direitos e as mesmas obrigações em relação aos filhos menores. Por outro lado, é um tipo de guarda no qual os filhos do divórcio recebem dos tribunais o direito de terem ambos os pais, dividindo, de forma mais equitativa possível, as responsabilidades de criarem e cuidarem dos filhos.

Na guarda compartilhada, as decisões sobre a vida da criança e sua rotina serão tomadas pelos dois pais. Pode-se notar que com a divisão de tempo entre os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

genitores, favorece não só a criança que é a mais privilegiada na situação, mas também aos genitores, com o compartilhamento de tempo, direitos e deveres.

Afastando a conduta de alienação parental, que o genitor alienador usa como forma de vantagem e vingança para prejudicar o relacionamento da criança com o genitor alienado. É um meio de aproximação, direito e de fortalecimento dos laços afetivos entre pais e filhos.

CONCLUSÃO

O presente artigo teve como objetivo proporcionar um conhecimento sobre a Alienação Parental e suas consequências, bem como a configuração do dano e da responsabilidade civil acerca desse tema. Foi possível perceber que a Alienação Parental trata da dignidade da pessoa humana na fase da infância, tendo consequências muito graves que provocam a quebra do laço familiar e introduz a criança em um mundo de pensamentos de abandono e falta de amor, prejudicando o seu desenvolvimento e caso não tratada, levará para a vida adulta.

A Síndrome da Alienação Parental, como já visto, é o resultado de um abuso psicológico causado na criança e no adolescente e é nessa ocasião que o judiciário auxilia. Identificada uma possível alienação por parte de um dos pais, o judiciário julga os interesses em favor dos interesses das crianças e dos adolescentes e tomará as decisões adequadas para coibir ou até mesmo punir a conduta do alienador.

A responsabilidade civil, no que lhe diz respeito, é a obrigação de reparar o prejuízo causado a outra pessoa, independente da culpa. Nos processos que envolvam a alienação parental, o alienante pode ser responsabilizado civilmente, visto que muitas vezes causa prejuízo material e moral, até mesmo por toda uma vida.

No tocante a guarda compartilhada mostrou-se como uma das melhores maneiras para eliminar a alienação, afinal de contas é exercida de forma igual pelos dois genitores. Apesar de a guarda compartilhada ser prevista em lei e devesse ser a norma a ser seguida, foi observado que tem sido a exceção, pois há uma grande dificuldade entre os genitores de separar a relação que eles tinham um com o outro e a relação que terão para sempre com as crianças.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Página 73.

BRASIL. 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. Brasília, DF, 26 ago. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm> Acesso em: 09 de ago. 2019

CARVALHO, Dimas Messias de. Adoção e guarda. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 8ª Edição. São Paulo: Atlas, 2008.

DIAS, Maria Berenice. Alienação parental: uma nova lei para um velho problema! Instituto Brasileiro de Direito de Família. 30 de agosto de 2010. Disponível em: https://espaco-vital.jusbrasil.com.br/noticias/2351780/alienacao-parental-uma-nova-lei-para-um-velho-problema Acesso em: 09 ago. 2019.

FONSECA, Priscila Corrêa da. Síndrome de alienação parental, Revista Brasileira de Direito de Família, ano VIII, n. 40, fev.-mar. 2007, Disponível em: http://priscilafonseca.com.br/sindrome-da-alienacao-parental-artigo-publicado-na-revista-do-cao-civel-no-15-ministerio-publico-do-estado-do-para-jandez-2009-revista-ibdfam-ano-8-no-40-f/ Acesso em: 02 de out. 2019

FREITA S, Douglas Phillips. Alienação Parental: Comentários a lei 12.318/10. 3 º. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze. FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil, volume 6: direito de família, 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 2017.

GARDNER, Richard A. O DSM-IV tem equivalente para diagnóstico de síndrome de alienação parental (SAP)? 2002. Disponível em :http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente Acesso em 09 ago. 2019.

GRISAR FILHO, Waldir. Guarda compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. Síndrome da alienação parental: importância da detecção aspectos legais e processuais. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PANTALEÃO, Ana Carolina Silveira Akel; Guarda Compartilhada de crianças é modelo ideal em separação. Artigo Publicado em 24 de Novembro de 2002. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2002-nov-24/guarda_compartilhada_modelo_ideal_separacao Acesso em 03 de out. 2019.

PINHO, Marco Antônio Garcia de Prática da Alienação Parental exige mais estudo. Artigo Publicado em 23 de Janeiro de 2010. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2010-jan-23/coibir-alienacao-parental-preciso-empenho-especialistas?pagina=4 Acesso em: 27 de set de 2019.

PINHO, Marco Antônio Garcia de. Alienação Parental. Artigo publicado em 07/2009. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/13252/alienacao-parental Acesso em: 09 de ago. 2019

XAXÁ, Igor Nazarovicz. A síndrome da alienação e o poder judiciário. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Paulista (UNIP), Brasília, 2008. Disponível em: http://www.alienacaoparental.com.br/biblioteca Acesso em: 04 de out. 2019

www.conteudojuridico.com.br

REELEIÇÃO DOS TITULARES DO PODER EXECUTIVO FEDERAL, ESTADUAL E MUNICIPAL

SUELEN NASCIMENTO BEZERRA:
Bacharelanda no Curso de Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA

LELAND BARROSO DE SOUZA

(Orientador)

RESUMO: A abordagem sobre a reeleição dos titulares do poder executivo federal, estadual e municipal é o assunto central desse estudo, uma ves que o instituto da reeleição foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro em 1997, para cargos eletivos no Poder Executivo buscando responder se no caso de reeleição, existem consequências de não se fazer o registro do partido e dos candidatos,com o objetivo geral de contextualizar o instituto da reeleição dos Titulares das três esferas doPoder Executivo. Por meio da utilização do método dedutivo, pesquisa qualitativa, de caráter exploratório, com orientação analítico-descritiva, mediante pesquisa bibliográfica, resultando num excelente texto de conteúdos para o conhecimento dos três poderes executivos com relação às suas funções, responsabilidades e representações e concluindo que a reeleição desses poderes ainda não foi definida por falta de consenso e pela existência de um debate sem fim pelo plenário do Senado e os integrantes da mesa do Senado e da Câmara.
Palavras-chave: poder executivo; federal; estadual; municipal; reeleição.

ABSTRACT: The approach to the re-election of the holders of federal, state and municipal executive power is the central theme of this study, once the institute of reelection was introduced in the Brazilian legal system in 1997, for elective positions in the Executive Branch seeking to respond if in the case of reelection, there are consequences of not registering the party and the candidates, with the general objective of contextualizing the Institute for the re-election of the Holders of the three spheres of Executive Power. Through the use of the deductive method, qualitative research, with an exploratory character, with analytical-descriptive orientation, through a bibliographical research, resulting in an excellent text of contents for the knowledge of the three executive powers in relation to their functions, responsibilities and representations and concluding that the re-election of these powers has not yet been defined by lack of consensus and by the existence of an endless debate by the Senate plenary and members of the Senate and House of Representatives.
Keywords: executive branch; federal; state; municipal; re-election.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi intitulado como a reeleição dos titulares do poder executivo federal, estadual e municipal, atendendo às exigências do direito eleitoral entendendo que os referidos poderes são: segundo a Constituição, poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Compreendendo que reeleição é a alteração da prescrição de origem superior, da autoridade de presidente, governador e prefeito; para mais um período no mesmo cargo, na mesma circunscrição eleitoral na qual o representante, na eleição imediatamente anterior, se elegeu.

O Tribunal Superior Eleitoral é claro ao informar que para participar das eleições, os partidos políticos devem ter seu estatuto registrado no TSE até um ano antes da eleição e os pedidos de registro de candidato devem ser entregues até às 19h do dia 15 de agosto do ano eleitoral. No caso de reeleição, existem consequências de não se fazer o registro do partido e dos candidatos?

Resumindo a resposta, pressupõe-se que, segundo o § 6º do referido artigo 14 da Constituição Federal que "para concorrerem a outros cargos, o presidente da república, os governadores de estados e do Distrito Federal e os prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito". Todavia para dirigir-se simultaneamente a um mesmo cargo pela terceira vez é impossível, pois estaria ferindo legislação, mas para concorrer à reeleição de cargo executivo sem reeleição não é necessário renunciarem seus mandatos respectivos, é bom saber que não existe candidato sem partido e registro de candidatura só poderá ser realizado por um partido ou coligação.

Assim sendo, justifica-se estudar o presente tema visto que no direito eleitoral a questão de reeleição para cargos do Executivo Federal, Estadual e Municipal é um tema que provoca controvérsias e muita polêmica. Portanto justifica a contextualização que é importante para que haja um correto entendimento sobre a reeleição dos titulares do Poder Executivo e a formar uma compreensão total a respeito. Justifica-se ainda por conhecer os aspectos político-jurídicos do instituto da reeleição para chefe de poder executivo nas três esferas. Por outro lado, por ser um dos itens que vem sendo tratado na Proposta de Emenda à Constituição da Reforma Política PEC 113-A/2015, entre outros itens pede o fim da reeleição, objeto de ponderações e críticas desde a sua instituição.

Diante a esse contexto o objetivo geral desse trabalho é contextualizar o instituto da reeleição dos titulares do Poder Executivo Federal, Estadual e Municipal e para tanto foi necessário registrar os aspectos político-jurídicos da reeleição, inscrever como é realizado o Registro de Partido e descrever como é feito o Registro dos candidatos.

1 OS PODERES BRASILEIROS

Entendendo o que são poder executivo federal, estadual e municipal. Pela Constituição sabe-se que existem três poderes e em seu art. 2 estabelece: "Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."

1.1 Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo

1.1.1 Poder Legislativo

Visto que se têm três poderes, é importante compreender que no Poder Legislativo, o Congresso Nacional é instaurado conforme a constituição por senadores e deputados federais. Sendo que os deputados estaduais representam a população no nível estadual e os vereadores no âmbito municipal. Os senadores, deputados e vereadores são responsáveis pela criação de leis e pela fiscalização do Poder Executivo. (SILVA, 2018, p.1).

1.1.2 Poder Judiciário

O poder judiciário é o poder responsável por interpretar e julgar as causas de acordo com a constituição do estado. É constituído por magistrados chamados de: juízes, desembargadores, promotores de justiça e ministros. É um poder independente aos outros, visto que tem por objetivo julgar com imparcialidade, inclusive causas inerentes ao Executivo e ao Legislativo além das próprias pautas e as de interesses públicos e individuais, próprios do Judiciário. A função do poder judiciário é aplicar a lei em casos específicos. (SADEK, 2010, pp.1 a 15).

> As esferas responsáveis por julgar as causas no Judiciário são divididas de acordo com a hierarquia de cada órgão o tipo de caso, que são chamadas instâncias. O Judiciário, por deter o manejo das leis e a constitucionalidade delas, podendo de forma livre interpretá-las para formular julgamentos, impõe-se politicamente; porém, não sendo isento desses, frente ao Executivo e ao Legislativo. (SADEK, 2010, pp. 1 a 15).

Os integrantes do poder judiciário não são eleitos pelo povo.

1.1.3 Poder Executivo

Nesse estudo tratar-se-á do Poder executivo, que é o que administra o Estado, a Cidade e o Município, segundo as leis criadas pelo Poder legislativo. O poder executivo Federal, e ou federação "é a aliança existente entre um grupo de Estados para a formação de um Estado Maior. Ela organiza as leis gerais e a estrutura política do país e ainda representa a todos os Estados menores em nível internacional". (PAGNUSSATT et.al., 2014, p.7). E Celi (2018, p.1) confirma com suas palavras: "O Poder Executivo é aquele direcionado à execução, como o próprio

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

nome indica. É o poder com maior ação prática, uma vez que consegue transformar em atos as leis promulgadas pelo Poder Legislativo".

O Poder Executivo Federal é representado pelo "Presidente da República, os Deputados Federais e os Senadores. No Judiciário, se tem tribunais superiores como o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ)". (POLITIZE, 2019, p.1).

O Poder Executivo Estadual, no Brasil é representado pelo Governador, cuja responsabilidade é pelos processos administrativos estaduais. Para auxiliar o Governador tem o vice-governador e também as Secretarias de Estado, que atuam como os ministérios, ainda que em menor escala. Algumas das atribuições desse poder são: prestação de contas, vetar e promulgar leis, nomear secretários do estado, criar e recolher impostos. (CELI, 2018, p.1). As competências de um governador estão definidas no Artigo 47 da Constituição Estadual e as funções do poder Executivo Estadual, segundo Lenzi (2009, p.1) são:

> Prestar contas do orçamento do estado para a Assembléia Legislativa, solicitar ao governo federal, medidas que sejam de interesse do Estado, Nomear os secretários de Estado (equivalentes aos ministros do governo federal), Sancionar e promulgar leis, Fazer a arrecadação de impostos estaduais, Vetar projetos de lei, Criar e recolher impostos estaduais, Fazer o projeto de lei do orçamento estadual, Definir o modo de funcionamento da administração estadual.

Para, além disso, tem-se o Distrito Federal que é bastante particular, pois ele não apresenta municípios. As Cidades satélites, bem como Brasília não possuem prefeitos e todas as responsabilidades e funções que deveriam ser do Prefeito, passam a ser do Governador. Assim como no governo distrital, algumas funções e órgãos típicos de governos estaduais estão ausentes, sendo fornecidas por instituições da União. De forma bastante simples, o governo do Distrito Federal é uma mistura de governo estadual e municipal. (POLITIZE, 2019, p.1).

Do mesmo modo para o Poder Executivo Municipal, no Brasil é representado pelo Prefeito e este se integra a federação brasileira, conforme Arts. 1º e 18 da Constituição Federal. (BRASIL, 1988). E no O artigo 31 é definido as formas de controle do Município. O exercício de fiscalização do município deve ser realizado pelo poder legislativo municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do poder executivo municipal, na forma da lei. (KLERING, L. R. *et al*, 201l, p.34).

2 PODER EXECUTIVO E SUA FUNÇÃO

Poder executivo é o poder que executa e que colocam em prática as determinações decididas após reuniões. É também parte dos três poderes que

legislam e criam as leis. O poder age com a vantagem de representar os cidadãos, de modo a tirar do papel os direitos e deveres e fazê-los ser cumpridos. O poder executivo também é provido dos poderes: regulamentar, hierárquico, de polícia e disciplinar, além dos poderes também tem os princípios pela qual são regidos: moralidade, impessoalidade, legalidade, publicidade e eficiência. Enfim Poder Executivo, o próprio nome já diz, responsável por fazer a lei se cumprir seja no caráter funcional ou prático, sempre a serviço da população. (ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2018, p.1).

2.1 Funções do Poder Executivo

Tem por função o Poder Executivo contar com os poderes próprios que são: poder hierárquico, disciplinar, regulamentar e de polícia, para cuidar da nação, Cidade e ou município com princípios baseados na legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. (CELI, 2018, p.1).

De acordo com Mattos (2017, p.1) compete aos municípios as seguintes funções:

> Planejamento urbano; Saneamento básico (água e esgoto); Iluminação pública; Recolhimento de lixo; Limpeza urbana; Criação de espaços públicos, como parques e ginásios; Asfaltamento das ruas; Gestão do trânsito; Mobilidade urbana, como a criação de ciclovias e faixas de ônibus; Transporte público urbano; Educação do nível infantil à primeira parte do ensino fundamental; Atendimento de saúde básico – geralmente com postos de saúde.

A sua função principal, essencial e fundamental. é a administração da máquina pública. Tem por competência o Poder Executivo exercer as ações de chefia de estado e de governo, assim como rege o sistema presidencialista adotado pelo Brasil, onde é centralizada na figura do presidente a chefia de governo e de Estado, diferentemente do que ocorre com o sistema parlamentarista, que existe uma separação no exercício dessas atribuições. Como chefe de Estado, exerce o Presidente a titularidade nas relações internacionais; representando a unidade Estatal brasileira no quadro internacional. A função de governo se relaciona aos "negócios internos". (MORAES, 2002, p.1209).

2.2 Aspectos Político-Jurídicos da Reeleição

O instituto da reeleição dos Titulares dos Poderes Executivos para os cargos de Presidente, Governador e Prefeito foi introduzido pela Emenda Constitucional nº. 16, de 1997, reforçando princípio da manifestação da soberania popular, praticada pelo voto direto e secreto, e observa com cuidado a regra central do Governo Republicano Democrático. (SOARES, 204, p.117).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A reeleição dos titulares do Poder Executivo dilacerou o rito constitucional republicano de impedir a reelegibilidade de presidente, governador e prefeito. É importante considerar com atenção que os chefes do Poder Executivo não podem se candidatar a um terceiro mandato sucessivo e existem vantagens a serem incluídas em meio a outras para serem oportunas e devidamente consideradas (BRAGA, 2018, p.1) como:

> A prática é adotada na maioria dos países democráticos; a soberania popular é prestigiada ao conferir ao eleitorado a oportunidade de um duplo julgamento do gestor público; o período de quatro anos é insuficiente para um programa de governo consistente; o controle da máquina pública não é garantia de permanência no poder; muitos candidatos à reeleição sequer passam para o segundo turno; efetividade do princípio da continuidade administrativa; juridicamente, não se pode presumir a má-fé do recandidato; manutenção de uma administração bem-sucedida e maior eficiência da gestão pública. (BRAGA, 2018, p.1)

E vem a novidade com a aprovação da PEC nº. 352/2013 pela Câmara dos Deputados, que vem clarear para aqueles que enxergam a política como um mecanismo de se concretizar toda a carga normativa prevista pela Constituição Federal, e assim, alcançar o plano da eficácia plena aos direitos individuais. Essa PEC veio anexada às outras Reformas Políticas, terminando com a reeleição no cargo executivo que são: Presidente da República, Governadores e Prefeitos. (SANTOS, 2016, p.1).

Muitos pleitos já se passaram abaixo do amparo da reeleição e aponta-se a angustiante necessidade de revisão da autorização constitucional para que os que receberam mandatos executivos possam se recandidatar ao mesmo cargo em pleno exercício das funções. E a não definição deste fato reduz em muito a renovação de lideranças político-partidárias e governamentais, considerando que o candidato titular de mandato executivo concorre em vantagem de condições sobre os demais pleiteantes. (BERNARDES NETO, 2007, p.2).

O texto da PEC 113-A de 2015 antevê que presidente, governadores e prefeitos não poderão se candidatar nas eleições seguintes, a não ser que aqueles que já não estão no cargo e não foram reeleitos. (DINIZ, 2016, p.1). Tantas PEC e textos e ainda não foi instituída o final da reeleição, porém a última notícia é que o presidente da CCJ, não pautará o projeto antes de um amplo debate. O relatório de nova PEC foi aprovado no dia 6 de maio, mas o conteúdo voltou a ser discutido por alguns líderes da Câmara na semana passada, como mais uma opção de pressão

sobre o presidente Jair Bolsonaro, que já defendeu publicamente o fim da reeleição. (NEVES, 2019, p.1).

Dentro dos aspectos político-jurídicos da reeleição é possível se deparar o tempo todo com os posicionamentos favoráveis e contrários a esse instituto e a discussão é entre a possibilidade de disputar um mesmo cargo eletivo executivo para o qual já se foi eleito em uma eleição imediatamente anterior, em pleno exercício das funções, e o princípio da isonomia, o qual preconiza a igualdade de condições entre as candidaturas postas. (BERNARDES NETO, 2007, p.617).

Aqueles que são desfavoráveis à reeleição apontam como um dos principais problemas a disputa eleitoral injusta, uma vez que o candidato à reeleição pode usar a máquina pública em benefício próprio durante a campanha. Já os que são favoráveis mencionam que a reeleição possibilitaria a realização de um plano de governo em longo prazo, já que quando um novo candidato se elege arquiva todos os planos do governo anterior, e assim continua o desequilíbrio, enquanto uns dizem que a reeleição desequilibra a corrida eleitoral para os cargos executivos, outros acreditam na continuação do que há de melhor na política. (AQUINO, 2018, p.1).

Juridicamente o contexto da reeleição no Poder Executivo é pouco detalhado no texto constitucional, a não ser pelo art. 5º que demonstrava a inelegibilidade, passou a apresentar condição de elegibilidade. Outros levantes debatidos não teriam respostas a não ser por entendimento próprio.

3 REGISTRO DE PARTIDOS E CANDIDATOS

Existem regras para a candidatura de quem já ocupa cargo político-eletivo que de acordo com o TSE – Tribunal Superior Eleitoral (2019, p.1). "Existe restrição à candidatura de parlamentares apenas quando "nos seis meses anteriores ao pleito, houverem substituído ou, em qualquer época, sucedido o respectivo titular do Poder Executivo" (Res.-TSE nº. 19.537/DF)."

No entanto pode justapor a regra de desincompatibilização referente aos chefes do Poder Executivo, que nas palavras de Bodas, (2018, p.1) "trata-se de uma palavra complexa", mas que está prevista no art. 14, § 6º, da Constituição de 1988, que exige que eles se afastem definitivamente do cargo até seis meses antes do pleito para concorrer a cargos diferentes daquele que ocupam. Caso não se afaste dentro do prazo estipulado na lei, configura inelegibilidade, ou seja, o candidato não pode ser eleito. (TSE, 2019, p.1).

Simultaneamente explica o TSE (2019, p.1) que é "incompatível". "A incompatibilidade é, portanto, uma das causas de inelegibilidade, impedindo o indivíduo de disputar um cargo eletivo enquanto estiver ocupando determinado cargo." Acrescenta Bodas, (2018, p.1) que se: "o parlamentar ocupou a chefia do PE

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

nos 6 meses anteriores à eleição, fica impedido de concorrer, exceto no caso de vereador que sucedeu ou substituiu o prefeito, que pode ser reeleito para um único período subsequente, sem necessidade de se afastar do cargo" (art. 14, § 5º, da Constituição).

Diante das explicações é correto dizer que a desincompatibilização é um dos requisitos necessários para o registro de candidatura de quem pretende disputar um cargo eletivo nas eleições. (BODAS, 2018, p.1).

Para que se registrem os aspectos político-jurídicos da reeleição Bernardes Neto (2007, p.623) diz que em suas pesquisas: "constatou-se de que é reduzidíssimo o índice de renovação de lideranças político-partidárias e governamentais, uma vez que o candidato titular de mandato executivo disputa em vantagem de condições sobre os demais pleiteantes." Ao mesmo tempo é possível reconhecer que "a favor da reeleição se estabelecem proposições no sentido de que o instituto permite a continuidade administrativa e o planejamento e gestão de políticas públicas de longo prazo."

Neste trabalho também será tratado sobre a realização do Registro de Partido e segundo o TRE (2019, p.1) alguns requisitos são necessários para a criação e registro de partidos políticos: Primeiro deverá atender a Lei nº. 9.096/95 e na Resolução TSE nº. 23.465/15. Em segundo lugar "o partido político, após adquirir personalidade jurídica na forma da lei civil, registrará seu estatuto no TSE."

O processo de criação dos partidos se divide em quatro etapas: "1ª ETAPA, Registro Civil - Art. 10 da Res. TSE 23.465/15. 2ª ETAPA, apoiamento de eleitores - Arts. 11 a 19 da Res. TSE 23.465/15." E é na 3ª ETAPA que começa o "registro dos órgãos partidários nos Tribunais Regionais Eleitorais. Arts. 20 a 25 da Res. TSE 23.465/15" e finalmente a 4ª ETAPA, "Do registro do estatuto e do órgão de direção nacional do Tribunal Superior Eleitoral. Arts. 26 a 34 da Res. TSE 23.465/15." (TER, 2019, p.1).

Dado que é previsto neste trabalho descrever como é feito o Registro dos candidatos, viu-se que de acordo com o TRE/AC (2019.p.1) "Para requerer o registro de seus candidatos junto à Justiça Eleitoral, os partidos e coligações estão obrigados a utilizar o sistema CANDex - Módulo Externo do Sistema de Candidaturas (Resolução TSE nº. 23.455/2015, art. 22).

Porém quando se trata de reeleição existem muitas divergências, conforme Sampaio Júnior (2015, p.1) declara que o: "famigerado instituto, apesar de teoricamente ter um lado positivo, na prática se constitui como um repositório clássico de casos de abuso do poder político." E completa com sua opinião dizendo: "na linha da jurisprudência do TSE, aduz teríamos a esdrúxula situação em que a pessoa concorria duas vezes permanecendo com a possibilidade real de uso da

máquina estatal, que a Constituição pela expressão único período subsequente deseja ver preservado."

O autor Sampaio Júnior (2015, p.1) fez análise do que seria a reeleição e suas consequências e começou com a seguinte fala: "se a referida autoridade tem intenção em concorrer mais uma vez, acaso venha a ser eleito no processo que concorreu a primeira vez, aí sim precisaria ter de se desincompatibilizar, justamente para não incidir na vedação constitucional que se chama atenção neste texto." E Sampaio Júnior (2015, p.1) chega à conclusão de que:

> A interpretação ora defendida é a que mais se coaduna com a preocupação de se assegurar a lisura do processo eleitoral, pois infelizmente sabemos que a prática demonstrou que o candidato à reeleição, muitas vezes, abusa de seu poder político para desigualar a campanha e ficar em plena vantagem sobre os demais, logo o objetivo de se permitir a reeleição que é nobre, ou seja, em se possibilitar a continuidade de um governo que se houve bem cai por terra, já que o benefício em relação aos demais candidatos é indiscutível, pela própria força da máquina estatal e seus cargos e funções comissionadas, que na prática coloca o governante em uma dianteira difícil de ser alcançada.

Com essas palavras o presente projeto está em busca de conhecer as consequências de não se fazer o Registro do partido e dos candidatos com relação à reeleição. E a Lei nº. 9.504/97 conhecida como a Lei das Eleições, mostra um capítulo sobre "condutas vedadas aos agentes públicos em campanhas eleitorais". Esta lei veio em decorrência, justamente da reeleição, impôs regras claras aplicáveis aos agentes públicos, contidas nos arts. 73 a 78. Portanto estudar-se-á mais sobre o candidato à reeleição que monta sua estratégia sobre quatro pontos: que são o marketing político, o corpo jurídico da campanha, governo e o corpo jurídico do governo. Onde se pode ver 12 vedações, 2 permissões e 7 Sanções e que é chamado de consequências. (CONEGLIAN, 2019, p.1).

A Proposta de Emenda à Constituição n°. 113A, de 2015, que tem por Ementa a Reforma as instituições político-eleitorais, alterando os arts. 14, 17, 57 e 61 da Constituição Federal, e cria regras temporárias para vigorar no período de transição para o novo modelo, acrescentando o art. 101 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, atualmente se encontra na Secretaria Legislativa do Senado Federal, pronta para deliberação do plenário. (BRASIL-SENADO FEDERAL, 2019, p.1)

CONCLUSÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O instituto da reeleição para os cargos eletivos para assumir o poder executivo federal, estadual ou municipal desde que foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Emenda Constitucional nº. 16 de 1997 tem sido objeto de reflexões e depreciações desde a sua instituição.

Portanto buscou-se nesse estudo abranger os aspectos dos poderes brasileiros e suas funções, abrangendo os aspectos político-jurídicos da instituição da reeleição no país, o contexto do registro de partidos e candidatos e verificou-se que existem posicionamentos contrários e favoráveis ao processo eleitoral reeletivo.

Alguns juristas questionam a legitimidade perante o contexto político. Por um lado existe a preocupação em manter limites à duração dos mandatos do Executivo, evitando abusos de poder por parte do titular do cargo; por outro, o surgimento de PEC que visam elaborar o fim da irreelegibilidade, ampliando a prerrogativa dos representantes em questão.

Todo esse estudo mostrou que existe uma preocupação com relação à reeleição nos cargos do poder executivo devido à utilização da máquina administrativa nas campanhas eleitorais. Como visto no contexto é injusto, pois os candidatos não concorrem com igualdade e vai sempre haver um desequilíbrio no pleito eleitoral. Diversas pesquisas realizadas por diversos autores, enquanto o preparo desse estudo mostrou que é limitadíssimo o índice de renovação de lideranças político-partidárias e governamentais, dada ocasião que o candidato titular de mandato executivo concorre com privilégios de condições sobre os demais candidatos.

Também se verificou que conhecimento especulativo, metódico e organizado surgiu devido os adeptos e opositores da reeleição, que constroem material que promove ou erradica todo o processo da reeleição. Talvez por essa razão não consigam chegar a um consenso.

Mesmo assim foi possível chegar ao objetivo geral desse estudo que contextualizou o instituto da reeleição dos titulares das três esferas do Poder Executivo. E quanto à problemática levantada no presente, no caso de reeleição, existir consequências sem fazer o registro do partido e dos candidatos, a resposta da hipótese que "para concorrerem a outros cargos, o presidente da república, os governadores de estados e do Distrito Federal e os prefeitos devem renunciar aos respectivos mandatos até seis meses antes do pleito" foi considerada positiva.

Este estudo não para por aqui, ainda virão muitas falas a respeito da reeleição para os cargos do poder executivo, visto que mesmo passados alguns pleitos eleitorais sob a proteção do instituto da reeleição, ainda é visto a necessidade de novas checagens da autorização constitucional para que os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

mandatários executivos façam suas recandidaturas para o mesmo cargo em pleno exercício de suas funções.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABNT/CB-14. **Esta Norma foi baseada nas ISO 690:1987 e ISO 690-2:1997**. E substitui a NBR 6023:2000. ABNT, 2002. Disponível em: <https://www.usjt.br/arq.urb/arquivos/abntnbr6023.pdf>. Acesso em: 25 fev 2019.

ALBUQUERQUE JÚNIOR, R. N. de. **O que é poder executivo? Perguntas e respostas**. Disponível em: <https://www.politize.com.br/poder-executivo-o-que-e/>. Acesso em: 16 mai 2019.

AQUINO, M. A. **Aprovada há 20 anos, reeleição não é consenso entre especialistas**. Um Brasil, 2018. Disponível em: <http://umbrasil.com/noticias/aprovada-ha-20-anos-reeleicao-continua-a-nao-ser-consenso-entre-especialistas/>. Acessado em: 07 jun 19.

BERNARDES NETO, N. **Aspectos político-jurídicos do instituto da reeleição para chefe de Poder Executivo**. Jus, 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10799/aspectos-politico-juridicos-do-instituto-da-reeleicao-para-chefe-de-poder-executivo/2>. Acessado em: 07 jun 19.

BRAGA, F. **Os prós e contras do instituto da reeleição**. Disponível em: <https://www.blogsoestado.com/flaviobraga/2018/04/19/os-pros-e-contras-do-instituto-da-reeleicao/>. Acessado em: 28 mar 19.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília (DF): Planalto, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acessado em: 28 mar 19.

_____. **Emenda Constitucional nº. 16, de 04 de junho de 1997**. Dá nova redação ao § 5º do art. 14, ao caput do art. 28, ao inciso II do art. 29, ao caput do art. 77 e ao art. 82 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc16.htm>. Acesso em: 28 mar 2019.

_____. **Lei nº. 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm>. Acesso em: 30 mar 2019.

_____. Senado Federal. **Atividade Legislativa**: Proposta de Emenda à Constituição n°. 113A, de 2015. Disponível em: <https://www.stoodi.com.br/blog/2018/12/20/poder-executivo-o-que/> Acesso em: 31 mar 2019.

CELI, R. **Poder Executivo: o que é, quem exerce e qual a função!**. Stoodi, 2018. Disponível em: <https://www.stoodi.com.br/blog/2018/12/20/poder-executivo-o-que/> Acesso em: 27 mar 2019.

DINIZ, A. **Senado aprova fim da reeleição para presidente, governador e prefeito**. Stoodi, 2016. Disponível em: <https://www.stoodi.com.br/blog/2018/12/20/poder-executivo-o-que/>. Acesso em: 07 jun 2019.

DINIZ, C. R.; SILVA, I. B. da. **Metodologia Científica**. Campina Grande (Natal): UEPB/UFRN - EDUEP, 2008.

GIL, A. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GUERRA, E. L. A. **Manual de Pesquisa Qualitativa**. Núcleo EAD, 2014. Disponível em: <http://disciplinas.nucleoead.com.br/pdf/anima_tcc/gerais/manuais/manual_quali.pdf/>. Acesso em 31 mar 2019.

KLERING, L. R.; BERGUE, S. T.; SCHRÖEDER, C. S.; PORSSE, M. C. S.; STRANZ, E.; KRUEL, A. J.; **Competências, papéis e funções dos poderes municipais no contexto da administração pública contemporânea**. Porto Alegre (RS): PUC, 2011). Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/face/article/viewFile/9778/6701>. Acesso em: 27 mar 2019.

LENZI, T. **Como funciona o Poder Executivo**. Disponível em: <https://www.todapolitica. com/poder-executivo/>. Acesso em: 27 mar 2019.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. de A. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, A. de. **Constituição do Brasil Comentada**. São Paulo: Atlas, 2006.

NEVES, R. **PEC do fim da reeleição só será pautada após "amplo debate", diz presidente da CCJ**. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/legislativo/pec-do-fim-da-reeleicao-so-sera-pautada-apos-amplo-debate-diz-presidente-da-ccj/>. Acesso em: 07jun 2019.

PAGNUSSATT, L. A. B. L.; HOLZBACH, A. J.; GRANDI, T. E. de.; KOVAL, N. M. D.; POZZEBON, C. E. Z.; CRESTANI, L. A.; NASCIMENTO, J. M. do. **Conhecendo o poder executivo**: Prefeitura do Município de Toledo. PR/SECRETARIA MUNICIPAL DE EDUCAÇÃO DE TOLEDO - SMED. Toledo, 2014. Disponível em: <http://www.toledo.pr.gov.br/sites/default/files/livro_-_conhecendo_toledo_-_5_ano_vf_0.pdf>. Acesso em: 26 mar 2019.

POLITIZE. **O nível do Governo Federal**. Politize, 2019. Disponível em: <https://www.politize.com.br/niveis-de-governo-federal-estadual-municipal/#federal>. Acesso em: 26 mar 2019.

Edelsteinde Pesquisas Sociais, (2010). **A organização do poder judiciário no Brasil**. pp. 1-16. ISBN: 978-85-7982-032-8. AvailablefromSciELO Books. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/4w63s/pdf/sadek-9788579820328-02.pdf>. Acesso em: 07 jun 2019.

SAMPAIO JUNIOR, J. H. **A impossibilidade de reeleição no Executivo de quem já concorreu uma vez no exercício do cargo**. Jose Herval, 2015. Disponível em: <https://joseherval.jusbrasil.com. br/artigos/161799071/a-impossibilidade-de-reeleicao-no-executivo-de-quem-ja-concorreu-uma-vez-no-exercicio-do-cargo>. Acesso em: 27 mar 2019.

SANTOS, A. M. **Fim da reeleição no Executivo: a quebra da assombração do continuísmo e preservação do princípio da igualdade no processo eleitoral**.

Disponível em: <https://drafonsomendes.jusbrasil.com.br/artigos/192770823/fim-da-reeleicao-no-executivo-a-quebra-da-assombracao-do-continuismo-e-preservacao-do-principio-da-igualdade-no-processo-eleitoral>. Acesso em: 07 jun 2019.

SILVA, A. L. L. **Poder legislativo**: o que é e como funciona?. politize, 2018. Disponível em: <https://www.politize.com.br/poder-legislativo-o-que-e-e-como-funciona/>. Acesso em: 07 jun 2019.

SOARES, P. H. **Reeleição e Estado Democrático de Direito**. Brasília (DF): Planalto, 2004. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/938/R161-14.pdf?sequence=4>. Acesso em: 27 mar 2019.

TRE. Tribunal Regional Eleitoral. **Criação e registro de partidos políticos**. Disponível em: <http://www.tre-mg.jus.br/partidos/criacao-de-partidos/criacao-e-registro-de-partidos-politicos>. Acesso em: 29 mar 2019.

TRE-AC. Tribunal Regional Eleitoral do Acre. **Documentos para o registro de candidaturas.** Disponível em: <http://www.tre-ac.jus.br/eleicoes/eleicoes-anteriores-2/eleicoes-2016/ documentos-para-o-registro-de-candidaturas>. Acesso em: 29 mar 2019.

www.conteudojuridico.com.br

O SISTEMA PRISIONAL E A INEFICÁCIA FRENTE A REINSERÇÃO DO INFRATOR À SOCIEDADE

GABRIEL MENEZES MEDEIROS:
Bacharelando no Curso de Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA

CAUPOLICAN PADILHA JUNIOR

(Orientador)

RESUMO: Este artigo tem como objetivo principal mostrar a realidade do nosso Sistema Prisional Brasileiro, com ênfase no abandono sofrido pelo Estado, buscando também explicitar os direitos inerentes aos condenados, as formas de ressocialização e os seus resultados. Nos capítulos que se seguem é possível encontrar alguns exemplos de desrespeito à Constituição Federal Brasileira assim como os princípios mais básicos dos que ali se encontram.

Palavras-chave: Sistema Prisional Brasileiro; Princípios Constitucionais no Direito Penal; Decadência do Sistema Carcerário; Ressocialização do Apenado.

ABSTRACT: This article aims to show the reality of the Brazilian Prison System, with emphasis on the abandonment suffered by State, also seeks to clarify the rights attaching to convicted, forms of resocialization and results thereof. In the following chapters you can find some examples of disrespect to the Brazilian Federal Constitution as well as the most basic principles of which there are.

Keywords: Brazilian Prison System; Constitutional principles in criminal law; Decay of the Prison System; Rehabilitation of the convict.

SUMÁRIO: Introdução. 1 - Princípios Constitucionais que norteiam a aplicação das penas. 1.1 - Princípio da dignidade da pessoa humana. 1.2 - Princípio da legalidade. 1.3 – Princípio da igualdade. 1.4 – Princípio da individualização da pena. 1.5 – Princípio da humanização da pena. 2 - O sistema carcerário brasileiro. 3 - A reinserção do ex presidiário no mercado de trabalho como meio de ressocialização. 4 - O preconceito com o ex presidiário. 5 – Conclusão. 6 – Bibliografia.

INTRODUÇÃO

As criticas existentes ao Sistema Prisional Brasileiro são retratadas de tempos passados, não vem a ser algo novo. Atualmente, os vínculos de informação trazem para realidade uma parcela superficial do que acontece em tais estabelecimentos, como a sua ineficácia e o desvio de objetivos ocorrido inevitavelmente no que tange ao principal objetivo, a ruína do sistema e a ressocialização do infrator a nossa sociedade.

Neste artigo, será possível perceber o porque de tudo isso, as mazelas que o Sistema falido traz aqueles que ali se encontram e os direitos inerentes a eles que são descumpridos todos os dias.

Este Artigo vem a fornecer informações técnicas de pesquisas criticas, realizadas ao longo dos anos da realidade carcerária atual, mostrar as dificuldades encontradas durante e após o cumprimento da pena existente e os entraves encontrados por quem o vivenciou e ate mesmo vivencia, procura explicar e evidenciar o motivo de tal sistema que tem o caráter educacional e punitivo, que tem a ideia principal de mudar o comportamento e pensamento dos apenados, acaba que, por vez, transformando-os em pessoas ainda mais perigosas e aumentando a desigualdade social como consequência disso.

1 - PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE NORTEIAM A APLICAÇÃO DAS PENAS

Assim como os demais ramos do Direito, o processo de execução penal também é regido por princípios constitucionais, tendo em vista tais princípios configurarem-se como basilares do ordenamento jurídico pátrio, destacando-se sobre as demais normas.

Mister Salintar que o Direto Penal tem como função a imposição de penas das mais diversas naturezas a agentes que cometem tais atos que são vistos como crime e encontram-se descritos no Código Penal Brasileiro, a própria Constituição Federal determina em seu Artigo 5º, XXXIX – "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

É perceptível o encontro entre uma norma constitucional com aplicação no ramo penal, tal fenômeno é conhecido amplamente na doutrina como "Constitucionalização do Direito" e tem como característica fundamental a sua aplicação no que tange a aplicação da pena, tendo em vista o caput do Art. Retrocitado, qual seja: "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".

O fato de um agente encontrar-se sob julgamento de um crime não quer dizer que o direito abstêm-se de ampará-lo, caso viesse a ocorrer, teríamos um caso claro de cerceamento de defesa, que por sua vez configura-se causa de nulidade absoluta processual.

Para Nestor Távora e Rosmar Rodrigues de Alencar (2013, p.1102): "Não é admissível, no processo penal, a falta de defesa". Ao acusado que não tiver condições ou que não constituir advogado, deve ser dado um defensor. Ainda nessa mesma linha de raciocínio, aduz a Súmula Nº 523 do STF: "No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta [...]"

Portanto, em decorrência da constitucionalização do direito penal, não são apenas os princípios próprios que devem ser observados, mas também os princípios constitucionais, que mostram-se imprescindíveis a aplicação de tal direito.

Dentre os diversos princípios constitucionais existentes, destacam-se alguns que serão abordados adiante.

1.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1°, III, da Constituição Federal, é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

De acordo com Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2009, p.86):

> A dignidade da pessoa humana como fundamento da República federativa do Brasil, consagra, desde logo,

> nosso Estado como uma organização centrada no ser humano, e não em qualquer outro referencial [...] A dignidade da pessoa humana assenta-se no reconhecimento de duas posições jurídicas ao indivíduo. De um lado, apresenta-se como um direito de proteção individual, não só em relação ao Estado, mas, também, frente aos demais indivíduos. De outro, constitui dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes.

Se é um princípio fundamental é porque possui o mesmo, como já descrito no nome, um valor fundante da República Federativa do Brasil, portante, caracterizando-se de suma importância, dai advindo seu alto valor "[...] a Constituição tutela a dignidade da pessoa humana, de modo que nem mesmo um comportamento indigno priva a pessoa dos direitos fundamentais que lhe são inerentes (SILVA, 2007, p. 55).

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p.62),

> [...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos

Porém, apesar de sua extrema importância, tal princípio é diariamente desrespeitado, tendo em vista a situação caótica do sistema carcerário brasileiro

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

atual, que comporta atualmente um número quase que triplicado do que poderia receber, ocasionando um ferimento grave a tal princípio, sem contar com as instalações deterioradas, os serviços básicos de higiene quase que inexistentes dentre outros requisitos mínimos que se pode exigir para a vida digna de um ser humano.

1.2 Principio da Legalidade

Previsto no art. 5°, II, dispõe que "[...] ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Consagra-se com isso a idéia de que o Estado se sujeita às leis e, ao mesmo tempo, de que governar é atividade cuja realização exige edição de leis, tem como corolário a confirmação de que o Poder Público não pode atuar nem na ausência de leis e tão pouco a contrario senso. Instar salientar, que não se exclui a atividade discricionária do Estado, tendo em vista que a mesma, não é e nem nunca foi, em hipótese alguma, a ausência de lei, mas sim a possibilidade do Estado agir, conforme os critérios de conveniência e oportunidade, nos limites da lei. De acordo com Rogério Greco citando o doutrinador Paulo Bonavides diz que:

> O princípio da legalidade nasceu do anseio de estabelecer na sociedade humana regras permanentes e válidas, que fossem obra da razão, e pudessem abrigar os indivíduos de uma conduta arbitraria e imprevisível da parte dos governantes. Tinha-se em vista alcançar um estado geral de confiança e certeza na ação dos titulares do poder, evitando-se assim a dúvida, a intranqüilidade, a desconfiança e a suspeição, tão usuais onde o poder é absoluto, onde o governo se acha dotado de uma vontade pessoal soberana ou se reputa *legibus solutus* e onde, enfim, as regras de convivência não foram previamente elaboradas nem reconhecidas. (2004, p. 104).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A necessidade da existência de leis que versam sobre condutas criminosas é mister no sentido de trazer segurança ao ordenamento jurídico e aos cidadãos, no sentido de que o mesmo pode medir ate que ponto sua conduta é considera ilícita a âmbito penal, impondo, desta maneira, deveres e obrigações passíveis de pena.

Segundo Rogério Greco: "Por intermédio da lei, existe a segurança jurídica do cidadão de não ser punido e não houver uma previsão legal criado um tipo incriminador, ou seja, definindo as condutas proibidas (comissivas ou omissivas), sob a ameaça de sanção". (2004, p.106)

Deste modo, torna-se um dos princípios constitucionais basilares do ordenamento jurídico brasileiro, dando ênfase não somente na seara Penal, mas também em todos os ramos do Direito, seja ele público ou particular.

1.3 Principio da Igualdade

É a base fundamental da democracia, também conhecido como Princípio da isonomia, encontra-se consagrado no caput do artigo 5° da Constituição Federal, que garante a todos cidadãos o direito a tratamento igualitário perante o ordenamento jurídico e sendo um dos pilares estruturais da nossa Constituição.

Este princípio determina que seja dado tratamento igual aos que encontram-se em situação equivalente e que sejam tratados de maneira desigual os desiguais, na medida de suas desigualdades.

Para Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2009, p. 110):

> [...] o princípio da igualdade não impede tratamento discriminatório em concurso público, desde que haja razoabilidade para a discriminação, em razão das exigências do cargo. Restrições como estabelecimento de idade máxima e mínima, previsão de vagas exclusivamente para determinado sexo e outras podem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> ser previstas em concursos públicos, desde que as peculiaridades das atribuições do cargo justifiquem.

Conclui-se, portanto, que o princípio constitucional da igualdade, exposto no artigo 5º, da Constituição Federal, é uma norma de eficácia plena, cuja exigência de indefectível cumprimento independe de qualquer norma regulamentadora, assegurando a todos igual tratamento perante a lei, mas, também e principalmente, igualdade material ou substancial.

1.4 Princípio Individualização da Pena

Tal principio encontra-se elencado na Constituição Federal em seu Art. 5º, XLVI ao estabelecer:

> 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;

Tal principio encontra-se presente também na lei de execução penal, em seu Artigo 5º e diz "Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade para orientar a individualização da execução penal."

Para Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino, (2009, p.158): "Significa dizer que o legislador ordinário deverá, ao regular a imposição da pena, levar em conta as características pessoais do infrator, tais como o fato de o réu ser primário, de ter bons antecedentes e etc."

Portanto, a pena deve ser aplicada levando-se em consideração tao somente o autor, que deve ser analisado individualmente, ponderando as condições em que se encontrava e o delito cometido para que, por fim, possa ser imposta a pena adequada ao mesmo.

1.5 Princípio da Humanização da Pena

São diversos os dispositivos contidos na Constituição Federal onde se pode encontrar a presença de tal princípio, o Art. 5º, XLIX diz que é assegurado aos presos o respeito a integridade física e moral, o inciso L assegura o direito das presidiárias de permanecer com seus filhos durante o período da amamentação e um dos principais e mais conhecidos é o encontrado no mesmo artigo, no inciso XLVII, que veda a pena de morte, exceto em caso de guerra, de caráter perpetuo, trabalho forçado ou cruel.

O fato de ao agente ser imputado crime com sentença penal condenatória não quer dizer que abstem-se de direitos, lhe é assegurado os direitos fundamentais não atingidos pela condenação, mesmo porque a pena não tem como objetivo a privação dos direitos fundamentais e nem de outros direitos essenciais a sobrevivência do ser humano.

O Art. 3º da Lei de Execução Penal diz: "Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei. Parágrafo único. Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política".

Por fim, tem-se a conclusão que as penas possuem caráter educacional e educativo e portanto devem ser "humanas" e conter condições que assim a estabeleça tal definição e jamais degradantes e anormais.

2 - O SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

O Sistema Carcerário Brasileiro ainda é considerado arcaico para os parâmetros atuais, os direitos mais básicos dos que ali se encontram são diariamente desrespeitados, a convivência é de extrema hostilidade e o ambiente sempre insalubre.

Segundo LIMA (2011, p.17 *apud* KRUCHINSKI JÚNIOR):

> O Sistema penitenciário brasileiro vive, ao final deste século XX, uma verdadeira falência gerencial. "A nossa realidade penitenciária é arcaica, os estabelecimentos prisionais, na sua grande maioria, representam para os reclusos um verdadeiro inferno em vida, onde o preso de amontoa a outros em celas sujas, úmidas, anti-higiênicas e superlotadas".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Diante do exposto, tem-se por entendido que o Brasil encontra-se em uma realidade totalmente desastrosa no que concerne ao seu sistema carcerário, tendo em vista não haver o mínimo de amparo com os que ali se encontram, vez que os mesmos são cidadãos e são titulares de direitos assim como qualquer outro que esteja em situação diversa, que não preso, porém com menos benefícios. O tratamento desumano e a inexistência de locais adequados para o processo de ressocialização é o que caracteriza o sistema carcerário brasileiro.

Ainda segundo LIMA (2011, p.17):

> [...] outra finalidade de grande importância não mencionada seria a necessidade de fornecer ao preso um aprendizado técnico ou profissional que lhe permita exercer uma atividade laborativa honesta, para que assim se adapte de forma completa à sociedade.

É amplo o entendimento do autor quando retrata o que pode ser a grande saída para a diminuição de reincidência criminal, tendo em vista que, com o aprendizado técnico, o ex-presidiário tem maiores possibilidades de conseguir vincular-se a um emprego de qualidade e também, em consequência disso, a acessibilidade a diversas áreas as quais sem a devida instrução não teriam, o que infelizmente acontece continuamente nos dias atuais.

Assis (2007, p. 74) afirma que:

> [...] as rebeliões e fugas de presos a que assistimos diariamente são uma resposta e ao mesmo tempo um alerta às autoridades para as condições desumanas a que são submetidos, apesar da legislação protetiva existente.

Com a existência de um sistema prisional decadente, aqueles que ali se encontram, acabam que não atingindo a finalidade fim a que tem, resultando em sua grande maioria na realidade que se encontra explícita, e como agravante, os que ali cumprem suas penas acabam não tendo como reivindicar legalmente seus direitos básicos, vez que são ridicularizados e totalmente desacreditados, ferindo

um princípio constitucional que seria o de assegurar a justiça ao alcance daqueles que precisam, tornando assim muitas das vezes esta a única maneira do qual se utilizam para requerer o que lhes é de Direito.

A Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984, retrata explicitamente os direitos dos apenados, dos mais básicos e necessários, quais sejam:

> Art. 12 – A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas;
>
> Art. 13 – O estabelecimento disporá de instalações e serviços que atendam aos presos nas suas necessidades pessoais, além de locais destinados à venda de produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela Administração.

Em consequência à junção dos fatores alarmantes os quais foram anteriormente tratados, entende-se que o Brasil ainda possui uma grande deficiência quanto ao Sistema Carcerário, pois ainda é arcaico e totalmente fora dos padrões necessários para realizar o seu real objetivo, que seria o de reinserir o apenado à sociedade com propósitos diferentes dos quais possuíam.

Segundo dados colhidos pela Human Rights Watch, "embora as condições variem significativamente de um Estado para outro, e de uma instituição para outra, as condições carcerárias no Brasil são normalmente assustadoras. Vários estabelecimentos prisionais mantêm entre duas e cinco vezes mais presos do que suas capacidades comportam. Em alguns estabelecimentos, a superlotação atingiu níveis desumanos com detentos amontoados em pequenas multidões. As celas lotadas e os dormitórios desses lugares mostram como os presos se amarram pelas grades para atenuar a demanda por espaço no chão ou são forçados a dormir em cima de buracos de esgoto."

Ainda de acordo com tal relatório, um dos grandes problemas existentes internamente é o fato de os Distritos Policiais manterem os apenados durante grande espaço de tempo, desviando a função do servidor que tinha como função a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

proteção da sociedade para a de servir como agente penitenciário, tirando das ruas aquele que poderia ser útil em sua função de origem.

Um estudo atual feito pelo Conselho Nacional de Justiça revela que o Brasil possui atualmente um déficit de 170 mil e que para sanar essa falta de vagas seria preciso o investimento de aproximadamente R$ 3 bilhões de reais, algo surreal, tendo em vista a acumulação de tais problemas que, caso antes resolvidos, não estariam em tal dimensão.

Uma das principais soluções seria o investimento público, a necessidade de construção de novos estabelecimentos, com estrutura capaz de garantir a eficácia que é atribuída ao regime carcerário, proporcionando condições de vida dignas e humanas aos que ali se encontram. Outras soluções poderiam ser adotadas, como a revisão de processos os quais já foram cumpridas as penas e o apenado continua em detenção ou até mesmo a aplicação do princípio da insignificância, que por mais estupendo que pareça, é algo que, se devidamente usado, poderia diminuir consideravelmente a população carcerária brasileira, tendo em vista grande parte dos delitos serem de pequena importância.

Em contrapartida, as estatísticas só tendem a aumentar, de acordo com dados apresentados em dezembro de 2009 pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, quais sejam:

Regime Fechado	**Regime Semi-Aberto**	**Regime Aberto**
Homens: 164.685	Homens: 62.822	Homens: 17.910
Mulheres: 9.687	Mulheres: 3.848	Mulheres: 1.548
Total: 174.372	Total: 66.670	Total: 19.458
Provisório	**Medida de Segurança**	**Total Estabelecimentos: 1.806**
Homens: 143.941	Homens: 3.462	
Mulheres: 8.671	Mulheres: 538	
Total: 152.612	Total: 4.000	

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

População do Sistema Penitenciário: 417.112

Vagas do Sistema Penitenciário: 294.684

Secretaria de Segurança Pública: 56.514

Pop. Prisional Nacional Masculina: 442.225 **Feminina:** 31.401 **Total:** 473.626

As instituições carcerárias possuem um alto índice de superlotação, não possuem politicas eficazes de ressocialização do condenado, estes por sua vez, cumprem pena em condições precárias, não possuem estrutura para o atendimento médico, psiquiátrico e outros serviços básicos a saúde.

Os detentos ainda vivem em condições subumanas em meio a grande violência, os agentes destinados a cumprir suas funções são despreparados e violentos, vindo a muitas das vezes participarem direta ou indiretamente de pequenos delitos internos, tal situação somente será revertida quando forem encontrados meios de contornar tais problemas e aplicar o que realmente deve ser feito, o disposto em lei.

A prisão não cumpre a sua função ressocializadora, daí para Bitencourt (2001,p.35): "Os objetivos que orientam o sistema capitalista, exigem a manutenção de um setor marginalizado da sociedade, podendo afirmar que sua lógica é incompatível com o objetivo ressocializador." Bitencourt afirma ainda que (2001, p. 22): "O sistema penal permite a manutenção da estrutura vertical da sociedade impedindo a integração das classes baixas submetendo-as a um processo de marginalização."

O que precisa ser feito é, de imediato, criar políticas de educação e fiscalização mais eficazes quanto a situação de desenvolvimento social brasileiro, tendo em vista a evolução do ser, a mudança de pensamentos delituosos e alternativas para buscar o melhor condicionamento de vida, tendo em vista o atual encontra-se amplamente defasado, razão esta, pela qual, a grande maioria esmagadora procura, nestas alternativas, a ascensão e melhores condições de vida,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

deveres estes que por sua vez deveriam ser oferecidos pelo Estado como forma de Dignidade da pessoa humana.

3 - O DIREITO DO APENADO E DO EGRESSO AO TRABALHO

A Reinserção do ex-presidiário à Sociedade deve ser realizada de maneira que o mesmo possua capacidade de se readequar a realidade fora da instituição ao qual cumpriu sua pena, de modo a estar apto à suprir suas necessidades e colaborar de maneira construtiva e positiva para com a Sociedade.

Todos os que cumprem penas privativas de liberdade estão condicionados à Lei de Execução Penal, de nº 7.210/84, que tem como objetivo, de acordo com o Art. 1º, efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, não obstante disso, os Artigos 28 à 37 da mesma lei, versam sobre o trabalho do condenado, seus direitos e deveres.

O artigo 28 da referida lei garante o trabalho do condenado como dever social e condição de dignidade humana, objetivando a finalidade produtiva e educativa, aplicando-se à organização e aos métodos de trabalho as precauções relativas à segurança e higiene e excluindo o trabalho do mesmo de subordinação as regras impostas pela CLT.

Os artigos 29 e 30 versam sobre a remuneração do apenado, que por sua vez, consiste em não menos que ¾ do salário mínimo, tal remuneração tem como objetivo os elencados no parágrafo primeiro do referido artigo, quais sejam:

> a) À indenização dos danos causados pelo crime, desde que determinados judicialmente e não reparados por outros meios;
> b) À assistência à família;
> c) A pequenas despesas pessoais;
> d) Ao ressarcimento ao Estado das despesas realizadas com a manutenção do condenado, em proporção a ser fixada e sem prejuízo da destinação prevista nas letras anteriores.

Cumpridas as aplicações legais, parte restante da remuneração será posta em caderneta de poupança sendo entregue ao condenado quando posto em liberdade. É precisa salientar que, os serviços prestados á comunidade não possuem caráter remuneratório, de acordo com o Art. 30 da lei supracitada. O 31º artigo disposto na Seção II obriga o condenado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade.

Em suma, vê-se que a realidade retratada nos estabelecimentos prisionais é totalmente diferente do que especifica e lei, tendo como referência tal artigo, sabe-se que a maioria esmagadora não o cumpre, seja por não possuírem as habilidades específicas para o desempenho de tal função ou por mera opção.

Quanto a falta de habilidade específica, é de plena consciência estatal que os que ali se encontram possuem, majoritariamente, um perfil idêntico no que tange a posse de conhecimentos, ou seja, se postos para cumprirem atividade com um grau de complexidade elevado não conseguirão obter êxito primariamente, devido a falta de estudos e realizações de cursos que deveriam, em tese, ser ministrados dentro de tais estabelecimentos, e quando o são, tem caráter ultrapassado não condizente com a realidade atual, deixando então os apenados com conhecimentos defasados no que tange a realidade que irão encontrar fora de tais locais.

A carga horária de trabalho será entre 6 (seis) e 8 (oito) horas diárias de trabalho conforme o disposto no Art. 33, LEP.

O Art. 36 trata exclusivamente do trabalho externo para os que cumprem pena em regime fechado, traça os deveres a serem seguidos e taxa, especificamente, o limite máximo da quantidade de apenados por obra e a quem incumbe a remuneração desse trabalho.

Segundo Claudiana da Silva & Pessoa Mendonça (*apud* A inclusão do ex-presidiário no mercado de trabalho do Distrito Federal, 2011, p.10): "É o processo de reeducar um recluso para o novo convívio em sociedade após o cumprimento de penas designadas pela Justiça, em virtude de o mesmo ter infringido as leis e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

praticado algum delito". Tal definição é tida como a mais correta para o tema em epígrafe, pois engloba o sentido do assunto retratado.

A Lei de Execução Penal aborda com clareza os meios de prestação dos diversos tipos de Assistências impostas ao Estado para disponibilizar ao apenado, dentre elas, encontra-se a de egresso do mesmo, conforme artigo transcrito abaixo: "A assistência ao egresso consiste: Art. 25 – I – Na orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade".

O texto da Lei de Execução Penal é claro ao impor um dever básico do estado com o apenado. Conforme Ricardo Young (2010, p.01):

> [...] O Sistema prisional brasileiro está no limite. Tem capacidade para abrigar 299 mil presos, mas abriga hoje 470 mil pessoas, de acordo com o Departamento Penitenciário Nacional. 45% delas não tem o ensino fundamental completo. Este fato, agregado ao preconceito torna a continuidade no crime a única "opção" para o ex-detento. Por isso, a taxa de reincidência criminal no país chega a 70%, uma das mais altas do mundo.".

Tal fato exposto acima é um dos grandes geradores de problema Social em se tratando dos ex-presidiários, a grande lotação dos centros de detenção e o preconceito, que hoje em dia ainda é muito presente, leva a reincidência criminal.

Para HOUAISS (2003), reinserção pode ser conceituada como: "Ação ou resultado de fazer nova inserção, inserir-se novamente".

Tal conceito mostra o que realmente significa tal palavra, deixando claro seu entendimento, vez que a grande maioria das pessoas possui um pensamento diferente do correto.

O Estado há algum tempo, por meio dos estabelecimentos carcerários, não consegue atingir o seu objetivo com eficácia, sendo possível ser feito um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

julgamento objetivo do total descaso e por vezes a falência do sistema carcerário brasileiro.

Michel Foucault, em sua obra Vigiar e Punir, declara que a prisão não fracassou, pois cumpriu o objetivo a que se propunha: estigmatizar, segregar e separar os delinqüentes (2000, p. 208 e 244).

Portanto, ante ao anteriormente exposto, os detentos, que deveriam ser reabilitados, não têm sua dignidade e os seus direitos preservados nas prisões e, consequentemente, após pagarem sua pena, acabam voltando para a delinquência.

Novamente Foucault (2007, p. 221), contribui para a concretização da idéia alegando que "depois de sair da prisão, se têm mais chance que antes de voltar para ela". Franco (2008, p. 1) vai além e aponta que: "o cárcere é um fator criminógeno, bastando verificar as elevadas taxas de reincidência, que no Brasil variam entre 70 e 80%". Ao observar esses números, fica notório o quanto o sistema penitenciário é falho, acarretando em graves consequências ao detento e, principalmente, à sociedade.

Aduz a Constituição Federal em seu Art. 5º, LXXV que "o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença".

Infelizmente, a situação é catastroficamente presente na sociedade atual, tanto que existem diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça concedendo tal tipo de indenização. Inúmeros são os julgados que concedem a indenização por danos morais decorrentes da prisão além do tempo fixado em sentença, dentre eles destacamos:

Tão nítida é a situação precária do sistema prisional brasileiro, que há diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça concedendo indenização por danos morais a reclusos em condições desumanas, dentre eles destacamos:

TJ-PR - Apelação Cível AC 1767026 PR Apelação Cível 0176702-6 (TJ-PR)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. REPARAÇÃO DE DANOS. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO (SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA) EM RECURSO NO STJ. ERRO JUDICIÁRIO NÃO CONFIGURADO. ATO ILÍCITO INEXISTENTE. **PRISÃO** POR**TEMPO SUPERIOR** AO **FIXADO** NA **SENTENÇA**. ATO ILÍCITO CONFIGURADO. ART. 5.º , LXXV , E ART. 37 , § 6 .º , DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL . ART. 109 DA LEI N.º 7.210 /84. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. DANOS MATERIAIS. LUCROS CESSANTES. CERCEAMENTO DO POTENCIAL DE TRABALHO. DANOS MORAIS. ARBITRAMENTO. APELAÇÃO PROVIDA, EM PARTE. **SENTENÇA** REFORMADA. Tendo a **sentença** criminal e o acórdão da respectiva apelação negado benefício à condenada (sursis), a posterior concessão pelo STJ, em decorrência do exercício do direito recursal, não caracteriza erro judiciário ou ato ilícito capaz de autorizar indenização pelo período em que esteve privada de tal benefício. Entretanto, no caso, além deste fato, constata-se que a autora permaneceu

na **prisão** por **tempo superior** ao **fixado** na **sentença**, por mau funcionamento do sistema judiciário que deveria ter garantido sua imediata liberdade (art. 109 da Lei 7210 /84; arts. 673 e 685 do CPP ; e art. 5º, LXV da CF). Configurada a hipótese de responsabilidade objetiva do Estado (art. 37 , § 6º da CF), sem possibilidade de escusa na inércia ou inadequada atuação da condenada na defesa de seus direitos, impõe-se a indenização prevista no artigo 5 .º , inciso LXXV da Constituição Federal . Devida, então, a indenização por danos morais (arbitrados, para o caso, em R$ 10 .000,00) e materiais, estes referentes à impossibilidade de trabalho da autora, com

> correção monetária e juros legais, além da condenação sucumbencial. Apelação provida em parte.

No ano de 2009, foi criado pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ o programa 'Começar de Novo', com objetivo se reinserir o apenado do mercado de trabalho, bem como fornecer cursos de capacitação profissional e promover a cidadania, destacando-se como um dos mecanismos de utilizados para diminuir a reincidência em atos delituosos.

De acordo com a Cartilha do Empregador, elaborada pelo Conselho Nacional de Jutiça – CNJ:

> O programa funciona com as empresas e instituições disponibilizando vagas no Portal de Oportunidades existentes no site do CNJ. Os tribunais de justiça indicam ao CNJ algum responsável (magistrado, servidor ou outro) que fará a intermediação entre o candidato e a vaga. Esse responsável é o contato, que realizará a seleção de candidatos e encaminhará às empresas e instituições empregadoras. O preso ou egresso interessado em uma oferta de emprego ou curso acessa o portal e consultará se há uma vaga na qual se enquadra. Em caso Positivo, entrará em contato direto com o responsável indicado pelo Tribunal. Jamais o interessado irá diretamente à instituição empregadora.

4 - O PRECONCEITO COM O EX PRESIDIÁRIO

Na realidade atual, é possível perceber que o apenado não só cumpre dentro da instituição carcerária sua pena, fora dela também, o preconceito ainda é muito frequente nessa questão, de acordo com DALL'AGNO, 2010:

> Outra modalidade de pena que o ex-presidiário tem de enfrentar, maior que a perda de liberdade já enfrentada, é a pena acessória, aliada a solidão, a que é relegado pela própria família. Condenado, o homem é abandonado pelos seus filhos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> (por terem mágoa, por terem sido expostos ao papel de filhos de criminosos). A mulher mantém o vinculo e vai reduzindo as visitas até não aparecer mais.

Nota-se que a família é de suma importância para a ressocialização e até mesmo para o período que o apenado fica dentro da prisão, porém, um grande problema enfrentado por ela é o preconceito sofrido quanto a situação. O fato de ter um ente cumprindo o regime privativo de liberdade é ainda muito mal visto pela sociedade, o que acaba levando ao vexame intenso e a humilhações, ocasionando o grupo familiar a abandonar o presidiário com o escopo de evitar o preconceito. Vasconcellos, 2007, afirma que:

> Dessa forma, o preso, no momento em que é posto em liberdade, encontra-se em situação de vulnerabilidade, dado que não ocorre o processo de ressocialização e preparação para a reinserção social. Ademais, o estigma que agora carrega amplifica as dificuldades para sua reinserção.

O fato de o ex-presidiário ter cumprido a pena incumbida a si não extingue totalmente o preconceito vivido, posterior ao cumprimento penal, há a liberdade, e é nela que o apenado percebe a grande dificuldade de reinserir-se na sociedade visto que o preconceito social é um fardo que será carregado por ele durante muito tempo, o que por sua vez, acaba resultando na reincidência criminal. Colméia, 2011, possui o seguinte pensamento:"O ingresso dos familiares de presos nos espaços carcerários acaba por trazer, dados seus procedimentos, constrangimento a quem não foi condenado."

O autor retratou em poucas palavras toda a realidade existente na sociedade atual e em sua grande maioria a realidade é ainda pior, descartando o apenado como se nada fosse, fato este, que por usa vez, é um dos grandes motivos pelo qual o agente volta à criminalidade. Ainda segundo Colmeia, (2011, p.01):

> [...] o cidadão, aos olhos da comunidade, deixa de se apresentar em seus aspectos positivos. Todos o observam

> tão-somente pela lente do fator (tido como) negativo que lhe serve de estigma. A discriminação é latente.

Infelizmente, o pensamento acima esta enraizado no corpo social, a pessoa a qual se encontra cumprindo pena torna-se totalmente desacreditada, como se nada fosse, o pensamento majoritário é muito restritivo quanto a esse grupo, vindo a desestabilizar psicologicamente os ex-presidirários que possuem como objetivo a real mudança.

De acordo com as pesquisas realizadas, pode-se notar que a família é de suma importância para a estadia do apenado no estabelecimento carcerário, porém, o preconceito é ainda maior, o índice de pessoas discriminadas pelo fato de possuir algum ente cumprindo pena de restrição de liberdade é enorme. Isso ocorre porque a sociedade possui um pensamento arcaico quanto a isso, atrapalhando até mesmo na ressocialização posterior a pena.

Insta salientar, que o preconceito é ainda maior com a pessoa que cumpriu pena, este, quando é posto em liberdade, tem como objetivo a obtenção de renda, a mudança de seus antigos hábitos com a finalidade de mudar seu estilo de vida, contudo, o preconceito dificulta e torna tardio o processo de readaptação e reinserção social do mesmo.

A finalidade do cumprimento de pena privativa de liberdade que é imposta pelo Estado é o de reeducar o agente, porém, é totalmente perceptível o fato de que este objetivo não é alcançado. O preso acaba se reeducando, mas de forma inadequada, pois quando chega ao estabelecimento carcerário, encontra leis impostas pelos próprios detentos, vindo a aumentar ainda mais o grau de periculosidade que possuía ao ali adentrar.

Acontece que com isso, as chances ficam ainda mais evidentes de o mesmo, quando cumprir sua pena, volte a criminalidade, devido ao fato de o Estado não cumprir com o dever que deveria existir, que no caso, seria a imposição de estudos, a capacitação profissional adequada com a atualidade dentro de tais estabelecimentos, pois não é suficiente e muito menos compatível com a realidade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

atual os cursos ali ministrados, que em sua grande maioria são de funções que não alcançam uma remuneração ideal para que o mesmo possa utiliza-la para sua sobrevivência.

A Lei de Execuções Penais prevê no Art. 11, IV, que o egresso terá assistência Educacional, portanto, a LEP, apresenta uma seção única, qual seja, Seção V e seus respectivos artigos, que versam sobre a Assistência Educacional, como se pode notar a seguir:

> Da Assistência Educacional
> Art. 17. A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado.
> Art. 18. O ensino de 1º grau será obrigatório, integrando-se no sistema escolar da Unidade Federativa.
> Art. 19. O ensino profissional será ministrado em nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico.
> Parágrafo único. A mulher condenada terá ensino profissional adequado à sua condição.
> Art. 20. As atividades educacionais podem ser objeto de convênio com entidades públicas ou particulares, que instalem escolas ou ofereçam cursos especializados.
> Art. 21. Em atendimento às condições locais, dotar-se-á cada estabelecimento de uma biblioteca, para uso de todas as categorias de reclusos, provida de livros instrutivos, recreativos e didáticos.

O Art. 20 não mais importante que os outros, se empregado corretamente possui grande eficácia, devido ao fato de o egresso poder expandir seu conhecimento, tornar-se conhecedor de técnicas de diversos ramos que podem ajuda-lo a ressocializar-se de maneira diligente, porém, é de conhecimento que o mesmo quase nunca é empregado. Tal seção se corretamente aplicada pode render bons resultados, o que seria de grande valia não só ao apenado, mas também ao meio social a que fazem parte.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A sociedade precisa rever seus conceitos quanto a tal assunto, pois é parte importante na ressocialização do mesmo, necessita mudar o pensamento preconceituoso e tendencioso que possuem com a finalidade de ajuda-los, a mídia tem grande influência na formação de tal idéia, pois tem grande alcance social, e de acordo com Eleonora Rangel Nacif em "A mídia e o processo penal" (2010, ed. 622):

> A função social da imprensa num Estado Democrático de Direito e suas premissas éticas vêm sendo corriqueiramente deixadas de lado, em virtude da frenética busca por maiores índices de audiência e, consequentemente, maior lucro com publicidade. A mídia elege determinados cidadãos, os quais, muitas vezes, nem chegaram a ser réus em processo criminal, e, numa tentativa de substituir os próprios Tribunais, transfere para si a sede do julgamento, prejulgando e crucificando homens e mulheres, não importa se culpados ou inocentes.

Levando tal informação em consideração, vê-se que a mídia assume o papel de grande vilã, pois difunde ideias erradas à grande população que não tem a capacidade de concretizar ideias por si só, formando pensamentos tendenciosos e parciais

5 - CONCLUSÃO

De acordo com o artigo apresentado, percebe-se a fragilidade do Sistema Carcerário Brasileiro e do alcance de seus resultados deixando desamparados, fazendo com que se contribua ainda mais para a reincidência do apenado.

Com isso constitui-se uma afronta aos princípios inerentes a pessoa humana como dignidade e ate mesmo desrespeito com alguns dispositivos previstos na constituição federal brasileira, o desequilíbrio entre o objetivo final e a politica de carceragem atual é alarmante, como foi possível explicitar os egressos não encontram condições alguma de voltar a liberdade, vindo a cometer novamente delitos para a sua subsistência e tantas das vezes acabam morrendo em decorrência da falha aplicação das leis e desvio de objetivos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A falta de recursos, a atual condição dos estabelecimentos carcerários e as leis ultrapassadas contribuem fortemente para que isso venha a acontecer repetidamente, percebe-se ainda, que o assunto acaba entrando em âmbito político porque os que deveriam velar por tal fato desdenham e aparentam não dar a devia importância ao assunto.

É preciso reformular todo o Sistema carcerário brasileiro para que comece a agir com eficácia, mostrando políticas de ressocialização mais presentes, cursos de capacitação a tecnologias atuais e inserindo os egressos na sociedade de modo que o mesmo venham a contribui para o crescimento da mesma, que possam acompanhar a evolução e não voltarem ou até mesmo tornarem-se piores algozes do meio social.

6 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Rafael Damasceno de. A Realidade Atual do Sistema Penitenciário Brasileiro. Revista CEJ, Brasília, nº. 39. Out/dez 2007. Disponível em <http://www.cjf.jus.br/revista/numero39/artigo09.pdf> Acesso em 02 de julho de 2014.

BRASIL. Lei de Execução Penal, Lei Nº 7.210, de 11-7-1984, Vade Mecum Saraiva – 11º Ed. – São Paulo: Saraiva 2011.

LIMA, Érica Andréia de Andrade, Sistema Prisional Brasileiro [monografia]. UNIPAC, 2011. Disponível em: <http://www.unipac.br/bb/tcc/tcc-0f83329cedc24d1ec912bac92e5dc1cb.pdf> Acesso em 25 de junho de 2014

Relatório "O Brasil atrás das grades". Site da Human Rights. Disponível em: <www.hrw.org> Acesso em 23 de janeiro de 2014.

Departamento Penitenciário o Brasil: Dados Consolidados. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/services/DocumentManagement/FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID=%7B0B7E6B14-986A-40A3-A27E-1F604FB2AF41%7D&ServiceInstUID=%7B6DFDC062-4B57-4A53-827E-EA2682337399%7D> Acesso em 25 de maio de 2014

BITENCOURT, Cezar Roberto. "Falência da Pena de Prisão" - Causas e alternativas: 3. ed. São Paulo, 2004.

SILVA, Marisya Souza e. Crimes hediondos e progressão de regime prisional. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

PAULO, Vicente; Alexandrino, Marcelo "Direito Constitucional Descomplicado" 4. Ed. São Paulo, 2009

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues " Curso de Direito Processual Penal" 8.ed Salvador, BAHIA 2013

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 62.

COLMEIA. Z. Família e Cárcere – Os efeitos da punição sobre a unidade familiar e a necessidade de inclusão[monografia]. Boletim do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais, do Júri e de Execuções Penais. Área de Execução Penal 2011. Disponível em: <http://www2.mp.pr.gov.br/cpcrime/boletim86/MonografiaCNPCP.pdf> Acesso em 16 de fevereiro de 2014.

DALL'AGNO, Letícia Lopes. Ressocialização do apenado: A dificuldade no retorno à sociedade[monografia]. UFRS, 2010. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/27344/000764598.pdf?sequence=1> Acesso em 14 de junho de 2014.

VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. Trabalho Prisional e Reinserção Social: Função Ideal e Realidade Prática. Revista Sociologia Jurídica, 2007. Disponível em: <http://www.sociologiajuridica.net.br/numero-5/240-trabalho-prisional-e-reinsercao-social-funcao-ideal-e-realidade-pratica-fernanda-bestetti-de-vasconcellos> Acesso em 17 de julho de 2014.

NACIF, Eleonora Rangel. A Mídia e o Processo Penal. Disponível em: <http://www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/a_midia_e_o_processo_penal__23316> Acesso em 03 de maio de 2014.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

CRISE DE UM PARADIGMA CIVILIZATÓRIO E A CONSCIENTIZAÇÃO DA PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE

PAOLA SOUTO MAIOR:
Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas

LELAND BARROS

(Orientador)

RESUMO: Este artigo tem como objetivo a análise do papel do homem frente a crise ambiental que estamos vivenciando, discutindo o que seria este paradigma, demonstrando os efeitos concretos e futuros da crise existente, contextualizando a conscientização e a preservação ambiental e pontuando a importância de um meio ambiente sadio. Afinal, a educação é o instrumento indispensável na semeação da sementinha da consciência ambiental. O presente faz jus ao método de abordagem indutivo, dentro de um procedimento construtivo e através da documentação indireta, abrangendo a pesquisa documental, visual e bibliográfica. E para este fim, foram utilizados livros, artigos, teses e jurisprudências de casos recorrentes que serviram como parâmetro para a construção deste.
Palavras-chave: papel do homem; meio ambiente; crise; paradigma civilizatório;
ABSTRACT: This article aims to analyze the role of man in face of the environmental crisis that we are experiencing, discussing what this paradigm would be, demonstrating the concrete and future effects of the existing crisis, contextualizing the awareness and preservation Environmental and punctuating the importance of a healthy environment. After all, education is the indispensable instrument in sowing the sowing of environmental consciousness. The present lives up to the method of inductive approach, within a constructive procedure and through indirect documentation, covering documental, visual and bibliographic research. For this purpose, we used books, articles, theses and jurisprudence of recurrent cases that served as a parameter for the construction of this.
Keywords: role of man; environment; crisis; civilization paradigm;

1. INTRODUÇÃO

Aprendemos que antes de atravessar uma rua devemos olhar para um lado e para o outro e se certificar de que é seguro o suficiente prosseguir. Tá, mas e para atravessar a crise desse paradigma civilizatório, para onde devemos olhar? Com quem aprendemos esse tipo de coisa pouco importa, metaforicamente falando, o importante é a informação e o que fazemos com tal.

Desde 2013, na Assembleia Geral da ONU, o presidente do Uruguai, José Mujica, em seu discurso, defendeu a tese de que urge e se impõe uma necessidade

de um novo paradigma civilizatório se quisermos superar a crise global que vivemos e encaminhar a humanidade para um futuro mais promissor. Marco crucial para a "virada de chave ambiental", onde vieram à tona, finalmente, reflexões, estudos e debates a respeito da percepção do ser humano sobre a sua existência terrena dentro da era revolucionária da história da humanidade para com o mundo em que este está inserido.

Entrando em questão também a ideia da sustentabilidade, usada para definir a justificativa das atividades desempenhadas pelo homem a fim de atender às necessidades atuais da sociedade que não comprometem o futuro das próximas gerações, a qual a ideia relaciona-se, diretamente, ao desenvolvimento econômico, preservando os recursos naturais de forma racional para que eles estejam presentes no futuro. Perfeito, não? Não. Pois, cá entre nós, não é bem assim.

Infelizmente o egoísmo e a individualidade ainda orientam as atitudes humanas, ignorando o fato de que a ciência, liberta dos interesses econômicos e com o planeta em mente, pode produzir as soluções que a humanidade necessita para uma vida digna para todos. Um pensamento crítico, voltado pro lado solidário, coletivo, mais responsável e voltado para a simplicidade, daria o *start* em uma revolução.

Ouve-se dizer que devemos apostar nas gerações futuras e que somente essas poderiam "socorrer o mundo", mas se você, assim como eu, está na casa dos vinte e poucos anos, nós SOMOS a geração do futuro, e o que você está fazendo para socorrer esse mundão?

2. SENTA QUE LÁ VEM HISTÓRIA

Que a educação ambiental esteve elencada aos movimentos ambientais é fato, visto que em meados dos anos 70 prevaleciam teses de crescimentos demográficos, econômicos e industriais e do esgotamento dos recursos naturais. Pós publicação do relatório do Clube de Roma e a Conferência das Nacoes Unidas sobre o Meio Ambiente, o enfoque deu-se nas formas de desenvolvimento, não limitando o desenvolvimento econômico em si, mas contendo sua maneira predatória e gananciosa.

Neste final de século, de acordo com o resultando de encontros nacionais e internacionais sobre o tema, o Brasil fora considerado um dos países com maior variedade de experiências em Educação Ambiental, com iniciativas originais que, muitas vezes, se associam a intervenções na realidade local não só pelo Poder Público mas como pela população em sí.

Daí então, com a Conferência Intergovernamental sobre Educação Ambiental realizada em Tsibilisi (EUA), em 1977, iniciou-se um vasto processo em nível global com o enfoque em criar condições que surja uma nova consciência sobre o valor do meio ambiente. Esse campo educativo tem sido fertilizado, virado "moda" como

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

alguns diriam, e isso tem possibilitado a realização de experiências concretas de educação ambiental de forma criativa e inovadora por diversos segmentos da população e em diversos níveis de formação.

Valenti (1984) considera que o termo "meio ambiente" foi utilizado em primeira instância por geógrafos e naturalistas. Tendo sua origem no francês *milieu ambiance*, *milieu* significando "o lugar onde está ou onde se movimenta um ser vivo", e *ambiance* fazendo referência ao "que o rodeia e é utilizado por este ser".

A visão da Educação e Conscientização Pública foi enriquecida também através de Conferências da ONU: sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio de Janeiro, 1992), Direitos Humanos (Viena, 1993), População e Desenvolvimento (Cairo, 1994), Desenvolvimento Social (Copenhagen, 1995), da Mulher (Beijing, 1995), Assentamentos Humanos (Istambul, 1996), bem como pela 19ª Assembleia Geral da ONU (1997). Os planos de ação dessas conferências, bem como o programa de trabalho estabelecido pela Comissão de Desenvolvimento Sustentável em 1996, devem ser implementados pelos governos das nações, pela sociedade civil (incluindo organizações não-governamentais, juventude, empresas e comunidade educacional), pelo sistema das Nações Unidas e outras organizações internacionais. Caminhando alguns anos, chegamos em 1998, com o documento da Conferência Internacional sobre Meio Ambiente e Sociedade, Educação e Consciência Pública para a Sustentabilidade, realizada em Tessalônica (Grécia), que chama a atenção para a necessidade de se articularem ações de educação ambiental baseadas nos conceitos de ética e sustentabilidade, identidade cultural e diversidade, mobilização e participação e práticas interdisciplinares, até então não colocados na mesa para ampla discussão.

Se pararmos para analisar, a decadência do sistema patriarcal, com a ascensão dos movimentos feministas (os quais possuem semelhanças com a luta pela defesa do meio ambiente, originando o termo "ecofeminicídio"), posteriormente com o decaimento da era dos combustíveis fósseis, fontes de energia que impulsionaram o desenvolvimento das indústrias/empresas na era moderna, e por fim, com uma remodelagem nas reflexões, pensamentos, padrões, percepções e nos valores que formam a visão mais concreta da realidade, desencadearam mudanças necessárias no paradigma civilizatório dos últimos anos.

Leonardo Boff (2002), autor renomado no tocante direito ambiental, defende a ideia de que a educação ambiental em si exerce um papel importantíssimo no que se diz respeito ao combate à crise que o mundo está vivendo, por ser semeadora de práticas éticas e ecológicas, podendo ajudar na compreensão do que estamos vivendo de maneira clara, dinâmica e multidisciplinar. Faz-se lembrar de que tudo está interligado, fazendo parte de um único sistema, do todo.

Dias (2003) definiu a Educação Ambiental com o intuito de promover a ampla compreensão da existência e da importância da interdependência econômica,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

politica, social e ecológica da sociedade. Nessa escalada de busca de redirecionamento da conduta humana, de reeducação da sociedade humana, em busca do resgate de valores e criação de outros, surge a ideia-força do desenvolvimento humano sustentável como transformadora de uma sociedade.

Segundo Celso Antônio P. Fiorillo (2010), professor de direito ambiental, mestre e doutor em direito das relações sociais, temos um conceito jurídico indeterminado em se tratando de meio ambiente. Pelas palavras dele, "se houvesse uma definição exata, diversas situações, que normalmente seriam subsumidas na órbita de seu conceito atual, poderiam deixar de sê-lo pela eventual criação de um espaço negativo próprio de qualquer definição".

2.1 Pelo andar da carruagem

Ainda hoje, a irresponsável competição, exploração e dominação dos recursos naturais são ditadores do modelo de desenvolvimento adotados pelas nações em ascensão no cenário político, econômico e social mundial. Somadas com a falta da prática de humanidade, favorecem o agravamento dos problemas oriundos da atual crise ambiental.

O egoísmo, a superpopulação, a falta de empatia, a exploração dos mais pobres, a fome, o desemprego, o consumo de drogas, a roubalheira, violência, o analfabetismo, a poluição, a degradação do meio ambiente, a ignorância do homem, entre outros acontecimentos, são algumas das causas a serem enumeradas dos catastróficos resultados que clamam pela manutenção urgente da vida na Terra.

Há quem diga que as injustiças da vida se justificam pelo abuso da natureza, assim como o da sociedade. Em detrimento das boas relações, o ser humano exercita a cobiça, a inveja, maldade e o individualismo e sepulta, no seu âmago, as práticas virtuosas que sustentam a conduta ética dos homens. Sem esquecer do conceito de meio ambiente que passa a pôr o homem e a perspectiva social como partes integrantes de um mesmo problema.

Os vícios da sociedade contemporânea fez com que os indivíduos voltassem suas atenções ao consumismo exacerbado, à produção em massa, ao individualismo, ao crescimento a qualquer custo e a valorização de determinados segmentos da sociedade a custa dos menos favorecidos. O que ninguém vê é que existe um retrocesso ao se falar em evolução. O homem, sustentado por suas pesquisas científicas, buscou alcançar a glória tecnológica, descobrindo curas e tratamentos para doenças e enfermidades, investindo milhões na confecção de armamentos de guerra, descobrindo novos planetas, viajando pelo espaço em busca de outros sinais de vida, desenvolvendo equipamentos tecnológicos cada vez mais sofisticados, mas sendo impotente em erradicar a pobreza, injustiças sociais,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

desigualdades raciais e de classes, a sede, fome, mau uso dos recursos naturais, os desmatamentos exacerbados ou em controlar a poluição atmosférica.

Não se leva em consideração que o meio ambiente é um bem jurídico que merece grande destaque. Nenhum outro interesse tem difusividade maior do que ele, que pertence a todos e a ninguém em particular, ao mesmo tempo.

A perspectiva ambiental consiste num modo de ver o mundo no qual se evidenciam as interrelações e a interdependência dos diversos elementos na constituição e manutenção da vida. À medida que a humanidade aumenta sua capacidade de intervir na natureza para satisfação de necessidades e desejos crescentes, surgem tensões e conflitos quanto ao uso do espaço e dos recursos.

Certo, mas como se relaciona educação ambiental com a cidadania? Cidadania tem a ver com a identidade e o pertencimento a uma coletividade. A educação ambiental como formação e exercício de cidadania refere-se a uma forma de associar a relação do homem com a natureza, que pressupõe outros valores morais e sociais e uma forma diferente de ver os cotidiano. Ela faz ser visto um processo de aprendizado, que valoriza as diversas formas de conhecimento e forma cidadãos com consciência presente, futura e o mais importante, planetária.

Outro questionamento seria o que tem sido feito em termos de educação ambiental nos dias de hoje? A resposta está no verbo "conscientizar", a conscientização, a troca de informação, mudanças de hábitos sobre temas predominantes como lixo, proteção do verde, uso e degradação dos mananciais e a poluição do ar, por exemplo. No caso das grandes metrópoles existe a necessidade de enfrentar os problemas da poluição do ar, e o poder público deve assumir um papel indutor do processo, observe, "deve", pois sabemos que em se tratando de meio ambiente a responsabilidade é solidária e de todos, não cabendo aqui desculpas e reclamações, ou seja, rompe-se o estereótipo de que as responsabilidades urbanas dependem em tudo só e somente só da ação governamental, e o povo mantem-se passivo.

Segundo Brum (2004), o Estado, por si só, não tem dado resposta com rapidez e eficácia para a satisfação de todas as necessidades públicas, daí a necessidade de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

estimular a participação da sociedade na definição e execução de medidas que visam à melhoria de condição de vida da presente e futura geração.

2.2 O abraço da nossa Constituição

A Constituição Federal possui um capítulo próprio para as questões ambientais (Capítulo VI, do Título VIII), e trata, ao longo de diversos outros artigos, das obrigações da sociedade e do Estado brasileiro para com o meio ambiente, em seu artigo 225, dispõe que o meio ambiente é um bem de uso comum do povo e um direito de todos os cidadãos, das gerações presentes e futuras, estando o Poder Público e a coletividade obrigados a preservá-lo e a defendê-lo, por exemplo, pois sua proteção a todos aproveita e sua degradação a todos prejudica, considerando que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direto fundamental, por ter sua natureza jurídica enquadrada nos direitos difusos, e que se trata de um direito transindividual, ou seja indivisível, de que são titulares pessoas indeterminadas e ligadas entre si por circunstâncias de fato.

Ademais, o meio ambiente ecologicamente equilibrado foi consagrado constitucionalmente como direito fundamental de tríplice dimensão: individual, social e intergeracional (entre gerações), sendo estabelecido como direito da coletividade pela ordem jurídica vigente, o que se revela um avanço para a construção de um sistema de garantias da qualidade de vida dos cidadãos.

Conceitua-se no artigo 3º, inciso I, da Lei nº 6.938 (Brasil, 1981), que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente - PNMA, meio ambiente como sendo "o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas".

Dispondo sobre o assunto, Hugo Nigro Mazzilli (2005, p. 51-52) defende que: "O conceito legal e doutrinário é tão amplo que nos autoriza a considerar de forma praticamente ilimitada a possibilidade de defesa da flora, da fauna, das águas, do solo, do subsolo, do ar, ou seja, de todas as formas de vida e de todos os recursos naturais, como base na conjugação do art. 225 da Constituição com as Leis ns. 6.938/81 e 7.347/85. Estão assim alcançadas todas as formas de vida, não só aquelas da biota (conjunto de todos os seres vivos de uma região) como da biodiversidade (conjunto de todas as espécies de seres vivos existentes na biosfera, ou seja, todas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

as formas de vida em geral do planeta), e até mesmo está protegido o meio que as abriga ou lhes permite a subsistência".

É constitucional o reconhecimento que as questões pertinentes ao meio ambiente são de vital importância para a sociedade, seja porque são necessárias para preservação de valores que não podem ser mensurados economicamente, seja porque a defesa do meio ambiente é um princípio estabelecido na nossa Carta Magna, em seu artigo 170, inciso VI, o qual condiciona a atividade econômica em busca de um desenvolvimento sustentável.

3. CONCLUSÃO

A reflexão a respeito do cotidiano e hábitos do ser humano, marcado pela degradação permanente do meio em que está inserido e do ambiente ao seu redor, desperta uma urgente implementação da educação ambiental na rotina do homem. A dimensão configura-se, de forma desenfreada e desproporcional, que mexe com os "atores" do universo educativo, potencializando o envolvimento dos sistemas de conhecimento, a capacitação e reciclagem de profissionais e a comunidade universitária numa perspectiva interdisciplinar, inserindo, até que enfim, a educação ambiental no meio de todo conteúdo visto como fundamental.

É claro que se faz necessário um conhecimento vasto de entendimentos ético-ambientais, geográficos, sócio-cultural e até mesmo jurídico, posso dizer, de práticas educativas que propiciem a compreensão aclamante, real e crítica da situação em que, não preciso ir longe, nossa Amazônia encontra-se, para despertar atitudes que visem mudanças, cuidado e sensibilidade envolvendo todos: familiares, comunidade, nação e os três poderes.

Não tem para onde correr, só a educação possibilita o entendimento, a empatia para com o todo e a mudança que queremos ver nas pessoas em prol do futuro do nosso planeta. Afinal, a educação é o elemento indispensável para a implementação da consciência ambiental na cabeça de cada um.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, PAULO DE BESSA. 1992. ***Curso de Direito Ambiental: doutrina, legislação e jurisprudência.*** 2ª ed. Rio de Janeiro. Renovar.

ATHIAS, Jorge Alex Nunes. 1993. ***Responsabilidade civil e meio ambiente - Breve panorama do direito brasileiro. Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão.*** São Paulo: RT .

BRASIL. ***Constituição Federal de 1988.*** Promulgada em 5 de Outubro de 1988.

BRUM, Carla. ***A educação ambiental no processo de valorização cultural para a conservação do patrimônio cultural imaterial das comunidades locais.*** 2004. 147 f. Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental) – Universidade do Estado do Amazonas (UEA), Manaus. P. 83-84.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

CAMPOS, DIOGO LEITE. 1985. ***Ambiente e Responsabilidade Civil.*** Porto Alegre. Revista da Associação dos Juízes do RS, 33: 95/112.

FIORILLO, C. A. P., ***Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro***. 2010.

GIL, Antônio C. ***Como elaborar projetos de pesquisa***. 4ª ed.. São Paulo: Atlas, 2002.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DIREITO PENAL: PROGRESSÃO DE REGIME E SUAS CONSEQUÊNCIAS SOCIÁVEIS

ADRIELE DA SILVA VASCONCELOS:
Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - Manaus/AM

MARIA SUELY CRUZ DE ALMEIDA

(Orientadora)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

INTRODUÇÃO

Analisando esse quadro no comportamento da sociedade, pode-se afirmar que trata-se de um problema alarmante, uma vez que, observa-se um aumento avassalador da violência nas grandes cidades, não deixando escapar tampouco as cidades do interior. Logo, visualiza-se a grande importância de estudarmos tal situação, adentrando-se nas normas e políticas de ressocialização daqueles sujeitos que cumprem pena, visto que esses são responsáveis por boa parte dos crimes praticados e reiterados contra a sociedade.

Vale dizer que a maioria das reincidências é decorrida de problemas encontrados no sistema carcerário e também na própria estrutura da sociedade, que não oferece suporte aos que cumprem ou cumpriram penas, e todos esses problemas acarretam dificuldades transformadas em barreiras ao verdadeiro processo de reinserção do indivíduo ao meio social. No que diz respeito ao ideal retratado no princípio da dignidade da pessoa humana, o sistema carcerário é carente de uma política social, o que leva à exclusão dos detentos e à fragilidade de operabilidade de tal princípio por todos os lados bradado.

E buscando responder a seguinte questão: dentre as políticas públicas do sistema penal brasileiro, a progressão de regime como meio pedagógico é medida realmente adequada para a transformação da pessoa humana, considerando os objetivos e a realidade da ressocialização?

O crescimento da criminalidade é um fator que tem gerado preocupação para grande parte da sociedade brasileira. Constata-se o aumento da violência, o que amplia o medo e a insegurança social. A população, por sua

vez, busca formas para se proteger e garantir uma maior segurança. Como consequência do crescimento da prática de crimes contra a sociedade, há o favorecimento ao aumento da população carcerária.

Portanto, é notória a necessidade de conhecer o que prevê a legislação na teoria, conhecer as políticas sociais que existem dentro do sistema e analisar quais seus erros e acertos na busca da finalidade ressocializadora do indivíduo do regime fechado, buscando dessa forma, entender os motivos do sistema penitenciário ter entrado em colapso.

Os Objetivos traçados nesta pesquisa: - Analisar como a progressão de regime pode colaborar com a ressocialização dos presos; Compreender a punibilidade penal no sistema jurídico brasileiro; Analisar as políticas públicas voltadas para a ressocialização de modo a ponderá-las com a realidade do sistema; Verificar se a progressão de regime é medida efetiva de transformação da pessoa humana, analisando suas implicações jurídicas e sociais.

Para a realização do presente estudo, adotar-se-á o método de pesquisa instrumental sócio-jurídica. A pesquisa bibliográfica enfocará a temática a partir dos aspectos histórico e jurídico. Para tanto, será realizada a coleta de instrumentos textuais como: legislações atualizadas, doutrinas pertinentes e publicações de caráter técnico e histórico do tema central ora estudado. Após o levantamento bibliográfico e a análise de documentos serão realizadas leituras e fichamentos para o estudo das questões pertinentes ao tema.

1. A PUNIBILIDADE PENAL

A vida em sociedade enseja que regras sejam seguidas, deveres sejam cumpridos e direitos, respeitados. Pela lógica, um povo sem leis não teria organização suficiente para que fosse possível sua conservação, o caos se instalaria e, logo pereceria. Capez (2010, p. 47) explica que:

> A partir do momento em que o homem passou a conviver em sociedade, surgiu a necessidade de se estabelecer uma forma de controle, um sistema de coordenação e composição dos mais variados e antagônicos interesses que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> exsurgem da vida em comunidade, objetivando a solução dos conflitos desses interesses, que lhe são próprios, bem como a coordenação de todos os instrumentos disponíveis para a realização dos ideais coletivos e dos valores que persegue. Sem tal controle não se concebe a convivência social, pois cada um dos integrantes da coletividade faria o que bem quisesse, invadindo e violando a esfera de liberdade do outro. Seria o caos.

Como apresentado por Capez, a vida em sociedade exige que certos limites sejam impostos para que exista um equilíbrio capaz de conceber a convivência. Sem regras, cada indivíduo agiria conforme seus interesses e, consequentemente, não haveria proteção acerca dos mesmos. O que ocorre é que as leis são necessárias para delimitar onde começam e onde terminam os direitos de cada um dos membros da sociedade, além de estabelecerem deveres. Além disso, é preciso que determinadas condutas sejam tidas como proibidas e, caso realizadas, resultem numa punição pelo descumprimento da ordem.

No mesmo sentido, argumenta Rousseau (2010, p. 35) que:

> [...] além da pessoa pública, temos a considerar as pessoas privadas que a compõem e cuja vida e liberdade são naturalmente independente delas. Trata-se, pois, de discriminar acertadamente os respectivos direitos dos cidadãos e do soberano, e os deveres a cumprir por parte dos primeiros, na qualidade de súditos, do direito natural que devem desfrutar na qualidade de homens. Convém que tudo quanto cada qual aliene em virtude do pacto social de seu poder, de seus haveres, de sua liberdade, seja só a parte cujo interesse à sociedade, todavia, é preciso igualmente convir que só o soberano pode ser juiz desse interesse.

O Estado se constitui em uma pessoa pública e, como tal, deve atuar em favor da coletividade, protegendo a vida, a liberdade e outros direitos inerentes

aos seus cidadãos. Para que isso seja possível, direitos, deveres e proibições são colocados expressamente no conjunto normativo por meio de leis, inclusive as penais. Assim, o Estado, no exercício do Poder Legislativo, passa a elaborar normas que determinam as condutas proibidas, dignas de serem punidas. Tais condutas assim se estabelecem a fim de garantir a ordem social e proteger direitos, sendo passíveis de punibilidade apenas pelo Estado.

Em outros tempos, já houve outras formas de punir os crimes, como 'a justiça pelas próprias mãos'. No entanto, o Estado de Direito exige que determinados procedimentos sejam realizados para que a pretensão punitiva seja legítima.

Nucci (2011, p. 79) assevera:

> Cometida a infração penal, nasce para o Estado o direito-dever de punir (pretensão punitiva), consubstanciado na legislação material, com alicerce no direito fundamental de que não há crime sem prévia lei que o defina, nem pena sem prévia lei que a comine. O Direito Penal, que forma o corpo de leis voltado à fixação dos limites do poder punitivo estatal, somente se realiza, no Estado Democrático de Direito, através de regras previamente estabelecidas, com o fim de cercear os abusos cometidos pelo Estado.

Relevantes apontamentos são colocados pelo autor supracitado, dentre os quais, que o Estado brasileiro se constitui em Democrático de Direito. Isso significa que não apenas deve reger-se por leis, mas que estas são frutos da soberania popular exercida por meio de seus representantes devidamente eleitos. Ou seja, é o próprio povo que determina, de maneira indireta, as condutas que serão consideradas proibidas e puníveis. Essas condutas ilícitas fazem parte da legislação material e jamais poderão ser questionadas se não estiverem previamente estabelecidas, bem como a cominação de suas penas.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso XXXIX, determina que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal" (BRASIL, 2014, *online*). Logo, a Lei Maior do Estado brasileiro estabelece que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

para o questionamento judicial de determinada conduta, esta precisa estar considerada como um tipo penal, juntamente com a respectiva pena que poderá ser aplicada. Quando a conduta se coloca dentro dessa concepção, o Estado passa a exercer o poder-dever de realizar um processo devido e, caso condenado, o agente da conduta será punido.

Apesar do autor ora citado ter colocado como 'direito-dever de punir', esta pesquisa entende que se trata de um poder-dever, já que o Estado não pode se esquivar de tal função. A pretensão punitiva, que só é legitima quando exercida pelo Estado, deve se voltar à proteção da sociedade.

Contudo, cabe destacar as considerações de Tourinho Filho (2010, p. 102):

> Jurisdição é a função do Estado exercida pelo Poder Judiciário, consistente em fazer atuar, com imparcialidade, o direito objetivo. Este estabelece normas disciplinando fatos e relações emergentes da vida em sociedade. Quando surge a lide e se reclama sua solução, cabe ao Juiz indagar, pesquisar e aplicar a norma que rege a espécie. E quando ele assim procede diz-se haver exercido a função jurisdicional. Como *poder*, a jurisdição é uma emanação da soberania nacional. Como *função*, é a incumbência afeta ao Juiz de, por meio do processo, aplicar a lei aos casos concretos. Finalmente, como *atividade*, é toda a diligência do Juiz, dentro no processo, visando a dar a cada um o que é seu (grifo do autor).

Quando o Estado vem a julgar determinada conduta instituída como um tipo penal, ele exerce a Jurisdição. Por meio de um Juiz a demanda é decidida, considerando as previsões legais em cada caso concreto. Como explica o autor, esse poder do Estado nasce da soberania nacional que passa a incumbir o Judiciário, na figura de um Juiz, a atividade e função de aplicar a lei dentro de um processo. Tal entendimento se converge ao art. 5º, inciso LIII da Constituição Federal que apresenta como direito fundamental o juiz natural, nos seguintes termos: "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

competente" (BRASIL, 2014, *on line*). Por conseguinte, a legitimidade para julgar e definir pena nos casos concretos exige que tais atividades sejam realizadas por um juiz em nome do Estado, que, por sua vez, representa o povo.

É preciso salientar que o processo é imprescindível para a realização da punição. O devido processo legal é previsto também no art. 5º da Constituição Federal, inciso LIV, que reza: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (BRASIL, 2014, *online*). Logo, não basta que o Estado julgue as condutas tipificadas, mas precisa atender as regras processuais, sob pena de se tornarem nulos os atos que se afastarem de tais comandos. Assim, realizada uma conduta tipificada, atendendo os ditames do Direito Processual, e, por fim, havendo a condenação, ao Estado surge o poder-dever de punir.

Acerca da punição, Foucault (2004, p. 13) explana que:

> A punição vai-se tornando, pois, a parte do processo penal, provocando várias consequências: deixa o campo da percepção quase diária e entra no da consciência abstrata; sua eficácia é atribuída à sua fatalidade não à sua intensidade visível; a certeza de ser punido é que deve desviar o homem do crime e não mais o abominável teatro; a mecânica exemplar da punição muda as engrenagens. (...) A execução da pena vai-se tornando um setor autônomo, em que um mecanismo administrativo desonera a justiça, que se livra desse secreto mal-estar por um enterramento burocrático da pena. (...) O essencial é procurar corrigir, reeducar, "curar", uma técnica de aperfeiçoamento recalca, na pena, a estrita expiação do mal, e liberta os magistrados do vil ofício de castigadores.

O cenário em que se dirige as palavras deste autor é voltado para o fim do período onde as punições eram realizadas publicamente, por meio de carrascos atuando na execução pública. Esse fato leva ao entendimento de que a execução penal, apesar de não afastar do objetivo de servir como exemplo aos demais indivíduos, deve buscar a reeducação do criminoso, fazendo com que ele repare o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

mal cometido, por meio do cumprimento da pena estabelecida e, nesse processo, passe a ser possível a volta do seu convívio na sociedade sem que cometa novas infrações.

Ressalta-se que no Estado Brasileiro rege a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, volvida para a execução penal. O art. 1º desse dispositivo legal estabelece que "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" (BRASIL, 2014, *on line*). Consequentemente, a punição criminal realizada pela execução penal, ao menos em teoria, deveria ser suficiente para que o condenado pudesse se ressocializar, ou seja, voltar a viver em sociedade, de maneira harmônica, evitando o cometimento de novos crimes. Essa questão, observadas as políticas públicas instituídas no Estado, será melhor analisada em tópico específico desse texto, cabendo, no momento, a compreensão do instituto da punibilidade penal.

A punibilidade penal é considerada um dever-poder do Estado que se fundamenta na manutenção da ordem e no respeito às regras elaboradas indiretamente pelo povo, por meio das leis. Após o devido processo legal, ao Estado cabe a definição de penas e as regras de seu cumprimento, observando o objetivo da ressocialização.

Mirabete (2007, p. 04) afiança que:

> Essas sanções, em princípio, são o ressarcimento dos danos e prejuízos causados pela conduta proibida. Por vezes, porém, tais sanções se mostram insuficientes para coibir determinados ilícitos. Há certos deveres que, por sua transcendência social, devem ser reforçados com outras normas, destinadas a fazer possível a convivência dos indivíduos em sociedade. São deveres que devem ser obedecidos em favor de toda a comunidade, sem o que não poderia existir a paz jurídica. Em caso de infração a esses deveres, a exigência de que se sancione o ilícito transcende a esfera jurídica do interesse particular para afetar a própria

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> comunidade social e política. Nessa hipótese, em que se lesa ou põe em perigo direito que interessa à própria sociedade, o Estado, cuja finalidade é a consecução do bem comum, investido por isso no direito de punir (*jus puniendi*), institui sanções penais contra o infrator.

Nota-se que a execução penal a ser promovida pelo Estado vem a servir como uma proteção aos direitos da própria sociedade. Pode-se entender, com as considerações do autor supracitado, que determinada conduta ilícita não atinge somente a vítima direta da mesma, mas a toda a comunidade por colocar em risco a paz jurídica e a segurança da população. Com essas observações é possível perceber que a execução penal se reveste de valores em prol de todos, sempre almejando o bem comum, sendo este a finalidade do Estado.

Todavia, é preciso considerar que a execução penal se reveste no poder do Estado em realizar a sua forma de interferência mais violenta dos direitos fundamentais individuais, seja ela a restrição da liberdade. Esse poder do Estado, em restringir a liberdade de indivíduos, coexiste com determinadas garantias e direitos estabelecidos no já citado art. 5º da Constituição Federal, a fim de limitar o próprio Estado em proteção a direitos individuais também previstos. Logo, a liberdade da pessoa física passa a ser coagida pelo Estado em prol da segurança.

Nesse sentido, Nucci (2011, p. 999-1000) tece as seguintes considerações:

> Não se pode pretender desvincular da pena o seu evidente objetivo de castigar quem cometeu um crime, cumprindo, pois, a meta do Estado de chamar a si o monopólio da punição, impedindo-se a vingança privada e suas desastrosas consequências, mas também contentando o inconsciente coletivo da sociedade em busca da justiça cada vez que se depara com lesão a um bem jurídico tutelado. Por outro lado, reprimindo o criminoso, o Estado promove a prevenção geral positiva (demonstra a eficiência do Direito Penal, sua existência, legitimidade e validade) e geral negativa (intimida a quem pensa em delinquir, mas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> deixa de fazê-lo para não enfrentar as consequências decorrentes da punição). Quanto ao sentenciado, objetiva-se a prevenção individual positiva (reeducação e ressocialização, na medida do possível e da sua aceitação), bem como a prevenção individual negativa (recolhe-se, quando for o caso, o delinquente ao cárcere para que não torne a ferir outras vitimas).

Os aspectos da execução penal ora apontados demonstram o caráter da pena em múltiplas facetas abrangendo os âmbitos retributivos e preventivos. A repressão às condutas proibidas implanta a proteção de bens jurídicos tutelados a partir da repressão do agente criminoso. Tal fenômeno busca alcançar a prevenção numa esfera geral, servindo como exemplo aos demais indivíduos, como numa esfera individual, abstendo o agente criminoso de realizar novas condutas proibidas. A execução penal ainda deve se revestir de aspectos que proporcionem a reeducação e a ressocialização do sentenciado, tornando estes uma relevante ferramenta da manutenção da ordem e garantia dos direitos tutelados.

Nesse cenário, tem-se que a execução penal é imprescindível aos fins do Estado, a começar pela garantia dos bens tutelados juridicamente e na manutenção da segurança da sociedade. Entretanto, ela precisa se revestir de características que sejam convergentes com os objetivos a ela atribuídos. Não basta, por exemplo, manter um indivíduo em cárcere, se não lhe são proporcionadas as condições necessárias para sua ressocialização. Possivelmente, ao readquirir sua liberdade, voltará a realizar condutas delituosas.

Avulta-se o fato de que o Estado brasileiro não apresenta em seus estabelecimentos voltados à execução penal as características indispensáveis para que essa venha a culminar seus objetivos. Além disso, tem-se que a priorização pelos direitos individuais dos presos, por parte de determinados institutos defensores dos Direitos Humanos, apontam falhas no sistema que passam a colocar os criminosos como verdadeiras vítimas.

Não que os direitos fundamentais das pessoas devam ser eliminados a partir de uma condenação criminal, mas tem-se que a relativização das sanções em prol desses direitos podem acabar comprometendo a verdadeira função da execução penal e, por conseguinte, levando a banalização das condutas proibidas.

Logo, faz-se necessário que estudos acerca das políticas públicas sobre a execução penal a fim de encontrar soluções plausíveis e coniventes com a realidade em que a sociedade brasileira se encontra. Para tanto, o próximo tópico, sob aspectos analíticos e críticos, procura compreender as políticas públicas voltadas para a ressocialização dos presos no Estado brasileiro.

2 A PROGRESSÃO DE REGIME NA LEGISLAÇÃO E NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

A punibilidade no Sistema Penal Brasileiro se insere em contornos estabelecidos no conjunto normativo respectivo e nas políticas públicas adotadas pelo Estado. Dentre as normas relacionadas se encontram o Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940, o Código de Processo Penal, Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941, e a Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984.

Antes de qualquer outra consideração é preciso apresentar o art. 1º, da Lei de Execução Penal, que estabelece: "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" (BRASIL, 2014, *online*). Entende-se por meio desse dispositivo que toda execução penal, considerando as disposições das decisões judiciais, deve proporcionar para que a integração social do condenado e do internado ocorra de forma harmônica. Por conseguinte, o Estado, responsável pela execução penal, deve disponibilizar condições para que o objetivo da punibilidade se materialize, isto é, a ressocialização do condenado.

Para tanto, considerando as conjecturas do Estado Democrático de Direito, o sistema de punibilidade adotado no Brasil deve obedecer às normas respectivas, sob as quais, Nucci (2011, p. 998) afirma que:

> É preciso frisar caber à união, privativamente, a competência para legislar em matéria de execução penal,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> quando as regras concernirem à esfera penal ou processual penal (art. 22, I, CF). Sob outro aspecto, quando envolver matéria pertinente a direito penitenciário, vincula à organização e funcionamento de estabelecimentos prisionais, normas de assistência ao preso ou ao egresso, órgãos auxiliares da execução penal, entre outros temas correlatos, a competência legislativa é da União, mas concorrentemente com os Estados e Distrito Federal (art. 24, I, CF).

Como demonstra o autor Nucci, as normas correlatas à execução penal são de competência da União. No entanto, alguns aspectos relacionados, como os de organização e funcionamento dos estabelecimentos prisionais, vigoram as normas gerais, de competência da União, e as normas que os Estados e o Distrito Federal elaboram, na competência concorrente. Esse entendimento se dá pelo fato de que são os Estados Federados os responsáveis pela administração e organização da execução penal, cabendo a eles, portanto, a produção de regras que se adequem às suas realidades e necessidades, sem que haja desobediência aos comandos da União.

Acrescenta-se ainda que possam existir normas Municipais a esse respeito, considerando que muitas vezes o Município tem participação direta no processo. Mais do que isso, pode-se dizer, que pelo fato do Município ser a esfera de maior proximidade com a sociedade, é capaz de executar políticas públicas específicas, na medida das especificidades locais, principalmente, quando das que possam inserir a comunidade em busca do objetivo de ressocialização.

Há em vigor o Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária, desde 2011, elaborado pelo Ministério da Justiça, por meio do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Destacam-se nesse documento os seguintes termos:

> As políticas públicas demandam uma liderança governamental em todas as instâncias, porém no caso da política criminal e penitenciária, parece que os governos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> não se sentem confiantes na possibilidade de impulsionar significativas mudanças e gerir com bons resultados. Essa descrença, aliada a um oportunismo legislativo e à lucratividade da mídia, alimentam um pernicioso fatalismo e um sentimento de vingança no povo brasileiro. Cresce o ódio de brasileiras/os contra brasileiras/os, é fortalecida a violência institucional e a "justiça" extrajudicial, instituem-se os estereótipos e ampliam-se as instituições e os custos do controle. Essa é uma questão complexa e soluções simples não darão conta de a resolver. Mas não é, e nunca foi, uma questão sem solução. É preciso assumir o controle do sistema penal e dar outra direção para a violência e a criminalidade neste País (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2011, *online*).

É possível perceber que o Estado reconhece a problemática em torno do Sistema vigente no Estado quanto à punibilidade penal. A crise se constitui não apenas quanto ao desinteresse dos governos em trabalhar a questão, mas também aspectos relacionados com a insatisfação da população, o oportunismo legislativo e a incapacidade administrativa dos estabelecimentos respectivos.

Ao considerar a falência do Sistema e o constante aumento da violência, vê-se que as políticas públicas adotadas, visando principalmente a ressocialização dos condenados, estejam falhando e, aos mais severos, chega a se tornar uma verdadeira escola de bandidos.

A superlotação dos presídios, o descaso da sociedade e o desinteresse político em apresentar soluções plausíveis para o problema denotam que as políticas públicas adotadas, sejam elas federais, estaduais ou municipais, não têm trazido resultados suficientes para que sejam consideradas. Prova disso é o grande volume de reincidência, nos mais diversos tipos criminais, por parte de ex-condenados.

O Estado não pode se omitir no poder-dever de julgar e punir aqueles que cometem ilícitos penais. Assim, o Código Penal do Estado brasileiro, de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

vigência em todo o território nacional, em seu art. 32, estabelece que possam existir penas privativas de liberdade, restritivas de direito ou de multa (BRASIL, 2014, *online*).

Ao ter em vista o art. 33 do Código Penal extrai-se a existência de três tipos de regimes compõem a pena de reclusão. O regime fechado, considerado o mais severo, deve ser executado em estabelecimentos de segurança máxima ou média. O regime semiaberto pode ser realizado em colônia agrícola, industrial ou em estabelecimento similar. Já o regime aberto de execução penal se dá em casa de albergado ou estabelecimento que seja adequado para esse fim (BRASIL, 2014, *online*).

A decisão sobre qual regime deverá ser executado diante de uma condenação criminal é conteúdo da sentença que a determina, como explica Greco Filho (2010, p. 317):

> Definirá, fundamentalmente, o primeiro regime de cumprimento da pena privativa da liberdade, segundo os critérios do Código Penal, e se é feita, ou não, a conversão desta em multa, bem como se concede, ou não, o perdão judicial nos casos em que a lei o admite.

A sentença condenatória é composta da fundamentação e do conteúdo. Dentre o seu conteúdo, que cuida da decisão propriamente dita, é determinado o regime inicial do cumprimento da pena, bem como se esta é passível de conversão em multa ou mesmo de perdão judicial.

Do § 2º do art. 33 do Código Penal, destaca-se que é a decisão do juiz que define qual o regime a ser adotado inicialmente no cumprimento de pena, em cada caso concreto, a partir da observação da reincidência, da quantidade de pena e das circunstâncias judiciais. No entanto, o que se evidencia no dispositivo em análise é a progressão de regime das penas privativas de liberdade, que de acordo com a Lei, se dará pelo mérito.

Desse modo, as penas privativas de liberdade, ao serem estabelecidas, deverão obedecer aos critérios legais elencados no § 2º do art. 33, como o seu equitativo, se é superior a oito anos, caso em que se iniciará o cumprimento em

regime fechado, se há ou não reincidência, fator que pode permitir o regime aberto caso não existente e cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos. Além disso, a determinação do regime inicial deve observar também os ditames do art. 59, também do Código Penal, que inclui, em seu inciso IV, a possibilidade da substituição de pena privativa de liberdade por outra espécie (BRASIL, 2014, *online*).

É possível perceber que a lei se apresenta de modo totalmente favorável à progressão de regime e, apesar de apresentar limitações a essa possibilidade, ela certamente predomina. Tal afirmação se demonstra mais evidente quando no § 4º, do art. 33, do Código Penal, a progressão de regime se torna possível diante da reparação do dano ou com a devolução do produto do ilícito praticado, nos casos dos crimes praticados contra a Administração Pública. Certamente, esta previsão legal se diverge gravemente com os preceitos de uma República, pois os crimes praticados contra ela possui um número indeterminado de vítimas, podendo alcançar a toda coletividade. Assim, os crimes que são cometidos contra a Administração Pública, deveriam se consubstanciar em penas severas e rigidez na punibilidade, asseverando o caráter preventivo das penas de modo a inibir o cometimento de crimes.

A progressão de regime é também prevista no art. 112 da Lei de Execução Penal. Esse dispositivo denota a ideia da progressão de regime no cumprimento de pena privativa de liberdade como uma regra, transferindo para um regime menos rigoroso quando observados determinados requisitos. Além dos requisitos subjetivos que deverão ser observados para a progressão de regime, como, por exemplo, o bom comportamento carcerário do condenado, tem-se também o requisito objetivo, sendo este o tempo.

Mesquita Júnior (2010, p. 374) explica:

> Para a concessão de todos os benefícios, o requisito objetivo que estará presente é o de tempo. O cálculo do requisito temporal é simples, mas envolve certo trabalho matemático, visto que exige a realização da operação de divisão. Imagine-se que Tício foi condenado a 5 anos e 6

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> meses de reclusão, iniciando o cumprimento da sua pena em 1º-1-2009. Para ser progredido de regime, ele precisará cumprir 1/6 da pena, ou seja, dividiremos o total da pena por "6", obtendo 11 meses de reclusão (...). Assim, somando 11 meses a 1º-1-2009, a data que Tício poderá ser progredido de regime será 1º-12-2009.

As considerações do autor supracitado apresentam a forma de cálculo que deve ser aplicada para a possibilidade de progressão de regime, quando da pena privativa de liberdade, relativa ao critério objetivo, ou seja, o tempo. É necessário que 1/6 da pena estabelecida na sentença condenatória seja cumprida no regime inicialmente estabelecido para que, posteriormente, seja cabível a progressão de regime.

No que tange aos critérios subjetivos da progressão de regime, Nucci (2011, p.1029) assevera que:

> O cumprimento da pena deve ser concretizado em forma progressiva, passando-se do regime mais severo (fechado) aos mais brandos (semiaberto e aberto). A progressão deve contar dois fatores fundamentais: o cumprimento de pelo menos um sexto no regime anterior (requisito objetivo) e merecimento (requisito subjetivo). Este último deve ser analisado em visão globalizada, envolvendo todos os aspectos possíveis da execução da pena. Por isso, o ideal é contar com a participação de profissionais do presídio, componentes da Comissão Técnica de Classificação, que podem emitir um parecer, recomendando ou não a passagem do regime mais severo (fechado ou semiaberto) ao de menor rigorismo (semiaberto ou aberto).

A partir do entendimento de que o cumprimento de pena deve ser realizado de modo progressivo, os requisitos objetivo e subjetivo deverão ser atendidos para que a progressão de regime não fuja de sua finalidade. Enquanto o requisito objetivo se relaciona ao tempo, o requisito subjetivo se refere ao mérito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

do condenado. Este, que se relaciona com o comportamento do condenado, para sua correta avaliação, traz a necessidade de que os profissionais do estabelecimento prisional onde ele se encontra participem da decisão, por meio de pareceres que venham a recomendar ou não a progressão de regime.

Mesquita Júnior (2010, p. 379) corrobora do mesmo entendimento:

> A disciplina é fundamental no presídio, sendo que, apesar do comportamento, por si só, não representar o mérito do condenado, este é um importante elemento que possibilita o convencimento do Juiz. Um condenado indisciplinado, que pratica várias faltas graves, mesmo que obtenha resultado favorável no exame criminológico, pode ter seu pedido de progressão indeferido, em face da indisciplina.

Conforme assinalado pelo autor supracitado, os estabelecimentos penitenciários são vinculados à disciplina necessária a ser aplicada e exigida aos condenados. Compreende- se que os desvios disciplinares do condenado demonstram a impossibilidade do mesmo usufruir do benefício da progressão de regime quando das penas privativas de liberdade.

É certo que aqueles que convivem diretamente com os condenados, ou seja, os funcionários dos estabelecimentos prisionais, são aqueles que poderiam melhor dizer se determinado condenado estaria apto ou não para voltar a conviver em sociedade, concretizando o objetivo da ressocialização. No entanto, salienta-se que tal tarefa a ser realizada por essas pessoas se encontra sujeita a falhas, que podem estar vinculadas a atos de corrupção ou displicência dos agentes carcerários,

É preciso ainda atentar para o fato de que a Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, que cuida dos crimes hediondos, estabelece em seu art. 2º, § 2º que "A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente" (Brasil, 2014, *online*). Logo, a legislação especial, voltada para o tratamento a ser dirigido aos crimes hediondos e outros a estes equiparados, aumenta o tempo de cumprimento de pena para

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

que seja possível a progressão de regime, tornando esse tempo ainda maior nos casos de reincidência. Observa-se ainda que a progressão de regime é medida que só ocorrerá quando determinada pelo juiz e, ainda, motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do Defensor.

Portanto, tem-se que a progressão de regime no sistema punitivo brasileiro se apresenta como uma medida baseada no intuito da ressocialização do condenado. Para que seja possível a sua implementação, é necessário que se cumpra os requisitos objetivo e subjetivo, determinados em Lei. Contudo, esse benefício a ser concedido aos condenados carece de maior análise, inclusive quanto à sua aplicabilidade como meio pedagógico para a transformação da pessoa humana.

3 A PROGRESSÃO DE REGIME COMO MEIO PEDAGÓGICO E DE POLÍTICA PÚBLICA PARA A TRANSFORMAÇÃO DA PESSOA HUMANA INSERIDA NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

A atual situação de falência do Sistema Penal Brasileiro associada aos preceitos da dignidade da pessoa humana têm resultado numa série de medidas por parte do Estado que buscam reduzir o número de condenados nos estabelecimentos prisionais. Dentre essas medidas estão a conversão da pena e a progressão de regime.

Masson (2009, p. 538) afirma sobre a progressão de regime:

> A progressão de regime prisional integra a individualização da pena, em sua fase executória, e destina-se ao cumprimento de sua finalidade de prevenção especial, mediante a busca da preparação do condenado para a reinserção na sociedade.

De acordo com a concepção apresentada por Masson, a progressão de regime é uma medida que visa preparar o condenado para a sua ressocialização, consubstanciando-se na individualização da pena. Com isso, pressupõe-se que o condenado que recebe o benefício da progressão de regime está apto para voltar ao convívio em sociedade sem que volte a cometer novos crimes, ou seja, o Estado alcançou seu objetivo da ressocialização.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Pode-se afirmar que, como colocado pelo autor ora citado, a progressão de regime vem a materializar a individualização da pena por considerar entre seus requisitos o fator subjetivo, seja ele o mérito do condenado. Entretanto, ao verificar as reais condições de cumprimento de pena nos estabelecimentos prisionais, como a superlotação, a falta de estrutura, a ausência de programas educacionais, a falta de interação da comunidade, entre outros, é difícil acreditar que a ressocialização acontece de forma geral.

De acordo com o Relatório de Visita de Inspeção Prisional no Estado de Goiás (2012, p. 25) a manutenção de uma Agência Goiana do Sistema de Execução Penal-AGSEP "pode ser considerada um retrocesso político-administrativo". Além disso, o Relatório apresenta apontamentos negativos no Sistema em praticamente todas as unidades prisionais inspecionadas, como no caso na cidade de Jataí/GO:

> O Centro de Inserção Social de Jataí merece pronta atenção das autoridades públicas. É inadmissível o quadro de superlotação ali verificado. A estrutura física é igualmente deficiente. Como proposição, sugerimos a representação ao Juiz da Execução, para a interdição progressiva do estabelecimento, consistente na limitação à entrada de novos presos e no esvaziamento gradual da unidade, até que se alcance um patamar digno, fixado pelo próprio juízo. Recomenda-se ainda a expedição de ofício à Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça de Goiás, ao Conselho Nacional de Justiça e ao Conselho Nacional do Ministério Público, dando-lhes ciência da grave superlotação da unidade e da postura do magistrado e dos representantes do Ministério Público locais, no sentido do descumprimento peremptório da substituição prevista em lei (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2012, p. 26).

Conforme o referido documento, existem unidades prisionais no Estado de Goiás que estão em condições que são consideradas pelo órgão próprio, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, como inadmissíveis, o que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

torna esse estabelecimento como incapaz de proporcionar condições de dignidade aos presos. Nota-se ainda que o Relatório passa a recomendar, inclusive, a interdição progressiva do estabelecimento, visando o esvaziamento gradual da unidade.

Em vista desse quadro, que não se limita à unidade prisional de Jataí, pois muitos outros Municípios do Estado de Goiás se apresentam em condições semelhantes, é possível considerar que há um descaso por parte do Estado, e suas políticas públicas, que afrontam diretamente com os objetivos da punibilidade penal e, inclusive, contra os preceitos da dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana, mais do que um princípio, é um fundamento do Estado brasileiro, que, nos termos do art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, não pode se afastar de indivíduos que estejam nas unidades prisionais para cumprirem a pena.

Nesse sentido, Martins (2012, p. 125) assevera que:

> Reconhecer a dignidade da pessoa humana como um valor supremo, um valor fundante da República, implica admiti-la não somente como um princípio da ordem jurídica, mas também da ordem política, social e econômica. Isto nos remete à noção de que conhecer a dignidade da pessoa humana como fundamento da República significa admitir que o Estado brasileiro se constrói a partir da pessoa humana, e para servi-la. Implica, também, reconhecer que um dos fins do Estado brasileiro deve ser propiciar as condições materiais mínimas para que as pessoas tenham dignidade. Em outra perspectiva, diríamos que a dignidade da pessoa humana passou expressamente a integrar a "fórmula política" da Constituição brasileira. Na verdade, a fórmula política define e delimita a identidade da Constituição, à estaticidade do instrumento formal, permitindo a atualização da Carta frente à nova realidade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> constitucional, como também serve de limite para a interpretação, conferindo-lhe estabilidade.

A ideia que consubstancia a dignidade da pessoa humana insere ao Estado o dever de proteger os indivíduos de modo a garantir as mínimas condições para todos aqueles que se encontram sob o seu manto. Essa concepção engloba, inclusive, os indivíduos condenados pela Justiça Penal e que estejam cumprindo pena em estabelecimentos prisionais.A concepção da dignidade da pessoa humana apresentada por Martins, denota que esse princípio não se limita à ordem jurídica, mas se impõe, inclusive, na ordem política, social e econômica. Nessa linha, ao considerar as políticas públicas acerca da ressocialização dos condenados no Estado brasileiro, entende-se que a dignidade da pessoa humana deve ser o corolário das medidas adotadas, consistindo-se num princípio indissociável de qualquer ser humano.

O Pacto de São José da Costa Rica, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, por meio do Decreto nº 678 de 1992, apresenta os seguintes termos:

> Artigo 5º - Direito à integridade pessoal
> Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos e degradantes. **Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano**. A pena não pode passar da pessoa do delinquente. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e devem ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento. **As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados** (grifo nosso) (BRASIL, 2014).

O fato de o Brasil passar a fazer parte desse Pacto, também denominado de Convenção Americana sobre Direitos Humanos, enseja que o Estado tenha

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

como valor supremo a dignidade da pessoa humana, inclusive com relação aos condenados penalmente. A determinação de que a dignidade da pessoa humana se vincula à pessoa privada de liberdade e, também, que a finalidade dessa privação, como pena, deve ter por fins precípuos a reforma e também a readaptação social dos condenados.

Diante de tais observações, aliadas às reais condições dos estabelecimentos prisionais, Nucci (2011, p. 1026-1027) assevera:

> A lotação do presídio deve ser compatível com sua estrutura e finalidade, havendo o controle por parte do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (art. 85, LEP). Esse é outro ponto extremamente falho no sistema carcerário brasileiro. Se não houver investimento efetivo para o aumento do número de vagas, respeitadas as condições estabelecidas na Lei de Execução Penal para os regimes fechado, semiaberto e aberto, nada de útil se poderá esperar do processo de recuperação do condenado. Na verdade, quando o presídio está superlotado a ressocialização torna- se muito mais difícil, dependente quase que exclusivamente da boa vontade individual de cada sentenciado.

De acordo com Nucci, a superlotação dos estabelecimentos prisionais, uma realidade no Sistema Penal Brasileiro, faz com que a finalidade das penas privativas de liberdade se torne incompatível. Diante dessa característica das unidades prisionais, de responsabilidade do Estado, a ressocialização do condenado, se apresenta praticamente impossível, pois não há condições para que isso ocorra. Desse modo, a recuperação do condenado, quando acontece, se deve exclusivamente ao próprio condenado, já que o Estado não colabora para a finalidade que ele mesmo impôs ao cumprimento de pena privativa de liberdade dos condenados pela Justiça Criminal.

A finalidade de ressocialização dos condenados deve ser buscada no cumprimento de penas em todos os estabelecimentos prisionais. Ela converge

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

tanto para a materialização da dignidade da pessoa humana como para a efetividade da segurança pública. Para que a ressocialização seja concretizada, o Estado deve proporcionar condições que realmente venham a favorecer a volta do convívio social, e não uma mera progressão de regime de cumprimento de pena para o esvaziamento dos estabelecimentos prisionais.

O Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária (2011, p. 01) destaca a seguinte posição:

> (...) criar uma nova espiral, da cidadania e da responsabilização: reduzir as taxas de encarceramento, descriminalizar condutas, ter modelos distintos de prisões para cada segmento, combater a seletividade penal, buscar menos justiça criminal e mais justiça social, investir na justiça restaurativa, empoderar a população para busca de solução dos conflitos, priorizar as penas alternativas à prisão, eleger o sistema prisional como problema central, fortalecer o Estado na gestão do sistema penal, combater todos os níveis da corrupção, enfrentar a questão das drogas nas suas múltiplas dimensões (social, econômica, de saúde, criminal), fortalecer o controle social sobre o sistema penal e ter política, método e gestão específica para o sistema prisional.

A direção escolhida pelas políticas públicas para a problemática em questão busca, inicialmente, reduzir as taxas de encarceramento. Uma das medidas a serem utilizadas em favor desse propósito é a progressão de regime, já prevista legalmente. No entanto, tem-se que para essa medida funcionar adequadamente, outros objetivos do Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária devem estar em execução, como, principalmente, o investimento na justiça restaurativa. Tal afirmação se funda no entendimento de que não adianta a progressão de regime se durante o cumprimento inicial das penas os condenados não usufruírem de condições favoráveis à ressocialização.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Por certo, a progressão de regime é um benefício oferecido ao condenado de modo a priorizar a individualização da pena, consubstanciando-se num meio de materialização do princípio da dignidade da pessoa humana. Porém, caso a ressocialização não seja realizada, perde-se, em parte, os reais objetivos da punibilidade. Nessa linha, cabe demonstrar as considerações de Nucci (2011, p. 999-1000), para o qual:

> Não se pode pretender desvincular da pena o seu evidente objetivo de castigar quem cometeu um crime (...). Por outro lado, reprimindo o criminoso, o Estado promove a prevenção geral positiva (demonstra a eficiência do Direito Penal, sua existência, legitimidade e validade) e geral negativa (intimida a quem pensa em delinquir, mas deixa de fazê-lo para não enfrentar as consequências decorrentes da punição). Quanto ao sentenciado, objetiva-se a prevenção individual positiva (reeducação e ressocialização, na medida do possível e da sua aceitação), bem como a prevenção individual negativa (recolhe-se, quando for o caso, o delinquente ao cárcere para que não torne a ferir outras vitimas).

Percebe-se que a ideia do poder-dever da punibilidade do Estado sobre aqueles indivíduos que cometem crimes se configura tanto na prevenção como na repressão. Ao assumir esse papel, o Estado chama para si não apenas o dever o de punir, de reprimir o delinquente, mas também de proporcionar condições para que o mesmo não volte a cometer crimes, ou seja, trabalhar pela ressocialização dos condenados.

A ressocialização, vinculada ao princípio da dignidade da pessoa humana, é necessária e torna-se um importante instrumento na prevenção de novos crimes e da reincidência. No entanto, as condições reais dos estabelecimentos prisionais e das políticas públicas empregadas tornam a ressocialização um termo abstrato, considerada como efetivada sem que nada tenha sido feito para isso.

CONCLUSÃO

A situação do Sistema Penal Brasileiro não propicia a ressocialização. Portanto, o benefício da progressão de regime não se consubstancia como meio pedagógico e de política pública eficaz para a transformação da pessoa humana inserida no Sistema Penal Brasileiro. O Estado não oferece condições para que a ressocialização se materialize, sendo, então, utilizada apenas como meio de esvaziamento das unidades prisionais, sem que se considerem as reais possibilidades do indivíduo voltar a cometer crimes de qualquer natureza.

A Constituição Federal de 1988 estabelece que a República Federativa do Brasil se configura como um Estado Democrático de Direito. Por conseguinte, os representantes do povo, eleitos de forma legítima e no exercício da soberania, elaboram o ordenamento jurídico, que deve regular as relações sociais para que seja possível a manutenção da ordem, da paz e do próprio Estado.

Dentre as normas do ordenamento jurídico estão as relativas aos tipos penais e às punibilidades deles decorrentes. O Estado, responsável pelo julgamento e também pela punibilidade, deve propiciar condições para que o cumprimento das penas estabelecidas nos casos concretos seja revestido tanto de aspectos preventivos como repressivos.

Diante disso, a finalidade do cumprimento de penas que se destaca é a ressocialização dos condenados. Esta se faz imprescindível para que a volta ao convívio social do condenado se dê de forma harmônica, isto é, que o condenado possa ter sua liberdade restituída, tendo por consciência que não deve cometer novos crimes, num cenário que torne possível o seu retorno ao convívio social.

Um dos benefícios em vigor disponibilizados aos condenados criminalmente é o da progressão de regimes. Essa medida, considerados os requisitos objetivo, de tempo, e subjetivo, de mérito, possibilita que o meio do cumprimento da pena imposta seja amenizado de forma gradativa, passando de um regime mais rígido para outro menos severo.

No entanto, as condições atuais do Sistema Penal Brasileiro se encontram em estado crítico, não proporcionando condições dignas aos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

condenados dentro das unidades prisionais e, muito menos, apresentando possibilidades compatíveis com a ressocialização.

Assim sendo, a progressão de regime não tem sido utilizada como forma de materialização da ressocialização dos condenados e tampouco garante as funções preventivas e repressivas da punibilidade penal. Na verdade, essa medida tem sido aplicada como meio de esvaziamento das unidades prisionais, diante da superlotação dos estabelecimentos prisionais, colocando de volta ao convívio social pessoas delinquentes que não estão preparadas ou não foram reeducadas de maneira adequada. As políticas públicas, principalmente as federais, reconhecem o problema, contudo, não apresentam iniciativas que sejam efetivas para uma efetiva solução.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 05 de Outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 22 de Março de 2014.

Decreto nº 678 de 06 de Novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 20 de Abril de 2014.

Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de Dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 11 de Março de 2014.

Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 11 de Março de 2014.

Lei nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em 23 de Março de 2014.

Lei 8.072, de 25 de Julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em 15 de Abril de 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FOUCAULT. Michel**. Vigiar e Punir**: Nascimento da Prisão. 28 ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da Pessoa Humana**: Princípio Constitucional Fundamental. 1 ed (ano 2003), 7 reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**: Parte Geral : Esquematizado. 2 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa. **Execução Criminal**: Teoria e Prática: Doutrina, Jurisprudência, Modelos. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2011. Disponível em: <file:///I:/recupera%C3%A7%C3%A3o/Sim%C3%A9iah/Plano%20Pol%EF%BF%BDtica% 20Criminal%20e%20Penitenci%EF%BF%BDria%20-%202011.pdf>. Acesso em 14 de Abril de 2014.

Relatório de Visita de Inspeção Prisional no Estado de Goiás. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2012. Disponívelem: <file:///I:/recupera%C3%A7%C3%A3o/Sim%C3%A9iah/2012Relat%EF%BF%BDrio Goi% EF%BF%BDs.pdf>. Acesso em 19 de Abril de 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18 ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2005. 5 reimpr. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 7ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social**. 2 ed. Leme: CL EDIJUR, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de Processo Penal**. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

OS DANOS DECORRENTES DAS DOENÇAS OCUPACIONAIS ADVINDAS DA RELAÇÃO DO TRABALHO E O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS

RISIA DAMARES RAMOS PINTO:
Bacharelanda do curso de Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas-CIESA.

MARIA LENIR PINHEIRO
(Orientadora)

Resumo: Este ofício de teor dedutivo, bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial, visa tecer considerações aos danos decorrentes das doenças ocupacionais obtida no ambiente de trabalho e posicionamento do judiciário frente a responsabilidade do empregador na teoria objetiva, amparados na Lei 8.213/1991 e Nexo Técnico Epidemiológico (NTEP), o art.7º XXVIII/CF, estabelece o direito a benefícios ao INSS. Verificam-se as situações danosas e suas consequências que atingem as funções do trabalhador no seu serviço, ocasionando no afastamento de suas atividades laborais. Cabendo aos tribunais analisar os danos e perspectivas legislativas para o assunto. Visando promover um ambiente laboral sadio com condições dignas ao trabalhador.

Palavras-Chave: Doença Ocupacional; Acidente de Trabalho; Responsabilidade Civil.

Abstract: This office of deductive, bibliographical, doctrinal and jurisprudential content, aims to weave considerations to the damage resulting from occupational diseases obtained in the work environment and Positioning of the judiciary in the face of the employer's responsibility in objective theory, supported by law 8.213/1991 and epidemiological technical Nexus (NTEP), art. 7TH XXVIII/CF establishes the right to benefits to THE INSS. It is verified the harmful situations and their consequences that reach the functions of the TrabAlker in their service, causing the removal of their work activities. It is up to the courts to analyse the damage and legislative perspectives for the matter. Aiming to promote a healthy working environment with conditions worthy to the worker.

Keywords: Occupational disease; Accident at work; Civil liability.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. BREVE HISTÓRICO DAS DOENÇAS OCUPACIONAIS. 2. DOENÇAS OCUPACIONAIS. 2.1 LER/ DORT- Lesões por esforço repetitivo ou Distúrbios Osteomusculares Relacionado ao Trabalho. 2.2 Sintomas. 2.3 LEI 8.213/1991 Estabelece a Equiparação entre o Acidente de Trabalho e Adoecimento Ocupacional. 3. DANO MORAL, MATERIAL O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS. 3.1 Dano Moral. 3.2 Dano Material. 3.3 Posicionamento dos Tribunais. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

A busca por melhorias de condições de trabalho e na seguridade dos direitos dos trabalhadores dentro do contexto de doenças ocupacionais, esta pesquisa tem a motivação exercida pela observação pela autora pelo elevado casos crescentes de doenças ocupacionais adquiridas no espaço de trabalho por funcionários de diversos segmentos da economia. Observou-se que o trabalhador ao desempenhar determinada atividade ou pofissão em local hostil, realizando atividade de risco físico e ergonômico durante o período de contrato de trabalho, relacionadas com movimentos repetitivos, intensos, sem descansos, adquirem patologia esterificas e antemão conhecidas, onde causam geralmente a redução da capacidade laboral.

Constatando que houve a lesão profissional pelo labor em condições improprias, implicará ao empregador a configuração do ato ilícito e a obrigação de reparar o dano, independente de culpa, ensejando a responsabilidade objetiva civil pelo exercício da prática de risco à saúde e a integridade física e moral. No enfoque pretende-se ressaltar sobre o arsenal de normas jurídicas que amparam a caracterização das doenças ocupacionais, tais como: o nível de risco de atividade; o cumprimento de normas regulamentadoras pela empresa; a consequente reparação pelo dano pelo fato de o trabalhador ter contraído a doença por esforço repetitivo por procedimentos ou outro inadequado e as tomadas de medidas preventivas nas áreas de segurança, saúde e higiene no ambiente de trabalho.

Este artigo tem como intuito a análise, os danos decorrentes das doenças ocupacionais advindas da relação do trabalho e o posicionamento dos tribunais, a parte do setor jurídico dedicado a possibilidade de indenização dos danos morais e danos materiais decorrente do adoecimento ocupacional ao trabalhador submetidos a condições inadequadas do ofício, destacando a equiparão do instituto ao acidente de trabalho e o Instituto do Anexo Técnico Epidemiológico-INTEP, reconhecido pela Lei n.8.213/91, em observação aos artigos 20 e 21 desta Lei. Enfatizando aqui a importância de reparação disposta nos artigos 949 e 950 do Código Civil Brasileiro, considerando a perda da capacidade de trabalho, em todas as suas várias formas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

1 BREVE HISTÓRICO DAS DOENÇAS OCUPACIONAIS

A Organização das primeiras indústrias, período de profundas alterações tecnológicas são iniciadas com o advento Revolução Industrial, sendo uma catástrofe para a classe trabalhadora, dadas as condições subumanas nas quais se desenvolviam as atividades fabris. Os acidentes de trabalho e as doenças eram muito comuns nessa época, devido as substâncias e ambiente hostis geravam grandes números de doentes e mutilados.

Sobre isto Camisassa (2016, p.01) diz:

> Via-se também, a utilização em massa de mulheres e crianças, (a maior mão de obra masculina trabalhava nas minas de carvão), todas elas submetidas a jornadas exaustivas de trabalho, que não raro chegava a quatorze ou até dezesseis horas de trabalho diário.

Expõem que por volta de 1870 é que se tem a notícia da instalação da primeira indústria têxtil no Brasil, sendo o estado de Minas Gerais (CAMISASSA, 2016). E somente vinte anos depois é que surgiria no Brasil um dos primeiros dispositivos legais à proteção do trabalho, entorno de 1891, com o Decreto nº.1313, de 1891 que tratava sobre a proteção do trabalho de menores. Os adultos não eram abrangidos por esse decreto, estávamos nos primeiros anos de república velha e o Brasil iniciava seus primeiros passos, ainda bastante lento, em direção à proteção do trabalho.

Para Loureiro (2016, p.01) por volta de 1970:

> As doenças ocupacionais passaram a serem vistas com a importância que merecem. Uma das razoes dessa mudança era o crescimento da classe médica e da indústria no país, o que aumentou consideravelmente distúrbios relacionados a agentes físicos, químicos e térmicos. Começou-se a ver um padrão em trabalhadores que lidavam com poeiras, radiação, solventes ou ruídos.

Prosseguindo na década de 80, onde ficou marcado a difusão da informática nas empresas brasileiras, ocasionando novas doenças ocupacionais referente a riscos ergonômicos, como LER, DORT e com a pressão industrial, multiplicaram-se as doenças de caráter psicossocial, como depressão, estresses, ansiedade (LOUREIRO, 2016), e cita que com a crescente demanda judicial na esfera

trabalhista, ocasionadas pelo surgimento e agravamento de doenças ocupacionais nos trabalhadores.

Busca-se na própria legislação, a solução que possa identificar de forma mais amena, o início de um desconforto seja físico ou psicológico, para que futuramente não gere uma lesão, seja ela de qualquer forma negativa, a qual venha compreender a saúde corporal do trabalhador, objetivando a promoção de melhor qualidade de vida para o operário, já que a saúde garante o progresso, a motivação, satisfação e o bem estar.

> Entender que a prevenção deverá que partir tanto do trabalhador, quanto do empregador, visando eliminar as exposições inadequadas e inseguras no local de trabalho, e evitar os imprevistos e riscos, tais como: a perda da incapacidade, lesões, bem como a perda da dignidade (LOUREIRO, 2016, p.01).

Em atributo ao trabalho, somo impulsionados obrigatoriamente para execução das atividades laborais, as quais levam a adquirir lesões corporais, através de movimentos repetitivos, que geram inflamações nas estruturas osteomusculares, que são LER/DORT, responsáveis por mais de 30 moléstias, entre as mais comuns, a bursite, tendinite e síndrome do túnel do carpo.

Desta forma, as reflexões do presente tópico, visa contribuir com a sociedade e sobre a importância de ficarmos atentos sobre os riscos prejudiciais, decorrentes pelas as más condições diárias a que estamos expostos, enfatizar quanto à melhoria de ergonômica, proporcionar aos trabalhadores melhores condições em seu ambiente de trabalho, para que possam exercer suas funções laborais com segurança.

2 DOENÇAS OCUPACIONAIS

Antes de adentrar no assunto, é necessário definir-se a diferenças entre as doenças ocupacionais e doenças profissionais para o melhor entendimento do tema. As moléstias de evolução lenta e progressiva, com origem de causas igualmente gradativas e muitas vezes irreversível, vincula-se ás más condições do trabalho.

É definida ocupacionais, nas palavras de Vassole (2016, p.10) a doença ocupacional ou profissional estar definida pelo artigo 20, I da Lei nº.8.213 de 24 de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

julho de 1991 como "a enfermidade produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social".

> As doenças profissionais, conhecidas também com o nome de "idiopáticas" "ergopatias", "tecnopatias" ou "doenças profissionais típicas", são produzidas ou desencadeada pelo exercício profissional peculiar de determinada atividade, ou seja, prescindem de convocação de nexo de causalidade do trabalho, porquanto há uma relação de sua tipicidade, presumindo-se, por lei, que decorrem de determinado trabalho. Tais são causadas por microtraumas que cotidianamente agridem e vulneram as defesas orgânicas e que, por efeito cumulativo, terminam por vencê-las, deflagrando o processo mórbido (MONTEIRO; BERGANI, 2000, p.15).

Desta forma, o referido artigo, reconhece e equipara a doença ocupacional ao acidente de trabalho.

Vassole (2016, p.1), cita que a "doenças ocupacional ou profissional, portanto, é desencadeada pelo exercício do trabalhador em uma determinada função que esteja diretamente ligada à profissão". Para simplificar cita que alguns exemplos de doença ocupacional são: a tendinite do escrivão, a catarata do soldador e o auxiliar de limpeza que sofre com LER, e o trabalhador que levanta peso e sofre com problemas de coluna, entre outros.

Permanecendo na visão de Vassole (201, p.1):

> a doença ocupacional tem previsão legal do inciso II do artigo 20 da Lei nº.8.213 de 24 de julho de 1991, definindo como uma enfermidade adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.

Pontua também que diferentemente da doença profissional, a doença de trabalho, está atrelada à função desempenhada pelo trabalhador, bem como o local onde o operário é obrigado a trabalhar (VASSOLE, 2016). A atual legislação prevê expressamente esta situação:

> Art. 21. Equiparam-se também ao acidente de trabalho, para efeitos desta Lei:

> I-O acidente ligado ao trabalho que, embora não tenha sido a causa única, haja contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda da sua capacidade para o trabalho, ou produzido lesão que exija atenção médica para a sua recuperação.

Destarte, o artigo em ênfase configura o agravamento da doença ocupacional.

De acordo com Geraldo (OLIVEIRA, 2014), ao especificar e identificar os tipos de doenças que tem relação com as atividades desempenhadas no trabalho prefere fazer referência somente ás doenças ocupacionais, para evitar a expressão doença ou profissional ou do trabalho, já que englobam no gênero mais próximo que abrange as modalidades de doenças relacionadas com o trabalho, conforme a Normas Regulamentadoras a NR-7 da portaria nº.3.214/1978 do Ministério do Trabalho e Emprego que regulamenta o programa de controle médico de saúde ocupacional.

Observa-se que a atividade laborativa, motivadora da lesão, bem como a incapacidade do obreiro, estão elencados na CID- 10, classificação internacional de doenças, que em conformidade com a Lista B do Anexo II deste Regulamento, define o agravo com a doença adquirida, a sua evolução clínica, independentemente do tempo de latência.

Com a criação do nexo epidemiológico – NTEP, uma vez requerido o benefício previdenciário do auxílio-doença pelo empregado, a perícia médica do INSS fará uma avaliação na doença ocupacional do empregado, analisando tão somente a relação fornecida pelo nexo do decreto, que traz as doenças no CID e no outro os agentes etiológicos ou fatores de risco de natureza ocupacional, e constada a correlação entre um e outro, estará caracterizada a natureza da incapacidade ao trabalho, a partir dessa referência é que será concedido a concessão de auxilio (Campelo, 2007). Pois, o objetivo do nexo técnico epidemiológico é alertar, as empresas para suas consequências nas ações de indenizações por danos morais e materiais, decorrentes de labor excessivos e as más condições no trabalho em que obreiro é exposto diariamente, levando os trabalhadores a procurarem com frequência a justiça do trabalho.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No entendimento de Layza 2015, p.01) " a perícia médica tem relevo marcante em matéria de acidente do trabalho, deve ser feita com muita cautela, a fim de estabelecer uma solução para os problemas de infortunística".

A autora pontua também que em juízo a perícia será feita por perito nomeado pelo Juiz, que deverá abritrar-lhes a respectiva remuneração. Sempre que possível, os exames periciais, que forem ordenados pelo Juiz, deverão ser realizados na sede do respectivos Juízo.

Sendo assim, para Layza (2015, p.01):

> há três relevantes e exigidos nos exames do doente incapacitado: esclarecer a causa, natureza da lesão ou doença ocupacional no anexo de causa e efeito; afastar a possibilidade de simulação; avaliar o grau de incapacidade. A perícia será feita pelo douto perito nomeado pelo juiz, que deverá arbitrar-lhes a respectiva indenização.

Na lista de doenças mais comuns do labor excessivo existem as seguintes:

- Bursite;
- DORT/ LER;
- Hérnia de disco;
- Síndrome do túnel do carpo;
- Tendinites e etc.

Os profissionais que mais apresentam essas doenças são:

- Bancários;
- Digitadores;
- Secretários e operários de telefonia, etc.

Os que são causados por substâncias químicas:

- Anemia
- Bronquite
- Encefalopatias queimaduras
- Perturbações cutâneas
- Problemas respiratórios e de pele.

Para Loureiro (2015 p.01) "que o grande problema das doenças ocupacionais é o caráter lento e o silêncio com que se desenvolvem ao longo dos anos". Ao serem descobertas e diagnosticadas, após mais de uma década habitando o trabalhador, já é tarde para a cura ou a prevenção. Sabe-se que para a constatação da incapacidade, o lesado deve ser avaliado de forma integral para averiguar as

perdas e as doenças acometidas e as consequenciais danosas que retiram o trabalhador do mercado de trabalho.

Loureiro (2015, p.01) expõem que:

> Os recursos preventivos, como a análise ergonômica do ambiente de trabalho, um estudo que avalia as condições físicas na área. O exame médico, teoricamente, também seria uma excelente ferramenta de prevenção. Mas para que isso se desse de fato, ele deveria ser encarado com mais seriedade e não apenas como uma formalidade junto ao Ministério do Trabalho.

2.1 LER/ DORT- Lesões por esforço repetitivo ou Distúrbios Osteomusculares Relacionado ao Trabalho.

De acordo com a Norma Técnica da. Previdência Social (2003.p.98):

> a LER/ DORT entende-se como uma síndrome relacionada ao trabalho pela ocorrência de vários sintomas como: dor, parestesia, sensação de peso, fadiga, de aparecimento insidioso, geralmente nos membros superiores, mas podendo acometer membros inferiores. Abrangendo diferentes profissionais, em diferentes áreas, resultando em implicações legais, dentre elas direitos e obrigações".

Inicialmente, imaginou-se que as LER/DORT provinha apenas dos movimentos repetitivos, tanto que eram denominadas "doenças dos digitadores". Posteriormente, com o avanço da patologia, foi possível identificar diversos outros fatores causais, como o respaldo das pesquisas e epistemológicos.

Segundo o fisiologista Couto (1993, p.93), "as lesões por esforços repetitivos são ocasionadas basicamente por quatro fatores biomecânicos e três fatores contributivos principais. " Sendo eles: força excessiva com as mãos, posições desconfortáveis no trabalho, repetitividade de um mesmo padrão de movimentos e compreensão mecânica das delicadas estruturas dos membros superiores. Os fatores contributivos são: tensão excessiva, desprazer e postura estática.

Os fatores são a aderência de postura inadequada constante, esforços físicos devido a excesso de cargas podendo causar tensão, fricção, pressão e irritação sobre as estruturas, movimentos repetitivos, vibrações, impacto,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

invariabilidade de tarefas e trabalho muscular estático (RECUERO; BRAMBILA, 2016 p.01).

Ressalvam ainda que, além destes fatores que realmente causam a doença, existem outros que ajudam na disseminação, como pressão do trabalho para cumprir prazos e aumentar a produção, resultando em intensificações da jornada e ritmo de trabalho

2.2 Sintomas

Esclarecendo as autoras Recuero e Brambila (2016 p. 01) que:

> os sintomas de DORT são aparentemente insidiosos e os mais comumente sentidos em pessoas portadoras da doença são fadiga, dor localizada, generalizada, ou irradiada, parestesia como formigamentos e dormências, sensação de peso, sensação de diminuição de força, enrijecimento muscular, falta de firmeza nas mãos, câimbras, sensação de frio ou de calor, e dificuldade em dormir. Porém em casos de cronificação podem surgir sudorese excessiva nas mãos e dor em resposta a estímulos não nocivos na pele não lesada (alodínea).

As autoras observam que indivíduos mesmo com dor, ou outros tipos de queixas associada a DORT geralmente continuam a trabalhar, suportando a dor, devido à pressão estabelecida pelo trabalho, podendo assim ocorrer agravos dos sintomas, diminuição da capacidade física e até cronificação da doença.

Segundo as referidas autoras junto com o dano físico, o paciente apresenta sofrimento mental, incluindo angustias, tristeza, choros, reclamações e também o sentimento de desvalia, dúvidas e medos sobre o futuro profissional, e inconformismo em relação a suas limitações, ocasionados pela doença são relacionados à dor crônica que o paciente sente, podendo acarretar irritabilidade e labilidade emocional; às limitações impostas a ele, que trazem sensação de inferioridade e incapacidade.

2.3 LEI 8.213/1991 Estabelece a Equiparação entre o Acidente de Trabalho e Adoecimento Ocupacional.

A equiparação entre o adoecimento ocupacional e o acidente de trabalho está exposto nos artigos 20 e 21 da Lei 8.213/ 91, os quais caracterizam sobre a doenças ocupacionais, as patologias estão alcançadas pelas Lei, sendo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ocupacionais, por nexo de causalidade ou de concausalidade, bem como equiparadas ao acidente de trabalho.

De acordo com o art. 20, I e II, dessa Lei, foi elaborada uma lista de doenças ocupacionais, a qual consta do Anexo II, Lista B, na redação dada pelo Decreto nº.6. 042/ 2007.

Na ressalva de Hack (2008, p.04):

> O decreto n
>
> º.6.042/2007, afere o índice de frequência, quantidade de benefícios incapacitantes cujos agravos causadores da incapacidade tenham gerado benefício com significância estatísticas, capaz de estabelecer o agravamento da doença coma entre a atividade de empresa.

Para Tanaka (2017, p.01): o acidente de trabalho atípico, está previsto no artigo 20 da Lei nº.8 .213/1991, que:

> é caracterizado por aqueles decorrentes da atividade laborativa e ou doenças ocupacionais. Tratando-se de doenças profissionais e do trabalho. Também são destacados nessa mesma Lei os tipos: Ergnopatias ou Tecnopatias é decorrente do trabalho, da profissão o, da função, acompanhando o ombreiro em qualquer empresa, durante sua vida profissional; Mesopatias é resultado das condições do exercício, do ambiente e instrumentos laborais, sendo própria, sobretudo de determinada empresa, não necessariamente acompanhando o trabalhador.

Para efeitos desta Lei, evidencia no artigo 21, o acidente por equiparação, acidentes de trabalho são previstos na Lei de Benefícios da Previdência Social, e representam as situações em que o trabalho não tenha sido a causa única da morte ou perda ou redução da capacidade, constitui um fator contributivo para o agravamento ou desenvolvimento, sendo definido como concausa.

Sendo posto, o trabalhador ao adquirir doenças por esforços repetitivos que, conforme a Lei nº.8.213/ 91, são profissionais e também originadas, precipitadas ou agravadas pelo ambiente de trabalho reconhecidamente arriscado e consequentemente o obreiro acaba sendo afastado do trabalho e por vezes, dependendo do grau da lesão, sem a mínima expectativa de retornar ao trabalho.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Doença ocupacional é considerada "Toda moléstia causada pelo trabalho ou pelas condições do ambiente em que ele é executado e que se relaciona diretamente" (BARSANO; BARBOSA, 2012, p.108).

Explica Soares (2017, p.01), "vicejado o breve estudo preambular, capitular-se-ão os requisitos indispensáveis para a configuração do acidente de trabalho, à maneira de guarnecer sua real identificação na relação empregatícia"

Observa também a autora que, "Inicialmente o art. 7º, XXVIII, da CF, estabelece aos trabalhadores o direito aos benefícios decorrentes do seguro contra acidente de trabalho, sem excluir a indenizações a que o empregador está obrigado, quando incorrer em dolo e culpa" (BRASIL, 1988). Sendo assim, antes de avaliar uma possível indenização por parte do empregador, é necessário o perfeito enquadramento do dano sofrido pelo empregado como acidente de trabalho.

Assim para a autora Soares (2017, p.01):

> "é indispensável que o infortúnio esteja previsto no art. 20 e 21 da Lei 8.231/91, como acidente de trabalho propriamente dito, o qual, nomeados também pelas doutrinas de acidente atípico), situações legalmente consideradas ou equiparadas nos referidos artigos desta Lei".

Na citação de Costa (2014, p.490), é expresso quanto à exigência de que o evento decorra do exercício do trabalho a serviço da empresa. Em outras palavras, é necessário que haja relação de causa e efeito entre a atividade do empregado e o dano, ou seja, tem que haver relação subordinada para que configure a decorrência de uma determinada lesão.

Com a chegada da Lei, em sentido escrito, pressupostos que institui a relação entre o trabalho e o agravo da incapacidade para o labor. E assim, desvendar detalhadamente entre o trabalho e o agravo da incapacidade adquiridas pelo labor realizado em condições inadequadas, bem como identificar a reparação dos danos sofridos, resguardando a qualidade de vida.

3 DANO MORAL, MATERIAL O POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS

Desde a primeira Lei 3.724 acidentária em 1919, as doenças provocadas pelo trabalho do empregado são consideradas como acidente de trabalho. "A moléstia contraída exclusivamente pelo exercício do trabalho" é uma realidade na nossa

sociedade, com grande incidência de profissionais doentes, onde a legislação incorporou as doenças profissionais atípicas, que passaram ser denominadas doenças de trabalho (OLIVEIRA, 2014).

Quando a teoria do risco significa que o empregador assume a responsabilidade, a partir do momento com o empregado e seus respectivos danos.

3.1 Dano Moral

A realidade mostra que o acidente de trabalho é algo tão corriqueiro em nosso país que já foi inclusive instituído o da 27 de julho como Dia Internacional de Prevenção de Acidente do Trabalho, na tentativa de conscientizar as pessoas (patrões e empregados) para a necessidade de prevenir os riscos decorrentes de tais infortúnios".

Com isso surgiram de uns tempos para cá mecanismo para combatê-los, citando, como exemplo, a criação de Comissão Interna de Acidentes no Trabalho, no âmbito das empresas, conforme previsto nos arts.163 a 165 da CLT, e regulamentada pela Portaria nº.3. 214/ 78, especificamente na NR-5, objetivando a prevenção de acidentes e doenças decorrentes do trabalho, de modo que se possa proporcionar uma situação de compatibilidade entre o trabalho.

Se tratando do aspecto previdenciário, a fonte de custeio para os benefícios acidentários é de responsabilidade exclusiva do empregador. O artigo 7º, XXVIII da Constituição Federal garante ao trabalhador a indenização por doença ocupacional, uma vez demonstrado o nexo causal entre a atividade profissional desenvolvida pelo trabalhador na empresa e a doenças adquirida (Brasil, 1976).

A reparação do dano foi implantada pela Constituição Federal de 1988, que ensejou a legislação infraconstitucional, atrelando ao Código Civil Brasileiro que enfatiza em seus dispositivos a obrigação de reparar o dano. No entanto, especificamente as relações de trabalho, os artigos 949 e 950 Código Civil, em que das atividades laborais, ocorreu algum dano ao trabalhador e venha impedir o trabalhador exercer suas atividades laborais, que temporariamente, definitivamente, gera a obrigação do empregador a reparar o tal dano.

Então, essa obrigação é expressa na Constituição de 1988 no Artigo 5º, V e X, conforme a transcrição abaixo, verbis:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> 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 segurança, nos termos seguintes:
> V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;
> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Nas palavras de Vassole (2016, p.01) "A indenização moral objetiva minimizar a dor sentida pela vida, compensando-a pelo sofrimento".

Para Layza (2015, p.01) é "necessário que seja comprovada que a lesão foi adquirida em função das más condições em que o trabalho era realizado caracterizando do nexo causal as atividades e a patologias sofridas, a culpa do empregador".

Lima (2013, p.01) aponta que:

> Estabelecimento da relação doença e trabalho tem sido a preocupação dos empregadores, principalmente quando o empregado postula judicialmente o reconhecimento do nexo causal da alegada patologia com as atividades decorrentes do contrato de trabalho.

Pontua a autora Alvarenga de Lima que para o trabalhador acometido pela moléstia tenha direito à indenização, deverá existir a presença dos seguintes fatores: o dano, o nexo causal, a culpa do empregador e o exercício da atividade considerada de risco (LIMA, 2013).

Assegura a autora que imprescindível, ainda, que seja efetuado o estado do local de trabalho, os dados epidemiológicos da época do surgimento da moléstia, identificação de riscos físicos, químicos, biológicos, mecânicos e outros, e também, através do relato de outros empregados paradigmas.

3.2 Dano Material

O Código Civil consagrou a responsabilidade objetiva, independentemente da ideia de culpa, dos empregadores (art. 927, parágrafo único, do CCB, (Brasil, 2012). Além disso, o novo Código estabelece alguns parâmetros para o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

estabelecimento da indenização conforme a extensão do dano, assim como conforme o que o ofendido perdeu e também o que deixou de ganhar.

Em relação ao dano material Nardelli (2014, p.01) afirma:

> Dano material será aquele traduzido no decréscimo do patrimônio econômico da vítima, sejam gastos diretamente relacionados à lesão ou os projetados em decorrência da diminuição laboral, esta, que compromete o valor econômico do trabalho, e , assim, terá direito o trabalhador à indenização proporcional pelo tempo que ela durar e respectivo grau , sendo necessária também perícia médica para a sua constatação e aferição.

Desaste, os riscos próprios da atividade do trabalhador concernentes à postura, movimento repetitivo, risco físico e ergonômico, são amparados e classificados perante a Previdência social como grau de risco três, que mede a equivalência da gravidade da lesão adquirido devido ao esforço físico e movimentos repetitivos que realizava em função de seu labor diário e que, não podem mesmo ser assumidos pelo ofendido, mas devem ser assumidos pela empresa.

Sendo assim, é necessário à adequada aplicação das normas expressas a respeito do adoecimento ocupacional e, por conseguinte, sobre o cabimento de indenização por danos material, o qual decorrente do ambiente de trabalho inseguro e arriscado, tanto na questão do risco da atividade, quanto das condições objetivas de trabalho inadequadas.

3.3 Posicionamento dos Tribunais

De acordo com Brandao (2007), "os Tribunais têm tomado uma posição esses cincos anos em torno da caracterização das hipóteses que tipificam a forma de responsabilização diante do papel atribuído a jurisprudência no sentido de densificar os valores encampados na regra jurídica, em face do conteúdo aberto que a caracteriza".

O autor ainda afirma em destaque o citado parágrafo único do art. 927 do Diploma Civil trata de cláusula geral e pode ser compreendida como o uso intencional de uma fattispecie (tipificação completa e rigorosa), repita-se, caracterizada pela sua natureza vaga e incompleta; possui definição aberta, o que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

também pode ser exemplificado com as noções de boa-fé e da função social do contrato. O contrato de trabalho tem sido alvo de contestações na jurisprudência laboral, sobretudo diante do posicionamento – equivocado, friso –, no sentido de que o art. 7º, XXVIII, da Constituição Federal, limitaria as possibilidades de reconhecimento do dever de ressarcimento a cargo do empregador apenas quando fosse decorrente de dolo ou culpa.

Na concepção de Brandão (2007), o posicionamento dos tribunais perante os casos com as doenças ocupacionais fica evidente que a hipótese que vem predominando no TST é a teoria objetiva, aquela que se dá pelo risco da atividade. As atividades que contam com maior risco ao serem laboradas, como por exemplo, a atividade de motorista, não podem, sem dúvidas serem equiparadas as atividades que não ofereçam nenhum risco.

CONSIDERAÇOES FINAIS

Este artigo teve início apontando brevemente o surgimento e agravamento das doenças ocupacionais, motivadas pelas atividades laborais, desempenhadas em condições inadequadas no ambiente de trabalho. Estabelecendo uma breve análise frente às circunstâncias atinentes ao nexo entre as patologias adquiridas através de movimentos repetitivos, os danos sofridos do trabalhador, bem como a responsabilidade civil do empregador diante do risco e a tomada de medidas preventivas nas áreas de segurança saúde e higiene no ambiente de trabalho.

Pelo exposto, defende-se que as consequências danosas trazidas para a vida do trabalhador, estão amparados na Lei 8.213/1991, que institui o cumprimento de normas regulamentadoras do trabalho, mencionado nos artigos 20 e 21 da referida Lei que, equipara a doença ocupacional ao acidente de trabalho e o nexo que caracteriza o agravamento da moléstia.

Destacou-se sobre a problemática das doenças ocupacionais que, é estabelecida quando o trabalhador é exposto à realização de atividades de risco físico e ergonômico durante todo o contrato de trabalho, gerando a incapacidade para o labor e que, dependendo do grau da lesão, além dos danos físicos, o trabalhador sofrerá, danos psicológicos, e a consequência social de maior equivalência, o direito de ir e vir, bem como a perda da dignidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Foi aplicado um importante instituto da responsabilidade civil do empregador, o qual aferiu sobre risco que de logo, o empregador não evita, isto posto, a Constituição brasileira protege o direito do trabalhador e as normas do trabalho, ditam que o trabalhador deve ter pausa e/ou intervalo para descanso. Então, se não for inserido medidas preventivas no ambiente de trabalho, a empresa assume o risco de expor o trabalhador em condições hostis para o labor.

Item, configurado os riscos próprios da atividade, a doença, o agravamento, o nexo com acidente de trabalho e o dano, enseja a obrigação do empregador de reparar o dano e ao trabalhador, caberá a busca pela prestação jurisdicional perante o Poder judiciário, para que o direito do trabalho possa contribuir com segurança, saúde, bem-estar, frente às melhores condições efetivas da relação empregador, trabalho e o valor principal, resguardar a vida do homem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVARENGA, Andréa Carla de Lima, A concausa e as doenças do trabalho, Disponível em: http://gcb.adv.br/a-concausa-e-as-doenças/, acesso em: 04.05.19

BRASIL, CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO, VADE MERCUM, 15ª ed, Saraiva, São Paulo, 2015.

BRASIL, Constituição Federativa do Brasil, artigo 7º XXVIII. VADE MERCUM, 15ª ed, Saraiva, São Paulo, 2015.

BRASIL, Lei nº.8.213 de 24 de julho de 1991- Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências, Brasília- DF, 1991.

BRASIL, LEI Nº. 8.213/1991 - Estabelece a equiparação entre o acidente de trabalho e adoecimento ocupacional. Art-20 e 21.

BRASIL, Código Civil - Art. 927 do Código Civil - Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo Lei 10406/02, Paraná, 2012.

BRANDÃO, Claudio, Acidente do Trabalho e Responsabilidade Civil do Empregador. 2ª Ed. LTR, São Paulo, 2007.

BARSANO, Paulo Roberto BARBORSA- Hildo Pereira. Segurança do trabalho: guia prático e didático. Disponível em: HH Iwamoto, FC de Camargo, LC Tavares - tst.jus.b. acesso em:20.06.19

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

COSTA, Hertz Jacinto. Manual de acidente do trabalho. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2007. p. 383.

COUTO, Hudson de Araújo. Novas perspectivas na abordagem preventiva das LER/DORT. Belo Horizonte: Ergo, 2000. p.31.

CAMISASSA, Mara, História e Segurança da Saúde do Trabalho; Disponível em: http:\\genjuridico.com.br/ história- da segurança-e saúde- no- trabalho- no Brasil- e- no- mundo/. - Google Acadêmico, acesso em: 16.05.2019

CAMPELO, Geraldo, O anexo epidemiológico e as doenças ocupacionais – presunção legal da culpa do empregador, disponível em: www.migalhas.com.br/migalhas, acesso em: 21.05.2019

FIGUEIREDO, Gilberto Vassole, Dano Moral, Disponível em: http://saberalei.com.br/, acesso em 05.06.19.

FIGUEIREDO, Gilberto Vassole, Tipos de doenças, Disponível em: http://saberalei.com.br/, acesso em:12.05.19

GUEDES, Gilvania Tanaka, Acidente de Trabalho, Disponível em: http://jus.com.br/artigos/59151/acidente detrabalho/, acesso em: 21.05.19

LAYZA, Karla, Infortunística: Conceito e Características, Disponível em: http://layzakarl a.juatbrasil.com.br/ artigos, acesso em:26.05.19

LOUREIRO, Lucas, Evolução das Doenças Ocupacionais- Inimigos silenciosos, Disponível em:// falandodeproteção.com.br/doenças ocupacionais/, acesso em: 18.05.19.

NARDELLI, Gustavo Francisco, Danos materiais, Disponível em: http://nborges.jusbrasil.com.br/artigos/143990369/acidente-de-trabalho-danos-morais-esteticos-e-materiais, acesso em:09.06.19.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. Indenizações por acidente de trabalho ou doença ocupacional. 8ª ed, São Paulo: LTr, 2014. p. 46.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. Indenizações por acidente de trabalho ou doença ocupacional. 8ª ed, São Paulo: LTr, 2014, Lei 8.213/1991, p. 50.

MINISTÉRIO DA PREVIDENCIA E ASSISTENCIA SOCIAL- LER: lesões por esforções repetitivos- Normas Técnicas para Avaliação da incapacidade, 1993. p.7.

MARCHESE, Recuero Cristiane, SUZUKI, Brambila Luziana. Lesões por Esforço Repetitivos ou Distúrbios Osteomusculares Relacionados ao Trabalho (LER/ DORT). Disponível em: http://pt-br.infomedica.wiki.com/wiki/, Categoria:

MARTINS, Juliana Soares, AMBITO JURÍDICO.COM.BR, Acidente de trabalho: Histórico, conceito e normas gerais de tutela do empregado, Disponível em: http//: www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17913& revista_caderno25. Acesso em:11.06.19.

NOTA:

---

[1] Doutora e Mestre em Direito, Professora do CIESA

www.conteudojuridico.com.br

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA E AS CONSEQUÊNCIAS À DIGNIDADE PSICOLÓGICA DA MULHER

MARILYN KATE FERREIRA DE SOUZA:
Bacharelanda do curso de Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA

NILCE ELAINE BYRON RAMOS

(Orientadora)

RESUMO: O artigo científico aborda sobre a violência obstétrica, compreendida como uma conduta nociva praticada pelos profissionais da área da saúde em face dos momentos reprodutivos da mulher. O trabalho visa demonstrar as consequências que a violência obstétrica pode causar a dignidade psicológica da mulher, bem como a responsabilidade dos profissionais responsáveis pelo procedimento obstétrico, como, médicos e enfermeiros. Partindo deste pressuposto, a metodologia utilizada para o desenvolvimento do trabalho em epígrafe fora o método de abordagem dedutivo, com o auxílio de pesquisa bibliográfica e de vasto entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca do tema. Com o método, pode-se concluir que a violência obstétrica atinge um número significativo das mulheres, e que, portanto, deve ser coibida pelo ordenamento jurídico pátrio. Como ainda não há legislação própria que sobre o tema, aplica-se a responsabilidade baseada na Constituição Federal de 1988, por se tratar de uma grave violação aos direitos à saúde da mulher e do recém-nascido.

Palavras-chave: Parturiente; Dignidade; Responsabilidade; Violação; Saúde.

ABSTRACT: The scientific article deals with obstetric violence, understood as a harmful conduct practiced by health professionals in the face of women's reproductive moments. The paper aims to demonstrate the consequences that obstetric violence can cause the psychological dignity of women, as well as the responsibility of professionals responsible for obstetric procedure, such as doctors and nurses. Based on this assumption, the methodology used for the development of the work in question was the method of deductive approach, with the help of bibliographic research and extensive doctrinal and jurisprudential understanding on the subject. With the method, it can be concluded that obstetric violence affects a significant number of women and, therefore, must be restrained by the national legal system. As there is no proper legislation on the subject, the liability based on

the Federal Constitution of 1988 applies, as it is a serious violation of the rights of women and newborns.

Keywords: Parturient. Dignity. Responsibility. Violation. Cheers.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA. 1.1 Questões Relevantes da Violência Obstétrica. 1.2 Condutas no Brasil. 2 Quanto a Dignidade Psicológica da Mulher. 2.1 Papel do Estado na Violência Obstétrica. 2.2 Dever dos Profissionais de Saúde. 3 Ações Preventivas a Violência Obstétrica. 3.1 Danos a Dignidade Psicológica da Mulher Diante da Violência Obstétrica. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Em todas as épocas os problemas sociais, econômicos, organizacionais, educacionais, políticos, de saúde dentre outros, são objetos de preocupação do mundo acadêmico. Isso porque é no ambiente acadêmico que ocorrem, indagações filosóficas e cientificas e onde são bem observadas, contextualizadas, enfim estudadas sistematicamente com o propósito de encontrar soluções para problemas que incomodam a sociedade. Neste contexto, estão as complexidades que envolvem a violência obstétrica e as consequências à dignidade psicológica da mulher.

Dessa forma, entende-se que a palavra violência se define em dano físico, moral, psíquico, verbal ou sexual causado a outro indivíduo. Sabe-se que ao longo dos anos a mulher vem sendo vítima de diversas formas de violência.

Assim, percebe-se que a violência é a imposição de um grau significativo de dor e sofrimento que se pode evitar, e a violência obstetrica é tida como um tipo específico de violência contra a mulher, onde geralmente ocorre a violação dos direitos da mulher grávida em processo de parto, incluindo a perda da autonomia e a decisão sobre seu corpo, fatos estes que muitas vezes causam sofrimento psíquico irreversível na mulher.

Partindo destes pressupostos, como pontuam Portela e Silva (2010), a problemática da violência obstétrica é um fenômeno multifacetado. O parto de maneira geral, representa na vida das mulheres um marco que repercute nos planos sociais, pessoais e físicos.

O parto é uma experiência demasiadamente importante na vida, na subjetividade e singularidade de uma mulher, que fica na memória por muitos anos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A violência sofrida pode contribuir para que a mulher sinta sentimentos de tristeza e angústia, além disso, pode surgir aversão a médicos, equipe de saúde, hospitais ou mesmo ato sexual, já que partes intimas da mulher são manipuladas durante o parto com relativa frequência (PORTELA; SILVA, 2010, p. 7).

Neste sentido, entende-se que a violência pode se manifestar de diferentes formas e em inúmeras situações, como é o caso da violência contra a mulher, assim compreendida como "qualquer ato ou conduta baseada no gênero, causando morte, dano ou sofrimento de ordem física, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada" (Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher, 1996, p. 6).

A violência contra a mulher, esta pode ser de várias formas, podendo ocorrer inclusive nos centros obstétricos. A violência obstétrica é uma espécie de violência contra a mulher bem específica, vez que ocorre contra o momento reprodutivo da mulher e dentro das unidades de saúde, públicas ou privadas, tendo como principais causadores os profissionais da saúde, em especial, médicos e enfermeiros. Esse tipo de violência pode ocorrer em quatro momentos, quais sejam: durante a gestação; no parto; no pós-parto; e em casos de aborto.

Muitas mulheres são vítimas da violência obstétrica sem ao menos ter ciência da situação. Isto ocorre, pois o Brasil não possui uma legislação específica que trate sobre o tema, utilizando-se tão somente da legislação base a fim de punir os responsáveis, Constituição da República Federativa do Brasil, bem como analisando cada caso em concreto levado até o Poder Judiciário.

A pesquisa foi motivada no intuito de verificar como se dá a responsabilidade dos profissionais causadores pelo ato danoso a mulher, bem como do próprio hospital. Pretende-se com isto contribuir para uma discussão acadêmica e social acerca das questões que envolvem a violência obstétrica.

Desse modo, a pesquisa propôs os seguintes objetivos: tipificar a violência obstétrica e seus principais danos a saúde psicológica da mulher; analisar a reponsabilidade dos profissionais de saúde e as formas de prevenção. A pesquisa contará com o auxílio da Constituição Federal, utilizará de entendimentos doutrinários e de artigos relacionados à problemática, além do vasto entendimento jurisprudencial acerca do assunto.

Diante do exposto, e considerando a relevância do estudo, surgiu o interesse em investigar o tema objeto deste estudo, mais especificamente de que forma ocorre a violência obstétrica, como é caracterizada a partir do referencial teórico já

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

existente na literatura cientifica. Portanto, entende-se que é preciso respeitar a autonomia, a individualidade e privacidade da mulher como condições imprescindiveis para que ocorra o parto humanizado e sem violência.

1. VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

1.1. Questões Relevantes da Violencia Obstetrica

No que tange a violência contra mulheres, esta pode ser definida de acordo com o Comitê Latino Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (1996, p. 6) como "qualquer ato ou conduta baseada no gênero, causando morte, dano ou sofrimento de ordem física, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada".

Dos atos de violência praticado contra a mulher pode-se incluir a violência obstétrica, considerada como uma espécie de violência institucional, vez que ocorre dentro de hospitais públicos ou privados e durante a atenção obstétrica realizada pela equipe médica (KONDO, *et. al.*, 2014, p. 11).

O primeiro país latino-americano a conceituar e a adotar o termo 'violência obstétrica' fora a Venezuela, em 2007 com o advento da Lei Orgânica sobre o Direito das Mulheres a uma Vida Livre de Violência após movimentos feministas exigirem do Estado uma posição face aos inúmeros problemas enfrentados pelas mulheres (SOUZA, 2013, apud GUEDES; BORGES, 2017, p. 65).

> Artículo 15. Formas de violência. Se consideran formas de violencia de gênero em contra de lãs mujeres, lasseguientes: [...] Violencia obstétrica: Es La apropiación Del cuerpo y sexualidade reproductivos de lãs mujeres por personal de salud, que se expresa em um trato deshumanizador, em um abuso de medicalización y patologización de los processos naturales, trayendo consigo perdida de autonomia y capacidad de decidir libremente sobre sus cuerpos y sexualidad, impactanto negativamente em La calidad de vida de lasmujeres. (LeyOrgánica Sobre El Derecho de LasMujeres a Uma Vida Libre de Violencia).

Segundo Juarez *et. al.* (2012, p. 47), a violência obstétrica pode ser conceituada como "qualquer ato desumano ou abusivo praticado por profissionais da área da saúde, sejam eles médicos, enfermeiros, anestesistas, servidores públicos e até

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

mesmo a equipe administrativa, contra o corpo e aos processos reprodutivos das mulheres".

Em termos numéricos, de acordo com o estudo "Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado" realizado pela Fundação Perseu Abramo em parceria com o Serviço Social do Comércio (SESC), em 2010, restou-se comprovado que uma em cada quatro mulheres, isto é, cerca de 25% do sexo feminino já sofreu algum tipo de violência obstétrica.

No Brasil há apenas algumas normas regulamentadoras expedidas pelo Governo Federal em conjunto com o Ministério da Saúde com vistas a coibir a violência obstétrica no país, isto é, não há lei tratando especificamente sobre o tema, mas porquanto apenas projetos de lei.

A exemplo dos projetos de lei em trâmite pode-se citar o PL nº 7.633/14 de autoria do Deputado Jean Wyllys, apresentado em 29 de maio de 2014 a Câmara dos Deputados visando dispor sobre a "humanização da assistência à mulher e ao neonato durante o ciclo gravídico-puerperal" e outras providências visando o combate a violência obstétrica no país (BRASIL, 2014), o projeto de lei em questão se aprovado seria a primeira lei brasileira a dispor sobre a violência obstétrica.

Apesar da ausência de lei específica sobre o tema, a jurisprudência vem se baseando no direito à saúde e a assistência médica à mulher gestante, bem como no princípio da dignidade da pessoa humana.

1.2. Condutas no Brasil

A violência obstétrica constitui uma afronta aos direitos fundamentais e a dignidade da gestante, por ser um termo relativamente novo no meio social, muitas mulheres já passaram por situações semelhantes à violência obstétrica, mas não denunciam. Isto porque, ainda há pouca informação sobre o assunto e a falta de legislação federal regulamentando o tema contribui para que menos mulheres tenham ciência de sua existência.

Dentre estas práticas tem-se que a violência obstétrica pode se manifestar de forma física, psicológica, sexual e até mesmo institucional (GUEDES; BORGES, 2017, p. 66).

Por violência obstétrica física entende-se os atos praticados pelos profissionais da saúde que causem algum tipo de dano físico, dor a mulher gestante, sem que esta tenha um fundamento científico para ser sentida (GUEDES; BORGES, 2017, p. 66).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Um levantamento encomendado pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e feito em 34 países identificou os sete tipos de violência obstétrica e maus-tratos que podem acontecer durante o parto, são eles:

Tabela 1: Tipos de violência obstétrica

Abuso físico.	Bater ou beliscar, por exemplo;
Abuso sexual.	
Abuso verbal.	Linguagem rude ou dura;
Discriminação com base em idade, etnia, classe social ou condições médicas.	
Não cumprimento dos padrões profissionais de cuidado.	Por exemplo, negligência durante o parto;
Mau relacionamento entre a gestante e a equipe.	Falta de comunicação, cuidado, e retirada de autonomia.
Más condições do sistema de saúde	Falta de recursos.

Fonte: Portela e Silva (2010).

A tabela acima demonstra os tipos de violência obstétrica que são geralmente vivenciadas pela mulher na hora do parto.

Embora os maus tratos às mulheres durante o parto ocorram frequentemente no nível da interação entre mulheres e profissionais de saúde, falhas sistêmicas da unidade de saúde e do sistema de saúde também contribuem para sua ocorrência.

Quais procedimentos são violência obstétrica?

"O que define a violência obstétrica não são apenas os procedimentos, em si, mas a forma como eles são conduzidos", explica o obstetra Hemmerson Magioni.

- Episiotomia (ou "pique") de rotina

A episiotomia é o corte na região do períneo, entre a vagina e o ânus, feito com o intuito de ampliar o canal do parto para facilitar a passagem do bebê no parto. Ela é usada com o objetivo de evitar uma possível laceração (ou "rasgo") irregular.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No Brasil esse procedimento passou a ser utilizado de forma rotineira, sem uma avaliação da sua real necessidade. Era uma prática aprendida nas escolas e nos livros de medicina", explica o obstetra Hemmerson.

No entanto, os estudos científicos mostram que ela é necessária para apenas uma minoria dos partos. Segundo o obstetra Alberto Guimarães, é o caso de quando o anel vulvar está endurecido ou vascularizado, o que só pode ser notado no momento em que o bebê já está saindo.

Portanto, quando a episiotomia é feita como rotina, ou seja, sem a reflexão sobre a real necessidade, pode ser considerada uma má prática médica. Se for sem o consentimento, ainda pode ser classificada como violência obstétrica.

- Uso da ocitocina sintética sem necessidade

A ocitocina sintética é usada quando não há evolução da dilatação após muito tempo de contrações. No entanto, hoje em dia já se entende que não há uma velocidade "ideal" de progressão das dilatações. Mesmo assim, há médicos que optam por aplicá-la ao menor sinal de "demora" do trabalho de parto, intensificando as dores da gestante. Por isso, se for aplicada sem necessidade, esta ferramenta pode ser considerado violenta.

- Ponto "do marido"

Após a episiotomia ou a laceração da vulva, há relatos de médicos que fazem a sutura do corte maior do que necessária, para deixar a entrada da vagina mais estreita. Esse procedimento já chegou a ser chamado de ?ponto do marido?, pois é feito com o intuito de supostamente aumentar o prazer do homem nas relações sexuais pós-parto. Isso pode causar dor e desconforto à mulher e, por isso, configura uma prática violenta.

- Manobra de Kristeller

Este procedimento consiste em pressionar a parte superior do útero para acelerar a saída do bebê. Ele pode levar a traumas tanto no bebê quanto na mãe.

- Lavagem intestinal

A lavagem intestinal pode ser feita para diminuir os riscos de escape de fezes durante o trabalho de parto. No entanto, ela não é recomendada antes do parto pela OMS. Fazer esse procedimento sem o consentimento da gestante pode ser considerado violência obstétrica.

- Restrição de alimentação e bebida

É comum que a mulher seja mantida em jejum durante o trabalho de parto normal. Isso era praticado para evitar o risco da Síndrome de Mendelson caso ela tivesse uma cesárea, que consiste em uma pneumonia química, resultante de aspiração de alimentos durante uma anestesia.

"Não há mais mais respaldo científico para manter as mulheres em jejum absoluto, caso o trabalho de parto esteja fluindo de forma salvável. Dessa forma, a orientação mais moderna é que a mulher tenha liberdade de ingerir líquidos claros (água, gelatina, sucos sem resíduos, etc) e não manter jejum absoluto durante o trabalho de parto", explica Hemmerson.

- Impedir que a mulher grite ou se expresse

As contrações do trabalho de parto doem. Quando as gestantes as sentem, é comum a vontade de se expressar e gritar. Muitas vezes por falta de cuidado, isso pode ser repreendido pela equipe médica.

"A orientação era para que a mulher enchesse o pulmão de ar, fechasse o nariz e a boca e fizesse força. Estudos mais recentes comprovam que a potência das contrações podem ser aumentadas pela a mulher com a 'glote' aberta, emitindo sons, gemidos e até gritos", explica Hemmerson Magioni.

- Impedir livre posição e movimentação durante o trabalho de parto

Em um trabalho de parto normal, é benéfico que a mulher consiga se movimentar e ficar em várias posições. No entanto, muitas vezes a equipe impede isso, e a faz ficar deitada na cama.

"Existem algumas situações específicas nas quais a mulher pode ser orientada a ficar na cama durante o trabalho de parto, limitando seus movimentos", explica Hemmerson.

No entanto, no momento do parto, as posições verticais são mais adequadas, além de, no geral, ser a preferência da mulher. Segundo o médico, a posição em que são feitos exames ginecológicos pode ser necessária, mas apenas em para partos difíceis que demandam intervenções, como no uso do fórceps, vácuo extrator ou episiotomia.

- Não oferecer métodos de alívio da dor

As contrações do trabalho de parto doem. O ideal é que durante o pré-natal a mulher esteja preparada para vivenciar essa dor de forma mais consciente. No entanto, toda gestante deve ter direito a métodos de aliviar essa dor.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No que tange a violência obstétrica psicológica, esta se dá quando os profissionais da saúde tecem comentários desnecessários e inadequados para a situação, tal como criticar a quantidade de filhos que a parturiente já possui, xingar, ameaçar, ofender, torturar, ou seja, atos ou ações verbais que gerem medo e instabilidade emocional para a mulher.

2. QUANTO A DIGNIDADE PSICOLÓGICA DA MULHER

2.1 PAPEL DO ESTADO NA VIOLÊNCIA OBSTETRICA

Tal tema encontra respaldo no § 6º do art. 37 da Constituição Federal de 1988, bem como no art. 43 do Código Civil, que atribuem que:

> Art. 37. [...]
>
> § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.
>
> Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

No que se refere à responsabilidade civil do Estado, tem-se que este responde de maneira objetiva, ou seja, não é necessária a demonstração de culpa, mas tão somente a existência do fato do serviço, ou seja, a conduta do agente público – sem precisar demonstrar a culpa ou dolo por parte deste –, o dano sofrido pela vítima, e, por fim, o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano causado.

De qualquer forma, quando se tratar de violência obstétrica ocorrida dentro do âmbito do sistema público de saúde, a vítima deverá se voltar contra o Estado, e não diretamente contra o médico. Isto porque, o ordenamento jurídico pátrio aplica a chamada 'teoria da dupla garantia', no qual a vítima só pode responsabilizar o Estado, e somente este último pode regredir contra o agente, tendo em vista que quando este atua sua atividade está revestida, em tese, de atos estatais, sendo assim, não poderia a vítima responsabilizar desde logo o profissional de saúde que a prejudicou. Além disso, entende-se que o Estado é solvente, ou seja, possui

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

condições e recursos de indenizar a vítima, ao contrário do servidor, que poderá enfrentar dificuldades financeiras para saldá-lo.

Assim, como vez comprovada à culpa do servidor público causador do dano, o Estado, condenado a indenizar a vítima, a priori, poderá se voltar contra este agente em ação de regresso.

Por todo o exposto, há de se concluir que a responsabilidade civil por parte do Estado será sempre objetiva, isto é, sem a necessidade de se comprovar dolo ou culpa, uma vez que este deve responder pelos atos praticados por seus agentes públicos.

2.2 DEVER DOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE

Os atos violentos são praticados por profissionais da saúde, em sua maioria médicos, pautados pelo seu saber técnico e científico, por relações hierárquicas e desiguais de poder e autoridade, em um modelo biomédico hegemônico e patriarcal que segrega e não reconhece o poder feminino sobre seu corpo, tornando-o passivo e disciplinado.

Os atos violentos na assistência obstétrica firma-se no desconhecimento da mulher em relação aos seus direitos sexuais e reprodutivos. Na realidade, as mulheres não conseguem distinguir se sofreram ou não atos violentos porque confiam nos profissionais que conduzem a assistência e, também, pela própria condição de fragilidade física e emocional que os processos obstétricos acarretam. Assim, acabam aceitando procedimentos sem nenhum questionamento, não expressam seus desejos, suas dúvidas e, em silêncio, sofrem sem ao menos terem ciência de que foram violentadas. Essa passividade permite a imposição autoritária de normas e valores morais depreciativos por profissionais de saúde que, mais uma vez, julgam saber o que é melhor para as pacientes colocando-as em uma situação de impotência.

Os primeiros indícios de aplicabilidade do instituto da responsabilidade civil aos profissionais da área médica deram-se no Código Civil Brasileiro de 1916, precisamente no art. 1.545 que previa:

> Art. 1.545. Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou imperícia, em atos profissionais, resultar morte, inabilitação de servir, ou ferimento. (BRASIL. Código Civil de 1916).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Desde logo se vislumbra que, já a época do Código Civil de 1916, os profissionais da área da saúde respondiam de maneira subjetiva ao ato danoso praticado por imprudência, negligência ou imperícia, ou seja, era necessário a comprovação do elemento culpa para que recaísse sobre estes a função reparatória do dano causado à vítima.

Com o passar do tempo, a doutrina e a jurisprudência muito discutiram sobre a relação existente entre o paciente e o profissional médico, fator este determinante para verificar a que tipo de responsabilidade civil o profissional se sujeitava – objetiva ou subjetiva.

Atualmente, os juristas são uníssonos em afirmar que a relação existente entre médico e paciente possui natureza contratual, entretanto, tal entendimento não é passível de presumir a culpa do profissional, tendo em vista que a obrigação contratual assumida pelo médico é de meio, e não de resultado, ou seja, o profissional deve se comprometer a utilizar todos os meios adequados e cabíveis para determinada situação, sem, contudo, poder garantir o resultado final. No entanto, restando comprovado que o mesmo agiu com culpa, ou seja, imprudência, negligência ou imperícia, o mesmo deverá restituir o paciente (GONÇALVES, 2012, p. 239).

A jurisprudência quando a obrigação de meio do médico no âmbito da obstetrícia menciona que:

> [...] A obrigação assumida pelo médico é de meio e não de resultado, em especial no caso dos autos que se tratava de procedimento relativo a parto normal com Episiotomia devido a estado de pré-eclampsia. O objeto da obrigação em tela não é a cura do paciente, e sim o emprego do tratamento adequado de acordo com o estágio atual da ciência, de forma cuidadosa e consciente. (JUSBRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AC. 70060752532 RS. Relator: JORGE LUIZ LOPES DO CANTO. Quinta Câmara Cível. Data de julgamento: 10/12/2014).

Neste contexto, aplica-se ao profissional da área médica a responsabilidade civil subjetiva assim disposta nos art. 927, *caput* e art. 951 do atual Código Civil de 2002, conforme *in verbis*:

> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

> [...]
>
> Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou inabilitá-lo para o trabalho. (BRASIL. Código Civil de 2002).

Segundo Sérgio Cavalieri Filho (2010, p. 384-385 apudARSIE, 2015, p. 77), a responsabilidade civil médica deve ser visualizada sobre dois vieses, quais sejam, a responsabilidade do profissional liberal, e a responsabilidade do médico atrelada à instituição hospitalar, seja ele público ou privado, assim como dos planos de saúde, e etc.

No que se refere à responsabilidade do profissional liberal, aplica-se o § 4º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor que preconiza que "a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa", seguindo, portanto, o entendimento de que a responsabilidade civil do médico é subjetiva.

Por outrora, no que se refere à responsabilidade do médico atrelado à instituição hospitalar ou aos planos de saúde – pertencentes ao âmbito privado –, a doutrina entende que tais estabelecimentos respondem de maneira objetiva pelos danos causados pela má prestação dos serviços, isto é, não precisa da demonstração de culpa por parte dos mesmos, como assim se faz previsto no art. 14, caput do Código de Defesa do Consumidor:

> Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. (BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990).

Neste sentido, a jurisprudência aduz:

> [...] 1. A responsabilização do profissional liberal por defeito na prestação do serviço implica comprovação de culpa. Art. 14, § 4º, do CDC. São pressupostos da responsabilidade subjetiva a comprovação da ocorrência do dano, a culpa ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> dolo do agente e o nexo de causalidade entre o agir do réu e o prejuízo. 2. Hospitais e clínicas de saúde respondem de forma objetiva quanto à falha no atendimento. Culpabilidade objetiva que si vai afastada se provar que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste, ou ocorrência de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. Inteligência do § 3º do art. 14 do CDC. RECURSO PROVIDO EM PARTE. DECISÃO MONOCRÁTICA. (JUSBRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AI: 700328555980 RS. Relator: JORGE ALBERTO SCHREINER PESTANA. Décima Câmara Cível. Data de julgamento: 22/10/2009).

Há que se mencionar que, não restará configurada a responsabilidade civil por parte do hospital se ficar comprovado que não ocorreu defeito no serviço ou o erro se deu por culpa exclusiva do paciente ou por parte de terceiro.

Entretanto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem consagrando que o hospital poderá vir a ser responsabilizado de maneira solidária por ato de terceiro, ou seja, por ato causado por seus empregados, conforme preconiza o art. 932, III do Código Civil, quando comprovado a culpa por parte destes últimos.

Neste caso, o hospital faz jus ao direito de regresso em face daquele profissional causador do evento dano, conforme entendimento abaixo:

> Recurso especial. ação de indenização por danos morais e materiais. erro médico. parto. uso de fórceps. cesariana. indicação. não observância. lesão no membro superior esquerdo. médico contratado. culpa configurada. hospital. responsabilidade subjetiva. ação de regresso. procedência. danos morais. valor. razoabilidade.1. a jurisprudência desta corte encontra-se consolidada no sentido de que a responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação dos médicos contratados que neles trabalham, é subjetiva, dependendo da demonstração da culpa do preposto.2. a responsabilidade objetiva para o prestador do serviço prevista no artigo 14 do código de defesa do consumidor, no caso o hospital, limita-se aos serviços relacionados ao estabelecimento empresarial, tais como a estadia do paciente (internação e alimentação), as instalações, os equipamentos e os serviços auxiliares (enfermagem,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> exames, radiologia). precedentes.3. no caso em apreço, ambas as instâncias de cognição plena, com base na prova dos autos, concluíram que houve falha médica seja porque o peso do feto (4.100 gramas) indicava a necessidade de realização de parto por cesariana, seja porque a utilização da técnica de fórceps não se encontra justificada em prontuário médico.4. a comprovação da culpa do médico atrai a responsabilidade do hospital embasada no artigo 932, inciso iii, do código civil ("iii - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;"), mas permite ação de regresso contra o causador do dano[...]. (JUSBRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1526467/RJ. Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. Terceira Turma. Data de julgamento: 13/10/2015).

Quanto à aplicabilidade da responsabilidade civil nos casos de violência obstétrica, a jurisprudência atual vem responsabilizando tanto o médico responsável pelos procedimentos na parturiente, quanto o hospital, incidindo, respectivamente, a responsabilidade subjetiva e objetiva.

A exemplo disto tem-se o Processo nº 0001314-07-2015-8.26.0082, julgado em outubro de 2017 pelo Tribunal de Justiça de São Paulo que discutia a responsabilização da médica e do hospital em que esta trabalhava.

De acordo com o julgado, a parturiente sem condições de ter um parto normal, ficou cerca de 12 (doze) horas aguardando para ser encaminhada para o procedimento de cesárea. Além disso, o hospital negou o direito da mesma de ser acompanhada pelo seu cônjuge durante o procedimento, bem como impossibilitou que esta tivesse contato com o recém-nascido no mesmo dia, impedindo assim o contato de mãe e filho.

Como se não bastasse às violações claras a saúde da mulher gestante, a parturiente sofreu ainda ofensas verbais por parte da equipe médica, o que acarretou prejuízos emocionais, desânimo e tristeza, conforme relato pessoal da parturiente em juízo:

> [...] "A médica lhe dizia que fazia força "errado" e que não estava colaborando. Queria colaborar e fazia a força que conseguia, mas estava muito difícil. Não teve acompanhante,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> pois lhe disseram que não tinha direito. O marido veio vê-la, sua cunhada também, mas não puderam ficar. O deboche das enfermeiras consistia nas outras mulheres que chegavam e tinham rapidamente seus filhos". E que "até que o anestesista retornasse foi levada novamente na sala de pré-parto para tentativa de parto normal. A médica chegou a gritar com a depoente e pegar sua mão, colocando-a na vagina para a depoente sentisse a cabeça do filho. A médica chegou a colocá-la em posição ginecológica e disse que subiria em sua barriga para expulsar o feto" (...) "foi encaminhada ao centro cirúrgico e seu marido não pode entrar, pois sangrava muito e o anestesista não permitiu. (...) Também disse à médica que na hora de fazer força não queria ver o filho e no momento que nasceu, queria vê-lo. (...) Não conseguiu visitar seu filho na UTI no mesmo dia, pois não conseguia se mover por conta da cirurgia e lhe foi negada uma cadeira de rodas. (...) Não pretende ter outros filhos, pois ficou traumatizada". (JUSBRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 0001314-07.2015.8.26.0082. Relator: FÁBIO PODESTÁ. 5ª Câmara de Direito Privado. Data de julgamento: 11/10/2017).

Deve-se garantir os direitos fundamentais na assistência obstétrica que se sustentem na desmedicalização do nascimento e na prática baseada em evidências, atendendo a questões como a presença do acompanhante, a possibilidade do parto em posição vertical, o cumprimento do plano de parto construído pela mulher, o consentimento livre e esclarecido antes da realização de procedimentos médicos (como episiotomia, a cesariana), o uso comedido e apropriado de tecnologias.

3. AÇÕES PREVENTIVAS A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

A problemática da violência obstétrica é um fenômeno multifacetado. Como já foi apresentado até aqui, questões como gênero, direito da mulher, cultura, papéis sociais, conceito ampliado de violências são todos pensados quando se discute essa temática. O parto de maneira geral, representa na vida das mulheres brasileiras um marco que repercute nos planos sociais, pessoais e físicos. É uma problemática que está entrando na discussão acadêmica recentemente, sobretudo no âmbito da Psicologia Brasileira, onde a bibliografia é ainda escassa, pelo menos foi o que foi constatado em nossas pesquisas. A psicologia que hoje se constitui como uma ciência que estuda a subjetividade humana, os modos de subjetivação,

pode contribuir na desconstrução de um suposto imaginário sobre o corpo e sobre a categorização do que é ser mulher na contemporaneidade, tendo em vista aspectos de classe, raça, regionalidade, escolaridade, e muitas outras determinantes concretas. De acordo com Santos (2002), Marx, ao fundar o sujeito na relação objetividade/subjetividade, revela que a objetividade produz a subjetividade e indica também, no pólo subjetividade, movimentos de transformação na objetividade. É nesse diálogo que o sujeito se constitui diferentemente da natureza, capaz de produzir sua vida, seu modo de ser-no-mundo. O parto de maneira geral, representa na vida das mulheres brasileiras um marco que repercute nos planos sociais, pessoais e físicos. Segundo Kitzinger (1987) O parto é uma experiência demasiadamente importante na vida, na subjetividade e singularidade de uma mulher, uma experiência que ficará marcada na lembrança da mulher por muitos anos, revivendo as sensações e emoções daquele momento do parto e da gestação em geral. Levando em consideração a compreensão marxista da compreensão da humanidade, que é a mesma da Psicologia Sóciohistórica, cabe lembrar que essas alterações subjetivas não são descoladas de ações objetivas e concretas, que farão que esses momentos do pré-parto, parto e pós-parto possam ser subjetivados das mais diversas maneiras, falando da violência obstétrica, essa subjetivação é repleta de representações imagéticas negativas e feridas no corpo da mulher que podem ser sentidas ou não conscientemente, tendo em vista a cultura e o empoderamento da mulher. Segue as palavras da psicóloga Karla Rapport (2012):

> A violência sofrida pode contribuir para que ela se sinta angustiada e triste. Além disso, pode surgir aversão a médicos, hospitais ou mesmo ao ato sexual, já que partes íntimas da mulher são manipuladas durante o parto com relativa frequência.

Essas condições objetivas, refletem diretamente no psiquismo da mulher. A Psicologia com ciência e profissão, deve legitimar esse tipo de sofrimento, dar visibilidade e construir análises que desconstruam esse discurso tanto no ambiente hospitalar como no ambiente médico, usando como método de análise uma perspectiva interdisciplinar e transdisciplinar. E a atuação do profissional psicólogo nas áreas de atenção básica, hospitalar, comunitária, educacional e jurídica são portas de entrada para desconstrução desse discurso de violência por um discurso de respeito e aceitação do desejo da mulher.

3.1. danos a dignidade psicológica da mulher diante da violência obstétrica

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

De acordo com Silva *et. al.* (2015) o parto desumanizado é humilhante às gestantes no processo de parto, elas passam por uma experiência traumática e negativa. A autonomia não é respeitada, se perde a identidade, a vergonha, visto que suas decisões e desejos, na maioria dos casos são deixados de lado por meio de práticas que não maximizam os benefícios.

Para o autor referenciado o descaso e a impaciência fazem com que o profissional não respeite o pudor, nem mesmo a individualidade de cada paciente, não entendendo suas dificuldades e limitações, e a falta de experiência no caso de primeiro parto por exemplo. Esse comportamento por parte da equipe de saúde no momento do parto, pode trazer traumas a gestante, deixando-a com a sensação de impotência para dar a luz a seu filho e muitas vezes tendo aversão a ter outra gravidez por lembrar dos traumas sofridos na experiência anterior de sua gestação.

Pode-se perceber que a violência obstétrica não é algo novo, desde quando as mulheres deixaram de ter seus filhos em casa com o auxílio de parteiras e passaram a ser assistidas nas instituições médicas. Atualmente as mídias sociais testemunham cada vez mais várias histórias relatadas pelas próprias mulheres e mães, que descrevem ter sofrido algum tipo de violência obstétrica (TESSER *et al.*, 2015, p. 4).

Dessa forma, conforme pondera Diniz *et. al.* (2015), no Brasil o tema já é abordado em trabalhos feministas, na academia e fora dela. Não é apenas na relação sexual que a violência aparece marcando a trajetória existencial da mulher, acontece também na relação médico-paciente, uma vez que o desconhecimento de sua filosofia é acionado para explicar os sentimentos de desamparo e desalento com que a mulher assiste seu corpo ser manipulado quando recorre a medicina nos momentos mais importantes de sua vida, o da contracepção, do parto ou do aborto.

Neste sentido, os danos causados a dignidade psicológica da mulher diante da violência obstétrica, seja de forma objetiva ou subjetiva, já é uma realidade latente no cenário obstétrico brasileiro.

Nessa premissa, compreende-se a violência obstétrica psicológica como todo ato ou comportamento que gerem sensações e sentimentos de vulnerabilidade, insegurança, abandono, desprezo e humilhação dentre outros a parturiente.

CONCLUSÃO

Parir respeitosamente no Brasil hoje é um ato de resistência, a falta de acesso à informação é uma dos agravantes que possibilitam que mulheres grávidas, parturientes e gestantes passem pelo processo de violência obstétrica muitas vezes sem se darem conta, e com isso carregarem marcas físicas e psicológicas consigo pelo resto de suas vidas. O que se vê é que neste país o processo de nascimento ainda é centralizado na figura do médico e não da mulher que dá à luz.

De modo que, enquanto perdurar essa cultura medicalizada do parto e, por outro lado, nada for feito para eliminar o estigma da parturição como evento exclusivamente feminino, sob o aprisionamento da ideia de que o homem, historicamente, sempre foi visto apenas como provedor e procriador, essa relação de poder persistirá impondo as crenças e preconceitos dos profissionais de saúde no trato das questões ligadas ao partejamento da mulher.

Esta revisão buscou compreender o cenário de assistência ao parto e contribuir para o fortalecimento das mulheres e trabalhadores/as da saúde para superar essas relações desiguais e violentas, promovendo, dessa forma, a saúde mental das mulheres e sua autonomia. Uma vez que acreditamos que resgatar a humanidade do atendimento, numa primeira aproximação, é ir contra a violência, já que esta representa a antítese do diálogo, a negação do outro em sua humanidade.

Pode-se inferir que o termo violência obstétrica, de acordo com a literatura revisada, não tem um conceito único, nem é definido em termos legais devido a falta de instâncias específicas que penalizem os danos subjetivos e desnecessários aos quais a maioria das mulheres brasileiras são submetidas.

Assim, os resultados encontrados nesta revisão expressam a necessidade de promover um entorno de saúde mais adequado tanto para as usuárias do sistema, como para os profissionais de saúde, a fim de propiciarem um ambiente mais seguros aos direitos da pessoa humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Ocitocina.** 2016. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/datavisa/fila_bula/frmVisualizarBula.asp?pNuTransacao=23373912016&pIdAnexo=3921829>. Acesso em: 16 jun. 2019.

_____.Câmara dos Deputados. **PL 7633/2014.** Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=617546>. Acesso em: 16 jun. 2019.

_____.**Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Diário Oficial da União. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 jun. 2019.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 11 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 05 jul. 2019.

_____. **Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990.** Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 19 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm>. Acesso em: 05 jun. 2019.

_____. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticos de Saúde. **Parto, aborto e puerpério:** assistência humanizada à mulher. Brasília: Ministério da Saúde, 2001. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/cd04_13.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2019.

_____. Secretaria Nacional de Políticas para Mulheres. **Saúde Integral da Mulher.** Disponível em: <http://www.spm.gov.br/assuntos/saude-integral-da-mulher>. Acesso em: 15 ago. 2019.

COFEN. **Lei nº 7.498/86, de 25 de junho de 1986.** Dispõe sobre a regulamentação do exercício da Enfermagem e dá outras providências. Brasília, DF, 25 jun. 1986. Disponível em: <http://www.cofen.gov.br/lei-n-749886-de-25-de-junho-de-1986_4161.html>. Acesso em: 15 ago. 2019.

COMITÊ LATINO AMERICANO E DO CARIBE PARA A DEFESA DOS DIREITOS DA MULHER. Instituto para Promoção da Equidade, Assessoria, Pesquisa e Estudos. **Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher.** São Paulo: KMG, 1996.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica.** Resolução CFM nº 1931, de 17 de setembro de 2009. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/novocodigo/integra_3.asp>. Acesso em: 10 ago. 2019.

CUNHA, Germana Barros; CUNHA, Karla Joelma Bezerra; GUIMARÃES, Tatiana Maria Melo**. Manual de apoio à vítima de violência obstétrica.** 2ª ed. Ordem dos

Advogados do Brasil – Piauí, 2018. Disponível em: https://issuu.com/r2comunicacao2/docs/cartilha_apoio_a_vitima_violencia_o>. Acesso em: 18 ago. 2019.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Violência obstétrica: você sabe o que é?** 2013. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/repositorio/41/Violencia%20Obstetrica.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2019.

DINIZ, Simone Grilo *et.al.* **Violência obstétrica como questão para a saúde pública no Brasil**: origens, definições, tipologia, impactos sobre a saúde materna, e propostas para sua prevenção. São Paulo: PEPSIC, 2015.

DIZER O DIREITO. **Em caso de responsabilidade civil do Estado, a vítima poderá propor a ação diretamente contra o servidor causador do dano?** 2014. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2014/01/em-caso-de-responsabilidade-civil-do.html>. Acesso em: 13 jul. 2019.

FIORELLI, José Osmir & MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. **Psicologia Jurídica**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO; SESC. **Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado.** 2010. Disponível em: <https://apublica.org/wp-content/uploads/2013/03/www.fpa_.org_.br_sites_default_files_pesquisaintegra.pdf >. Acesso em: 17 jul. 2019.

GUEDES, Cristiane Achilles; BORGES, Luiza Nogueira. **Pelo direito de parir:** a violência obstétrica na perspectiva dos direitos humanos. Revista Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, 2017. Disponível em: <http://www.defensoria.rs.def.br/upload/20170726141038revista_defensoria_17final.pdf>. Acesso em: 03 set. 2019.

JUÁREZ, Diana Y Otras. **Violência sobre lasmujeres:**herramientas para eltrabajo de losequiposcomunitarios. 1ª ed. Buenos Aires: Ministerio de Salud de La Nación, 2012.

_____.Tribunal de Justiça de São Paulo. 0001314-07.2015.8.26.0082. Relator: FÁBIO PODESTÁ. 5ª Câmara de Direito Privado. Data de julgamento: 11/10/2017. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/509315821/13140720158260082-sp-0001314-0720158260082/inteiro-teor-509315834?ref=juris-tabs>. Acesso em: 06 jul. 2019.

PORTELA, Ana Rebeca Paulino; SILVA, Emanuela Nascimento. **A psicologia dialogando com a violência obstétrica e o direito da mulher**: uma revisão bibiográfica. Recife: Companhia das Letras, 2010.
ROVINSKI, S. L. R. e CRUZ, R. M. (Orgs.). Psicologia Jurídica: Perspectivas Teóricas e Processos de Intervenção. São Paulo: Vetor. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Livraria do advogado, 2006.

SILVA, Francisca Martins. *et. al.* **Sentimentos Causados pela Violência Obstétrica em Mulheres de Município do Nordeste Brasileiro.** Revista de Prevenção e Infecção a Saúde. Paraíba: REPIS, 2015.

STECK, Juliana Monteiro. **Congresso combate violência obstétrica.** Senado Federal, 2016. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/03/15/congresso-combate-violencia-obstetrica>. Acesso em: 26 jun. 2019.

TESSER CD; *et. al.* KNOBEL R, ANDREZZO HFA, DINIZ SD. **Violência obstétrica e prevenção quaternária**: o que é e o que fazer. **Rev Bras Med Fam Comunidade**. 2015. Disponível em: http://www.rbmfc.org.br/rbmfc/article/view. Acersso em: 25.09.2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

EVOLUÇÃO DOS CRITÉRIOS NA RESOLUÇÃO DA TRIBUTAÇÃO ENTRE O ITR E IPTU: O PROBLEMA DA BITRIBUTAÇÃO

RAIMUNDO MATHIAS DE SOUZA NETTO:
Engenheiro de Produção; Engenheiro de Segurança do Trabalho; Cursando o último ano em Direito no CIESA - Centro Universitário de Ensino Superior do Amazona.

TATIANE CAMPELO DA SILVA PALHARES[1]

(Orientadora)

RESUMO: O presente artigo discute, no âmbito da bibliografia a evolução na resolução da Tributação do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural – ITR e o Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU no Brasil com base nos critérios definidos no ordenamento jurídico brasileiro no sentido evidente e coerente com os fatos apresentados pela administração tributária, no sentido de verificar se a legislação é prejudicial ao contribuinte. Tem por objetivos específicos analisar a aplicação da tributação do ITR e IPTU no âmbito do que determina a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; demonstrar que o ITR e o IPTU são imprescindíveis para a gestão dos munícipios dadas as enormes cargas de responsabilidade atribuídas a partir da CF/1988; e identificar as principais dificuldades e razões da cobrança dos referidos impostos no âmbito municipal. Para o alcance dos objetivos foi realizada uma pesquisa bibliográfica em livros e artigos científicos com o intuito de verificar trabalhos técnicos que fazem referência ao tema. Desta forma, o trabalho encontra justificativa no fato de que o ITR e o IPTU são impostos muito das vezes contestados pela grande maioria da população em função da ausência de orientação correta ou pela total falta dela. Os resultados apontam para o fato de que a cobrança do ITR e do IPTU é profundamente importante, tendo em vista o grande confronto entre a União e Municípios na resolução do conflito.

Palavras-Chave: Tributação; ITR e IPTU; Municipalização.

ABSTRACT: The present monographic essay discusses, within the bibliography, the evolution in the resolution of the Taxation of Rural Territorial Property Tax (ITR) and the IPTU in Brazil based on the criteria defined in the Brazilian legal system in an evident and coherent sense With the facts presented by the tax administration, in order to verify if these the legislation is harmful to the taxpayer. Its specific objectives are to analyze the application of the taxation of the ITR and IPTU within

the scope of what determines the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988; To demonstrate that IT and IPTU are essential for the management of municipalities given the enormous responsibilities assigned since CF / 1988; And identify the main difficulties and reasons for the collection of such taxes at the municipal level. In order to reach the objectives, a bibliographical research was carried out in books and scientific articles in order to verify technical works that refer to the theme. In this way, the work is justified by the fact that the ITR and IPTU are imposed very often by the great majority of the population due to the absence of correct orientation or the total lack of orientation. The results point to the fact that the collection of the ITR and IPTU is deeply important, having the point of view the challenge of Union within Municipe at conflict resolution.

Keywords: Taxation; ITR and IPTU; Municipalization.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição de República Federativa do Brasil de 1988 definiu como tributos municipais em seu artigo 156, o Imposto sobre propriedade predial e territorial urbana (IPTU); serviços de qualquer natureza (ISS); Já no artigo 153, define os impostos no âmbito da União, dentre eles o imposto sobre propriedade territorial rural (ITR). Os três impostos tem uma característica comum: são executados no âmbito do município; e, dois deles – o IPTU e o ITR tributam a propriedade. Só que o IPTU, por ser em área urbana, seus créditos se destinam ao município, enquanto o ITR, por ser um tributação sobre a propriedade rural, seus créditos se destinam a União. Mas pergunta-se: qual o objeto da tributação?

A propriedade, que em voga, se localiza no âmbito do território municipal e, o município e a atual Constituição Brasileira estabelece que este seja considerado como parte integrante da Federação. Isto não é um detalhe insignificante para os juristas e tributaristas, pois na Constituição anterior a de 1988, assim não constava, o que leva a associar a descentralização à municipalização.

O artigo 18 do texto constitucional de 1988 abre o capítulo da Organização Político-Administrativo do Estado, confirmado que "a organização político-administrativa da República compreende a União, os Estados e os Municípios, além do Distrito Federal, todos autônomos, nos termos da Carta Magna de 1988". O texto constitucional parece vincular o processo de descentralização a de autonomização dos entes da Federação entre si. Contudo, o artigo 23 estabelece a competência comum da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Das diversas

atividades encapadas pelo município, estão cuidar da saúde em baixa complexidade; proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e ciência; proteger o meio ambiente. Etc.; sem a necessária contrapartida tributária, já que a maioria dos tributos se conecta no âmbito da União.

O IPTU e o ITR são impostos com objeto de tributação igual – a propriedade. Mas ambos são cobrados por entes federativos diferentes. Enquanto o IPTU é atribuição municipal; o ITR é atribuição da União. Mas quais são os critérios de estabelecimento se uma propriedade é rural ou é urbana? A legislação define bem esse critério: propriedade urbana se localiza no âmbito da organização espacial de uma cidade; propriedade rural se localiza em espaço territorial amplamente ruralizado. O problema acontece quando uma propriedade, mesmo localizada em área urbana, é tributada pelo ITR, originando a chamada bitributação. É notório o caso do Bairro de Aparecida, na cidade de Manaus-Amazonas, em uma área localizada na confluência do Beco da Indústria, a Rua Wilkens de Mattos e o lado direito da Rua Alexandre Amorim que gerou a denominada bitributação, caso que será analisado ao longo do presente artigo científico.

Assim este estudo tem por objetivo geral discutir a evolução criterial na resolução da tributação do Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural – ITR e o Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU no Brasil com base nos critérios definidos no ordenamento jurídico brasileiro no sentido evidente e coerente com os fatos apresentados pela administração tributária, no sentido de verificar se a legislação é prejudicial ao contribuinte e/ou em alguns casos gera a denominada bitributação. Tem por objetivos específicos analisar a aplicação da tributação do ITR e IPTU no âmbito do que determina a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; demonstrar que o ITR e o IPTU são imprescindíveis para a gestão dos munícipios dadas as enormes cargas de responsabilidade atribuídas a partir da CF/1988; e identificar as principais dificuldades e razões da cobrança dos referidos impostos no âmbito municipal.

Para o alcance dos objetivos foi realizada uma pesquisa bibliográfica em livros e artigos científicos com o intuito de verificar trabalhos técnicos que fazem referência ao tema. Foram então selecionados vinte e cinco (25) trabalhos entre livros, artigos e legislação, em língua portuguesa, totalizando, 41,66% dos trabalhos cadastrados, para serem incorporados ao artigo em voga; foram incluídos todos os artigos, legislações e livros que tinham relação amistosa com a proposta deste trabalho e que se referiam as palavras-chave: Tributação; ITR e IPTU; Municipalização; foram excluídos todos aqueles que faziam referência ao tema

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

apenas de forma genérica. Foram necessários dois (3) meses (janeiro//2019 a março/2019) para o cadastramento do material bibliográfico; um (1) mês (junho/2019) para a seleção dos vinte e cinco (25) trabalhos escolhidos; e, um (1) mês (julho/2019) para elaboração do artigo. Os resultados foram analisados levando-se em consideração a opinião dos autores pesquisados na literatura disponível. Esses dados derivados da pesquisa bibliográfica foram agrupados de acordo com as categorias analisadas a fim de desenvolver o teor geral do tema em questão.

Desta forma, o trabalho encontra justificativa no fato de que o ITR e o IPTU são impostos muito das vezes contestados pela grande maioria da população em função da ausência de orientação correta ou pela total falta dela. Os resultados apontam para o fato de que a cobrança do ITR e do IPTU é profundamente importante, mas no Brasil, seu uso, muitas vezes é profundamente contestado.

2 BREVE HISTÓRICO DA TRIBUTAÇÃO NO BRASIL

O Estado para atingir sua finalidade de promover o bem comum, exerce funções necessita de recursos financeiros ou receitas. As receitas do Estado provêm de atividades econômicas privadas dos entes públicos, de monopólios de empréstimos, e principalmente da imposição tributária fiscal, parafiscal, extrafiscal. As pessoas sob a jurisdição do Estado ao contribuir devem obedecer a determinadas normas, cujo conjunto constitui o Direito Tributário também chamado de Direito Fiscal.

O Estado para atingir sua finalidade de promover o bem comum, exerce funções que necessitam de recursos financeiros ou receitas. As receitas do Estado provêm de atividades econômicas privadas dos entes públicos, de monopólios de empréstimos, e principalmente da imposição tributária fiscal, parafiscal, extrafiscal. As pessoas sob a jurisdição do Estado ao contribuírem devem obedecer a determinadas normas, cujo conjunto constitui o Direito Tributário também chamado de Direito Fiscal. Foi fruto da evolução histórica, mas foi objeto de racionalização, realizada com a reforma tributária feita pela Emenda Constitucional nº 18 de 1965, que com outras alterações inseriu-se na Constituição de 1967 e ampliada na atual (Constituição Federal de 1988).

A ideia de racionalização foi mesmo visada pelo legislador da Emenda nº 18, que esclarece várias dúvidas no contexto tributário antes de 1965. A comissão procurou subordinar seus trabalhos a duas premissas que adotou como

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

fundamentos. A primeira delas é a consolidação dos impostos de idênticas naturezas em figuras unitárias, definidas por referências econômicas.

A segunda premissa é a concepção do sistema tributário integrado no plano econômico e jurídico nacional, em substituição ao critério atual e histórico, de origem essencialmente política, de coexistência, de 3 (três) sistemas tributários: federal, estadual e municipal. Porém, a maior novidade introduzida pela Emenda nº 18, de 1965, foi elevado às disposições básicas do sistema tributário nacional ao nível constitucional inspirada na legislação alemã.

Neste sentido, veio criar maior instrumentalidade para impedir conflitos de tributação dentro da federação e tornou mais efetivos o controle de constitucionalidade e legalidade pelo poder judiciário. Na introdução do grande dicionário de direito tributário e das ciências fiscais da Alemanha, esta mesma colocação e relevância estão assim ressaltadas: "na República Federal estruturada dentro do sistema federativo, a legislação na criação das leis financeiras e tributárias é vinculada à ordem constitucional expressa na lei fundamental especialmente às garantias individuais dos cidadãos". Esta novidade da Constituição Federal de 1988 é inestimável, pela sua importância na estruturação e desenvolvimento do Direito Tributário moderno. Os tribunais, portanto, principalmente a corte constitucional federal tem a atribuição de examinar se a legislação observou os seus limites constitucionais.

Mas é importante, relatar à evolução do Sistema Tributário no Brasil. A injustiça tributária, tão proclamada nos dias atuais, pelo contexto empresarial brasileiro e pela população em geral, que não usufrui da enorme carga tributária no Brasil, tem longa data.

No Brasil colônia, o sistema tributário brasileiro era atrelado ao sistema tributário da metrópole, no caso Lisboa, capital de Portugal e, profundamente exploratório, ou seja, o que se produzia no país pagava-se altos tributos, chegando-se a carga de até 90% da produção. Esse sistema levou a uma sucessão de levantes na colônia, sendo destaque para a revolta de Felipe dos Santos e a Inconfidência Mineira que tinha como pano de fundo o sistema tributário profundamente explorador. Com o advento do Império do Brasil, pouca coisa mudou, sendo apenas a transferência das receitas tributárias de Portugal para o Brasil, pois o sistema continuou praticamente o mesmo. Os primeiros registros de incidência de imposto no Brasil ocorreram no ano de 1888, quando a Princesa Isabel reinava. Foi instituído o chamado "Imposto de Indústria e Profissões" que tinha como função arrecadar o que era ganho pelos trabalhadores. O imposto foi regulamentado através de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

decreto e, não bastando à criação, trouxera também as isenções, conforme bem explicita Ferrari (2013). As isenções alcançavam pescadores, mercearias, escolas, professores, fábricas de algodão, telefonia e telegraria. O Imposto de Indústria e Profissões se assemelha muito com o Imposto de Renda, este criado no ano de 1922.

Com o advento da República em 1989, esta república que se formava herdou toda a composição tributária do Império do Brasil, correndo muito poucas mudanças. Esse sistema perdurou até a queda a ascensão de Getúlio Vargas ao poder em 1930. Os tributos no período de 1889 até 1930 estavam profundamente concentrados no comércio exterior, já que os principais produtos eram o Café e a Borracha, produtos do setor primário, oriundos do cultivo (Café) e do extrativismo (borracha) que eram as fontes de receitas públicas, representado dois terços (2/3) destas receitas públicas. A Constituição de 24 de fevereiro de 1891 embora fosse amplamente ao âmbito da Constituinte, seguiu, no campo tributário, o que estava preconizado na Constituição Imperial de 1824, adotando apenas adotou, em função do novo regime federativo, formas de repartição da receita com os Estados e Municípios com o objetivo de lhes permitir a autonomia financeira. Foram estabelecidos, pela primeira vez no Brasil, impostos de competência da União, de competência dos Estados e, de competência dos Municípios.

No âmbito da União cabiam o imposto de importação, os direitos de entrada, saída e estadia de navios, taxas de selo e taxas de correios e telégrafos federais; aos Estados cabiam impostos sobre a exportação, sobre imóveis rurais e urbanos, sobre a transmissão de propriedades e sobre indústrias e profissões, além de taxas de selo e contribuições concernentes aos seus correios e telégrafos.

Em relação aos Municípios cabiam os impostos que eram decretados pelos Estados. Apenas em 1924, seguindo as premissas oriundas da Europa e dos Estados Unidos foi criado o imposto de renda geral. Para Silva (2008, p. 33) "a criação do imposto de renda atendia uma premissa de tributar o cidadão, já que só as atividades econômicas mereciam essa tributação. Seguiu os ditames da legislação tributária americana que desde muito tempo, já tributava o cidadão". Com a chegada de Getúlio Vargas ao poder em 1930, muitas mudanças foram proferidas no Brasil, principalmente no campo do amparo social. Em 1934, foi promulgada uma nova Constituição que promoveu mudanças de suma importância no Sistema Tributário Brasilio. Segundo Alcântara (2009, p. 56):

> As principais modificações ocorreram nas órbitas estadual e municipal. Os estados foram dotados de competência

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> privativa para decretar o imposto de vendas e consignações, ao mesmo tempo em que se proibia a cobrança do imposto de exportações em transações interestaduais e limitava-se a alíquota deste imposto a um máximo de 10%. Quanto aos municípios, a partir da Constituição de 16 de julho de 1934, passaram a ter competência privativa para decretar alguns tributos.

O autor supracitado também se refere a uma inovação no sistema tributário brasileiro como a competência privativa da União e dos Estados em criar impostos, mas estes deveriam seguir uma premissa de repartição, sendo assim distribuídos: 30% a União e 20% aos Municípios.

Essa distribuição aos Municípios pode ser considerada a origem do Fundo de Participação dos Municípios. Em 1937 foi outorgada uma nova Constituição que pouco mudou o sistema tributário brasileiro adotado até então. Apenas, segundo De Paula (2013, p. 62) "os Estados perderam a competência para criar impostos para combustíveis e, os municípios perderam a competência de tributar as propriedades rurais". No ano de 1940 foi promulgada a Lei Constitucional nº 3 que impedia aos Estados de tributarem o carvão mineral e também sobre os combustíveis lubrificantes. No mesmo ano foi também promulgada a Lei Constitucional nº 4 que dava a União à prerrogativa de proferi tributação aos bens que tratava a Lei constitucional nº 3.

Assim a centralização tributária estava definitivamente estabelecida no Brasil, já que a União tirava dos Estados à competência para legislar sobre tributos que eram gerados em seu território, o que acabou por transformar Estados e Municípios profundamente dependentes da União. Em 1946 foi promulgada uma Nova Constituição Federal, profundamente democrática, mas ainda muito centralizadora, nos ditames tributários. Segundo Lopes (2007, p. 69):

> A Constituição de 18 de setembro de 1946 provocou muito poucas mudanças no âmbito tributário, mesmo assim, demonstrou interesse em provocar mudanças na arrecadação dos municípios. Dois (2) novos impostos foram incorporados à tributação municipal, quais sejam: o imposto sobre atos de sua economia ou assuntos de sua competência, o denominado imposto do selo municipal e o imposto de indústrias e profissões. Este último pertencia à esfera tributária dos Estados e foi transferido para a esfera tributária

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> municipal. Também ocorreu a transferência de 10% da arrecadação da União sobre o Imposto de Renda (IR) para os municípios.

Mas alguma coisa mudou como o retorno da competência dos Estados no sentido de tributar os combustíveis, além de mudanças para os Municípios que tiveram a alíquota máxima do imposto de exportação limitada a 5%%. Apenas em 1967 foi realizada uma reforma tributária mais profunda no Brasil, embora sobre os ditames da ditadura militar e concentrada na maioria dos tributos na União, deixando aos Estados e Municípios pouca margem de manobra.

> O primeiro Código foi instituído no ano de 1966, sendo a Lei 5.172/66, esta vigora até os dias atuais, formalmente lei ordinária a qual fora recepcionada pelo Constituinte Originário como Lei Complementar, ou seja, somente LC poderá extinguir o presente código. Nessa mesma época, porém 2 anos depois, fora instituído, através do Decreto nº 63.659, de 20 de novembro de 1968, a Receita Federal do Brasil, demonstrando um grande avanço no que concerne à fiscalização dos tributos. Conforme texto retirado do sistema informatizado da Receita Federal, esta:
>
> > Com o advento do Decreto nº 63.659, de 20 de novembro de 1968, a nova Secretaria passou a ter, em sua estrutura, uma coordenação para cada dos sistemas (arrecadação, tributação, fiscalização e informações econômico-fiscais); 3 órgãos de supervisão; uma assessoria ligada diretamente ao Secretário, 10 superintendências regionais, 50 delegacias, 19 inspetorias, 59 agências e 642 postos.
> >
> > A Receita Federal, no modelo organizacional em que a conhecemos atualmente, surgiu da Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007, que criou a Secretaria da Receita Federal do Brasil, órgão da esfera do Poder Executivo Federal, responsável pela gestão da Administração Aduaneira e Tributária em âmbito nacional".

Desde então o Fisco tem se aperfeiçoado cada vez mais para que a Administração Pública dote-se cada vez mais de eficiência em relação as suas atribuições arrecadatórias e fiscalizatórias. Um exemplo é a informatização dos sistemas. Foi fruto da evolução histórica, mas foi objeto de racionalização, realizada com a reforma tributária feita pela Emenda Constitucional nº 18 de 1965, 1ue, com outras alterações foi inserida na Constituição de 1967 e ampliada na atual (1988).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Já em 1984, fruto da Emenda Constitucional nº 23/83, ocorreu um desconcentração de recursos que modificou o Fundo de Participação dos Estados – FPE e o Fundo de Participação dos Municípios – FPM com elevação dos percentuais de 12,5 e 13,5%, respectivamente, em 1984, e para 14% e 16%, de 1985.

A Constituição Federal de 1988 provocou mudanças no composto tributário nacional conforme discriminação abaixo:

- UNIÃO: IR; Imposto sobre Produtos Industrializados; Imposto Territorial Rural; Imposto de Importação; Imposto de Exportação; e, Imposto sobre Energia Elétrica; Imposto sobre Minerais; Imposto sobre Lubrificantes e Combustíveis; Imposto sobre Transportes; Imposto sobre Comunicações.

- ESTADOS: ICMS; Imposto sobre Transportes; Imposto sobre Comunicações; Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores; Imposto de Transmissão Causa Mortis.

- MUNICÍPIOS: IPTU; e, ISS.

A ideia de racionalização foi mesmo visada pelo legislador da Emenda nº 18, que esclarece... A comissão procurou subordinar seus trabalhos a duas premissas que adotou como fundamentos. A primeira delas é a consolidação dos impostos de idênticas naturezas em figuras unitárias, definidas por referências econômicas.

A segunda premissa é a concepção do sistema tributário integrado no plano econômico e jurídico nacional, em substituição ao critério atual e histórico, de origem essencialmente política, de coexistência, de 3 sistema tributários: federal, estadual e municipal. Porém, a maior novidade introduzida pela Emenda nº 18, de 1965, foi elevado às disposições básicas do sistema tributário nacional ao nível constitucional inspirada na legislação alemã. Neste sentido, veio criar maior instrumentalidade para impedir conflitos de tributação dentro da federação e tornou maus efetivo o controle de constitucionalidade e legalidade pelo poder judiciário.

Na introdução do grande dicionário de direito tributário e das ciências fiscais da Alemanha, esta esma colocação e relevância estão assim ressaltadas: "na República Federal estruturada dentro do sistema federativo, a legislação na criação das leis financeiras e tributárias é vinculada à ordem constitucional expressa na lei fundamental especialmente às garantias individuais dos cidadãos". Esta novidade da Constituição Federal é inestimável, pela sua importância na estruturação e desenvolvimento do Direito Tributário moderno. Os tribunais, portanto,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

principalmente a corte constitucional federal tem a atribuição de examinar se a legislação observou os seus limites constitucionais.

2.1. Natureza jurídica do direito tributário

Quanto à natureza jurídica do Direito Tributário pode ser classificado com um ramo do Direito Público, com a figura do Estado sempre presente em um dos polos da relação jurídica, e sempre em situação de superioridade jurídica perante o particular. Ainda quanto à natureza pode-se assegurar que o Direito tributário revela-se como um ordenamento obrigacional comum. A lei outorga ao Estado a pretensão ou o direito de exigir de quem está submetido à norma, uma prestação pecuniária que chamamos de tributo, resultante do poder de tributar.

O Direito Tributário é assim um direito de levantamento pecuniário entre os jurisdicionados, porém, disciplinado sobre a base dos princípios do Estado de Direito. Ressalta-se que o Direito Tributário é a disciplina da relação entre Fisco e o contribuinte, resultante da imposição, arrecadação e fiscalização dos impostos, taxas e contribuições. Com efeito, o Direito Tributário é a representação positivada da ciência jurídica que reúne um conjunto de normas e princípios jurídicos, reguladores das relações intersubjetivas na obrigação tributária, cujos elementos são as partes, a prestação e o vínculo jurídico.

Assim, as partes destacam-se como o Ente Público Estatal de um lado e o contribuinte do outro O objeto é a obrigação em si, que pode consistir numa obrigação, dar de cunho patrimonial, de fazer ou não fazer de cunho instrumental (emitir notas fiscais, entregar declarações). A cobrança de tributos se mostra como a principal fonte das receitas públicas, voltadas ao atingimento dos objetivos fundamentais, inseridos no Artigo 3º da Constituição Federal, tais como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, tendente à redução das desigualdades sociais, como a promoção do bem estar da coletividade.

Assim ensina Amaro (2008, p. 2), "O Direito Tributário é disciplina jurídica dos tributos. Com o que se abrange todo o conjunto de princípios e normas reguladores da criação e fiscalização e arrecadação das prestações de natureza tributárias". Desta forma, o direito tributário é o conjunto das leis reguladoras da arrecadação dos tributos (taxas, impostos e contribuição de melhoria), bem como de sua fiscalização. Regula as relações jurídicas estabelecidas entre o Estado e contribuinte no que se refere à arrecadação dos tributos.

2.2 Relação jurídica

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Destaca-se a relação jurídica: a) conforme o polo o ativo (credor), os entes tributantes ou pessoas jurídicas de direito público interno, também conhecido por FISCO: a União, os Estados- membros, os municípios e o Distrito Federal. b) no polo passivo (devedor), o contribuinte (ou responsável) representados pelas pessoas físicas ou jurídicas. Harada, (2001, p. 241), cria-se desse: "O cenário afeta a invasão patrimonial caracterizadora do mister tributacional, em que O Estado avança em direção ao patrimônio do súdito, de maneira compulsória, a fim de que logre retirar uma quantia em dinheiro, que se intitula tributo arrecadando-o para seus cofres".

Tal invasão é inflexível, não havendo como dela se desviar, exceto se o tributo apresentar-se ilegítimo, ou seja, fora dos parâmetros impostos pela norma tributária, mostrando-se inconstitucional, o que poderá ensejar a provocação do Poder Judiciário, no intuito de que se proceda à correção da situação antijurídica. A relação tributária é, portanto, uma relação jurídica. Daí concluir que paga-se tributo em cumprimento a um dever jurídico, e não em cumprimento a um dever de solidariedade social. É importante ressaltar, que esta relação jurídica tributária se verifica entre o FISCO (denominação dada ao Estado enquanto desenvolve a atividade de tributação) e aquele que está diretamente obrigado ao pagamento do tributo. Conforme Melo (2008, p. 10), a cobrança:

> De tributos se mostra como a principal. Fonte das receitas públicas voltada ao Atingimento dos objetivos fundamentais Inseridos no Artigo três da Constituição Federal, tais como a construção de uma Sociedade livre, justa e solidária, a garantia desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, tende a redução das desigualdades sociais e regionais, bem como a promoção do bem estar da coletividade.

Conclui-se que, o Direito Tributário tem por finalidade promover o equilíbrio nas relações entre os que têm e os que não tem poder. Sendo certo que, o Estado é a maior expressão de poder que se conhece, por isso, conclui-se que o Direito Tributário tem por finalidade limitar o poder de tributar e proteger o cidadão contra os abusos desse poder.

Dito isto, é possível conceituar o Direito tributário como um ramo do direito que se ocupa das relações entre o Fisco e as pessoas sujeitas à imposição tributárias de qualquer espécies, limitando o poder de tributar e protegendo o cidadão. A denominação "direito tributário" tem predominado entre nós, e na verdade parece

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ser a melhor para designar a matéria em estudo. Entretanto, outra denominação tem sido utilizadas tais como: direito fiscal direito financeiro e legislação tributária.

3 COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA

3.1 Conceito

Alexandre (2017) conceitua a competência tributária como "o poder constitucionalmente atribuído de editar leis que instituam tributos". O referido autor seguiu a mesma linha de raciocínio de Tavares (2015) que define como "a aptidão privativa das Pessoas Políticas de editarem leis, *in abstrato*, que criem tributos ou majorem os já existentes". Ainda sim é necessário citar a conceituação feita por Brigagão (2014), a qual ensina que "competência tributária é a aptidão para criar *in abstrato* tributos, bem como modificá-los e extingui-los, com autorização constitucional para tanto". Observa-se que todos os autores aqui relacionados orbitam em dizer que a competência tributária é o poder concedido pela Constituição aos entes federados (Pessoas Políticas) para criarem e extinguirem determinados tributos.

3.1.1 Características da Competência Tributária

Alexandre (2017) trata em seu livro que "o exercício do poder atribuído é uma faculdade", ou seja, a primeira característica é a **facultatividade**, sendo que o ente federado decide se irá instituir o tributo ou não, obviamente não ocorrendo prescrição pela falta de exercício.

A segunda característica se perfaz no âmbito da **indelegabilidade**, ou seja, "não pode o ente federado editar norma que atribua a outro ente a competência para criar tributo que lhe foi outorgado pela Constituição Federal" (p. 201). A indelegabilidade pode ser encontrada no artigo 7º do CTN, a qual o legislador expressamente trouxe a presente característica. A terceira característica é a **irrenunciabilidade**. Brigagão (2914, 0 14) profere que: "fica facultado ao ente federativo o exercício ou não de sua competência, mas dela não pode abrir mão por livre e espontânea vontade, a seu bel prazer, do contrário haveria o engessamento do Poder Legislativo ao deliberar sobre o tema em momento futuro".

A competência tributária é dotada de **facultatividade**, de modo que os entes federados não possuem obrigatoriedade para instituição de tributo. Todavia, não podem abrir mão do poder de instituí-los, sob pena de incorrer, como

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

apontado pela ilustríssima professora, em engessamento do Legislativo para deliberação sobre o tema.

A quarta característica é a **incaducabilidade** é como bem Brigagão (2014) significa que a mesma não se encontra perdida pelo seu não exercício no decurso do tempo. Entende-se que o Constituinte Originário não estabeleceu prazo para o exercício da competência tributária, sendo essa exercida quando necessário for.

Por fim, a competência tributária possui **privatividade**, ou seja, essa característica, conforme a Autora acima, "retrata a exclusividade da pessoa política na instituição de sua competência".

4 OS IMPOSTOS- IPTU E ITR

Os tributos podem ser vinculados ou não vinculados, a depender de suas espécies. O caráter vinculativo ocorre quando o tributo necessita de uma atividade estatal específica para que haja a sua incidência, ao passo que os tributos não vinculados não dependem desse caráter sinalagmático para sua ocorrência.

Alexandre (2017, p. 22), conceitua os impostos e traz que: "por definição, tributos não vinculados que incidem sobre manifestações de riqueza do sujeito passivo (devedor). Justamente por isso, o imposto se sustenta sobre a ideia da solidariedade social.". É também conceituado através do Art. 16 do CTN, o qual define que imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.

A manifestação de riqueza é a essência dos impostos, os quais terão suas hipóteses de incidência baseadas nessa característica. O princípio da capacidade contributiva está também diretamente ligado aos impostos, uma vez que quem tem uma manifestação de riqueza proporcionalmente maior, deverá pagar mais e quem tiver menos poder de riqueza, pagará menos. Conforme Alexandre (2017, p. 23) os impostos:

> Além de serem tributos não vinculados, os impostos são tributos de arrecadação não vinculada. Sua receita presta-se ao financiamento das atividades gerais do Estado, remunerando os serviços universais (*ut universi*) que, por não gozarem de referibilidade (especificidade e divisibilidade), não podem ser custeados por intermédio de taxas.

O fato de a receita não ser vinculada é extraído do princípio da não-afetação, porém há exceções quando: relacionada à destinação de recursos para as ações e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita.

A competência para instituir os tributos é dada pela Constituição, mas esta não cria, apenas atribui à possibilidade de criação do tributo. A competência tributária de criação de impostos estão estipuladas aos entes federativos de modo privativo, extraordinário e residual, conforme o demonstra o capítulo da competência tributária. Sem a manifestação de riqueza, não há porquê haver tributação por meios dos impostos. Desse modo, continua Schoueri (2016, p 210):

> Rejeita-se a ideia de uma hipótese tributária aplicável a um imposto que não possua conteúdo econômico: não faz sentido imaginar um imposto sobre cabelos longos ou sobre o uso de barba. "É verdade que, na antiguidade, houve impostos que se cobravam com base no número de janelas de uma casa, mas vale notar que as janelas, na época, eram um símbolo de ostentação de riqueza e, pois, um sinal de capacidade contributiva."

Os impostos não têm caráter seletivo relacionado à características pessoais, ou, como dito acima, sobre o tanto de televisões contidas em uma residência, mas sim umas manifestação de riqueza, tais como: comprar um carro (adquirir propriedade de veículo automotor – IPVA), salário mensal de 30 salários mínimos (IR) e assim por diante. Em regra, conforme explica Alexandre (2017) para que sejam criados tributos, o ente tributante deve editar lei (ou ato normativo de igual hierarquia, diga-se, Medida provisória) instituindo-os abstratamente, ou seja, definindo seus fatos geradores, bases de cálculo, alíquotas e contribuintes.

Todavia, a Constituição Federal exige que lei complementar de caráter nacional defina os respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes. Tudo isso visa a assegurar a uniformidade da incidência tributária em todo o território nacional, de forma que dê concretude ao princípio da isonomia. Ainda que possa ser editada Medida Provisória para instituição de tributo, eles não englobam os impostos residuais, pois estes são regidos por lei complementar, sendo vedado às Medidas Provisórias tratarem de matéria reservada à lei complementar conforme Art. 62, §1º, III, da CF. Por ocasião de o Código Tributário Nacional ter sido omisso no estabelecimento do fato gerador, contribuintes, base de cálculo, podem os Estados, por meio da competência legislativa plena, editar normas gerais sobre o tributo. A competência para legislar sobre direito tributário é concorrente, o que

fundamenta a pretensão relacionada ao IPVA. Esta decisão fora estabelecida pelo STF no RE 191.703-AgR/SP.

O IPTU – Imposto Predial e Territorial Urbano é um imposto puramente municipal cujo objeto é a propriedade, com domínio útil a área urbana, sedo contribuintes todas as pessoas físicas ou jurídicas que detém a propriedade. Tem por finalidade prover o executivo municipal de recursos financeiros para a realização de sua função, mas também servir de referência para a formação do preço a terra. È também, desde 2001, considerado um imposto com função social descrito pela Lei nº 10.257, de 10 de julho.

Sua criação remonta aos tempos do Brasil colônia, quando da chegada da família rela ao Brasil em 1808, quando Dom João VI, criou, em 27 de junho, a Décima dos Rendimentos dos Prédios Urbanos, que ficou conhecida como Décima Urbana, com a clara finalidade de aumenta os recursos financeiros que financiavam a família real no Brasil.

O imposto passou a ser cobrado oficialmente em 1809, sendo os proprietários de prédios localizados na Corte, nas cidades, vilas e povoações da orla marítima do Rio de Janeiro os primeiros entres contribuintes. Sua alíquota era de 10% sobre o rendimento líquido dos prédios, se fossem destinados a aluguéis e/ou o valor arbitrado pela Décima. Foi inicialmente cobrado apenas no Rio de Janeiro, mas logo se estendeu a outras cidades. Mas como para toda cobrança de impostos existem as possibilidades de isenções em 1811 foi concedido as primeiras isenções por intermédio do Decreto Real de 26 de abril de 1811 que deram o benefício aos proprietários que não se adequavam as condicionalidades da cobrança.

Durante o Império do Brasil se ampliou sensivelmente a cobrança do imposto referido, diminuído as condições de isenção e aumentado as condições de cobrança. Em 1973 mudou de denominação passado a ser conhecido como Imposto sobre Prédios e, em 1881, pelo Imposto Predial. Com a Proclamação da República e a formalização de um novo texto constitucional em 1891, as províncias que passaram a ter a denominação de Estados-membros da Federação, passaram a gozar da prerrogativa de instituir o imposto sobre a propriedade que perdurou até a formulação de uma nova Carta Magna, em 1934, que estabeleceu, com a definição de que o Imposto que tinha como fato gerador a propriedade passaria a ser de competência unicamente dos municípios. Essa competência se manteve até os dias de hoje, com a Constituição de 1988, garantido essa prerrogativa. Já o ITR, como o próprio nome já se refere, trata-se de imposto incidente sobre a propriedade territorial rural. A manifestação de riqueza de possuir imóvel rural leva

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

a incidência do presente imposto, de competência da União. Paulsen (2006, . 145) coloca que:

> A palavra rural, por sua vez, é adjetivo que designa o que é próprio do campo, em oposição ao que é próprio da "cidade". Imóvel rural é o que se situa no campo, ou seja, na zona rural. Se, de um lado, é certo dizer que o imóvel rural, normalmente, é destinado às atividades agropastoris, de outro é preciso deixar claro que o critério para distinção de imóveis rurais de imóveis urbanos é o da localização.

Diante disso, almeja o ITR, também, a estimular, de forma onerosa a produtividade do imóvel rural, trazendo a extra fiscalidade. Alexandre (2017) defende a mesma linha de raciocínio, abordando que é imposto com finalidade marcantemente extrafiscal, pois suas alíquotas serão fixadas de forma a desestimular a manutenção de propriedades improdutivas. Coratto (2014, p. 65), nada mais é que: "que o objetivo excepcional de um tributo, que ultrapassa o setor puramente financeiro e reflete de diversas maneiras em diferentes âmbitos, tais como o político, o social e o econômico."

Os tributos, em sua grande maioria, possuem caráter fiscal, ou seja, visam apenas os aspecto financeiro, de modo a proporcionar à Administração Pública os recursos para sua sustentabilidade. Mas, como se vê, o ITR vai além do caráter fiscal, possuindo outros objetivos. O professor Alexandre (2017, p. 600) trata do assunto lecionando que: "As alíquotas não são fixadas, portanto, de modo a otimizar a arrecadação. O que se quer é tributar de uma maneira mais gravosa as propriedades menos produtivas, de forma a desestimular a manutenção da situação".

A extra fiscalidade possui razão de ser. O artigo 186 da CF profere que a propriedade rural atenderá sua função social quando cumprir simultaneamente, os seguintes requisitos: aproveitamento racional e adequado, utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente, observância das disposições que regulam as relações de trabalho, exploração que favoreçam o bem-estar dos proprietários e de seus trabalhadores. Em cumprimento dessa disposição constitucional, o ITR possui caráter progressivo e extrafiscal, uma vez que tributa de forma maior as propriedades improdutivas com o fim de compelir os proprietários a cumprir sua função social.

4.1 Da bitributação e *bis in idem*

Bitributação e *Bis In Idem* possuem conceituações bem parecida, mas ambos também possuem peculiaridades específicas, justamente por terem natureza diferenciada. "Alexandre (2012, p. 208) define que o bis in idem se caracteriza quando o poder de tributar estatui diversas leis tributárias, que são decorrentes do mesmo fato gerador". Leal (2013) diz com propriedade que a conclusão de Alexandre é bem realista, acrescentando que a o *Bis In Idem* ocorre quando aquele que tem o poder de tributar, tributa mais de uma vez o sujeito passivo decorrente do mesmo fato gerador.

Ambos renomados juristas concordam que a principal característica do *Bis IN Idem* está concentrada no fato de que um único ente que tem o poder de tributar tributa o sujeito passivo na relação tributária, mas de uma vez, utilizado o mesmo fato gerador. Como exemplo bem claro do *Bis In Idem* está dois (2) impostos: a cobrança do Imposto de Renda (IR) que tem como fato gerador o lucro da empresa; e a Contribuição Social sobre o Lucro (CSSL), cujo fato gerador é também o lucro aferido pela empresa no final do exercício fiscal, Só que esse tipo de ação do órgão tributante é autorizado pela Constituição.

Embora, como dito, seja, um procedimento tributário autorizado pela Constituição, alguns autores, o consideram uma anomalia do sistema tributário brasileiro. O fator gerador é o mesmo, as alíquotas são diferentes. O que o caracteriza como *Bis In Idem* e não bitributação, é fato de ser cobrado pelo mesmo ente tributante. E por que alguns autores o consideram uma anomalia do sistema tributário brasileiro. Alegam que o mesmo fato gerador não pode se base para mais de um imposto.

Moreira (2009) apresenta um trabalho em que destaca o princípio da cumulatividade tributária. Diz ele que são três (3) as condicionalidades de cumulatividade tributária: a) cumulação de tributos do mesmo fato gerador cobrado pelo mesmo ente tributante – o denominado *Bis In Idem*; e cumulação de tributos do mesmo fato gerador cobrados por entes tributantes diferentes; b) inclusão de tributos que aumentem as arrecadação de forma artificial com alíquota de outras exações; e, c) cobrança de tributos em dois (2) ou mais estádios da cadeia produtiva.

Para o autor, quando trata do *Bis In Idem*, embora seja um procedimento autorizado pela Constituição Federal, trata-se de uma cumulação de impostos provenientes do mesmo fato gerador. Diz com propriedade que a prática da cumulatividade tributária é um fenômeno que ocorre no mundo, desde o advento do mercantilismo, mas que vem sendo progressivamente evitada, na maioria dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

países, pós Revolução industrial, quando, esse princípio foi considerado uma anomalia dos sistemas tributários.

Já a bitributação é um fenômeno que segundo Alexandre "(2012) "acontece quando o mesmo fato gerador decorre em cobrança de tributos por dois (2) entes tributantes diferentes"". Ou seja, esse fenômeno, que para Moreira (2009) é uma forma de cumulatividade de impostos, quando o tributo decorrente do mesmo fato gerador, acaba por gerar a cobrança de impostos, por dois (2) entes tributantes.

A bitributação é expressamente vedada pela Constituição Federal, mas ela ocorre, mesmo a despeito da vedação expressa do texto constitucional. E por que isso ocorre? Para Alexandre (2012) é um conflito de competência. E o caso mais profícuo deste conflito, ocorre com o ITR e IPTU, conforme será tratado no capítulo 6, deste ensaio monográfico, com a apresentação de um caso concreto.

Tanto o *Bis In Idem* como a bitributação, para Moreira (2009) são casos específicos de cumulatividade de impostos. E o direito brasileiro detém mecanismo para evitar esses procedimentos. Segundo o autor supracitado a não-cumulatividade se perfaz por quaisquer dos métodos de cálculo em função da cobrança de dois (2) impostos com o mesmo fato gerador. Para ele, dentre as vantagens da não-cumulatividade está a de permitir a neutralidade fiscal; a redução do número de operações gravadas pelo imposto.

4.2 Da bitributação do IPTU x ITR

Quando dois (2) entes tributantes cobram impostos sobre o mesmo fato gerador, ocorre a bitributação. Mas ela acontece somente por um conflito de competência ou ocorre em função da extrema necessidade dos entes tributantes em renunciar a um imposto? È uma pergunta difícil de responder. No caso do conflito de competência ocorre pela indefinição do que seja área rural e área urbana. O espaço geográfico pode ser muito bem detalhado por regras claras que vão delimitar o espaço de um e o espaço de outro.

Como esse conflito de competência tem causado muitas dúvidas é natural que o Poder Judiciário tenha que se manifestar. E o Superior Tribunal de Justiça _STJ, não tem se furtado de sua responsabilidade de dirimir quaisquer dúvidas. Para o STJ, o critério mais utilizado de determinação da cobrança de um ou outro imposto – ITR e IPTU, o espaço geográfico não é mais fator determinante e sim a destinação do imóvel (fato gerador do ITR e do IPTU) e isso tem causado mudanças da cobrança do imposto.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O espaço geográfico não se consolida mais como único fator de determinação para se inferir a cobrança do imposto – ITR e IPTU, incidindo agora o critério relacionado à destinação econômica do imóvel. Esse entendimento do STJ encontra embasamento no Art. 15 do Decreto-Lei nº 55/1966, que dispõe que o IPTU não será cobrado quando o imóvel, mesmo localizado em área urbana, esteja destinado à exploração extrativa vegetal, agrícola, pecuária ou agroindustrial, sendo o ITR o imposto a ser cobrado.

Em um caso concreto deste entendimento o ministro Xavier de Mendonça em acórdão no Recurso Extraordinário, nº 76.057, concordou com os ditames do referido Decreto-lei; cita que o Código Tributário Nacional considera como fator gerador do IPTU e do ITR o critério topográfico (espaço geográfico). Só que já referido Decreto-Lei é anterior ao Código Tributário; ou seja, a destinação econômica do imóvel é determinante para a fundamentação do fato gerador do imposto.

Desta forma, o STJ, que já teve o mesmo entendimento em outros casos concretos que lá chegaram adotou os determinantes do Decreto-lei nº 55/1966, ainda não há uma concordância, principalmente dos municípios que perdem receitas substanciais. O fundamental, na decisão do STF é estabelecer um controle para evitar o conflito de competência:

Carneiro (2014, p. 522) diz com muita propriedade "que no geral ainda predomina o critério topográfico em que esse conflito só tem valor pra o IPTU, já que o imóvel localizado em área rural, sempre será tributado pelo ITR;. Já o IPTU não, caso sua destinação econômica, seja, puramente agrária".

Desta forma, o critério espacial geográfico (topográfico) ainda é prevalente nas determinante no fato gerador do IPTU e do ITR, sendo a destinação econômica considerada um caso de exceção e como caso de exceção o STJ, também se manifestou no agravo regimental, no recurso especial, tributário, IPTU, violação do art. 32,§1º, do ctn. não ocorrência, imóvel situado na zona urbana. art. 15 do decreto n 57/66, critério da destinação econômica, necessidade de comprovação; agravo regimental desprovido, observando que o critério topográfico (espaço geográfico) do imóvel é insuficiente para que se decida sobre a incidência do IPTU ou ITR, sendo necessário observar-se o critério da destinação econômica, segundo as linhas traçadas por decisões anteriores que levaram em consideração dos ditames do Decreto--lei nº 55/1966.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Mesmo assim, em vez de dirimir dúvidas a decisão do STJ, tem causado conflito de interesses entre os ente federativo União e o ente federativo munícipio em função de ambos não querem abri mão de nenhum tributo, sendo prejudicado, sensivelmente pela situação de cumulatividade de imposto.

4.3 Caso concreto de bitributação

A história do bairro de Aparecida é muito controversa. Controvérsia, aliás, intensificada a partir de '1983, quando foi comemorando os cem (100) anos do bairro de a Aparecida. Esse aniversário enredou grandes discussões com os historiadores do Amazonas, dentre eles dois (2), o professor Mário Ypiranga Monteiro e a professora Etelvina Garcia que disseram textualmente que a data não era verdadeira. Discussões a parte, nascia aí às comemorações de aniversários de bairros em Manaus, inclusive nos bairro tão tradicionais como a Praça 14 de Janeiro, que passou a comemorar seu aniversário a partir de 1984.

Mas, como surgiu a Aparecida? Fez cem (100) anos ou não em 1983? Isso pouco importa. A Aparecida, por se localizar a beira do Igarapé de São Vicente, nas proximidades do antigo Forte de São José do Rio Negro, provavelmente nasceu junto com a fundação de Manaus, conforme nos informa o texto do Wikipédia "Originalmente fundada em 1669 pelos portugueses com o forte de São José do Rio Negro, foi elevada à vila em 1832 com o nome de Manaós, em homenagem à nação indígena dos manaós, sendo legalmente transformada em cidade no dia 24 de outubro de 1848 com o nome de Cidade da Barra do Rio Negro". Assim a Aparecida, junto com os bairros dos Educandos e do São Raimundo. São provavelmente um dos primeiros bairros da cidade da Barra do Rio Negro, hoje Manaus. Em primeiro lugar foi chamado de bairro das Cornetas, em função da proximidade com o quartel que lá próximo se localizava, e que tocava corneta todos dos dias. Depois mudou para bairro das Cajazeiras em função da enorme quantidade desta árvore no bairro, existentes até os dias de hoje, embora em quantidade diminuta, quase inexistente. Depois por ação da prefeitura de Manaus, que cortou a maioria das cajazeiras e ficou apenas uma base sem folhas, passou-se, então a denominar-se o bairro de "Bairro dos Tocos", nome que perdurou até 1948, quando a enorme influência dos padres redentoristas, praticamente obrigou a mudar o nome de novo do bairro, agora, definitivo para "Bairro de Nossa Senhora Aparecida dos Tocos", chamado popularmente de "Aparecida", simplesmente.

Neste bairro, existe uma área, localizada na confluência das ruas Alexandre Amorim (lado direito no sentido centro-bairro), Xavier de Mendonça (lado direito, no sentido escadaria-rua Alexandre Amorim), Todo o beco da Indústria e, o lado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

direito da rua Wilkins de Matos, no sentido Rio Negro-rua Alexandre Amorim que pertencia a uma viúva, no século XIX; este viúva veio a falecer, no final do século XIX, e, como não tinha herdeiros, essa área enorme foi destinada ao patrimônio da União.

Com o passar dos anos, essa área começou a sofrer as agruras da falta de habitação em Manaus e começou a ser invadida por pessoas que tomaram posse do local. Como havia residências urbanas, mesmo sem titulação definitiva, a Prefeitura de Manaus, a partir de 1949, começou a tributar uma propriedade que não havia, ou seja, a proprietária da área era a União; a prefeitura de Manaus, enquanto instituição não tributário a proprietária da área; mas sim os seus posseiros. A indagação se faz pertinente: com base em que as pessoas físicas foram tributadas? Por analogia pode-se inferir que a prefeitura tributou a posse em não a propriedade.

A partir de 1967, com a instituição do CTN, a União passou a cobrar, também o ITR dos posseiros da área, com base na fato gerador de que a propriedade era dela e como tal tinha que ser tributado. Mas o ITR não é um imposto de propriedade Rural? Como tributar apenas posseiros e não proprietários e acima de tudo de área urbana?

Não existe jurisprudência que permitissem tal ato. No campo do IPTU, o fator gerador e a propriedade urbana e tal propriedade não existia; no campo do ITR. O fator gerador não existia, pois, o fato gerador é a propriedade e essa era da União e na área rural, se a área era urbana.

Então os moradores foram tributados desde 1949 pelo IPTU sem deter o título da propriedade definitiva da área; e, desde 1967 pelo ITR, sem deter a propriedade e por não ser em área Rural. Tanto do IPTU como no ITR, as alíquotas seguiam as regras tributárias estabelecida em cada época.

A partir de 1975, o ex deputado Rafael Faraco, morador do bairro de Aparecida, mas não da área, apresentou um projeto no Congresso Nacional para que a União, doasse a propriedade da Terra aos moradores. Nunca logrou êxito. A partir de 1994, o senador Jefferson Peres, reeditou o projeto original de Rafael Faraco e apenas no primeiro governo Lula se conseguiu que as terras fossem doadas, desde que os beneficiários não detivessem dívidas com o ITR; aqueles que detinha dívida com o ITR teriam que resolver a pendência tributária, para terem direito a doação. 62% dos moradores d área tiveram esse direito de forma imediata

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

e deixaram de serem bi tributados. Os 38% não puderam ter o direito de forma imediata e negociaram a dívida para ter os mesmos direitos.

Uma pergunta se faz: houve ou não a bitributação? E, essa indagação, leva a outra: Foram tributados pelo IPTU e pelo ITR de forma correta? Quanto a tributação do IPTU, cobrado desde 1949, o fato gerador é a propriedade e, os moradores nunca detiveram o título definitivo da propriedade até 2006, quando o presidente Lula sancionou a Lei. Os moradores pagaram IPTU de 1949 até 2006, de forma indevida ou não? Segundo a doutrina, sim, já que o IPTU tem como fato gerador a propriedade e essa não existia, já que o dono da terra era a união; mas pode justificar que a prefeitura cobrou o imposto pela construção do Imóvel, esse sim, propriedade do posseiro. O CTN diz em seu art. 32, condiciona a propriedade e o domínio útil ou ainda útil a posse de bem imóvel; neste sentido pelo técnica do domínio útil a prefeitura cobrou de forma correta o IPTU dos moradores.

Quando ao ITR, seu fator gerador é posse de propriedade em área rural e no caso específico não havia posse de propriedade, já que a área pertencia até 2006 a União e muito menos se localiza em área rural. Qual a justificativa então, para tal cobrança, desde 1967 até 2006?

Como área rural se denomina, segundo Fontes (2008, p. 33) "todo imóvel fora da área urbana o município, e isso está explícito no art. 29 do CTN, assim como art. 1º, § 2º da Lei nº 9393/96, que considera imóvel rural toda área contínua localizada fora do espaço urbano do município". .

O correto é que a cobrança de um tributo deve levar em consideração o seu fator gerador: em ambos o fato gerador é a propriedade e/ou domínio útil; no caso da propriedade, essa, não há dúvida pertencia a união, então não se podia penalizar terceiros; mas no caso do domínio útil, como infere o aet. 32 do CTN; com relação ao espaço, não há dúvida quanto sua localização ser em área urbana.

Nada justificaria a cobrança do ITR no local, caracterizando duas coisas bem claras. A bitributação e a cobrança indevida de um dos impostos, no caso o ITR, oi que geria a condição para abertura de uma ação judicial do contribuinte. Só que o entendimento de área urbana e rural modificou-se no âmbito do Superior Tribunal de Justiça _ STJ por intermédio do Recurso Especial n. 1.112.646/SP, que passou a considerar para incidência de um ou outro imposto a destinação do imóvel. Se le tiver destinação rural, deve ser cobrado o ITR. Manso no caso concreto do bairro de Aparecida, não havia destinação. O que ocorreu foi bitributação. Mas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

no ordenamento jurídico brasileiro existe bitributação legítima? Para Alexandre (2017, p. 209-210), existem dois casos de bitributação legítima:

> A primeira decorre da possibilidade de que a União institua, na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária. Perceba-se que na hipótese avençada, a União poderia tanto instituir um IR quanto um novo ICMS. No primeiro caso haveria um *bis in idem* e no segundo caso bitributação.
>
> A segunda situação [...] ocorre nos casos envolvendo Estados-nações diversos, principalmente no que concerne à tributação da renda. A título de exemplo, quando um residente no Brasil recebe rendimentos de trabalhos realizado no Uruguai, os dois Estados podem cobrar imposto sobre a renda, sendo a bitributação legítima.

Isto pode ocorrer quando há um conflito no que vem a ser área urbana e área rural ou na destinação do imóvel como bem definiu o STJ. A definição do primeiro é encargo do Município e, o que não for considerado área urbana, será rural e, consequentemente, tributado pelo ITR. Mas no caso concreto em apreciação, não ocorreu isso. Mas o que é espaço geográfico? Ao definir que o determinante para a fonte geradora não é o espaço geográfico ocupado pela propriedade e sim a destinação econômica, o STJ assumiu condicionalidade lhe imposta pelo texto constitucional de interpretar as normas de acordo com suas determinantes teóricas. Na realidade, o STJ fez o que é mais comum no mundo tributário na questão da tributação da propriedade, ou seja, não se deve considerar apenas o espaço geográfico ocupado pela propriedade, mas sim sua destinação econômica. A destinação econômica da propriedade e de fato o que deve ser considerado como fonte geradora do tributo da propriedade. Mas isso só ocorre em áreas de espaço geográfico urbano, já quem em área tipicamente rural, não existe a discussão. Para a análise da decisão do STJ é fundamental se observar a estrutura econômica com a organização espacial. Com efeito, ainda que a propriedade esteja localizada em espaço urbano, se a destinação econômica for tipicamente rural, o tributo que deve ser cobrado é o ITR; caso contrário. A atuação dos entres federativos – União (ITR) e municípios (IPTU) -, possa ser entendida como legítima, quando do ato de tributar segundo os ditames do STJ, ela depende

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

exclusivamente da ação determinante do fator gerador, não possa ocorrer em grau de abstração que prescinda da dimensão espacial.

O que faz as prefeituras? Lançam mão do conceito abstrato de espaço urbano. Convém ter sempre presente que o espaço urbano é característicos de cidades. E com base neste princípio é que as prefeituras cobram o IPTU, sem a preocupação com a destinação econômica da propriedade. Essa destinação econômica da propriedade que o STJ determinou como fator gerador do tributo são os elementos constitutivos de tal tributação a partir de agora. Por outro lado o solo urbano refletem muitas condicionalidades especificas que devem ser consideradas e não são pela decisão do STJ. E a principal delas está na questão da possibilidade de bitributação, simplesmente pelo fato de que ninguém quer abri mão de um imposto e por ser a lei dúbia, ainda, em relação ao fato gerador.

Assim, levando em consideração essa questão definida por Alexandre (2017) como bitributação legítima não se pode inferir que a bitributação dos moradores de uma área específica do bairro de apuração (caso concreto) tenha ocorrido de forma legítima, tal como observa-se nas palavras do autor supracitado; o que ocorreu foi um conflito de competência, ensejando bitributação indevida, mas, apesar de ser problemática competencial entre os dois entes federados, é bem recorrente em casos concretos como neste dois moradores de uma área no bairro de Aparecida.

A União tributou uma área urbana com a cobrança de um imposto de área rural e cuja destinação dos imóveis não era para o setor rural; o que houve, desde 1967, foi a cobrança de um imposto de forma indevida, o que certamente ensejaria uma ação judicial dos contribuintes. Esta ação é o direito ao exercício da atividade jurisdicional. Sendo um direito público subjetivo, porque corresponde à obrigação do Estado a prestação jurisdicional que será provocada pelo autor, quando se sentir prejudicado, a fim de eu esta atue diante de um caso concreto.

O direito de ação é garantido pela Constituição Federal, quando proclama, o livre acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV) A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. È um direito público subjetivo, ou seja, um direito cívico, por ter como objeto uma prestação positiva por parte do Estado. Sendo um direito de natureza pública, que tem por conteúdo o exercício da jurisdição (existindo antes do processo), resultado da sua apresentação em juízo (a ação tem natureza constitucional) a garantia constitucional da ação tem como objeto o direito ao processo, assegurando às partes não somente a resposta do Estado, mas ainda o direito de sustentar as suas razões, o direito ao contraditório,

o direito de influir sobre a formação do convencimento do juiz tudo através do devido processo legal (art. 5º LIV, CF). Santos (1990, p. 149) conclui "Que o conceito de ação e sua natureza, traz consigo aos indivíduos, com seus bens, os seus interesses, os seus direitos e o Estado na sua função jurisdicional". Conforme Alvim (1998, p. 377) que define a ação como:

> O direito constante e a lei, ou do sistema processual, cujo nascimento depende de manifestação de nossa vontade, tendo por escopo a obtenção da prestação jurisdicional do Estado, colimando, diante de hipótese fático-jurídica, pela formulada a aplicação da lei.

São elementos da relação jurídica tributária:

- O sujeito ativo, o titular da pretensão do crédito tributário, o credor do tributo, o Fisco; - O sujeito passivo principal ou devedor principal do tributo, também denominado contribuinte, e os coordenadores ou responsáveis pelo tributo (por solidariedade, substituição); - o objeto: a prestação pecuniária, ou seja, o tributo; - o fato jurídico tributário, o pressuposto de fato ao que a lei vincula o nascimento da relação tributária. Na interposição das ações tributárias do contribuinte, ensina Cais (2012, p. 274)

> Altera-se as posições das partes nas duas relações jurídicas envolvidas, na relação jurídica tributária, o sujeito ativo é a pessoa jurídica dotada do poder e exigir o tributo e o sujeito passivo e o contribuinte, na relação jurídica processual, o sujeito ativo é o contribuinte e o passivo é a pessoa que lhe exige determinado tributo.

O contribuinte pode recorrer ao judiciário quando se sentir prejudicado diante dos atos praticados pelo Fisco, por meio de um processo judicial (de oferecimento), ainda que já tenha processo judicial administrativo. Por sua vez, o Fisco pode buscar a tutela judicial quanto detentor do crédito, utilizando-se do processo de execução ou do processo cautelar visando o pagamento posterior. Assim ensina Campos (2004, p. 72) que independe do momento para que o sujeito passivo interponha uma ação no sentido de garantir seus direitos líquidos e certos por se tratar de erros ou omissão do poder público em seu direito de tributar:

> Mesmo vendido na fase administrativa do contencioso fiscal, o sujeito passivo da obrigação tributária (contribuinte ou responsável) pode impetrar judicialmente ações para garantir

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> seus direitos. Já o sujeito ativo dessa mesma obrigação (o Estado) tendo sido vencido na fase administrativa, não mais pode pleitear o crédito, fruto da contenda, Se vencedor, vai utilizar –se do judiciário para recebê-lo.

São as principais ações do contribuinte: Ação declaratória de inexistência de relação jurídica tributária; Ação anulatória de lançamento tributário (ou débito fiscal); Mandado de segurança; ação de repetição de indébito; Ação de consignação em pagamento; e, Ação monitoria. Com isso fica evidente que o fisco cobrou errado e os moradores não querem provoca mais problemas o que já tiveram. O Brasil necessita de forma urgente de uma reforma tributária, já que a República brasileira herdou do Império boa parte da estrutura tributária que esteve em vigor até a década de 30.

Sendo a economia eminentemente agrícola e extremamente aberta, a principal fonte de receitas públicas durante o Império era o comércio exterior, particularmente o imposto de importação que, em alguns exercícios, chegou a corresponder a cerca de 2/3 da receita pública.

Às vésperas da Proclamação da República este imposto era responsável por aproximadamente metade da receita total do governo, reconhecendo-se que o passo mais importante seria a reestruturação do aparelho arrecadador.

Assim, o objetivo fundamental do sistema tributário foi elevar o nível de esforço fiscal da sociedade de modo que não só se alcançasse o equilíbrio orçamentário como se dispusesse de recursos que pudessem ser dispensados, através de incentivos fiscais à acumulação de capital, para impulsionar o processo de crescimento econômico. Ao privilegiar o estímulo ao crescimento acelerado e à acumulação privada -- e, portanto, os detentores da riqueza -- a reforma praticamente desprezou o objetivo de equidade. As alterações feitas pela Constituição 1988 constituem a mais importante mudança introduzida no sistema tributário após a implantação da reforma de 1967. As principais modificações do novo texto constitucional, quanto aos impostos atribuídos a cada esfera de governo, são:

> UNIÃO: continua com 6 dos 11 impostos que estavam sob sua competência, ou seja, o Imposto de Renda, o Imposto sobre Produtos Industrializados, o Imposto Territorial Rural, o Imposto de Importação, o de Exportação, o Imposto sobre Energia Elétrica. O Imposto sobre Minerais, o Imposto sobre

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Lubrificantes e Combustíveis, o Imposto sobre Transportes, o Imposto sobre Comunicações, e pode instituir o imposto sobre Grandes Fortunas.

ESTADOS: continuam com o imposto de Circulação de Mercadorias, com base ampliada, Imposto sobre Transportes, Imposto sobre Comunicações, o Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores, além do Imposto de Transmissão Causa Mortis, podendo instituir o Adicional de até 5% do Imposto de Renda sobre lucros, ganhos e rendimentos do capital.

MUNICÍPIOS: continuam com o imposto Predial e Territorial Urbano e o imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza; ficam com o imposto de Transmissão Inter Vivos, e podem cobrar o imposto sobre Vendas a Varejo de Combustível, exceto óleo diesel, com alíquota máxima de 3%, até que lei complementar estabeleça a definitiva (CF, 1988).

Quanto às transferências de impostos da União e do Estado pertencem aos municípios: 22,5% do IR/IPI que compõem o Fundo de Participação dos Municípios, 50% de Imposto Territorial Rural, 100% do Imposto de Renda Retido na Fonte, 25% do Fundo Estadual sobre Produtos Industrializados Exportados, composto de 10% do IPI pertencente aos Estados, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados.

As alterações que mais beneficiam os municípios são o aumento de 20% para 25% no ICM, e de 17% para 20% no FPM, a partir da promulgação da Constituição, mais 0,5% anualmente, até atingir 22,5%. As únicas medidas que prejudicam as prefeituras são as reduções de 100% para 50% no Imposto Territorial Rural e a exclusão da participação de 50% no ITBI Causa Mortis.

Dessa forma, o sistema tributário criado pela Constituição de 1988 -- ao contrário do originado pela reforma da década de 60, elaborado por uma equipe técnica em gabinetes -- foi fruto de um processo participativo em que os principais atores eram políticos. É bem verdade que os políticos que conduziram o processo de criação tinham formação técnica e haviam exercido recentemente funções executivas no governo e que um grupo de técnicos os assessorava. Contudo, as decisões, embora tecnicamente informadas, tinham caráter eminentemente político.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ITR ou IPTU? Essa é uma discussão que ainda vai durar muito tempo por duas (2) razões lógicas. A primeira está ligada ao fato de que, não há uma definição muito clara do fato gerador, pós decisão do STJ; e segundo por que não há uma determinação dos entes federativos (união e municípios) quanto a renunciarem a um tributo.

A decisão do STJ considerou como fato gerador a destinação da propriedade. Essa decisão gera impacto nas finanças públicas? No caso específico na União, parece ser que não gera um impacto muito grande. Mas nos municípios essa decisão pode ter resultados desastrosos.

Ao verificar as informações sobre a receita dos municípios que se constitui basicamente de dois (2) tributos IPTU e ISS percebe-se uma intensa dependência e caso se perca recursos em função da avaliação da destinação da propriedade.

A principal dificuldade colocada pelos municípios são: localização do fato gerador que para eles, é fator determinante para a cobrança do tributo e não a destinação da propriedade, já que em matéria de tributação direta, as distintas jurisdições fiscais tributam a localização da propriedade. Para aplicação da decisão do STJ, deve-se fazer um cadastramento geral das propriedades e verificar sua destinação, algo que vai proporcionar um custo adicional para a União e/o municípios, e não considerar mais o espaço geográfico como tal fonte geradora do tributo. Pergunta-se: e as propriedades, localizadas em áreas rurais (espaço geográfico rural) que não tem destinação econômica para a produção rural, como no caso os sítios e fazendas de descaso? A verdade é que a decisão da STJ em vez de dirimir dúvidas, criou mais problemas já que as prefeituras não querem perder receitas e parece mais razoável, como fonte geradora, da tributação, deve ser sempre o espaço geográfico.

Em virtude disso, resulta de vital importância definir adequadamente onde se considera espaço geográfico urbano e espaço geográfico rural onde o imóvel está localizado pois, a tributação irá variar em um ou outro caso, podendo ocorrer às seguintes possibilidades: tributação pelo ITR tributação pelo IPTU, ou bitributação. Neste ponto, a identificação do sujeito passivo é fundamental para a tributação. O art. 121 do CTN define sujeito passivo como pessoa obrigada ao pagamento de tributo e penalidade pecuniária. O sujeito passivo da obrigação principal é: I – contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador; II – responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição de lei.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A Administração Tributária, diante deste fatos e da decisão do STJ, terá que investir maciçamente no cadastramento das propriedades e fazer uma legislação bem clara para definir o fato gerador, bem como treinamentos para seu corpo fiscal, já que as propriedades perderam o espaço geográfico como forma de definição do fator gerador do ITR e IPTU. As regras sobre tributação do ITR e IPTU devem ser claras para facilitar a observância pelos contribuintes, empresas, fisco e judiciário.

5 CONCLUSÃO

O sistema tributário brasileiro é alvo de muitas críticas; críticas do povo brasileiro que paga impostos em demasia e não vê os benefícios que eles poderiam gerar e não geram; críticas do empresariado brasileiro que vê na tributação excessiva um problema agudo para a competitividade do país; críticas de dois entes federativos: Estados e municípios que reclamam que recebem de menos e que a grande maioria dos recursos estão concentrados na União. Mas a maior reclamação está na acumulação de impostos de continuada e progressiva.

No caso de dois impostos que tributa a propriedade urbana e rural, felizmente isso não acontece. O IMPTU é um imposto que remonta a chegada da família real no Brasil; sua evolução dogmática foi sendo aperfeiçoada ao longo dos anos, mas a sua composição essencial sempre foi a mesma: a propriedade em área urbana. O ITR tem o mesmo fator gerador, a propriedade em área rural, bastando para tal que seja definido no âmbito municipal o que é área urbana e área rural, ou seja, sua definição do espaço urbano e rural.

Com o passar dos anos, o fator gerador de ambos os impostos evolui da simples propriedade para o caso da destinação de uso, entendimento dado pelo STJ. Mas isso evitou a bitributação ou cobrança indevida.

No Brasil são muitos os casos de bitributação e/ou cobrança indevida. No bairro de Aparecida em Manaus, isso ocorreu desde 1967, quando tanto a União e seu ITR, quanto a prefeitura e seu IPTU, corrigido somente em 2006 com um decreto do presidente Lula, por intermédio de um projeto de lei do então senador Jefferson Peres.

A bitributação é uma anomalia do fisco brasileiro que não consegue estabelecer a diferença entre um imposto e outro; os fatos geradores são os mesmos, a propriedade; a questão da destinação do uso é que fica bem evidente no CTN, quando se destina a produção rural é ITR, quando não é IPTU; se está em área urbana IPTU; se está em área rural ITR.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Por que se cobrou tanto tempo dos moradores de uma área no bairro de Aparecida; e são cobrados em outros locais do Brasil? Muitas são as justificativas, mas nenhuma encontra amparo na jurisdição, muito menos na doutrina para tal intento. A bitributação foi o enfoque principal deste ensaio monográfico, despertando no estudante a importância dos tributos para o Estado, especialmente o IPTU e o ITR e sua jurisdição e principalmente ao contribuinte como ente tributável. Que seria dos entes federativos se não houvesse os tributos, porque a arrecadação dos tributos são atribuídos ao desenvolvimento das cidades, como também, ao crescimento social e financeiro de modo geral, promovendo o bem estar da sociedade. Para se concretizar tal situação, o contribuinte torna-se o mediador contribuindo com os tributos, conforme suas despesas e fatos geradores. Mediante as formas de tributos como acontecem nos impostos, taxas, empréstimos e contribuições é possível gerar conflitos entre o contribuinte e os atos do Fisco como por exemplo: cobranças exorbitantes, outras vezes de maneira errônea instituindo ou majorando impostos, lançamentos indevidos e outros. Entretanto, sabe-se que, é função do Fisco arrecadar e instituir tributos dentro da lei, sem cobranças exageradas, mas, a maioria das vezes, chegam aos olhos do contribuinte, atos que ameaçam e violam os seus direitos.

Para solucionar tais lides, o contribuinte se respalda nas ações judiciais do contribuinte dentro do processo judicial. O enfoque principal deste tema, foi de relevância na questão da discussão da bitributação, uma anomalia que não encontra sustentáculo na lei que deve funcionar como forma de defesa e proteção do contribuinte e neste caso o contribuinte é muito prejudicado, pagando dois tributos como o mesmo fator gerador: a propriedade.

Ressalta-se, também, a importância do conhecimento do direito material empregado para cada aplicação dos normas tributárias perante os problemas sociais causados pela relação do contribuinte-Fisco. A pesquisa monográfica atingiu os objetivos propostos, dentro de uma metodologia científica distribuída expostas ao longo do ensaio monográfico. .

Cogita-se para o futuro mudanças no Código Tributário. Que as novas leis não onerem demais os tributos e o contribuinte seja capaz de contribuir dentro simplesmente, do valor da alíquota e do fato gerador constituído; que seja extinto: lançamentos indevidos, cobranças exorbitantes, denegação de isenção e imunidades, recusa de impostos por erro da Fazenda Pública e outros. Que sejam criadas novas ações do contribuinte e que este não sofra de bitributação, exceto nos casos previstos em lei.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, R. **Direito Tributário esquematizado**. São Paulo: Editora Juspodium, 2017.

ALVIM, E. P. A. Curso de direito processual civil. Vol. I. São Paulo: RT, 1998.

AMARO, L. **Direito tributário**. 4ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Código Civil/2002** Brasília: Congresso Nacional, 2002. Disponivel em http://www.congressonacional.gov.br Acesso em 30 de mar de 2019.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Congresso Nacional, 1988. Disponivel em http://www.congressonacional.gov.br Acesso em 01 de abr de 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 10.107/2001**. Brasília: Congresso Nacional, 2011. Disponível em http://congressonacional.gov.br Acesso em 01 de abr de 2019.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 18**. Brasília: Congresso Nacional, 1965. Disponivel em http://www.congressonacional.gov.br Acesso em 01 de abr de 2019.

BRASIL. **Histórico da tributação no Brasil**. Brasília: Ministério da Fazenda – Receita Federal, 2017. Disponivel em http://www.receita.fazendo.gov.br Acesso em 01 de abr de 2019. .

BRASIL. **Lei nº 5.172/1966 – Código Tributário Nacional**. Brasília: Congresso Nacional, 1966. Disponivel em http://www.congressonacional.gov.br Acesso em 01 de abr de 2019.

BRASIL. **Recursos Especial nº 6.112.646**. São Paulo: Brasília: STJ. Disponível em http://www.stj.gov.br Acesso em 03 de abr de 2019.

BRASIL. **Súmula nº 473/STF Nacional**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 1969 Disponivel em http://www.congressonacional.gov.br Acesso em 01 de abr de 2019.

CAIS, C. P. **O processo tributário**. São Paulo: RT, 1993.

CAMPOS, D. de. **Direito processual tributário**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CARNEIRO, M. **Tributos no Brasil**. São Paulo: RT, 2014.

CORATTO, B. P. **O fenômeno extrafiscal no sistema tributário brasileiro - Âmbito Jurídico**. Artigo, 2012. Disponível em ww.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo. Acesso em 30 de mar de 2019. .

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

FERRARI, C. G. M. R. S. **Direito tributário no Brasi**l. São Paulo: Saraiva, 2013.

FONTES, P. C. E. **Espaço geográfico como fonte de tributos**: historia e evolução. Artigo. 2008. Disponível em http://www.jusnavegandi.com.br Acesso em 29 de mar de 2019.

LEAL, M. **Tributos**. São Paulo: RT, 2013.

MELO, J. E. S. **Curso de direito tributário**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, A. B. **Prática do direito tributário**. São Paulo: Summus, 1969.

MOREIRA, A. M. **Não-cumulatividade tributária no Brasil e no mundo**: origens, conceito e pressupostos. Artigo, 2009. Disponivel em http://sachacalmon.com.br/wp-content/uploads/2010/10/Nao-cumulatividade-tributaria-no-Brasil-e-no-mundo-origens-conceito-e-pressupostos.pdf Aceso em 14 de abr de 2019.

PAULSEN, L. **Curso de direito tributário completo**. São Paulo: Saraiva, 2006.

SANTOS, R M. dos. **Execução contra a fazenda pública**. São Paulo: Malheiros, 1991.

SILVA, P. de. **Noções de finanças e direito fiscal**. São Paulo: Lexmil, 2002.

TAVARES, A. M. **Fundamentos de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2015.

[1] Mestre em Direito e professora do curso de Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA. Orientadora deste artigo. Email: tatianepalhares@hotmail.com

www.conteudojuridico.com.br

A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NAS DECISÕES DO JUIZ PENAL

CAMILA MAYARA FIGUEIRA CAMELO:
Bacharelanda em Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA

CAUPOLICAN PADILHA JUNIOR

(Orientador)

RESUMO: O presente artigo almeja comprovar a partir da hipótese formulada, da compilação de processos adquiridos na literatura processual e da criminalização antecipada de indivíduos que passam por esse processo. Em especifico o estudo objetiva inserir na questão dos direitos fundamentais abrangidos pela Constituição Federal, como direito de informação em contraposição á dignidade da pessoa humana, também analisar a violação do devido processo legal e o princípio da presunção de inocência pela sociedade nos crimes de grande repercussão pela mídia, influenciando a decisão do juiz penal.
Palavras-chave: Influência da mídia. Direito a informação. Violação ao Devido Processo Legal. Decisão do juiz penal.
ABSTRACT: This article aims to prove from the hypothesis formulated, the compilation of processes acquired in the procedural literature and the anticipated criminalization of individuals who go through this process. Specifically the study aims to insert in the question of fundamental rights covered by the Federal Constitution, such as the right to information as opposed to the dignity of the human person, also analyze the violation of due process of law and the principle of presumption of innocence by society in crimes of great repercussion. media, influencing the decision of the criminal judge.
Keywords: Media influence. Right to information. Violation of criminal law. Judgment of the criminal judge.
SUMÁRIO: INTRODUÇÃO.1.A INFLUÊNCIA DA MÍDIA. 2.PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. 3.DEVIDO PROCESSO LEGAL. 4.PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O presente tema é de extrema importância para a formação do operador de direito bem como para a população que possui amplo acesso aos meios de comunicação. Tendo em vista que, diariamente nos deparamos com notícias veiculadas pela imprensa sobre crimes e processos criminais, sendo realizada pela mídia uma espécie de intercâmbio entre a realidade jurídica e aqueles que desconhecem esta realidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No entanto, essas matérias que deveriam possuir um caráter meramente informativo, facilmente descamam para uma exploração sensacionalista de determinados temas. Dando origem ao fenômeno denominado de 'The trial by mídia', que segundo Evaristo de Moraes é o julgamento antecipado da causa realizado pela imprensa, em regra com o veredito condenatório, seguido da tentativa de impingi-lo ao judiciário. Violando assim os consagrados princípios da presunção de inocência, o contraditório em ampla defesa e devido processo legal previsto na carta Magna.

Neste contexto destaca-se a proteção constitucional ao direito fundamental de informação, compreendida tanto no ato de informar quanto no ato de auferir livremente informações pluralistas e exatas, ou seja, protege o emissor, bem como o receptor da informação no processo de comunicação. No aspecto passivo dessa relação no que diz respeito ao direito que o cidadão tem de ser informada, a mídia tem um dever fundamental. Todavia, a mídia não é um mero veiculo de transmissão da informação. O ato de informar vincula ao ato de formar. Em um plano ideal, o cidadão, ao tomarem conhecimento de uma informação, deve formar livremente o seu juízo sobre determinados conteúdo, independente da postura que lhe é apresentada pelo comunicador. É de suma importância dar enfoque ao direito do público de ser adequadamente informado, pois a imprensa possui o dever de verdade, sendo que tal premissa é tutelada pelo direito brasileiro.

1. A INFLUÊNCIA DA MÍDIA

Desde a democratização do Brasil, a mídia tem um papel extremamente relevante para a população. Pode-se entender como mídia, qualquer meio de comunicação capaz de transmitir informações às pessoas.

O termo mídia é um termo latino que teve origem nos Estados Unidos, no final do século XIX. Este surgiu para designar três inventos da época: o telégrafo, a fotografia e a rádio. Esta designação ocorreu pelo fato de se tornar possível a transmissão de mensagens entre pessoas distantes .

A função da mídia é transmitir informações para a sociedade de maneira fidedigna. É através dela, a população é informada sobre os diversos ramos, tais como economia, saúde, segurança pública, dentre outros. Neste cenário de fácil acesso a informações rápidas e simplificadas, considerável número de pessoas são influenciadas pelas informações transmitidas na TV, em aplicativos de mensagens, divulgadas em portais de notícias e redes sociais. Estes meios de comunicação se tornaram formadores de opinião e não raras vezes manipulam os seus telespectadores a pensar e agir de determinada maneira.

Segundo José Afonso da Silva, a liberdade de expressão e de informação é a liberdade inerente a todo cidadão de externar seus pensamentos e opiniões, sendo

que, no que diz respeito ao direito de liberdade de expressão e de informar que a mídia tem, esta, como comunicadora, deve sempre verificar a veracidade dos fatos divulgados, bem como as suas fontes, antes mesmo de qualquer divulgação, a fim de prestar uma notícia séria e verídica. Entretanto, a mídia, através dos meios de comunicação, tais como televisão, rádio, jornais impressos, internet, etc., no momento em que passa a utilizar-se das prerrogativas das liberdades de opinião e de expressão, constitucionalmente previstas, acaba se tornando uma fonte de propagação de ideologias, posto que influenciem na formação da opinião dos indivíduos, e no presente caso no que tange a temas relacionados com o direito penal e o direito processual penal.

Todavia, é importante ressaltar que à época de Durkheim, século XIX, a comunicação social ainda caminhava a passos curtos e lentos, enquanto hoje ela viaja por cabos de fibra óptica. Assim, ao consideramos que a mídia é mais que um mero veículo de informação, é um veiculo transmissor de informação em massa- especialmente nos tempos hodiernos pós-revolução tecnológica, a qual proporcionou a disseminação instantânea e universal de acontecimento e opiniões – podemos entender que a mídia, ao atingir parte considerável da sociedade em período cada vez mais curtos de tempo, estaria incidindo também na formação da própria consciência coletiva. Ao incutir em um numero cada vez maior de indivíduos determinados valores e ideologias, a mídia altera simultaneamente as consciências particulares e comuns (SILVA; SANTOS, 2006, p da internet).

Cicero Henrique Silva (2002. P. de internet):

> A mídia como um todo, condena antecipadamente qualquer cidadão envolvido na prática de um delito, hediondo ou não, suprimindo as garantias individuais, bem como, ainda que inequivocamente culmina por ser o canal comentador do aumento da criminalidade, de que nossas leis são inoperantes, bem como as autoridades constituídas que desempenham seu árduo papel, aumentando a sensação de pânico, empurrando o legislador para o glorioso dia da "malhação e judas", de forma inopinada e a todo custo edita lei que acredita ser mágica, mas sem reservas o dia fatídico chegará e será definitivamente malhado, primeiro pela própria imprensa, a primeira a praticar a traição mais que prevista, em segundo pela população que não vê surgir o efeito tranquilizador prometido e, em terceiro, pelos operadores do direito, os quais, tem sob seus olhos uma imensidão de falhas e veias de inconstitucionalidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Padilha Neto (2006, p. da internet), de forma mais incisiva e enérgica assevera que a mídia ultrapassa muitas vezes os limites de sua atividade informativa, chegando a exercer, por via extraoficial, funções competentes a autoridades estatais.

> O jornalista, transcendendo o seu mister, traveste-se de delegado, promotor e juiz, tudo ao mesmo tempo, apura, acusa e condena a pessoa objeto de usa investigação, em trabalho que ele chama de jornalismos investigativo, mas que não passa de tribunal de exceção.

Segundo dados obtidos na pesquisa Digital News Reportealizada pelo Instituto Reuters para Universidade de Oxford no ano de 2017, 60% da população brasileira confia na veracidade das notícias veiculadas pela mídia, ocupando a 2ª posição no ranking, atrás somente da Finlândia com 62%.

De acordo com o entendimento de Luiz Flávio Gomes, "a mídia não é um poder (não é o quarto poder). É uma força relevante dentro da democracia, tanto quanto é a advocacia, a defensoria, o Ministério Público, a polícia etc" e, é através dela, que se garante o direito constitucional à informação.

No entanto, há um limite para a liberdade de informação, tendo em vista que não se pode transformar o direito de informar em um instrumento para proliferar o discurso de ódio e preconceito.

Segundo José Afonso da Silva, a liberdade de expressão e de informação é a liberdade inerente a todo cidadão de externar seus pensamentos e opiniões, sendo que, no que diz respeito ao direito de liberdade de expressão e de informar que a mídia tem, esta, como comunicadora, deve sempre verificar a veracidade dos fatos divulgados, bem como as suas fontes, antes mesmo de qualquer divulgação, a fim de prestar uma notícia séria e verídica. Entretanto, a mídia, através dos meios de comunicação, tais como televisão, rádio, jornais impressos, internet, etc., no momento em que passa a utilizar-se das prerrogativas das liberdades de opinião e de expressão, constitucionalmente previstas, acaba se tornando uma fonte de propagação de ideologias, posto que influenciem na formação da opinião dos indivíduos, e no presente caso no que tange a temas relacionados com o direito penal e o direito processual penal.

Nos fim dos anos de 1990 e início dos anos 2000, os programas policialescos surgiram restritos a algumas redes de tevê e poucas capitais do Brasil, formato amplamente explorado na atualidade por inúmeras transmissoras de Televisão, permanecem ao vivo horas a fio apresentando discursos contrários aos direitos humanos, em defesa da violência policial e dos "linchamentos".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Uma pesquisa realizada pela Andi – Comunicação e Direitos, em parceria com o Intervozes, revelaram os principais tipos de violação de direitos praticados pelos policialescos: desrespeito à presunção de inocência; incitação ao crime, à violência, à desobediência às leis ou às decisões judiciárias; exposição indevida de pessoas e famílias; discurso de ódio e preconceito; identificação de adolescentes em conflito com a lei; violação do direito ao silêncio; tortura psicológica e tratamento desumano ou degradante. Tudo de acordo com a legislação atualmente em vigor no Brasil, com os tratados e convenções internacionais ratificados pelo País. A pesquisa expõe exemplos incontáveis que comprovam a sistemática dessas violações.

Diante de tamanha repercussão de tais programas, emerge um questionamento sobre essa espécie de fascínio da população por noticias relacionadas à criminalidade, o professor Sergio Salomão Shecaira, sob uma ótica psicanalítica explica que uns dos fatores que reforça esse fascínio das pessoas em relação a criminalidade é justamente porque é diferenciando do criminoso que não se deixa duvidas quanto a condição de pessoas honestas que cada um atribui a se próprio.

Criando desta forma uma visão maniqueísta, um meio de separar os fatos e as pessoas, de um lado os bons (nós), e, de outro os maus (eles), que traduz evidente reducionismo, segundo Jorge Salton, levando a "uma forma de pensar que, a partir de uma suspeita qualquer, já salta para a conclusão, a ausência de autocrítica, a inexistência de empatia e a necessidade de inimigos".

Em uma sociedade dividida, tal como a brasileira, a esperteza reside, justamente, na apropriação e exploração desse maniqueísmo. Com efeito, quem haverá de ser contra a punição de indivíduos que cometeram crimes?

Nesse passo, abre-se espaço para a utilização de uma razão ardilosa que tudo permite na medida em que a punição e combate a criminalidade – por todos desejado – não pode encontrar limites, inclusive a ponto de os fins justificarem os meios.

Não há nenhuma dúvida, portanto, de que o Estado deve criminalizar, processar e julgar os indivíduos que cometeram crimes. Isso em uma sociedade minimamente democrática não seria nenhum problema. O problema consiste, entretanto, em como e com que fins isso é feito. Essa, aliás, é justamente a fronteira que permite dizer se determinado Estado é ou não minimamente democrático na aplicação da lei penal, ou seja, se há preponderância de um Estado policial ou de um Estado de Direito.

Como antes referido não há novidade na utilização da figura do inimigo. O poder punitivo sempre tratou de forma diferenciada, discriminando os seres

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

humanos "desviantes" e negando-lhes a condição de pessoa ao colocá-los na posição de "inimigos da sociedade".

A novidade trazida pelos Programas Policialescos reside na espetacularização, na realização de um verdadeiro *Reality Show* que expõe o acusado e as entranhas de sua privacidade porque, afinal, sendo inimigo, é uma não pessoa e, portanto, não possui direitos. Assim, expor o inimigo como se estivesse nu, desqualificá-lo em rede nacional, dia após dia, julgá-lo e condená-lo antecipadamente, tudo isso faz parte do discurso que normaliza a exceção.

2. PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Um dos princípios do Direito brasileiro indispensável à pessoa humana que figure em processo penal, a Presunção de Inocência assegura um julgamento justo. Sendo previsto pelo art. 5, LVII da Constituição Federal de 1988 que, por sua vez, enuncia: "ninguém será considerado culpado até trânsito em julgado de sentença penal condenatória''. Assim, tendo em vista que a Constituição Federal é a lei suprema, toda legislação infraconstitucional, portanto deverá absorver e obedecer tal princípio.

Alçada à condição de princípio na Carta de 88, a presunção da inocência atuará como critério inspirador de todo o ordenamento processual penal, impondo um modelo centrado nas garantias do acusado frente ao poder punitivo estatal.

A previsão constitucional, segundo o doutrinado Antônio Gomes Filho, além de reafirmar o valor da presunção de inocência como princípio formador de um processo penal democrático, ressalta a necessidade de uma prova plena e conclusiva a respeito de todos os elementos constitutivos da infração penal imputada ao réu (*nullaaccusariosineprobatione).*

Nas palavras de Cesar Beccaria:

> Um homem não pode ser chamado culpado antes da sentença do juiz (...) se o delito é certo, não lhe convém outra pena que não a estabelecida pelas leis (...) se é incerto, não se deve atormentar um inocente, pois é inocente, segundo as leis, um homem cujos delitos não estejam provados.

A presunção da inocência é um dos princípios mais violados pela mídia, no sentido que é uma garantia de que o status do cidadão não será afetado por qualquer medida restritiva, antes de uma condenação definitiva, diuturnamente desrespeitada, sendo o cidadão 'condenado' e estigmatizado pelos meios de comunicação muito antes da citada 'condenação definitiva'.

Não está dito na Constituição Federal que todo o homem se presumirá inocente, ate que seja condenado, mas sim que *ninguém será considerado culpado*

até o transito em julgado de sentença penal condenatória. Em vista disso, não se estaria consagrando propriamente o principio da presunção de inocência, mas sim o da desconsideração prévia da culpabilidade, de aplicação mais restrita.

Sobre o tema, endossa Ana Lúcia Menezes Viera:

> O princípio da presunção de inocência pouco tem a ver com a noção de não culpabilidade. Possui um valor ideológico que é a garantia dos interesses do acusado no processo penal. É, antes de tudo, um principio de justiça pelo qual se veda considerar culpável o acusado antes da sentença definitiva. É uma presunção política, já que garante de maneira específica a posição de liberdade do já que garante de maneira específica a posição de liberdade do acusado diante do interesse coletivo da justa repressão penal.

In dubio pro reo é uma expressão latina que significa literalmente na dúvida, a favor do réu, ou seja, este é um principio de Direito Processual Penal que recomenda ao juiz, na incerteza quanto à materialidade ou à autoria da infração, absolver o réu.

Art.386 do CPP: 'O juiz absorverá o réu, mencionando a causa na parte positiva, desde que reconheça: VII- não existir prova suficiente para a condenação.

Ainda que a dúvida existente acerca da autoria de um delito não está nas provas até então produzidas, mas na própria mente daquele que as analisa. A dúvida não é o motivo de se absolver o réu, mas, ao contrário, é a não suficiência de elementos de convicção que demonstrem ligação do acusado com o fato delituoso é que gera, no julgamento, a dúvida acerca do nexo entre materialidade de autoria.

Assim em nosso ordenamento jurídico, a dúvida deve ser interpretada em favor do acusado, sendo, portanto, o princípio *in dubion pro reo* uma decorrência do princípio da presunção de inocência. A despeito da previsão constitucional e dos tratados internacionais, hoje há uma superexposição das pessoas envolvidas em processo criminais, e, devido a uma cobertura de imprensa parcial e tendenciosa (na absoluta maioria das vezes contra o acusado), são veiculadas notícias que, habitualmente, propiciam a antecipação de um juízo de culpabilidade.

No caso 'Escola Base', por exemplo, os suspeitos dos crimes praticados contra crianças até hoje cumprem a pena aplicada pelos policiais que os expuseram à mídia e pela divulgação abusiva dos fatos e imagens através dos meios de comunicação: a pena de exclusão social. Ocorrido em 1994, São Paulo, os donos da Escola de Educação Infantil Base foram 'acusados' de abusar sexualmente de seus alunos e, após grande alarde e cobertura sensacionalista feita pela mídia, quando

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

então receberam o rótulo de 'OS MONSTROS DA ESCOLA BASE', ao final das investigações, chegou-se à conclusão de que nada do que estava sendo apurado era verídico e o inquérito foi arquivado.

Naquela oportunidade, a revista Veja definiu a escola, em sua manchete, como 'UMA ESCOLA DE HORRORES' (edição de 6 abr.1994), não muito diferente da edição de 23 de abril de 2008, em relação ao 'caso Nardoni', com a capa exibindo a seguinte manchete: 'PARA A POLÍCIA, NÃO HÁ MAIS DÚVIDAS SOBRE A MORTE DE ISABELLA: FORAM ELES'. Recentemente, a revista Época (edição 634, de 10 jul. 2010), sobre o caso 'Eliza Samudio', veiculou na capa do periódico a seguinte frase sobre o goleiro Bruno, ora averiguado: 'INDEFENSÁVEL: AS NOVAS CONFISSÕES E OS DETALHES MACABROS DO CRIME QUE CHOCOU O PAÍS E LEVOU UM ÍDOLO DO FUTEBOL PARA A CADEIA'.

A informação midiática deve nortear-se pelo valor da dignidade humana. Não lhe assiste o direito de antecipar juízo de culpabilidade, quando nem mesmo àqueles que atuam no processo penal é licito fazê-lo. O doutrinador Dalmo Dallari afirma ser imprescindível, portanto, a correta atuação da mídia, pois o suspeito ou acusado "é um indivíduo na plenitude de seus direitos [...] Mesmo se preso preventivamente, se tiver confessado seu crime, ele, ainda, é juridicamente inocente, e como tal deve ser respeitado pela imprensa".

> Obviamente, o princípio da presunção de inocência, como norma basilar do processo penal, não exclui a liberdade de informar dos meios de comunicação, mas exige desta cautela e reserva na divulgação dos atos judiciais. As notícias de um crime atribuído a uma pessoa devem ser verdadeiras e possuir um conteúdo e uma forma de advertir o público de que a pessoa acusada ainda não foi considerada culpada [*VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. Op. cit., p. 173*].

Toda cautela é necessária na difusão de nomes, imagens e informações sobre pessoas envolvidas em investigação ou processo-crime, sob pena da banalização das normas constitucionais.

A dimensão dos estragos acarretados pela violação do tão nobre principia da presunção da inocência é resumida por Ana Lúcia Menezes Vieira nos seguintes termos: 'O direito de defesa, o contraditório, a inviolabilidade da liberdade pessoal, a reserva de jurisdição e a imparcialidade do juiz podem ser vistas resumidas no princípio da presunção da inocência, ou encontram neste a motivação de fundo e o elemento unificador'.

Portanto, o conteúdo e a forma da notícia do processo penal devem respeitar o princípio da presunção de inocência, evitando todos os excessos que impliquem considerar culpado o acusado antes da decisão condenatória definitiva, evitando,

inclusive, expressões, imagens, fotografias além das estritamente necessárias à informação que possam ter caráter de antecipada responsabilidade do indivíduo processado.

Além disso, no caso de arquivamento das investigações ou absolvição do acusado, é dever da imprensa, que explorou o processo criminal enquanto em andamento, dar relevo à sentença, como forma de assegurar a certeza da inocência do indivíduo submetido a julgamento. Isso porque o princípio da presunção de inocência é uma garantia que opera no âmbito das normas, porém não tem a virtude mágica de atuar no psiquismo das pessoas de uma comunidade impondo também a elas uma determinada convicção de inocência do acusado.

Diante disso, com relação à sua aplicabilidade, a presunção de inocência é, na verdade, um estado de inocência, no qual o acusado permanece até que seja declarado culpado por sentença. Logo, o acusado é inocente durante o processo e seu estado só se modificará com a declaração de culpado por sentença.

3. DEVIDO PROCESSO LEGAL

Com referência ao entendimento de Carlos Eduardo Barroso (2008), o devido processo legal é a inferência de um processo democrático na apuração de um crime. É um direito que o acusado tem a um processo justo regido pelas leis. Se dentro de um processo não forem observados todas as regras instituídas em lei, este se considera nulo. Tal princípio é o que assegura os também princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

O princípio está previsto em nossa Constituição Federal brasileira, art. 5º, LIV, in verbis:

> Art. LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

O devido processo legal é um reservatório de princípios constitucionais que agem como limitadores das ações dos Poderes Públicos. É um direito inerente ao acusado, que vai além de sua vontade e serve como base para qualquer tipo de processo, seja no âmbito penal ou cível.

A nossa Carta Magna associou a garantia do juiz natural ao devido processo legal, isso estabelece garantia a todos à igualdade processual, a publicidade dos atos, a motivação das decisões judiciais e presunção de inocência. Este conjunto das garantias constitucionais do processo, que se denomina *due process of law*, é que garante o limite da função jurisdicional e a tutela dos direitos humanos.

O Estado, pelo processo, ao aplicar o direito objetivo na solução da lide, deve fazê-lo, portanto, dentro de parâmetros legais. O magistrado, ao atuar no processo, deve guiar-se por normas e regras contidas na Constituição, nos Códigos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Processuais e nas Leis de Organização Judiciária, visando, sempre, à salvaguarda não só dos direitos das partes, mas também da regularidade formal do processo As normas da Carta Magna que regulam o processo compreendem um "conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição"

Segundo os posicionamentos acima, o princípio do devido processo legal liga-se não ao direito material controvertido, mas ao processo como caminho realizado em igualdade, como condição primeira para que as decisões emitidas pelo judiciário reflitam, dentro de suas humanas possibilidades, sem qualquer perspectiva ontológica, a ideia de justiça que perpassa todo o paradigma participativo e democrático inserido em na Constituição.

Ademais, o princípio do devido processo legal impõe o respeito ao contraditório ao garantir-se às partes, envolvido em qualquer matéria litigiosa, o direito de realizar e produzir provas, levando para o interior da relação processual todos os elementos que acreditam revelar a verdade, além de poder sustentar os seus argumentos e razões, mesmo que isso signifique manterem-se em silêncio, pois ninguém é obrigado a fazer provas contra si mesmo, conforme expresso no princípio constitucional da ampla defesa, a ser apresentado posteriormente.

Em suma, o *Due process of law* consiste em assegurar à pessoa o direito de não ser privada de sua liberdade e de seus bens, sem a garantia de um processo desenvolvido na forma que estabelece a Lei. No âmbito processual garante ao acusado a plenitude de defesa, compreendendo o direito de ser ouvido, de ser informado pessoalmente de todos os atos processuais, de ter acesso à defesa técnica, de ter a oportunidade de se manifestar sempre depois da acusação e em todas as oportunidades, à publicidade e motivação das decisões, ressalvadas as exceções legais, de ser julgado perante o juízo competente, ao duplo grau de jurisdição, à revisão criminal e à imutabilidade das decisões favoráveis transitadas em julgado. Deve ser obedecido não apenas em processos judiciais, civis e criminais, mas também em procedimentos administrativos, inclusive militares.

Um ponto fundamental relacionado a este tópico, diz respeito à questão da morosidade processual. A morosidade do processo está ligada, fundamentalmente, à estrutura do Poder Judiciário e ao sistema de tutela dos direitos. O bom funcionamento do Poder Judiciário depende de uma série de fatores, exigindo, entre outras coisas, relação adequada entre o número de Juízes e o número de processos.

A lentidão do processo gera a descrença do povo na Justiça, o cidadão se vê desestimulado a recorrer ao Poder Judiciário quando toma conhecimento de sua lentidão e dos males (angústias e sofrimentos psicológicos) que podem ser

provocados pela morosidade processual. Todavia, o cidadão tem direito a uma Justiça que lhe garanta uma resposta dentro de um prazo razoável.

Joaquim Falcão, afirma em artigo que 'A pena é o processo', discorre sobre as dificuldades de sofrer um processo no Brasil. Segundo ele, 'um em cada quatro brasileiros tem processos na justiça'.

Diante desta informação, é fácil calcular a grande quantidade de pessoas que vivem com a 'espada de Dâmocles' sobre suas cabeças, aguardando, por anos a fio, o fim de um processo criminal.

Portanto, como foi visto o processo penal é infamante por si só, naturalmente. Acresça-se a isto o exagerado interesse da mídia em relação a alguns casos, os chamados 'processos midiáticos'. Nesses casos, mesmo que a regra do due process of law seja estritamente respeitadas, resta impossível apagar o estigma e as marcas deixadas no acusado após tanta exposição pelos meios de comunicação, nem mesmo a reabilitação criminal (art. 93, CP), nesses casos, será capaz de fazer cessar os reflexos de um processo criminal.

4. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

O princípio do contraditório e da ampla defesa tem como finalidade a garantia de um processo justo, em razão de estabelecer o direito de se defender contra os fatos alegados e dar prosseguimento ao processo. Por este motivo é considerado uma extensão do princípio do devido processo legal.

Assim como os demais princípios já apresentados, os dois também são considerados garantia constitucional, com fulcro no artigo 5º, inciso LV da CF/88: "LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral é assegurado o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

No que tange ao contraditório, ele se perfaz pelo fato de que as partes do processo precisam ter conhecimento dos fatos que estão no processo e, ao tomarem conhecimento, tem a possibilidade contrapor o fato apresentado e assim formar uma questão. Esta nada mais é do que quando alguém apresenta um ponto, que é controvertido pela outra parte e assim forma a questão, que será resolvida ao longo da persecução penal. Isso é a bilateralidade do contraditório em razão de as duas partes contraporem um argumento.

Ademais, o princípio do contraditório também encontra respaldo do princípio da igualdade, tendo em vista que ele garante que as partes tenham as mesmas armas para garantir seu ponto dentro do processo. Acerca disso, Clara Dias Soares (2007, p.04), expõe que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> O princípio do contraditório decorre do princípio da igualdade processual, pelo qual as partes encontram-se em posição de similitude perante o Estado e perante o Juiz, sendo que ambas deverão ser ouvidas, em plena igualdade de condições.

Por conseguinte, temos o princípio da Ampla defesa, que garante ao réu a possibilidade de esgotar todos os meios possíveis para estabelecer a verdade do que diz, sendo possível ainda, se omitir. Seria esta a possibilidade do réu se utilizar de todos os elementos para provar a sua verdade. Enquanto que o contraditório seria uma forma de exteriorizar essa ampla defesa, levando a dialética entre as partes do processo.

Tal princípio é tão importante para processo que o Supremo Tribunal Federal editou a súmula vinculante de nº14 que trata do assunto:

> É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

O autor quando dá inicio a ação penal dá inicio também a relação processual, que somente se perfaz com a devida citação do réu, que se faz para que ele seja chamado ao processo para se defender. E para sua defesa, deve ter a faculdade de utilizar todos os meios necessários, tendo em vista que sua liberdade é colocada em risco. Renato Ismael Ferreira Mazzomo (2014, s.p.) dispõe que:

> Assim, é imprescindível que se oportunize ao réu, no processo, o direito de defesa, que abrange a faculdade de se manifestar e ser ouvido. Proporcionada essa oportunidade, satisfeito está o princípio, ainda que permaneçam inativas as partes, pois oferecida está a possibilidade de um processo dialogado.

Entretanto, alguns autores como Willis Santiago Guerra Filho, entendem que o contraditório só é efetivo e o princípio é adotado quando houver atuação concreta da parte, ou seja, a parte precisa comparecer e se defender, e não apenas a mera possibilidade de se defender. Todavia, o STF sumulou sendo contrário a esse entendimento do contraditório moderno, quando se trata de um processo administrativo, afirmando que: "A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição." Súmula vinculante nº 5.

Porém, ao tratar da liberdade do individuo, o mesmo tribunal traz um enunciado distinto, dispondo que "no processo penal, a falta da defesa constitui

nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu" (Súmula 523).

Dessa forma, vemos que o contraditório e a ampla defesa para serem efetivados não precisam que o indivíduo efetivamente seu direito, basta que isso lhe seja assegurado, para que seja uma faculdade da parte utilizá-lo ou não.

Para que a ampla defesa seja garantida não pode acontecer defesa ineficiente ou inconsistente, para que o representado tenha uma defesa cabível e não seja condenado sem antes poder se defender.

Além disso, temos dois tipos de ampla defesa. O primeiro é a defesa técnica, que se resume em uma defesa realizada pelo advogado, por um profissional em prol do acusado. Ou seja, temos a presença do advogado de defesa que vai apresentar todos os argumentos e fatos possíveis para defendê-lo. Entretanto, para garantir que a ampla defesa ocorra, é necessário um profissional técnico e capaz de realizá-la, uma vez que do outro lado, temos o Ministério Público, que está equipado e preparado pelo Estado, e em razão desse princípio clamar pela igualdade entre as partes, necessita disto para ser efetivado.

Já a segunda modalidade, conhecida por autodefesa, pode acontecer em dois momentos distintos, o primeiro em seu interrogatório, quando o réu tentará convencer o juiz. E ainda, quando pode solicitar sua participação em todos os momentos de produção de provas, chamado de direito de presença.

A autodefesa se caracteriza pela defesa realizada pelo próprio réu, se defendendo da acusação que lhe foi feita, dos argumentos apresentados pela parte acusadora, mesmo que tal defesa se faça pelo silencio do réu, que é um direito que ele possui. Além disso, caso o magistrado de forma arbitraria impeça que o réu se defenda teremos caso de nulidade dentro do processo.

Temos, portanto, dois princípios de extrema importância para o devido processo legal ser efetivo, tendo em vista que, sem que ambos sejam cumpridos, o acusado fica sem possibilidade de se defender e provar que não é o responsável, ferindo assim a presunção da inocência, que faz com que o acusado seja considerado inocente até o transito em julgado da sentença condenatória.

Assim sendo, são duas garantias constitucionais que devem ser respeitadas, uma vez que o processo só é legitimo quando elas estão presentes. E ainda, através delas que é possível enxergar os dois lados do acontecimento e não apenas o que é apresentado pelo autor.

CONCLUSÃO

No artigo em tela, pretendeu-se analisar a temática na perspectiva do embate técnico, a respeito da contraposição entre a garantia de direitos do acusado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

no processo penal ao direito de informação, no presente caso a influência da mídia nas decisões do juiz penal. É possível concluir que a mídia tem poder determinante em julgamentos criminais, onde sua influência compromete a imparcialidade dos órgãos julgadores. O exercício inconsequente do direito a informação, em tempo que a imprensa tem fortes tendências ao sensacionalismo, acarreta violações irreparáveis ao devido processo legal, induzindo condenações exacerbadas e causando danos a acusados que podem ser inocentados.

A justificativa apresentada pela mídia de taxação da liberdade de expressão sem verificar as próprias arbitrariedades cometidas para gerar audiência, é o momento em que a mesma deixa de cumprir o papel de apurar os fatos concretos, acarretando assim o descumprindo do dever constitucional.

A publicidade dos processos é prevista com a finalidade de garantir um julgamento justo ao réu e controlar a atividade do Poder Judiciário pela sociedade. A utilização desta de maneira que acarrete ofensa a essas garantias não deve ser admitida, a censura não deve existir, no entanto é necessário que haja limites, pois somente assim os meios de comunicação utilizarão o poder que possuem para o benefício da sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA. Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Hemus, 1996.

BRITO, 2009, p. 8142.

CAPEZ, Fernando**. Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 30.
CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo penal à luz da Constituição: temas escolhidos**. São Paulo: Editora Edipro, 1999, p. 27.
CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Renascer do direito**. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 61
DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 75.
FALCÃO, Joaquim. **A pena é o processo**. Folha de São Paulo, Tendências/Debates. São Paulo, oito jun. 2010.
GARCÍA, Luis M. *Apud* VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. Op.cit., p. 175.
GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. **A presunção de inocência e ônus da prova em processo penal.** São Paulo do ICCRIM, nov. 1994.
LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Garantia do tratamento paritário das partes**. In: Garantias constitucionais do processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 49.
MORAES, Alexandre de. **Curso de direito constitucional**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 347

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

RODRIGUES. Adriano Duarte. **Afinal o que é a mídia?** Disponível em: http://www.ciseco.org.br/index.php/artigos/279-afinal-o-que-e-a-midia. Acesso em 20 de julho de 2017.

SALTON, Jorge A. **O maniqueísmo em nossas vidas:** a bondade dos maus, a maldade dos bons. Porto Alegre: Movimento, 2015

VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. Op. Cit., p.70, 171, 172, 173

Violação dos direitos na mídia brasileira, http://intervozes.org.br/wp-content/uploads/2015/06/guia_violacoes_volumei_web.pdf

http://www.digitalnewsreport.org/survey/2017/overview-key-findings-2017/

www.conteudojuridico.com.br

A IMPORTÂNCIA DO ACOMPANHAMENTO PSICOLÓGICO ÀS CRIANÇAS QUE VIVEM SOB GUARDA COMPARTILHADA EM FAMÍLIAS DE CLASSES SOCIAIS DISTINTAS

MARIA LUIZA FONSECA PINTO:
Bacharelanda do curso de de Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas.

NILCE ELAINE BYRON RAMOS[1]

(Orientadora)

RESUMO: O presente artigo versa sobre a importância do acompanhamento psicológico às crianças que vivem sob guarda compartilhada em famílias de classes sociais distintas. A guarda compartilhada é a melhor solução para a criação de uma criança, pois nesse método, o menor tem a convivência com ambos os genitores, além da divisão dos deveres e direitos referentes à criação da criança. Porém, em casos onde a classe social é distinta entre os pais, pode acarretar uma série de conflitos mentais e na personalidade do menor, fazendo com que a mudança de comportamento e a preferência por um dos lares seja nítida, dificultando que a criação siga de forma compartilhada, levando ao distanciamento do filho com um dos pais. O que se pretende alcançar com a execução da pesquisa são os impactos causados à mentalidade de crianças e adolescentes que crescem sob guarda compartilhada com pais que vivem e classes sociais distintas. A importância deste tema tem grande relevância para casos concretos e para famílias que vivenciam esta situação, podendo haver mudança de alguns comportamentos dos pais para que a convivência e a criação do menor sejam feitas de forma uniforme e harmônica.

Palavras-chave: Guarda Compartilhada; Classes Sociais Distintas; Impactos Psicológicos; Alienação Parental.

ABSTRACT: This article deals with the importance of psychological support for children living in shared custody in families with different social classes. Shared custody is the best solution about raise a child, because doing this the child can live with both parents, in addition, they can share duties and rights related to child rearing. However, in cases where social class is different between parents, it can start a series of mental and personality conflicts in the child, changing the behavior and clearly, the preference for one of both home, turning the shared custody into a difficult task even because of the distance between the child with one of the parents. The mainly goal to be achieved with this research is the impact to the

mental health of children and adolescents who grow up in shared custody with parents living in different social classes. The importance of this subject has a lot of relevance for real cases and for families who face this situation and some behaviors of parents may change, so, parenting and shared custody could be done in a pacific and harmonious way.

Keywords: Shared Custody; Distinct Social Classes; Psychological impacts; Parental Alienation

---

INTRODUÇÃO

A guarda compartilhada é vista como a melhor solução para a criação de uma criança, por se tratar do método menos invasivo em relação às drásticas mudanças que uma separação traz para a vida do menor envolvido. Nesse método, a criança convive com ambos os genitores, que além de ter total liberdade em relação ao poder familiar, continuam dividindo os deveres e direitos referentes à criação do menor.

No Código Civil Brasileiro estão presentes apenas duas modalidades de guarda, a unilateral e a compartilhada, ambas encontram-se no Art. 1.583 do Código Civil. Sendo a guarda compartilhada melhor vista pelos profissionais que trabalham envolvidos nessa área.

De fato, compartilhar a guarda da criança é teoricamente a melhor maneira de seguir a criação dos filhos após um divórcio, mas em casos onde a classe social é distinta entre os pais separados, podem ocorrer uma série de conflitos na mente e na personalidade do menor, fazendo com que a mudança de comportamento e a preferencia por um dos lados seja nítida, dificultando que a criação siga de forma compartilhada, levando ao distanciamento do filho com um dos pais.

O objetivo geral da pesquisa foi analisar os impactos gerados na mentalidade e comportamento de crianças e adolescentes que crescem com pais separados, dando enfoque na exposição dos tipos de guarda disponíveis na legislação brasileira, na externalização dos problemas causados com a separação dos pais, além de demonstrar que tipos de consequências um conflito entre os genitores podem causar no âmbito psíquico de uma criança e analisar como esses conflitos podem influenciar na personalidade dos menores no decorrer de seu crescimento.

Fora utilizada a metodologia científica de pesquisa bibliográfica de cunho descritivo, utilizando-se do método dedutível, de natureza qualitativa, baseada fundamentalmente nas fontes de produção de conhecimentos científico, como legislações, obras doutrinárias, jurisprudências, artigos científicos, revistas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

jurídicas, dentre outros materiais relacionados ao tema, tal pesquisa foi necessária para que fosse traçado uma linha de pensamento que desse embasamento ao estudo documental apresentado.

1. GUARDA DOS FILHOS

O casamento é um marco inicial na construção de uma família, porém nem todas as uniões conseguem manter-se consolidadas, chegando ao ponto em que as partes optam pelo divórcio.

Divorciar-se é uma decisão de extrema importância, ainda mais quando há filhos na relação que será rompida, pois as mudanças afetarão principalmente a criança ou adolescente que estava acostumado em um lar com ambos os pais presentes. É preciso ter prudência na tomada de decisões e na forma com que os responsáveis levarão o processo de divorcio e convivência, já que na maioria das vezes sentimentos de magoa e ressentimentos fazem parte do processo de ruptura.

"A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos." Prescreve o artigo 1.632 do Código Civil.

Neste sentido o autor Rolf Madaleno expõe em seu livro Direito de Família:

> Existindo entre os pais mera separação de fato pelo afastamento voluntário ou de corpos pela expulsão judicial de um dos cônjuges da vivenda matrimonial, a guarda dos filhos segue sendo de ambos; considerando inexistir ainda qualquer solução processual a respeito da custódia oficial da prole, muito embora já presente a fatual separação dos pais, a nenhum deles é dada a primazia legal da custódia, não obstante existisse uma tendência oficial de preservar a situação verificada por ocasião da separação de fato, permanecendo os filhos com o genitor com o qual já se encontravam, havendo uma proposição legal de que o juiz evite conceder a guarda unilateral, salvo se houver algum risco à integridade física ou psíquica da criança ou do adolescente, e perdendo a guarda de fato ou unilateral o seu espaço em nome da prioridade na concessão ou no ajuste consensual da guarda compartilhada física.

A guarda é considerada como uma das principais obrigações do Poder Familiar. Faz-se o uso da mesma quando há uma separação entre um casal que tenha filho menor de dezoito anos. A legislação brasileira instituiu a guarda unilateral ou exclusiva e a compartilhada ou conjunta.

TIPOS DE GUARDA

No ordenamento jurídico brasileiro estão presentes apenas duas modalidades de guarda, a unilateral e a compartilhada, ambas encontram-se presente no Art. 1.583 do Código Civil Brasileiro.

Guarda Unilateral

A guarda unilateral é a modalidade que atribui a um só dos genitores ou a alguém que o substitua o direito de ter o menor sob sua responsabilidade, enquanto a outra parte passa a conviver com a criança em horário e tempo estipulado ou acertado em acordo.

É atribuída a um dos genitores, em geral a mãe. A parte que não ficar com a guarda continuará com dever de assegurar a proteção e o desenvolvimento saudável da criança, além de poder participar efetivamente da vida dela, com visitas frequentes e envolvimento nas atividades do filho. (ZAVA, J. 2013)

Quando se aplica o modelo de guarda unilateral é estabelecido um sistema de visitas pré-fixadas ao genitor não-guardião. Essa medida visa diminuir os possíveis danos da perda definitiva do contado entre ele e o filho. (MELO, C. 2012. Pg.3)

Guarda Compartilhada

A Guarda Compartilhada é aquela em que há uma responsabilidade conjunta e igualitária no exercício de direitos e deveres por parte da mãe e do pai que não habitam sob o mesmo teto, sobre filhos em comum. (MELO, C. 2012. Pg.5)

Essa modalidade de guarda vem ganhando muita força no Brasil, por ser a forma que menos afeta o menor, fruto de uma relação que chegou ao fim, pois a criança continuará tendo convivência com os dois genitores e todas as decisões referentes ao menor deverão ser discutidas e acertadas em acordo. A guarda compartilhada surgiu para priorizar a importância do melhor interesse da criança e do adolescente.

2 GUARDA COMPARTILHADA

A Convenção sobre os Direitos da Criança assegura o direito do menor de conviver com o pai e a mãe, dizendo: "Os Estados Partes respeitam o direito da criança separada de um ou de ambos os seus pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, salvo se tal se mostrar contrário ao interesse superior".

Na hipótese de separação ou de divórcio litigioso sem acordo quanto à guarda dos filhos, será aplicada a guarda compartilhada, estando ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar (Código Civil, Art. 1.584, § 2º).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O Código Civil de 2002 destina aos pais, considerados os primeiros responsáveis pela prole, o Poder Familiar. Este consiste no exercício de direitos e deveres referentes ao cuidado, guarda, educação, manutenção, responsabilidade conjunta, etc dos filhos até que eles atinjam a maioridade. (ALVES, L. B. M. 2009)

A Lei 11.698 foi sancionada em 13 de junho de 2008 alterando o Art. 1.583 do Código Civil e inserindo a Guarda Compartilhada no ordenamento jurídico:

> Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada. (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).
>
> § 1 º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5 º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008).
>
> § 2o A guarda unilateral será atribuída ao genitor que revele melhores condições para exercê-la e, objetivamente, mais aptidão para propiciar aos filhos os seguintes fatores:
>
> I – afeto nas relações com o genitor e com o grupo familiar;
>
> II – saúde e segurança;
>
> III – educação. (Redação dada pela Lei nº 11.698, de 2008).

A guarda compartilhada passou a ser regra em 2014 através da Lei Nº 13.058, de 22 de Dezembro de 2014 que alterou os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão "guarda compartilhada" e dispor sobre sua aplicação. A principal modificação foi no Art. 1.583 do Código Civil:

> § 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vistas as condições fáticas e os interesses dos filhos: (Redação dada pela Lei n° 13.058, de 2014.
>
> § 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

Segundo Grisard Filho (2009), a guarda compartilhada busca reequilibrar os papéis parentais após a separação, atendendo o interesse da criança ou adolescente já que busca manter os dois pais envolvidos na sua criação.

Deirdre Neiva deu seu posicionamento em Considerações sobre a guarda compartilhada:

> A guarda compartilhada almeja assegurar o interesse do menor, com o fim de protegê-lo, e permitir o seu desenvolvimento e a sua estabilidade emocional, tornando-o apto à formação equilibrada de sua personalidade. Busca-se diversificar as influências que atuam amiúde na criança, ampliando o seu espectro de desenvolvimento físico e moral, a qualidade de suas relações afetivas e a sua inserção no grupo social. Busca-se, com efeito, a completa e a eficiente formação sócio-psicológica, ambiental, afetiva, espiritual e educacional do menor cuja guarda se compartilha.

Na guarda compartilhada não interessa quem estará detendo a custódia física do filho, como ocorre na guarda unilateral, ou no arremedo de uma guarda alternada, porque na guarda conjunta pura não deveria contar o tempo de custódia, e na qual tratam os pais de repartir suas tarefas parentais, e assumem a efetiva responsabilidade pela criação, educação e lazer dos filhos, e não só um deles, como usualmente sucede. (OLIVEIRA, José Sebastão, 2002)

Para Rolf Madaleno prevalece o princípio dos melhores interesses da criança, ao considerar como critério importante para definição da guarda apurar a felicidade dos filhos, e não os de se voltar para os interesses particulares dos pais, ou para compensar algum desarranjo conjugal dos genitores e lhes outorgar a guarda como um troféu entregue ao ascendente menos culpado pela separação, em notória censura àquele consorte que, aos olhos da decisão judicial, pareceu ser o mais responsável, ou quiçá o último culpado pela queda nupcial, cuja abjeta pesquisa causal restou igualmente afastada do processo judicial brasileiro de dissolução do vínculo conjugal.

Alguns determinantes devem ser analisados para que a Guarda Compartilhada efetivamente funcione, tais como a idade e a necessidade dos filhos, a história do casal, a qualidade dos relacionamentos entre pais e filhos, boa relação e comunicação entre os ex-cônjuges e seu equilíbrio psíquico. Neste ponto, centra-se um grande debate em torno da manutenção de um relacionamento harmonioso após o rompimento da sociedade conjugal, sem que isso se configure em um problema para os ex-cônjuges. Nesse sentido, Lima (2006 apud AZAMBUJA et al., p. 15) ressalta:

> "No regime da guarda compartilhada não há o chamado „trânsito livre" dos cônjuges ou ex-companheiros na residência do outro. Para que haja êxito nessa modalidade de guarda, é indispensável que os pais respeitem,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> reciprocamente, o espaço de cada um, sua intimidade, inclusive a de suas famílias reconstituídas. Assim, a guarda compartilhada não pode servir de instrumento de invasão de privacidade de pais separados, muito menos prestar-se para fins não condizentes com o melhor interesse dos filhos".

De acordo com Heloísa Helena Barboza, a jurisprudência brasileira ainda não assimilou quais os princípios devem orientar os melhores interesses dos menores, mas adverte constarem suas diretrizes no Estatuto da Criança e do Adolescente:

> Art. 161. Se não for contestado o pedido e tiver sido concluído o estudo social ou a perícia realizada por equipe interprofissional ou multidisciplinar, a autoridade judiciária dará vista dos autos ao Ministério Público, por 5 (cinco) dias, salvo quando este for o requerente, e decidirá em igual prazo. (Redação dada pela Lei nº 13.509, de 2017)
>
> § 3o Se o pedido importar em modificação de guarda, será obrigatória, desde que possível e razoável, a oitiva da criança ou adolescente, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)

3. ALIENAÇÃO PARENTAL

A Lei Nº 12.318, de 26 de Agosto de 2010, dispões sobre a Alienação Parental. Em seu Art. 2º temos a definição deste ato e um rol exemplificativo de como ela é praticada:

> Art. 2o 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.
>
> 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;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Também é considerado Alienação Parental pela Lei, os atos de omitir deliberadamente do genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço; apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente; e mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

É possível acontecer de o guardião que fica com a custódia monopolizar as decisões referentes aos filhos, deixando a margem qualquer participação do genitor não guardião. São pais que não sabem distinguir a morte conjugal da vida parental. (FILAGRANA, Tatiana C. dos Reis. 2018)

Sousa (2010), em seu livro Síndrome da Alienação Parental: Um novo tema nos juízos de família traduz parte de um importante texto de Richard Gardner a respeito da referida síndrome:

> "a SAP é um distúrbio infantil, que surge, principalmente, em contextos de disputa pela posse e guarda dos filhos. Manifesta-se por meio de uma campanha de difamação que a criança realiza contra um dos genitores, sem que haja justificativa para isso. Essa síndrome, segundo o psiquiatra norte-americano, resulta da programação da criança, por parte e um dos pais, para que rejeite e odeie o outro, somada à colaboração da criança – tal colaboração é assinalada como fundamental para que se configure a síndrome (Gardner, 2001)".

A Síndrome da Alienação Parental é um distúrbio que assola crianças e adolescentes vítimas da interferência psicológica indevida realizada por um dos pais com o propósito de fazer com que repudie o outro genitor. Priscila Fonseca afirma em seu estudo sobre Síndrome da Alienação Parental:

> "A síndrome da alienação parental não se confunde, portanto, com a mera alienação parental. Aquela geralmente é decorrente desta, ou seja, a alienação parental é o afastamento do filho de um dos genitores, provocado pelo outro, via de regra, o titular da custódia. A síndrome, por seu turno, diz respeito às sequelas emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança vítima daquele alijamento. Assim, enquanto a síndrome refere-se à conduta do filho que se recusa terminante e obstinadamente a ter contato com um dos progenitores e que já sofre as mazelas oriundas daquele rompimento, a alienação parental relaciona-se com o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> processo desencadeado pelo progenitor que intenta arredar o outro genitor da vida do filho.".

O autor Rolf Madaleno afirma em sua obra Direito da Família, que não há como determinar a guarda conjunta quando casais empreendem uma campanha de desprestígio de um contra o outro ascendente, causando os transtornos da Síndrome de Alienação Parental (SAP), caracterizada por Richard Gardner, professor de psiquiatria clínica do Departamento de Psiquiatria Infantil da Universidade de Colúmbia como sendo: "O conjunto de sintomas que resultam do processo pelo qual um progenitor transforma a consciência de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro progenitor".

Jorge Trindade, em seu artigo Divórcio: do processo psicológico, do luto e dos efeitos na criança expõe:

> A manipulação do comportamento da criança pode contribuir para o desenvolvimento da Alienação Parental, compreendida esta, consoante dispõe o artigo 2ª da Lei nº 12.318, como 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.

Jorge também aponta que os efeitos prejudiciais que a Alienação Parental pode provocar nos filhos variam de acordo com a idade da criança, com as características de sua personalidade, com o tipo de vínculo anteriormente estabelecido, e com sua capacidade de resiliência (da criança e do cônjuge alienado), além de inúmeros outros fatores, alguns mais explícitos, outros mais recônditos.

Uma forma comum de praticar a alienação parental é a de tentar comprar o amor da criança para que a mesma tenha preferência por uma das partes, por aquilo que ela pode proporcionar de maneira material, deixando de lado o que verdadeiramente importa, como a atenção, cuidado e amor. Essa prática é utilizada como forma de tentar atingir o outro genitor, fazendo com que a criança acabe sendo vítima de uma confusão interna, prejudicando assim, o crescimento psíquico e a formação de personalidade.

É preciso que o menor tenha um acompanhamento psicológico quando os casos forem de pais que não conseguem conviver em harmonia para seguir a criação do filho após o fim do relacionamento conjugal, para que o profissional

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

qualificado possa conduzir a melhor forma para convivência entre a família, e um crescimento mental saudável.

Um relato anônimo publicado por Luiza Fletcher no Blog O segredo, com o Título: Menino explica a diferença entre sua mãe "pobre" e seu pai "rico", retrata bem o pensamento de um jovem que cresceu em guarda compartilhada com pais de classes sociais distintas, sem que a diferença de classes interferisse na construção de seu amadurecimento psíquico e na sua formação de sua personalidade:

> Meus pais são separados e minha mãe tem a minha guarda. Divido os meus dias ao lado dos dois, mas vivo duas realidades muito diferentes quando estou com cada um. O salário de meu pai tem cerca de oito dígitos, e minha mãe tem uma renda muito humilde.
>
> Em minha experiência como filho de um pai rico, eu aprendi que a melhor parte de ter dinheiro é o conforto, a conveniência e a alegria que ele pode proporcionar.
>
> Minha mãe nunca me deu os jogos e brinquedos mais caros, não atendeu todos os meus desejos e muito menos me deu um Jet Ski. No entanto, o que ela me deu durante a vida inteira é muito maior e mais valioso do que qualquer bem material que meu pai pode comprar para mim. Ela me deu amor, atenção, presença e tempo.

4. PROBLEMAS PSICOLÓGICOS DECORRENTES DA SEPARAÇÃO

Os problemas psicológicos podem ser consequências de algum acontecimento ou até mesmo o acúmulo de fatos que ocorrerem na vida de determinada pessoa.

Passar por um divórcio afeta muito o emocional das partes, mas também afeta diretamente o menor envolvido nessa situação. Por se tratar de crianças ou adolescentes, o cuidado psicológico deve ser redobrado, uma vez que estes ainda estão em processo de amadurecimento e da formação de personalidade.

Nesse sentido, Jorge Trindade menciona a perspectiva de Hellen Bee e de Maldonato. Hellen Bee diz que "os primeiros dois a quatro anos após o divórcio compreendem um período especialmente tenso para os pais e filhos. Nesses anos, as crianças costumam serem mais desafiadoras, negativas, agressivas, deprimidas ou zangadas e, se estiverem em idade escolar, seu desempenho tende a cair, pelo menos por um tempo". Maldonato, por sua vez, relata que o tumulto emocional do homem e da mulher que se separam (divorciam), inevitavelmente se transmite

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

para a relação com seus filhos. Os sentimentos de raiva, mágoa e vingança, que transitam de um lado para o outro, quase sempre envolvem os filhos, que passam a sofrer mais a tensão e a sobrecarga da separação (divórcio), dificultando o encontro de novo equilíbrio.

Segundo o Manual diagnostico e estatístico de transtornos mentais DSM-5 (2014) o transtorno de ansiedade de separação é caracterizado por medo ou ansiedade excessiva envolvendo a separação da criança dos indivíduos as quais já é apegada. Essa separação gera sofrimento excessivo, preocupação em relação a uma possível perda, recusa de sair ou afastar-se de casa, impedimento à realização de atividades rotineiras como ir à escola ou sair para momentos de lazer. O temor da separação toma uma dimensão muito significativa e impede o desenvolvimento de diversas atividades que geravam satisfação. O diagnóstico, nas crianças, é feito a partir da manifestação dos sintomas por, pelo menos, quatro semanas.

Dessa forma, fica nítido de que dialogo claro e direto com os menores é a melhor solução para que não haja duvida e nem espaço para pensamentos negativos comuns na mente deles, como o medo de serem abandonados pelos seus pais ou o sentimento de serem os causadores da separação (divórcio). Tais sentimentos vêm ao encontro do pensamento auto-referente e do egocentrismo da criança, que imagina que tudo que acontece é por sua causa.

5. A IMPORTÂNCIA DO PROFISSIONAL PSÍQUICO NA EVOLUÇÃO DO MENOR

O acompanhamento do profissional da psicologia com o menor que está em processo de luto do divórcio dos pais é fundamental para a evolução de sua aceitação da nova rotina da sua vida, com os genitores em lares distintos.

A psicóloga Ana Paula Fontebom explica a finalidade e os benefícios do acompanhamento psicológico:

> O atendimento psicológico tem a finalidade de tratar questões de cada sujeito em sua singularidade, assuntos relacionados a seus sentimentos, acontecimentos de sua vida cotidiana, de seu passado, presente, de seus sonhos e desejos. O psicólogo ajuda o paciente a falar sobre seus problemas e a lidar melhor com momentos de dificuldades e doenças.
>
> São muitas as dificuldades que podem ocorrer ao longo da vida de um ser humano, o atendimento psicológico pode auxiliar em situações de medos, inseguranças, depressão, ansiedade, irritabilidade, explosões de raiva, incertezas, alterações de humor, dificuldades em tomar decisões, pensamentos repetitivos e angustiantes, pensamentos de

morte, dificuldades nos relacionamentos, timidez, compulsão por comida, bebida ou drogas, sensação de estar sendo perseguido, momentos de luto, divórcio, desemprego, doença física, entre outros. Lembrando que o atendimento psicológico é válido para todas as idades.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo documental propiciou a obtenção do entendimento de que a guarda compartilhada possibilita aos pais a divisão das mesmas responsabilidades legais relacionadas aos filhos, visando um acordo mútuo para que haja um convívio saudável para a criação do menor.

Esse instrumento jurídico surgiu para defender a proteção integral da criança, e também é uma forma de inibir a alienação parental, já que nessa modalidade, a divisão de tarefas e do poder familiar faz com que pais tenham o mesmo papel e um único propósito, garantir que o menor cresça de forma saudável e não venha a sofrer problemas emocionais.

Em casos onde há a diferença de classes sociais entre os pais separados, mais o ressentimento e mágoas da relação que teve fim, é comum que haja uma competição entre ambos para que o menor tenha preferência por um dos lados. Tal conduta tem a finalidade de atingir o ex-cônjuge, mas acaba atingindo a criança ou adolescente, fazendo com que isso acarrete uma confusão interna na mente dos mesmos.

Por estarem em fase de amadurecimento, na maioria das vezes as crianças acabam sofrendo mais que os pais com a separação, se isso for agregado à competição gerada entre os genitores, os impactos causados podem acarretar doenças psíquicas severas, como o transtorno de ansiedade e até mesmo a depressão.

Nesse sentido, conclui-se que o acompanhamento psicológico à família envolvida, principalmente ao menor é o meio mais satisfatório e eficaz para evitar que as crianças e adolescente sofram. Aos pais, é necessário que haja uma maior compreensão e colaboração entre ambos para que assim o amadurecimento desses menores ocorra da forma mais saudável e harmônica possível, tornando-os adultos serenos e maduros.

REFERÊNCIAS

ALVES, Amanda Pansard; ARPINI, Dorian Mônica; CUNICO, Sabrina Daiana. Guarda compartilhada: perspectivas e desafios diante da responsabilidade parental. Estud. pesqui. psicol., Rio de Janeiro , v. 15, n. 3, p. 916-935, nov. 2015 . Disponível em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

<http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-42812015000300008&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 01 abr. 2019.

ALVES, L. B. M. A guarda compartilha e a lei n° 11. 698/08. De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 13, jul./dez, 235-258, 2009.

BANDERA, Magda. Custodia compartida. Barcelona: Arcopress, 2005, p. 29.

BARBOZA, Heloísa Helena. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. In: A família na travessia do milênio. Belo Horizonte: Del Rey – IBDFAM, Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família, 2000. p. 210-211.

Brasil. DECRETO No 99.710, DE 21 DE NOVEMBRO DE 1990. Convenção sobre os Direitos da Criança. Brasília, DF: Presidência da República.

Brasil. Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Lei sobre guarda compartilhada. Brasília, DF: Presidência da República.

Brasil. Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Guarda Compartilhada. Brasília, DF: Presidência da República.

Brasil. LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. . Brasília, DF: Presidência da República.

FERREIRA, Adriana do Vale et al . Tempo de convivência entre pais e filhos: reflexões sobre a parentalidade residencial compartilhada. Pensando fam., Porto Alegre , v. 22, n. 2, p. 88-104, dez. 2018 . Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-494X2018000200007&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 5 ago. 2019.

FILAGRANA, Tatiana C. dos Reis. MEDIAÇÃO FAMILIAR COMO SOLUÇÃO PARA ALIENAÇÃO PARENTAL. Disponível em : < file:///C:/Users/IDEAL/Downloads/7969-28899-1-PB.pdf > Acesso em 5 Aug. 2019.

FLETCHER, Luiza. **Menino explica a diferença entre sua mãe "pobre" e seu pai "rico"** https://osegredo.com.br/menino-explica-a-diferenca-entre-sua-mae-pobre-e-seu-pai-rico/ Acesso em 06 Aug. 2019.

FONSECA, Priscila M. P. Correa. Síndrome da Alienação Parental. Revista do CAO Cível nº 15 – Ministério Público do Estado do Pará. Disponível em: <http://priscilafonseca.com.br/sindrome-da-alienacao-parental-artigo-publicado-

na-revista-do-cao-civel-no-15-ministerio-publico-do-estado-do-para-jandez-2009-revista-ibdfam-ano-8-no-40-f/> Acesso em 5 de Agosto de 2019.

FREUD, A; SOLNIT, A. J; GOLDSTEIN, J; **No Interesse Da Criança?,** Martins Fontes; Edição: 1 (1987).

GADONI-COSTA, Lila Maria; FRIZZO, Giana Bitencourt; LOPES, Rita de Cássia Sobreira. A guarda compartilhada na prática: estudo de casos múltiplos. Temas psicol., Ribeirão Preto , v. 23, n. 4, p. 901-912, dez. 2015 . Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-389X2015000400009&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 01 abr. 2019. http://dx.doi.org/10.9788/TP2015.4-08.

KOSTULSKI, Camila Almeida; ARPINI, Dorian Mônica. Guarda Compartilhada: As Vivências de Filhas Adolescentes. **Psicol. cienc. prof.**, Brasília , v. 38, n. 4, p. 696-710, out. 2018 . Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-98932018000500696&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 01 abr. 2019. http://dx.doi.org/10.1590/1982-3703000972017.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. Edição N.8. Publicado em 2018. Editora: Forense.

Manual diagnostico e estatístico de transtornos mentais DSM-5 (2014) 5. Ed. Porto Alegre: Artmed, 2014.

MELO, Cinthya Rebecca Santos; GAUDÊNCIO, Carmen Amorim; ANDRADE, Josemberg Moura. Guarda Compartilhada no Contexto Brasileiro. João Pessoa, 2012. Disponível em < http://www.unicap.br/jubra/wp-content/uploads/2012/10/TRABALHO-16.pdf> acessos em 01 abr. 2019.

NEIVA, Deirdre. **Considerações sobre a guarda compartilhada.** Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4352 > acessos 01 jul. 2019.

OLIVEIRA, José Sebastão. .Fundamentos constitucionais do Direito de Família. São Paulo: RT, 2002. p. 308.

PROCHNO, Caio César Souza Camargo; PARAVIDINI, João Luiz Leitão; CUNHA, Cristina Martins. Marcas da alienação parental na sociedade contemporânea: um desencontro com a ética parental. Rev. Mal-Estar Subj., Fortaleza , v. 11, n. 4, p. 1461-1490, dez. 2011 . Disponível em

<http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-61482011000400007&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 5 ago. 2019.

RESMINI, Gabriela de Faria; FRIZZO, Giana Bitencourt. A experiência da guarda compartilhada na perspectiva de diferentes membros da família. Pensando fam., Porto Alegre , v. 22, n. 2, p. 204-218, dez. 2018 . Disponível em <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-494X2018000200014&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 5 ago. 2019.

TRINDADE, Jorge; MOLINARI, Fernanda. Divórcio: do processo psicológico, do luto e dos efeitos na criança. Revista Ministério Publico RS. 2011. Disponível em: < https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1325166119.pdf> Acesso em 5 de Agosto de 2019.

WEIDLICH, P. **Veja como funcionará a guarda dos filhos de pais separados (2015)**. Disponível em: https://www.tribunapr.com.br/arquivo/mulher/veja-como-funcionara-a-guarda-dos-filhos-de-pais-separados/ . Acesso em 26 de Março de 2019.

ZAVA, J. **Como encarar um divórcio com filhos no meio (2013).** Disponível em: https://revistacrescer.globo.com/Familia/Novas-familias/noticia/2013/07/como-encarar-um-divorcio-com-filhos-no-meio.html. Acesso em 26 de Março de 2019.

[1] Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba; Professora do curso de Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

AS CLÁUSULAS E PRÁTICAS ABUSIVAS NOS EMPRÉSTIMOS CONSIGNADOS, COM FOCO NA LESIVIDADE AOS IDOSOS

SILVIA DA SILVA SOUZA: Graduanda em Direito no Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA Manaus/AM

ANDRÉ CHEIK BESSA

(Orientador)

RESUMO: Examinando a problemática das cláusulas e práticas abusivas envolvendo os contratos de empréstimo consignado, constatamos que inúmeras são as vias utilizadas pelos bancos e instituições financeiras para ludibriar principalmente as pessoas idosas, levando-as a adquirir empréstimos dessa natureza sob condições ruinosas ou eventualmente sem que nem mesmo tenham a ideia do que estão contratando. As consequências desagradáveis não se restringem ao endividamento propriamente dito, mas se estendem à negativação nos órgãos de proteção de crédito, à redução do poder aquisitivo e até mesmo a problemas psicológicos e de saúde. Os idosos tornam-se alvos frequentes dos fornecedores de empréstimos consignados diante de suas vulnerabilidades evidentes, inerentes à idade e, muitas vezes, também à ausência de acesso à informação, sem que possam contar em tais momentos com o suporte necessário do Poder Público, especialmente Ministério Público, Defensoria e Poder Judiciário. Ainda que amparados pela Constituição da República Federativa do Brasil e pelo Estatuto do Idoso, é lamentável observar que tais instrumentos preciosos não logram atingir sua efetividade jurídica e legal, deixando seus destinatários, nestes casos, à mercê das garras impiedosas dos bancos e instituições financeiras. Sabe-se que a aposentadoria, na maioria dos casos, é a única fonte de renda dessa grande parcela da população brasileira, e dessa renda dependem outros membros da família, circunstância que impõe ao idoso dificuldades financeiras e faz com que acabe buscando empréstimos consignados. Tal situação de vulnerabilidade enseja o comprometimento de parte considerável de seus vencimentos e que dê abertura às práticas abusivas, pois os fornecedores deixam muitas vezes de apresentar todas as condições e efeitos que revestem a contratação desse tipo de empréstimo.

Palavras chave: Idoso, Empréstimo, Endividamento.

ABSTRACT: Examining the problem of unfair practices and clauses in payroll-deductible contracts we find that there are numerous views used by banks and financial institutions, mainly to deceive older people into acquiring such loans under ruinous conditions or eventually without even having a clue what they're hiring. The unpleasant consequences are not restricted to debt itself but they extend to negativity in credit protection agencies, reduced purchasing power, and even

psychological and health problems. Older people become frequent targets of payroll loan providers in the face of their obvious vulnerabilities inherent in age and often also lack of access to information, without being able at such times to have the necessary support from the Government, especially the Public Prosecutor, Advocacy and Judiciary. whereas supported by the Constitution of the Federative Republic of Brazil and the Elderly Statute, it is regrettable to note that such precious instruments fail to achieve their legal and legal effectiveness, leaving its recipients in these cases at the mercy of the merciless clutches of banks and financial institutions. Retirement, in most cases, is known to be the only source of income for this large portion of the Brazilian population, and other family members depend on this income. This circumstance imposes financial difficulties on the elderly and ends up seeking payroll loans such a situation of vulnerability entails the commitment of a considerable part of their salaries and opens up unfair practices, as suppliers often fail to present all the conditions and effects of contracting this kind of a loan.
Key words: elderly, payroll loans, financial institutions.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca trazer à discussão os impactos para as pessoas idosas, das cláusulas e das práticas abusivas decorrentes dos contratos de empréstimo consignado, propondo-se a discutir tais impactos, que refletem na saúde mental e nas relações familiares dos idosos. Identificar-se-ão, à luz do Direito Consumerista, as condições e condutas abusivas dos fornecedores de produtos financeiros em tais casos, chamando-se a atenção para a necessidade de uma tutela mais efetiva dos consumidores idosos diante dessa realidade lamentável.

O público idoso, como se sabe, tem as fragilidades e vulnerabilidades quem lhes são próprias, e de tal situação fornecedores menos escrupulosos frequentemente aproveitam-se, para tirar vantagens. A falta de transparência no momento da abordagem, no caso do idoso, permite que, ludibriado, contrate dívida excessivamente onerosa, por vezes impagável, sob condições obscuras e abusivas. O endividamento e a diminuição do poder aquisitivo, a partir do comprometimento de parcela significativa dos proventos do idoso, não raramente ocasionam-lhe até mesmo comprometimento da saúde psicológica.

Apesar da Constituição da República Federativa do Brasil e do Estatuto do Idoso incorporarem o intuito de amparar essa parcela vulnerável da população, ainda se faz necessário exigir dos fornecedores de produtos financeiros que lhes são destinados uma conduta ética e compatível com o ordenamento jurídico, incluindo também a observância dos princípios protetivos do Direito Consumerista, como a informação, a transparência, a boa-fé nas relações contratuais de um modo geral.

No momento da concessão do crédito, os fornecedores diretos ou intermediários de produtos financeiros, por certo atentos apenas aos seus próprios interesses e movidos pelo interesse de lucro a qualquer custo, infelizmente não hesitam em oferecer facilidades a consumidores idosos sem explicar os riscos e contrapartidas, levando tais consumidores à ruína financeira e ao abalo emocional.

Urge, portanto, que o Poder Público e o próprio sistema jurídico cheguem a vias eficazes para o combate de tais abusos, de extrema nocividade a qualquer consumidor, mas especialmente, à população idosa, o que se torna mais lamentável. Aquela que deveria ser de fato e de direito a "melhor idade" deveria ser acompanhada de tranquilidade sob todos os aspectos, e não de maiores problemas. Assim sendo, propõe-se este trabalho ao enfrentamento da questão e ao apontamento de possíveis soluções, compatíveis com a realidade brasileira.

1. O CONTRATO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO

A princípio, o contrato que hoje conhecemos como "de empréstimo consignado" foi instituído no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Medida Provisória nº 130/2003, posteriormente convertida na Lei Ordinária nº 10.820/2003, que dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento e dá outras providências.

SCHAEFER, Diniz (2018, p.2) assim define o contrato em tela:

> "O empréstimo com desconto das parcelas em folha de pagamento, mais conhecido como empréstimo ou crédito consignado surgiu impulsionado pela necessidade do Governo Federal de promover o crescimento sustentável da economia criando uma linha de crédito mais segura, com menor risco para as instituições financeiras e em consequência, com menores taxas de juros para o contratante."

A partir do momento em que o contrato de empréstimo consignado recebeu regulamentação em lei, bancos e instituições financeiras impulsionaram as linhas de créditos, atraindo um público diverso e ansioso por contratar. O público alvo de tal contrato é amplo, abrangendo normalmente funcionários públicos, empregados regidos pela CLT e beneficiários do INSS.

A relação jurídica que se estabelece entre o tomador do empréstimo e o banco ou instituição financeira é regulada, ao mesmo tempo, pelo Código Civil e pelo Código de Defesa do Consumidor.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Segundo SCHAEFER, Susanne Vale Diniz (2018, p. 5): "O crédito consignado tem sua concessão pactuada através de um contrato mútuo, oneroso, pois existe reciprocidade de ônus e de vantagens para as partes contraentes, em razão das obrigações assumidas que mutuamente".

Ocorre que, à vista de taxas atraentes, exigência de pouca documentação, possibilidades de portabilidade entre instituições e prazos bem dilatados, bancos e financeiras não medem esforços em captar clientes ansiosos em contratar. E todas essas facilidades acabam por iludir muitas pessoas, levando-as a contrair dívidas que, com o passar do tempo, tornam-se impagáveis.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu artigo 170, parágrafo único e no artigo 48 do Ato das Disposições Transitórias, assim estabelece:

> Art. 170 A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
>
> [...]
>
> V - defesa do consumidor;
>
> [...]
>
> Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (BRASIL 1988).
>
> Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.

Na redação incorporada aos dispositivos citados, impõe-se ao Estado o dever de proteger os interesses do consumidor, pois este, considerando a desigualdade intrínseca das relações consumeristas, indiscutivelmente representa o polo mais delicado.

E o contrato de empréstimo consignado não poderia, por óbvio, deixar de merecer especial atenção do Direito Consumerista, como bem assinalam MARQUES, Bessa e Benjamim (2014, p.59), ao caracterizarem o CDC como

> "Uma lei visionária, que mudou o mercado brasileiro, estabeleceu um novo patamar de boa-fé", destacando logo em seguida que o referido diploma legal insere-se

"especialmente na proteção dos mais vulneráveis nas relações econômicas".

2. AS CLÁUSULAS E PRÁTICAS ABUSIVAS MAIS FREQUENTES NOS EMPRÉSTIMOS CONSIGNADOS

Antes da adentrar ao cerne do item proposto, é importante destacar que a Lei n. 8.078/1990 regula em seus artigos 39 a 41 as práticas abusivas, e, especificamente no art. 39 apresenta a título exemplificativo, aquelas que pretende coibir, senão vejamos:

> Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:
>
> I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;
>
> II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes;
>
> III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço;
>
> IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;
>
> V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva;
>
> VI - executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes;
>
> VII - repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos;
>
> VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro);
>
> IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais
>
> X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

XI - Dispositivo incluído pela MPV nº 1.890-67, de 22.10.1999, transformado em inciso XIII, quando da conversão na Lei nº 9.870, de 23.11.1999

XII - deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério.

XIII - aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido.

XIV - permitir o ingresso em estabelecimentos comerciais ou de serviços de um número maior de consumidores que o fixado pela autoridade administrativa como máximo.

Parágrafo único. Os serviços prestados e os produtos remetidos ou entregues ao consumidor, na hipótese prevista no inciso III, equiparam-se às amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento.

Art. 40. O fornecedor de serviço será obrigado a entregar ao consumidor orçamento prévio discriminando o valor da mão-de-obra, dos materiais e equipamentos a serem empregados, as condições de pagamento, bem como as datas de início e término dos serviços.

§ 1º Salvo estipulação em contrário, o valor orçado terá validade pelo prazo de dez dias, contado de seu recebimento pelo consumidor.

§ 2° Uma vez aprovado pelo consumidor, o orçamento obriga os contraentes e somente pode ser alterado mediante livre negociação das partes.

§ 3° O consumidor não responde por quaisquer ônus ou acréscimos decorrentes da contratação de serviços de terceiros não previstos no orçamento prévio.

Art. 41. No caso de fornecimento de produtos ou de serviços sujeitos ao regime de controle ou de tabelamento de preços, os fornecedores deverão respeitar os limites oficiais sob pena de não o fazendo, responderem pela restituição da quantia recebida em excesso, monetariamente atualizada, podendo o consumidor exigir à sua escolha, o desfazimento do negócio, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

No âmbito da contratação de empréstimos e financiamentos, observa-se que Instituições financeiras de uma forma ampla se valem da vulnerabilidade do consumidor para efetivar práticas ilícitas, violadoras de direitos e dignas de tutela judicial, situação que se amolda perfeitamente ao disposto no inciso IV da Lei n. 8.078/1990.

Dessa maneira, de forma exemplificativa, vale destacar algumas práticas abusivas mais utilizadas pelas instituições financeiras.

2.1 JUROS ABUSIVOS

A cobrança de juros abusivos é uma das práticas que se mostra frequentemente no mercado. Nestas ocasiões, deve-se analisar se os juros praticados encontram-se compatíveis com a realidade de mercado. Tal compatibilidade é comprovada por meio da comparação com a taxa média de juros divulgada pelo Banco Central, e, caso, o percentual da taxa de juros aplicado pelo ente financeiro seja maior que o índice da taxa média de mercado, tem-se caracterizada prática abusiva dos juros, conforme pode ser observado no seguinte julgado:

> PROCESSO CIVIL. APELAÇÕES SIMULTÂNEAS. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO. LIMITAÇÃO DOS JUROS REMUNERATÓRIOS AO PATAMAR DE 12% AO ANO. IMPOSSIBILIDADE. INSTITUIÇÃO DE CAPITALIZAÇÃO DE JUROS EM PERIODICIDADE INFERIOR À ANUAL. ANATOCISMO. POSSIBILIDADE. AFERIÇÃO LEGALIDADE DE COBRANÇA DE TARIFAS DE CADASTRO E AVALIAÇÃO IMPOSSIBILITADA POR DECISÃO DO STJ SOBRESTANDO QUESTÕES RELACIONADAS AO TEMA 958. SEGURO PRESTAMISTA. VENDA CASADA IMPOSSIBILIDADE. RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS. SOBRESTAMENTO PARCIAL DO JULGAMENTO. Os Juros remuneratórios não se confundem com anatocismo. De igual forma, a existência de um não induz irremediavelmente a existência do outro. Existindo relação jurídica remunerável por tais frutos civis, é possível a existência de anatocismo, desde que autorizada pelo ordenamento jurídico. O enfrentamento de tal matéria é recorrente nesta Corte, que já possui entendimento consolidado que se assenta no remansoso posicionamento do STJ, que tratou do tema no enunciado 539 de sua Súmula de Jurisprudência. A abusividade do percentual da taxa de juros, aplicado em contratos bancários submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, deve ser apurada considerando as circunstâncias do caso concreto e com base no índice da taxa média de mercado para a mesma operação financeira, divulgado pelo Banco Central do Brasil ou outro órgão federal que venha substituí-lo para este fim. (Súmula nº 13 – TJBA) As normas expedidas pelas agências reguladoras, como o BACEN, têm como destinatário principal o prestador do serviço regulado, e não o particular que toma tal serviço, ao qual tais regras só

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

incidem de forma reflexa e sempre de modo a ampliar direitos. É abusiva a cláusula contratual que condicione a obtenção do crédito de financiamento à contratação de seguro prestamista, mormente quando ao consumidor não é dado conhecer a existência de tal exigência por não lhe ser entregue cópia do contrato. Julgamento da legalidade das tarifas administrativas sobrestadas por decisão do STJ, que, nos autos do Resp. 1.578.526/SP, admitiu o tema 958. RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS (Classe: Apelação, Número do Processo: 0518968-47.2016.8.05.0001, Relator (a): Mário Augusto Albiani Alves Junior, Primeira Câmara Cível, Publicado em: 17/04/2018)
(TJ-BA - APL: 05189684720168050001, Relator: Mário Augusto Albiani Alves Junior, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 17/04/2018)

2.2 DESRESPEITO À MARGEM CONSIGNÁVEL

Outra prática abusiva que ocorre no âmbito dos contratos de empréstimos consignados é o desrespeito à margem consignável.

Considera-se margem consignável o limite máximo permitido para comprometimento dos vencimentos de uma pessoa.

A Lei 10.820 de 2003 trata das margens consignáveis, que variam conforme o vínculo. Para aposentados e pensionistas, hoje, a margem consignável é de 30%, não podendo a instituição financeira contratar com um percentual maior alegando que as partes podem contratar qualquer percentual, conforme entendimento já firmado em julgado.

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. EMPRÉSTIMOS CONSIGNADOS. LIMITAÇÃO A 30% DA REMUNERAÇÃO. POSSIBILIDADE. LEI 10.820/03. APLICAÇÃO REGIME ESTATUTÁRIO. CABIMENTO. PRECEDENTES DO STJ. PREVALÊNCIA DA AUTONOMIA DAS VONTADES. NÃO CABIMENTO. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. JUROS ABUSIVOS. INEXISTÊNCIA. OBSERVÂNCIA A TAXA MÉDIA DE MERCADO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO À UNANIMIDADE. 1. No caso em análise, os descontos na remuneração do apelado decorrem da espécie de empréstimo consignado, o qual, diferente das outras modalidades de empréstimo, deve ser limitado ao percentual de 30% da remuneração em conformidade com a Lei 10.820/03 e jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça. 2. Não há como acolher o argumento da instituição financeira de que deve prevalecer a autonomia de vontade das partes no

> momento da celebração dos contratos, isso porque, deve-se sopesar que os salários, pensões e/ou proventos têm natureza alimentar e não podem ser absorvidos quase que em sua integralidade para quitar as prestações do empréstimo, isto em observância aos princípios do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana, assegurados constitucionalmente**.** 3. Inexiste abusividade nos juros contratados, vez que, não houve a demonstração de que se encontram acima da taxa média de mercado divulgada pelo Banco Central. Precedentes do STJ. 4. Recurso conhecido e parcialmente provido para determinar a limitação de descontos decorrentes de empréstimos consignados ao percentual de 30% (trinta por cento) da remuneração do apelante à unanimidade. (TJ-PA - APL: 00497343120158140000 BELÉM, Relator: EDINEA OLIVEIRA TAVARES, Data de Julgamento: 10/04/2018, 2ª TURMA DE DIREITO PRIVADO, Data de Publicação: 18/04/2018).

Apesar do entendimento acima disposto, não raro existem pessoas que comprometem 50% de seus vencimentos em empréstimos consignados.

2.3 JUROS SOBRE JUROS

No que se refere a prática abusiva dos juros sobre juros, RIBEIRO, Adelmo Dias (2018, p.6) ensina que:

> No que atine a cobrança de juros sobre juros (anatocismo), deve-se analisar a situação concreta. Isto porque, acaso previsto de forma expressa e clara no instrumento contratual, a capitalização mensal passa a ser admitida.

O que se deve ter em mente é que, ao contrário do que muitos pensam, a simples aplicação de juros compostos não é ilícita; porém, deve haver uma diferença entre a sua incidência e a prática de anatocismo, esta sim vedada pela jurisprudência brasileira conforme observado no julgado abaixo:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL. ABUSIVIDADE. REPETIÇÃO DO INDÉBITO NA FORMA SIMPLES. A capitalização mensal dos juros, desde que expressamente prevista no instrumento contratual, é permitida nos contratos celebrados após a edição da MP 1.963/2000. A pactuação mensal dos juros deve vir estabelecida de forma expressa e clara. A previsão no contrato bancário de taxa de juros anual superior ao duodécuplo da mensal é suficiente para permitir a cobrança da taxa efetiva anual contratada. Em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> consonância com a jurisprudência pátria, a restituição dos valores pagos a maior pelo consumidor, é cabível, porém, na forma simples. Recurso parcialmente provido. (Classe: Apelação, Número do Processo: 0570835-50.2014.8.05.0001, Relator (a): Rosita Falcão de Almeida Maia, Terceira Câmara Cível, Publicado em: 08/11/2018) (TJ-BA - APL: 05708355020148050001, Relator: Rosita Falcão de Almeida Maia, Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: 08/11/2018)

Desse modo, é recomendável analisar o caso concreto, para verificar a clareza do instrumento contratual e de sua correspondência com os imperativos da MP 1.963/2000.

3. OS IDOSOS E OS EMPRÉSTIMOS CONSIGNADOS: CONDUTAS LESIVAS DOS FORNECEDORES E POSSÍVEIS SOLUÇÕES

Pessoa idosa, nos termos do Estatuto do Idoso (Lei 10.741 de 2003) é aquela com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. Considerando os avanços da tecnologia e da medicina, cresce, felizmente, a expectativa de vida das pessoas, fato que, de par com a redução da natalidade, nos faz caminhar cada vez mais para a condição de um país de idosos.

Segundo MELO, Mayara de Oliveira e SILVEIRA, Lucileuda (2018, online):

> "Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas (2018), divulgou que o Brasil alcançou uma população total de 208.898.538 pessoas no presente ano. Pesquisas realizadas pelo referido Instituto alertam sobre a projeção de crescimento populacional até 2047 fazendo uma importante observação, em 2060 um quarto da nossa população será composta por indivíduos com mais de 65 anos, ou seja, seremos um país de idosos"

Diante dessa revelação surge uma preocupação com essa importante parcela populacional, especialmente diante dos rumos que o país deverá alcançar no setor econômico. É preciso que o país e a sociedade contemporânea se preparem sob todos os aspectos para receber uma ampla população de idosos, protege-la e integrá-la.

MELO e SILVEIRA (2008, online) questionam com muita pertinência se as políticas públicas são efetivamente aplicáveis para essa importante parcela da sociedade, que além da vulnerabilidade inerente a todo consumidor, convive ainda com as fragilidades próprias da idade cronológica.

No tocante ao mercado de consumo, o idoso não está imune à caraterística do consumismo, que marca a sociedade contemporânea. Com o excesso de

consumo, ou mesmo ante a insuficiência de seus rendimentos muitas vezes até mesmo para os bens e serviços mais básicos da vida – sim, pois é cediço que na aposentadoria o idoso tem normalmente uma diminuição na sua renda –, vê-se o idoso sob a condição de endividamento, que finda por atraí-lo para os contratos de empréstimo consignado.

A propósito, bem explicitam MELO e SILVEIRA (2008, p.6) que "O capitalismo é parasitário, atrair pessoas idosas com propostas de descontos, parcelamentos, juros com menor taxa do mercado faz parte dos programas de marketing para atrair um público em condições especiais – o idoso"

Ainda segundo os referidos Autores (2008, p.6):

> "Exemplo claro são os bancos, que investem pesado em propagandas incentivando empréstimos consignados, oferecendo cartões de créditos com limites de compra que ultrapassam a humilde renda da maioria dos aposentados/pensionistas. Sem conhecimento adequado de como funciona aplicação de juros, são levados a comprar pelo simples fato da facilidade do crédito ofertado"

Bem intencionado, o Estatuto do Idoso, em seu artigo 96, tipificou como crime impedir o acesso do idoso a operações bancárias. Confira-se:

> Art. 96. Discriminar pessoa idosa, impedindo ou dificultando seu acesso a operações bancárias, aos meios de transporte, ao direito de contratar ou por qualquer outro meio ou instrumento necessário ao exercício da cidadania, por motivo de idade.

Por outro lado, dada a sua fragilidade física e emocional, de par com as dificuldades relacionadas à tecnologia e a própria necessidade de dispor de recursos para ter acesso ao mercado de consumo, é inegável a condição de maior vulnerabilidade do idoso às eventuais práticas e condições abusivas, impostas por fornecedores de produtos financeiros.

Pode-se elencar, algumas causas do endividamento do idoso, conforme informa MEDEIROS, Paulo César de (2016, p. 4)

- Oferta ostensiva de crédito consignado ou sem análise;
- Tomada de empréstimo para ajudar filhos ou netos, muitas vezes incluídos em cadastros como SPC e Serasa;
- Aumentos modestos da aposentadoria, em alguns anos atropelados pela inflação;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

- Falta de planejamento para adequar as contas à queda da renda com a aposentadoria;
- Longevidade: como vivem mais, as pessoas viajam e gastam em lazer, muitas vezes recorrendo a empréstimos.

Para Oliveira (2017, p.29), a vulnerabilidade agravada do idoso, origina-se através de dois fatores principais:

> a) a dimuição ou a perda de determinadas aptidões físicas ou intelectuais que o torna mais suscetível e débil em relação à atuação negocial dos fornecedores;
>
> b) a necessidade e catividade em relação a determinados produtos ou serviços no mercado, que o coloca em uma relação de dependência em relação aos seus fornecedores.

No mesmo sentido, Marques (2005, p. 41) complementa que "este grupo de pessoas (idosos, crianças e adolescentes, índios etc.) que tem sua situação agravada por sua própria natureza, quando figuram como consumidoras, são consideradas hipervulneráveis".

Com base em tal cenário, tornou-se necessário um olhar diferenciado, mais direto sobre a situação de idosos superendividados.

Dados de um estudo publicado pelo Serviço de Proteção ao Crédito (SPC Brasil) mostrou que nos últimos anos, a terceira idade tem sido a faixa etária que mais se endividou, e como resultado disso o número de "calotes" cresceu duas vezes mais rápido entre os consumidores com mais de 65 anos (AMBEP, 2015).

De início, é preciso enfatizar que o idoso, quando submetido às pressões decorrentes dos efeitos do superendividamento, pode vir a sofrer diversos transtornos. Nesta faixa etária, o estresse é um mal que pode matar ou gerar consequências não fatais.

LIMA, Lara Carvalho Vilela de escreve que:

> "No envelhecimento as alterações biológicas tornam o idoso menos capaz de manter a homeostase quando submetido a alguma fator de estresse, tornando-o mais susceptível ao adoecimento, morte e crescente vulnerabilidade (2009, p. 273-280)."

Assim sendo, são obrigados a enfrentar dificuldades que irão comprometer direitos fundamentais e conduzi-los a uma humilhante e inequívoca situação de indignidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

De que forma poderiam tais esses indivíduos ter reestabelecidos seus direitos, dignidade, vida social e econômica valendo-se do ordenamento jurídico?

Tanto a Constituição Federal quanto o Código de Defesa do Consumidor - CDC não apresentam soluções diretas para evitar o superendividamento, em especial dos idosos. Em contrapartida, asseguram proteção para o indivíduo em tal situação, dado comprometimento de sua estabilidade financeira e psicológica.

Nessa seara, esclarece ANDRADE, Fabiano Silva de (2015, p. 02):

> "[...] o inciso V do artigo 39 do CDC aponta como prática vedada exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva. Não bastassem essas disposições, no rol que elenca as chamadas cláusulas abusivas (art. 51), a lei considera nula a cláusula contratual que estabelecer "obrigações iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada; incompatíveis com a boa-fé ou a equidade".
> Resta ainda esclarecer que o negócio jurídico firmado por pessoa analfabeta há de ser realizado sob a forma pública ou por procurador constituído dessa forma, sob pena de nulidade. Se for comprovado que o consumidor é analfabeto e idoso, não tendo sido observadas as formalidades mínimas necessárias à validade do negócio, e inexistindo provas de que foi prestada qualquer assistência a ele pelos funcionários da empresa, o contrato deve ser considerado nulo."

Com efeito, tem o idoso o Direito Consumerista ao seu lado, o que, porém, por si só não é suficiente se não houver esforços do Poder Público para fazer valer a proteção legal. Nesse propósito, é essencial a normatização e fiscalização voltada para compelir os fornecedores de produtos financeiros, em especial os empréstimos consignados, a algumas condutas éticas, relacionadas principalmente ao consumidor idoso. A par disso, mostra-se essencial uma ampla orientação dirigida a essa parcela da população, para que:

- Não assuma nenhuma dívida, sem antes refletir e conversar com sua família;
- Exija o prévio cálculo do valor total da divida e avalie se é compatível com sua renda;
- Exija a informação sobre a taxa de juros mensal;
- Nunca informe seus dados por telefone ou pela internet;
- Nunca use Caixa Eletrônico para fazer empréstimos nem aceite ajuda de estranhos, procure sempre um funcionário do banco para tal;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

- Sempre que fizer empréstimo, que dê preferência a bancos oficiais, já que estes constumam ser mais rigorosos no respeito à margem consignável de 30%, além de contarem normalmente com as melhores taxas;
- Não assuma dívidas em benefício de terceiros;
- Em situações que chegam ao superendividamento, buscar ajuda especializada ou da Justiça para renegociar dívidas.

Portanto, é certo que um indivíduo com 60 anos de idade ou mais, pela maior vulnerabilidade que apresenta sob vários aspectos, requer um olhar diferenciado por parte do ordenamento jurídico e do Poder Público diante do potencial de sofrer lesões diversas no âmbito das relações econômicas, especialmente quando se trata de produtos financeiros, como os empréstimos consignados.

CONCLUSÃO

O surgimento do empréstimo consignado para a população brasileira, notadamente para os idosos, gerou uma popularização do acesso ao financiamento de longo prazo, principalmente para aqueles que têm restrições nos órgãos de proteção ao crédito.

Tal conquista possibilitou que as pessoas pudessem contratar esses empréstimos com mais facilidade e com condições de taxas de juros mais acessíveis.

No caso dos bancos e das financeiras, personificadas em seus "corretores de crédito", onde não prevalece o princípio da boa-fé objetiva para informar as particularidades de cada operação financeira, a violação de direitos consumeristas e o comprometimento do bem-estar e a dignidade dos idosos, será inevitável.

A regra geral para esses indivíduos que já atravessaram diversas vidas, que chegam a terceira idade com obstáculos que dificultam a convivência em sociedade, deveria ser o uso de seus rendimentos para proporcionar bem-estar próprio.

No entanto, o que é mínimo se transforma em um desafio de sobrevivência, uma hipervulnerabilidade, que não faz parte da preocupação do mercado de consumo.

Por esse motivo é necessário que haja transparência nas relações de consumo para que o idoso saiba de todas as condições dos contratos em sua totalidade e os efeitos que advirão de sua contratação.

O presente artigo permitiu confirmar que o risco do superendividamento agrava em face de algumas condições estabelecidas – geralmente vinculados a

negligência na concessão do crédito – em torno da relação de consumidor e do fornecedor do crédito.

REFERENCIAS BILBIOGRAFICAS

ALMEIDA, F. B. D. **Direito do consumidor esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ALVES, Jaciene. Governo alerta para endividamento de idosos com empréstimo consignado. **Portal da Câmara dos Deputados**, Brasília, 2012. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ECONOMIA/414256-GOVERNO-ALERTA-PARA-ENDIVIDAMENTO-DE-IDOSOS-COM-EMPRESTIMO-CONSIGNADO.html - Acesso em: 31 mai.2019

BANCO DO BRASIL, Crédito Consignado. s.l, 2014. Disponível em: http://www.bb.com.br/portalbb/page44,116,3451,1,1,1,1.bb?codigoNoticia=27493&codigoMenu=172&codigoRet=14948&bread=2_2_1 - Acesso em: 18 mar. 2014

BARRETO, Talita Moura. **Empréstimo Consignado para Aposentados e Pensionistas à luz do Direito do Consumidor**. Orientadora: Ms. Ângela Teresa Gondim Carneiro Chaves (Bacharelado em Direito) - Faculdade Sete de Setembro, Fortaleza. 2011.

BARROS, Juliana Brito Mendes de. A Boa-fé objetiva. **ETIC - Encontro de iniciação científica**. Presidente Prudente, ago. 2006. Disponível em: http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/view/1297/1237 - Acesso em: 01 abr. 2014.

BRASIL. Código Civil. Brasília: Planalto, 2003.

_____**.** Código de Defesa do Consumidor. Brasília: Planalto, 1990.

_____. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: DF, Senado, 1988.

CAIXA ECONÔMICA FEDERAL. Empréstimo consignado. Brasil, 2014.Disponívelem:http://www.caixa.gov.br/Voce/Credito/emprestimo_aposentados/emprestimo_consignado/como_adquirir.asp - Acesso em: 02 abr. 2014.

CALEGARI, Luiz Fernando. Juros compostos e anatocismo: prática ilegal ou permitida?. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5557, 18 set. 2018. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/69010. Acesso em: 4 out. 2019.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

CARDOSO, Antônio Pessoa. Facilidades são causas pelo endividamento do consumidor. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 12 dez. 2010. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2010-dez-12/facilidades-exageradas-sao-causas-superendividamento-consumidor - Acesso em: 23 mar. 2014.

CHINI, Alexandre; **CARVALHO,** Diógenes Faria de. Ensaio sobre a recuperação de pessoas singulares (sobre endividamento) na legislação portuguesa. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 15, n. 59, p. 36-46, jul.-set. 2012.

COSTA, Luciana Marília da; **VALLE**, Carlos Alberto de Carvalho. Acesso à justiça para o idoso. **FAETI**. Ibaiti, Vol. 7, 2009. Disponível em: http://www.uniesp.edu.br/feati/revistaeletronica/downloads/numero7/acessoJusticaIdoso.pdf - Acesso em: 22 mar. 2014.

COSTA DE LIMA, Clarissa; **BERTONCELLO**, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento aplicado: aspectos doutrinários e experiências no Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2010.

DINIZ ALVES, José Eustáquio. Envelhecimento brasileiro por grupos quinquenais até 2050. **Portal do Envelhecimento**. 2014. Disponível em: http://portaldoenvelhecimento.org.br/noticias/longevidade/o-envelhecimento-brasileiro-por-grupos-quinquenais-ate-2050.html - Acesso em: 03 mar. 14.

ESTATUTO DO IDOSO - Lei 10741/03 | Lei no 10.741, de 1º de outubro de 2003 – Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2003/lei-10741-1-outubro-2003-497511-publicacaooriginal-1-pl.html - Acesso em: 15 set. 2019

FERREIRA, Renata Tereza da Silva. O Estatuto do Idoso em relação à Educação. **Revista de Direito Anhanguera**, Anhanguera, v. 9, n. 11, p. 54-59, 2006.

FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Direitos e garantias do idoso: doutrina, jurisprudência e legislação.** 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GABRIEL, Sérgio. Dano moral e indenização. **Jus Navigandi**. Teresina, 2012. Disponível em: http://jus.com.br/artigos/2821/dano-moral-e-indenizacao - Acesso em: 31 mar. 2014.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor:** Lei n° 8.078/1990. Dicas para realização de provas de concursos artigo por artigo. 5ª. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011.

GIMENEZ, Marcelo de Freitas. O princípio da absoluta prioridade dos direitos de crianças e adolescentes e a dignidade humana dos maiores de 18 anos. Análise da solução de conflitos de princípios fundamentais sob o enfoque de Robert Alexy. **Portal EGOV**, Teresina, ano 10, n. 1193, 7 out. 2006. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/o-princ%C3%ADpio-da-absoluta-prioridade-dos-direitos-de-crian%C3%A7as-e-adolescentes-e-dignidade-huma - Acesso em: 24 mar. 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

IMETRO; IDEC. **Direitos do consumidor:** ética no consumo. Rio de Janeiro: 2002.

LEITÃO MARQUES, Maria Manuel; **FRADE**, Catarina. Regular o sobre endividamento. **Observatório do Endividamento dos Consumidores**. Coimbra,

2004.Disponívelem:http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/MMLM2003.pdf - Acesso em: 10 abr. 2014.

LIMA, Lara Carvalho Vilela de; **BUENO**, Cléria Maria Lobo Bittar. Envelhecimento e gênero: a vulnerabilidade de idosas no brasil. **Revista Saúde e Pesquisa**. Maringá: 2009, p. 273-280.

LOPES, Cláudia; **NOGUEIRA**; **MAGALHÃES**, Sara; et al. Desemprego e sobre endividamento dos consumidores: contornos de uma "ligação perigosa". **Universidade de Coimbra**. Portugal, 2003. Disponível em: http://oec.ces.uc.pt/biblioteca/pdf/relatorio_desemprego_sobreendividamento.pdf - Acesso em: 23 mar. 2014.

MAIA, Marcus Vinicius de Andrade. As teorias sobre o conceito de consumidor. **Pimentel e Associados Advocacia**, Belo Horizonte, 2011. Disponível em: http://www.cavalcantimedeiros.adv.br/pdf/as_teorias_sobre_o_conceito_de_consumidor.pdf - Acesso em: 03 mar. 2014.

MANASSÉS, Diogo Rodrigues. Vulnerabilidade, hipossuficiência, conceito de consumidor e inversão do ônus da prova: notas para uma diferenciação. **Conteúdo Jurídico**, Brasília: 17 jun. 2013. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.43983&seo=1 -Acesso em: 03 mar. 2014.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 5ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Comentários ao Estatuto do Idoso**. São Paulo: LTR 2004.

MARTINS, Maristela Santini; **MASSAROLLO**, Maria Cristina Komatsu Braga. Mudanças na assistência ao idoso após promulgação do Estatuto do Idoso segundo profissionais de hospital geriátrico. **REVISTA-ESCOLA DE ENFERMAGEM** UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, São Paulo, v. 42, n. 1, p. 26-33, 2007.

MELO, Mayara de Oliveira**; SILVEIRA,** Lucileuda, publicado em: 01/2019. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/71534/direito-do-consumidor-idoso-superendividado-reconhecimento-de-uma-hipervulnerabilidade - Acesso em 18 set. 2019

MELLO, Flávio Citro Vieira de. **A proteção do sobre endividado no brasil à luz do direito comparado**. Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo. Vol. I, n. 2, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA, Rodrigo Reis. Estatuto do idoso versus E.C.A: Análise hermenêutica da prioridade de aplicação. **Juspodivm**, 2003. Disponível em: http://www.juspodivm.com.br/novo/arquivos/artigos/outros/Estatuto%20do%20Idoso%20versus%20ECA_rodrigo_reis_moreira.PDF - Acesso em 16 mar. 2014.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

NASCIMENTO, Bárbara e ARAÚJO, Guilherme. Quase metade dos idosos no Brasil vivem com R$ 24 por dia. **Jornal Estado de Minas**, 16 fev. 2014. Disponível em: http://www.em.com.br/app/noticia/economia/2014/02/16/internas_economia,498814/quase-metade-dos-idosos-no-brasil-vivem-com-r-24-por-dia.shtml - Acesso em: 27 mar. 2014.

NUNES, Rizzato. Curso de direito do consumidor. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____**,** Rizzato. Curso de direito do consumidor. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Stephanie Assis Pinto de. Responsabilidade das celebridades em campanhas publicitárias de crédito consignado destinados a idosos. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 10, n. 2, p. 495-504, jul./dez. 2010. Disponível em: http://www.cesumar.br/pesquisa/periodicos/index.php/revjuridica/article/view/1603/1171 - Acesso em: 08 abr. 2014.

PULLINO, Juliana. O consumidor destinatário final ou stricto sensu: conceito e proteção legal. **PORTAL EGOV**, Santos, 2013. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/cj044026.pdf - Acesso em: 24 fev. 2014.

RAMOS, Ana Carenina Pamplona Pinho. Publicidade enganosa e abusiva à luz do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, 2012. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11209&revista_caderno=10 - Acesso em: 03/03/2014.

RIBEIRO, Adelmo Dias. **7 PRÁTICAS ABUSIVAS USUAIS NOS CONTRATOS DE FINANCIAMENTO E EMPRÉSTIMO** Diponível em https://adelmoribeiro1.jusbrasil.com.br/artigos/649183189/7-praticas-abusivas-usuais-nos-contratos-de-financiamento-e-emprestimo -

SALGADO, Igor de Alencar. **ASPECTOS DO SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR IDOSO –** Disponível em: https://jus.com.br/artigos/36742/aspectos-do-superendividamento-do-consumidor-idoso - Acesso em: 15 set. 2019

SANTOS, Vanessa Caroline dos. **O superendividamento do consumidor pessoa física de boa-fé.** Orientadora: Ms. Fabiana F. Padoin (Bacharelado em Direito) - Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, Ijuí, 2011.

SCHMITT, Cristiano Heineck. A Hipervulnerabilidade dos consumidores idosos. **RDC,** vol. 70. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, abr-jun. p. 139-171 ,2009.

_____**,** Cristiano Heineck. **Cláusulas abusivas nas relações de consumo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Equidade na filosofia do direito: apontamentos sobre sua origem aristotélica. Gravatá - RS: **Revista Espaço Acadêmico**, nº 128, 2012.

WILTGEN Julia. INSS muda regras para empréstimo consignado a aposentados. **Exame.com**. Disponível em: http://exame.abril.com.br/seu-

dinheiro/noticias/inss-muda-regras-para-emprestimo-consignado-a-aposentados - Acesso em: 23 mar. 2014.
(Classe: **Apelação, Número do Processo: 0518968-47.2016.8.05.0001**, Relator (a): Mário Augusto Albiani Alves Junior, Primeira Câmara Cível, Publicado em: 17/04/2018)

(TJ-BA - APL: 05189684720168050001, Relator: Mário Augusto Albiani Alves Junior, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 17/04/2018)

(TJ-PA - **APL: 00497343120158140000** BELÉM, Relator: EDINEA OLIVEIRA TAVARES, Data de Julgamento: 10/04/2018, 2ª TURMA DE DIREITO PRIVADO, Data de Publicação: 18/04/2018).
(Classe: **Apelação, Número do Processo: 0570835-50.2014.8.05.0001**, Relator (a): Rosita Falcão de Almeida Maia, Terceira Câmara Cível, Publicado em: 08/11/2018) (TJ-BA - APL: 05708355020148050001, Relator: Rosita Falcão de Almeida Maia, Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: 08/11/2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

OS DIREITOS DOS TRABALHADORES: UMA ANÁLISE SOBRE OS EMPREGADOS EM EMPRESAS PRIVADAS, FALÊNCIAS, RETROCESSOS E CONQUISTAS

ALEX DE OLIVEIRA MELO: Bacharelando do Curso de Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA

BERNARDO SILVA DE SEIXAS

(Orientador)

RESUMO: Um emprego garantido e o sucesso da empresa onde este executa seu trabalho devido à concorrência empregada pelas empresas já atualizadas a esta nova fase econômica e industrial, provoca cada vez mais uma crescente demanda de pedido de falência das empresas por falta de capacidade competitiva. Assim, o objetivo geral é fazer uma análise sobre os direitos dos empregados em Empresas privadas em processo de Falência e como objetivos específicos: Contextualizar o mundo do trabalho no capitalismo; descrever os retrocessos e conquistas dos direitos dos trabalhadores no cenário atual; destacar os fatores que levam uma empresa a falência; Identificar os direitos dos trabalhadores diante o processo de falência da empresa. Metodologia: trata-se de uma pesquisa bibliográfica, com bases em livros, artigos e revistas já publicados. Constatou-se que a nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas, os créditos trabalhistas, de natureza ordinária, passaram a ser pagos juntamente com os demais débitos, sendo, designada certa prioridade sobre outros de natureza diversa, privilégio este prorrogado também às dívidas decorrentes de acidente de trabalho. Assim, os direitos dos trabalhadores são garantidos independente da empresa estar em processo de falência ou não.

Palavras-chave: Direitos dos trabalhadores; Falências das empresas; Trabalho.

ABSTRACT: Guaranteed employment and the success of the company where it performs its work due to the competition employed by companies already updated to this new economic and industrial phase, increasingly causes a growing demand for bankruptcy of companies due to lack of competitive capacity. Thus, the general objective is to make an analysis of the rights of employees in private companies in bankruptcy and as specific objectives: To contextualize the world of work in capitalism; describe the setbacks and achievements of workers' rights in the current scenario; highlight the factors that lead a company to bankruptcy; Identify workers' rights in the company bankruptcy process. Methodology: This is a bibliographical research, based on books, articles and magazines already published. It was found that the new Business Bankruptcy and Recovery Act, ordinary labor claims, were now paid together with other debts, and certain priority was assigned to others of

a different nature, and this privilege was also extended to debts arising from of work accident. Thus workers' rights are guaranteed regardless of whether the company is in bankruptcy or not.

Keywords: Workers' rights; Corporate bankruptcies; Job.

INTRODUÇÃO

A partir do século XVIII, a história do trabalho começa a se modificar, contudo uma nova forma de exploração começa a surgir, principalmente nos países desenvolvidos. O capitalismo aparece com sua nova forma de explorar a mão de obra trabalhadora e mudando todo o contexto social das pessoas.

No cenário atual, os direitos dos trabalhadores, passa pelo processo de adequação aos novos tempos de economia globalizada, onde os países desenvolvidos já tem estruturados seus processos produtivos diante da demanda de conhecimento e tecnologia, assim os profissionais dos países em desenvolvimento, vivem preocupados com sua instabilidade financeira, um emprego garantido e o sucesso da empresa onde este executa seu trabalho devido à concorrência empregada pelas empresas já atualizadas a esta nova fase econômica e industrial, provocando uma crescente demanda de pedido de falência das empresas por falta de capacidade competitiva.

Diante do exposto as problemáticas levantadas foram: Porque os trabalhadores não conseguem receber seus direitos quando uma empresa entra em processo de falência? Como as empresas podem realizar seus pagamentos diante a uma crise ou falência? Quais fatores que levam as empresas a falência e porque não é identificado o quanto antes pelos seus gestores, de forma que possa solucioná-lo ou buscar estratégias o quanto antes?

Assim, a presente pesquisa tem como objetivo geral: Fazer uma análise sobre os direitos dos empregados em Empresas privadas em processo de Falência e como objetivos específicos: Contextualizar o mundo do trabalho no capitalismo; descrever os retrocessos e conquistas dos direitos dos trabalhadores no cenário atual; destacar os fatores que levam uma empresa a falência; identificar os direitos dos trabalhadores diante o processo de falência da empresa.

O estudo será apresentado da seguinte forma: No primeiro momento será abordado, O trabalho versus capitalismo; Em seguida, Os retrocessos e conquistas dos direitos dos trabalhadores e uma breve contextualização sobre as empresas; Depois, os fatores que levam uma empresa a falência e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

por fim, Os direitos dos trabalhadores diante o processo de falência da empresa.

Para alcançar os objetivos propostos foi utilizado o método dedutivo, partindo de uma análise global de alguns aspectos do que é uma empresa em processo de falência, bem como os direitos dos trabalhadores. Também foi utilizada a pesquisa Bibliográfica com base de dados em livros, revistas, artigos já publicados que retratam a temática.

O tema aprazado é de suma importância para a sociedade, pois esclarece os direitos dos trabalhadores diante a situação de uma empresa em processo de falência. Para academia a sua relevância está no que tange aos debates e pesquisa sobre a temática, onde está procura responder todas as dúvidas possíveis sobre a questão em evidência. Para o profissional de direito seu valor está em conhecer esses direitos para colocá-lo em pratica no que tange as suas atividades profissionais em prol dos trabalhadores.

1. O TRABALHO VERSUS CAPITALISMO

Com o surgimento do capitalismo, o trabalho agrário foi sendo abandonado e perdendo seu sentido e sua importância. O processo de trabalho entra em uma nova fase, bem como novas formas de se desenvolver o trabalho e uma força produtiva sob a dominação do dono do capital.

Conforme Pochmann (2016, p.19), "desde a segunda metade do século XVIII, o gradual abandono da sociedade agrária tem decorrido da ascensão do modo capitalista de produção". Ainda segundo o autor, o desenvolvimento das forças produtivas sob a dominação do capital teve como herança prévia a existência de uma economia mercantil em funcionamento a partir da divisão social do trabalho.

A partir do século XVIII, percebe-se que a história do trabalho começa a se modificar, contudo uma nova forma de exploração começa a surgir, principalmente nos países desenvolvidos ou capitalistas, assim desde 1990 esse sistema vem se desenvolvendo e ganhando visibilidade de forma global.

A História do trabalho, na sua amplitude, incluindo a história da classe trabalhadora – foi por muito tempo estudada sobretudo nos países de capitalismo avançado (ademais**,** com um foco restrito ao âmbito político nos chamados países socialistas) (HANNAH,1958). Contudo, desde os anos 1990, essa disciplina tem se desenvolvido no sentido de um verdadeiro projeto global.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Percebe-se que a história do trabalho interessou aos países capitalistas, bem como os países chamados socialistas. Sendo assim, no início de sua implantação o capitalismo se dá através do capital industrial, ou seja, a chegada das industrias mudam a história do trabalhador como um todo.

Para Pochmann (2016, p.19), "nas experiências iniciais de expansão capitalista por meio da predominância do capital industrial, identifica-se a necessidade de condições prévias, como, em geral, a existência da divisão social do trabalho em plena expansão da economia mercantil". Ainda os estudos do autor, é o que se observa a partir do século XVIII com o processo de industrialização e que se constituiu enquanto movimento temporal e localmente diferenciado no mundo.

Segundo Artur Pessanha (2013, p.7), "no plano das ações coletivas, as dificuldades introduzidas pela Reforma do Judiciário para a consecução de dissídios preocupam. Ainda segundo as autoras, o sindicalismo tem sabido explorar brechas".

Assim, os dissídios de natureza econômica, ou seja, salários, condições de trabalho, precisam de concordância dos patrões para serem instaurados, os juízes precisam discutir os desrespeitos às normas e à lei.

As relações de trabalho dizem muito, não só o que o indivíduo realiza, mas também influencia a convivência com a família (HANNAH, 1958). Nesse sentido, as mudanças no mundo do trabalho não só afetam o trabalhador, mas todo o meio em que está envolvido.

A sociedade capitalista valoriza três tipos de trabalhadores e verifica-se, pois, que do sentido negativo da antiguidade clássica passou-se a uma concepção de trabalho como valor e de sentido explorador.

Percebe-se que na sociedade capitalista há três espécies de trabalhadores: os braçais, os intelectuais e os trabalhadores de capitais (PINHO e NASCIMENTO, 2000). Para Pochmann (2016, p. 18), "as forças produtivas, nesse sentido, não se limitam ao uso de máquinas pelo processo de trabalho, responsável pela elevação do excedente pela força de trabalho, mas a sua submissão à dinâmica de acumulação capitalista". O que significa a superação dos entraves da acumulação resultantes da estrutura técnica do capital.

A denominação do modo de produção em que o capital, sob suas diferentes formas, é o principal meio de produção, ou seja, tem como princípio organizador a relação trabalho assalariado-capital e como contradição básica a relação produção social-apropriação privada (LIBÂNEO, 2003).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Sendo assim, o capital aparece com diversas formas no que tange ao meio de produção, bem como as relações de trabalho, ao mesmo tempo que proporciona direitos ele também os tira em favor dos empresários.

A questão contratual da esfera do trabalho colocava o trabalhador e o empresário, para que discutissem, como seres livres, com direitos abstratamente iguais, as condições do serviço (RUSSOMANO,2002).

Contudo, essas condições de trabalho sempre quem ganhava mais era o empresário, o contrato sempre dava mais direitos ao empregador de que o empregado. O processo de produção capitalista supera as técnicas e habilidades realizada pelo homem.

A generalização vai permitir que se superasse a habilidade técnica do homem, e, em consequência, torna-se possível transferir o controle do processo produtivo das mãos do operário para as dos capitalistas, tornando-o dono da mão de obra do trabalhador. "MARGLIN,1980).

É a partir desse momento que começa a luta de classe, ou seja, o dono do capital versus o trabalhador que vende a sua força de trabalho. Vale ressaltar que o empresário luta por menos custos e mais lucros, enquanto o trabalhador luta por mais dignidade e respeito, bem como um trabalho digno e de valor.

Toda produção capitalista, pode-se dizer que não é apenas uma forma de trabalho, mas ao mesmo tempo processo de valorização do capital, tem em comum o fato de que não é o trabalhador quem usa as condições de trabalho (MARX,1984). Assim, são as condições de trabalho que usam o trabalhador de forma exploratória no que tange a valorização do capital.

Para Pochmann (2016, p. 23), "o capitalismo enquanto sistema produtor de mercadorias a partir da exploração do trabalho assalariado, identifica-se a forma industrial como superior no exercício da hegemonia sob as dimensões cultural, econômica, política, geográfica, pública e privada". Ainda segundo o autor, mesmo assim, convém destacar que a ascensão do capital industrial e o seu enquadramento no conjunto das forças produtivas não ocorreram de forma homogênea no tempo e espaço.

O modo de produção capitalista tem as suas determinações, bem como suas novas ideologias no que tange ao capitalismo contemporâneo, ou seja, o capital ainda determina as relações de trabalho, bem como sua configuração como um todo.

Nos estudos de Guerra (2013, p. 236), "na análise sobre o modo de produção capitalista e suas determinações, devem-se problematizar os traços predominantes

na configuração do capitalismo contemporâneo, apreendidos numa relação de continuidade e ruptura".

Mediante sua transformação em autômato, o próprio meio de trabalho se confronta, ou seja, durante o processo de trabalho, com o trabalhador como capital, como trabalho morto que domina e suga a força de trabalho viva (MARX,1984).

Nesse sentido, o trabalho do homem é trocado pelas máquinas que o realiza com mais rapidez, ou seja, é um trabalho morto que suga o trabalho da força de trabalho vivo. Assim, percebe-se que ao longo da história do trabalho, o homem tem sido explorado através de sua força de trabalho pelo dono do capital, ou seja, duas classes que estão no mesmo lugar, porém com sonhos e desejos muitos diferentes.

1.1 Os retrocessos e conquistas dos direitos dos trabalhadores

Com a Revolução de 30 o Brasil sai da economia agrária para entrar na economia industrializada como sinaliza Luz; Santin (2010, p. 3), " com a Revolução de 1930 surge o desafio de o Brasil sair da predominância de uma economia agrária para inserir-se numa sociedade industrializada". Contudo, foi marcada de um lado, pela aparição de relações de trabalho com maior grau de complexidade e desenvolvimento, e de outro, pela concretização da regulação do trabalho como instituto jurídico.

Segundo os estudos de Artur; Pessanha (2013, p.2), "no caso do Brasil, onde durante a experiência, digamos, mais "liberal" da primeira república, os trabalhadores e reformadores sociais conquistaram algumas poucas leis protetivas do trabalho"

Nesse sentido a Revolução de 30 marca a entrada em cena do Estado como mediador privilegiado dos conflitos trabalhistas. Sendo assim, as conquistas foram poucas através das leis protetivas do trabalho durante a revolução de 30.

Para Artur; Pessanha (2013, p. 2), "a Constituição de 1934 instituiu na letra a Justiça do Trabalho para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social, mas a implantação do projeto despertou a reação dos liberais".

A Constituição de 1988 fortaleceu o poder da Justiça do Trabalho nos momentos de julgamento de dissídios coletivos, confirmando seu poder de criar normas econômicas e sociais, contudo, a justiça reagiu devido aos movimentos ocorrido na época.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

As Constituições Federais de 1946 e de 1967 (bem como a Emenda Constitucional n. 1/69 mantiveram a jornada de trabalho em 8 horas e o módulo semanal em 48 horas. Entre 1946 e 1967 (nova Constituição) foram criados e/ou regulamentados importantes direitos trabalhistas por meio de leis esparsas como a Lei n. 605 de 05.01.1949 que detalhou sobre o repouso semanal remunerado e os feriados civis e religiosos, não obstante o disposto sobre a matéria nos artigos 68 a 70 da CLT. Só a lei poderia decretar feriados (PONTES, 2006).

Devido aos baixos salários, associados a ritmos de produção intensificados e jornadas de trabalho prolongadas, foi ainda pontuada pela desorganização do movimento operário e sindical, imposta pela vigência, entre 1964 e 1985, da ditadura militar (ANTUNES, 2010).

A Constituição de 1988 trouxe profundas mudanças no campo do direito do trabalho, Delgado (2008, p.126) as descreve da seguinte forma:

> Na temática da extinção do contrato de emprego, a Carta de 1988 caracterizou-se, contudo, por certa perplexidade, não firmando conduta definitiva sobre o tema. Estendeu o FGTS, como visto, a todo empregado (art. 7º, III, CF/88), ampliando o acréscimo rescisório (art. 10, I, CF/88: fala-se em "multa fundiária") e minorando, desse modo, os efeitos negativos da dispensa para o empregado. Mas, em contrapartida, extinguiu a velha indenização celetista (art. 7º, I, CF/88; art. 447, caput, CLT), remetendo à legislação complementar a fixação de indenização compensatória.

O direito do trabalho é o primeiro corpo de legislação trabalhista como sinaliza Artur; Pessanha (2013, p.2), "o Direito do Trabalho é mais especificamente o primeiro corpo de legislação trabalhista, surgido durante a República de Weimar na segunda década do século XX, e em parte encampado pela nascente Organização Internacional do Trabalho-OIT".

A segunda revolução trouxe diversos direitos para o brasileiro, bem como greves e movimentos sociais, como sinaliza Almeida (2011, p. 27).

> A segunda revolução industrial como a principal causa econômica do aparecimento do direito do trabalho brasileiro, pois com ela surgiu novos métodos de produção acarretando na dispensa de milhares de trabalhadores provocando descontentamento do obreiro. Neste momento teve início os

> primeiros movimentos sociais, começando pelas greves violentamente reprimidas pelo poder público.

Os primeiros movimentos surgem devido a insatisfação dos trabalhadores com o trabalho realizado, bem como a forma de exploração dos patrões e a luta por direitos.

Para enfraquecer a luta operária se tornou lei federal o dia de descanso semanal, a jornada de trabalho de 8 horas, férias anuais remuneradas e a proibição do trabalho dos menores de 14 anos (SILVA JUNIOR, 2015). Embora as conquistas vistas hoje, na época mal saíram do papel, uma vez que os operários não podiam fazer greves ou manifestações.

Percebe-se que a partir do momento que os trabalhadores sofrem por imposições de seus empregadores é que surgem as greves e os movimentos sociais em prol de direitos.

Para IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2000), considerou-se como trabalho em atividade econômica o exercício de: Ocupação remunerada, em dinheiro, produtos, mercadorias ou benefícios (moradia, alimentação, roupas, etc.) na produção de bens e serviços; O IBGE sinaliza ainda que a ocupação remunerada em dinheiro ou benefício (moradia, alimentação, roupas, etc.) no serviço doméstico; Ocupação sem remuneração na produção de bens e serviços, desenvolvida durante pelo menos uma hora na semana.

Para Lopes (2015), a época ditatorial para os trabalhadores foi relativamente boa e voltada para o progresso. Os salários foram pagos em dia, quase todos os direitos foram respeitados, a única exceção que vale a pena mencionar era o direito, sendo assim a greve e reuniões sindicais ambos foram suprimidos como precaução contra manifestos antigoverno.

Segundo Artur; Pessanha (2013), paralelamente, consolidou os poderes atribuídos ao Ministério Público do Trabalho, e também aos sindicatos, de atuarem na defesa de direitos difusos ou coletivos da categoria, através das ações civis públicas. Ainda segundo as autoras, sendo assim os sindicatos teriam que lutar pelos direitos dos trabalhadores, porem buscava uma defesa difusa ou coletiva da categoria.

Na década de 1990, no Brasil as transformações geradas pela nova divisão internacional do trabalho foram de grande intensidade, já que partiram de uma dinâmica interna, característica dos países de industrialização dependente, fundada na super exploração da força de trabalho (ANTUNES, 2015).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Diante disso, as novas conquistas são os acordos entre outros, bem como a assistência dentro do contexto das normas jurídicas, como sinaliza Antunes e Oliveira (2013, p.10).

> Os acordos ou convenções coletivas e costumes; as heterônomas em virtude de influências de terceiros, ou seja, intervenção estatal; a fim de suprir necessidades que resultam em emendas, decretos, sumulas; bases originais de decisões que formam a jurisprudência capaz a atender novas demandas também no âmbito das relações que tratam de matérias trabalhistas. Os trabalhadores e o estado configuram neste contexto, parte fundamental no estabelecimento de normas jurídicas. Por conseguinte, salienta-se a importância do comportamento do trabalhador como parte diretamente interessada nesta relação através de sua participação que influenciam novas conquistas.

O estado começa a fazer sua intervenção devido aos movimentos e cobranças realizadas pelos trabalhadores, novas conquistas são resultados da coletividade, bem como a participação do estado nas relações trabalhistas.

Para Artur; Pessanha (2013, p.3), "a possibilidade de reforma da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e da estrutura sindical voltaria fortemente à tona durante o governo Collor (1990/1992), com propostas de clara inspiração (neo) liberal".

As propostas (neo) liberal tem em seu bojo o processo de difusão da reestruturação produtiva, ou seja, fortaleceram e colocaram em cheque a legislação e os direitos trabalhistas como um todo.

A Convenção 158 da OIT, contra demissão injustificada, que poderia ter revertido esse último aspecto, foi denunciada pelo governo Fernando Henrique, em 1996. Nesse sentido, o governo Lula a encaminhou para o Congresso Nacional em 2008, mas houve reações contrárias em Comissões de mérito (CARDOSO, 2003). No plano dos direitos individuais, continuamos convivendo com o que Cardoso chamou de "flexibilização a frio dos direitos trabalhistas".

Nesse sentido o mundo do trabalho vive momentos de metamorfose, ou seja, em constantes mudanças, contudo a Proposta de Emenda Constitucional- PEC contra o trabalho escravo é uma dessas conquistas como sinaliza a Repórter Brasil (2014), a PEC 438/2001 foi aprovada por 360 votos em segundo turno na Câmara dos Deputados na noite desta terça-feira, 22. Dos 414 presentes, além dos que se mostram favoráveis, 29 votaram contra e 25 se abstiveram. Ainda segundo a

reportagem eram necessários 308 votos favoráveis para a PEC do Trabalho Escravo avançar. A vitória foi comemorada com os parlamentares cantando o Hino Nacional. [...] A medida determina o confisco de propriedades em que for flagrado trabalho escravo e seu encaminhamento para reforma agrária ou uso social.

Esta PEC representa para os brasileiros e para a sociedade um avanço no mundo do trabalho, pois ainda existe na atualidade o trabalho escravo, que precisa ser denunciado e fiscalizado. Porém, muitas vezes a justiça está sempre do lado dos grandes empresários burgueses, cabendo ao povo trabalhador lutar por seus direitos, bem como as garantias dos já conquistados, uma vez que vem acontecendo um desmonte desses direitos através das terceirizações, bem como novas leis trabalhistas, contudo o trabalhador entra numa fase de retrocessos dos direitos, onde precisa unir forças através dos movimentos sociais para ter seus direitos garantidos.

2. UMA BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO SOBRE AS EMPRESAS

No Brasil existem diversos tipos de empresas, assim pode-se dizer que há também diferença entre elas, não só no tamanho, mas também em características determinantes, segmentos e estrutura física e administrativa.

Segundo Pereira (2019, p.2), com o crescente número de MPE no Brasil, cerca de 98,9 % do total de empresas em 2007 (de acordo com dados do Sebrae), torna-se cada vez maior o interesse sobre tais instituições que hoje faturam R$ R$ 5,1 bilhões e ocupam 1,9 milhões de pessoas entre sócios e empregados.

Segundo Drucker (2003, p. 38), "explica que há uma dificuldade para determinar o tamanho das empresas. Desta forma, costuma-se avaliar sua estrutura administrativa. Para o autor uma empresa tem o tamanho da estrutura administrativa de que necessita". Nesse sentido, as empresas precisam ter uma organização no que se refere a sua estrutura física, bem como uma quantidade de trabalhadores, Assim:

> O Simples Nacional e o Art. 3º da Lei Geral das Micro e Pequenas Empresas classificam as MPE de acordo com sua formação jurídica e seu faturamento anual, sendo que a Microempresas (ME) é o empresário individual (antiga firma individual) a que se refere o artigo 966 do Código Civil Brasileiro, a sociedade empresaria (comercial) ou a sociedade simples (civil) que em cada ano tenha receita bruta anual igual ou inferior a R$ 240.000,00. Já as empresas de pequeno porte

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> (EPP) é o empresário (antiga firma individual) a que se refere o artigo 966 do Código Civil Brasileiro, a sociedade empresaria (comercial) ou a sociedade simples (civil) que obtenha, em cada ano, receita bruta superior a R$ 240.000,00 e igual ou inferior a R$ 2.400.000,00.(CARTILHA SIMPLES NACIONAL , 2008 p. 7 ; LEI GERAL DA MICRO E PEQUENA EMPRESA , 2006).

Conforme Reichert; Camboim; Zawislak (2015, p.8), "cada empresa deveria poder saber, seja em função das características setoriais e da intensidade tecnológica de seu ramo de atividade, seja por conta do arranjo de suas capacidades". Sendo assim a sua estratégia de inovação deveria estar focada em produto, processo, gestão ou marketing e uma intensa tecnologia.

A distinção entre micro e pequenas empresas de acordo com a classificação do SEBRAE, que adota parâmetros como o número de empregados e divide estas em setor industrial e de comércio e prestação de serviços, define o seguinte: "empresas industriais com até 19 empregados são microempresas e com 20 a 99 empregados são empresas de pequeno porte". (TEIXEIRA; DANTAS; BARRETO, 2015, p. 4). As empresas comerciais ou de prestação de serviços com até 9 empregados são consideradas microempresas e com 10 a 49 empregados são empresas de pequeno porte.

Para Reichert; Camboim; Zawislak (2015, p.8), "empresas com nível superior de capacidade de inovação são aquelas sempre atualizadas, proativas e que desenvolvem sistematicamente novos produtos, essas empresas garantem seus níveis de excelência".

Contudo, existem também as empresas: Tecnológica, Operacional e a empresa gerencial que por sua vez desenvolvem atividades diferenciadas, mas que não deixam de ser importantes para a economia em desenvolvimento.

Segundo Oliveira (2004, p.122), existe um compromisso ético-social da empresa com a comunidade que precisa ser mensurado pela contabilidade e traduzido nas taxas de lucros esperados pelos investidores. Nesse sentido, este compromisso ético- social, na linha dos interesses não-proprietários envolvem diretamente consumidores e trabalhadores e, de forma mais ampla, os membros da comunidade em geral.

As empresas são um dos principais pilares da economia, portanto, é ela uma grande fonte de postos de trabalho; de rendas tributárias; de fornecimento de produtos e serviços em geral; além de ser o principal motivador do sistema da livre

concorrência; dentre muitas outras funções proporcionando a economia brasileira uma situação estável.

Conforme Mamede (2008, p.161):

> " (1) a preservação da empresa, (2) sua função social e (3) o estímulo à atividade econômica. Aliás, referências que foram dispostas, inequivocamente, da mais específica para a mais genérica, encontrando no terceiro nível (o estímulo à atividade econômica) o cânone constitucional inscrito no artigo 3º, II e III, que definem como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil garantir o desenvolvimento nacional e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais"

Assim, as empresas têm o compromisso com a sociedade, bem como proporcionar desenvolvimento nacional e diminuindo a pobreza e a marginalização. Garantindo também, a redução das desigualdades sociais existente nas regiões.

2.1 Os fatores que levam uma empresa a falência

Muitas empresas ao longo dos anos acabam fechando suas portas, ou seja, abrem processo de falência, assim deixam de contribuir com a economia, bem como o crescimento do país e deixando vários funcionários desempregados.

Conforme Da Silva e Alves (2018, p.2) sinaliza que:

> O Decreto-lei nº. 7.661, de 21 de junho de 1945, que normatizava o instituto de recuperação das atividades comerciais que passavam por dificuldades financeiras, para evitar a falência, não acompanhou os avanços da economia do país, surgindo a necessidade da instituição de uma lei que realmente abrangesse maior participação dos credores das empresas que sem encontravam em dificuldades financeira, aumentando assim, as chances de recuperação com consequente manutenção da atividade econômica e dos empregos.

Os profissionais de administração e de controladoria estratégica, no intuito de auxiliar e prover os gestores de orientações para que suas empresas de pequeno porte possam evoluir dentro de um mercado ainda novo, mas com grandes chances de sucesso em vez de abrir falência (TEIXEIRA; DANTAS; BARRETO (2015).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Conforme o relatório "Fatores Condicionantes e Taxas de Sobrevivência e Mortalidade das Micro e Pequenas Empresas no Brasil" realizado pelo Sebrae no ano de 2007, com dados de 2000 a 2005, nos estabelecimentos com até 2 anos de existência a taxa de mortalidade empresarial foi de 49,4% no primeiro triênio (2000-2002) tendo reduzido para 22,00 % entre 2003-2005 (PEREIRA, 2019, p.1).

Uma boa gestão organizacional pode evitar a falência, bem como todo problema de indenização dos trabalhadores, também outro fator que pode fazer com que a empresa feche as portas são as altas cargas tributarias e apoio do governo no que tange a economia.

De acordo com Da Silva e Alves (2018, p.2):

> Em 2005 entra, então, em vigor a Lei 11.101/2005, Lei de Falências e Recuperação de Empresas (LFRR), trazendo como novidades os procedimentos da recuperação judicial e extrajudicial de empresas, que têm como finalidade, possibilitar que as empresas superem as dificuldades financeiras, continuando a atividade econômica, mantendo os postos de trabalho e pagando os tributos e benefícios sociais, ou seja, permite que as empresas se recuperem e cumpram a sua função social. Infelizmente, a aplicação da LFRR tem sido desvirtuada, sendo os procedimentos aplicados em algumas empresas de forma fraudulenta, a fim de se promover o "calote" aos credores, só que com total amparo legal, fugindo totalmente da sua finalidade primeira, que é a manutenção da empresa para cumprimento de sua função social.

A Lei trouxe grandes novidades no que tange a aos processos de recuperação das empresas, possibilitando a superação das dificuldades financeiras das mesmas.

Segundo a pesquisa divulgada pelo SEBRAE (2004) entre 70% e 80% das empresas no Brasil, fecham as portas antes de completarem dois anos de vida. Os motivos são vários e os empresários se justificam culpando alta carga tributária o a economia ou ainda a falta de suporte do governo. "A realidade é que normalmente as micros e pequenas empresas não fazem o planejamento adequado para se iniciar um negócio" (TEIXEIRA; DANTAS; BARRETO, 2015p. 4). Nesse sentido, alguns fatores comuns nas falhas do negócio são como sinaliza na tabela 1.

Tabela1: As causas mais comuns de falhas no negócio.

Inexperiência- 72 %	Incompetência do empreendedor; Falta de Experiência de campo; Falta de experiência profissional Experiência desiquilibrada.
Fatores econômicos - 20 %	Lucros insuficientes; Juros elevados; Perda de mercado; Mercado consumidor restrito; Nenhuma viabilidade futura
Vendas Insuficientes - 11 %	Fraca competitividade; Recessão econômica; Vendas Insuficientes; Dificuldade de estoques
Despesas excessivas - 8 %	Dividas e cargas demasiadas; Despesas operacionais
Outras causas - 3 %	Negligencia; Capital insuficiente; Clientes insatisfeitos; Fraudes; Ativos insuficientes

Fonte: Chiavenato (2008, p.15)

Segundo Pereira (2019, p.11), dentre os principais fatores apontados pela pesquisa, que influenciam a mortalidade precoce das MPE destaca-se as falhas gerencias, seguidas das causas econômicas conjunturais, e das políticas públicas e arcabouços legais. Assim, diversos fatores podem levar uma empresa a falência, caso não seja percebido o problema precocemente.

Para Pereira (2019, p.11), vale ressaltar a importância que a sobrevivência da MPE representa para o desenvolvimento econômico e social do país, pois, a quantidade de empregos mantidos e o faturamento em reais obtidos por essas empresas representam valores significantes para a nossa economia. Nesse sentido, a importância das empresas para a economia é de grande relevância, pois proporciona crescimento para o país economicamente.

3. OS DIREITOS DOS TRABALHADORES DIANTE O PROCESSO DE FALÊNCIA DA EMPRESA

Os direitos dos trabalhadores ao longo dos anos vêm se fortalecendo, bem como enfrentando diversos desafios no que tange a sua efetivação. Contudo, as empresas diante das Leis que asseguram o trabalhador precisam estar atentas e efetivar os direitos dos trabalhadores já garantidos por Lei.

Segundo Martins (2008, p.275), deliberando sobre o Decreto-lei nº. 368 de 19 de dezembro de 1968, sinaliza que: A empresa que estiver em debito salarial com seus empregados não poderá: pagar honorários, gratificações, pró-labore, ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

qualquer outro tipo de retribuição, retirada ou distribuição do lucro a seus diretores, sócios, gerentes, conselheiros, consultores ou titulares de firma individual.

Conforme Da Silva e Alves (2018, p.6):

> O empresário que não cumpre com os direitos sacramentados pela CLT e as demais normativas protetivas dos trabalhadores, que prejudica o meio ambiente, que faz uso indevido de seus recursos de produção ou que desrespeita as regras da economia, acaba impedindo a empresa de cumprir a sua função social, e neste caso, comprovado o dolo em relação a estas situações, o empresário passa se considerado indigno, não merecendo amparo do instituto da Recuperação Judicial.

Segundo Da Silva e Alves (2018, p.11), o Estado deve conservar o correto exercício da atividade empresarial, seja fiscalizando, por meio de órgãos reguladores ou na instituição de leis que possibilitem a preservação das empresas em crise ou a finalização da atividade econômica.

Para silva e oliveira (2011, p.3), esta proteção ao direito do trabalhador decorre de diversas premissas trabalhistas, em especial da continuidade das relações de emprego e da despersonalização do empregador, que visam assegurar a igualdade das relações de trabalho.

Conforme Delgado (2008, p.103):

> No Brasil, a institucionalização do Direito do Trabalho teve como marco o ano de 1930, firmando a estrutura jurídica e institucional de um novo modelo trabalhista até o final da ditadura getulista em 1945. Muitas das normas firmadas nesta época continuam tendo valia, já que, mesmo após a promulgação da Carta Constitucional de 1988, a legislação foi em grande parte recepcionada, continuando a regular os principais aspectos das relações de trabalho.

De acordo com Silva e Oliveira (2011, p.12).

> Não concorda o relator com a alegação de que teria a Lei de Falência e Recuperação de Empresas criado uma hipótese de extinção do contrato de trabalho. Para ele, ainda que a venda dos ativos acarrete como resultado indireto a extinção dos contratos de trabalho, não haveria nisso relação nenhuma

quanto a uma despedida arbitrária ou sem justa causa. Concluiu-se que não houve qualquer perda de direitos dos trabalhadores, eis que independentemente da categoria em que estiverem não deixam de existir, nem se tornam inexigíveis, apenas passam a ser quirografários. No que concerne ao valor limite de 150 salários mínimos, defendeu-se que o legislador agiu de forma razoável e proporcional, com o objetivo de proteger os trabalhadores bem como os demais credores.

Segundo Silva e Oliveira (2011, p.12), No regime a nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas, os créditos trabalhistas, de natureza ordinária, passaram a ser pagos juntamente com os demais débitos, sendo, entretanto, ainda segundo os autores, a eles designada certa prioridade sobre outros de natureza diversa, privilégio este prorrogado também às dívidas decorrentes de acidente de trabalho, conforme disposição do art. 83 da referida norma

Além destes, terão privilégio no pagamento, nos termos do art. 151, 29 os créditos de natureza estritamente salarial vencidos nos três meses anteriores à decretação da falência, até o limite de cinco salários mínimos por trabalhador, tão logo haja disponibilidade em caixa (Brasil 2005).

Para Silva e Oliveira (2011, p.14), o princípio da preservação não justifica a inobservância dos direitos trabalhistas, conquistados por décadas de reivindicações e incansáveis lutas, até que fosse reconhecida a importância da prevalência do trabalho.

Os direitos trabalhistas diante o processo de falência precisa estar em observância e preservado, pois não se pode negar devido a sua conquista e efetivação nos dias atuais.

CONCLUSÃO

O estudo mostrou que as empresas são um dos principais pilares da economia, portanto, é ela uma grande fonte de postos de trabalho; de rendas tributárias; de fornecimento de produtos e serviços em geral; além de ser o principal motivador do sistema da livre concorrência; dentre muitas outras funções proporcionando a economia brasileira uma situação estável.

No que se refere o surgimento do capitalismo, o trabalho agrário foi sendo abandonado e perdendo seu sentido e sua importância. O processo de trabalho

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

entra em uma nova fase, bem como novas formas, uma força produtiva sob a dominação do dono do capital.

No que tange aos fatores que levam as empresas a falência: os motivos são vários e os empresários se justificam culpando alta carga tributária o a economia ou ainda a falta de suporte do governo. Além, desses fatores há também a falta de planejamento por parte dos pequenos empresários no que se refere aos investimentos e gastos empresariais.

Assim, a nova Lei de Falência e Recuperação de Empresas, os créditos trabalhistas, de natureza ordinária, passaram a ser pagos juntamente com os demais débitos, sendo, designada certa prioridade sobre outros de natureza diversa, privilégio este prorrogado também às dívidas decorrentes de acidente de trabalho, ou seja, a empresa se torna responsável pelas as devidas indenizações caso ocorra a sua falência.

Os direitos dos trabalhadores diante ao processo de falência precisam ser efetivados, pois a se trata de uma Lei que precisa estar em vigor independente da empresa estar ou não no processo de falência. Nesse sentido esta pesquisa é apenas um esboço que contribuirá para os profissionais da área do Direito, bem como para a sociedade e futuras construções cientificas.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Fátima Mendes; OLIVEIRA, Sonia de **Direito Trabalhista no Brasil: Origens e Avanços.** Curitiba- PR, 2013. Disponível em: <https://www.webartigos.com/storage/app/uploads/public/588/4ce/62d/5884ce62d4237144695699.pdf>. Acesso em: 24 de abril de 2019.

ANTUNES, Ricardo; PRAUN, Luci. **A sociedade dos adoecimentos no trabalho.** Campinas- São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sssoc/n123/0101-6628-sssoc-123-0407.pdf>. Acesso em: 24 de abril de 2019.

_____**.Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho.** São Paulo: Boitempo, 2010.

ALMEIDA, André Luís Paes. **Material, Processual e Legislação Especial**, 9ª Ed. - São Paulo, Rideel, 2011.

ARTUR Karen; PESSANHA Elina Gonçalves da Fonte, **Direitos trabalhistas e organização dos trabalhadores num contexto de mudanças no mundo do**

trabalho: efeitos sobre os trabalhadores da saúde. Rio de janeiro. 2013. Disponível em:<http://www.scielo.br/pdf/csc/v18n6/09.pdf&rct=j&sa=U&ved=2ahUKEwi9wtLl1KXaAhUDD5AKHfWSCoIQFjABegQICRAB&q=artigos+scielo+direito+ddo+trabalhi&usg=AOvVaw1QuxlKcWUuvNdObmFWYnZP>. acesso em: 26 de abril de 2019.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988. **O repouso semanal remunerado contemplado posteriormente pela Constituição Federal de 1988 (art. 7º, XV) deve ser concedido aos domingos, em regra geral, mas a legislação esparsa contempla exceções. Se for concedido após sétimo dia consecutivo de trabalho gera direito ao seu pagamento em dobro de acordo com a Orientação Jurisprudencial** n. 410 da SDI-1 do TST.

BRASIL. Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial da União.** Brasília, 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11101.htm>. Acesso em: 14 de maio de 2019.

CARDOSO, AM. **A Década Neoliberal e a Crise dos Sindicatos no Brasil.** São Paulo: Boitempo; 2003.

CHIAVENATO, Idalberto. **Empreendedorismo: Dando asas ao espírito empreendedor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DA SILVA, Cassio Aparecido; ALVES, Narana Souza. **A função social da empresa e o instituto da recuperação judicial**. **TCC-Direito**, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr Editora, 2008, 7ª ed.

DRUCKER, P. **Práticas de Administração de Empresas**. São Paulo: Pioneira, 2003.

GUERRA, Y. **Formação profissional em Serviço Social: polêmicas e desafios**. In: SILVA, J. F. S. da; SANT'ANNA, R. S.; LOURENÇO, E. A. de S.(Orgs.).Sociabilidade burguesa e Serviço Social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

HANNAH, Arendt. **The Human Condition**. Chicago: The University of Chicago Press, 1958.

LEI GERAL DA MICRO E PEQUENA EMPRESA. 2006. Disponível em < http://leigeral.sp.sebrae.com.br/publicacoes/apresentacao_lei_geral_supersimples.pdf >. Acessado em: 29 de jul. 2019.

LIBÂNEO J.C; OLIVEIRA J.F; TOSCHI M.S. **Educação escolar: políticas, estrutura e organização**. São Paulo, Cortez 2003.

LOPES, Esther Beatriz Christmann. **A Evolução Histórica do Processo do Trabalho.** Osório- Rio Grande do Sul, 2015. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/index.php/artigos/320-artigos-dez-2015/7448-a-evolucao-historica-do-processo-do-trabalho-1>. Acesso em: 24 de abril de 2019.

LUZ, Alex Faverzani da; SANTIN, Janaína Rigo. **As relações de trabalho e sua regulamentação no Brasil a partir da revolução de 1930.** Passo Fundo- Rio Grande do Sul, 2010, vol. 29, n.2, 268-278. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-90742010000200015>. Acesso em: 23 de abril de 2019.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro Falência E Recuperação De Empresas**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008. v. 4, p. 161.

MARGLIN, Stephen A. **Origem e funções do parcelamento das tarefas**. "Para que servem os patrões?" In: Gorz, A., org. Critica da divisão do trabalho. São Paulo, Martins Fontes, 1980 p. 58.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 28ª ed. 2008 p. 275.

MARX, Karl. **O capital**. São Paulo, abril Cultural, 1984, v.1, t.2, cap. 13, p. 43-4.
OLIVEIRA, Francisco Cardoso. **Hermenêutica e Tutela da Posse e da Propriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2004 p. 122.

PINHO, Ruy Rebello; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Instituições de Direito Público e Privado**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

POCHMANN, M. **Capitalismo e desenvolvimento. In: Brasil sem industrialização: a herança renunciada**. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2016, pp. 16-64. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/yjzmz/pdf/pochmann-9788577982165-02.pdf>. Acesso em: 26 de abril de 2019

PEREIRA, Rodrigo Carlos Marques. **Fatores de mortalidade de micro e pequenas empresas: um estudo sobre o setor de serviços**. 2019.

PONTES, de Miranda Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, 2006, t. 47, p. 236.

REICHERT, Fernanda Maciel; CAMBOIM, Guilherme Freitas; ZAWISLAK, Paulo Antônio. Capacidades e trajetórias de inovação de empresas brasileiras. **Ram. São Paulo. Vol. 15, n. 5 (2015), p. 161-194**, 2015.

REPÓRTER BRASIL. **PEC do Trabalho Escravo é aprovada na Câmara dos Deputados**. 22 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.trabalhoescravo.org.br/noticia/62>. Acesso em: 25 abril. 2019.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho**. 8ª Ed. Curitiba: Juruá, 2002.

TEIXEIRA, Carlos Alberto Chagas; DANTAS, Giane Gomes Teixeira; BARRETO, Carla Alessandra. A importância do planejamento estratégico para as pequenas empresas. **Revista Eletrônica Científica da FAESB**, v. 1, n. 1, 2015.

TINTI, Élidi Cristina. **Capitalismo, trabalho e formação profissional: [recurso eletrônico] dilemas do trabalho cotidiano dos assistentes sociais em Ribeirão Preto**, São Paulo / Élidi Cristina Tinti. – 1.ed. – São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/qzyh6/pdf/tinti-9788579836558.pdf>. Acesso em: 24 de abril de 2019.

SILVA JÚNIOR, Manoel Nicolau da. **História do Direito do Trabalho no Brasil e no mundo.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 03 set. 2015. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54338&seo=1>. Acesso em: 25 abril de 2019.

SILVA, Daiane Ramos da; OLIVEIRA, Lourival José de. **Da inconstitucionalidade à restrição da sucessão de empregadores na Lei de Falência**. **Revista do Curso de Direito da FGS Caxias do Sul ano**, v. 5, n. 10, p. 65-86, 2011.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELA AUTORIDADE POLICIAL

ANDREW REBOUÇAS DE AGUIAR:
Graduando em direito 2019 no CIESA/AM

FERNANDO BEZERRA DE OLIVEIRA LIMA[1]
(Orientador)

RESUMO: O princípio da insignificância surgiu da necessidade de exclusão da esfera penal, de ações carentes de tipicidade material, onde não há ofensa aos bens juridicamente acobertados por tutela. Este princípio conecta-se ao bem jurídico penalmente tutelado, a partir do elemento material. O presente trabalho tem por objetivo discutir a aplicação do princípio da insignificância pela autoridade policial na seara do inquérito policial. Para o alcance desse objetivo foi elaborada uma pesquisa de cunho bibliográfico no acervo de livros e artigos da literatura pertinente. No desenvolvimento do trabalho, foram abordados diversos tópicos relativos a jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre o princípio da insignificância de forma a construir o arcabouço teórico para sustentação da discussão proposta. O trabalho utilizou uma metodologia clara e objetiva, de natureza dedutiva e exploratória, para fins de permitir o alcance de resultados qualitativos sobre o tema proposto, contribuindo não só em seus aspectos acadêmicos, mas também social.
Palavras-chave: Princípio da Insignificância; Autoridade Policial; Inquérito Policial.
ABSTRACT: The principle of insignificance arose from the need to exclude the criminal sphere, from actions lacking materiality, where there is no offense to the legally covered property under guardianship. This principle is linked to the criminally protected legal property, from the material element. This paper aims to discuss the application of the principle of insignificance by the police authority in the area of police inquiry. To achieve this goal, a bibliographic research was elaborated in the collection of books and articles of the relevant literature. In the development of the work, several topics related to the jurisprudence of the Superior Courts on the principle of insignificance in order to build the theoretical framework to support the proposed discussion were addressed. The work used a clear and objective methodology, of deductive and exploratory nature, purposes to allow the achievement of qualitative results on the proposed theme, contributing in its academic but also social aspects.
Keywords: Principle of Insignificance; Police authority; Police Inquiry.

INTRODUÇÃO

princípio da insignificância merece destaque em seu aspecto jurisprudencial, dado o aumento da sua aplicação pelos tribunais, independentemente de sua

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

tipicidade material, tornando-a atípica. Sua aplicação fundamenta-se na premissa de que enquanto operador de direito a autoridade policial, possui a competência para distinguir e peneirar ações que não são relevantes do ponto de vista penal, tendo como embasamento os juízos da política criminal.

A partir deste posicionamento, entende-se que o princípio da insignificância vincula-se ao bem jurídico penalmente tutelado, a partir da figura do material da infração, portanto classificando como atípicos os delitos com lesões ao bem jurídico mínimas. No que tange as autoridades, estas representam os agentes públicos com arbítrio sobre à liberdade do indivíduo, em particular a figura do Delegado de polícia que necessita atender requisitos técnicos curriculares, estabelecidos na norma, de forma a representar com legitimidade os interesses do Estado.

O trabalho foi dividido em 4 sessões, onde são abordados respectivamente no capítulo 01, o princípio da Insignificância, seu conceito e natureza jurídica; No capítulo 02 a Polícia e sua autoridade judiciária; no capítulo 03, os Requisitos para aplicabilidade do princípio da Insignificância e por fim no capítulo 04 A aplicação do princípio pela autoridade policial.

A construção do referencial, assim como a metodologia aplicada, tem como objetivos uma abordagem qualitativa, de forma a contribuir em seus aspectos acadêmicos, mas também social para a discussão do tema proposto.

1. PRINCÍPIOS DA INSIGNIFICÂNCIA

O conceito de Princípio da Insignificância está intrinsicamente ligado à sua natureza jurídica. O impacto causado pela conduta sobre o valor tutelado pela norma é tão pequeno, que não esteia a pena, não havendo, portanto, o crime.

O princípio da insignificância, compreende quatro conjunturas fundamentais: a ofensividade da conduta diminuta, a ausência de periculosidade social do ato, o grau de reprovabilidade do comportamento minimizado e a inexpressividade da lesão provocada (ZAFFARONI, 2004).

1.1 Conceito e Natureza Jurídica

A natureza jurídica do princípio da insignificância é retirar a tipicidade material do ocorrido, eximindo a conduta da esfera de proteção do Direito Penal, ou seja uma apuração das condutas que pressupõe um crime de gravidade maior para a sociedade (WELZEL, 2001).

Segundo Greco (2006, p. 93) cabe ao legislador a criação dos gêneros penais de acusação se extrapolados os obstáculos sugeridos pelos juízos da intervenção mínima e adaptação social. Essa visão diminuta e mais moderada do Direito Penal, pressupõe que apenas os bens jurídicos mais relevantes, alvos de agressões mais graves carecem da proteção penal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Desta forma, caberá aos operadores do direito, a análise e interpretação da infração penal e seu ajuste a lógica minimalista, excluindo a tipicidade das ações que envolvam os bens jurídicos. Portanto, o princípio da insignificância preserva os tipos penais de envolver delitos que não acarretem prejuízos consideráveis a sociedade, ou seja, desempenha o papel interpretativo e restritivo do tipo penal.

A tipicidade penal requer que os prejuízos causados aos bens protegidos possuam relevância necessária para caracterizar o injusto típico ou seja há de existir proporcionalidade entre a seriedade da ação passível de punição e a intervenção estatal (BITENCOURT, 2003).

Ainda assim, alguma conduta socialmente adequada ou insignificante pode ser alcançada pelo tipo legal do crime, não se podendo exigir que o agente esteja amparado por alguma causa excludente de ilicitude ou de culpabilidade para que sua conduta não configure crime.

Portanto, o princípio da insignificância surge para evitar que os tipos penais abarquem os comportamentos que não provocam prejuízos relevantes para o corpo social. Em outras palavras, ele atua como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático e político-criminal de expressão da regra constitucional do *nullum crimen sine lege*, o que revela a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal.

Bitencourt (2003, p. 19) afirma que a tipicidade penal exige que a ofensa aos bens jurídicos protegidos tenha alguma gravidade, pois nem toda ofensa a bens ou interesses é suficiente para configurar o injusto típico. Assim, pelo princípio da insignificância, também chamado de princípio da bagatela por autores como Klaus Tiedemann, deve haver uma efetiva proporcionalidade entre a gravidade da conduta a ser punida e a intervenção estatal.

Nesse diapasão, há condutas que se ajustam ao tipo penal formalmente, mas não apresentam relevância material, razão pela qual se deve afastar prontamente a tipicidade penal, porque não houve lesão ao bem jurídico protegido.

1.2 Relação com outros princípios

Existe uma rede de relacionamento entre o princípio da insignificância e outros princípios do Direito Penal, sem haver, entretanto, confusão de princípios. Destacam-se os princípios da intervenção mínima ou da subsidiariedade, vindo a atuar em última instância.

Portanto, é uma característica do Direito Penal a possibilidade de subsidiação. Há uma relação do princípio da intervenção mínima com o processo legislativo considerado na composição das leis. A aplicação do Direito Penal ocorre no caso de falha dos demais, ou seja, uma última opção do sistema jurídico. (PRESTES, 2003, p. 25).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A partir do princípio da fragmentariedade, que complementa o princípio da intervenção mínima, deve-se proteção aos bens jurídicos de maior importância. Este princípio fundamenta o princípio da insignificância, ao ponto que possibilita a aplicação de penalidade as condutas com graves perdas ao bem. Em contrapartida o princípio da adequação social presume que a tipicidade está vinculada a sua importância social.

Portanto, o princípio da adequação social possui dupla função: a orientação quanto a criação ou revogação das tipicidades e interpretação dos tipos penais (SILVA, 2004, p. 124).

O princípio da intervenção mínima possui a função de orientar e limitar o poder "incriminador" do Estado. Neste contexto, outros meios de controle social demonstraram eficácia, não sendo necessário o emprego de ações penais se as medidas civis ou administrativas forem suficientes para o alcance da ordem jurídica violada.

O Direito Penal, portanto, só deve ser utilizado mediante ineficácia dos demais ramos do Direito. Quanto a sua tutela penal nas relações de consumo, esta encontra amparo tanto nos contextos históricos quanto atual da economia, uma vez que a defesa do consumidor é vista como sendo um meio de restabelecimento do equilíbrio nas relações entre consumidor e fornecedor. A partir deste conceito, fica delimitado, portanto, o grau de dificuldade de compreensão do tipo de criminalidade, uma vez que as conceituações se baseiam em conceitos de outras ciências (DINAMARCO, 2004).

Por sua vez, o princípio da adequação social determina que só há tipicidade quando há relevância social. Assim, se a conduta é socialmente adequada, a sua tipicidade é excluída pela relevância social. De acordo com Rogério Greco (2006, p. 90) o princípio da adequação social serve tanto para orientar o legislador quando da criação ou revogação das figuras típicas, como também de instrumento para a interpretação dos tipos penais existentes.

Os princípios da adequação social e insignificância contribuem, portanto, para a constituição material do tipo de injusto, ou seja, este ocupa-se da proteção do bem jurídico. Quanto a gradação quantitativa e qualitativa do delito, esta consente, que fatos cuja pena seja irrelevante, sejam expurgadas, reservado o tratamento adequado, quando cabível (TOLEDO, 1994, p. 134).

2. A POLÍCIA JUDICIÁRIA E A AUTORIDADE POLICIAL

Os órgãos de segurança pública garantem por intermédio do desempo de suas funções a preservação da ordem pública, das pessoas e do patrimônio em caráter de prevenção, mas também repreensão. Para uma compreensão deste cenário, é importante o entendimento e diferenciação entre os poderes da polícia.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Neste sentido, o conceito de poder, se traduz pela competência de sentenciar e determinar uma determinada sentença.

Portanto o poder abarca todas as esferas do convívio social e inclusive o próprio Estado, cuja sustentação se encontra no poder político, advindo do cunho popular e, portanto, a soberania do Estado (DINAMARCO, 2004).

2.1 Polícia judiciária e polícia investigativa

O Poder de polícia é um aparato do Estado, que visa a garantia dos interesses públicos, ainda que, com consequente restrição da liberdade individual. Esta conjectura, valida a repressão por parte do Estado, a toda atividade que se encontre na contramão do bem-estar social e interesse coletivo.

Para enfrentar este ponto abordado, definimos, em poucas palavras, poder como a capacidade de deliberar e cominar a decisão aos seus destinatários. Nessa acepção, o poder exprime-se em todos os grupos e comunidades, desde a família, que se apoia no pátrio poder, até o Estado, que se sustenta no poder político, emanado da aspiração popular, que é o suporte da Soberania Nacional. Poder, assim, é a própria emanação de soberania do Estado. (DINAMARCO, 2004).

O Poder de polícia é um instrumento do Estado, para garantir o interesse público, sendo que para isso restringe em regra a liberdade individual. Por meio desse mecanismo, utilizada por toda Administração Pública, o Estado reprime as atividades dos particulares que for contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social, em outras palavras, ao interesse público, coletivo.

Poder de polícia, em seu significado amplo, envolve um sistema total de regulamentação interna, pelo qual o Estado procura não só preservar a ordem pública, senão também instituir para a vida de relações dos cidadãos aquelas regras de boa conduta e de boa vizinhança que se supõem imprescindíveis para serem evitados conflitos de direitos.

Por outro lado, a polícia administrativa se diferencia da polícia judiciária. A polícia administrativa é aquela que incide sobre bens, direitos ou atividades, enquanto que a polícia judiciária incide sobre as pessoas. Desse modo, poder de polícia judiciária é privativa dos órgãos auxiliares da Justiça, enquanto que o poder de polícia administrativa difunde-se por todos os órgãos administrativos, de todos os Poderes e entidades públicas.

Esta composição abrange um sistema regimental, com premissa na preservação da ordem pública e instituição de relações de convívio em harmonia com a boa conduta, de forma a prevenir desentendimentos de direitos. Existe, todavia, uma diferenciação entre polícias administrativa e judiciária. A primeira atua sobre a tutela de bens de direitos e a segunda sobre os cidadãos, sendo privativa das entidades auxiliares da Justiça.

O inquérito policial é uma peça procedimental, devidamente disciplinado pelo Código de Processo Penal. Embora prescindível, o inquérito policial não é mera peça de informação, como a doutrina e a jurisprudência denominam. De fato, o caderno inquisitorial, carreado de elementos probatórios, p. ex. perícias, seguramente propiciará uma maior probabilidade de sucesso na fase judicial.

Cabe a autoridade policial a apuração de delitos penais na identificação da autoria e pormenores, por intermédio de inquérito policial. Numa sequência de ações e etapas ocorre o processamento do inquérito policial e posterior julgamento pelo Estado. Este processo, representa uma ação inquisitiva, não havendo ainda menção a aplicação judicial, por tratar-se de uma fase pré-processual (PEDROSO, 2006)

2.2 Conceito de autoridade policial

A autoridade policial destaca-se na organização da Polícia Judiciária do Estado, onde a autoridade policial se confunde com a figura do delegado de polícia. Desta forma, cabe apenas a autoridade policial, com formação acadêmica em Direto em legitima atribuição do seu cargo, a consumação de juízo de valor e o entendimento da possibilidade de autenticação de um flagrante.

Segundo Nucci (2008, p. 241):

> Devemos entender tratar-se somente do delegado de polícia. Este seria a autoridade policial autêntica. Investigadores de polícia ou detetives, bem como policiais militares, devem ser considerados apenas agentes da autoridade policial.

Assim, as expressões "autoridade policial" e "delegado de polícia" são sinônimas dentro do ordenamento jurídico pátrio. Com efeito, se a Constituição Federal ressalvou que a Polícia Civil será dirigida por delegados de carreira e o Código de Processo Penal reza que a polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais, deixa claro que tais nomenclaturas devem estar intimamente relacionadas aos delegados de polícia, entender o contrário seria desvirtuar o próprio interesse do Poder Constituinte Originário.

Verifica-se que a figura do Delegado de Polícia representa um elemento com formação técnica e saber jurídico necessário, para a tipificação da conduta e representação judicial de prisões preventivas.

3. REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

A aplicação do princípio da insignificância, que permite o afastamento da tipicidade material em decorrência da ausência de lesão ao bem jurídico protegido, ou do seu ataque periférico, ou em mínimo grau de extensão. Em termos de aplicabilidade do princípio da insignificância, o dano produzido é mínimo e, portanto, injustificável em termos punitivos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

3.1 O princípio da insignificância afasta a tipicidade material

Tratando-se de tipicidade penal indispensável à definição da ocorrência típica, há uma divisão em tipicidade Formal e Conglobante, onde a primeira refere-se à adequação da proceder do agente ao tipo presumido na lei penal e a segunda deve considerar a conduta do agente quanto a normativa e a relevância material do fato (GRECO, 2007).

Paulo Queiroz (2002, p. 98):

> É realmente preciso ir além do convencional automatismo que, alheio à realidade, à gravidade do fato, à intensidade da lesão, concretamente valorados em função de suas consequências, sobretudo, se perde e se desacredita na persecução penal de condutas de mínima ou nenhuma importância social. A intervenção penal – traumática, cirúrgica e negativa – há de ficar reservada para a repressão de fatos que assumam magnitude penal incontrastável; havendo-se, assim, de recusar curso aos chamados delitos de bagatela.

Existem divergências, quanto a essência jurídico-penal do princípio da insignificância no tocante a infração, haja visto que para alguns autores ocupa-se de causa excludente de tipicidade ou antijuridicidade ou ainda culpabilidade (SILVA, 2004).

3.2 Infração bagatelar própria e infração bagatelar imprópria

A doutrina na seara penal divide o crime de bagatela em duas espécies: infração bagatelar própria e imprópria. A primeira é aquela que desde o início não é relevante ao direito penal, uma vez que não houve um desvalor na conduta, no resultado ou na combinação de ambos. Já a infração bagatelar imprópria nasce relevante para o Direito Penal, uma vez que há relevância da conduta ou do resultado, mas ao da persecução penal se verifica que a aplicação de qualquer pena no caso concreto apresenta-se totalmente desnecessária.

Segundo Gomes (2009, p. 25):

> infração bagatelar própria = princípio da insignificância; infração bagatelar imprópria =princípio da irrelevância penal do fato. Não há como se confundir a infração bagatelar própria (que constitui fato atípico – falta de tipicidade material) com a infração bagatelar imprópria (que nasce relevante para o Direito Penal). A primeira é puramente objetiva. Para a segunda, importam os dados do fato assim como uma certa subjetivação, porque também são relevantes para ela o autor, seus antecedentes, sua personalidade etc.

Em outras palavras, na infração bagatelar própria, o fato é irrelevante desde sua origem e, sendo assim, não há crime, pois o fato é totalmente irrelevante e não merece a repressão do Direito Penal, principalmente devido à ausência da tipicidade material que acaba por excluir o crime, conforme já dito alhures.

Quanto à infração bagatelar imprópria, o fato nasce desde a origem relevante. O fato é típico, antijurídico e culpável, entretanto no decorre da instrução criminal, a aplicação de uma sanção penal é desnecessária, com fulcro no princípio da proporcionalidade.

Neste ponto, é necessário estabelecer a diferença entre o princípio da insignificância e o princípio da irrelevância penal do fato. O primeiro se aplica em todos os casos que se constatar que houve uma infração bagatelar própria. Por outro lado, o princípio da irrelevância penal do fato está ligado à infração bagatelar imprópria.

4. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELA AUTORIDADE POLICIAL

A doutrina não é uniforme quanto à natureza jurídica da prisão em flagrante, pois para uns seria ato administrativo, outros seria medida acautelatória e outro a considera ato complexo com duas fases, sendo a primeira a prisão captura, de ordem administrativa e a segunda de natureza processual, quando homologada pelo juiz (SILVA JÚNIOR, 2008, p. 879).

4.1 Delegado de polícia: relaxamento da prisão em flagrante

Conforme o art. 5º, LXV, da CF a prisão quando ilegal "será relaxada pela autoridade judiciária". Neste caso, constata-se que se atribuiu ao Juiz de Direito a competência para relaxamento de prisão. Há, contudo na doutrina o relaxamento da prisão em flagrante delito pela Autoridade de Polícia Judiciária, não havendo uniformidade no tocante à natureza jurídica desta, uma vez que pode consistir tanto em ato administrativo, quanto uma medida acautelatória (SILVA JÚNIOR, 2008).

Alencar (2010, p. 475-476) afirma sobre o tema relaxamento de prisão pela autoridade policial:

> Ao final, convencida a autoridade que a infração ocorreu, que o conduzido concorreu para o fato e que se trata de hipótese legal de flagrante delito, determinará ao escrivão que lavre e encerre o auto de flagrante. A toda evidência, não assiste razão para a autoridade determinar a lavratura do auto se não houver lastro legal para tanto, devendo até mesmo apurar a responsabilidade do condutor, se houver algum excesso. **Assim, é factível que a autoridade policial relaxe a prisão, liberando o conduzido e deixando de proceder à lavratura do auto.**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Entendemos que o § 1º do art. 304 deve ser interpretado à luz do caput, com a redação que lhe foi dada pela Lei n.º 11.113/2005. A lavratura do auto é o termo final, ocorrida após a oitiva dos envolvidos. Não estando convencida a autoridade de que o fato apresentado autorizaria o flagrante, deixará de autuar o conduzido, isto é, não lavrará o auto, relaxando a prisão, que já existe desde a captura, e por isso, não mandará recolher o indivíduo ao xadrez (§ 1º), pois a liberdade é de rigor.

Portanto, caso um Delegado de Polícia, no exercício de suas atribuições venha a definir um determinado fato como sendo atípico, o mesmo possui autoridade para declarar em liberdade o conduzido, o que caracteriza o relaxamento da prisão em flagrante. No caso de não constituição de crime, cabe ao Delegado de Polícia a não ratificação da voz de prisão em flagrante delito, podendo admitir o relaxamento da prisão (ALENCAR, 2010).

4.2 Relaxamento da prisão em flagrante pela atipicidade material da conduta

A doutrina majoritária assevera que o princípio da insignificância, como já dito, na seara penal, afasta a tipicidade material do fato, o que retira a conduta do âmbito de proteção do Direito Penal. Em caso concreto, cabe ao Delegado de Polícia, mediante um caso de infração bagatelar, aplicar o princípio da insignificância. Nesse cenário, não ocorrerá ratificação da voz de prisão, por inexistência de tipicidade material, assim como instauração de inquérito policial para apuração.

Para Capez (2008, p. 262):

> Antes da lavratura do auto, a autoridade policial deve entrevistar as partes (condutor, testemunhas e conduzidos) e, em seguida, de acordo com a sua discricionária convicção, ratificar ou não a voz de prisão do condutor. Não se trata, no caso, de relaxamento da prisão em flagrante, uma vez que, sem a ratificação, o sujeito encontra apenas detido, aguardando a formalização por meio da ordem de prisão em flagrante determinada pela autoridade policial.

Em termos de fundamentação legal, cabe a aplicação do princípio da insignificância, por inexistência de tipicidade material em um caso que pode ser de natureza criminosa, conforme artigo 304, §1º, do Código de Processo Penal:

> Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá está o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a esta cópia do termo e recibo de entrega do

> preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto.
>
> **§ 1º Resultando das respostas fundada a suspeita contra o conduzido, a autoridade mandará recolhê-lo à prisão, exceto no caso de livrar-se solto ou de prestar fiança, e prosseguirá nos atos do inquérito ou processo, se para isso for competente; se não o for, enviará os autos à autoridade que o seja.**

Em caso de não haver comprovação da ação criminosa, não caberá à ratificação da voz de prisão em flagrante e, portanto, do encarceramento e o acusado será posto em liberdade.

4.3 A autoridade policial atuando no caso concreto para aplicar o princípio da insignificância

Destaca-se a autoridade policial, na aplicação do princípio da insignificância sem usurpação do magistério. Uma vez que o em termos de juízo de valor para denunciação. Todavia a autoridade policial lida em primeira mão com os possíveis atos criminosos. Cabe a ele a análise mais aprofundada acerca da possibilidade de encarceramento, não havendo, entretanto, um descontrole jurisdicional. Ele realiza uma análise mais aprofundada da necessidade de encarceramento em situações de infração bagatelar própria, sem que isto naturalmente saia ao controle jurisdicional e ao controle externo do Ministério Público.

Ressalta-se que não se trata de questionamento quanto autoridade policial no tocante ao arquivamento, já que cabe ao Ministério Público esta solicitação. O Código de Processo Penal impede o arquivamento de inquérito policial de ofício, pela autoridade policial: "Art. 17. A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito". Não cabe a autoridade policial a realização de juízo de valor sobre a antijuridicidade e a culpabilidade.

Segundo Rangel (2010, p. 90):

> O inquérito policial tem um único escopo: apuração dos fatos objeto de investigação (cf. art. 4º, in fine, do CPP**). Não cabe à autoridade policial emitir nenhum juízo de valor na apuração dos fatos, como, por exemplo, que o indiciado agiu em legítima defesa ou movido por violenta emoção ao cometer o homicídio.** A autoridade policial não pode (e não deve) se imiscuir nas funções do Ministério Público, muito menos do juiz, pois sua função, no exercício das suas atribuições é meramente investigatória.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

É pacifico na doutrina a jurisprudência que a autoridade policial não deve realizar qualquer juízo de valor sobre a antijuridicidade e a culpabilidade. Ainda há parte da doutrina que perfilha do entendimento que a autoridade policial cabe apenas a análise da tipicidade formal.

Respeita-se este posicionamento, todavia é preciso verificar que a aplicação do Direito Penal e Processual Penal pela autoridade policial, a qual possui a formação jurídica, não pode ser meros expectadores da evolução do Direito Penal. De fato, o Ministro do STF Gilmar Mendes deixa claro que autoridade policial pode retirar do âmbito penal condutas tipicamente formal.

O Direito Penal brasileiro, nos traz uma perspectiva interessante sobre sua função garantidora, desta forma a autoridade policial passa de figurar como agente político de perseguição. O delegado de polícia encontra-se em uma nova ordem jurídica, passando a função de garantir os direitos humanos e da Lei.

Opor-se contra a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância pela autoridade policial, em casos específicos e de clara hipótese de infração bagatelar própria, é impor a violação de uma série de princípios jurídicos que se originam na própria dignidade da pessoa humana.

É sustentável, à luz do sistema jurídico, que é um conjunto de leis e de princípios que se entrelaçam sob a égide dos ditames maiores lançados na Constituição Federal, que a Autoridade Policial possa, por meio da sua discricionariedade, não lavrar autos de prisão em flagrante acerca de infrações que são, em tese, materialmente atípicas.

A decisão de valoração a ser levado a efeito pela Autoridade Policial bastará que contenha fundamentação razoável, fulcro no princípio da persuasão racional, como, de resto, é a atribuição de todos aqueles que levam a efeito atos administrativos em geral.

O princípio da insignificância não foi estruturado para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de condutas ínfimas e isoladas, sejam sancionados pelo rigor do direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido a sua reprovabilidade, perdem a característica da bagatela e devem se submeter ao direito penal.

Desta forma, atribui-se ao Delegado de Polícia o uso princípios criminais como a exclusiva proteção de bens jurídicos, da intervenção mínima, da proporcionalidade, e outros no ensejo de construir a alegação legal jurídica no caso concreto, para aplicação do princípio da insignificância na seara penal.

CONCLUSÕES

O princípio da insignificância pode ser considerado uma ferramenta interpretativa, com relativa notoriedade, no Direito Penal. No presente trabalho apresentou-se o posicionamento da doutrina quanto a sua aplicabilidade e viabilização para utilização no contexto Penal. Foi explorado ainda o conceito de autoridade policial e investigativa nos casos passiveis de aplicação do princípio de insignificância

Conforme demonstrado no texto, cabe a autoridade policial a aplicação do princípio da insignificância na fase pré-processual penal, onde a figura do delegado tem a competência para o lavramento do não flagrante, relevado o fato de que tal situação é atípica, uma vez que inexiste tipicidade material. Estas atribuições do delegado de polícia não constituem ação automática.

O trabalho apresentou 04 sessões, onde foram abordados: o princípio da Insignificância, seu conceito, natureza jurídica e a relação outros princípios como o princípio da intervenção mínima e o princípio da subsidiariedade; A figura da Polícia e sua autoridade judiciária, a partir de sua conceituação e a diferenciação entre polícia judiciária e polícia investigativa; Os requisitos para aplicabilidade do princípio da Insignificância e pôr fim a aplicação do princípio pela autoridade policial, através de uma investigação acerca do Relaxamento da prisão em flagrante pela atipicidade material e a atuação da autoridade policial.

Frente ao sistema processual atual, a autoridade policial possui competência para decisão de execução do flagrante, sendo esta sustentável, sob a ótica jurídica, formada por um compêndio de regulamentações. Conclui-se, portanto que cabe ao Delegado de Polícia, enquanto operador do Direito e a partir dos princípios de política criminal aplicar ou não o princípio da insignificância na seara penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELA AUTORIDADE POLICIAL. Disponível em: <https://monografias.brasilescola.uol.com.br/direito/Aplica ção-principio-insignificancia-autoridade-policial.htm. Acesso em 26 de mai.2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral, volume 1.** 8 ed. Saraiva, São Paulo: 2003.

BRUTTI, Roger Spode. O princípio da insignificância frente ao poder discricionário do delegado de polícia. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1230, 13 nov. 2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**, 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito Penal, volume 2, parte geral.** São Paulo: Ed.Revista dos Tribunais, 2007.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

GOMES, Luiz Flávio. Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal. Parte Geral. Volume 1.** 9 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.

_____. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal.** 2 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal: 4 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008..

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo Penal - O Direito de Defesa: Repercussão, Amplitude e Limites**, ed. Forense, 1 ed., 2006

PRESTES, Cássio Vinicius D. C. V. Lazzari. **O princípio da insignificância como causa excludente da tipicidade no Direito Penal.** São Paulo: Memória Jurídica, 2003.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo.** 2ª ed. Belo Horizonte, Del Rey, 2002.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, Ivan Luiz. **Princípio da Insignificância no Direito Penal.** Curitiba: Ed Juruá, 2004.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. **Curso de direito processual pena. Teoria (constitucional) do processo**. Rio de janeiro: Renovar, 2008.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2004.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal.** Tradução, prefácio e notas de Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral. Volume 1.** 5 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

[1] Professor Mestre e Orientador do Artigo. Endereço para acessar este CV: http://lattes.cnpq.br/6586891410124854

www.conteudojuridico.com.br

O VALOR ARGUMENTATIVO E SUAS IMPLICAÇÕES NA DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO ELEITORAL

KELEN APARECIDA VASCONCELOS PINTO:
Bacharelanda no Curso de Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA
LELAND BARROSO DE SOUZA

(Orientador)

RESUMO: Este artigo pretende analisar a dinamização do ônus da prova no processo eleitoral que foi recém-regulamentado no Código de processo civil de 2015 e ainda pouco discutido e já bastante aplicado nos processos do direito eleitoral. A aplicabilidade desta norma tem mostrado bastante relevância em diversas decisões de julgados, porém também traz uma imensa insegurança jurídica quando aplicada incorretamente. Para tanto, este artigo tem como objetivo geral analisar as implicações na dinamização do ônus da prova e o seu valor argumentativo no processo eleitoral, demonstrando a necessidade da aplicação do código de processo civil no processo eleitoral, a importância da prova, sua classificação e sua finalidade, abordando o papel do juiz no sistema de provas do direito eleitoral, descrevendo a relevância da atuação do magistrado perante estes casos e identificando as implicações resultantes da má aplicação deste tema. Para o desenvolvimento dessa pesquisa foi adotada a metodologia bibliográfica e qualitativa. Por fim, serão apresentadas as posições doutrinárias e jurisprudenciais quanto à aplicação desta norma no processo judicial eleitoral. Conclui-se que a aplicação do ônus da prova na seara eleitoral busca algo mais aproximado da vida real, pois confere ao julgador a possibilidade de alterar as premissas legais gerais e não apenas a chamada verdade processual.

Palavra-chave: processo eleitoral, processo civil, dinamização, ônus da prova.

ABSTRACT: This article aims to analyze the dynamism of the burden of proof in the electoral process that was recently regulated in the 2015 Civil Procedure Code and still little discussed and already widely applied in the electoral law processes. The application of this rule has been very relevant in several judgments, but also brings a huge legal guarantee when applied incorrectly. Therefore, this article aims to analyze the implications on the dynamics of the burden of proof and its argumentative value in the electoral process, demonstrating the need to apply the code of civil procedure in the electoral process, the importance of the proof, its classification and its use, addressing the role of the judge in the system of evidence

of electoral law, describing the relevance of the performance of the magistrate, considering these cases and identifying as applicable implications of the misapplication of this theme. For the development of this research, a bibliographic and qualitative methodology was adopted. Finally, doctrinal and jurisprudential positions on the application of this rule in the electoral judicial process will be allowed. It is concluded that the application of the burden of proof in the electoral area seeks something closer to real life, as it gives the judge the possibility to change the general legal premises and not just the so-called procedural truth.

Key words: electoral process, civil procedure, dynamics, burden of proof.

INTRODUÇÃO

Desde a promulgação do CPC/2015 revelou-se a necessidade, diante da previsão incerta do artigo 15 a realização de uma análise mais aprofundada diante dos pontos mais contraditórios no que se refere a codificação no processo eleitoral.

Uma das principais alterações existentes no novo CPC/15 é a que diz respeito a prova, elemento essencial no processo, alterando pilares até então consagrados pela justiça brasileira. Tais mudanças alteram a carga probatória e a possibilidade de modificação por decisão judicial de tal carga.

No presente trabalho destaca-se a introdução da dinamização do ônus da prova no novo CPC, e suas contribuições no processo judicial eleitoral. Desta forma a pesquisa explicita a aplicação do CPC/15 no Direito eleitoral e conceitua a teoria, os meios de fontes e o direito fundamental a prova.

Destaca-se também a classificação da prova, sua finalidade, destino e a busca da verdade. No que tange ao direito eleitoral o artigo destaca a teoria estática e dinâmica do ônus da prova e sua aplicação na seara eleitoral explicitando as argumentações de doutrinadores que difundem esse tema de fundamental relevância para a garantia da isonomia e o princípio da lisura das eleições, garantindo a manutenção do princípio democrático.

Sendo assim, levantamos as seguintes hipóteses: De que forma o Novo CPC/2015 contribui para a aplicação da dinamização do ônus da prova no Processo Eleitoral?

Quais as implicações da aplicação da dinamização do ônus da prova no processo eleitoral brasileiro?

Portanto, o objetivo geral dessa pesquisa é analisar as implicações do ônus da prova e o seu valor argumentativo no processo eleitoral brasileiro e como objetivos específicos: Definir o que é a dinamização do ônus da prova no CPC/15; Analisar as contribuições do CPC/15 no Processo Eleitoral; Descrever a relevância da atuação do magistrado na aplicação da dinamização do ônus da prova e identificar as implicações resultantes da aplicação da dinamização do ônus da prova na seara eleitoral.

Para alcançar tais objetivos propostos, foi utilizado como percurso metodológico uma pesquisa de cunho bibliográfica, qualitativa com base em artigos, livros, revistas, legislação correlata, precedentes jurisprudenciais acerca da questão, pois no âmbito eleitoral dá-se muita relevância ao entendimento dos tribunais na análise dos casos anteriores similares.

Por conseguinte, o artigo justifica-se por apresentar análise significativa sobre tema inovador, regulamentado recentemente no Novo Código de Processo Civil de 2015, que trouxe enormes contribuições para o Processo de Justiça Eleitoral, dentre as quais se destacam os grandes avanços, no que tange a prova, pois permite que a verdade real se aproxime da verdade dos autos, permitindo maior equidade durante a formação da convicção do juiz.

Portanto, esta pesquisa visa contribuir para a sociedade e para academia de Direito, pois expõe um tema de grande relevância, pouco estudado, mas muito aplicado nos tribunais de justiça eleitoral.

1 A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NO DIREITO ELEITORAL

Ao conceituar processo eleitoral naturalmente remete ao leitor o entendimento de processo como um conjunto de atos relacionados diretamente ao sufrágio, e este entendimento não está errado, em sentido geral (administrativo). No entanto, o presente trabalho argumenta acerca do sentido da matéria (jurisdicional), ou seja, sentido jurídico-eleitoral que consiste em um conjunto de atos e procedimentos organizados e desenvolvidos mediante um órgão jurídico, destinado a solucionar uma determinada lide de natureza eleitoral.

No território brasileiro, o direito processual civil está previsto, sobretudo, no **Código de Processo Civil (Lei n° 13.105/2015),** que abrange a maioria das normas processuais civil em vigência, também conhecido como Novo Código de Processo Civil. Para LUCON (2016, p.5) "A entrada em vigor do novo Código de Processo Civil, portanto é um marco histórico que impacta todos os ramos do ordenamento jurídico brasileiro".

O Código de Processo Civil consiste como principal diploma jurídico nacional desde o ano de 1930, no que tange a regulamentação jurídica estabelecida

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

entre o Estado-juiz e os cidadãos quando estes se valem do mesmo para resolver conflitos de cunho judiciário, originários do direito material.

O artigo 15 do NCPC/2015 estabelece que "Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente".

Neste contexto, destacamos que sendo o CPC/2015, um conjunto de normas gerais que subsidiam juridicamente os cidadãos, na ausência ou insuficiência de regulamentação por parte de outras instancias do direito, o Código de Processo Civil deve servir como pauta para subsidiar os demais.

Nessa perspectiva, é importante afirmar que as lides eleitorais de natureza cível, não saem imunes da incidência da normatização mais geral previstas no artigo 15, mas também por representarem uma natureza não sistemática e envolta de lacunas que necessitam de apoios normativos e interpretativos dispostos no Código de Processo Civil.

Sendo assim, na seara eleitoral o CPC/2015 tem cunho complementar e subsidiário, na qual todos os atores do processo devem cooperar entre si para tomada de uma decisão justa e efetiva em tempo propício. Neste contexto, o auxílio do Código de Processo Civil no Processo jurisdicional eleitoral, garante a solução dos conflitos em linhas gerais únicas.

Para LUCON (2016, p. 219) a única possibilidade de a Justiça Eleitoral tornar limpas as eleições sob sua administração/ jurisdição será mediante técnicas processuais idôneas para julgamento das demandas levadas ao seu conhecimento. Desta forma a aplicação do Código de Processo Civil faz-se necessária, haja vista que a legislação eleitoral não possui tais técnicas processuais.

2 DA PROVA E SUAS TEORIAS

As sanções previstas diante de comprovação de atos ilícitos no processo judicial eleitoral são gravíssimas, tais como a cassação do registro de candidatura ou diploma do candidato que foi eleito pelo povo. Diante deste fato faz-se necessário que as provas produzidas em juízo sejam robustas, ou seja, as provas devem realmente comprovar que houve infração a norma. Nesse sentido, assim é o entendimento do Egrégio Tribunal Superior Eleitoral.

> RECURSOS ESPECIAIS. AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO. ELEIÇÕES 2008. PREFEITO E VICE-PREFEITO. CAPTAÇÃO ILÍCITA DE SUFRÁGIO. ABUSO DO PODER ECONÔMICO. PROVA ROBUSTA. AUSÊNCIA. APREENSÃO DO MATERIAL INDICATIVO DA PRÁTICA ILÍCITA.

> CONSUMAÇÃO DA CONDUTA. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSOS PROVIDOS.
>
> [...]
>
> 3. A aplicação da penalidade por captação ilícita de sufrágio, dada sua gravidade, deve assentar-se em provas robustas. Precedentes. 4. Interrompidos os atos preparatórios de uma possível captação de votos, não há falar em efetiva consumação da conduta. 5. Recursos especiais providos
>
> (BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral - REspe: 958285418 CE, Relator: Min. MARCELO HENRIQUES RIBEIRO DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 04/10/2011, Data de Publicação: DJE - Diário de justiça eletrônico, Tomo 208, Data 03/11/2011, Página 70).

Diante do exposto faz-se necessário um estudo mais detalhado para a prova, pois a qualidade apresentada e produzida em juízo é essencial para a procedência da ação proposta.

Prova pode ser compreendida como tudo aquilo que contribui para a formação do convencimento do magistrado, portanto tudo aquilo que levamos ao conhecimento do juiz na expectativa de convencê-lo da realidade dos fatos ou de um ato do processo.

RUBIN (2013) ensina que prova é todo e qualquer elemento material entregue ao juiz, especialmente em circunstancias fáticas, para expor o que foi alegado por escrito pelas partes.

De acordo com NUCCI (2014, p. 338):

> O termo prova origina-se do latim – probatio –, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar – probare –, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar.

Há três sentidos registrados para o termo prova: o ato de provar, que é o processo em que se verifica a verdade do fato alegado; o meio para provar e o resultado da ação de provar.

As provas possuem algumas características fundamentais que devem possuir um cunho de convencimento do julgador, que a partir de sua análise decide

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de acordo com o livre convencimento motivado ao apreciá-las, de acordo com o sistema adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Destaca-se ainda que, não menos importante têm também a natureza jurídica de direito subjetivo.

As normas referentes à prova são de aplicação imediata, nas quais os crimes ocorridos antes da vigência de uma nova lei poderão ser demonstrados pelos novos meios de prova, neste contexto assumem o caráter de normas processuais.

É de suma importância destacar que o novo Código de Processo Civil trata da matéria probatória em seus artigos 369 até 484.

As teorias da prova se dividem em estática e dinâmica. Estas duas teorias são retratadas tanto no CPC de 1973 como o CPC de 2015.

No CPC de 73 adota a teoria estática com exclusividade em seu artigo 333, o ônus da prova incube ao autor da demanda, acerca do fato constitutivo do seu direito e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

O CPC 2015 adota a teoria dinâmica em situações pontuais quando tiver dificuldade de obter a verdade real na aplicação da teoria estática. Trouxe-se em seu artigo 373, além da teoria estática como regra em seu caput, já existente no antigo CPC, lançou nos parágrafos primeiro ao quarto, a teoria dinâmica.

A teoria dinâmica do ônus da prova inova e ao mesmo tempo rompe as regras rígidas e estáticas do antigo CPC de 1973, pois não se importa com a posição da parte, se autora ou ré e também não foca na espécie do fato (constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo). Esta permite que o juiz decida qual dos litigantes possui a melhor condição de suportar o ônus da prova, diante disto impõe o encargo de provar os fatos aquela parte que possui melhores condições de produzir as provas.

Nas palavras do autor KFOURI (2002, p. 137), “as regras que determina a posição da parte litigante - autor ou réu - nos processos, quanto á prova, em geral são imutáveis, ao longo da demanda. No entanto, por decisão do juiz, tais posições podem variar - e o sistema deixa de ser pétreo, para se tornar dinâmico”.

Igualmente, destaca-se para o estudo argumentativo a teoria dinâmica do ônus da prova, haja vista, que esta possibilita ao juiz ao analisar a lide que decida, com discricionariedade e ponderação, qual a parte mais apta a provar os fatos, fazendo prevalecer à verdade real.

Nesse sentido, RANGEL (2002, p. 101), "quanto melhor forem apuradas (e mais perfeitas) as regras de regulamentação do ônus da prova, mais se aproxima a decisão da verdade material possível, ou seja, mais justa será com certeza, a decisão".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

2.1 MEIOS E FONTES DE PROVAS

Na teoria geral da prova temos uma diferenciação conceitual clássica muito importante para todas as áreas do direito e fundamental para alicerçar a base na apresentação de provas, são elas meios de prova e fontes de prova.

Entende-se como meios de prova: como elementos internos ou fontes admitidas pelo sistema processual que são aproveitadas no processo civil. Nem toda a fonte de prova é, meio de prova; lembrando que os meios de prova podem ser típicos ou mesmo atípicos, não havendo, por regra, hierarquia entre eles.

Meio de prova é tudo aquilo que liga a fonte de prova ao processo judicial, ou seja, faz uma ponte, ao passo de trabalhar como um conector entre as provas e processo judicial, quais sejam: meio de prova documental, meio de prova pericial, meio de testemunhal e outros.

Fonte de prova é tudo mecanismo externo que está apto a oferecer um resultado ao processo judicial. Vale pontuar que essas fontes sempre existem antes do processo, sendo elas idôneas à produção de um resultado, a saber: documento, sangue, sujeito destinado a testemunhar etc.

> Na prática, tem-se que nem toda fonte de prova pode se converter em meio lícito e apto de prova, diante justamente das restrições impostas pela legislação processual vigente: uma informação só poderá ser obtida de uma fonte se isso se enquadrar entre os meios de prova admitidos pelo sistema. (RIOS GONÇALVES, 2011, p.334)

O Código de Processo Civil elenca como meios de prova o depoimento pessoal (Art. 342 a 347), exibição de documentos ou coisa (Art. 355 a 363), prova documental (Art. 364 a 399), confissão (Art. 348 a 354), prova testemunhal (Art. 400 a 419), inspeção judicial (Art. 440 a 443) e prova pericial (Art. 420 a 439). Porém, os meios de provas citados pelo Código de Processo Civil não são os únicos possíveis, como elucida o Art. 332 do CPC: "Art. 332. Todos os meios legais, bem como os legalmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

Os meios legalmente legítimos, são meios de provas, que não estão previstos em lei, porem podem ser utilizados nos processos por não violarem a ética e a moral. São considerados meios idôneos.

Salientamos ainda que de acordo com Constituição Federal da República, em seu artigo 5°, inciso LVI:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> 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:
>
> [...]
>
> LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.

A constituição veda totalmente a utilização de provas obtidas por meios ilícitos, ou seja, provas produzidas. Em caso de apresentação das mesmas, estas serão consideradas inexistentes.

2.2 O DIREITO FUNDAMENTAL À PROVA

Segundo MARTINS NETO (2013, p.79):

> [...] direitos fundamentais são direitos subjetivos privilegiados, pois se encontram em uma situação diferenciada no ordenamento jurídico. Possuem a condição de direitos subjetivos dotados de situação normativa preferencial e de uma proteção maior do que a conferida ao restante dos direitos, proporcionando, dessa forma, um relevo singular no sistema jurídico.

Conforme explicitado na maioria das doutrinas e conforme o que discorre a Constituição Federal, o direito à prova é um direito fundamental e assegurado ao cidadão. O indicativo da prova é importante para o direito processual pela possibilidade de reconstrução dos fatos, possibilitando a formação da convicção do magistrado.

Segundo NEVES (2017, p.728):

> Encontra-se na doutrina uma forte tendência na defesa da natureza constitucional do direito à prova, que, embora não esteja previsto no Texto Maior, seria decorrência da moderna visão do princípio da Inafastabilidade da tutela jurisdicional, previsto no art., XXXV, da CF ("a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ao ameaça a direito"), atualmente analisado à luz do acesso à ordem jurídica justa [...]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ao que se evidencia, o direito à prova se enquadra tanto nos direitos fundamentais de natureza interna quanto nos de natureza externa. Em assim sendo, a partir de uma interpretação, mas aprofundada da matéria, destaca-se o direito fundamental à prova, proveniente, de forma mais específica, do resultado da garantia constitucional do processo legal, ou seja, aspecto fundamental das garantias processuais da ação, da defesa e do contraditório.

No entanto, DINAMARCO (2005, p. 47 -48) afirma que tanto a Constituição, quanto a lei não afirmam esse direito de modo explícito, nem existe uma garantia constitucional específica e formal do direito à prova, mas ele é com absoluta segurança inferido de alguns de seus textos de amplitude mais geral.

Como fundamento para o direito constitucional à prova, considera-se o § 2º do art. 5º da Constituição Federal, no qual destaca que "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Portanto, considera-se que a existência de direitos fundamentais explícitos na Constituição não invalida a existência de direitos implícitos na mesma lei, ou até mesmo previstos em tratados internacionais firmados por nosso país.

É importante destacar que através do direito à prova são utilizados os meios necessários para se alcançar a justiça da decisão. O que se quer é assegurar um processo justo que nada mais é do que a soma, de vários princípios constitucionais.

2.3 CLASSIFICAÇÃO DA PROVA

Existem diversas classificações a respeito dos mais variados temas da área jurídica e não poderia ser diferente quando falamos de provas.

De acordo com NEVES (2017, p. 724), "É tradicional na doutrina a classificação da prova quanto ao fato (diretas e indiretas); quanto ao sujeito (pessoais e reais); quanto ao objeto (testemunhais, documentais e materiais) e quanto à preparação (causais ou pré-constituídas)".

Quanto ao fato, classificam-se as provas em: diretas, que são aquelas que estão estritamente relacionadas aos fatos, ou seja, são destinadas a comprovar a alegação e a manifestá-la como verídicas e as provas indiretas que são aquelas destinadas a corroborar com as argumentações de fatos secundários ou relativos. Apesar de não estar diretamente ligada ao fato em si, as indiretas, guarda certo nexo de causalidade e que se fazendo um raciocínio, pode se chegar ao fato probatório.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Conforme TÁVORA (2012) Quanto ao sujeito às provas classificam-se em: a) real, que engloba provas como lugar, cadáver, arma, ou seja, provas consistentes em algo externo, tendo como exemplo a fotografia; e b) pessoal, que são originadas do ser humano, tendo como exemplo os depoimentos.

Explica NEVES (2017, p. 724), que a "prova pessoal decorre de uma consciente declaração por uma pessoa enquanto a prova real é aquela constituída um fato consiste na revelação consciente, feita pela pessoa".

Quanto ao objeto as provas se dividem em: a) testemunhal, que são os depoimentos prestados, intendida como formal lato sensu, nesta inclui-se o depoimento pessoal, o interrogatório e o depoimento do perito; b) documental, que são todas as afirmações de um fato escrito ou gravado, tais como contrato, livro de pontos, notas; c) material, que são as provas que comprovam um fato de preferencia com a opinião técnico-cientifica emitida por especialista na área de conhecimento exigido no processo.

E quanto à preparação as provas são classificadas em: a) causal, que se entende por aquela produzida dentro do próprio processo, a exemplo o depoimento pessoal e a pericia; b) pré-constituída, que se produz fora do processo, antes mesmo da instauração da demanda.

Dos meios de prova mais usuais no direito eleitoral destacam-se o depoimento pessoal do demandado, a confissão, a prova testemunhal e a prova documental.

3. PROVA E BUSCA DA VERDADE

No Direito Processual Eleitoral, assim como em todos os direitos processuais, o juiz deve buscar a verdade real, ou seja, deve conhecer os fatos como efetivamente ocorreram, ele não pode ser mero espectador durante o trâmite da ação judicial e pode se valer dos poderes instrutórios concedidos pela legislação.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2015, p. 269 e 279):

> o juiz tem o poder – de acordo com o sistema do Código de Processo Civil brasileiro –, quando os fatos não lhe parecerem esclarecidos, de determinar a prova de ofício, independentemente de requerimento da parte ou de quem quer que seja que participe do processo, ou ainda quando estes outros sujeitos já não têm mais a oportunidade processual para formular esse requerimento." (pag. 269). Asseveram, outrossim, que "se o processo existe para a tutela dos direitos, deve-se conceder ao magistrado amplos poderes probatórios para que possa cumprir sua tarefa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Xavier (2008) em seu artigo destaca que o poder instrutório do magistrado não viola a imparcialidade, haja vista que este não tem o conhecimento do seu resultado ao deliberar a produção da prova, consequentemente não sabe a quem a prova beneficiará.

Neves (2017, p. 726) explica que o que se deve buscar é a melhor verdade possível dentro do processo, pautando os limites existentes e com a consciência de que a busca da verdade, não é o fim em si mesmo e sim de um dos fatores para a concretização da justiça.

Para Malta (1997, p.14), prova seria o conjunto de informações de que o juiz vem a dispor para solucionar um conflito de interesses. Por sua vez, Santos (1979, p.1) diz que provar é representar fatos passados, é provar a verdade sobre o que se discute, é levar à certeza como um fato aconteceu, é dar ao juiz elementos para que se forme a sua convicção.

Portanto, a prova é um dos elementos fundamentais da persecução processual, pois através dela se reconstrói da melhor forma possível o fato que envolve a lide para que se obtenha uma melhor fundamentação do processo.

3.1 FINALIDADE DA PROVA E DESTINATÁRIO DA PROVA

A finalidade da prova é convencer o juiz, através de uma decisão justa e bem motivada de quem merece o parecer favorável na lide.

Nesse sentido, Santos (2002, p.62) diz que, do ponto de vista prático e objetivo do processo, a finalidade da prova é formar a convicção do juiz, permitindo-lhe, por meio do convencimento, compor a lide, ou seja, a função da prova é a apuração da verdade para convencê-lo de quem tem razão.

Sobre o destinatário da prova, o posicionamento de que o Juiz é o único destinatário da prova vem encontrando divergências, pois a prova se destina não somente ao juiz, mas também as partes, sendo que a quem a prova prouver permitirá a possibilidade a outra parte de idealizar a verdade dos fatos, sincronizando aos direitos argumentados. Portanto o juiz torna-se o destinatário direto e as partes são destinatários indiretos das provas. Verifica-se que todos os sujeitos que fazem parte da lide têm que se convencer de que aquela prova que foi produzida foi determinante para a decisão do juiz.

Nessa perspectiva, Santos (1976, p. 9), expõe que as partes são os destinatários indiretos das provas, eis que precisam ficar convencidos e acolherem a decisão como justa, sendo o juiz seu destinatário principal e direto.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

4. DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO DIREITO ELEITORAL

Conforme mencionado acima às diretrizes da lei processual também se aplicam ao direito eleitoral. O Código de Processo Civil de 2015 é bastante claro nesse sentido, em seu artigo 15 expõe que na ausência das normas que regulem processos eleitorais, serão aplicadas supletiva e subsidiariamente as disposições do Código de Processo Civil.

Uma das grandes contribuições do CPC/2015 é a dinamização do ônus da prova, não que o ônus da prova, que é um importante instituto jurídico de ordenamento brasileiro, em si seja uma novidade no Código de Processo Civil. A possibilidade de dinamizar o ônus consiste em retirar o peso da carga da prova de quem se encontra em evidente debilidade de suportá-lo.

O ônus da prova traz elementos capazes de certificar uma situação, ou seja, de comprová-la, porém não pode ser confundido com dever, porquanto dever implica de um direito de outrem.

ALVIIM (1998, p. 476) deixa claro que os termos não se confundem, quando distingue ônus de obrigação e de dever:

> A distinção que nos parece primordial é a de que a obrigação pede uma conduta cujo adimplemento ou cumprimento traz benefícios à parte que ocupa o outro polo da relação jurídica. Havendo omissão do obrigado, este será ou poderá ser coercitivamente obrigado pelo sujeito ativo. Já com relação ao ônus, o indivíduo que não o cumprir sofrerá, pura e simplesmente, via de regra, as consequências negativas do descumprimento que recairão sobre ele próprio. Aquela é essencialmente transitiva e o ônus só o é reflexamente. Outra distinção importante que cabe fazer entre ônus e obrigação é a circunstância de esta última ter um valor e poder, assim, ser convertida em pecúnia, o que não ocorre no que tange ao ônus. Há, ainda, uma terceira figura, a do dever (stricto sensu). Além de não ser conversível em pecúnia, tem como característica básica a 'perpetuidade', ao contrário do ônus e da obrigação que se esgotam com o seu cumprimento.

Para THEODORO JÚNIOR (2015, p. 882) explica que dentro do sistema legal a partilha do ônus é muito simples, cabe ao autor a prova do fato constitutivo do seu direito e ao réu o de provar a existência de fato que impeça, modifique ou

extinga o direito do autor, portanto, em regra, a distribuição do ônus da prova é rígida, ou seja, após a fase postulatória, os litigantes já estão cientes dos fatos que deverão ser provados e o que cada deverá provar.

O artigo 373, I, II do CPC/2015 trouxe exatamente o texto da Teoria estática do ônus da prova do artigo 333 do antigo CPC, mas inovou ao incluir o §1º, §2º e §4º no artigo 373 do NCPC, corrigindo distorções que não eram sanadas anteriormente.

Art. 373, CPC/2015, O ônus da prova incumbe:

> Art. 373. [...]
>
> [...]
>
> § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.
>
> § 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.
>
> § 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:
>
> I - recair sobre direito indisponível da parte;
>
> II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.
>
> § 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo. (BRASIL, 2015)

O parágrafo primeiro expõe que o juiz terá que decidir antecipadamente sobre a atribuição do ônus *probandi*, determinando e criando condições para que a parte incumbida efetivamente se desincumba do respectivo ônus, com as condições do parágrafo segundo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

É interessante frisar que a decisão que dinamiza o ônus da prova, cabe recurso de agravo de instrumento, conforme o artigo 1015, XI do CPC/2015.

4.1 TEORIA ESTÁTICA E ÔNUS DA PROVA

No Brasil, outrora ao CPC/2015, o ônus da prova era regido pela regra da Teoria Estática. Essa teoria proporcionava que cada uma das partes de um processo tivesse conhecimento, de antemão, de qual espécie de fato teria o encargo de exercer sua atividade probatória.

Nos termos do art. 333, do CPC/1973, ao autor caberia provar o fato constitutivo e ao réu, os fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor. Um dos pontos positivos da Teoria Estática estava exatamente em proporcionar bastante segurança, pois dispunha a cada uma das partes o conhecimento prévio em relação a quais fatos se deveria atuar em termos probatórios.

No entanto, por inúmeras vezes, as condições probatórias de cada uma das partes não eram desproporcionais. A aplicação da teoria estática, gerava uma situação de injustiça, pois a uma das partes simplesmente acabava sendo impossível a prova do seu fato constitutivo por impossibilidade de acesso à determinadas provas.

Diante de vários insucessos a doutrina e a jurisprudência começaram a perceber a consequência desastrosa da distribuição estática para certos casos concretos. A partir da constitucionalização do processo, nomeadamente da aplicação direta dos princípios constitucionais, e em especial dos princípios do acesso à justiça, da cooperação e da adequação procedimental, buscou-se soluções para os casos limites.

A mudança iniciou quando o Código de Defesa do Consumidor adotou a teoria da inversão judicial do ônus da prova. Nos termos do art. 6º, inciso VIII, do diploma legislativo, o juiz deveria *inverter o ônus da prova* do fato constitutivo, caso estivessem presentes a verossimilhança das alegações do autor e/ou a sua hipossuficiência.

Há de se destacar que, pela teoria da inversão do ônus tem-se uma via de mão única. Ou seja, o ônus da prova apenas era deslocado do autor para o réu, jamais em sentido contrário.

No entanto, LUCON (2016, p.2882) afirma que:

> A expressão ônus da prova indica que a aparte pode agir em conformidade com seus próprios interesses, mas, se descumprir o ditame normativo que lhe impõe um *facere,* apesar de não cometer ilícito algum, ou sofrer qualquer sanção jurídica, sujeita-se ao risco de resultado desfavorável.

Mediante tantas discussões e disparidades acerca da ideia de que a distribuição estática deveria ceder a uma distribuição mais dinâmica, teoria das cargas probatórias dinâmicas, segundo a qual o ônus da prova deve recair sobre a parte que tivesse maiores condições de dele se desincumbir, à vista da cooperação e da boa-fé processual, evitando assim, o encargo, assim, não seria distribuído antecipada e abstratamente, mas dinamizado *in concreto*.

4.2 TEORIA DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA

O Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 prevê, expressamente, a teoria do ônus dinâmico da prova, em seu caráter intrinsecamente excepcional e subsidiário, ao prever ao prever no § 1º do art. 373 que:

> Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do *caput* ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

A teoria da distribuição do ônus da prova foi concebida por Jerémie Bentham e divulgada por Jorge Walter Peyrano a partir de 1981. Ela permite que o juiz distribua o ônus da prova para a parte que tem mais condições de produzi-la. Verifica-se, porém a existência de uma diferença entre a concepção original de Bentham e a de Peyrano. O primeiro adota a teoria de distribuição como uma regra geral, já Peyrano a divulga como uma exceção a regra estática do ônus da prova.

Vicentini (2013) diz que a teoria difundida por Peyrano procura desatrelar a produção da prova com a posição processual da parte, assim como da natureza dos fatos alegados em juízo, ou seja, a obrigação de quem alega de produzir a prova quando se tornar impossível pela distribuição estática do ônus deverá ser produzida pela parte que tiver mais condições de demonstra-las.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Para Santos (2018, p. 177) a dinamização do ônus da prova não pode ser aplicada simplesmente para suprir a inércia da parte inicialmente onerada, mas sim para evitar a *probatio diabólica*, ou seja, para evitar uma prova impossível de ser produzida.

Vicentini em seu artigo explica:

> A impossibilidade ou a grande dificuldade da realização da prova que permita uma formação plena do juízo de fato que acarreta violação ao direito fundamental à prova traz em si mesma a análise de outra figura que se mostra incompatível com o exercício do direito de ação e com a ampla produção de provas: a chamada prova diabólica (VICENTINI, 2013).

5. APLICAÇÃO DA TEORIA DINÂMICA NA SEARA ELEITORAL.

Existem argumentos favoráveis e desfavoráveis da Teoria dinâmica na seara eleitoral.

Da admissibilidade da teoria, o PELEJA JÚNIOR (2014, p. 79-81) diz que o argumento padrão de o autor não se desincumbir do encargo probatório em face das dificuldades encontradas, prova difícil ou diabólica, ou seja, quando a prova da veracidade da alegação a respeito de um fato for de extrema difícil.

Em um caso de prestação de contas, diante das dificuldades do autor de demonstrar a sociedade os argumentos apontados na peça inicial, ocorrerá a inversão do ônus da prova, transferindo a obrigação ao candidato que presta irregularmente suas contas, ou seja, a ele caberá a obrigação de demonstrar porque possui todas as fontes necessárias.

De acordo PELEJA JÚNIOR, (2016, p. 288), o magistrado deve fundamentar sua decisão e no caso da seara eleitoral, um dos argumentos a ser utilizado é a preservação do interesse público da lisura eleitoral que está estritamente conectada com a preservação moral e efetiva do processo eleitoral.

No campo eleitoral deve-se ter bastante cuidado com aplicação de institutos, neste sentido PELEJA JÚNIOR, (2016, p. 289 e 290), o princípio democrático não pode ser relativizado, a larga e a solta, mediante a utilização de técnicas processuais, se se tornar impossível ao réu o encargo probatório, ou seja, se existir a clara impossibilidade da demonstração de provas pelo réu não se deve prevalecer tais técnicas, resumidamente a inversão deve ser aplicada como uma exceção e não como regra.

6 IMPLICAÇÕES DA TEORIA DINÂMICA NA SEARA ELEITORAL

De acordo com a doutrina processual civil, "a dinamização do ônus da prova, por sua vez, significa que o encargo comprobatório será distribuído tendo em vista as condições probatórias das partes litigantes, conforme o caso concreto". (MACEDO; PEIXOTO, 2016, p. 558)

No entanto, para a doutrina denominada eleitoralistas, essa norma não pode ser aplicada em lides de improbidade administrativa, bem como em processos eleitorais com as mesmas características.

Implica-se nos casos eleitorais, subsidiados ou não pelo Ministério Público que tenha como finalidade a aplicação de uma sanção, deve sempre ser do autor do ônus da prova.

De acordo com PELEJA JÚNIOR (2016, p.288) "é possível a aplicação da teoria dinâmica da prova ao processo judicial eleitoral apenas nos casos que envolvam representações por arrecadação e/ou gastos ilícitos".

Portanto, julga-se controversa a aplicação no que tange teoria dinâmica do ônus da prova, na seara eleitoral, pois em boa parte dos casos equivaleria a obrigar o réu a provar sua inocência, sob pena de condenação.

A boa prudência do magistrado também é uma implicação, pois caso o mesmo não analise os pressupostos, de modo a fazer bem pesar a balança da justiça com descrição e ponderação de modo a fazer prevalecer a verdade real, garantindo assim, os princípios da isonomia e da lisura nas eleições, o mesmo estará condenando um réu eleito pela vontade do povo no exercício da democracia prevista na Constituição Brasileira.

CONCLUSÃO

Conclui-se com o presente trabalho que a dinamização do ônus da prova na seara eleitoral proporciona a lide maior celeridade e justiça as partes, haja vista que o juiz ao determinar em um processo qual a parte que está mais apto a suportar o ônus da prova, possibilita que a verdade real seja alcançada.

Permitindo que uma equidade durante a formação da prova e a convicção do juiz no processo eleitoral que prima a celeridade e atua apenas com direitos indisponíveis é fundamental que esses instrumentos sejam aplicados como ferramenta imprescindível como aprimoramento da justiça, fortalecendo assim os principais fundamentos da democracia. Porém frisa-se que na seara eleitoral, não são em todos os casos que esta norma pode ser aplicada.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Dentre as implicações, destacam-se os casos de improbidade administrativa e o papel do juiz, que deve primar pela isonomia dos fatos e jamais a aplicar a norma sem conhecimento profundo dos autos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Arruda. **Manual de direito processual civil.** 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, 52. ed. ano 2015, São Paulo, 1988.

BRASIL. Código de Processo Civil (1973). **Código de Processo Civil Brasileiro**. Brasília, DF: Senado, 1973.

BRASIL. Código de Processo Civil (2015). **Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília**. DF: Senado, 2015.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Respe: 958285418 CE, Relator: Ministro Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira. Data do julgamento: 04/10/2011. Data de publicação: DJE – Diário da justiça eletrônico, Tomo 208, data 03/11/2011, pag. 70.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito processual civil**. V. III. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 47 -48.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum** – vol. I. Ed. 56. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos/ Coordenadores: André Ramos Tavares; Welber de Moura Agra; Luiz Fernando Pereira. **O direito eleitoral e o novo Código de Processo** Civil. Belo Horizonte – Forum, 2016.

MACÊDO, Lucas Buril; PEIXOTO, Ravi. Art.373. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MALTA, Christóvão Piragibe Tostes. **A prova no processo trabalhista.** São Paulo: LTr, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Gruz; MITIDIERO, Daniel; **O Novo Processo Civil.** Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais: conceito, função e tipos**. São Paulo: RT, 2003, p. 79.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção**. Manual de direito processual civil** – volume único – Daniel Amorim Assumpção Neves – 9.ed. – Salvador. Ed. JusPodivm, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal**. 11. Ed. Rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014.

PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. TEIXEIRA Batista, FABRÍCIO Napoleão. **Código Eleitoral, aspectos processuais, ações e recursos**. 3 Ed. Curitiba: Editora Juruá, 2014.

PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. **Dinamização do ônus da prova no direito eleitoral**. In: TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura; PEREIRA, Luiz Fernando (Coord.). O direito eleitoral e o novo Código de Processo Civil. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

RIOS GONÇALVES, Marcus Vinicius. **Direito processual civil esquematizado**. São Paulo: Saraiva 2011.

RUBIN, Fernando. Teoria geral da prova. Do conceito de prova aos modelos de constatação da verdade. **Revista Jus Navigandi,** ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3479, 9 jan. 2013. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/23414. Acesso em: 4 out. 2019.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Comentários ao código de processo civil**. v. IV. São Paulo: Forense, 1976. p. 9. Nesse sentido, também, Manoel Antônio Teixeira Filho. A prova no processo do trabalho.

SANTOS, Gildo dos. **A prova no processo civil.** 2. Edição. Editora Saraiva. São Paulo, 1979.

SANTOS, Sandra Aparecida Sá dos. **A inversão do ônus da prova como garantia constitucional do devido processo legal.** São Paulo: RT, 2002.

SANTOS, Welder Queiroz dos. **Direito processual civil: princípio do contraditório e vedação de decisão surpresa**, Rio de Janeiro. Forense, 2018

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2012. p.349.

THEODORO JÚNIOR. **Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento como**. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

VICENTINI, Fernando Luiz. Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. **Revista Jus Navigandi,** ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3633, 12 jun. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24683>. Acesso em: 25 jun. 2019.

XAVIER, Trícia Navarro; **Artigo "O 'Ativismo' do Juiz em Tema de Prova"**, publicado pela Revista do Processo, vol. 159/2008, da Revista dos Tribunais.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa médica e ônus da prova**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 137).

RANGEL, Rui Manuel de Freitas. **O ônus da prova no Processo Civil.** 2 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 101).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O DIREITO AO ESQUECIMENTO: CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS, LIBERDADE DE INFORMAÇÃO E EXPRESSÃO X PROTEÇÃO DA MEMÓRIA INDIVIDUAL E PRIVACIDADE

SUZANA MONTEIRO DE OLIVEIRA:
Bacharelanda no Curso de Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA

VITOR DE SOUZA VIEIRA

(Orientador)

RESUMO: Este artigo tem como intuito apresentar novos meios de estudo sobre o direito ao esquecimento, mostrando o conflito entre princípios fundamentais de modo que evidencie a importância deles para o ordenamento brasileiro. Além de debater sobre meios de ponderação a serem usados para resolver o conflito entre princípios, estabelecendo um possível método de aplicação para esses casos, como também mostrar de que forma o direito ao esquecimento já foi empregado dentro do ordenamento jurídico brasileiro e a maneira na qual poderia ser regulamentado e melhor utilizado para solucionar situações envolvendo questões mais atuais, tendo em vista que o direito acompanha a evolução social. Mediante o que foi exposto este artigo tem como método de abordagem o hipotético dedutivo, e por este, conclui-se que se faz necessário a criação de uma lei que verse sobre o direito a intimidade dentro da esfera digital sociocomunicativa.

Palavra-chave: Princípios, direito ao esquecido, conflito, liberdade de expressão e direito a privacidade.

ABSTRACT: This article aims to present new means of study on the right to oblivion, showing the conflict between fundamental principles so as to highlight their importance for the Brazilian legal system. In addition to discussing ways of weighting to be used to resolve the conflict of principles by establishing a possible method of application for such cases, showing how the right to oblivion has already been used within the Brazilian legal order and the way in which it could be regulated and better used to solve situations involving more current issues, in view of the fact that the law accompanies social developments. This article is based on the hypothetical deductive approach, and it is therefore concluded that it is necessary to create a law that deals with the right to privacy within the digital socio-communicative sphere.

Keywords: Principles, the right to oblivion, conflict, freedom of expression and the right to privacy.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo mostrar o conflito de princípios fundamentais, na tentativa de equilibrar o direito à informação e a expressão e o direito à privacidade, á proteção da memória individual, à honra, à imagem e à intimidade, em decorrência da facilidade de divulgação e permanência de informações na rede. Apresentando as repercussões sobre o assunto na esfera internacional, assim como de que maneira fora aplicado dentro do ordenamento jurídico Brasileiro, concomitante a isso, a possibilidade de regulamentação de tal direito.

Portando decisões atuais do Supremo Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, pertinentes aos assuntos debatidos, buscando formas de explorar um entendimento doutrinário diferenciado sobre os que já foram abordados anteriormente. Assim, trazendo como foco principal o direito ao esquecimento, que se conceitua como o direito de uma pessoa a não ter exposto ao público um fato que, mesmo verídico, possa lhe causar sofrimento e transtornos, ou seja, é a capacidade postulatória de um individuo de retirar informações pessoais constrangedoras ou comprometedoras das plataformas de comunicação.

O direito acompanha a evolução social, na tentativa de se adequar ao meio, em uma sociedade marcada pela tecnologia o padrão é a lembrança e o esquecimento a exceção, com isso surgem algumas violações a privacidade no âmbito virtual, atualmente é muito fácil juntar informações sobre qualquer pessoa de modo prático e acessível. A internet proporciona um mundo de conhecimento, efetivando o direito da livre expressão, ao mesmo tempo, que evidenciou o que o mau uso desse direito pode acarretar na vida das pessoas, de forma particular ou geral, a informação é uma arma poderosa capaz de mudar a vida das pessoas de forma variável a depender de quem as usa. Logo, mostra-se necessária uma análise mais aprofundada da problemática em questão, com intuito de adequar o ordenamento jurídico ao atual momento vivido.

1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS:

Os princípios fundamentais são usados para estabelecer bases políticas, sociais e jurídicas, que regem a República Federativa Brasil e as normas

constitucionais, cada um com sua característica e formas de aplicação, são os alicerces para qualquer individuo e estão presentes na Constituição Federal Brasileira de 1988, muitos deles são tidos como cláusulas pétreas.

Dessa forma, será feito o estudo dos direito à personalidade, dando ênfase ao direito à privacidade e a proteção da memoria individual, assim como o direito à informação e a liberdade de expressão.

Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira afirma que:

> A personalidade é atributo inerente ao homem; não requer o preenchimento de qualquer requisito, nem depende do conhecimento ou da vontade do ser humano. Mesmo que o indivíduo não tenha consciência da realidade, é dotado de personalidade, pelo simples fato de ser pessoa (PEREIRA, 2001, p. 142).

Pertinentemente, consoante aos ensinamentos de Pontes de Miranda (2000, p. 216) sobre o tema:

> "O direito de personalidade, os direitos, as pretensões e ações que dele se irradiam são irrenunciáveis, inalienáveis, irrestringíveis. São direitos irradiados dele os de vida, liberdade, saúde (integridade física e psíquica), honra e igualdade".

Conforme conceitua Carlos Alberto Bittar

> "São da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico, exatamente para a defesa de valores inatos ao homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros". (BITTAR, 2002, p. 17)

O direito à privacidade é algo intrínseco e individual, inerentes a cada pessoa, que tem como traço relevante a proteção da intimidade e a vida particular, todos têm o direito de viveram suas vidas sem a interferência de outros.

Tendo respaldo na legislação brasileira, nas normas gerais Constitucionais dispostas no artigo 5º, X, XI e XII da Constituição Federal de 1988.

Art. 5º da CF/88:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

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

O direito à privacidade é derivado diretamente da dignidade da pessoa humana, sendo indispensável para sua realização, o mesmo trata de um conjunto de princípios e valores que tem a função de garantir que cada cidadão tenha seus direitos respeitados pelo Estado, o principal objetivo é garantir o bem-estar de todos os cidadãos.

Por seguimento, relevante se faz a transcrição do Enunciado de número 274 aprovado na Jornada de Direito Civil:

> 274 – Art. 11. Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação; (BRASIL, 2006).

A proteção da memória individual é uma vertente da privacidade, como se fosse um dos gêneros que versa o direito e defende as experiências vividas pelos indivíduos, trazendo consigo a correlação entre a privacidade e a veiculação de informações, com base no momento vivido pela sociedade atual. Não se pode falar de divulgação de informações, sem envolver outros princípios fundamentais, nomeadamente como o direito à informação e a liberdade de expressão.

Assim sendo, assegurado ao cidadão o direito de informar e ser informado, podendo exteriorizar livremente a informação e o pensamento, através dos meios de comunicação, representando o enorme avanço social alcançado pela humanidade nos últimos tempos, em detrimento dos regimes totalitários e ditatoriais ocorridos no passado.

Em razão disso, a Carta Magna brasileira de 1988, tida como Constituição cidadã, reconhece a liberdade de informação e de expressão como direito fundamental do homem.

Conforme expressa em seu Art. 5º, inciso XIV:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> "É assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional".

E em seu Art. 5º, inciso IV:

> "É livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato".

Assim como no inciso IX:

> "É livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de censura ou licença".

Para um melhor entendimento sobre o assunto, José Afonso da Silva, define a liberdade de informação:

> "[...] a liberdade de informação compreende a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada qual pelos abusos que cometer. O acesso de todos à informação é um direito individual consignado na Constituição, que também resguarda o sigilo da fonte, quando necessário ao sigilo profissional [...]" (SILVA, 2001, p. 245).

Ambos se consagram como fundamentais os que, definem o direito a personalidade humana, que garantem as diretrizes da cidadania e capacidade do individuo de exercer seus direitos de forma ampla.

2. DO DIREITO Á INFORMAÇÃO E A LIBERDADE DE EXPRESSÃO.

É inegável que o direito à informação e a liberdade de imprensa tem um papel fundamental nas sociedades atuais, pois é através dela que a população obtém as informações sobre o mundo inteiro, o papel da imprensa é levar essas informações ao povo com seriedade e imparcialidade.

As informações levadas à população pela imprensa devem ser comprometidas ao máximo com a verdade dos fatos. Isso porque ela é um forte instrumento de persuasão, manipulação e formação de opiniões.

Segundo Valdir Filho:

> "O papel da imprensa nos dias atuais é informar a população de todo e qualquer acontecimento e até mesmo sair em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> defesa dos interesses da sociedade, agindo assim, como um órgão fiscalizador". (VALDIR, 2012)

Nesse sentido, vale ressaltar, o pensamento de Karl Marx:

> "A imprensa livre é o olhar onipotente do povo, a confiança personalizada do povo nele mesmo, o vínculo articulado que une o indivíduo ao Estado e ao mundo, a cultura incorporada que transforma lutas materiais em lutas intelectuais, e idealiza suas formas brutas. É a franca confissão do povo a si mesmo, e sabemos que o poder da confissão é o de redimir. A imprensa livre é o espelho intelectual no qual o povo se vê, e a visão de si mesmo é a primeira confissão da sabedoria." (Apud SILVA, 2005, p. 246).

Cabe salientar que a Constituição ao reconhecer a liberdade de expressão como um direito fundamental, também assegura que serão aplicadas sanções caso ocorra um abuso do mesmo.

Além disso, com a facilidade em que as noticias correm atualmente, resta um número incalculável de informações, sem que seja visto a procedência das fontes na integra, dando margens para as ditas "Fake News", ou inverdades ditas na rede, propagadas de forma perigosa, tendo em vista que informação é poder e muitas das vezes por serem falsas ou mal interpretadas são divulgadas de forma sensacionalista e errônea.

O Supremo Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal tenta regulamentar essa situação através de julgados e decisões proferidas por acórdãos, em sede de Recurso Especial.

Análogo a isso, um dos julgados:

> RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. 1. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. AUSÊNCIA. 2. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO CONFIGURADO. 3. PROVEDOR DE APLICAÇÃO DE PESQUISA NA INTERNET. PROTEÇÃO A DADOS PESSOAIS. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. DESVINCULAÇÃO ENTRE NOME E RESULTADO DE PESQUISA. PECULIARIDADES FÁTICAS. CONCILIAÇÃO ENTRE O DIREITO INDIVIDUAL E O DIREITO COLETIVO À INFORMAÇÃO. 4. MULTA DIÁRIA

APLICADA. VALOR INICIAL EXORBITANTE. REVISÃO EXCEPCIONAL. 5. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Debate-se a possibilidade de se determinar o rompimento do vínculo estabelecido por provedores de aplicação de busca na internet entre o nome do prejudicado, utilizado como critério exclusivo de busca, e a notícia apontada nos resultados. 2. O Tribunal de origem enfrentou todas as questões postas pelas partes, decidindo nos estritos limites da demanda e declinando, de forma expressa e coerente, todos os fundamentos que formaram o livre convencimento do Juízo. 3. A jurisprudência desta Corte Superior tem entendimento reiterado no sentido de afastar a responsabilidade de buscadores da internet pelos resultados de busca apresentados, reconhecendo a impossibilidade de lhe atribuir à função de censor e impondo ao prejudicado o direcionamento de sua pretensão contra os provedores de conteúdo, responsáveis pela disponibilização do conteúdo indevido na internet. Precedentes. 4. Há, todavia, circunstâncias excepcionalíssimas em que é necessária a intervenção pontual do Poder Judiciário para fazer cessar o vínculo criado, nos bancos de dados dos provedores de busca, entre dados pessoais e resultados da busca, que não guardam relevância para interesse público à informação, seja pelo conteúdo eminentemente privado, seja pelo decurso do tempo. 5. Nessas situações excepcionais, o direito à intimidade e ao esquecimento, bem como a proteção aos dados pessoais deverá preponderar, a fim de permitir que as pessoas envolvidas sigam suas vidas com razoável anonimato, não sendo o fato desabonador corriqueiramente rememorado e perenizado por sistemas automatizados de busca. 6. O rompimento do referido vínculo sem a exclusão da notícia compatibiliza também os interesses individual do titular dos dados pessoais e coletivo de acesso à informação, na medida em que viabiliza a localização das notícias àqueles que direcionem sua pesquisa fornecendo argumentos de pesquisa relacionados ao fato noticiado, mas não àqueles que buscam exclusivamente pelos dados pessoais do indivíduo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> protegido. 7. No caso concreto, passado mais de uma década desde o fato noticiado, ao se informar como critério de busca exclusivo o nome da parte recorrente, o primeiro resultado apresentado permanecia apontando link de notícia de seu possível envolvimento em fato desabonador, não comprovado, a despeito da existência de outras tantas informações posteriores a seu respeito disponíveis na rede mundial. 8. O arbitramento de multa diária deve ser revisto sempre que seu valor inicial configure manifesta desproporção, por ser irrisório ou excessivo, como é o caso dos autos. 9. Recursos especiais parcialmente providos.
>
> (STJ - Resp.: 1660168 RJ 2014/0291777-1, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 08/05/2018, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/06/2018)

O objetivo é garantir o uso dos princípios de forma correta, sem que sejam feitas interpretações equivocadas, influenciados por informações falsas.

3. DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

O direito ao esquecimento, não se classifica exatamente como um direito, porque não foi regulamentado como tal, se define como um entendimento doutrinário e jurisprudencial, com um grande potencial ainda não explorado devidamente. Vale-se do direito da autonomia da informação e a defesa do livre desenvolvimento da personalidade, é a capacidade que a pessoa possui de impedir a exposição de um fato anterior, ainda que seja legítimo, para a sociedade. Buscando evitar algum tipo de adversidade, discriminação ou sofrimento, por fatos ocorridos no passado, tendo em vista que atualmente a simples divulgação ou exposição indevida de informações, pode gerar um grande transtorno na vida de alguém, não pelo simples fato de ter sua intimidade exposta, mas por automaticamente uma quantidade incalculável de pessoas, atentas ao que foi divulgado, manifestam-se de forma deliberada, tecendo todo o tipo de comentário possível sobre o caso, mesmo sem ter nenhum embasamento ou conhecer o que de fato gerou o ocorrido.

O direito ao esquecimento está relacionado diretamente à proteção à privacidade, que pela legislação brasileira tem respaldo nas normas gerais Constitucionais dispostas no artigo 5º, X, da Constituição Federal de 1988.

Art. 5º da CF/88:

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

Sendo objeto de estudo para alguns juristas, neste sentindo:

Para Cavalcante, 2013, p. 198, o direito ao esquecimento pode ser conceituado como:

> "[...] o direito que uma pessoa possui de não permitir que um fato, ainda que verídico ocorrido em determinado momento de sua vida, seja exposto ao público em geral, causando-lhe sofrimento ou transtornos." (CAVALCANTE, 2013, p. 198).

Fortalecido por Dotti ao definir o direito ao esquecimento como:

> [...] faculdade de a pessoa não ser molestada por atos ou fatos do passado que não tenham legítimo interesse público. Trata-se do reconhecimento jurídico à proteção da vida pretérita, proibindo-se a revelação do nome, da imagem e de outros dados referentes à personalidade; (DOTTI, 1998, p. 92).

Por mais que seja um tema já debatido dentro do ordenamento jurídico brasileiro, não restam muitos casos da sua aplicação na esfera civil, mas graças à incidência de casos envolvendo esfera virtual terem aumento com o passar do tempo, atual se faz mais do que nunca necessária a sua aplicação e estudo.

3.1 Da aplicação em outros países

O direito ao esquecimento é motivo de diversos debates ao redor do mundo, principalmente nos países europeus.

Com base nessa compreensão, teve aplicações nos Estados Unidos em 1931 e na Alemanha 1973, com o Caso Lebach, em que um ex-condenado por homicídio venceu no Tribunal Constitucional Alemão uma ação inibitória contra um canal de televisão, que exibiria um programa sobre o crime após o condenado obter liberdade.

Em 13 de maio de 2014, foi sancionado pela Corte da União Europeia, "right to be forgotten", onde de forma especifica decidiu por aplica-lo a informações "inadequadas, não pertinentes ou excessivas em relação ao objetivo pelo qual foram processadas tendo em conta o tempo decorrido". Nesse aspecto o Google

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

foi obrigado a prover este serviço aos cidadãos da União Europeia quando solicitado redistribuição, transmissão e reescrita sem autorização prévia é proibida.

Concomitante com essa decisão, outro caso teve repercussão, aconteceu na Espanha o "alcunhado de derecho al olvido" como é chamado, foi aplicado quando um cidadão solicitou à empresa Google que retirasse uma publicação em que se afirmava que seu imóvel teria sido levado a leilão para quitar dívida com a previdência social, quando na realidade o valor devido, já havia sido pago antes do leilão. A empresa negou o pedido feito pelo indivíduo e a matéria foi submetida à apreciação da Corte de Justiça Europeia, a qual reconheceu o direito de todo cidadão europeu de retirar as informações erradas ou não pertinentes da ferramenta de busca do Google. Por ser uma informação que se modificar ao longo do tempo, tornando-se ilícita a sua divulgação após determinado período.

O jurista ALEXY (2012) que diz que futuramente o direito ao esquecimento, tende a se enquadrar como regra em situações, que o direito à privacidade, teria um peso maior, que o do direito à informação, não que um invalide o outro, mas aconteceria um sacrifício parcial para uma maior aplicação nos casos de exposição de informações constrangedoras pela internet.

O direito ao esquecimento também tem incidência no Brasil, estando presente em situações de grande relevância, como o caso "Aída Curi", ocorrido em 1958, que envolveu a jovem Aída como vítima de um homicídio. Anos após do crime, o programa televisivo chamado "Linha Direta-Justiça", transmitido pela emissora TV Globo, que divulgou o caso trazendo o nome e a imagem da jovem falecida. A família entrou com pedido de indenização por danos morais, materiais e à imagem, após o programa contar a história do crime em um de seus episódios e divulgar foto da vitima ensanguentada, sem consentimento da família, trazendo a tona o dor e o sofrimento vividos na época.

Outro caso que ficou evidente foi o da Chacina da Candelária, no Rio de Janeiro. J.G.F. ajuizou ação de reparação de danos morais em face da TV Globo Ltda. O autor da ação foi denunciado por ter, supostamente, participado de homicídios em série ocorridos no ano de 1993 em frente à Igreja da Candelária, na cidade do Rio de Janeiro, ao final do processo, submetido a Júri, foi absolvido por negativa de autoria.

Após anos do ocorrido e da absolvição de J.G.F., a emissora exibiu, no programa "Linha Direta", a história do aludido caso, citou o nome do autor da ação e divulgou que ele tinha sido absolvido.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Mas por ter tido sua imagem vinculada a essa noticia sofreu grande repudio público, de forma que a sua vida pessoal foi totalmente afetada, tendo a sua paz sido perturbada por um equivoco da emissora.

Nessa perspectiva, o direito ao esquecimento pode e deve ser visto como uma nova faceta dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana, como inclusive já se consignou expressamente no Enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil, realizada em 2013 pelo Conselho de Justiça Federal.

3.2 Do conflito entre princípios

Os princípios fundamentais são usados para estabelecer bases políticas, sociais e jurídicas, que regem a República Federativa Brasil e as normas constitucionais, cada um com sua característica e formas de aplicação. De maneira que, por serem concepções abrangentes, que buscam a proteção do individuo tendem a entrar em choque.

Como afirma MARMELSTEIN:

> "As normas constitucionais são potencialmente contraditórias, já que refletem uma diversidade ideológica típica de qualquer Estado democrático de Direito. Não é de se estranhar, dessa forma, que elas frequentemente, no momento aplicativo, entrem em rota de colisão." (MARMELSTEIN, 2008, P. 365).

Com esse efeito, um dos pontos mais polêmicos do direito ao esquecimento é o embate entre os princípios fundamentais do Direito à informação X Direito à privacidade, para os juristas favoráveis a esse entendimento, a dignidade e privacidade da pessoa humana se sobrepõe ao direito de informação, sobre fatos pretéritos, que não tenha relevância pública e que não seja alvo de interesse do estado.

Já os desfavoráveis defendem que o direito à informação deve se sobrepor ao direito à privacidade, tendo três vertentes de informação, o direito de informar, o direito de se informar e o direito de ser informado.

Entretanto, há o pensamento intermediário, que busca o equilíbrio do direito por meio da ponderação, quando ambos os princípios são postos em uma balança imaginária, com o objetivo de harmoniza-los conforme os casos concretos. Tendo sido estabelecidos possíveis parâmetros de julgamento, tais como o tempo que sucedeu fato e se o caráter informativo é de interesse público ou não. Ressaltando

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

que nos casos que gerem interesse histórico, social ou público é necessário que prevaleça o direito à informação.

Análogo a isso, cita-se a decisão do Tribunal de Justiça de Pernambuco, sobre o caso do desembargador que pleiteou ação contra ao Google, porque ao acessa-lo e colocar no campo de pesquisa seu nome aparecia noticias, relacionadas a fatos ocorridos a mais de onze anos, que remetiam ao inicio de seu mandato, onde ele fora acusado de portar documentos falsos, dentre outras acusações. Entretanto ao ser julgado, foi declarado inocente e absolvido de todas as demandas da inicial.

Após ser declarado improcedente pela juíza de 1º grau, em sede de instancia superior o mesmo alegou o uso do direito ao esquecimento, sendo deferido pelos colegiados após votação, com argumento de que as notícias relacionadas se associam a fatos pretéritos, onde o magistrado respondeu a supostas alegações de irregularidade a ele atribuídas, mas que fora declarado inocente e absolvido de todas as acusações, estando tais processos arquivados há anos, não restando motivos pra ter sua imagem vinculada a atos de improbidade pelo resto da vida.

3.2.1 Entendimento do STJ sobre o assunto

O Supremo Tribunal de Justiça tem julgado diversos casos que pedem reflexão sobre quando deve prevalecer o direito à informação ou o direito à privacidade e a dignidade humana.

Como foi mencionado acima, ambos são direito fundamentais, assegurados pelas Constituição Federal de 1988, o choque de princípios é debatido pelos ministros, de maneira incidental, em inúmeros processos, pois as respostas a essas perguntas passam usualmente por uma discussão de fundo constitucional, de competência do Supremo Tribunal Federal.

O STJ não tem um meio concreto de resolver esses conflitos, sendo utilizada a ponderação e a análise minuciosa do caso concreto, como meio de resolver conflitos, sendo passível de divergências, uma hora prevalecerá um direito e outra hora outro. A depender das singularidades de cada situação, sempre na busca pelo entendimento mais justo.

Em decorrência disso, com base em decisões mais atuais, vimos à ramificação do direito, de forma que em algumas decisões existe o reconhecimento do direito ao esquecimento, mas a inaplicabilidade da indenização sobre os danos e vice-versa. Outro ponto levado em consideração é a notoriedade dos envolvidos e se as

alegações processuais são pertinentes ao interesse público, da mesma forma se existe violação à dignidade e honra do individuo.

Podemos deslumbrar alguns exemplos dessa aplicação nos casos já mencionados nesse presente artigo, destacando a Resp. 1.660.168/RJ, onde em julgamento apertado, a 3ª turma do STJ garantiu a uma promotora de Justiça que seu nome seja desvinculado do tema "fraude em concurso para juiz" nos resultados de pesquisas na internet. A promotora foi inocentada pelo CNJ da acusação de fraudar um concurso para magistratura, no qual foi reprovado, fato ocorrido em 2007, entretanto a busca por notícias relacionadas ao tema retornava com resultados que citavam a servidora de forma inidônea.

3.2.2 Entendimento do STF sobre o assunto

O STF através do Recurso extraordinário 1.010.606/RJ, que trata sobre o direito ao esquecimento na esfera civil, quando for invocado pela vítima ou seus familiares, interpostos pelos irmãos de Aída Curi, pleiteando o direito ao esquecimento em relação à reportagem divulgada pela emissora Rede Globo e pleiteando indenização pela exibição de imagens sem anuência dos familiares, como já foi citado no presente artigo em posicionamentos anteriores.

O Supremo Tribunal Federal, por maioria, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada. Assegurando que a matéria abordada no recurso extraordinário, além de apresentarem nítida consistência constitucional, superava os interesses subjetivos das partes, uma vez que abordam tema relativo à harmonização de importantes princípios dotados de status constitucional, de um lado, a liberdade de expressão e o direito à informação; de outro, a dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade da imagem, da intimidade e da vida privada. Assim, a Corte entendeu que a definição das questões postas no feito repercutirá em toda a sociedade, revelando-se de inegável relevância jurídica e social.

Em resumo, foram decididos improcedentes os pedidos suscitados no recurso extraordinário, por ser um fato considerado de relevância, sendo utilizado como meio de conscientização da violência contra mulher com o passar dos anos. Entretanto alguns julgadores em fase de audiência deixaram claros o seu posicionamento favorável ao direito ao esquecimento, no que consta sobre a época em que vivemos, onde as informações repercutem de forma mundial em poucos minutos por intermédio da internet e como é necessária a criação de um marco,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

que verse tanto sobre os crimes da internet e suas punições, quanto o direito de apagar dados constrangedores, postos de forma ilegal na rede.

3.2.3 Possibilidade de aplicações do direito ao esquecimento no Brasil

Com base no momento vivido pela sociedade, através da globalização e da era digital, pode-se afirmar que o mundo está interligado e que as informações se propagam de forma frenética para população mundial, por meio diversas plataformas de mídias sociais, sendo um marco no que tange a tecnologia, qualidade de informação, a busca por conhecimento e a interação entre pessoas.

Paralelamente, a internet por facilitar a divulgação de dados e opiniões de seus usuários, trouxe consigo outro lado da moeda. A falsa sensação de anonimato tem levado centenas de internautas a publicarem conteúdos ofensivos de todo tipo para milhares de pessoas, abrindo precedentes para o uso indevido dos veículos de informação, tais como a divulgação de imagens, sem nenhum tipo de autorização, com a intenção de expor a intimidade do indivíduo, assim como postagens com intuito de retalhar a autoimagem das pessoas, da mesma forma, a disseminação de informações falsas, com a intenção de denegrir a imagem e a dignidade do indivíduo.

Nesse contexto, foram criadas leis relacionadas aos crimes na internet, uma delas foi sancionada em 2012, alterando o Código Penal e instituindo penas para crimes específicos cometidos no mundo digital. A primeira delas é a Lei dos Crimes Cibernéticos, Lei Nº 12.737/2012, conhecida como Lei Carolina Dieckmann, que tipifica atos como invadir computadores (“hacking”), roubar senhas, violar dados de usuários e divulgar informações privadas (como fotos, mensagens etc.), sendo acrescida na mesma que fosse determina a instalação de delegacias especializadas para o combate de crimes digitais.

A segunda foi o Marco Civil da Internet, Lei Nº 12.965/2014, que foi sancionado em 2014 e regulam os direitos e deveres dos internautas, ele protege os dados pessoais e a privacidade dos usuários. Dessa forma, somente mediante ordem judicial pode haver quebra de dados e informações particulares existentes em sites ou redes sociais.

Uma das grandes inovações da lei diz respeito à retirada de conteúdos do ar, antes de sua entrada em vigor, não havia uma regra clara sobre este procedimento. A partir da Lei do Marco Civil da Internet, a retirada de conteúdos do ar só é feita mediante ordem judicial, com exceção dos casos de “pornografia de vingança” (“revenge porn“), que já está nas diretrizes da rede social, pessoas

vítimas de violações da intimidade podem solicitar a retirada de conteúdo, de forma direta, aos sites ou serviços que hospedem este conteúdo.

Voltando ao que tange ao direito ao esquecimento e sua aplicação, é incontestável que todos os principais casos que versam sobre tal direito, tem incidência sobre fatos, arquivos, imagens, ou informações, divulgadas de forma equivocada em plataformas sócias e midiáticas. Trazendo a tona o principal objetivo desse artigo que é encontrar meios de regulamentar esse direito dentro da esfera jurisprudencial e de que melhor forma do que o relacionando as injustiças ocorridas no mundo midiático.

Como já se foi dito por diversos juristas é emblemático que se crie um ponto de equilíbrio entre o direito ao esquecimento, o confronto entre princípios fundamentais e o atual momento vivido pela sociedade.

O direito ao esquecimento teria melhor aplicação no que se refere a informações de forma lato sensu, divulgadas na internet de maneira equivocada, sendo passíveis de serem esquecidas por seus usuários, por figurarem inverdades. Segundo que, pode ser aplicado à ponderação usado pelos juristas do STJ para resolver conflitos pertinentes a tais fatos, estabelecidos como critérios o tempo em que ocorreu o episodio, se as informações eram consideradas de natureza duvidosa ou comprovadamente falsas, se a vitima foi declarada inocente pela justiça brasileira e se as imagens, notícias ou publicações representam uma clara invasão à intimidade da vitima e não tendo essa nenhuma relevância para o interesse público, histórico ou social.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo teve como um dos objetivos, estabelecer critérios para ponderação de princípios fundamentais, aplicados ao direito ao esquecimento, mostrando de que forma o mesmo pode ser aplicado dentro do ordenamento jurídico, trazendo casos atuais como objeto de estudo.

Com tudo, este artigo buscou aplicar conjuntamente, as técnicas de ponderação de conflitos, com o uso do direito ao esquecimento, demonstrando qual o fundamento jurídico deve prevalecer a depender do caso concreto. Ao mesmo tempo em que faz uma concomitância entre o direito ao esquecimento e a era da informação e da internet.

Dado o exposto demonstra-se a importância de criar uma lei, que verse sobre a privacidade e a abrangência de todos os direitos a ela inerentes, considerando

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

que o direito acompanha situações atuais e que se renovam a cada dia por meio de projetos de lei e etc. Desse modo, sempre tentando alcançar e solucionar os problemas da sociedade, nada mais lógico que a criação de uma lei que estabeleça limites, não somente ao uso de imagens ou sobre casos específicos de exposição de pessoas na internet, mas sim de uma maneira geral, que englobe todas as ramificações da vida social e virtual, que fosse cabível a todos os meios de comunicação.

REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª edição – São Paulo: Malheiros, 2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial (...). Resp. nº 1660168/RJ. Terceira Turma. Recorrentes: Yahoo do Brasil Internet LTDA e Google Brasil Internet LTDA. Recorrida: Denise Pieri Nunes. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Rio de Janeiro, 08 de maio 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial. (...) REsp 1.335.153/ RJ. Quarta Turma. Recorrente: Nelson Curi e outros. Recorrido: Globo Comunicação e Participações S/A. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Rio de Janeiro, 28 de maio de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. (...) RE 1.0010.606/RJ. Relator: Min. Dias Toffoli. Recorrente: Nelson Curi e outro (A/S). Recorrida: Globo Comunicação e Participações S/A. Rio de Janeiro, 05 de outubro de 2018.

BRASIL. TJ-PI - REEX: 00035687320078180140 PI, Relator: Des. Francisco Antônio Paes Landim Filho, Piauí, 22 de março de 2018, 3ª Câmara de Direito Público.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Principais julgados do STF e do STJ comentados 2013. 1. Ed. Manaus: Dizer o Direito, 2014.

CONSTITUIÇÃO FEDERAL/1988, Art.5°, incisos IV, IX e XIV.

DOTTI, René Ariel. O Direito ao esquecimento e a proteção do habeas data. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (org.). Habeas Data. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

ENUNCIADO 274 - IV Jornada de Direito Civil- Art.11 do C.C.

ELESBÃO, Elsita Collor. Os direitos da personalidade no novo Código Civil brasileiro. In: Pessoa, gênero e família. Adriana Mendes Oliveira de Castro ET al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. P. 365, São Paulo: Atlas, 2008.

MATOS, Miguel. Direito ao esquecimento, TJ/PE obriga Google a excluir informações sobre desembargador. Disponível em: HTTPS://www.migalhas.com.br/Direito+ao+esquecimento+TJPE+obriga+Google+a+excluir+noticias+contra. Acesso em: 25 de setembro de 2019.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Tratado de direito privado. Atual. Vilson Rodrigues Alves. 2. Ed. Campinas: Bookseller, 2000. Tomo I.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 19. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2001. V. 1.

SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição Federal. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2000. P. 19.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25. Ed. São Paulo:

Malheiros, 2005.

VALDIR FILHO. O papel da imprensa na sociedade. 2012. Disponível em: http://www.jaruonline.com.br/noticia/o-papel-da-imprensa-na-sociedade-ndash-por-valdir-filho,geral,4

www.conteudojuridico.com.br

EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO ANTIDROGAS NO BRASIL: ASPECTOS PENAIS E PROCESSUAIS

FELIPE ALEIXO MAQUINÉ CORRÊA: Discente do Curso de Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA.

CAUPOLICAN PADILHA [1]
(Orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo discorrer sobre a Evolução da legislação antidrogas no Brasil, a partir de seus aspectos penais e processuais. Para o alcance deste objetivo, foi realizada uma pesquisa de cunho bibliográfico em acervo literário disponível em livros, sites, artigos e outros, de forma a produzir resultados dedutivos e qualitativos. O trabalho foi estruturado em 3 capítulos principais onde são tratados respectivamente: O conceito e determinação das substâncias ilícitas (drogas); A legislação vigente e por fim os aspectos penais e processuais da política antidrogas nacional. A pesquisa apresentada, possui relevante importância acadêmica e social, dada a atualidade do tema explorado e sua contribuição para a sociedade em geral, mediante o aumento do consumo de drogas ilícitas no país e os perigos pertinentes a este cenário.

Palavras-chave: Legislação Antidrogas; Aspectos Penais; Aspectos Processuais

ABSTRACT: This paper aims to discuss the Evolution of drug laws in Brazil, from its criminal and procedural aspects. To achieve this objective, a bibliographic research was carried out in a literary collection available in books, websites, articles and others, in order to produce deductive and qualitative results. The work was structured in 3 main chapters where they are treated respectively: The concept and determination of illicit substances (drugs); Current legislation and finally criminal and procedural aspects of national drug policy. The research presented has relevant academic and social importance, given the timeliness of the theme explored and its contribution to society in general, by increasing the use of illicit drugs in the country and the dangers pertinent to this scenario.

Keywords: Anti-drug Legislation; Aspects Criminal; Aspects Procedural.

INTRODUÇÃO

O aumento no consumo de drogas psicoativas no Brasil fez com que despertasse a ideia para realização deste trabalho. Busca-se aqui avaliar o quanto é importante a discussão do tema, demonstrando os perigos que o uso de drogas traz para quem a usa, além das consequências físico-psíquicas, familiares e jurídicas decorrentes dela.

Justamente quando a droga torna-se mais que um problema social, contribuindo diretamente para o aumento dos índices de criminalidade em todos

os estados brasileiros, é que, nos dias de hoje, o Governo Federal, visando uma possível solução para este imenso problema, vem ampliando investimento em um programa de políticas públicas, que tem como objetivo primordial, a prevenção do uso das substâncias psicoativas, além de ter em seu foco o tratamento e a posterior reinserção social do sujeito que passou pelo tratamento de abandono das drogas, para que a chance de voltar a se tornar um usuário daquela substância psicotrópica, no futuro, se torne mínima.

A Lei 11.343/06 conhecida como Lei de Drogas, instituiu o Sistema Nacional de Política Sobre Drogas (SISNAD), com o objetivo, em síntese, de criar programas de prevenção e reinserção do usuário na sociedade.

No decorrer do presente trabalho, busca-se, através de uma pesquisa que envolve um estudo bibliográfico e de dispositivos normativos que norteiam o assunto, explorar os aspectos Penais e Processuais da Legislação antidrogas no país, além de analisar a aplicabilidade de tais políticas na efetiva prevenção ao consumo das drogas.

1. DETERMINAÇÃO DAS SUBSTÂNCIAS ILÍCITAS

A busca por substâncias capazes de alterar o estado de consciência surge em diversos momentos da história da humanidade. A criminalização, na tentativa de criação de um mundo sem drogas, é uma forma de atender a vários interesses, que vão muito além de preocupações com saúde pública, atingindo a liberdade individual de cada cidadão de viver conforme deseja – desde que limitado pelo livre exercício de direitos de terceiros. A adoção de políticas nesse sentido não elimina o desejo por formas de alteração da consciência, o que provoca um conflito entre convenções e legislações proibicionistas e tendências recorrentes na humanidade.

O sistema penal se desenvolveu como uma das formas de manutenção da ordem social vigente e de exclusão de grupos indesejáveis dentro da sociedade. A atual visão sobre as drogas como causa geradora de insegurança e criminalidade fez com que seus usuários, produtores e distribuidores adquirissem o estigma de indesejados no convívio social, e, por isso, relegados ao campo de atuação do sistema penal. O controle social exercido por essa via busca a permanência de uma estrutura de sociedade excludente, na qual indivíduos integrantes de grupos descriminados da sociedade são neutralizados (GRECO FILHO, 2009).

As políticas proibicionistas excluem da esfera lícita aquilo que consideram nocivo para a boa convivência social. Elas estendem o poder estatal até o ponto em que atingem o campo da liberdade individual, sendo esta a regra, segundo o princípio da legalidade, em um Estado Democrático de Direito, no qual proibições e restrições de liberdade por parte do Estado são definidas como exceções.

Segundo Karam (2006, p.167),

O proibicionismo, em uma primeira aproximação, pode ser entendido como um posicionamento ideológico, de fundo moral, que se traduz em ações políticas voltadas para a regulação de fenômenos, comportamentos ou produtos vistos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

como negativos, através de proibições estabelecidas notadamente com a intervenção do sistema penal, sem deixar espaço para as escolhas individuais, para o âmbito de liberdade de cada um, ainda quando os comportamentos regulados não impliquem em um dano ou em um perigo concreto de dano para terceiros (KARAM, 2006, p.167).

No caso das drogas, determinadas substâncias que proporcionam alterações no estado de consciência humano são definidas como ilegais a partir de critérios que têm sua determinação facultada aos responsáveis por essa classificação. Assim, o consumo, a produção, a venda e quaisquer outras condutas relacionadas às drogas tornam-se crimes, e, portanto, passíveis de punição penal.

Um primeiro reflexo dessa tendência proibicionista é as três convenções aprovadas pela Organização das Nações Unidas, que criminalizam as drogas, restringindo-as – mantendo amplo controle sobre a possibilidade de sua utilização – apenas aos campos médico e científico. Dessa forma, a ONU impulsiona seus países membros a serem signatários de tais diplomas, criminalizando e desenvolvendo políticas em seus territórios para extirpar essas substâncias do país.

1.1 Criminalização das drogas no Ordenamento Jurídico Brasileiro

A inserção no ordenamento jurídico brasileiro – assim como no de outros países da América Latina – de legislação voltada para a promoção de uma "guerra às drogas" ocorreu com forte influência de outros países, especialmente dos Estados Unidos. Essas políticas são mais uma forma de manutenção da ordem social vigente, atingindo, a partir da seletividade do sistema penal, principalmente, grupos pobres – moradores de periferias – e negros, sobre os quais incide, na maioria dos casos, a aplicação de tais leis (CARVALHO, 2010).

Assim como retratado por Wacquant em seu livro "Punir os pobres – A nova gestão da miséria nos Estados Unidos" – no qual ele analisa o contexto norte-americano – também no Brasil a massa de desempregados sem qualificação e marginalizados dentro da sociedade precisa ser controlada. O sistema penal é um dos instrumentos para conter essa população, e a expansão de seu campo de atuação progride para atingir cada vez mais indivíduos. As sensações de medo e insegurança disseminadas entre a população, muitas vezes associadas às drogas, encontram resposta na intervenção do sistema penal (MENDONÇA, 2008).

A atual legislação brasileira que define os crimes relacionados às drogas, Lei 11.343/06 (Brasil, 2006), revogou duas precursoras, Lei 6.368/76 (Brasil, 1976) e Lei 10.409/02 (Brasil, 2002). Para os efeitos dispostos na Lei vigente, o parágrafo único do artigo 1º apresenta uma definição de drogas ilícitas, sendo elas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

Segundo Silveira (2005) a esse parágrafo se relaciona o art. 66 da mesma Lei, que define a Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998, como fonte para a especificação de quais são as drogas ilícitas. Essa definição é feita de forma parcial,

de acordo com interesses que extrapolam o campo da saúde, já que as drogas ilícitas em nada diferem de outras substâncias, também psicoativas, mas permitidas. Ficam claras, a partir de uma análise histórica, as tendências artificiais que determinam a criminalização de certas substâncias, tendo em vista que alguns produtos hoje considerados ilícitos já foram livremente comercializados e, ao contrário, outros legalmente comercializados atualmente já foram ilegais, como a cocaína ou o álcool.

A Lei 11.343/06 (Brasil, 2006) conserva muito do disposto na Lei 6.368/76 (Brasil, 1976), criada no governo de Ernesto Geisel, durante a ditadura militar. No entanto, a legislação atual estabelece penas mais gravosas e amplia o campo de punição para produtores, consumidores e distribuidores de drogas. Exemplo disso é o aumento da pena base do art. 33 para 5 anos, enquanto que na Lei 6.368/76 (Brasil, 1976) o artigo 12, equivalente ao supracitado, define a pena base para o crime em 3 anos (MENDONÇA, 2008).

A legislação também tipifica atos preparatórios, estabelecendo como conduta apenável até mesmo a posse de maquinário que possa ser usado na produção de substância ilícita, sem que o seja efetivamente, por exemplo.

A tipificação no art. 36 do custeio ou financiamento da produção ou distribuição de drogas entra em choque com a causa de aumento estabelecida no inciso VII do artigo 40, ambos determinando a mesma conduta como tipo autônomo e qualificadora, respectivamente. Ao estabelecer efeitos gravosos sob a reincidência, como impedir o livramento condicional, a Lei viola o princípio da culpabilidade pelo ato realizado, que impede a dupla punição pelo mesmo fato, incorrendo em *bis in idem*. O devido processo legal também é desrespeitado, quando a Lei delega em seu art. 60, § 1º, o ônus da prova de licitude dos bens ao acusado (MARCÃO, 2007).

Os mencionados são apenas alguns exemplos de incursões da Lei 11.343/06 (Brasil, 2006) que violam dispositivos definidos na Constituição Federal de 1988 e em outras instâncias garantidoras de direitos. Para além dessa contradição, o discurso proibicionista propagado por tal Lei busca uma forma de "combate" às drogas que já se prova ineficaz e, muitas vezes, geradora de ainda mais problemas dentro da sociedade.

1.2 Perspectiva Social e o combate às drogas

Ao utilizar-se de um discurso apelativo que retrata o consumidor, o produtor e o distribuidor de drogas como o inimigo, o legislador e os demais grupos interessados na manutenção dessas políticas proibicionistas, justificam a expansão do poder punitivo e restringem o espaço de liberdade individual – aumentando a vigilância e controle sobre toda a sociedade.

Para Greco Filho (2009) grande parte da população acredita no sistema penal como a forma ideal para a "resolução" do problema das drogas, visão corroborada pelas políticas públicas que adotam a perspectiva punitiva para responder às

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

demandas por segurança da sociedade, em muito pautadas pela crescente sensação de insegurança gerada pela associação entre criminalidade e drogas. A comoção criada dentro da sociedade contra as drogas é utilizada para validar esse discurso político, justificando a atuação mais rígida da polícia e leis mais gravosas para os tipos penais referentes às drogas.

Pesquisas realizadas com familiares e amigos próximos de dependentes de drogas mostram que, apesar de perceberem o vício como uma doença, as pessoas ainda acreditam fortemente na criminalização do traficante e, mesmo que em menor grau, do usuário. Ao mesmo tempo, reconhecem que a política nacional não garante a segurança nem restringe o acesso às drogas.

O governo, juntamente com a família, é considerado o maior responsável pela prevenção no uso de drogas ilícitas e pela assistência no tratamento. Essa perspectiva justifica a delegação completa da comunidade para as instâncias governamentais de apresentação de propostas de políticas públicas para a construção efetiva de uma sociedade mais segura, com menores índices de criminalidade (BACILA, 2007).

O posicionamento apático de parte da população, que espera que o Estado solucione o problema da criminalidade relacionada às drogas de acordo com seus interesses, é um dos fatores que dificulta a implantação de políticas públicas inovadoras para o controle do crime. O policiamento comunitário é um exemplo de projeto que precisa, além de mudanças institucionais tanto no âmbito policial quanto no governamental, da participação ativa e interessada da população para se consolidar e funcionar.

A mídia, como importante meio de formação de opinião e de disseminação de informações na sociedade, é outro fator importante no incentivo a políticas inteligentes para o controle da criminalidade.

A utilização de linguagem emocional e condenatória para retratar os envolvidos no mercado de drogas, estereotipando-os como causa de degradação da sociedade, é uma forma de reiterar a crença da população nesses indivíduos como inimigos de um convívio social saudável e de justificar as políticas proibicionistas, que expandem a área de atuação do sistema punitivo com a tipificação de mais condutas criminosas e agravando as penas existentes (SILVEIRA, 2005).

O conteúdo e a forma das notícias veiculadas pela mídia podem desencadear entendimentos muito diversos quanto ao assunto retratado, por isso a importância de serviços de comunicação conscientes que não se manifestem de forma sensacionalista, o que nem sempre ocorre no cotidiano brasileiro, povoado por veículos de informação guiados por interesses políticos e econômicos que orientam a perspectiva adotada sobre os assuntos em pauta.

Para Boiteux (2010) a pressão criada dentro da sociedade, tanto pela mídia quanto pela sociedade civil, sobre os governos para que "resolvam" o problema da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

criminalidade ao mesmo tempo justifica e incentiva medidas imediatistas, que tentam amenizar o problema no curto prazo, sem, no entanto, gerar melhorias reais no controle da questão a longo prazo.

A implementação de políticas eficientes para o efetivo controle da criminalidade não é interessante para os governantes, tendo em vista o fato de que elas não são reconhecidas, pela mídia e pela população em geral, como atitudes voltadas para a resolução do problema, que deve ser sanado de forma imediata.

2. LEGISLAÇÃO ANTIDROGAS NO BRASIL

2.1 Normativas Antecedentes

É mister iniciar a retomada histórica da legislação de drogas no Brasil a partir de 1603, em que as Ordenações Filipinas, em seu título 89 dispunham, "Que ninguém tenha em casa rosalgar, nem o venda, nem outro material venenoso". Estas normas jurídicas eram influenciadas pelo Direito Romano, do Canônico e do Germânico, pilares do direito de Portugal. Assim, tendo como parâmetro as Ordenações Filipinas, seguiu o Código Criminal do Império do Brasil, de 1830, que, segundo Greco Filho (2009), não tratou da matéria, mas o Regulamento, de 29 de setembro de 1851, disciplinou-a ao tratar da polícia sanitária e da venda de substâncias medicinais e de medicamentos.

Pouco tempo depois, houve o Código Penal de 1890, em que considerava crime expor à venda ou ministrar substâncias venenosas sem legítima autorização e sem formalidades previstas nos regulamentos sanitários. Ressalta-se: até o século XIX o Brasil não tinha implementado nenhuma política sobre as drogas, e estas eram consumidas geralmente por jovens burgueses que freqüentavam casas de prostituição da época. Outrossim, a legislação tratava sobre substâncias venenosas (CAPEZ, 2010).

Entretanto, em 1911, o Brasil se comprometeu em Haia, a realizar a fiscalização sobre o consumo da cocaína e do ópio. Neste momento é iniciado uma tentativa de controle, porém, seu consumo já ocorria na sombra da sociedade, e assim sendo, foi proliferando entre os negros, pardos, imigrantes e pobres, o que começou a incomodar o governo, fazendo com que, de fato, iniciasse a política de combate às drogas no Brasil.

Após 1914, uma onda de tóxicos invadiu o país, e os dispositivos existentes deixaram de apresentar suficiência nesse combate. Diante dessa problemática, o Decreto nº. 4.294 de 1921, regulamentado posteriormente pelo Decreto nº. 14.969 de 1921 (Brasil, 1921), previa em seu texto a internação compulsória de usuários de substâncias entorpecentes, no seu artigo 6º. Criava também estabelecimento especial para atendimento destes casos. Pouco tempo depois, na mesma linha repressiva, a maconha foi proibida a partir de 1930, e em 1933 ocorreram as primeiras prisões no território nacional por uso da droga (GUIMARÃES, 2007).

Após uma série de insucessos no embate contra as substâncias psicoativas, que se chegou ao ano de 1940, no qual foi publicado um novo Código Penal

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Brasileiro. Esse diploma legal repressivo fixou as normas gerais para cultivo de plantas entorpecentes e para transformação, extração e purificação de seus princípios ativo-terapêuticos (GRECO FILHO, 2009).

Tal dispositivo, porém, por diversas vezes foi modificado buscando abarcar a esfera punitiva e exercitar a real efetividade do regulamento. Bem assim, ocorreu alteração em 1964, com a Lei nº. 4.451/64 (Brasil, 1964), que acrescentou ao tipo penal a ação de "plantar".

Até 1968 o Brasil só criminalizava a conduta do traficante, ou seja, a criminalização do consumo de drogas foi uma imposição criada no período ditatorial, que tornou o uso tão grave quanto o tráfico de drogas. Pouco tempo depois, em 1969, o Decreto-Lei nº. 753, de 11 de agosto, contribuiu no sentido de complementar as disposições relativas à fiscalização de laboratórios que produzam ou manipulem substâncias ou produtos entorpecentes e seus equiparados, de firmas distribuidoras ou depositárias das referidas substâncias, e distribuição de amostras.

Em 1971, com a promulgação da Lei nº. 5.726/71 (Brasil, 1971), o Brasil acolhe a orientação internacional no que diz respeito às legislações antidrogas e passa a diferenciar usuário/dependente e traficante.

Nesse sentindo, Salo de Carvalho (2010, p. 138) afirma:

A legislação preserva o discurso médico-jurídico da década de sessenta com a identificação do usuário como dependente (estereótipo da dependência) e do traficante como delinquente (estereótipo criminoso). Apesar de trabalhar com esta simplificação da realidade, desde perspectiva distorcida e maniqueísta que operará a dicotomização das práticas punitivas, a Lei 5.726/71 avança em relação ao Decreto-Lei 385/68, iniciando o processo de alteração do modelo repressivo que se consolidará na Lei 6.368/76 e atingirá o ápice com a Lei 11.343/06 (CARVALHO, 2010, p.138).

Essa diferenciação restou clara na Lei nº. 6368/76 as sanções para o tráfico de drogas e as sanções para o usuário. Carvalho (2010) chama atenção de que o tratamento penal dos comerciantes varejistas e dos usuários de substâncias ilícitas na Lei nº. 6.368/1976, reclama a criação de uma rede de controle na qual o direito penal atue com rigor mesmo em casos de hiatos de punibilidade ou de baixa danosidade ao bem jurídico tutelado. Segundo Marcão (2007, p.217) com vistas na Lei de Drogas vigente e na problemática por esta solucionada:

O novo Diploma legal, apesar de estar permeado de imperfeições e suscitar várias discussões evitáveis, em sua maior parte é virtuoso, e, sem sombra de dúvida, uma de suas maiores virtudes consiste em resolver a celeuma criada com a vigência simultânea das Leis n.º 6.368/76 e 10.409/2002, pois, desde 28 de fevereiro de 2002, quando esta entrou em vigor, houve total rompimento com o princípio da segurança jurídica, sendo conhecida de todos a discussão que se estabeleceu a respeito da aplicação dos dispositivos nela contidos (MARCÃO, 2007, p.217).

Dessa maneira, passando a tratar da atual legislação sobre o tema, Lei nº. 11.343/06 (Brasil, 2006), e realizando uma análise menos crítica e mais tendente aos processos criminalizantes, pode-se até admitir que esse Diploma Legal conseguiu, de certa maneira, atingir o objetivo desejado quando da elaboração da Lei nº. 10.409/2002. Em outras palavras, a Lei nº. 11.343/2006 (Brasil, 2006) se alinhou às novas disposições mundiais de combate a psicoativos, sobretudo, diferenciando o tratamento prestado ao usuário e ao dependente de substâncias alucinógenas (mesmo que não haja previsão de critérios bem delimitados e objetivos para distinguir esses protagonistas).

Pode parecer, inicialmente, que a legislação em vigor trouxe benefícios para aqueles que são apenas usuários, pois o consumo de drogas não pode mais conduzir ninguém ao cárcere, por outro lado, se for feita uma leitura mais crítica das expressões previstas no artigo 28, da Lei de Drogas, será prontamente verificado que poucas pessoas serão caracterizadas como simples consumidoras de drogas.

Frise-se, não obstante manifestações de muitos estudiosos do tema apontem para momentos positivos do legislador, tendo como parâmetro a Lei em exercício e o tratamento destinado ao consumidor, este comando legal tem suscitado sérios questionamentos no momento de identificar e classificar determinado indivíduo como usuário ou traficante de drogas.

2.2. A Lei 11.343/2006

Em 2002, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº. 10.409/02 (Brasil, 2002), que tinha como objetivo realizar a renovação do ordenamento jurídico. No entanto, a técinica legislativa utilizada para a elaboração das disposições da Lei nº. 10.409/02 (Brasil, 2002) foi duramente criticada pela doutrina e o diploma acabou por sofrer diversos vetos pelo Presidente da República, que considerou muitos trechos ofensivos à Constituição e ao interesse público.

Nesse sentido, muito bem explanada e minuciosa é a narração acerca do percurso legislativo da Lei de Drogas exposta por Andrey e Paulo Roberto, na obra "Lei de Drogas Comentada" tendo como ponto de partida a entrada em vigor da "retalhada" Lei nº. 10.409, em 28 de fevereiro de 2002 (Brasil, 2002).

Os mencionados autores apontam que na Câmara dos Deputados, ainda no ano de 2002, todos os projetos e versões sobre a matéria foram agrupados e apensados, passando a seguir como um só, sob a rubrica de Projeto de Lei nº. 7.134/02 (Brasil, 2002)passou a tramitar sob o rito ordinário. Inexplicavelmente, a matéria foi novamente considerada urgente ao cabo do ano de 2003, sendo incluída na pauta de convocação extraordinária do Congresso Nacional, que teria lugar em janeiro de 2004.

Em vista da necessidade de apresentar a versão final para o que viria a ser a nova Lei de Drogas, foi criado um grupo de trabalho formado por técnicos de diversos setores do Poder Executivo e do Poder Legislativo. O intuito era elaborar novo substituto ao projeto de lei em tramitação, de forma que a matéria a ser

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

apresentada tivesse sido contemplada por equipe multidisciplinar, abarcando as mais variadas gamas de conhecimento sobre a questão das drogas.

A realidade dos trabalhos demonstrou, como bem exposto pelos autores acima mencionados, que o equívoco no procedimento adotado foi o de exigir que projeto de tamanha importância fosse discutido e refletido em aproximadamente duas semanas, no curso de uma convocação extraordinária da Câmara dos Deputados (GUIMARÃES, 2007).

Como se percebeu, o Projeto de Lei nº. 7.134/02 (Brasil, 2002) teve um longo e tormentoso caminho até tornar-se a Lei nº. 11.343/06 (Brasil, 2006). Tal diploma, inovadoramente, por um lado, ambicionava uma abordagem mais contemporânea e detalhada a respeito da questão das drogas, constituindo políticas públicas modernas e, até então consideradas apropriadas, a partir da coleta, análise e disseminação de informações sobre drogas; por outro lado, não estabeleceu critérios objetivos capazes de distinguir usuário e traficante, bem assim, tacitamente, delegou tal função ao julgador, aplicador do Direito, dando margem a distorções e, por conseguinte, injustiças.

Mendonça (2008) afirma que era nítida a preocupação com a reintegração social de usuários e dependentes de drogas, estabelecendo notadamente a responsabilidade da rede pública de saúde na criação e aperfeiçoamento de programas de cuidado ao usuário e ao dependente de drogas, consoante diretrizes a serem instituídas pelo Ministério da Saúde. Tratando, pois, o usuário como um problema médico, por outro lado, o traficante é considerado um "caso de polícia", sendo alvo de sanções desproporcionais, arbitrárias e desconectadas com a realidade.

Em suma: após vetos presidenciais que não alteraram a essência do projeto, acabou por ser sancionada a Lei nº. 11.343/06 (Brasil, 2006). Assim, a atual legislação sobre drogas veio ao ordenamento jurídico com diversos pontos falhos, e alguns deles serão individualmente apontados por esse trabalho.

3 ASPECTOS PENAIS E PROCESSUAIS DA LEGISLAÇÃO ANTIDROGAS

Verifica-se, portanto, que o artigo 40 previu um aumento de um sexto a dois terços da pena para algumas hipóteses verificadas dos tipos dos artigos 33 a 37 desta Lei, que são justamente as condutas mais graves e que se referem ou circundam o tráfico de drogas e que vão desde o tráfico e similares (art. 33) até a colaboração mediante informação (art. 37), e estão incluídos na possibilidade de aumento de sanção, desde que preenchidos os requisitos adiante comentados, aplicando-se nesse caso na terceira fase do cálculo da pena, depois de estabelecida a pena-base (primeira fase), calculadas as atenuantes e agravantes (segunda fase), daí então incide o referido aumento de pena (terceira fase).

3.1 Aspectos Penais

O primeiro ponto a ser considerado refere-se a uma das majorantes estabelecidas no artigo 40 do diploma em análise:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: [...] III – a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;[16]

Como dito, uma dessas majorantes merece especial atenção. O inciso III prevê o aumento de pena para um número enorme de lugares, "deixando de fora praticamente o espaço aéreo". Interessante notar que o legislador lembrou de muitos lugares sociais que tornam mais reprováveis as ações do tráfico, mas talvez por estar sendo conduzido por estigmas deixou de mencionar o lugar mais importante: "o lugar pobre" (BACILA, 2007).

Não se trata de novidade alguma, é nas favelas, nos bairros esquecidos pelo Estado, nas regiões da fome e da desesperança onde se deveria reprimir o tráfico de drogas, sem contudo reprimir os habitantes pobres, oferecendo-se para estes últimos a proteção contra agentes do tráfico. Nas palavras do autor em destaque:

Mas, é claro, como é forte a idéia de que o Estado/Polícia deve sempre invadir as áreas pobres para combater o crime, esquece-se dos milhões de seres humanos que tanto precisam da polícia, da escola, da praça pública, do cinema, da inclusão social, da aceitação plena etc. Mas a adoção de meta-regras/ estigmas transforma pessoas em seres estranhos, vizinhos em *outsiders*, irmãos em estigmatizados (BACILA, 2007, p.237).

Tal dispositivo e sua interpretação doutrinária deixam claro que o sistema penal, especialmente a Lei de Drogas, é permeado de ideias seletistas e que estão longe de serem afastadas do ordenamento jurídico. O segundo ponto que merece ênfase refere-se a minorante prevista no artigo 41 da mesma Lei.

Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.

Ainda na visão de Carlos Roberto, tem sido objeto de muitas críticas o instituto da delação de pessoas por um dos autores ou partícipes para apurar a total autoria e participação do crime e consequentemente beneficiar o delator.

Outro dispositivo da Lei º. 11.343/06 (Brasil, 2006) que merece especial atenção apresenta o seguinte teor*: "*Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente."

Tal preceito é a expressão maior da atuação da seletividade penal na Lei de Drogas e do inegável poder atribuído ao julgador no momento da quantificação da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

pena, já que os critérios para essa fixação são extremamente amplos e não limitam o poder de atuação do aplicador do direito.

Soma-se à tese exposta o fato de os antecedentes criminais serem utilizados para agravar a pena do condenado, violando, portanto, o Princípio Constitucional da Presunção de Inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Carta Magna de 1988. Ademais, outro aspecto penal da Lei que merece ser evidenciado é o seguinte:

Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são inafiançáveis e insuscetíveis de *sursis*, graça, indulto, anistia e liberdade provisória, vedada a conversão de suas penas em restritivas de direitos.

Parágrafo único. Nos crimes previstos no *caput* deste artigo, dar-se-á livramento condicional após o cumprimento de dois terços da pena, vedada sua concessão ao reincidente específico.

Bem assim, uma questão deve ser resolvida diz respeito a (in)constitucionalidade do artigo 44, já que a Carta Magna especificou que os crimes que merecem o tratamento mais rigoroso são os de "tráfico de entorpecentes e afins". Se no caso concreto o autor demonstrar que sua ação criminosa, por exemplo, a de colaborador como informante prevista no artigo 34, não configurou exatamente o tráfico; com base nesse argumento, seria válido o questionamento da inconstitucionalidade das fortes restrições legais previstas para os tipos de tráfico.

É inegável que a Lei nº. 11.343/06 (Brasil, 2006) estabelece tratamento desproporcional aos traficantes de drogas quando comparado a outras espécies de crimes, a exemplo do homicídio, que o seu autor pode ser destinatário de uma pena menos gravosa do que à prevista para o traficante; tratando-se, pois, de uma heterogeneidade de tratamento, aberração legislativa e de um grande absurdo!

Por último, outros aspectos penais da Lei de Drogas também merecem destaque e podem ser alvo de críticas, entretanto, este trabalho não se propõe a esgotar o tema, limitando-se aos aspectos da Lei relacionados ao título do presente trabalho.

3.2 Aspectos Processuais

Na mesma esteira argumentativa do tópico anterior, complementando-o, alguns pontos processuais penais da Lei de Drogas- relacionados à temática abordada neste trabalho monográfico- merecem destaque.

Primeiramente, enfatiza-se a conexão prevista no artigo 40, parágrafo 1º:

Art. 48, §1º. O agente de qualquer das condutas previstas no art. 28 desta Lei, salvo se houver concurso com os crimes previstos nos arts. 33 a 37 desta Lei, será processado e julgado na forma dos arts. 60 e seguintes da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Criminais.[24]

O dispositivo legal determina que, se houver o cometimento do crime do artigo 28 (uso pessoal), que o agente seja processado e julgado nos termos da Lei nº. 9.099/95 (Brasil, 1995), assim, sendo aplicados os institutos despenalizadores da composição civil e da transação penal, salvo se houver conexão com qualquer dos

crimes dos artigos 33 a 37 da Lei (crime de tráfico e equiparados). Portanto, se houver conexão entre os crimes do artigo 28 com o 33, por exemplo, o agente responderá, por ambos os delitos, perante o rito do crime de tráfico, trata-se, pois, de grave violação ao princípio da proporcionalidade.

O seguinte exemplo ilustra que tal imposição não merece prosperar, visto que dá margem à gritante injustiça e desproporção: um indivíduo é preso, de um lado, por atirar em um policial (art. 121 do CP) e estar fazendo uso de drogas (art. 28), e outro, por outro lado, é preso por fabricar aparelho para a produção de drogas (art. 34) e trazer drogas consigo para consumo pessoal (art. 28). O primeiro terá os benefícios da Lei nº. 9.099/95 (Brasil, 1995), mas o segundo, não. Seria no mínimo uma leviandade jurídica, um verdadeiro absurdo que fere a lógica do razoável.

Como bem se sabe, a Lei de 2006 adotou um tratamento benéfico e educativo em favor do consumidor de drogas, demonstrando sua política criminal; portanto, este não pode ser preso em flagrante delito, mas é permitido sua prisão captura, aquela que tem o escopo de levá-lo à presença da autoridade judicial.

A Lei retirou do delegado de polícia, em tese, o princípio da autoridade, ou seja, o usuário da substância ilícita é levado, imediatamente, à presença do juiz competente, e não mais do delegado de polícia. Nas palavras do autor acima mencionado: "Grave erro e inútil medida, considerando as dimensões do Brasil, pois não há juiz, 24 horas por dia, no JECRIM e nem JECRIM em todos os Estados" (MENDONÇA, 2008).

Pois bem, indaga-se: será o policial (civil ou militar) que encontrar o consumidor com a droga, quem deverá fazer a análise do enquadramento no artigo 28 ou no artigo 33, por exemplo? Apesar de a lei estabelecer que a autoridade judicial que fará essa subsunção, a realidade fática vai na contramão do quanto estabelecido pelo legislador, por ausência de estrutura do Poder Judiciário, consoante texto abaixo*:*

Art. 28. § 2º. Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, **o juiz**atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. (grifo nosso).[26]

Esse dispositivo legal também demonstra a atuação da seletividade penal na Lei de Drogas, bem como a discricionariedade do julgador, além da absoluta falta de critérios objetivos e pré-delimitados para distinguir o usuário do traficante. Os elementos postos como norteadores são inócuos, já que cada aplicador da norma poderá interpretá-lo de uma maneira diferente, posto que não estão legalmente previstos parâmetros capazes de, por exemplo, estabelecer a quantidade de drogas apta a enquadrar o agente como traficante e não, como usuário.

Ademais, é inegável que aqueles que vivem nos morros e nas favelas estão infinitamente mais propensos a serem enquadrados como traficantes, mesmo que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

estejam apenas consumindo a droga, já que as "circunstâncias pessoais e sociais" é fator determinante nessa diferenciação.

O próximo ponto que merece destaque é o que trata da prisão em flagrante e do laudo prévio, vejamos o comando legal:

Art. 50. §1º. Para efeito de lavratura do auto de prisão em flagrante e estabelecimento da materialidade de delito, é suficiente o laudo de constatação da natureza e quantidade da droga, firmado por perito oficial ou, na falta deste, por pessoa idônea.[28]

O laudo é para lavrar a prisão em flagrante e também para constatar a materialidade do delito. Não há como o usuário ser levado à presença do juiz sem que se saiba se a substância com ele apreendida é entorpecente ou não. Logo, a realização do exame é obrigatória quando se tratar do artigo 28 da Lei em comento.

O laudo prévio tem a natureza jurídica de uma condição específica de procedibilidade, sem a qual não pode haver prisão em flagrante e, embora a Lei seja silente, a melhor interpretação é a de que também não pode haver o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público. Assim, enquanto não houver a comprovação da natureza da substância, não poderá, legitimamente, haver instauração do processo-crime.

CONCLUSÕES

A partir da análise dos discursos iniciais dos parlamentares no decorrer do processo de tramitação da Lei 11.343/06, percebe-se a preocupação destes em preservar direitos e garantias aos usuários de drogas ilícitas, apesar de elevarem a pena mínima de três anos para cinco anos aos traficantes, nota-se que havia um avanço na política criminal de drogas brasileira.

Durante a vigência da Nova Lei, o indiciamento de pessoas pelo delito de tráfico de drogas aumentou, na medida em que as incriminações por uso de entorpecentes diminuiu. Conforme abordado no terceiro capítulo desta pesquisa, em 2005 o número de presos e presas por delitos relacionados às drogas era de 32.880 mil, já em 2013 era de 146.276 mil.69 Esse aumento significativo diverge da finalidade originalmente almejada pela Nova Lei.

Os protagonistas deste fenômeno são policiais, promotores de justiça e juízes, em virtude do poder de discricionariedade a eles outorgado pela própria legislação, ao determinar critérios subjetivos para que decidam quem receberá um tratamento mais brando ou mais severo. Compreende-se então, consoante exposto neste trabalho, que a população pobre, jovem, de baixa escolaridade, negra e moradora de periferia, em regra, é o alvo das consequências da política criminal de drogas.

Conclui-se, portanto, que após dez anos de vigência da Lei 11.343/06 é nítido que a política de segurança pública adotada em relação às drogas precisa ser refletida, tendo em vista que este modelo atende somente aos clamores da sociedade sedenta por castigo, a fim de excluir e controlar aqueles que não correspondem aos padrões do mundo globalizado. Desse modo, cabe provocar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

atitudes e maiores reflexões sobre políticas criminais de drogas e de segurança pública, diante da ineficiência das adotadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACILA, Carlos Roberto; RANGEL, Paulo. **Comentários penais e processuais penais à Lei de Drogas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BOITEUX, Luciana. ***Breves considerações sobre a politica de drogas brasileira atual e as possibilidades de descriminalização.*** Boletim Ibccrim, São Paulo, v.18, n.217, dez, 2010.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 24 de jul.2019.

BRASIL. LEI 11.343 DE 23 DE AGOSTO DE 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em 28 de jul.2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, 5ª edição, São Paulo, Saraiva, 2010, V.04.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil**. 5. ed. ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GRECO FILHO, Vicente**. Tóxicos: prevenção-repressão**. 13. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUIMARÃES. Isaac Sabbá. **A nova orientação político-criminal para o crime do uso de droga**. Brasília. Revista CEJ Ano XI, n. 37, p. 44-47, abr./jun. 2007.

KARAM, Maria Lucia. Lei 11.343/06: **novos e repetidos danos aos direitos fundamentais**. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 14, nº 167, 2006.

MARCÃO, Renato. **A nova Lei de Drogas e seus reflexos na execução penal**. **O Estado do Paraná**, [Curitiba], 29 jul. 2007.

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Lei de Drogas comentada artigo por artigo**. 2. ed. ampl. São Paulo: Método, 2008.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge, ***Drogas e politica criminal: entre o direito penal do inimigo e o direito penal racional. In drogas: aspectos penais e criminológicos***. Corrd. Miguel Reale Jr. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

[1] Prof. Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA.

www.conteudojuridico.com.br

DIREITO A EDUCAÇÃO - A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO DIREITO À EDUCAÇÃO

DIANA PAIXÃO COSTA DE OLIVEIRA COSTA:
Bacharelando em Direito e Graduada em Pedagogia pela Universidade Federal do Amazonas.

MARIA SUELY C. ALMEIDA

(Orientadora)

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 - HISTÓRIA DA EDUCAÇÃO BRASILEIRA: DOS JEUITAS A DEMOCRACIA. 1.1 - A Participação dos Jesuítas na Educação Brasileira. 1.2 - O Método Educacional Jesuítico. 1.3 - Marquês de Pombal e as reformas Educacionais no Brasil. 2 - A EDUCAÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES REVOGADAS BRASILEIRA. 2.1 - O Ensino na Constituição De 1824 - Brasil Império. 2.2 - O ensino na constituição de 1891 - Brasil República. 2.3 - O Ensino na Constituição de 1934 – Segunda República. 2.4 - O Ensino na Constituição de 1937. – Estado Novo. 2.5 - O Ensino na Constituição de 1946. 2.6 - O Ensino na Constituição de 1967 – Regime Militar. 2.7 - Direito a educação na Constituição de 1988 a Constituição Cidadã: um direito público subjetivo. 2.7.1 - O Direito à Educação como um Direito Fundamental. 3 - OS INSTRUMENTOS DE REGULAMENTAÇÃO EDUCACIONAL E APLICAÇÃO DA NORMA EDUCACIONAL. 3.1 - O Direito Fundamental á Educação e a sua efetividade. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

RESUMO: O presente trabalho aborda o tema proposto, qual seja, o estudo da Responsabilidade do Estado no Direito à Educação , a partir da previsão constitucional dos art. 3°,6º e dos art. 205 a 214 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, através de um relato histórico, que vai desde o período do colonialismo brasileiro, adentrando ao período imperial, retrata fatos ocorridos no período republicano, no regime ditatorial que se instalou 1964, e a promulgação do atual texto constitucional em 1988 e da nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação - Lei 9.394, de 1996. O estudo prossegue discutindo especificamente o Direito Fundamental e Subjetivo à Educação. Por fim discute-se o Direito Educacional em âmbito nacional, e sua aplicabilidade em relação ao atual sistema educacional brasileiro.

Palavras-chave: Direito, Educação, Estado e Direito Educacionais.

Abstract: This paper discusses the proposed theme, namely, the study of the State responsibility in the right to education, from the constitutional prediction of art. 3 °

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

6 º and art. 205 to 214 of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, through a historical report, which goes from the period of Brazilian colonialism, entering the imperial period, portrays facts that occurred in the Republican period, in the dictatorial regime that Installed 1964, and the promulgation of the current constitutional text in 1988 and the new law of directives and Bases of education-law 9,394, of 1996. The study continues to discuss specifically the law Fundamental and Subjective to education. Finally , the educational law is discussed at national level, and its applicability in relation to the current Brazilian educational system.

Keywords: law, education, State and educational law.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho consiste em uma pesquisa teórica a fim de mostrar a responsabilidade do Estado no Direito a Educação com qualidade, a necessidade de investir em políticas públicas educacionais, e mostrar a educação como um direito social e como direito público subjetivo, pois para se compreender a carência educacional, é preciso conhecer e entender o contexto em que a educação brasileira se desenvolveu.

Falar da educação, enquanto dever do Estado e mostrar que a realidade social não foge ao controle do Direito e historicamente sucinta debates e discussões em torno da necessidade de eliminar as diferenças sociais, por meio da educação. Assim as discussões oscilam entre a responsabilidade do Estado e a luta pela conquista desse direito para coletividade.

O estudo foi impulsionado por acontecimentos recorrentes no âmbito do Direito a educação como direito fundamental e subjetivo, podendo enfatizar dentre as problemáticas os instrumentos que regulamenta a educação na efetiva aplicação da norma, a busca da população por formação intelectual e profissional, em instituições públicas e a ação do Estado como grande gestor da educação nacional na falta de prioridade nas Políticas Públicas Educacionais.

Nas escolas públicas constatou-se que o assistencialismo e a ineficiência de políticas públicas são evidências do descaso do Estado para o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

desenvolvimento de uma educação de qualidade, sendo esses alguns dos determinantes do descumprimento da norma no art. 205 e 206 da CF/88 e LDBEN 9.394/96

Mostrar que o direito à educação constitui um direito fundamental e social, no qual o Estado tem o dever de garantir a todos o acesso, pois contribui no desenvolvimento social do homem, definido nas Políticas Públicas Educacionais a garantia do acesso de escolas para todos e desenvolver um ensino de qualidade.

1- HISTÓRIA DA EDUCAÇÃO BRASILEIRA: DOS JESUÍTAS A DEMOCRACIA.

Há muitas fases na evolução da educação, que perpassa pela educação prática, que era o treino nos processos para obtenção de alimento, vestuário e abrigo, pode-se enfatizar na linha histórica: Pré-história, Idade Antiga, Idade Média, Idade Moderna e Contemporânea, pois são situações de natureza direta e permanente para toda a vida do ser humano, a educação teórica que consiste na transmissão formal as gerações mais jovens na construção de conhecimentos e atitudes necessárias para integração do homem à sociedade.

A história da Educação no Brasil inicia-se em 1549 com a vida de jesuítas em companhia do primeiro governador-geral Tomé de Souza e por muito tempo ficou quase que exclusivamente na responsabilidade dos padres da Companhia der Jesus o ensino público, depois iam para Universidade de Coimbra em Portugal, onde iam estudar os brasileiros, depois até os meados do século XIX. Embora destinados a formação do clero, catequese e instrução de gentios, criando a escola de primeiras letras e instalando escolas para formação de sacerdotes para obra, também prepararam jovens para os estudos superiores, em universidades fora do país.

1.1 - A participação dos Jesuítas na Educação Brasileira

A educação no período colonial esteve a cargo de forma hegemônica, dos padres e irmãos da Companhia de Jesus, durante os anos de 1549 a 1759.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Diante das dificuldades encontradas no regime de Capitanias Hereditárias[1], que eram administradas por seus donatários, a Coroa portuguesa resolve, em 1548, centralizar o poder e nomear um governador geral[2] para o Brasil, que tinha como objetivo promover a centralização administrativa da Colônia como forma de torná-la mais lucrativa e assim iniciando uma nova fase da história colonial brasileira. Nesta nova fase originou-se uma sociedade altamente patriarcal, dos donos de terras com grandes propriedades e que contribuiu para o florescimento de mão-de-obra escrava e autoridade sem limite. o Governo Geral, é o primeiro representante do poder público na colônia, que tinha como obrigação não substituir, e sim apoiar as capitanias a fim de que, o processo de colonização conseguisse um desenvolvimento normal. Em cumprimento ao processo de colonização, chegam, com Tomé de Souza[3], quatro padres e dois irmãos jesuítas, chefiados por Manoel da Nóbrega que comandou a primeira missão da ordem religiosa em 1549. O estilo medieval europeu da cultura transmitida pelos jesuítas correspondia às exigências necessárias para a sociedade que nascia, do ponto de vista da minoria dominante. A organização social da colônia e o conteúdo cultural se relacionavam harmonicamente. Uma sociedade latifundiária, escravocrata e aristocrática, sustentada por uma economia agrícola e rudimentar, não necessitava de pessoas letradas e nem de muitos para governar, mas sim de uma massa iletrada e submissa.

As primeiras tarefas dos jesuítas foram a conversão e a catequese dos gentios, ou seja, dos índios; a catequese e o ensino das primeiras letras às crianças brancas; o pastoreio das antigas ovelhas, dos cristãos brancos que viviam no Brasil. Dessas atividades, aquelas que talvez tenham mais ocupado a atenção e a ação foi a conversão e a catequese dos nativos da terra. Para Nóbrega e outros jesuítas, educar os índios, ou seja, catequizá-los, convertê-los, era como escrever em um papel em branco, porque eles não tinham nenhuma religião, não acreditavam em deuses, enfim, não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

tinham uma racionalidade religiosa anterior que dificultasse a absorção da novidade cristã.

Os jesuítas assumiram a educação elementar que inicialmente era formada para os curumins, dos filhos dos senhores de engenho, dos colonos, e dos escravos africanos que ocorreu fora dos colégios e das missões e sim dentro dos engenhos. A todos procuravam transformar em filhos da Companhia de Jesus e da Igreja, exercendo grande influência na população. A educação pensada pela Igreja Católica, tinha como objetivo converter a alma do índio brasileiro à fé cristã.

> Havia uma divisão clara de ensino: as aulas lecionadas para os índios ocorriam em escolas improvisadas, construídas pelos próprios indígenas, nas chamadas missões; já os filhos dos colonos recebiam o conhecimento nos colégios, locais mais estruturados por conta do investimento mais pesado. (RODRIGUES, 2018,p 01)

O principal objetivo da Companhia de Jesus era o de recrutar fiéis e servidores. A catequese assegurou a conversão da população indígena à fé católica e sua passividade aos senhores brancos. A educação média era totalmente voltada para os homens da classe dominante, exceto as mulheres e os filhos primogênitos, já que estes últimos cuidariam dos negócios do pai.

A educação superior na colônia era exclusivamente para os filhos dos aristocratas que quisessem ingressar na classe sacerdotal; os demais estudariam na Europa, na Universidade de Coimbra. Estes seriam os futuros letrados, os que voltariam ao Brasil para administrá-lo.

Ainda fazendo uma análise sobre o plano de estudo para os cursos superiores e secundários para os filhos dos aristocratas o Ratio ataque Institutio Studiorum Societatis Iesu [4] organizou currículos muito precisos e pormenorizados.

I – Currículo Teológico. 4 anos.

a. Teologia escolástica. 4 anos; dois professores, cada qual com 4 horas por semana. A.9.
b. Teologia moral. 2 anos. Dois professores com aulas diárias ou um professor com duas horas por dia. A.12.
c. Sagrada Escritura. 2 anos com aulas diárias. A. 6.

d. Hebreu. 1 ano, com duas horas por semana. A. 7-8; Eb. 3.
e. A revisão de 1832 ao currículo teológico acrescentou, com disciplinas autônomas, o Direito Canônico e a História Eclesiástica, estudada no século XVI, só ocasionalmente.

II – Currículo filosófico.

a. 1º. Ano – Lógica e introdução às ciências; um professor; 2 horas por dia. Fa-7; 9.
b. 2º. Ano – Cosmologia, Psicologia, Física – 2 horas por dia. Fa.-7-10. Matemática – 1 hora por dia. A-20.
c. 3º. Ano – psicologia, Metafísica, Filosofia Moral – dois professores. Duas horas por dia. Fa-7-11; Fb-2.

III – Currículo Humanista.

O currículo humanista, corresponde ao moderno curso secundário, abrange no Ratio 5 classes:

1 – Retórica.

2 – Humanidades.

3 – Gramática Superior.

4 – Gramática Média.

5 – Gramática Inferior.

Os jesuítas atuaram não só no ensino das primeiras letras, mas abriram também os cursos de Letras e Filosofia, na época considerada secundário, e o curso de Teologia e Ciências Sagradas, de nível superior, para a formação de sacerdotes para a Companhia. No curso de Letras estudava-se Gramática Latina, Humanidades e Retórica; e no curso de Filosofia estudava Lógica, Metafísica, Moral, Matemática e Ciências Físicas e Naturais.

A sociedade que os padres conheciam e que procuravam reproduzir no Novo Mundo revolucionava seus hábitos e reorganizava o seu cotidiano. A leitura, a escrita e o cálculo eram os conteúdos próprios da instrução que davam base para a compreensão das Sagradas Escrituras e a sustentação da ordem social.

A educação letrada no Brasil colonial era direcionada somente aos homens. As mulheres não tinham acesso aos colégios e eram educadas somente para a vida doméstica e religiosa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> O modelo implantado pelos jesuítas ou "Soldados de Cristo", designação dada aos religiosos da Companhia de Jesus será instrumento de dominação da metrópole e nesse ínterim a educação assumiria um papel de agente colonizador Podemos destacar segundo Saviani (2010) que os Jesuítas trabalharam com a colonização, educação e catequese. Configurando-se em um processo de aculturação em que os nativos tiveram a cultura e educação depreciada. (Nascimento, Rodrigue, Domiciano, & Oliveira, 2012, p. 3)

Embora os jesuítas tivessem o apoio da Coroa, inicialmente, com as mudanças ocorridas no Brasil Colônia e a reconfiguração dos interesses de Portugal, o apoio acabou dando lugar para o início de conflitos. Essa disputa de interesses atingiu seu ápice durante as Guerras Guaraníticas[5], conflito travado entre Portugal e Espanha contra índios e jesuítas durante os anos de 1753 a 1756 pelo controle do aldeamento de Sete Povos das Missões. Tal conflito foi suficiente para o estadista português marquês de Pombal, acusando os jesuítas de conspirar contra o Estado, expulsou-os de Portugal e de seus domínios em 1759, confiscando seus bens.

Até ser expulsa do Brasil, a Companhia de Jesus criou 25 residências, 36 missões e 17 colégios e seminários. O Vaticano extinguiu a ordem Companhia de Jesus em 1773.

1.2 - O método educacional jesuítico

Historicamente a ordem Companhia de Jesus tinha como documento norteador o Ratio Studiorum, o Código de ensino que regulamentava o plano de estudos, e pautaram a organização e a atividade dos colégios que a Companhia de Jesus fundou e dirigiu durante cerca de dois séculos. Tinha por finalidade ordenar as atividades, funções e os métodos de avaliação nas escolas jesuíticas.

Conforme Franca (1952 p.21 e 22) em sua obra apresenta um quadro elaborado com as regras de estudos representado pelo Ratio, caracteriza-se como um manual prático, cujo objetivo é auxiliar o trabalho do professor.

Este método contém 467 regras, cobrindo todas as atividades dos agentes envolvidos ao ensino.

I	**A**. Regras do Provincial.	1-40
	B. Regras do Reitor.	1-24
	C. Regras do Prefeito de Estudos Superiores.	1-30
II	**D**. Regras comuns a todos os professores das Faculdades Superiores	1-20
	E. Regras particulares dos professores das Faculdades Superiores.	
	Ea. Professor de Escritura	1-20
	Eb. Professor de Hebreu	1-05
	Ec. Professor de Teologia	1-14
	Ed. Prof. de Teologia Moral	1-10
	F. Regras dos Professores de Filosofia.	
	Fa. Professor de Filosofia	1-20
	Fb. Professor de Filosofia Moral	1-4
	Fc. Professor de Matemática	1-3

III	**G**. Regras do Prefeito de Estudos Inferiores	1-50
	H. Regras dos exames escritos.	1-10
	I. Normas para a distribuição de prêmios.	1-13
	J. Regras comuns aos professores das classes inferiores.	1-30
	L. Regras particulares dos professores das classes inferiores	
	La. Retórica	1-20
	Lb. Humanidades	1-10
	Lc. Gramática Superior	1-10
	Ld. Gramática Média	1-10
	Le. Gramática Inferior.	1-09

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

	M. Regras dos estudantes da Companhia.	1-11
	N. Regras dos que repetem a Teologia	1-14
	O. Regras do Bedel.	1-07
	P. Regras dos estudantes externos	1-15
	Q. Regras das Academias	
IV	Qa. Regras gerais	1-12
	Qb. Regras do Prefeito	1-15
	Qc. Academia de Teologia e Filosofia	1-11
	Qd. Regras do Prefeito desta Academia	1-4
	Qe. Academia de Retórica e Humanidades	1-7
	Qf. Academia de Gramáticos	1-8

> Mesmo utilizado nos diversos colégios que a Companhia fundou e, portanto, estando presente em distintas regiões por quase dois séculos, o Ratio nos permite compreender que os colégios fundados pelos jesuítas não permaneceram estáticos durante esse período. Ao contrário, o documento possuía certa flexibilidade para adaptações de acordo com as necessidades. A regra 39 do Provincial, por exemplo, admite "modificação para maior progresso das letras", procedimento que necessitava ser comunicado ao geral, uma vez que as decisões deveriam se aproximar o máximo possível da organização geral dos estudos (Toyshima, Montagnoli, & Costa, 2012, p. 9)

1.3 - Marquês de Pombal e as reformas Educacionais no Brasil

Diante do fracasso do império português em evoluir de uma economia mercantilista para uma economia industrial, o Rei D. José I nomeou um ministro português para iniciar mudanças administrativas em Portugal e dentre as várias reformas que iria mudar a economia portuguesa esta, a primeira reforma educacional do Brasil executada pelo Marques de Pombal[6].

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Na primeira metade do século XVIII, Portugal era administrado pelo Marques de Pombal, que fez uma série de reformas educacionais que repercutiram no Brasil**,** que partiu de interesses particulares em prol do alargamento econômico português, dentre as reformas está a expulsão dos jesuítas de Portugal, através de um decreto em 1759, ruindo o sistema de educação montado pelos padres em terras brasileiras.

Mesmo com todas as estruturas, organização e regras pedagógicas e administrativas, a educação jesuítica não satisfazia o Marquês de Pombal, porque as escolas da Companhia de Jesus atendiam aos interesses da fé, enquanto Pombal se preocupava em atender os interesses do Estado.

> Outros motivos fizeram com que os jesuítas fossem expulsos: eles não obedeciam e/ou não respeitavam o Tratado dos Limites entre Portugal e Espanha e havia divergências quanto à forma, posse e domínio com que os jesuítas tomavam e mantinham os indígenas brasileiros. A forma com era feito o tratamento aos nativos colocava em dúvida se mantinham as regras da coroa; "Pombal acusava a atuação dos jesuítas com os indígenas do Brasil", pois "segundo ele, os homens brancos eram apresentados aos índios como maus, como mais interessados no ouro do que em qualquer coisa e, mais grave, prontos para atrocidades" (Conceição,2017 apud Costa, 2011, p. 75).

Essa discordância de objetivos cominou com a expulsão dos jesuítas e a educação brasileira passou a vivenciar uma grande ruptura histórica, de um processo já implantado e consolidado como modelo educacional.

Com a escola pública estatal e laica, administrada pelo estado, nasce alocação de recursos financeiros e de recursos humanos para este fim, tendo suas disciplinas submetidas ao poder real, autônomas visando fortalecer o centralismo, por meio dos agentes educativos pagos e controlados pelo Estado, formar os quadros administrativos e políticos aos seus serviços, próprio do despotismo.

O Estado começou a elaborar leis sobre o ensino, cobrar impostos no sentido de recuperar a economia através de uma concentração do poder real e de modernizar a cultura portuguesa, reforçando o Pacto

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Colonial[7]. A regra era destruir e/ou abolir a influência da Companhia de Jesus. Isso ocorreu porque o Marquês de Pombal tinha interesses econômicos como objetivo. Sua real pretensão era transformar Portugal numa metrópole capitalista para competir com os demais países da Europa. Para isso ser concretizado, era preciso acabar com a escravidão dos índios.

> "Pombal desejou também ter uma nobreza e uma burguesia mais intelectualizadas, para incentivar o desenvolvimento cultural, artístico e científico, com profissionais capacitados para poder assumir os cargos públicos" (Seco; Amaral, 2006).

Mesmo assumindo a responsabilidade pela instrução publica o Marques de Pombal o ensino continuou enciclopédico, com objetivos literários e com métodos pedagógicos autoritários e disciplinares, abafando a criatividade individual e desenvolvendo a submissão às autoridades e aos modelos antigos. Até os professores eram, em sua maioria, os mesmos que lecionavam nos colégios jesuítas. As reformas pombalinas causaram uma queda no nível do ensino, pois colocou o ensino a serviço dos interesses civis e políticos do império português.

É importante destacar que a reforma pombalina no Brasil não foi implementada no mesmo momento e da mesma forma que em Portugal.

> Foi de quase trinta anos o tempo de que o Estado português necessitou para assumir o controle pedagógico da educação a ser oferecida em terras brasileiras; da completa expulsão dos jesuítas e do desmantelamento sistemático de seu aparelho educacional, dos métodos aos materiais didáticos, até a nomeação de um Diretor Geral dos Estudos que deveria, em nome do Rei, nomear professores e fiscalizar sua ação na colônia. (Seco & Amaral, p. 6)

As reformas educacionais, que eram feitas através de decretos, tinham o intuito em utilizar-se da instrução pública como instrumento ideológico e com a intenção de dominar e dirimir a ignorância que grassava na sociedade.

Em 1759, a Coroa portuguesa, através do Alvará de 28 de junho, extinguiu todas as escolas reguladas pelo método jesuítico e estabeleceu um novo sistema que visava a recuperar os ideais da pedagogia humanista, o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ensino secundário, que ao tempo dos jesuítas era organizado em forma de curso e passa a ser através de aulas régias ou avulsas de Latim, Grego, Filosofia e Retórica, que deveriam suprir as disciplinas antes oferecidas nos extintos colégios jesuítas. Essas aulas régias não impediram, no entanto, o funcionamento dos Seminários e Colégios de outras ordens religiosas. Contudo, esses não conseguiram alcançar o caminho feito pelos jesuítas em suas instituições.

Cria o cargo de diretor geral dos estudos, determinava a prestação de exames para todos os professores, que passaram a gozar do direito de nobres, proibia o ensino público ou particular sem licença do diretor geral dos estudos e designava comissários para o levantamento sobre o estado das escolas e professores.

entre as reformas realizadas por Pombal e que afetaram a colônia brasileira pode-se destacar:

19/05/1759	Criação da Aula do Comércio em Portugal;
28/06/1759	Fechamento dos Colégios dos Jesuítas e criação das aulas avulsas de Gramática Latina, Grega e Hebraica, Retórica e Filosofia;
06/07/1759	Indicação do Diretor Geral dos Estudos e determinação dos concursos para professores;
03/09/1759	Expulsão geral dos Jesuítas;
20/12/1759	Proibição do uso dos livros dos Jesuítas;
05/04/1768	Criação da Real Mesa Censória;
04/06/1771	Atribuição da responsabilidade pelos Estudos Menores à Real Mesa Censória;
08/08/1772	Aprovação dos novos Estatutos da Universidade;
06/11/1772	Lei e Mapa dos Estudos Menores e instrução dos professores;
10/11/1772	Criação do Subsídio Literário.

Em cumprimento a ele, ainda neste mesmo ano foi aberto, no Brasil, um inquérito com o fim de verificar quais os professores que lecionavam sem licença e quais usavam os livros proibidos. Foram realizados concursos para provimento das cátedras de latim e retórica na Bahia, o que parece ter havido também no Rio. Foram enviados dois professores régios portugueses para Pernambuco.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Portugal logo percebe que a educação no Brasil está estagnada e fadada a total fracasso e uma das soluções foi em abreviar os estudos, mas a maior preocupação era formar o perfeito nobre e para isso simplificaram a aprendizagem do latim, para o rápido ingresso nos cursos superiores.

Segundo Souza (2004) com a expulsão dos Jesuítas a situação educacional na colônia piora cada vez mais. Na tentativa de resolver os problemas e reclamações apontadas, o governo criou em 1772, o Subsídio Literário, ou seja, um imposto especial para financiar o ensino. Este subsídio era um imposto sobre a carne verde, o vinho, o vinagre e a aguardente.

Após a extinção do Diretor de Estudos criou-se o alvará de 04 de junho 1768-1771 com a Real Mesa Censória[8] que tinha o objetivo de transferir, na totalidade, para o Estado a fiscalização das obras que se pretendessem publicar ou divulgar no Reino, o que até então estava a cargo do Tribunal do Santo Ofício, do Desembargo do Paço e do Ordinário. Controlaria também os livros e em 1787 transformou-se em Real Mesa da Comissão sobre o exame e a censura dos livros extinta em 1794.

> Com os recursos deste imposto, chamado subsídio literário, além do pagamento dos ordenados aos professores, para o qual ele foi instituído, poder-se-iam ainda obter as seguintes aplicações: 1) compra de livros para a constituição da biblioteca pública, subordinada à Real Mesa Censória; 2) organização de um museu de variedades; 3) construção de um gabinete de física experimental; 4) ampliação dos estabelecimentos e incentivos aos professores, dentre outras aplicações" (Carvalho, apud Seco, & Amaral, 2006, p. 128)

Portugal é invadida em 1807 pelas tropas francesas e 22 de outubro de 1807, o príncipe regente D. João e o rei da Inglaterra Jorge III (1738-1820) assinaram uma convenção secreta que transferia a sede monárquica de Portugal para o Brasil e 7 de março de 1808 a família real chega ao Brasil exatamente no Rio de Janeiro e como consequência houve grandes mudanças, pois o D. João deveria cerca-se de pessoas letradas, e estruturar o pais para o comercio. Houve a abertura dos portos, diversificando o

comercio, Abriu a Imprensa Régia, de onde surgiu a Gazeta do Rio de Janeiro. Foram criadas a Academia da Marinha, a Academia Militar, o Jardim Botânico, a Real Fábrica de Pólvora, Laboratório Químico-Prático entre outras mudanças educacionais. Quanto ao campo educacional, são criados cursos, por ser preciso o preparo de pessoal mais diversificado.

> A estrutura social do Brasil-Colônia foi caracterizada como sendo organizada à base de relações predominantemente de submissão. Submissão externa em relação à metrópole, submissão interna da maioria negra ou mestiça pela minoria que eram colonizadores ditos brancos. Submissão interna refletindo-se nas relações de trabalho como também e nas relações familiares. (Carvalho apud Seco e Amaral 1978, p. 128).

Em 1824, o Brasil promulga sua primeira Constituição, e ela consolida muito do estado sócio-político-econômico do tempo da Colônia. Quanto à educação, a nova Constituição pensou, pela primeira vez, inspirada no modelo da Constituição francesa de 1791, na criação de um Sistema Nacional de Educação, propondo escolas primárias para todas as cidades, colégios e liceus em cada capital e ensino superior nas grandes cidades.

2 - A EDUCAÇÃO NAS CONSTITUIÇÕES REVOGADAS BRASILEIRAS

2.1 O Ensino na Constituição De 1824 - Brasil Império

Com a proclamação da Independência do Brasil foi conseguida a autonomia política em 1822, logo se fazia necessária uma Constituição. Então inicia-se uma fase de debates e projetos que visavam a estruturação de uma educação nacional. Com a abertura da Assembleia Legislativa e Constituinte, em 03 de maio de 1823, D. Pedro referiu-se à necessidade de uma legislação particular sobre a instrução. Abertas as sessões da Constituinte e eleita a Comissão de Instrução Pública, os trabalhos desenvolvidos nos seis meses de seu funcionamento produziram dois projetos de lei referentes à educação pública. Embora esse debate tenha sido intenso, em virtude da dissolução da Constituinte de 1823, não veio a traduzir-se em dispositivos incorporados à Constituição de 1824.

No projeto da Constituição de 1823 na educação, estava a idéia de um "sistema nacional de educação" como dispunha a Constituição de 1824

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

no artigo 179, incisos XXXII A Instrução primaria, e gratuita a todos os Cidadãos e inciso XXXIII Collegios, e Universidades, aonde serão ensinados os elementos das Sciencias, Bellas Letras, e Artes. Assim, a 1° de setembro de 1823, a Comissão Constituinte apresentou à Assembleia o projeto de Constituição que, prevendo a difusão da instrução pública de todos os níveis, no Art. 250 dispunha: *"Haverá no Império escolas primárias em cada termo, ginásio em cada comarca e universidades nos mais apropriados locais"*. O Art. 252 instituía, a liberdade de ensino, consignada nestes termos: *"É livre a cada cidadão abrir aulas para o ensino público, contanto que responda pelos abusos".*

Andrade e Bonavides percebem dois pontos relevantes nesta Constituição quando afirmam que "A Constituição do Império foi voltada para o passado, trazendo as graves sequelas do absolutismo e para o presente, efetivando, em parte e com êxito, no decurso de sua aplicação, o programa do Estado Liberal". Porém, esses autores veem o surgimento de alguns direitos econômicos, sociais e culturais, destacando as normas dos socorros públicos e a da instrução primária gratuita a todos os cidadãos, e que em colégios e universidades se ensinassem os elementos das ciências, belas-artes e letras dispostos no artigo 179 do regime constitucional efetivado na Carta de 1824 representou, uma conquista a ideia da educação como um direito do cidadão e como um dever do Estado saiu vitoriosa

O projeto de lei de Januário da Cunha Barbosa em 1826, onde estavam presentes as ideias de educação como dever do Estado, da distribuição racional por todo o território nacional das escolas dos diferentes graus e da necessária graduação do processo educativo. Do projeto vigorou simplesmente a idéia de distribuição racional por todo o território nacional, mas apenas das escolas de primeiras letras, o que equivale a uma limitação quanto ao grau (só um) e quanto aos objetivos de tal grau (primeiras letras). "Se a denominação de escola primária representaria". o Projeto de Lei sobre a Instrução Pública do Império do

Brasil tal como foi "apresentado" na Assembleia Legislativa na sessão de 16 de junho de 1826.

> Muitos outros fatos poderiam ser citados para reforçar a opinião anteriormente emitida, como, por exemplo: o de projetos 40 e o de leis aprovadas que tratam da educação (2), a adoção do método lancasteriano, pela lei de 15 de outubro de 1827, etc.
>
> O que se conclui após tais constatações é que a conquista da autonomia política, ou seja, o surgimento da nação brasileira, impunha exigências à organização educacional. Mas, como foi visto, as condições em que tal autonomia foi conseguida, resistindo às alterações internas, constituem sérios obstáculos a um eficiente atendimento escolar. (RIBEIRO, 1987,p.45)

O decreto imperial, de 15 de outubro de 1827, que trata da primeira Lei Geral relativa ao Ensino Elementar, outorgado por Dom Pedro I, veio a se tornar um marco na educação imperial e passou a ser a principal referência para os docentes do primário e ginásio nas províncias. A primeira contribuição da Lei foi a de determinar, no seu artigo 1º, que as Escolas de Primeiras Letras - atualmente é o ensino fundamental - deveriam ensinar, para os meninos, a leitura, a escrita, as quatro operações de cálculo e as noções mais gerais de geometria prática. Às meninas, sem qualquer embasamento pedagógico, estavam excluídas as noções de geometria. Aprenderiam, sim, as prendas - costurar, bordar, cozinhar etc. - para a economia doméstica.

De acordo com MATTOS (2015) o Ato Adicional à Constituição do Império, de 12 de agosto de 1834, foi o acontecimento que determinou efeitos mais duradouros e amplos na política educacional brasileira. Pela estrutura unitária do regime político-administrativo, segundo o Art. 15, n. 8, da Carta de 1824, cabia à Assembleia Geral.

> "[...] fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las", sem qualquer restrição. Os Conselhos Provinciais só podiam formular projetos de lei que eram remetidos ao exame da Assembleia Geral. Desse modo, quanto à legislação do ensino, não havia nenhuma divisão de competências entre o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> governo do Império e os poderes regionais. Como resultado da vitória das tendências descentralizadoras, o Ato Adicional, reformando a Constituição, transformou os Conselhos em Assembleias Legislativas Provinciais, cujas decisões teriam força de lei, se sancionadas pelo Presidente das Províncias. O Art. 10 estabelecia os casos de competência das Assembleias Provinciais para legislar. No intuito de aliar o concurso mais direto das províncias à atuação dos poderes gerais no cumprimento da missão de instruir o povo e, assim, afastar as dificuldades que a centralização opunha à expansão do ensino nas províncias, o Ato Adicional, pelo § 2º do Art. 10, conferiu às Assembleias Legislativas provinciais o direito de legislar "[...] sobre instrução pública e estabelecimentos próprios a promovê-la". (Mattos, 2015)

Por esse dispositivo descentralizador, ficava instituída a competência concorrente dos poderes gerais e provinciais no campo da instrução pública, o que vinha possibilitar a criação de sistemas paralelos de ensino em cada província: o geral e o local. Teve como consequência o desenvolvimento das escolas secundárias particulares nas capitais das províncias.

2.2 - O ensino na constituição de 1891 - Brasil República

A Constituição de 1891 foi marcada pela queda do regime monárquico e o início do Presidencialismo. Proclamada pelo Exército, tendo à frente um monarquista a frente do poder, assinalada por conflitos entre a figura de uma liderança republicana, a de Floriano Peixoto, o vice-presidente que se tornou o segundo presidente da República com a renúncia forçada do presidente Deodoro da Fonseca, que representam os dois segmentos das forças militares que tomam o poder.

Essa República assinalada por contradições, no plano político, a Constituição possibilitou a instauração do governo representativo, com o sistema federalismo que deu autonomia a alguns estados e aumentou as desigualdades de crescimento de algumas cidades, beneficiando, principalmente a região sudeste do país. Além disso, é abolido o Poder Moderador e são mantidos os três poderes tradicionais, e institui-se o voto

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

direto, descoberto e reservado aos homens maiores de 21 anos e a separação entre Estado e Igreja.

A Assembleia Nacional Constituinte é instalada no primeiro aniversário da proclamação da República, sendo a nova Constituição promulgada em fevereiro de 1891. Os princípios federalistas nela inscritos buscam aumentar a autonomia das antigas províncias, Isto é explicitado no artigo 65 n°2 "em geral, todo e qualquer poder ou direito, que lhes não for negado por cláusula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas da Constituição.", ou seja, A primeira constituição republicana representou um retrocesso em relação ao direito à educação, pois não mais garantia o livre e gratuito acesso ao ensino, deixando a critério das constituições estaduais a regulamentação do assunto.

Deixando a educação a critério dos estados, traria ainda consequências no plano político, pois o art. 70 em seu § 1º inciso II determinava que os analfabetos não tinham direito ao voto. As poucas referências à educação nessa constituição se limitavam a dispor sobre a competência não privativa do Congresso em animar no País o desenvolvimento das letras, artes e ciências" e "criar instituições de ensino superior e secundário nos Estados. Disciplinado nos artigos 35 e 72 da Constituição de 1891

Nesse período a educação era praticamente assunto para ser debatido dentro de cada Estado, e a União cabia legislar e debater o ensino superior. Nesse sentido, no início dos anos de 1900, as preocupações dos nossos governantes eram centradas na economia e de formar mão de obra barata para trabalhar nas indústrias que estavam surgindo no país, principalmente nas regiões sul e sudeste.

A educação passa a ser o problema fundamental da nacionalidade, cuja importância é de ser instrumento de preparação profissional e meio de aperfeiçoamento individual e da sociedade. Foi criado o Ministério da Instrução, Correio e Telégrafo, sendo designado como Ministro Benjamin

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Constant e do ensino superior, artístico e técnico do País, introduzindo de maneira profunda ideias filosóficas.

> Durante toda a primeira República, o Governo da União limitou-se a manter o ensino superior e a "prover a instrução secundária no Distrito Federal", isto é, a sustentar o antigo Colégio de Pedro II. Não criou estabelecimentos de ensino secundário nos Estados, antes, extinguiu os que existiam mantidos pelo Governo Federal, como os cursos anexos às Faculdades de Direito de São Paulo e do Recife, fechados em 1896. (PILETTI & PILETTI, 2018, p. 115)

Não houve interferência do Governo Federal no sentido de promover e melhorar o ensino primário. No cenário de modernização, a educação e a instituição escolar começaram a ganhar destaque e traçar mudanças, e os educadores adquiriram caráter voltado para a condição profissionalizada e científica, e até percebia um discurso de defesa de expansão da instituição escolar. Nesse sentido, a escola começou a ter relevância para parte da sociedade e gerar novos valores sociais.

A Constituição de 1891 pouco contribuiu para a educação, pode-se dizer que repetiu as mudanças contidas na Constituição de 1834. A partir de 1920, iniciou-se reformas educacionais por vários Estados, tais como o modelo de escolarização que estava sendo assimilado era o da Escola Nova, a tentativa de implantação da escola primária integral, definida da seguinte maneira no art. 65 da Lei n.º 1.846, que reformulou o ensino primário baiano em 1925.

2.3 - O ensino na constituição de 1934 - Segunda República.

O momento histórico em solo brasileiro agradável, tanto que a nação estava muito descontente com os caminhos trilhados pelo país nas esferas políticas, econômicas e educacionais, tudo isso culminou em diversas revoltas militares, ocorridas a partir de 1920.

A falta de medidas na economia, educação e outros setores da sociedade do Brasil, teve como consequência a queda do entusiasmo dos setores populares, principalmente urbanos, o descontentamento do próprio educadores, participantes do movimento de reformas da década

de 20, que diante da demora na tomada de medidas educacionais, lançam o Manifesto dos Pioneiros da Educação Nova. Não foi a total ausência de medidas que causaram a insatisfação dos educadores,

Com a revolução de 1930, assim chamada de Segunda República (1930 a 1985), uma nova política de educação começou a tomar forma com a criação do Ministério de Educação e Saúde Pública, sob a liderança de Francisco Campos [9] que em 1926 assumiu a secretaria do Interior de Minas Gerais. Utilizando-se de muitos postulados defendidos pelo movimento da Escola Nova, promoveu uma profunda reforma educacional em Minas. Assumiu a direção do recém-criado Ministério da Educação e Saúde. Promoveu, então, a reforma do ensino secundário e universitário no país.

Apesar disso os problemas sociais e econômicos que assolavam o país, constituindo-se em motivos suficientes para que ocorresse a chamada Revolução *de* 1930, que teve como líder o político gaúcho Getúlio Vargas – que já havia se candidatado no ano anterior à Presidência da República, mas fora derrotado. Esse movimento revolucionário acabou depondo o então Presidente da República, Washington Luís, que governava o país desde 1926, como representante de São Paulo.

A Constituição Federal de 1934 foi promulgada num momento histórico, político e econômico conturbado, foi a primeira da história do Brasil a conter importantes disposições de Direitos sociais e incluir um capitulo especial sobre a educação, estabelecendo que a educação se transformou direito de todos, criaram-se garantias e, principalmente, estímulos. Fixou-se na União a competência para estabelecer um plano de educação nacional, instituiu-se a gratuidade do ensino primário, dispôs-se sobre a criação de um Conselho Nacional de Educação e inovou-se ao estabelecer percentuais mínimos da arrecadação a serem aplicados nos sistemas educativos.

Pelos decretos números 19.851 e 19.852, de 11 de abril de 1931, é empreendida a reforma do ensino superior, que leva o nome do titular do ministério. Esta reforma se reveste de importância por ter

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

adotado como regra de organização o sistema universitário. Isto através da criação da reitoria, com a função de coordenar administrativamente as faculdades. Exigia, ainda, a incorporação de pelo menos três institutos de ensino superior: Direito, Medicina e Engenharia ou, em lugar de algum desses, a Faculdade de Ciências e Letras, à qual competia. Logo depois em 18/4/1931, pelo Decreto n.º 19.890 se organiza o ensino secundário com o objetivo de transformá-lo em um curso eminentemente educativo. Para tanto, divide-se em duas etapas: a primeira, com a duração de cinco anos que é o curso fundamental.

Devido à existência de muitos contrapontos na área educacional, o então Presidente da República, Getúlio Vargas, convocou os dois grupos de educadores para, no mês de dezembro de 1931, a realizarem a IV Conferência Nacional da Educação, com a finalidade de apresentem diretrizes para a elaboração de um projeto educacional para o Brasil. Contudo a preocupação dos educadores com uma política nacional de educação, houve a publicação de um importante documento para a educação, escrito por Fernando de Azevedo e assinado por numerosos educadores qual seja, o "Manifesto dos Pioneiros da Educação Nova".

> O texto do manifesto dizia que "se depois de 43 anos de regime republicano, se der um balanço ao estado atual da educação pública, no Brasil, se verificará que, dissociadas sempre as reformas econômicas e educacionais, que era indispensável entrelaçar e encadear, dirigindo-as no mesmo sentido, todos os nossos esforços, sem unidade de plano e sem espírito de continuidade, não lograram ainda criar um sistema de organização escolar, à altura das necessidades modernas e das necessidades do país".
>
> Segundo o documento, a causa principal dos problemas na educação está na "na falta, em quase todos os planos e iniciativas, da determinação dos fins de educação (aspecto filosófico e social) e da aplicação (aspecto técnico) dos métodos científicos aos problemas de educação". Os 26 educadores entendiam que "nunca chegamos a possuir uma cultura própria, nem mesmo uma cultura geral que nos

> convencesse da existência de um problema sobre objetivos e fins da educação".
>
> O grupo defendia novos ideais de educação e lutavam contra o empirismo dominante. Para tanto, defendiam "transferir do terreno administrativo para os planos político-sociais a solução dos problemas escolares". (Menezes, 2001)

A educação nova, segundo o texto do manifesto, propunha servir não aos interesses de classes, mas aos interesses do indivíduo, e que se funda sobre o princípio da vinculação da escola com o meio social. Ou seja, uma vida social, mas profundamente humano, de solidariedade, de serviço social e cooperação.

Nesse momento histórico, no Brasil consolidou uma divisão no campo político, tendo de um lado a Aliança Nacional Libertadora, estruturada sob a principal influência dos comunistas e liderada por Luiz Carlos Prestes, e do outro a Ação Integralista Brasileira, que atuava sob a liderança de Plínio Salgado, contando com forte apoio da igreja católica. Esta rivalidade não permaneceu somente no campo político, repercutindo também no campo educacional, formado, respectivamente, de um lado um grupo de intelectuais liberais, socialistas e comunistas, agrupados em torno do movimento conhecido como "Escola Nova" e, de outro lado, um grupo de católicos e conservadores de diferentes matizes ideológicos, reunidos em torno de uma renovação educacional.

Os novos ideias do país não estavam restritos ao campo da educação, visto que a atuação de Getúlio Vargas no governo não transcorreu livre de tensões e logo nos primeiros anos de sua gestão as forças políticas de oposição, oriundas do Estado de São Paulo, passaram a se insurgir contra a Presidência da República. E, isso devido ao fato de ter sido como interventor daquele território um tenente pernambucano, João Alberto, embora o povo exigisse que o interventor fosse um líder civil e, em especial, paulista. Não bastasse isto, a população de São Paulo queria a promulgação de uma nova Constituição, pelo que esperavam que fossem marcadas as eleições para uma Assembleia Constituinte. Os conflitos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

políticos ocorridos no Estado de São Paulo culminaram na "Revolução Constitucionalista", em 09 de julho de 1932.

Deve ser destacado que a Constituição Federal de 1934 trazia uma nova concepção de Estado, tendo um caráter mais social, advindo não apenas da postura pessoal do Presidente Getúlio Vargas, mas também de toda uma conjuntura internacional que estava muito voltada à chamada "democracia social".

O clima democrático e patriótico, bem como a esperança de mudanças positivas, reinantes durante a elaboração da Constituição Federal de 1934, fez dela uma das mais avançadas de sua época, em especial no que diz respeito ao desenvolvimento da educação.

Com a promulgação da Constituição de 1934 é possível afirmar que houve uma renovação no campo educacional, merecendo destaque o art. 148, que estabeleceu que caberia à União, aos Estados e aos Municípios a tarefa de "favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral, proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do País, bem como prestar assistência ao trabalhador intelectual". Além disso, foi nessa Constituição que a educação passou a ser vista como um direito de todos, devendo ser ministrada pela família e pelos poderes públicos, consoante se extrai da leitura do artigo 149:

> Art. 149 – A educação é direito de todos e deve ser ministrada, pela família e pelos Poderes Públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no País, de modo que possibilite eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana.

A Constituição Federal de 1934 permitiu muitos avanços na educação brasileira, inovando em muitas questões. Embora não houvesse unanimidade nas propostas que foram apresentas, a maioria foi aceita e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

implantada, permitindo que o país continuasse a trilhar caminhos em busca de uma educação de qualidade para todos os cidadãos.

2.4 - O ensino na Constituição de 1937 - Estado Novo.

A Constituição veio regulamentar o novo regime político que surgia do golpe de Estado realizado em 1937, e no dia 01 de novembro de 1937, o presidente Getúlio Vargas outorgou a nova constituição do Estado Novo. A educação sofreu as consequências ideológicas do novo governo e os princípios da constituição de 1934, conhecidos como democráticos, caíram no esquecimento.

Ao que se refere à Educação, a carta constitucional de 1937 adotou alguns dos principais pontos defendidos pelos reformadores, mantendo o caráter gratuito e compulsório do ensino primário e preocupando-se, com a instrução vocacional

O Ministério da Educação e Saúde, passando as mãos de Gustavo Capanema promove uma série de iniciativas de amplo alcance educativo. Em 1941 e decretada a lei orgânica do ensino industrial - Decreto Lei No 4.073, DE 30 de janeiro de 1942 - que encerra um sistema completo de educação técnico – industrial. De orientação oposta ao liberal texto de 1934, a Constituição do Estado, amplia-se a competência da União no art. 15, inciso IX "fixar as bases e determinar os quadros da educação nacional, traçando as diretrizes a que deve obedecer a formação física, intelectual e moral da infância e da juventude".

A liberdade de ensino é objeto do primeiro artigo dedicado à educação no texto de 1937, que determina no art. 128 "A arte, a ciência e o ensino são livres à iniciativa individual e à de associações ou pessoas coletivas públicas e particulares" .

O dever do Estado para com a educação é colocado em segundo plano, sendo-lhe atribuída uma função compensatória na oferta escolar destinada no art. 129 que dispõe:

A infância e à juventude, a que faltarem os recursos necessários à educação em instituições particulares, é dever da Nação, dos Estados e dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Municípios assegurar, pela fundação de instituições públicas de ensino em todos os seus graus, a possibilidade de receber uma educação adequada às suas faculdades, aptidões e tendências vocacionais.

Nesse contexto, o ensino pré-vocacional e profissional destinado às classes menos favorecidas é compreendido como o primeiro dever do Estado em matéria de educação.

É clara a concepção da educação pública como aquela destinada aos que não puderem arcar com os custos do ensino privado. O velho preconceito contra o ensino público presente desde as origens de nossa história permanece arraigado no pensamento do legislador estado-novista.

Sendo o ensino vocacional e profissional a prioridade, é flagrante a omissão com relação às demais modalidades de ensino. A concepção da política educacional no Estado Novo estará inteiramente orientada para o ensino profissional, para onde serão dirigidas as reformas encaminhadas por Gustavo Capanema, Ministro da Educação de 1937 a 1945, foi responsável por uma série de projetos importantes de reorganização do ensino no país, assim como pela organização do Ministério da Educação em moldes semelhantes aos moldes atuais.

À idéia de gratuidade da Constituição de 1934 o texto de 1937 contrapõe uma concepção estreita e empobrecida. Embora estabeleça que o art. 130 " O ensino primário é obrigatório e gratuito. A gratuidade, porém, não exclui o dever de solidariedade dos menos para com os mais necessitados; assim, por ocasião da matrícula, será exigida aos que não alegarem, ou notoriamente não puderem alegar escassez de recursos, uma contribuição módica e mensal para a caixa escolar. ". A educação gratuita é, pois, a educação dos pobres.

2.5 - O ensino na Constituição de 1946

Em 18 de setembro de 1946, foi promulgada a Constituição Republicana. Não continha a disposição referente aos "deputados classistas", mas afirmava os três poderes independentes. A constituição manteve o caráter democrático da educação brasileira, estabelecendo que esta é direito de todos e será dada no lar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

e na escola, ao passo que o ensino nos diferentes ramos será ministrado pelo Poder Público e livre iniciativa sempre respeitando as leis que o regulem.

Quanto à educação, a Constituição, em muitos dos pontos, reafirmava os princípios de "democratização". No art. 168, incisos II,III e IV dispõe:

> II - O ensino primário oficial é gratuito para todos; o ensino oficial ulterior ao primário sê-lo-á para quantos provarem falta ou insuficiência de recursos.
>
> III - as empresas industriais, comerciais e agrícolas, em que trabalhem mais de cem pessoas, são obrigadas a manter ensino primário gratuito para os seus servidores e os filhos destes.
>
> IV - as empresas industriais e comerciais são obrigadas a ministrar, em cooperação, aprendizagem aos seus trabalhadores menores, pela forma que a lei estabelecer, respeitados os direitos dos professores.

É colocada a responsabilidade das empresas quanto à educação de seus empregados menores e dos filhos dos empregados, se o número destes for superior a cem. O ensino religioso consta do horário escolar com matrícula facultativa e de acordo com a confissão do aluno no art. 168, inciso V

> o ensino religioso constitui disciplina dos horários das escolas oficiais, é de matrícula facultativa e será ministrado de acordo com a confissão religiosa do aluno, manifestada por ele, se for capaz, ou pelo seu representante legal ou responsável.

O amparo à cultura é dever do Estado, a lei proverá a criação de institutos de pesquisa, de preferência junto aos estabelecimentos de ensino superior no art. 174, § único.

O art. 5.°, inciso XV, alínea d; do cap. I, do Título I, dá à *União competência para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional*.

No que se refere aos recursos destinados à manutenção e desenvolvimento do ensino, estabeleceu o artigo Art. 169

> Anualmente, a União aplicará nunca menos de dez por cento, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nunca menos de vinte por

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

cento da renda resultante dos impostos na manutenção e desenvolvimento do ensino.

Dividiu o sistema de ensino em dois: federal e dos territórios, organizado pela União, nos termos do artigo 170 "A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios."

Ambos deveriam possuir serviços de assistência educacional para o atendimento da clientela carente artigo 172. "Cada sistema de ensino terá obrigatoriamente serviços de assistência educacional que assegurem aos alunos necessitados condições de eficiência escolar."

A partir desta Constituição Federal de 1946 é a sociedade, e não o Estado, quem tem a prioridade. A liberdade tinha por objetivo permitir uma maior participação popular na vida social e econômica. Nesta Carta a educação passa a ser vista como um direito público subjetivo; no entanto, sabe-se que à família também incumbe o dever de educar os filhos. Nesse sentido, pode-se afirmar que a educação se baseia no princípio "in loco parentis", devendo ser ministrada tanto no lar quanto na escola. No que se refere especificamente ao direito à educação no art. 166 "A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola. Deve inspirar-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana."

2.6 - O ensino na Constituição de 1967 - Regime Militar.

Depois de quase 20 anos de um período democrático e de lutas por parte da elite econômica e social de retomar o poder político, o golpe de Estado de 31 de março de 1964 instaurou no Brasil a ditadura militar e assim põe fim à democracia e estabelece uma ditadura no Brasil de mais de 20 anos

> Ao tomar o Poder, o comando militar passa a legislar por meio de "Atos Institucionais", que na verdade eram leis com eficácia constitucional, que os militares golpistas se auto investiram, revogando de plano no ato nº 1, praticamente toda a Constituição de 1946. (Silva, 2011, p. 234)

A constituição de 1967 buscou então institucionalizar e legalizar o regime militar, conferindo ao Poder Executivo a maior parte do poder de decisão e aumentando sua influência sobre o Legislativo e o Judiciário

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Essa foi a primeira constituição após o golpe militar. Em relação à educação temos:

Artigo 168 - A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola; assegurada a igualdade de oportunidade, deve inspirar-se no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e de solidariedade humana.

§ 1º - O ensino será ministrado nos diferentes graus pelos Poderes Públicos.

§ 2º - Respeitadas as disposições legais, o ensino é livre à Iniciativa particular, a qual merecerá o amparo técnico e financeiro dos Poderes Públicos, inclusive bolsas de estudo.

§ 3º - A legislação do ensino adotará os seguintes princípios e normas:

I - o ensino primário somente será ministrado na língua nacional;

II - o ensino dos sete aos quatorze anos é obrigatório para todos e gratuito nos estabelecimentos primários oficiais;

III - o ensino oficial ulterior ao primário será, igualmente, gratuito para quantos, demonstrando efetivo aproveitamento, provarem falta ou insuficiência de recursos. Sempre que possível, o Poder Público substituirá o regime de gratuidade pelo de concessão de bolsas de estudo, exigido o posterior reembolso no caso de ensino de grau superior;

IV - o ensino religioso, de matrícula facultativa, constituirá disciplina dos horários normais das escolas oficiais de grau primário e médio.

V - o provimento dos cargos iniciais e finais das carreiras do magistério de grau médio e superior será feito, sempre, mediante prova de habilitação, consistindo em concurso público de provas e títulos quando se tratar de ensino oficial;

VI - é garantida a liberdade de cátedra.

Artigo 169 - Os Estados e o Distrito Federal organizarão os seus sistemas de ensino, e, a União, os dos Territórios, assim como o sistema federal, o qual terá caráter supletivo e se estenderá a todo o País, nos estritos limites das deficiências locais.

§ 1º - A União prestará assistência técnica e financeira para o desenvolvimento dos sistemas estaduais e do Distrito Federal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

§ 2º - Cada sistema de ensino terá, obrigatoriamente, serviços de assistência educacional que assegurem aos alunos necessitados condições de eficiência escolar.

Artigo 170 - As empresas comerciais, industriais e agrícolas são obrigadas a manter, pela forma que a lei estabelecer, o ensino primário gratuito de seus empregados e dos filhos destes.

Parágrafo único - As empresas comerciais e industriais são ainda obrigadas a ministrar, em cooperação, aprendizagem aos seus trabalhadores menores.

Com o problema do analfabetismo, que nesse período era assustador, o Governo Militar propôs um projeto de alfabetização que correspondesse às expectativas do governo e diminuísse o índice de analfabetos. Dessa forma nasce o Movimento Brasileiro de Alfabetização-MOBRAL, projeto iniciado por Lourenço Filho, criado pela lei número 5.379 de 15 de dezembro de 1967, visando à alfabetização funcional. O objetivo proposto pelo MOBRAL tinha como foco principal a elevação escolar relacionada a uma melhora na condição de vida.

A preocupação do governo, além da alfabetização, era com a qualificação do trabalhador, para isso foi aprovada a Lei de Diretrizes e Bases da Educação nº 5692/71.

O artigo 4 regulamentava que o currículo seria composto pelo Núcleo Comum e por uma Parte Diversificada, que se destinaria a atender às peculiaridades locais. A Lei também tratava da formação de professores, com uma preocupação em ajustá-la às diferenças culturais, apontando sutilmente para a necessidade de formação diferenciada, embora ela não enfatize essa preocupação com os sujeitos do campo. A Lei ainda contemplava o acesso do homem do campo à educação no campo, atribuindo a responsabilidade da formação dos sujeitos às empresas e aos proprietários de terras, eximindo a responsabilidade do Estado.

Firmando o acordo MEC-USAID[10], Nome de um acordo que incluiu uma série de convênios realizados a partir de 1964, durante o regime militar brasileiro, entre o Ministério da Educação (MEC) e a United States Agency for International

> Development (USAID). Os convênios, conhecidos como acordos MEC/USAID, tinham o objetivo de implantar o modelo norte americano nas universidades brasileiras através de uma profunda reforma universitária. Segundo estudiosos, pelo acordo MEC/USAID, o ensino superior exerceria um papel estratégico porque caberia a ele forjar o novo quadro técnico que desse conta do novo projeto econômico brasileiro, alinhado com a política norte-americana. Além disso, visava a contratação de assessores americanos para auxiliar nas reformas da educação pública, em todos os níveis de ensino. (Menezes, 2001)

A Lei 5692/71 teoricamente abriu espaço para a zona rural, em relação à educação. As reivindicações e as solicitações relativas ao processo educacional rural, não foram atendidas, nem se pensou em uma educação voltada para o povo do campo, atrasando ainda mais o processo de escolarização. Observa-se também o processo de descentralização do sistema educacional - da esfera federal para a municipal, e dessa forma deu-se a municipalização da educação rural.

Apesar de todas as tentativas do governo militar em relação aos projetos e programas para a educação, não minimizou o problema educacional do campo, pois não possibilitou formação consistente ao agrícola, nem condições para o cultivo da terra. O que se percebe são políticas de difusão da ideologia do consenso, assegurada pelo modelo capitalista dependente.

Neste contesto que no sentindo de operacionalizar os aspectos voltados à educação surge a Lei 4.024/61. De acordo com os dispositivos constitucionais, em 1948 foi apresentada à Câmara Federal o projeto de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, elaborado por uma comissão de educadores de diversas tendências ideológicas. O projeto concedia maior autonomia aos Estados na organização dos seus sistemas de ensino, dava flexibilidade aos cursos, estabelecia a articulação dos cursos de grau médio e o currículo mínimo obrigatório, e o exame de Estado, este era obrigatório por bancas oficiais e de uma conceituação objetiva da autonomia universitária.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A Lei 4.024 de 03/02/61, chamada de Lei de Diretrizes e Bases (L.D.B), representou um grande progresso nas diretrizes pedagógicas brasileira. Esta legislação, vigente a partir de 1962, ofereceu aos educadores oportunidades para variadas, nem sempre aproveitadas.

2.7 - Direito a educação na Constituição de 1988 a Constituição Cidadã: um direito público subjetivo

Em 05 de outubro de 1988, após 20 anos de regime autoritário, foi promulgada uma nova Constituição em clima de democracia, já que era a nação quem legitimava suas normas através de um processo constituinte, por isso, ficou ela ficou conhecida como "Constituição Cidadã", porque inscreveu direitos sociais na Constituição

Como o próprio texto constitucional preceitua, a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito no art. 1°, inciso III que tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Com base nesses princípios e fundamentos, o legislador constituinte, no título que trata da "Ordem Social", o art. 205 da constituição Federal de 1988, insere *a educação como direito de todos e dever do estado e da família*, determinando que seja *promovida e incentivada com a colaboração da sociedade* e tendo como objetivo o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Além da Educação como direito, o próprio conceito de escolarização obrigatória foi ampliado. Quando no capítulo III ,artigo 205 da Educação tem como principal conceito de que é dever do Estado oferecer o direito à Educação. A lógica da Constituinte é que mesmo que seja permitido que se tenha uma escola privada, todos têm direito a uma escola pública.

Além da Educação como direito, o próprio conceito de escolarização obrigatória foi ampliado. A Educação Infantil deixa de oscilar entre Assistência Social e Educação; e, na outra ponta, o Ensino Médio se torna "progressivamente obrigatório" para jovens de 15 a 17 anos. As três etapas são estruturadas pela

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Constituição, mas só passam a ser chamadas de Educação Básica, como conhecemos hoje, com a Lei de Diretrizes e Bases de 1996.

Ter a Educação como um direito dos cidadãos brasileiros altera a lógica inclusive em sala de aula. A partir de 1988, a escola passa a ter mais responsabilidade pela garantia do aprendizado (se os estudantes têm o direito de aprender, as escolas e os professores têm o dever de ensinar), como pode-se constatar na CF/88 no art. 206, inciso VII - garantia de padrão de qualidade. A educação é um direito social como dispõe no artigo 6º; especifica a competência legislativa nos artigos 22, XXIV e 24, IX; dedica toda uma parte do título da Ordem Social para responsabilizar o Estado e a família, tratar do acesso e da qualidade, organizar o sistema educacional, vincular o financiamento e distribuir encargos e competências para os entes da federação.

2.8.1 - O direito à educação como um direito fundamental

No que envolve os direitos fundamentais a educação está dentro do contexto dos direitos sociais, econômicos e culturais, os chamados direitos de 2ª dimensão. Direitos fundamentais de segunda dimensão, são aqueles que o Estado deve agir no sentido de buscar a igualdade entre os desiguais, correspondendo aos direitos das classes economicamente desfavorecidas, exigindo, portanto, um comportamento positivo do Estado.

A expressão direitos fundamental guarda uma relação de sentido próximo com a expressão direitos humanos. São direitos que encontram seu fundamento de validade na preservação da condição humana. São direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico como indispensáveis para a própria manutenção da condição humana.

> Não como confundir tais expressões, conquanto seja o homem seu universo. Direito fundamentais são direitos do ser humano reconhecido e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, enquanto direitos humanos tem relação com direito internacional, pois se referem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> determinada ordem constitucional, sendo válidos para todos os homens em todos os tempos e lugares, revelando um caráter supranacional. (MUNIZ, 2002,p 46)

O sentido do direito à educação na ordem constitucional de 1988 está intimamente ligado ao reconhecimento da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, bem como com os seus objetivos, especificamente: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalidade, redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem comum.

Foi com a constituição Imperial de 1824 que teve início a legislação no Brasil. No art. 179, n°32 "A instrução primaria é gratuita a todo cidadão". Entretanto grande parte da população estava excluída, pois se discutia sobre a necessidade da escolarização dos negros, índios e mulheres. Contudo garante SILVA,1998, p17 apud Muniz1987,p 80.

> Foi a primeira Constituição no mundo a subjetivar e a positivar os direitos do homem, como se lê no art. "caput: " A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte".

A Constituição de 1891, nada menciona sobre a gratuidade do ensino, deixando a critério das constituições estaduais, a regulamentação do assunto como dispunha o art.65,n° 2: *"É facultado aos estados em geral todo e qualquer poder, ou direito que lhes não for negado por clausula expressa ou implicitamente contida nas cláusulas expressas na Constituição".*

Na Constituição de 16 de julho de 1934, no art. 149 que a educação da personalidade " A educação é direito de todos e deve ser ministrada, pela família e pelos Poderes Públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no País, de modo que possibilite eficientes fatores da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

vida moral e econômica da Nação, e desenvolva num espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana."

No parágrafo único, "a", do art. 150, determinava a gratuidade e a frequência obrigatória do ensino primário, traçando diretrizes para a educação nacional.

A carta Magna de 1937, fez referência da educação no art. 130 à educação gratuita, obrigatória e solidaria e no art. 125 ao dever precípuo do país de ministrá-la. Cabendo ao estado apenas o dever de colaborar e complementar as deficiências da educação particular. A Constituição de 1946 reforça no art. 66 o princípio da solidariedade no direito educacional. N a Constituição de 1967no art. 168, caput, a educação aparece mais estruturada, dividiram-se em dois títulos: Os direitos econômicos e sociais dividiram-se em dois títulos: um sobre a ordem econômica e outro sobre a família, a educação e a cultura. A Constituição de 1969 alterou o direito à educação de maneira considerável. Manteve em vigor o art. 168 e no inciso VI do §3°.

Na Constituição de 1988 no capítulo III dos artigos 205 a 214. Estabelece os objetivos e as diretrizes para o sistema educacional de ensino do país.

3 - OS INSTRUMENTOS DE REGULAMENTAÇÃO EDUCACIONAL E APLICAÇÃO DA NORMA EDUCACIONAL

A educação elevou-se à hierarquia de direito público subjetivo a partir da regulamentação legal do país, instaurada em 1988. Esse ordenamento jurídico conceitua como Direito Educacional. a Constituição trata o tema relativo à Educação de forma minudenciosa no "CAPÍTULO III DA EDUCAÇÃO, DA CULTURA E DO DESPORTO, SEÇÃO I - DA EDUCAÇÃO" específico presentes nos artigos 205 a 214, bem como em outros dispositivos na própria Constituição e em outros diplomas, com o pressuposto pleno de desenvolvimento do indivíduo, preparação para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho.

Assim, conforme Souza (2010), o conceito de liberdade e de igualdade partem de princípios opostos, mais se complementam. De forma decisiva é a condição de igualde para o acesso e permanência no processo de formação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

educacional do aluno em escola, condição determinante para que a educação seja comum a todos, motivação pela qual a Constituição promove meios para a sua concretização, como as garantias previstas no 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;

II - progressiva universalização do ensino médio gratuito;

III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação – Lei 9394/96 – traz em sua essência, especificamente em seu artigo 1 e 2, diretrizes singulares acerca da Educação.

Art. 1º A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

§ 1º Esta Lei disciplina a educação escolar, que se desenvolve, predominantemente, por meio do ensino, em instituições próprias.

§ 2º A educação escolar deverá vincular-se ao mundo do trabalho e à prática social.

O Estatuto da Criança e do Adolescente também traz previsão acerca da Educação como direito fundamental ao expor que:

Art. 53. A criança e ao adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se lhes:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II - direito de ser respeitado por seus educadores;

III - direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores;

IV - direito de organização e participação em entidades estudantis;

V - acesso à escola pública e gratuita, próxima de sua residência, garantindo-se vagas no mesmo estabelecimento a irmãos que frequentem a mesma etapa ou ciclo de ensino da educação básica.

Parágrafo único. É direito dos pais ou responsáveis ter ciência do processo pedagógico, bem como participar da definição das propostas educacionais.

Conforme se pode constatar, o ordenamento jurídico brasileiro possui um lineamento jurídico importante ao que se alude à tutela da educação como direito fundamental. Pode-se afirmar que as garantias constitucionais e as demais previsões legais por vezes, e infelizmente, tornam-se letra morta diante do descaso do poder público e do próprio desconhecimento da população da importância da educação bancária. A desvalorização deste direito implica em uma sociedade cada vez mais ignorante e sem perspectivas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A lei de Diretrizes e Bases da educação também aborda sobre a responsabilidade do Estado, esta lei tem uma grande importância para aqueles que lidam com a educação, porque é ela que traz um respaldo legal e uma diretriz sobre os rumos da educação no Brasil. A legislação diz o seguinte sobre a responsabilidade:

Art. 4º O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de:

I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, organizada da seguinte forma:

a) pré-escola;

b) ensino fundamental;

c) ensino médio;

II - educação infantil gratuita às crianças de até 5 (cinco) anos de idade;

III - atendimento educacional especializado gratuito aos educandos com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, transversal a todos os níveis, etapas e modalidades, preferencialmente na rede regular de ensino;

IV - acesso público e gratuito aos ensinos fundamental e médio para todos os que não os concluíram na idade própria;

V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um;

VI - oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando;

VII - oferta de educação escolar regular para jovens e adultos, com características e modalidades adequadas às suas necessidades e disponibilidades, garantindo-se aos que forem trabalhadores as condições de cesso e permanência na escola;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

VIII - atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde;

IX - padrões mínimos de qualidade de ensino, definidos como a variedade e quantidade mínimas, por aluno, de insumos indispensáveis ao desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem.

X – vaga na escola pública de educação infantil ou de ensino fundamental mais próxima de sua residência a toda criança a partir do dia em que completar 4 (quatro) anos de idade.

O descumprimento da obrigação constitucional de prestar serviços de educação à população propicia a intervenção da União nos Estados e destes nos Municípios, bem como a retenção da receita tributária compartilhada, caso o ente político não destine recursos mínimos ao desenvolvimento do ensino público.

Souza, 2010, p 51:

> Embora a Constituição de 1988 tenha trazido uma nova perspectiva para o direito à educação, melhorar a qualidade de ensino não depende apenas da Carta. Sobretudo, depende de fatores econômicos, políticos, engajamento da sociedade, de estruturas que de fato levem o direito à educação a ser prioridade política do país.
>
> Assim, a questão é que a sustentabilidade desse modelo depende de um aparato estatal, em outras palavras, o direito à educação requer a alocação de recursos materiais e humanos. Para ilustrar, com a edição da Lei n° 9.424/96 que dispõe sobre o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento de Ensino Fundamental, e do Decreto Feral n° 2.264/97, introduziram mudanças no que diz respeito, por exemplo, ao ensino fundamental, determinando legalmente como a partilha de recursos deverá ser feita e em que medida, conforme o dispositivo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

no artigo 70 da Lei n° 9.394/96, Lei de Diretrizes e Bases da Educação.

3.1 - O direito fundamental à educação e à sua efetividade

A Constituição Federal dispõe que as normas definidoras dos direitos e das garantias fundamentais têm aplicação imediata art. 5°, § 1º "*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.",* tal condição representa que é fato reconhecido e ligado a norma do Estado Social e ao contexto político democrático não podendo ser omitidos, levando a compreender a interpretação da ordem jurídica atual. Estes pressupostos não deixam dúvidas no caput do artigo 1° constitucional, o aspecto social desta condição está insofismável no inciso III "a dignidade da pessoa humana;", deste dispositivo que traz como seu fundamento.

O artigo 3º "Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil", determina como objetivos da República no inciso I "construir uma sociedade livre, justa e solidária" , a busca por uma sociedade livre, justa e solidária, bem como a redução das desigualdades sociais que dispõe o inciso III *"erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*". Para que estes fundamentos e objetivos sejam consubstanciados políticas devem ser reais a partir dos pressupostos presentes na lei.

Prevista no 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." no rol dos direitos sociais, a educação como direito fundamental se evidencia por seu conceito, princípios, garantias, descrição de verbas vinculadas nos art. 205 e seguintes do mandamento constitucional.

No referido art. 205 prevê que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família e que será promovida de forma colaborativa pela sociedade, instituindo os seus múltiplos protagonistas a registrar-se: Estado, família e sociedade. E segue preceituando os seus objetivos, que são o pleno desenvolvimento da pessoa, com o preparo para a cidadania e qualificação para o trabalho. Em art. seguinte, o 206, vincula a oferta da educação na descrição de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

oito incisos, elenca os seus princípios, que são a igualdade de acesso e permanência, a liberdade de ensinar, aprender e divulgar o pensamento, a arte e o saber, mediante, no inciso seguinte, o pluralismo de ideias e concepções pedagógicas e a coexistência entre instituições públicas e privadas, a gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais e permanência na escola.

Essa minuciosa previsão do sistema educacional que define educação, define princípios, vincula verbas para a educação pública, e teve por objetivo alcançado pelo legislador constitucional o de situar a educação e a sua concretização como instrumentos de igualação das pessoas e de sobrelevar a sua função social no preparo do ser humano ao exercício da cidadania, ao lado de direitos que tangenciam até mesmo o aperfeiçoamento da democracia representativa pela consciente escolha de seus representantes.

a educação é considera como um direito fundamental de natureza social, de modo que sua tutela vai além de meros interesses individuais assim, não obstante a educação, para os que nela estão inseridos, implica em uma inserção em um contexto cultural, como um bem individual; para a sociedade em que ela se efetiva, se evidencia como um bem comum, uma vez que representa a continuidade de um meio de vida que, decisivamente, se opta em preservar. Nesse contexto, segue a menção de Jaeger (2009, p. 4):

> [...] a educação não é uma propriedade individual, mas pertence por essência à comunidade. O caráter da comunidade imprime-se em cada um de seus membros e é no homem, muito mais do que nos animais, fonte de toda a ação e de todo comportamento. Em nenhuma parte, o influxo da comunidade nos seus membros tem maior força que no esforço constante de educar, em conformidade com seu próprio sentir, cada nova geração. A estrutura de toda a sociedade assenta nas leis e normas escritas e não escritas que a unem e unem seus membros.

Os objetivos da educação presentes nos dispositivos mencionados, Constituição, Lei de Diretrizes e Bases da Educação e Estatuto da Criança e do Adolescente, são fundamentos do Estado Democrático de Direito, condição eminente quando efetivado como direito fundamental, em que se sobressai a educação inclinada ao desenvolvimento do indivíduo, consequentemente, para o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

exercício da cidadania. Porém, a educação tem ficada estagnada no desenvolvimento das políticas públicas, sendo compreendida como prática de sala de aula, evidenciando uma educação superficial, não desenvolvendo as potencialidades individuais, desprezando a potencialidade da essência do conhecimento político-social do aluno.

A escola pública é prestadora de serviços sociais, voltada a todos, principalmente aos menos favorecidos, servis, degradados, submetidos às diversas dificuldades de uma sociedade capitalista. Partindo dessa premissa, a educação está voltada para o desenvolvimento pleno do indivíduo.

Bandeira de Mello (2007, p. 594) comenta:

> [...] a Constituição não é um mero feixe de leis, igual a qualquer outro corpo de normas. A Constituição, sabiamente, é um corpo de normas qualificado, pela posição altaneira, suprema, que ocupa o conjunto normativo. É a Lei das Leis. É a Lei Máxima, à qual todas as demais se subordinam e na qual todas se fundam. É a lei de mais alta hierarquia. É a lei fundante. É a fonte de todo Direito. É a matriz última da validade de qualquer ato jurídico. À Constituição todos devem obediência: o Legislativo, o Judiciário e o Executivo, por todos os seus órgãos e agentes, sejam de que escalão for bem como todos os membros da sociedade. Ninguém, no território nacional, escapa do seu império. Segue-se que sujeito algum, ocupe a posição que ocupar, pode praticar ato – geral ou individual abstrato ou concreto – em descompasso com a Constituição, sem que tal ato seja nulo e da mais grave nulidade, por implicar ofensa ao regramento de escalão máximo.

Apesar de a educação estar prevista como um direito fundamental social, paira-se na consolidação da dignidade da pessoa humana, a grande problemática está na consubstanciação do que preconiza a Constituição e os diplomas infraconstitucionais como Lei 9394/96 em seu artigo 1º e o Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 53, pois segundo Bonavides (2001), a Carta Magna apresentou representativas inovações concernentes à observância dos Direitos Fundamentais de cunho social, a questão inerente ao tema em tela trata-se da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

sua eficiência, pois a estrutura destinada à consolidação destes direitos, em decorrência da política pública neste sentido, bem como a deficiência incisiva da estrutura estatal.

No entanto o que se constata, a educação a partir dos pressupostos dinamizados é uma educação formalizada representada pela dinâmica em sala de aula, conteudíssimo, reprodutivíssimo e vazia de essencialidade política, de modo que o aluno possa compreender a sua real condição no contexto sócio-político, mantendo o indivíduo inerte à sua condição. Trata-se de uma educação que vai de encontro à dignidade humana, bem como àquilo que preconiza o Estado Democrático de Direito, uma condição para a busca pela liberdade. Assim, a educação no atual contexto traveste-se de instrução, limitando o desenvolvimento pleno do indivíduo.

Contudo, não obstante esta concepção acerca da educação, o que se observa é uma deficiência na viabilização da educação como Direito Fundamental em um Estado Democrático de Direito, representando uma conjuntura discursiva, limitada em aplicação prática, quando se observa a deficiência de estrutura física em dimensão significativa nas escolas em que sequer carteiras estão disponíveis em salas de aula; quando se pretere a valorização da formação docente, pautada ainda na dinâmica da transmissão do conhecimento; quando se deixa de valorizar a relevância do trabalho docente, desmotivando em sua prática ao se remunerar com baixos salários e assim por diante.

Apesar desta tutela constitucional da educação como Direito Fundamental, como um direito social eminente, sempre esteve vinculada a um contexto histórico, político e social submetido à controle de classe dominante. As reformas educacionais ocorridas ao longo dos anos somente evidenciaram como sendo um lençol para toldar os reais interesses ínsitos, presentes nas entrelinhas das legislações, primadas pelo reprodutivíssimo, mesmo com a assunção de diplomas democráticos, não se observou diligência por parte do Estado em modificar a circunstância da educação, sendo instrumento de manutenção do status quo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Só pela educação, aprenderá a interpretar o mundo, a vida, com recursos e métodos mais eficazes no ampliar de sua visão. Seja frisado, contudo, que o autêntico processo educacional, é o que possibilita uma efetiva formação do indivíduo como pessoa humana e cidadão, tornando-o capaz de perceber a realidade como fenômeno de profundas e múltiplas raízes. (ALVES GOMES, 2012, p. 4)

A democracia, como direito fundamental necessita de novas bases que a justifiquem, principalmente pautada no pressuposto de que ela assegure ao cidadão a sua inclusão sócio-político-econômica e não se posicione no sentido oposto, como a omissão do Estado em assegurar direitos fundamentais, como saúde, educação, distribuição de renda ideal, redução das desigualdades sociais e a efetivação dos direitos humanos que são corrompidos quando estes direitos não são consubstanciados, portanto, indo além da mera hermenêutica do termo.

CONCLUSÃO

Diante destas colocações, é possível concluir que os direitos fundamentais sobressaem como uma forma de proteção à dignidade da pessoa humana, condição esta que se concretiza com o uso racional e vontade política na aplicação do Direito. No atual Estado Democrático de Direito o argumento que deve prevalecer é o respeito à dignidade do indivíduo.

No âmbito da Constitucional Federal de 1988, a educação é tratada fazendo referência a um direito de natureza social que deve ser garantido pelas autoridades competentes. Sob o manto de direito social, a educação pode ser.

Muito embora a reforma educacional, com a Lei 9394/96 e a ascensão de diplomas que preconizam a educação como essencial para o desenvolvimento do indivíduo, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, a ausência de políticas incisivas voltadas para a educação como direito fundamental compromete a sua efetivação, pois a educação, principalmente a institucionalizada, ainda está inclinada à reprodução do conhecimento, formação docente na mesma perspectiva, ausência de estrutura física e assim por diante. Com esta fórmula de educação, a proposta é de continuar promovendo indivíduos mecânicos, não-

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

aptos para decidirem por si só, situando-os em uma condição de desigualdade, de exclusão social ao que se refere à liberdade de atuarem em suas próprias vidas.

O Poder Público, como um dos responsáveis pelo fomento à educação, deve promover ações não só no âmbito de elaboração de políticas públicas, na elaboração de leis e exercendo o papel de protetor e fiscalizador desse direito.

Educação escolar exige uma compreensão rigorosa de sua raiz econômica, bem como uma reação coletiva organizada com vistas à destruição de um tipo de estrutura econômica, política e social, vale dizer, de sociedade, e à construção de um novo tipo; reação essa que é expressão de um compromisso político consequente com as preocupações educacionais e escolares.

A educação apresenta-se como um processo de plenitude humana, que envolve quem a transmite e quem a recepciona, portanto, professores e alunos que em um movimento de reciprocidade, necessitam exercitar a liberdade de cátedra ativa e passivamente para a construção do conhecimento. (FARIA & MOSCOVITIS, 2017)

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL, Lei de Diretrizes e Bases nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

BREJON, Moysés. Estrutura e Fundamento do Ensino de 1º e 2° Graus. 13° ed. revista e ampliada. São Paulo. Editora Livraria Pioneira

JAEGER, Werner. Tradução PARREIRA. Artur M. **PAIDÉIA:** A Formação do Homem Grego. São Paulo: Ed Martins Fontes, 1995.

MUNIZ, Regina Maria Fonseca. O Direito à Educação. Rio de Janeiro. Ed. Renovar. 2002

PILETTI, Claudino, & PILETTI, Nelson. (2018). História da Educação de Confúcio a Paulo Freire (4° ed.). (J. PINK, Ed.) São Paulo, BRASIL: ed. Contexto.

RATIO atque Institutio STUDIORUM – Organização e plano de estudos da Companhia de Jesus. In: FRANCA, Leonel, O método pedagógico dos jesuítas. Rio de Janeiro: Agir, 1952.

RIBEIRO. Darcy. Educação Como Prioridade. São Paulo. Global ed.2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

RIBEIRO, Maria Luíza Santos. História da Educação Brasileira: a organização escolar. 18 ed. ver. ampl. Campinas: Autores Associados, 2000.

SOUZA, Eliane Ferreira de. Direito à Educação. São Paulo. Ed Saraiva. 2010

ONLINE

CARVALHO, L. R., apud Seco, A. P., & Amaral, T. C. (2006). História, Sociedade e Educação no Brasil. Acesso em 10 de ABRIL de 2019, disponível em HISTEDBR: http://www.histedbr.fe.unicamp.br/navegando/periodo_pombalino_pedagogico.html

FARIA, E., & MOSCOVITIS, A. (dezembro de 2017). Educação em Pespectiva. doi: 10.22294/eduper/ppge/ufv.v8i3.893, disponível em: https://periodicos.ufv.br/ojs/educacaoemperspectiva/article/view/6976/2830

Manifesto dos Pioneiros da Educação Nova, por Ebenezer Takuno de Menezes, em Dicionário Interativo da Educação Brasileira - Educabrasil. São Paulo: Midiamix, 2001. Disponível em: <https://www.educabrasil.com.br/manifesto-dos-pioneiros-da-educacao-nova/>. Acesso em: 08 de ago. 2019.

MATTOS, J. (25 de novembro de 2015). *Blogger Buzz*. Acesso em 24 de junho de 2019, disponível em Diario Imperial: http://odiarioimperial.blogspot.com/2015/11/a-educacao-no-imperio.html

MENEZES, Ebenezer Takuno de; SANTOS, Thais Helena dos. Verbete MEC/USAID. Dicionário Interativo da Educação Brasileira – Educa brasil. São Paulo: Midiamix, 2001. Acesso em: 28 de jun. 2019. Disponível em: https://www.educabrasil.com.br/mec-usaid/.

NASCIMENTO, P. E., Rodrigue, D. F., Domiciano, R. d., & Oliveira, P. F. (25 de junho de 2012). História da Educação no Brasil e a pratica docente diante das novas tecnologias. Fonte unicamp:http://www.histedbr.fe.unicamp.br/acerhistedbr/seminario/seminario9/PDFs/8.19.pdf

PERES, Paula (01 de outubro de 2018). Revista Nova Escola. Acesso em 26 de junho de 2019, disponível em: https://novaescola.org.br/conteudo/12660/como-a-constituicao-de-1988-mudou-a-educacao

SECO, Ana Paula, & AMARAL, Tania Conceição Iglesias do. (s.d.). Navegando na História da Educação Brasileira. Fonte: HISTEDBR: http://www.histedbr.fe.unicamp.br/navegando/periodo_pombalino_intro.html

SILVA, João Carlos Jarochinski. (junho de 2011). Revista de Ciências Sociais. Acesso em 15 de junho de 2019, disponível em Ponto-e-Vírgula: https://revistas.pucsp.br/index.php/pontoevirgula/article/view/13910

TOYSHIMA, Ana Maria da Silva, Montagnoli, Gilmar Alves, & Costa, Dr. Célio Juvenal (24 de JUNHO de 2012). Grupo de Estudo. Acesso em 2019, disponível em UEL: http://www.uel.br/grupoestudo/processoscivilizadores/portugues/sitesanais/anais14/arquivos/textos/Comunicacao_Oral/Trabalhos_Completos/Ana_Toyshima_e_Gilmar_Montagnoli_e_Celio_Costa.pdf

VIEIRA, S. L. (agosto de 2007). *Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos.* Acesso em 15 de abril de 2019, disponível em RBE: http://rbep.inep.gov.br/index.php/rbep/article/view/749/725 https://atlas.fgv.br 27 de jun. 2019.

NOTAS:

---

[1] Era uma forma de administração do território colonial português na América. Basicamente eram formadas por faixas de terra que partiam do litoral para o interior, comandadas por donatários e cuja posse era passada de forma hereditária.

[2] Representou uma medida político-administrativa adotada pela Coroa Portuguesa (Rei Dom João III), em 1548, a fim de centralizar, administrar, restabelecer o poder e reforçar a colonização no período do Brasil Colônia, após o fracasso das capitanias hereditárias.

[3] 1503-1579 Foi uma figura da política portuguesa e com um passado profissional como militar que se destacou por ter sido o primeiro governador-geral do Brasil e Fidalgo da Casa Real.

[4] Plano e Organização de Estudos da Companhia de Jesus, normalmente abreviada como Ratio Studiorum criado para regulamentar o ensino nos colégios jesuíticos.

[5] (1753-1756) Foi o conflito armado envolvendo as tribos Guarani das missões jesuíticas contra as tropas espanholas e portuguesas, como consequência do Tratado de Madrid (1750) que definiu uma linha de demarcação entre o território colonial espanhol e português na América do Sul.

[6] Sebastião José de Carvalho e Melo primeiro-ministro de Portugal de 1750 a 1777

[7] Também conhecido como Exclusivo Comercial Metropolitano, era um sistema de leis e normas que as metrópoles impunham às suas colônias durante o período colonial, ou seja: as metrópoles eram os países que se beneficiavam dos produtos e da atividade econômica de seus territórios coloniais.

[8] A Real Mesa Censória foi criada por Alvará de 5 Abril de 1768,

[9] Francisco Luís da Silva Campos nasceu em Dores do Indaiá (MG), em 1891. Advogado e jurista, formou-se pela Faculdade Livre de Direito de Belo Horizonte, em 1914.

[10] Nome de um acordo que incluiu uma série de convênios realizados a partir de 1964, durante o regime militar brasileiro, entre o Ministério da Educação (MEC) e a United States Agency for International Development (USAID). Tinha o objetivo de implantar o modelo norte americano nas universidades brasileiras através de uma profunda reforma universitária.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

JULIANA GEOVANA LASMAR DE OLIVEIRA:
Graduanda em Direito pelo Centro de Ensino Superior do Amazonas - CIESA e Servidora do Pública da Secretaria de Saúde do Estado do Amazonas - SUSAM.

SEBASTIÃO RICARDO BRAGA BRAZ

(Orientador)

RESUMO: Este artigo tem como objetivo a análise dos contornos gerais do instituto jurídico do Acordo de Não Persecução Penal no ordenamento jurídico brasileiro. A finalidade do presente trabalho é apresentar a importância da utilização da justiça consensual como instrumento de política criminal e as vantagens advindas com a aplicação do acordo em comento, concebido pela Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. Foi elaborado de acordo com o método hipotético-dedutivo, o procedimento descritivo e a modalidade documental. A aplicação do referido instituto produz respostas tempestivas e satisfatórias, bem como aumenta a credibilidade na justiça criminal.

Palavras-chave: Acordo de não persecução penal. Justiça consensual. Política criminal. Respostas tempestivas e satisfatórias.

ABSTRACT: This articles objective is to analyse the general pros and cons within the Brazilian judicial system, in regards to not pursuing penal action, the intent of this work, therefore, is to present the importance of utilizing consensual justice as an instrument of criminal politics. Granting, thus, the well advised advantages a councillor brings using the accord known as Resolution nº 181/2017 introduced by the National Advisory Council from the Brazilian Ministry of Public affairs. This is Resolution was drawn up inferring a hypothetical-deduction method consistent with the modality of documentation. It is evident, therefore, that it's application produces tempests, as well as satisfactory responses. The end result is greater credibility within the criminal justice system of Brazil.

Key-words: An accord to not pursue penal action. Consensual justice. Criminal politics. Tempests and satisfactory responses.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Natureza jurídica do acordo de não persecução penal. 3. Utilização da justiça consensual no atual cenário a fim de desafogar o judiciário.

4. Legalidade do acordo de não persecução penal. 5. Vantagens advindas com a aplicação do acordo de não persecução penal. 6. Conclusão. 7. Referências.

INTRODUÇÃO

Este artigo proporcionará um entendimento mais amplo acerca do tema abordado, facilitando a compreensão da natureza jurídica do instituto em exame, sua compatibilidade com o ordenamento pátrio, bem como a importância e as vantagens advindas da sua aplicação, buscando com isso, democratizar tal conhecimento para a sociedade.

O presente trabalho traz uma breve análise sobre o sistema acusatório processual penal brasileiro e sua compatibilidade com o Acordo de Não Persecução Penal. Afinal, como alcançar uma tramitação processual mais célere e menos dispendiosa na justiça criminal? E de que forma aumentar a eficiência da prestação jurisdicional racionalizando a ação penal a fim de que seja, de fato, a *ultima ratio*?

Essas e outras perguntas encontram respostas no Acordo de Não Persecução Penal que tem por finalidade mitigar a persecução penal. Mas o que vem a ser esta? Em apertada síntese podemos dizer que o procedimento criminal brasileiro engloba duas fases: a investigação criminal e o processo penal. A investigação criminal é um procedimento preliminar, de caráter administrativo, levado a efeito pela Polícia Judiciária e que busca reunir provas capazes de formar a *opinio delicti* do órgão ministerial acerca da existência de justa causa para o início da ação penal. Esta, a seu turno, é o procedimento principal, de caráter jurisdicional, que termina com um pronunciamento judicial que resolve se o acusado deverá ser condenado ou absolvido. Ao conjunto dessas duas fases, dá-se o nome de persecução penal.

A escolha do tema se deu pela sua relevância no atual cenário da justiça criminal, afogada pela grande demanda de processos. Ora, o ordenamento jurídico brasileiro já está familiarizado com institutos de justiça penal consensual como a transação penal, para delitos de pequeno potencial ofensivo, e colaboração premiada, para crimes graves que podem envolver organizações criminosas. No entanto, faltava um instituto consensual para crimes de médio potencial ofensivo. Essa lacuna foi então suprida com o Acordo de Não Persecução Penal.

Dito isto, pode-se conceituar o Acordo de Não Persecução Penal como sendo um ajuste passível de ser celebrado entre o Ministério Público e o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

investigado, e que, uma vez cumprido, ensejará a promoção de arquivamento da investigação. Ou seja, é um instrumento de política criminal – ciência de selecionar os bens jurídicos que devem ser tutelados penalmente e os caminhos para tal tutela; meios preventivos e repressivos que o Estado dispõe para atingir o fim da luta contra o crime.

1 NATUREZA JURÍDICA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O Judiciário não é capaz de dirimir, tempestiva e satisfatoriamente, todos os conflitos que a ele são levados. Em média a duração dos processos criminais é de 03 (três) anos e 01 (um) mês (BRASIL, 2017), somente na fase de conhecimento, estatística que corrobora o fato de que os Tribunais atualmente enfrentam uma sobrecarga. Assim mostra-se evidente que a realização de acordos penais no Brasil – apesar de não ser a única e suficiente alternativa para a resolução dos graves problemas de nosso sistema – afigura-se como uma medida imprescindível e urgente para deflagrar um sério processo de aprimoramento e reforma do modo com que é realizada a nossa persecução penal.

Deste modo, surge o Acordo de Não Persecução Penal que tem fundamento nos arts. 5º, inciso LXXVIII, 37 e 129, inciso I, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), art. 28 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), art. 62, inciso IV, da Lei Complementar nº 75/93 (BRASIL, 1993) e nos arts. 10, 12 e 29 da Lei nº 8.625/93 (BRASIL, 1993).

O referido instrumento encontra-se previsto no art. 18 da Resolução nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP (BRASIL, 2017), *in verbis*:

> Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:
>
> I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo;
>
> II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público;
>
> IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito;
>
> V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

Da leitura do dispositivo supracitado, afere-se que o acordo em questão consiste num arquivamento condicionado ao cumprimento de obrigações, que sendo satisfeitas acarretam o encerramento da investigação. É fundado na falta de interesse de agir do Estado, bem como nos princípios da oportunidade da ação penal, autonomia da vontade, eficiência, proporcionalidade, celeridade, acusatório e intervenção mínima. É um esforço de política criminal para reduzir o acionamento do sistema penal.

Com a reforma promovida pela Resolução nº 183 do CNMP (BRASIL, 2018), não restam dúvidas de que quando celebrado deve ser homologado pelo Poder Judiciário a fim de que não sejam feitos ajustes em detrimento dos interesses da vítima ou com violação as garantias processuais do suspeito.

Realizado o acordo os autos são submetidos à apreciação judicial e, se o "juiz considerar o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação" (BRASIL, 2017), isto é, o magistrado faz uma análise prévia do pactuado, enquanto que a efetivação e o acompanhamento são promovidos pelo *parquet.* Por outro lado, se o juiz considerar incabível o acordo ou inadequadas as condições ajustadas, remeterá os autos ao Procurador-Geral nos termos do art. 28 do CPP (BRASIL, 1941). Por fim, a efetivação do acordo e o cumprimento das condições ensejará a promoção de arquivamento da investigação.

No tocante à sua relação com os institutos previstos na Lei nº 9.099/95 (BRASIL, 1995), é afirmado que:

> O acordo de que cuidamos é um híbrido entre a composição civil e a transação penal da Lei 9.099/1995, porque serve ao mesmo tempo à vítima (tal como a composição civil) e ao Estado (tal como a transação), atendendo simultaneamente ao interesse jurídico do suspeito (CUNHA *et al.*, 2018, p. 305).

Assim, resta evidente que "o objetivo não é substituir formas de consenso já regulamentadas pela legislação, mas sim atingir outras hipóteses que anteriormente levavam a um processo penal com duvidosas vantagens para Estado e réu" (CUNHA *et al.*, 2018, p. 340).

Os acordos na seara criminal podem ser compreendidos como ajustes obrigacionais celebrados entre o órgão de acusação e o investigado, que, assumindo ou não sua culpa/responsabilidade, aceita cumprir, desde logo, condições socialmente relevantes, muito abrandadas se comparadas às penas previstas como sanção penal, em troca de renúncia estatal ao processo criminal.

Nesse sentido, importa distinguir o Acordo de Não Persecução Penal da colaboração premiada – que atualmente protagoniza no cenário político e jurídico por imprimir velocidade às investigações, composição civil dos danos, transação penal e suspensão condicional do processo.

A colaboração premiada, prevista no art. 4º da Lei nº 12.850/13 (BRASIL, 2013), "é um meio de obtenção de prova pelo qual o colaborador relata informações durante a investigação ou persecução penal que culminam na identificação dos demais coautores ou partícipes dos crimes e demais infrações penais" (SARAIVA, 2019, p. 18), prevenindo a prática de outras infrações penais e recuperando o produto ou proveito dos crimes.

Por outro lado, a composição civil dos danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo são medidas despenalizadoras previstas na Lei nº 9.099/95 (BRASIL, 1995) que permitem a extinção da punibilidade do agente que comete infração de menor potencial ofensivo – crimes e contravenções penais a que a lei comine pena máxima de até 02 (dois) anos – de forma a evitar os efeitos estigmatizadores do processo.

A composição civil dos danos, aplicável no âmbito das ações penais privadas, consiste num acordo entre autor e vítima que prevê indenização dos prejuízos sofridos, ao passo que a transação penal, aplicável em qualquer tipo de ação penal, requer a observância dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos pelo art. 76, §2º da Lei nº 9.099/95. A suspensão condicional do processo, a seu turno,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

requer pena mínima igual ou inferior a 01 (um) ano, e possibilita o afastamento do processo de 02 (dois) a 04 (quatro) anos, mediante o cumprimento de uma medida alternativa.

Já o Acordo de Não Persecução Penal, é um negócio jurídico bilateral que visa abortar a própria instauração da ação penal. Em que pese implique na confissão voluntária, difere da colaboração premiada visto que não exige delação de terceiros, também conhecida como testemunho qualificado.

Além disso, para sua aplicação a pena mínima cominada deverá ser inferior a 04 (quatro anos) e o crime não pode ter sido cometido com violência ou grave ameaça a pessoa.

Outrossim, não é voltado aos crimes perpetrados pelas organizações criminosas, tampouco às infrações de menor potencial ofensivo, mas busca alcançar os crimes de médio potencial ofensivo.

Portanto, até aqui vimos que o Acordo de Não Persecução Penal é uma inovação na seara criminal que possui natureza jurídica de arquivamento condicionado ao cumprimento de certas obrigações. Passemos então a análise da utilização da justiça consensual como mecanismo para desafogar o Poder Judiciário.

2 UTILIZAÇÃO DA JUSTIÇA CONSENSUAL NO ATUAL CENÁRIO A FIM DE DESAFOGAR O JUDICIÁRIO

Cunha *et al.* (2018) aduz que são aproximadamente 20 (vinte) países e territórios na América Latina, e o único que não adota a oportunidade da ação penal na legislação e nem discute o tema mais debatido atualmente é o Brasil. Também explica que mundo afora, um dos mais célebres representantes da justiça negociada é o *plea bargaining*, que serviu de inspiração para diversos institutos introduzidos no país e foi referência para a criação do Acordo de Não Persecução Penal e para as hipóteses de barganha previstas nos projetos do novo Código Penal e de Processo Penal.

O *plea bargaining* tem tido grande relevância nos últimos anos no cenário internacional. Estima-se que a justiça criminal norte-americana solucione mais de 95% dos casos por meio desse instrumento. Schünemann (2013, p. 240), embora crítico do instituto, demonstra não haver como ignorá-lo:

> O *plea bargaining* se expandiu para a quase totalidade dos ordenamentos jurídicos ocidentais, seja na Europa, seja na América Latina, principalmente em razão da necessidade de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> abreviar as respostas necessárias à escalada da criminalidade moderna. A adoção de institutos semelhantes na Itália, Alemanha, Chile e Argentina reafirma essa tendência mundial.

Inegavelmente, a sociedade brasileira atravessa um momento crítico, com problemas graves no sistema prisional e elevado número de processos judiciais, tornando morosa e ineficiente a prestação jurisdicional. Cunha *et al.* (2018) elucida que não é necessário conhecer do tecnicismo jurídico para se constatar a falência atual do sistema prisional brasileiro, celas lotadas, pessoas cumprindo penas já acabadas, a Lei de Execução Penal sendo desrespeitada diariamente, falta de recursos para manutenção de uma quantidade gigantesca de presos provisórios e definitivos, dentre outros grandes problemas.

Em face disso, soluções se apresentam, nessa busca por uma tramitação processual mais célere e menos dispendiosa na justiça criminal, de forma aumentar a eficiência da prestação jurisdicional racionalizando a ação penal a fim de que seja, de fato, a *ultima ratio.* Dentre elas, a despenalização de condutas de menor relevância que não ofendem os bens jurídicos mais sensíveis à sociedade, alcançando a imediata e individualizada aplicação da pena.

Desta forma, o diploma normativo desponta como uma alternativa que prestigia a eficiência da atividade jurisdicional, na medida em que confere agilidade na resolução dos conflitos e credibilidade no sistema penal pátrio. Com a introdução dessa medida, fundada em ideias de política criminal, de necessidade, utilidade, conveniência e intervenção mínima, não há qualquer ofensa ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, à legalidade, ao devido processo legal, ao juiz natural, à garantia contra a autoincriminação ou ampla defesa.

O Poder Judiciário é sempre chamado a verificar em cada caso, se o acordo deve ser homologado, se a investigação deve ser arquivada ou se, por outro lado, a denúncia será aceita para julgamento. Corroborando o fato de que o instituto sob análise é uma alternativa atual e eficaz, Saraiva (2019, p. 305) cita vários exemplos de políticas criminais que foram editadas por outros atores e que lograram êxito no ordenamento jurídico brasileiro, senão vejamos:

> a) o protagonismo do Conselho Nacional de Justiça, que regulamentou, por meio da Resolução nº 213/2015, as audiências de custódia;
>
> b) a importante atuação do STF ao definir os parâmetros para autorizar execução provisória da pena após condenação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> criminal em segunda instância (ações declaratórias de constitucionalidade 43 e 44), ou a que definiu os pressupostos para aplicação do princípio da insignificância (HC nº 84.412/SP);
>
> c) os chamados procedimentos de verificação preliminar de informação (VPI), utilizados pela polícia criminal, destinados à verificação de procedência de informações para posterior instauração de inquérito policial, formalmente normatizada, por exemplo, no Departamento de Polícia Federal, pela Instrução Normativa nº 1/1992;
>
> d) implantação, baseada em celeridade e eficiência, pela Polícia Civil do Estado de São Paulo, por meio de portaria, do Núcleo Especial Criminal (Necrim), ambiente policial de conciliação para infrações de menor potencial ofensivo.

O mesmo autor aduz que o exercício da ação penal não pode ser reduzido à atividade mecânica, desprovida de crítico juízo institucional e desconhecedor das peculiaridades do sistema de justiça. Diante de tantos exemplos emblemáticos – e aceitos sem resistência pela comunidade jurídica, nada mais natural que o Conselho Nacional do Ministério Público atuar nesse espaço, editando ato que expresse uma diretriz de política criminal.

Vale lembrar que nos últimos anos o Brasil vivenciou uma fase consagração da justiça penal consensual, decorrente da constatação da celeridade e eficiência das delações premiadas, cujo ápice se deu com a operação Lava Jato, deflagrada pela Polícia Federal em 17 de março de 2014.

Já no cenário mundial, Saraiva (2019) demonstra a existência da sintonia entre o Acordo de Não Persecução Penal e o direito internacional ao relembrar a edição das Regras de Tóquio pela Assembleia Geral das Nações Unidas, oportunidade em que foi reafirmada a necessidade de adoção de medidas alternativas, a serem tomadas antes do início processo:

> Sempre que adequado e compatível com o sistema jurídico, a polícia, o Ministério Público ou outros serviços encarregados da justiça criminal podem retirar os procedimentos contra o infrator se considerarem que não é necessário recorrer a um processo judicial com vistas à proteção da sociedade, à prevenção do crime ou à promoção do respeito pela lei ou

> pelos direitos das vítimas para a decisão sobre a adequação da retirada ou determinação dos procedimentos deve-se desenvolver um conjunto de critérios estabelecidos dentro de cada sistema legal. Para infrações menores, o promotor pode impor medidas não privativas de liberdade, se apropriado (BRASIL, 2016, p. 17).

Pelo exposto, resta evidente que a Resolução nº 181/2017 encontra-se em harmonia com a justiça restaurativa e com a evolução da sociedade, compatibiliza-se com o fenômeno da descarceirização e, ainda, com os princípios da economia processual e celeridade.

Contudo, a despeito das vantagens elencadas, surgem questionamentos acerca da legalidade do Acordo de Não Persecução Penal. Cumpre, portanto, analisar e esclarecer indagações e controvérsias, o que será devidamente realizado linhas abaixo.

3 LEGALIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A edição do Acordo de Não de Persecução Penal gerou insurgências no mundo jurídico e muito se discute a respeito da sua suposta inconstitucionalidade. Até então já foram propostas duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADI, contra a Resolução nº 181/2017, uma de iniciativa do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a ADI nº 5.793, e outra de autoria da Associação dos Magistrados Brasileiros, a ADI nº 5.790, cujos julgamentos ainda não se realizaram.

Dito isto, faz-se necessário realizar breves considerações a respeito de alguns aspectos controvertidos e que causam divisão dos juristas.

O primeiro questionamento que merece ser esclarecido diz respeito ao plano formal, pois alguns doutrinadores, como por exemplo Morais (2018), sustentam que, em razão do substrato do acordo em comento ser um ato normativo infralegal e não uma lei federal, o instrumento supostamente afronta o art. 22, inciso I da Constituição Federal (BRASIL, 1998), pois o CNMP legislou em matéria processual penal, o que é de competência privativa da União.

Contudo, esse posicionamento não merece prosperar, visto que o Acordo de Não Persecução Penal é formalmente constitucional por não dispor sobre Direito Penal e Processo Penal, matérias que demandam lei em sentido formal oriunda da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

União. Ao invés disso, trata-se de matéria de política criminal, o que torna legítima a normatização realizada pelo CNMP.

> Não é criação legislativa do CNMP, porque o órgão apenas regulou prerrogativa que a Constituição (art. 129, I) e o CPP (art. 28) já dão ao Ministério Público: a atribuição de não denunciar um suspeito, invocando as razões que lhe pareceram meritórias, justas, apropriadas, econômicas e/ou oportunas à luz do interesse público balanceado pelas expectativas da vítima e pela política criminal adotada pela instituição (CUNHA *et al.*, 2018, p. 330).

Não custa repetir, o CNMP, ao editar a Resolução, nada mais fez do que lançar mão de sua prerrogativa constitucional, expressa no art. 129, inciso I, segundo o qual "são funções institucionais do Ministério Público: promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei".

Assim, o *parquet,* titular exclusivo da ação penal, no exercício de suas atribuições, não deve atuar de forma mecânica, desprovida de juízo crítico, mas sim com discricionariedade e seletividade estratégica. É dizer, o membro do Ministério Público não deve ser obrigado a oferecer denúncia quando vislumbrar que o inquérito deve ser arquivado, pois isso violaria os princípios da independência funcional e da eficiência.

Outro argumento desfavorável ao acordo é de que o mesmo contraria, ainda que indiretamente, o art. 42 do CPP, que afirma que "o Ministério Público não poderá desistir da ação penal", e, portanto, viola o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

No entanto, outros doutrinadores, como Pascal e Barboza (2019), entendem que o referido princípio é um equívoco interpretativo, não havendo opção clara do legislador a seu favor, pois a Constituição Federal sequer o positivou, mas expressamente previu o princípio da eficiência (art. 37, *caput*), o direito à prestação jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV) e a razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII). Logo, o órgão ministerial não pode ficar a mercê de um princípio que sequer foi previsto expressamente. Nesse sentido:

> A obrigatoriedade poderia ser entendida, no máximo, como regra contida no CPP (arts. 24, 42 e 576), não como princípio do sistema; ainda assim, não se lê necessariamente nos referidos artigos que a ação penal é obrigatória; as regras do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> CPP devem ser interpretadas de acordo com a Constituição, e tal interpretação deve considerar o conjunto de normas constitucionais que exigem do Ministério Público atingimento de finalidades com eficiência e efetividade (SARAIVA, 2019, p. 104).

Perquire-se, ainda, a respeito da permissão para celebração do acordo em qualquer crime, desde que não cometido mediante violência ou grave ameaça, independentemente de sua gravidade e da sua pena em abstrato. Isso permitiria, por exemplo, a possibilidade da celebração do ajuste em crimes hediondos e equiparados.

Ocorre que o CNMP publicou em 30 de janeiro de 2018 a Resolução nº 183 (BRASIL, 2018), que reformou a Resolução nº 181 (BRASIL, 2017), acrescentando impedimentos à realização do acordo e aperfeiçoando o sistema nesse aspecto, senão vejamos:

> Art. 18 [...]
>
> § 1º [...]
>
> V – o delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006;
>
> VI – a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Outra objeção dirigida ao acordo é pertinente ao aspecto material, pois a princípio o acordo seria realizado administrativamente, sem a chancela judicial, é dizer, seria imposta ao acusado uma pena restritiva de liberdade sem o devido processo legal, cabendo sua aplicação e fiscalização apenas ao *parquet.* Ademais, a Resolução estipulava que a presença do defensor era uma faculdade do investigado.

Entretanto, com a alteração promovida, o Acordo de Não Persecução Penal passa a ser submetido à apreciação judicial e a presença do defensor, obrigatória, assegurando assim a observância de todas as garantias constitucionais ao investigado como a defesa técnica (§2º) e a inafastabilidade do controle judicial (§4º):

> Art. 18.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> [...]
>
> § 2º A confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo serão registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, e o investigado deve estar sempre acompanhado de seu defensor.
>
> [...]
>
> § 4º Realizado o acordo, a vítima será comunicada por qualquer meio idôneo, e os autos serão submetidos à apreciação judicial.

Como já afirmado, as ADIs questionando o instituto ainda não foram julgadas. Entretanto, ante o princípio da presunção da constitucionalidade, a norma que regulamenta o Acordo de Não Persecução Penal é eficaz e aplicável até ulterior análise de sua compatibilidade com a Constituição pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Carta Magna. Por enquanto, o instituto segue sendo aplicado, restando-nos aguardar o reconhecimento de sua validade.

No tópico seguinte, analisar-se-á as vantagens advindas com a operacionalização do instituto objeto do presente artigo.

4 VANTAGENS ADVINDAS COM A APLICAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O ideal seria que todas as práticas delituosas tivessem um julgamento ordinário. Contudo, "a expansão do direito penal provocou uma impossibilidade processual de acusação de todos os crimes descobertos. A seletividade acabou fazendo parte do sistema" (CUNHA *et al.*, 2018, p. 332).

Assim sendo, mostra-se muito mais vantajosa uma imediata decisão negociada, que cumpra a função dirimente do conflito do que uma decisão proferida ao longo de anos, incapaz de cumprir com as funções da pena e nem de recompor o sentimento social de validade das normas. Retirando da apreciação do Poder Judiciário casos mais simples e numerosos, várias vantagens seriam notadas, conforme pronunciamento da Comissão redatora da Resolução em estudo:

> a) uma celeridade na resolução dos casos menos graves (evitando-se, inclusive, que o nosso STF tenha que discutir questões bagatelares menores, como vem fazendo, que são

> completamente incompatíveis com a relevância que deve ter um Tribunal Supremo); b) mais tempo disponível para que o Ministério Público e o Poder Judiciário processem e julguem os casos mais graves, tendo a possibilidade, de tal maneira, de fazê-lo com maior tranquilidade e reflexão; c) haveria economia de recursos públicos, já que os gastos inerentes à tramitação do processo penal seriam reduzidos (ou seja, menos processos judicias, menos gastos); d) minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, dando um voto de confiança aos não reincidentes, minorando, também, os efeitos sociais prejudiciais de uma pena e desafogaria, também, os estabelecimentos prisionais. (BRASIL, 2017, p. 31-32).

No mesmo sentido, Cunha *et al.* (2018) elenca outras vantagens advindas aos atores processuais quando da adoção do acordo de não persecução penal. A acusação desfrutaria da certeza de que o réu não ficaria impune, ao mesmo tempo em que reduziria a própria sobrecarga de trabalho, passando a atuar com mais eficiência em casos de maior necessidade. A defesa receberia uma sanção mitigada, previamente conhecida, em um processo abreviado, reduzindo o custo financeiro e emocional do julgamento.

Já o Estado e a sociedade, por seu turno, desfrutariam da economia de recursos e aumento de eficiência na prestação jurisdicional, pois as audiências de instrução exigem a alocação de juízes, promotores, defensores públicos, oficiais de justiça, serventuários e policiais que poderiam estar se dedicando a outros casos.

Contudo o instituto também é alvo de críticas. Questiona-se, por exemplo, o eventual estímulo à impunidade, o desrespeito aos direitos da vítima e a ofensa aos princípios da inafastabilidade da jurisdição da obrigatoriedade da ação penal. No entanto, tais objeções não merecem prosperar, conforme esclarecimentos adiante transcritos:

> Ora, tal crítica somente poderia mesmo ter o escopo de convencer pessoas que desconhecem os meandros do sistema penal brasileiro. Os crimes alcançados pela possibilidade de realização do acordo são aqueles que, com já salientado, em razão das penas cominadas e da menor gravidade em relação a tantos outros crimes, são

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> diuturnamente afastados da prioridade de instrução e julgamento face ao acúmulo de feitos perante as varas judiciais criminais, tendo sua conclusão reiteradamente postergada e, por isso, infeliz e invariavelmente, são muitas vezes fulminados pela prescrição (CUNHA *et al.*, 2018, p. 169).

No que diz respeito à preocupação com a observância dos direitos e interesses da vítima, Saraiva (2019) alega que o Acordo de Não Persecução Penal não implica desvantagem ao ofendido, visto que o primeiro requisito para celebração do acordo é a reparação de danos, o que atende seus interesses imediatos e à moderna tendência criminológica de revalorização da vítima.

Quanto à observância dos princípios da inafastabilidade da jurisdição e da obrigatoriedade da ação penal, importa ressaltar que estes não devem ser levados às últimas consequências, pois o Ministério Público, que detém titularidade exclusiva da ação penal, deve realizar uma filtragem nas ações a serem propostas:

> Estudos apontam para a necessidade de substituir o modelo da obrigatoriedade por outro mais racional, não desvinculado das políticas criminais e ancorado na realidade da criminalidade a enfrentar, um modelo que admita – ou assuma – o exercício da discricionariedade pelo Ministério Público, em coordenação com órgãos policiais e de fiscalização e com resultados de maior racionalidade também para o Poder Judiciário (SARAIVA, 2019, p. 111).

Previsão normativa que mitigue a persecução penal, como já fizeram a Lei nº 9.099/95 (BRASIL, 1995) e a Lei nº 12.850/13 (BRASIL, 2013), conforme já mencionado no presente trabalho, é compatível com nosso ordenamento jurídico. Para o atendimento dos que realmente necessitam da proteção judicial, deve-se afastar a pretensão dos que poderiam realizar seu direito sem intervenção do Judiciário:

> Há toda uma gama de infrações penais que não chegam a ser conhecidas, outras que, mesmo conhecidas pelas vítimas, não são comunicadas à Justiça e ao aparelho de *enforcement*, e outras ainda que mesmo conhecidas pelo Estado, não são apuradas ou punidas, constituindo o que se denomina "cifra oculta". Daí é porque o princípio da oportunidade vem-se impondo paulatinamente, ganhou assoalho constitucional em

> 1988 e foros de legalidade em 1995, 1999, 2002 e em 2013 assume corpo de instituto da nova política criminal, superador do sistema da justiça penal puramente conflitiva [...] O princípio da oportunidade da ação penal permite ao *parquet* não agir nos casos de mínima reprovabilidade ou escassa lesividade e também naqueles nos quais houve o integral restabelecimento do *status quo ante* (CUNHA *et al.,* 2018, p. 289).

Ademais, não há que se falar de ofensa ao direito à não autoincriminação, posto que nenhum direito fundamental é absoluto, sendo perfeitamente possível que o acusado, de forma livre e consciente, confesse a autoria da prática delituosa, quando os benefícios a si oferecidos lhe proporcionem situação mais favorável.

Pelos argumentos trazidos à tona percebe-se que a adoção do Acordo de Não Persecução Penal não acarretaria ônus, mas tão somente bônus aos atores processuais, ao sistema criminal e à sociedade como um todo:

> Não se vislumbra prejuízo à Justiça Pública ou ao interesse público, porque, sob a análise do custo-benefício trazido pelo instituto, fruto da onda consequencialista em que se encontra o direito, na qual já se reconhece a incapacidade de o Judiciário dirimir, tempestiva e satisfatoriamente, todos os conflitos que lhe são levados, é muito mais vantajosa uma imediata decisão negociada que cumpra a função dirimente do conflito do que um julgamento proferido ao longo de anos, incapaz de cumprir com as funções da pena e de recompor o sentimento social de validade das normas (SARAIVA, 2019, p. 307).

Portanto, a "oportunidade da ação penal não gera impunidade, e sim, mais eficiência, o que está em conformidade com o princípio constitucional da independência funcional do Membro do Ministério Público" (CUNHA *et al.*, 2018, p. 214). Vale ressaltar que não são aplicadas verdadeiras penas, já que os requisitos a serem cumpridos são individualizados em momento anterior à persecução penal, excluindo-a.

E para arrematar o assunto, é importante deixar claro que a aplicação do Acordo de Não Persecução Penal é uma faculdade do Ministério Público – pois se fosse um ato vinculado criaria uma obrigatoriedade às avessas – e não um direito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

subjetivo do réu – pois serão consideradas as particularidades de cada caso, conforme lecionam Souza e Dower (2018).

CONCLUSÃO

O presente artigo trouxe contribuições e esclarecimentos acerca da natureza jurídica do Acordo de Não Persecução Penal, a aplicação da justiça consensual – derivada do *plea bargaining,* a compatibilidade do instituto em exame com o ordenamento jurídico brasileiro e, por fim, as vantagens com a sua operacionalização.

Conforme restou demonstrado, o instituto, concebido pela Resolução nº 181/2017 do CNMP – ato normativo primário – consiste num ajuste celebrado entre o *parquet* e o investigado que resulta no arquivamento da investigação desde que cumpridas certas obrigações.

A finalidade da sua aplicação é mitigar a persecução penal em casos de crime de médio potencial ofensivo e com isso alcançar uma prestação jurisdicional mais célere e menos dispendiosa, posto que atualmente a justiça criminal enfrenta um momento crítico, em razão da grande demanda de processos, tramitação morosa, reiteração delituosa, descrédito na justiça, sentimento de impunidade e uma serie de outros fatores.

A tendência moderna na seara penal e em âmbito internacional é a adoção de respostas menos retributivas/punitivas e mais construtivas/reparadoras, ocasionando a quebra da dualidade da função da pena (retribuição e prevenção), incluindo a reparação como nova possibilidade. No Brasil, inclusive, já encontramos institutos de justiça penal consensual como colaboração premiada, composição civil dos danos e transação penal.

Diante dos argumentos jurídicos expostos no presente trabalho, vislumbramos que o acordo em estudo é formal e materialmente constitucional, não afronta princípios constitucionais ou processuais, e diante da reforma produzida pela Resolução nº 183/2018 do CNMP, foi aperfeiçoado de modo que não é aplicado nas hipóteses de crime hediondo e equiparado, e passa a ser submetido à apreciação judicial.

Num ordenamento sem acordo observa-se a conjugação de diversos fatores negativos, tais como: excesso de formalidades procedimentais, burocratização, demora na tramitação processual (tanto na fase probatória quanto na recursal), excesso de serviço, pressa em fazer frente a carga de trabalho. Os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

crimes se tornaram tão comuns que a população passou a desacreditar na efetividade da polícia e dos órgãos públicos. Logo, não se alcança uma resposta tempestiva e que aplaque satisfatoriamente a revolta com a grande onda de crimes.

Por outro lado, a aplicação do referido diploma normativo trará unicidade do direito, segurança jurídica, economia de tempo e recursos, atenderá os interesses de ambas as partes, proporcionará uma tutela penal mais efetiva nos casos mais complexos e de maior relevância social, produzirá credibilidade na justiça criminal e, portanto, não somente evitará o colapso do sistema, mas proporcionará um grande avanço em sua qualidade.

Deste modo, o Acordo de Não Persecução Penal é um instrumento de otimização da tutela penal, jamais um instrumento de banalização da justiça. Busca-se punir menos, mas punir melhor, reduzir a criminalidade, aplicar o princípio da proteção penal eficiente e com isso atender ao interesse público – das vítimas, da sociedade e do acusado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____. **Código de Processo Penal.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1941.

_____. Conselho Nacional De Justiça. **Justiça Em Números.** Brasília: DF: CNJ, 2017.

_____. Conselho Nacional De Justiça. **Regras de Tóquio:** regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Brasília: DF: CNJ, 2016.

_____. Conselho Nacional Do Ministério Público. Corregedoria Nacional. **Pronunciamento final em Procedimento de Estudos e Pesquisas.** Autos n. 1/2017.

_____. **Lei Complementar n. 75**, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1993.

_____. **Lei n. 8.625,** de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Público dos Estados e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1993.

_____. **Lei n. 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1995.

_____. **Lei n. 12.850**, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2013.

_____. **Resolução n. 181**, de 07 de agosto de 2017. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2017.

_____. **Resolução n. 183**, de 24 de janeiro de 2018. Altera os artigos 1º, 3º, 6º, 7º, 9º, 10, 13, 15, 16, 18, 19 e 21 da Resolução 181, de 7 de agosto de 2019, que dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Brasília: DF: CNMP, 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. BARROS, Francisco Dirceu. SOUZA, Renee de Ó. CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (coord). **Acordo de Não Persecução Penal.** 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

MORAIS, Hermes Duarte. **Revista Consultor Jurídico.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-30/hermes-morais-acordo-nao-persecucao-penal-constitucional>. Acesso em: 14 de setembro de 2019.

SARAIVA, Wellington Cabral. **Temas processuais, prova e persecução patrimonial.** Volume 6. Brasília: 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, 2019.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano.** In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

APLICABILIDADE DA IMUNIDADE RELIGIOSA NOS TERREIROS DE UMBANDA

VICTOR TEIXEIRA TAVARES: Acadêmico do Curso de Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA

BERNARDO SILVA DE SEIXAS
(Orientador)

RESUMO: O presente artigo busca apontar uma crítica a respeito da construção e aplicação jurídica do instituto da imunidade tributária sobre templos de qualquer culto, previsto no art. 150, VI, b, da Constituição FedA síndrome da alienação parental (sap): sob o viés Direitoeral de 1988, com ênfase maior dessa aplicabilidade nos terreiros de UMBANDA, e seus templos de cultos, atendendo ao requisito para gozo desta garantia constitucional. Como ferramenta capaz de provocar mudanças no mundo fático, o Direito, partindo-se de decisões judiciais, se apresenta como modificador da realidade em diversos grupos sociais, como no âmbito religioso, como exemplo os terreiros da Umbanda. Analisando a doutrinária a respeito da imunidade tributária, nota-se um importante silêncio para com os terreiros. Haja vista a história brasileira, perpetuada por perseguições institucionais e sociais para com os povos que carregavam o semblante negro, evidenciando que ocorreria um reflexo dessa tentativa de invisibilidade no Brasil contemporâneo. Essa, a partir dos juristas, torna-se contraditória quando colocada contra ao atual paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, onde se busca uma maior valorização de comunidades que carregam em diversos aspectos a imagem do corpo negro, como, a religião de matriz africana.

PALAVRAS-CHAVE: Imunidade tributária; religião; religião de matriz africana; umbanda; liberdade religiosa; intolerância religiosa.

ABSTRACT: The presente article seeks to point out a criticismo about the construction and legal application of the Institute of Tax immunity on temples of any cult, provided for art. 159, VI, b, of the Federal Constitution of 1988, with greater emphasis of this applicability in the Terreiros of UMBANDA, and its temples of cults, the requirement for te enjoyment of this constitutional grarantee. As a tool capable of provoking changes in the factic world, the law, starting from judicial decisions, is presented as a modifier of reality in several social groups, as in religius scope, as na example the Terreiros of Umbanda. Analyzing the doctrinal about Tax immunity, na importante silence is noted for the Terreiros. Inview of Brazilians history, perpetuated by institutional ans social persecutions towards the people eho carried th countener, becoming evidente that there would be a reflection od this attempt at invisibility in contemporry Brazil. This, from the jurists, becomes contradictory when placed in front of current constituiinal paraigmof the democraic State od law, where it seeks to a greater appreciation of communities that carry nvarious aspects the image of the black body, as, the religion of the African matrix.

KEY-WORDS: Tax immunity; Religion African marix religion; Umbanda Religious freedom; Religous intolerance.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. A UMBANDA. 2. A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA SOBRE TEMPLOS DE QUALQUER CULTO NO DIREITO BRASILEIRO. 2.1 CONCEITO DE TEMPLO DE QUALQUER CULTO. 2.2 INADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL DO SILÊNCIO DOS JURISTAS. 2.3 TERREIROS COMO AGENTES CULTURAIS E POLÍTICOS. 3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PARA A ADEQUAÇÃO DA IMUNIDADE AOS TEMPLOS AFRICANOS. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

INTRODUÇÃO

No início de 2014, foi ajuizada uma Ação Civil Pública pelo Ministério Público Federal do Rio de Janeiro (MPF-RJ), com base na representação feita pela Associação Nacional de Mídia Afro, em face da Google Brasil Internet Ltda, com o intuito da retirada de inúmeros vídeos publicados no *youtube*, considerados ofensivos às manifestações religiosas afro-brasileiras, tais como o candomblé e a umbanda, perfazendo um discurso de ódio e intolerância por motivos religiosos.

O *excelentíssimo Juiz Federal da 17ª Vara Federal, Eugenio Rosa de Araújo, em sentença proferida em abril de 2014, fundamentou, sem entrar na análise do mérito da liminar, no sentido de manter os vídeos, além de descaracterizar as religiões de matriz africanas como tais. Nestes termos,*

"[...] ambas manifestações de religiosidade não contêm os traços necessários de uma religião a saber, um texto base (corão, bíblia etc.) ausência de estrutura hierárquica e ausência de um Deus a ser venerado", e que, portanto, "as manifestações religiosas afro- brasileiras não se constituem em religiões, muito menos os vídeos contidos no Google refletem um sistema de crença – são de mau gosto, mas são manifestações de livre expressão de opinião".

A mensagem passada pelo juiz é carregada de um peso que é suportado pela população negra, desde os tempos coloniais. Uma carga que provoca questionamentos importantes quando da fundamentação utilizada, abordando-se as religiões de matriz africana. Sendo assim, surgem os seguintes questionamentos: em que fundamento consistiu o critério adotado pelo magistrado para descaracterizar os cultos de matriz africana como religiões? Há existência de terreiros, em uma sociedade brasileira, que se encontra sob o paradigma constitucional de um Estado Democrático de Direito?

Muito embora o texto constitucional mire uma ampla gama de garantias e direitos das diversas religiões, em razão de se comprometer a uma estrutura de laicidade, verifica-se uma falta de abrangência sobre aquelas praticadas, predominantemente, por afrodescendentes. As religiões de matriz africana se situam, portanto, em uma margem que constantemente incita implicar violências, tanto sociais, como institucionais. Esses suplícios, sejam físicos, sejam simbólicos, possuem como base a intolerância para com a ontologia dessas religiões.

Observa-se que, dentro da sociedade brasileira, o mito da democracia racial, a qual foi se fundando institucionalmente, permite a segregação de pessoas negras do universal. Significa dar apenas visibilidade a direitos expressos constitucionalmente para população negra, garantindo a existência das normas e princípios, porém sem ocorrer uma aplicabilidade, pois esse grupo encontra-se fora do campo de percepção dos direitos.

A exemplo da liberdade religiosa, prevista no art. 5º, VI a VIII, da Constituição Federal, verificamos que o acesso a essas prerrogativas constitucionais são negados às religiões de matriz africana. Há uma fuga do preceito de laicidade estatal estabelecido, também na própria Lei Maior (art. 19, I). Desse modo, direitos que são tidos como universais não abrangem, de fato, aqueles que possuem vínculos com a África, principalmente os descendentes dos povos africanos.

Em que consiste a garantia de imunidade tributária em relação aos templos? Como ela foi desenvolvida durante o processo histórico brasileiro? As perguntas servem para orientar e preparar a crítica a ser realizada para com os juristas, tanto doutrinadores, quanto magistrados. Nesse sentido, será demonstrada, de forma geral, a construção do instituto da imunidade tributária. Serão elencadas características que definem o instituto, delineando o seu fundamento de ser, além de evitar equiparações errôneas com a isenção tributária. Em seguida, será analisada a espécie de imunidade tributária utilizada como objeto chave para o presente trabalho, qual seja a imunidade religiosa nos terreiros de umbanda.

Mesmo sendo entes que passaram a estar englobados pelo corpo jurídico constitucional, há de se falar em um necessário reconhecimento dessas identidades, como forma de se fazer valer o direito material preconizado na Constituição. A simples previsão normativa de sua inclusão, ou seja, um sentido formal, não garante a efetivação de direitos desses grupos que possuem como base religiões de matriz africana.

1. A UMBANDA

A umbanda é uma religião que surgiu quando, Zélio Fernandino de Moraes, em 1908, nos subúrbios do Rio de Janeiro, teria incorporado do Caboclo das Sete Encruzilhadas. O espírito o teria *ajudado a criar a religião de Umbanda, que logo se aglomerou por todo Brasil e outros países da América Latina. Suas crenças misturam com elementos do candomblé, do espiritismo (conceito de evolução e reencarnação), da cultura indígena e do catolicismo, tendo também Jesus como referência espiritual, não sendo raro encontrar sua imagem em lugar de destaque nos altares das casas ou de terreiros. No decorrer das sessões ocorrem consultas de apoio e orientação a quem recorre ao terreiro, práticas mediúnicas, incorporações de entidades espirituais e outros rituais. Todavia, para muitos curiosos, a Umbanda seria apenas o candomblé, porém não possuindo sacrifícios de animais aspecto que a tornaria que seria mais aceita pela sociedade.*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A imunidade dos templos de qualquer culto é norma autoaplicável, por uma questão de lógica constitucional, contudo, na imunidade o ente estatal não tem poderes para instituir tributos, descabendo, assim, defender que este mesmo ente detenha poderes para estabelecer requisitos em torno do exercício da norma imunizante. Como a constituição garantiu a todos o direito fundamental de liberdade religiosa, de crença e de livre pensamento, pode se afirmar que tal religião em comento, merece todo o respeito aos seus adeptos, e acima de tudo todos os direitos e garantias fundamentais entre eles aquele que é objeto deste trabalho, a imunidade tributária. Sabe-se que todas as igrejas em nosso país gozam desta garantia constitucional, não seria justo e muito menos constitucional que tal direito não fosse estendido à religião Umbanda, pois tem seus templos de qualquer culto, como por exemplo, os terreiros.

2. A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA SOBRE TEMPLOS DE QUALQUER CULTO NO DIREITO BRASILEIRO

É certo que o Estado é um ente que atua na sociedade de maneira bastante significativa, tendo em vista, a disponibilização de serviços de supra importância, provendo necessidades coletivas, por *exemplo, encontra-se como uma característica intrínseca do Estado. Entretanto, esse fornecimento precisa ser subsidiado de alguma maneira, uma vez que a máquina estatal necessita de recursos materiais, receita pública, para que possa se sustentar. E a principal forma de arrecadação desses recursos se dá através de cobrança tributária.*

A de se ter uma limitação no poder de tributar pelo ordenamento jurídico, uma vez que há margem para um exercício arbitrário da tributação sem um mecanismo de controle. Buscando conciliar a carga valorativa ao texto constitucional, decorrem institutos que auxiliam na proteção da invasão patrimonial feita pelo Estado, limitando o poder de tributar. Um dos maiores exemplos de limitação é a previsão constitucional da imunidade tributária cujo fundamento é a proteção de valores considerados como importantes pela Constituição (AMARO, 2011, p. 175).

Com âmbito no presente artigo, convém mencionar que o templo, mesmo carecendo de representação e gerenciamento, tem grande relevância por se tratar de meio para cultuar o divino. Numa visão macro o templo não recebe em si a benesse da imunidade tributária, mas sim a organização religiosa que irá gerir seu funcionamento, mediante a garantia constitucional da imunidade tributária. Contudo são muitas as conclusões do que seria o templo religioso, abordadas anteriormente.

2.1 DO CONCEITO DE TEMPLO DE QUALQUER CULTO

A princípio, Teoria Clássico-restritiva denominada de Templo de qualquer culto, aduz que o *templo é onde se realiza a celebração do culto e traz à baila que não somente é o lugar onde se pratica o culto como também é o universitas rerum,*

o conjunto de coisas em que se pretende realizar o culto, seja em um imóvel ou barracão.

Templos de qualquer culto é uma expressão ampla que engloba não somente as igrejas, mas também a casa do pastor, conventos, seminários, casa paroquial, imóveis que facilitam o culto ou mesmo veículos utilizados para atividades pastorais, como o templo móvel. Assim os anexos dos templos também são englobados.

Como os templos presumem-se morais, cabe à Pessoa Política provar que não o são, para que possa fazer incidir os impostos. Tendo em vista que a imunidade possui limites, esta não alcança atividades desvinculadas do culto, que não estão relacionadas com as finalidades essenciais (art. 150, § 4º da CF). Pode-se considerar que o impacto desta imunidade tributária na sociedade também é muito importante visto que a não incidência de certos tributos mostra em cifras o quanto o Estado deixa de arrecadar.

Como os templos presumem-se morais, cabe à Pessoa Política provar que não o são, para que possa fazer incidir os impostos. Tendo em vista que a imunidade tem limites, não alcança atividades desvinculadas do culto, não sendo relacionadas com as finalidades essenciais (art. 150, § 4º da CF). Pode-se considerar que o impacto desta imunidade tributária na sociedade também é muito importante visto que a não incidência de certos tributos mostra em cifras o quanto o Estado deixa de arrecadar.

De certo modo, em decorrência ao problema levantado, têm-se algumas posições em relação a esse contexto sobre a imunidade tributária nos templos. Os motivos que levam os legisladores a concederem imunidades tributárias são os de que as pessoas jurídicas beneficiárias de tais renúncias fiscais estarão promovendo atividades de interesse da sociedade como um todo, nesses casos a imunidade dos templos de qualquer culto, não pode alcançar somente o templo propriamente dito, mas também a entidade religiosa mantenedora do templo, ou seja, a igreja; A imunidade tributária deve abranger não somente os prédios destinados ao culto, mas também o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com a finalidade essencial da entidade religiosa, segundo o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal, a instituição e arrecadação de impostos tendo como sujeitos passivos as entidades religiosas poderiam coibir a prática de determinadas religiões.

Para realizar a primeira parte da análise, qual seja da aferição da doutrina atual e majoritária, utilizou-se uma metodologia desenvolvida por DUARTE (1998).

A seleção dos manuais como objetos de análise se deu em razão da própria capacidade de estruturação do que seria um Direito Tributário, posto que o uso de manuais e nessa ciência é algo frequente no ensino superior. O conjunto bibliográfico repassado nos cursos de graduação reproduzem determinadas aplicações e interpretações de normas jurídicas, baseada em um específico discurso histórico (DUARTE, 1998, p. 40).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A segunda parte da análise a ser desenvolvida no tópico optou-se pela utilização do critério de recorrência de citação de determinados autores nas decisões judiciais em Tribunais Superiores, sendo, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Além disso, é confirmada a importância dada a esses títulos devido à capacidade de que, não somente magistrados se utilizarem dessa ou daquela doutrina, mas também a própria maior quantidade de citação de determinadas obras em diversos manuais jurídicos.

Portanto, para a análise da jurisprudência nacional, se utilizou de pesquisa à rede de dados de julgados (acórdãos) sendo esta feita nos próprios sítios eletrônicos de cada Tribunal, valendo-se da "Pesquisa Livre". O argumento utilizado na pesquisa foi "imunidade mesmo templos", retornando como resposta: 16 (dezesseis) acórdãos no Supremo Tribunal Federal e 7 (sete) acórdãos no Superior Tribunal de Justiça, resultando em 23 (vinte e três) acórdãos no total. Desses, a pesquisa se restringiu a apenas aqueles que apresentavam uma maior argumentação nos votos dos Ministros Relatores, bem como nos votos divergentes, além de apresentarem a fundamentação na doutrina jurídica, algo que não se verificava nos demais julgados, mas sim citação voltada a casos considerados paradigmas quanto à imunidade tributária sobre templos.

Desse modo, dos acórdãos colhidos, foram selecionados os autores que se faziam presentes nas suas fundamentações e, por meio da aferição das obras, elencaram- se os demais que tinham bastantes referências quanto a tema constitucional em questão.

2.2 INADEQUAÇÃO CONSTITUCIONAL DO SILÊNCIO DOS JURISTAS

Neste ponto na conjuntura de negação, questiona-se se o silêncio visto na dogmática e aplicação jurídica, decorrente de um processo histórico e institucional que nega ao semblante negro *espaço de fala e atuação, está de acordo com o atual paradigma constitucional dentro de um Estado Democrático de Direito? Busca-se apontar as contrariedades existentes entre as orientações doutrinárias e fundamentações dos juristas e a conjuntura constitucional pela qual passamos atualmente, dentro da questão da imunidade tributária sobre templos atinentes a terreiros.*

O povo-de-santo, apresentou-se como um movimento de resistência ao próprio processo de embranquecimento dentro da história brasileira. A partir do século XIX, através de articulações entre as diversas nações de escravizados como meio de manter uma cultura, permitindo o exercício de cultos de matriz africana, os adeptos de religiões de matriz africana desempenharam a construção de uma própria autoconsciência de identidade.

O processo de reivindicação de reconhecimento fora pautado pelos coletivos de terreiros continuamente na história brasileira. Para se evidenciar a prática de um ocultamento dessas atividades, importa relacionar com as medidas legais infraconstitucionais citadas no capítulo anterior. A existência dessas normas apenas

corroboram a omissão por parte do Estado, não raro observadas em decisões judiciais que versem sobre templos de qualquer culto.

Pode-se analisar que, dentre todas as Constituições brasileiras, a única que expressou a diversidade de identidade contida no país foi a Carta Magna de 1988. A partir desse período constitucional, foi possível ampliar a luta por reconhecimento realizada pelo povo-de-santo. Contudo, a simples expressão de direitos no texto constitucional não permite uma efetiva garantia deles no mundo fático. Assim, foi necessário à implementação de medidas que, tendo como base o atual ordenamento jurídico contido na Lei Maior, fomentassem uma maior visibilidade a terreiros.

2.3. TERREIROS COMO AGENTES CULTURAIS E POLÍTICOS

Ainda com a imposição de projetos de embranquecimento populacional, as práticas de culto de matriz africana, mesmo que realizadas no campo privado, se faziam presentes e tiveram papel importante em vários momentos históricos. Apresenta PARÉS (2007, p. 109) que, devido a estruturas sociais complexas as quais acomodaram e possibilitaram a constituição de uma comunidade religiosa afro-brasileira, abriu margem para atuação regional desse grupo, principalmente do candomblé.

Com a análise de jornais do século XIX, tendo como destaque O Alabama, periódico fundado em Salvador - Bahia em 1863, PARÉS pôde evidenciar que o Candomblé (religião de matriz africana) poderia também ser visto como consequência de um encontro intra- africano que permitiu a atuação de diversos negros e negras em movimentos para além de integração de povos, os quais foram resultados de um tráfico de escravos. Terreiros de candomblé, por serem espaços que buscavam manter a discrição, eram propícios para organização de movimentos insurgentes, além de permitir uma articulação ampla entre grupos oriundos da África.

Ressalta-se que, na década de 1860, a tolerância seletiva dos poderes públicos a certos candomblés poderia ter também uma justificativa política, respondendo aos interesses eleitorais da elite, que via nas congregações religiosas uma fonte significativa de votos. Como reflexo, a presença maior ou não de um poder de polícia, ou até mesmo de ataque privado de fazendeiros, que coibia a prática religiosa era aferida por meio da relação que terreiros de Candomblé tinham no campo político.

Nesse contexto, aferem-se as ações empreendidas pelo poder público em conjunto com os terreiros como uma das formas de resistência e luta por reconhecimento. Fala-se de uma resistência que busca contribuir com o processo de valorização e integração das comunidades religiosas afro-brasileiras.

De certo modo, externar essa resistência partindo tão somente do Estado seria invisibilizar a luta constante por parte do povo que carrega os elementos africanos. Como apontado, há um trabalho cooperativo entre a ferramenta estatal e os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

movimentos sociais, contudo somente através deles que se poderia iniciar um debate acerca do próprio reconhecimento. Movimentos sociais da década de 1970, por exemplo, forneceram o quadro de questionamentos em relação à construção de identidade, fomentando o reconhecimento de direitos previstos na Constituição. (GUIMARÃES, 2014, p. 48). Assim, as demandas por reconhecimento de terreiros partem da comunidade que vivencia esse aspecto, ou seja, retira da inércia o poder estatal.

Além disso, mais que pautas políticas, nota-se também a questão de identidade partindo de um patrimônio cultural e religioso que os terreiros fornecem. Segundo a superintendência do Iphan do DF, "não podemos deixar de mencionar, ainda, a relevância do legado cultural africano na conformação de concepções míticas, de valores e princípios socialmente internalizados pela sociedade brasileira" (IPHAN, 2012, p. 26).

A organização de uma família de santo é tomada como grande. A comunidade de adeptos da religião da Umbanda, por exemplo, assume um importante papel quanto ao compartilhamento de valores comuns entre os adeptos, promovendo laços de solidariedade, dotando-os de uma assinatura de identidade. "Na ótica dos religiosos, a saúde coletiva e o bem-estar geral dos terreiros dependem da manutenção desse investimento de culto" (IPHAN, 2012, p. 32).

A importância da construção de identidade reflete na individualidade de cada pessoa adepta. Onde se fala em uma ideia de pertencimento a uma tradição sagrada. "Considerada a disposição do adepto de dar sopro vital a esse feixe de signos de identidades tomados do passado e que se presentificam, ao orientar condutas, eclode em meio ao grupo religioso o que poderíamos denominar de resistência cultural". (IPHAN, 2012, p. 35).

Sendo a ideia de pluralidade, onde se destina o espaço público prevista no corpo constitucional, não se apresenta como suficiente para concretude de direitos previstos. Portanto, foi preciso à implementação de instrumentos, a exemplo de políticas públicas e ações afirmativas, como práticas que forneçam o reconhecimento necessário dos terreiros.

3. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PARA ADEQUAÇÃO DA IMUNIDADE AOS TEMPLOS RELIGIOSOS AFRICANOS

Apenas com a promulgação da Constituição federal de 1988 que houve uma incorporação constitucional de elementos que enunciassem os ditos novos sujeitos constitucionais. *Coincidindo com a participação popular da Constituinte de 1987, através de maiores canais de participação na construção das normas constitucionais, foi à primeira vez em que um texto constitucional fez referência a pluralidade do povo brasileiro. Nesse sentido, leva em consideração as contribuições das diversas etnias e culturas para formação do povo brasileiro (DUARTE, 2011, p. 68-69).*

Como todas as outras religiões, as religiões de matriz africana possuem direito à autodeterminação, auto-organização, ao livre funcionamento, de celebrar reuniões, sem necessidade de autorização do Estado, a fundar e manter espaços de culto, não ter suas atividades suspensas ou interditadas pela Administração Pública, confeccionar, adquirir e utilizar em quantidade suficiente os artigos e materiais necessários para os ritos e costumes.

Conforme ressaltado, as imunidades são uma exceção à regra do custeamento das atividades estatais, sendo correto que os valores que deixam de ser recolhidos em decorrência dela são redistribuídos entre os demais contribuintes que, de algum modo, custearão os benefícios concedidos àquelas pessoas escolhidas pelo legislador originário. Reforçando-se a argumentação no sentido de que esta deve se dar estritamente dentro dos limites da Magna Carta.

Objetiva-se nesse artigo a reflexão do sobre a extensão da interpretação do Supremo Tribunal Federal especificamente no que se refere às residências pela Constituição brasileira o Estado tem o dever de proteger o pluralismo religioso e respeitar a religião de todas as crenças e cultos e os que não professam nenhuma religião. Todas as religiões devem respeitar a crença e os cultos umas das outras, não podendo haver em nenhuma delas qualquer incitação à discriminação e à intolerância por parte de seus membros a outras religiões oficiais das autoridades religiosas.

Nesse contexto, importa ressaltar que a corte constitucional tem se manifestado pelo enquadramento das referidas residências no escopo da imunidade tributária, muitas vezes afastando a cobrança de tributos de imóveis extremamente valorizados por serem estes utilizados por líderes religiosos, ainda que destinados a somente a moradia. A imunidade tributária, na qual o artigo 150, inciso VI, se refere, é destinada aos cultos religiosos propagados dentro dos templos, já que as igrejas, teoricamente, não são fontes produtoras de lucro, devendo suas atividades estarem ligadas à parte espiritual do ser humano.

Portanto, para que se tenha uma melhor compreensão desse alcance é interessante à utilização da teoria moderna da concepção do templo como entidade, pois garante uma maior dinamicidade às questões jurídicas, possuindo uma característica que está além de caracterizar o templo como simples pessoa jurídica, levando em conta à própria ontologia do templo em si. Mesmo com o advento da Constituição de 1988, estruturando o normativo no que abrange as garantias constitucionais, especialmente fornecendo amparo à liberdade religiosa a todas as crenças, não se verifica um mesmo tratamento doutrinário aos templos que possuem vínculo ao semblante negro. Ou seja, religiões de matriz africana não apresentam destaque nos manuais de Direito Tributário, uma vez que são deixadas de lado pelos juristas.

Pode se observar que essa marginalização acaba tornando precária a aquisição de garantias, como a imunidade tributária, fazendo que essas entidades

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

recorram a outros meios para usufruírem o melhor de sua liberdade religiosa. Considerando as atribuições e objetivos da Constituição Federal, são garantidos os direitos das religiões de matriz africana. Além das diversas formas de preconceito e discriminação que as religiões afro-brasileiras vêm sofrendo, a falta de regularização fundiária dos espaços sagrados e a falta de respeito à imunidade tributária têm se tornado fonte cotidiana de violação.

CONCLUSÃO

O presente artigo trata-se da Aplicabilidade tributaria nos templos religiosos dos terreiros de umbanda, também podendo ressaltar as doutrinas e os discursos dos juristas na jurisprudência, no que *se refere à garantia da imunidade tributária sobre templo de qualquer culto, tendo como recorte as expressividades religiosas de matriz africana. Como pode ser visto, as narrativas hegemônicas compartilham de um profundo silêncio a respeito dos povos de santo, retratando um Brasil no qual o catolicismo ou o neopentecostalismo aparecem como únicas realidades possíveis, quando não param em posicionamentos abstratos e universalistas.*

Essa visão se torna mais problemática diante do histórico de violações perpetradas contra as manifestações da diáspora africana no Brasil, sobretudo aquelas cometidas pelo próprio Estado brasileiro. Justamente as religiões que mais necessitam de uma maior proteção jurídica são aquelas apagadas, silenciadas e excluídas do discurso dos juristas. Importa ressaltar que, por meio de uma análise histórica, descrevendo o instituto da imunidade tributária em cada período constitucional brasileiro, a presença do termo "templos de qualquer culto" apresentou-se, em um primeiro momento, na Constituição de 1946. Todavia, a aplicação do instituto dependia de uma análise em conjunto à liberdade religiosa que se preconizava na época. Paradoxalmente, concedia a imunidade tributária sobre templos desde que não se violassem os bons costumes ou a ordem pública.

Portanto, é romper o silêncio e trazer, expressamente, as religiões de matriz africana como beneficiárias da imunidade tributária, reconhecendo-as como parte do patrimônio histórico-cultural brasileiro. Passo esse que, pela sua transparência e simplicidade, já demorou tempo demais a ser dado. Entende-se que os direitos de liberdade religiosa desse grupo, para serem exercidos plenamente, necessitam de políticas públicas e modelos institucionais que garantam e promovam a construção de espaços de reconhecimento destas, diferentemente do que requerem as demais religiões, sem um estudo aprofundado e, passa-se a afirmar uma ideia universal de aplicação do instituto.

Como consequência, os terreiros enfrentam dificuldades para assegurarem a posição de detentores de garantias constitucionais. Essa formação doutrinária acaba refletindo nos acórdãos de Tribunais Superiores, onde a figura de religiões de matriz africana, simplesmente, é tida como omissa nos fundamentos dos magistrados e nas partes das relações judiciais. Esse ocultamento revela alguns pontos cruciais. Há uma prática de violência simbólica nos julgamentos, pois

sintetizam os argumentos com base na doutrina que negligencia a presença do povo-de-santo e enaltece cultos católicos, criando a imagem de que é garantida a imunidade tributária somente a essa última.

De outro modo, quanto à inexistência dos terreiros como partes da lide, intuímos que há uma negação do acesso ao Judiciário, devido a uma prática institucional discricionária, muitas vezes na esfera administrativa.

Entretanto demonstrou-se como essa prática pelas vias institucionais, no tocante as decisões judiciais, encontra-se inadequada, em razão do paradigma constitucional no atual Estado Democrático de Direito. Com a vinda da Constituição de 1988, a menção a pluralidade de povos se fez presente, retratando, de forma legal, a garantia de diversos direitos aos mais variados grupos sociais. Contudo, a simples menção não permite a efetivação desses direitos por si.

Com relação à comunidade africana, foi necessária a tomada de políticas públicas e ações afirmativas com intuito de concretizar o reconhecimento de identidade almejado por essas entidades. Dessa maneira, a atuação conjunta do poder público e de lideranças religiosas, especialmente iniciadas por essas, fomenta o processo da busca por reconhecimento. A criação do primeiro Plano Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais de Matriz Africana e o mapeamento de terreiros são resultados de que a luta por reconhecimento vem ganhando espaço e garantindo uma maior pluralidade constitucional.

E por fim, a Teoria Moderna em concepção tocante a imunidade tributária do estacionamento, considera-se também o pressuposto da vinculação à atividade essencial e a inexistência do objetivo do lucro para não espancar a livre-concorrência na receita auferida, a imunidade religiosa tem como objetivo evitar a subordinação da entidade religiosa ao Estado, assim a proteção contra a tributação deve abranger todo o patrimônio, renda e todos os serviços das entidades religiosas. Porém essas imunidades têm uma ressalva. Para que seja concedida a imunidade, os benefícios oriundos da imunidade precisam estar adjuntos com as finalidades essenciais da entidade imune.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 17ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

AZEVEDO, Celia M. M. de. **Onda negra, medo branco: o negro no imaginário das elites – século XIX.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BERNARDO, Augusto Sérgio dos Santos S. **Identidade Racial e Direito à Diferença Xangô e Thémis**. Dissertação de mestrado. Brasília: UnB, 2006.

BERTÚLIO, Dora Lúcia de Lima. **Direito e Relações Raciais: uma introdução crítica ao racismo**. Dissertação de mestrado. Florianópolis: UFSC, 1989.

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

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Brasília,1988.Disponívelem:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 562.351/RS**. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, Brasília, DF, 13 dez. 2012. Disponível em:
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3195619>. Acesso em: 14 ago. 2019.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 26ª Edição. Malheiros Editores, 2010.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. Ed. Forense. Rio de Janeiro, 2009.

COSTA, Regina Helena. **Imunidades Tributárias: teoria e análise da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

DUARTE, Evandro Piza C.; CARVALHO NETTO, Menelick. A indeterminação dos conceitos nas políticas de acesso ao Ensino Superior. In: COSTA, Hilton; PINHEL, André; SILVEIRA, Marcos Silva. **Uma década de políticas afirmativas: panorama, argumentos e resultados**. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2012.

DUGUIT, Leon. **Fundamentos do Direito**. Revisão e Tradução: Márcio Pugliesi, São Paulo: Ícone, 1996.

FILHO, Eloi Cesar Daneli Filho; SOBRINHO, Liton Lanes Pilau. In: Encontro Nacional do CONPEDI (19.: 2010 : Fortaleza, CE). Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI – Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010.

GUIMARÃES, Andréa Letícia Carvalho. ***ÈTÓ FÚN ÀWÓN TÓ YÀTÒ*: análise do I Plano Nacional de inclusão dos Povos e Comunidades Tradicionais de Matriz Africana a partir dos processos de reconstrução da identidade do sujeito constitucional**. Dissertação de Mestrado em Direito pela Universidade de Brasília – UnB. Brasília, 2014.

IPHAN. **Terreiros do Distrito Federal e Entorno: Inventário Nacional de Referências Culturais**. Superintendência do Iphan no Distrito Federal. Coordenação de Giorge Bessoni, Rodrigo Ramassote e Marcelo Reis. Textos de Marcelo Reis... [et al.]. Brasília: Iphan-DF, 2012.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 32ª Edição. Malheiros Editores, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 10ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23ª Ed. São Paulo: Atlas, 2008.

PARÉS, Luis Nicolau. **A Formação do Candomblé: história e ritual da nação jeje na Bahia**. 2ª Edição. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2007.

SABBAG, Eduardo. Manoal de **Direito Tributário: imunidades tributária**. 10 ed. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL (SAP): SOB O VIÉS DIREITO

DANIELE CRISTINA BENTES RODRIGUES:
Graduanda em Direito do Centro Universitario de Ensino Superior do Amazonas
NILCE ELAINE BYRON RAMOS
(Orientadora)

RESUMO: A família é a instituição considerada responsável por estabelecer a educação dos filhos e influenciar o comportamento dos mesmos na sociedade, e tem papel fundamental no desenvolvimento do indivíduo. Com o crescente aumento de casais que recorrem ao divórcio, tem surgindo com um grande destaque em nossa sociedade os enumeros casos de Alienação Parental. Muitos estudos revelam que a alienação pode levar a criança desenvolver a síndrome da alienação parental, que pode causar danos no desenvolvimento psicológico da criança. Com o advento da lei de alienação parental - lei nº 12. 318/10 essa prática passa a ser formalmente vedada no Brasil. Este artigo busca abordar a importância da lei, bem como compreender e identificar como é praticada a alienação parental, e para isso se faz necessário um estudo acerca de todo o processo que engloba o tema supracitado. Uma vez identificado a aliennaçao parental à aplicaçao da lei busca resguardar e corrigir de forma a restaurar o bom convívio entre todas as partes.

Palavras-chave: Guarda compartilhada, Síndrome de Alienação Parental, danos ao menor.

ABSTRACT: The family is the institution considered responsible for establishing the education of children and influencing their behavior in society, and has a fundamental role in the development of the individual. With the increasing number of couples resorting to divorce, the number of cases of Parental Alienation has emerged with great prominence in our society. Many studies reveal that alienation can lead a child to develop parental alienation syndrome, which can damage a child's psychological development. With the advent of the Parental Alienation Law - Law No. 12. 318/10 this practice is formally banned in Brazil. This article seeks to address the importance of the law, as well as to understand and identify how parental alienation is practiced, and for this, it is necessary to study the whole process that encompasses the aforementioned theme. Once identified to the law enforcement seeks to safeguard and correct in order to restore the good coexistence between all parties.

Keywords: Shared custody, Parental Alienation Syndrome, Child Damage

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. OS DIVÓRCIOS LITIGIOSOS E A SINDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL. 2. A PSICOLOGIA E A LEI ALIENAÇÃO PARENTAL. 3.AS SANÇOES IMPOSTAS PELA LEI 12.318/2010. 4. UMA ANALISE ACERCA DOS

PROBLEMAS PSICOSSOCIAL CAUSADO NAS CRIANÇAS PROVENIENTES DA ALIENAÇÃO PARENTAL. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

No decorrer dos tempos, o instituto familiar sofreu transformações significativas, dando grande valor à igualdade de condições entre os casais no que concerne ao poder familiar. Quando o vínculo matrimonial se desfaz atinge afetivamente todos os membros da família, mas as crianças são as mais vulneráveis, pois ficam inseguras com o divórcio e muitas delas presenciam brigas e discussões vivendo muitas das vezes com o medo.

Já nos processos de divórcio quando não há consenso, a maioria dos pais acaba usando os filhos para tentar prejudicar o ex-parceiro, sem considerar o dano que causará ao menor.

A ocorrência de divergência envolvendo o interesse do casal provoca sentimentos negativos, aquele que se sente abandonado, surge como um instrumento de vingança, com intuito de programar na criança falsas memorias e ideias onde os filhos são levados a rejeitar o genitor, destruindo o laço familiar.

Os conflitos familiares são marcados muitas vezes pela falta de comunicação, incluída à dificuldade para resolver problemas em conjunto, e sem levar em consideração que tanto o pai como a mãe possue o direito de resguardar sua convivência familiar com o filho.

A Alienação Parental é um tema debatido internacionalmente, deixando de ser um problema somente dos genitores separados, e passando ao status de problema social, que, silenciosamente, traz sequelas nefastas para as presentes e futuras gerações.

O método de abordagem utilizado é o dedutivo que corresponde à extração discursiva do conhecimento a partir dos aspectos gerais aplicáveis a hipóteses concretas. Os procedimentos para a colheita de informações será a pesquisa bibliográfica, a qual consiste, segundo Lakatos (2009 p.43) de um "levantamento de toda a bibliografia já publicada, em forma de livros, revistas, publicações avulsas e imprensa escrita". A técnica de pesquisa será a exploratória, utilizando-se da coleta de informações e documentações já existentes, a fim de construir suporte para a conclusão dos fatos, que de acordo com Gil (1991 p. 46) "tem como preocupação central identificar os fatores que determinam ou que contribuem para a ocorrência dos fenômenos".

1.OS DIVÓRCIOS LITIGIOSOS E A SINDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

De acordo com Carvalho (2002), a família é o primeiro núcleo de socialização que referencia e totaliza a proteção dos indivíduos e se constitui em um canal de iniciação e aprendizado dos afetos, do cuidado e das relações sociais.

BIROLI (2014, p.7) conceitua família como:

> A família se define em um conjunto de normas, práticas e valores que têm seu lugar, seu tempo e uma história. É uma construção social, que vivenciamos. As normas e ações que se definem no âmbito do Estado, as relações de produção e as formas de remuneração e controle do trabalho, o âmbito da sexualidade e afetos, as representações dos papéis sociais de mulheres e homens, da infância e das relações entre adultos e crianças, assim como a delimitação do que é pessoal e privado por práticas cotidianas, discursos e normas jurídicas, incidem sobre as relações na vida doméstica e dão forma ao que reconhecemos como família [...].

LISBOA (2004, p.271) descreve quais são os deveres do detentor da família em relação ao filho:

> Os principais deveres do detentor do poder familiar sobre a pessoa do filho são: a) assegurar a convivência familiar e comunitária do filho; b) criar, educar e acompanhá-la nas atividades relacionadas com a fase na qual o filho está vivendo; c) proporcionar condições ao desenvolvimento físico, espiritual, psíquico e social do filho; d) representar ou assistir o filho, conforme a incapacidade seja absoluta ou relativa, respectivamente, na prática dos atos e negócios jurídicos em geral; e) administrar os bens do filho.

A Constituição Federal de 1988 pautada na dignidade humana e da liberdade, prioriza o respeito mútuo entre homem e mulher, assim como a defesa dos interesses dos filhos. Dentro dessa ótica, adota que a mesma liberdade que um casal tem de constituir uma vida em sociedade tem também o direto de não permanecer mais casado.

O divórcio há muito tempo deixou de ser um fenômeno de exceção para tornar-se quase que um acontecimento do cotidiano das famílias. Desde sua aprovação no Brasil, em 1977, o número de divórcios tem aumentado gradativamente, e cada vez mais casais buscam essa alternativa para solucionar a insatisfação conjugal (Grzybowski, 2007). O divórcio deveria ser utilizado como um remédio ou solução para o casal e a família, buscando evitar danos à pessoa dos

cônjuges, e principalmente para os filhos menores e não ser uma medida repressiva para o conflito conjugal.

Acerca da matéria Dias destaca que:

> Muitas vezes, quando da ruptura da vida conjugal, se um dos cônjuges não consegue elaborar adequadamente o luto da separação, o sentimento de rejeição ou a raiva pela traição, surge um desejo de vingança que desencadearia um processo de destruição, de desmoralização, de descrédito do ex-parceiro. Nada mais do que uma "lavagem cerebral" feita pelo guardião, de modo a comprometer a imagem do outro genitor, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou não aconteceram conforme a descrição do alienador. Assim, o infante passa aos poucos a se convencer da versão que lhe foi implantada, gerando a nítida sensação de que essas lembranças aconteceram.

A redefinição do envolvimento emocional dos dois indivíduos é um processo prolongado, que gera falhas nas fronteiras do relacionamento e conflitos pós-divórcio (Hackner, Wagner & Grzybowski, 2006).

A partir da dissolução do matrimônio, que se dá na maioria das vezes através do divórcio litigioso, ocasionada pela falta do diálogo, surge geralmente a Alienação Parental, que é um processo que consiste em uma das partes envolvidas, tanto o pai quanto a mãe, induzir ou promover o afastamento da criança ou adolescente da convivência com o outro genitor causando prejuízo na manutenção dos vínculos com este, e interferindo negativamente na formação psicológica da criança ou do adolescente.

FONSECA (2006, p. 164)

> A Alienação Parental dá contexto ao aparecimento da Síndrome de Alienação Parental (SAP), derivada do apego em excesso da criança em relação a um dos genitores, mantendo-se afastada do outro genitor alienado, como também dos amigos e familiares do mesmo. Quando a síndrome ainda não está instalada, é possível reverter essa conduta alienante com terapia e o auxilio do Poder Judiciário.
>
> A SAP é um processo patológico que foi constatado no ano de 1985 pelo Professor de Psiquiatria Infantil da Universidade de Columbia (EUA), doutor Richard A. Gardner. A síndrome da alienação parental, por seu turno, diz respeito às sequelas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança vítima daquele alijamento.

É oportuno destacar o conceito de Fonseca (2009, p. 51) para o qual a alienação parental "Apresenta-se como resultado da conjugação de técnicas e/ou processos que consciente ou inconscientemente são utilizados pelo genitor que pretende alienar a criança, aos quais se faz aliar a pouca vontade da criança em estar com o genitor não titular da guarda".

Os conflitos nos divórcios litigiosos trazem mudanças significativas para a relação do filho com o genitor, onde através da implantação de falsas memórias a criança é afastada do genitor alienado, e sem justificação aparente pode vir a extinguir a convivência e o suporte que este poderia fornecer gerando prejuízos ao adequado e saudável crescimento do menor.

Como bem disserta Duarte (2011. p. 463):

> Quando se inicia uma disputa emocional e judicial em torno da guarda, muitas vezes associada à ideia de posse dos filhos, acirram-se os ânimos entre os ex-cônjuges, que se utilizam de diversos tipos de estratégias para provarem sua superioridade e poder, como ameaças e mecanismos de força para coagir o (a) outro (a) e, dessa forma, oprimem e agridem os que estão ao seu redor, sem medir os efeitos de sua verbalização, ditos e ações, principalmente sobre a prole. É como se fosse um campo de batalha, onde cada um tenta suplantar o outro e, desse modo, declarar-se vitorioso, enquanto o outro vira um perdedor subjugado aos caprichos e desejos mais vingativos e tirânicos do guardião.

Ainda corrobora a ilustre autora: "ao ser deflagrada verdadeira guerra contra quem frustrou o sonho do amor eterno, o sentimento de vingança, o desejo de punir o outro, muitas vezes, transforma filhos em munição". A Alienação Parental é um processo que consiste em uma das partes envolvidas, tanto o pai quanto a mãe, programar uma criança para que odeie um de seus genitores.

Para BRANDÃO (2011, pg. 127):

> A Síndrome de Alienação Parental corresponde às ações de um dos genitores, normalmente o guardião, que "programa" a criança para odiar o outro sem qualquer justificativa. Identificando-se com o genitor alienador, a criança aceita como verdadeiro tudo que ele lhe informa. Desse modo, são implantadas na criança "falsas memorias" a respeito do genitor alvo das acusações. Para conseguir realizar tais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> objetivos, o alienador lança mão, muitas vezes sutil e paulatinamente, de uma campanha denegridora em relação ao ex-cônjuge, ao mesmo tempo em que costuma se colocar como vítima frágil de suas ações.

Inicia em alguns casos de forma mais leve com frases como "Seu pai atrasou o pagamento da pensão" ou "Sua mãe não deixou falar com você ontem" e, em outras situações, é mais grave, com falsas denúncias que acabam provocando a suspensão do convívio da criança com o pai ou a mãe. Esse amplo quadro de desconstrução da imagem do outro pode incluir, por exemplo, falsas denúncias de abuso sexual ou de maus-tratos, invocados para impedir o contato dos filhos com o genitor odiado. O filho passa a ser um objeto, uma arma a ser utilizada contra ele, gerando um conflito de sentimentos e a ruptura do vinculo afetivo e, como consequência, o inevitável afastamento entre ambos.

A Nesse sentido, destaca o autor GARDNER (2002, p. 2) que:

> A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória 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.

Com a destruição dos laços afetivos, a criança e seu guardião tornam-se únicos, visualizando o outro genitor como um invasor, passando a criança a identificar-se com seu guardião e acreditando em tudo o que lhe é contado. O problema ainda se agrava com a disputa dos genitores pela posse dos filhos, que interfere negativamente na formação psicológica da criança.

Lowenstein (2008) apud sítio eletrônico +SAP menciona algumas formas de lidar e combater a alienação parental durante a mediação, conforme se verifica a seguir:

> Não há nenhuma maneira fácil de lutar contra a alienação, especialmente se esta tiver tido lugar durante um longo período de tempo e o genitor alienado teve pouco contato com seus filhos. Podemos dizer que o alienador tenha "vencido", mas a criança / crianças tenham perdido, por causa do controle completo do alienador e da falta de contato benéfico com o genitor ausente. Ao que parece, o alienador e a criança tornaram-se inseparáveis, uma equipe que trabalha

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> junta, e parecem totalmente à vontade com a "exclusão" não só do pai ausente, mas também da família estendida da qual ele faz parte. Isto é, em última análise, uma vitimização ou abuso da criança, bem como do genitor ausente.
>
> Temos de considerar agora as firmes abordagens que são necessárias para inverter esta situação, sempre que possível, e de não tomar a palavra da criança pelo seu valor nominal, quando ela diz que não quer ver o pai ausente. Muitas vezes isso significa que a criança foi envolvida em "manipulação mental" ou "alienação" por parte do genitor guardião.

De acordo o sítio + SAP a informação sobre a SAP é fundamental para garantir às crianças e adolescentes o direito ao desenvolvimento saudável, ao convívio familiar e a participação de ambos os genitores em sua vida.

Segundo estatísticas sobre a Síndrome da Alienação Parental divuldaga no mesmo sítio eletrônico +SAP, estima-se que mais de 20 milhões de crianças sofram este tipo de violência e que 80% dos filhos de pais divorciados já sofreram algum tipo de alienação parental.

2. A PSICOLOGIA E A LEI ALIENAÇÃO PARENTAL

O direito torna-se necessário nesse cenário, para tentar resolver os conflitos, com a finalidade de não ser negligenciado os direitos das crianças e adolescentes, que são inclusive tratados no ECA.

A atuação do Judiciário visa solucionar questões que envolvem conflitos familiares priorizando o bem estar e interesse do menor, esteblecendo a responsabilidade dos genitores e responsáveis pelos filhos ocorra de forma igualitária, com intuiro de preservar os interesses das crianças.

Em decorrência da responsabilidade civil ou criminal, pode o Juiz utilizar se de instrumentos processuais para inibir ou atenuar os efeitos, dependendo da gravidade de cada caso. Cabe ao Judiciário solicitar parecer de profissionais de outras áreas como a Psicologia e a Medicina, e a depender do caso concreto ser exigido laudo pericial de um psiquiatra forense.

Conforme ORTIZ (2012): "os juízes de varas de família, em geral, determinam a realização de perícia psicológica para instruir suas decisões em processos (ou ações) judiciais que envolvem a guarda e/ou visitação de menores – crianças e adolescentes".

ROSA (2010, pg. 43) relata que "para propiciar o exercício destas funções, a psiquiatria forense utiliza conhecimento científico e clínico (mais que terapêutico), visando a fornecer noções técnicas indispensáveis à solução de questões de ordem técnica psiquiátrica ou afins nos procedimentos jurídicos".

Para BUOSI (2012, p. 118-119)

> A prevenção da síndrome de alienação parental se dá na medida em que com este novo conceito é retirada a conotação de posse sobre a criança, de ser "dono" dela e de seus pensamentos, privilegiando a ideia de compartilhar e estar com ela, voltando-se principalmente aos benefícios que podem levar ao não rompimento dos vínculos que ela já detinha quando morava com ambos os pais, diminuindo, portanto, o sofrimento advindo da separação de um deles.

Dentre as medidas legais, o acompanhamento psicológico é o que mais se afasta do viés repressivo ou punitivo, pois visa ter um efeito transformador na familia, restabelecendo o convivio familiar sempre que possivel.

Ramos e Shine (1999, p. 110) lembram que: "um olhar que não procura provas, mas sim uma compreensão geral, é que torna o psicólogo diferente e capaz de contribuir com o Judiciário".

A psicóloga Luciana Lemos descreve que existem instrumentos de avaliação que comprovem a alienação, devendo ser conduzida por uma equipe multidisciplinar composta de psicólogos, assistentes sociais, médicos e advogados, conforme narrado a seguir

> Os psicólogos avaliam o perfil psicológico e a personalidade dos envolvidos na questão. Existem testes, outros instrumentos de avaliação que dão um parâmetro muito importante para que os assistentes sociais façam sua análise considerando toda estrutura familiar. Os médicos fazem perícias em relação a saúde e integridade física da criança. Os advogados tomando as providências jurídicas em relação a proteção aos alienados e às crianças. Estes podem desempenhar também um importante papel juntamente com os psicólogos na mediação do conflito e na resolução amigável e pacífica do problema.

FÉRES-CARNEIRO (2012, p. 67) afirma que "não adianta tratar uma criança ou um adolescente se não tratarmos os pais, se não tratarmos a família".

BARBOSA; CASTRO (2013, p. 67) apontam que "se deve buscar nas situações de litígio uma reflexão da dinâmica familiar com vistas não somente à mudança de padrões promotores de sofrimento, mas ao resgate de competência e capacidade de auto-organização familiar".

Para as autoras CARMO; MARIA:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> A família deve ser a base de formação da personalidade dos indivíduos e quando essa base fica abalada, vem a lei para assegurar a todos que os direitos da criança e do adolescente sejam respeitados. A formação cidadã depende de fatores em sua formação biopsicossocial que preze pela ética e moral.

DIAS (2011. p. 440) afirma que o rompimento do vínculo conjugal não importa em rompimento da convivência entre pais e filhos, pois a unidade familiar continua existindo, mesmo depois da separação, é um elo que se perpetua, a bem do interesse dos filhos.

Instigar a Alienação Parental em uma criança ou adolescente é considerado por muitos como um comportamento abusivo, onde não só a criança e o genitor alienado irão sofrer danos, mas sim todos os que fazem parte na vida da criança, como os familiares, amigos, privando o menor de uma convivência afetiva e que deveria permanecer integrada.

Embora não haja o rompimento da convivência após a separação dos pais, deve estes estar atentos para tratar com os filhos sobre as mudanças da dissolução conjugal, mesmo que já adolescentes.

3. AS SANÇOES IMPOSTAS PELA LEI 12.318/2010

A alienação parental fere de forma significativa um dos direitos fundamentais estabelecidos no art. 226 da CF/88 prevê que "A Família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado". A supressão do convívio com o outro genitor fere o preceito constitucional previsto no art. 227 da Constituição Federal e viola o art. 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente – lei 8069/90, que dispõe sobre a prioridade absoluta da criança em ser criada no ambiente familiar adequado, respectivamente:

> 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.
>
> 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. (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016).

O Código Civil, em seu artigo 1.630, adjudica aos pais o poder familiar e é através dele, que os pais desempenham a guarda de seus filhos. O poder familiar é

igualmente exercido por ambos os genitores, a guarda, é um de seus desdobramentos, sendo conferida a ambos. Na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, no artigo 7°, é assegurada a convivência familiar do menor, ao determinar que a criança tem, o direito de, na medida do possível, conhecer seus pais e ser cuidada por eles.

Convenção Internacional dos Direitos da Criança, artigo 7°:

> A criança será registrada imediatamente após seu nascimento e terá direito, desde o momento em que nasce, a um nome, a uma nacionalidade e, na medida do possível, a conhecer seus pais e a ser cuidada por eles.

A lei 12.318 de 2010 afirma que alienação parental é uma "interferência na formação psicológica da criança", promovida por um dos pais ou de outra figura de autoridade, tutor da criança, contra o outro genitor.

À ocorrência da alienação parental não é um fato novo em nosso ordenamento jurídico, e visando combater estas ocorrencias se fez necessário à elaboração de uma lei para resguardar as crianças e adolescentes, dos atos de alienação parental e das drasticas consequências psicológicas. A lei 12.318/2010 dispõe sobre a alienação parental que tem como objetivo sanar e punir esses atos a fim de inibir a ocorrência da alienação parental e dispõe sobre os atos e suas consequências. Visa amparar de forma legal o ordenamento jurídico além de coibir os ataques sofridos pela criança e adolescentes resguardando assim o vínculo familiar.

A lei cita alguns exemplos de alienação parental: realizar campanha de desqualificação, dificultar a convivência e as visitas regulamentadas, omitir informações sobre a criança e apresentar falsa denúncia.

A Lei 12.318/2010 disciplina o ato da alienação parental em seu art. 1°e no art. 2° traz o conceito e tipifica a conduta dessa alienação parental:

> A alienação parental é a interferência na formação psicológica da criança ou 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" (BRASIL, 2010).

O art. 3º da Lei prevê que a alienação viola o direito da criança ou do adolescente de estabelecer uma convivência familiar saudável e relações de afeto com ambos os pais, sendo as condutas que ferem esse direito considerado como

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

abusivas. No artigo 6º a lei dispõe sobre a possibilidade de o juiz decretar, de acordo com a necessidade da situação, a realização de perícia psicológica e biopsicossocial.

De acordo com FREITAS (2015 p.33-34)

> O tempo é "amigo" da alienação parental, quanto mais o processo demora, mais afastado do genitor alienado a criança ficará. A lei da alienação parental em seu artigo 5º, diz que o prazo para averiguação e apresentação de laudos é de 90 dias, ocorre que esse período dificilmente é praticado e quando é, geralmente é praticado de forma extemporânea, pois se dá numa fase processual muito ulterior, na instrução, quando principalmente nos casos de falsa acusação e abusos, dependendo da idade da criança, a realização da perícia deve ocorrer no início do processo, sob pena de perder o objeto a ser periciado, pois é sabido que a memória da criança exige que a verificação seja feita o mais próximo possível dos fatos.

A lei também prevê algumas possibilidades de sanções como: advertência, multa, alteração ou inversão de guarda, mudança de visitas, determinação de acompanhamento psicológico e, em casos mais graves, suspensão da autoridade parental. Com o intuito de combater a prática da alienação parental, o legislador elenca no artigo 6º uma série de punições a serem aplicadas ao alienador, as quais poderão ser cumulativas ou não, conforme redação a seguir:

> Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta quedificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:
>
> I – declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
>
> II – ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;
>
> III – estipular multa ao alienador;
>
> IV – determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

> V – determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
>
> VI – determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
>
> VII – declarar a suspensão da autoridade parental.
>
> Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar.

Ao elencar o rol das medidas inibitórias à alienação parental não há uma sequência que deva ser seguida, podendo, diante de uma situação concreta o judiciário impor diretamente a alteração da guarda ou, até mesmo, cumular as medidas, uma vez que a prioridade deve ser a inibição imediata da alienação e a proteção da criança, e também permite ao julgador que determine a inversão da guarda compartilhada para guarda unilateral, retirando o menor do convívio com o alienador e passando-o ao alienado.

Neste sentido BUOSI (2012, p. 112) relata "assim, tem-se que a aplicação das medidas irá depender do caso concreto, tendo o juiz ampla liberdade para determiná-las, podendo, inclusive, quando verificada a cessação dos atos praticados pelo alienador, retirar as restrições impostas".

A luz dos ensinamentos de BRANDÃO (2011, pg. 128), "é de grande importância a atuação do psicólogo concomitantemente com o procedimento judicial nos casos envolvendo a Síndrome de Alienação Parental".

Um dos principais meios de resolução desse conflito é a guarda compartilhada, que visa solucionar o problema, uma vez que a criança passara o mesmo tempo com ambos os genitores, criando assim suas próprias memorias dos genitores.

De acordo com LEITE (2015, p. 401) a aplicabilidade da sanção de alteração da guarda ou sua inversão depende muito da situação em que se encontra a família envolvida no conflito de alienação parental, vejamos:

> A permanente controvérsia em relação à aplicação da guarda unilateral ou compartilhada parece encontrar a melhor solução, não na imposição legal taxativa, ou, como pensam alguns segmentos, na imposição judicial, porque ambas as propostas tendem ao criticável radicalismo que não leva em consideração o interesse maior da criança, mas continua

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> atendendo aos interesses egoísticos dos pais, em manifesto maniqueísmo, inaceitável nesta matéria.
>
> Tudo indica que a melhor solução – tanto na aplicação da guarda unilateral, quanto na compartilhada – depende de cada situação concreta, de acordo com as peculiaridades próprias a cada dinâmica familiar, mas sempre resgatando o interesse maior da criança. De nada adianta impor a guarda compartilhada a todas as rupturas, desconsiderando as peculiaridades fáticas de cada família. Medidas desta natureza podem se revelar aparentemente válidas, podendo, porém, agasalhar soluções gritantemente injustas.

Importa destacar que o direito de visitas não é um direito que pertence aos pais, mas aos filhos, como aponta Leite (2003, p.221-223):

> O direito de visitas não é um 'direito' dos pais em relação aos filhos, mas é, sobretudo, um direito da criança. Direito de ter a companhia de seus dois genitores, direito de ter amor de um pai ausente, direito de gozar da presença decisiva do pai, direito de minorar os efeitos nefastos de uma ruptura incontornável. Logo, é um dever que a lei impõe àquele genitor que se vê privado da presença contínua do filho.

Neste mesmo sentido corrobora DIAS (2006, p.398) que a visitação é um direito do próprio filho, como afirma:

> A visitação não é somente um direito assegurado ao pai ou à mãe – é um direito do próprio filho de com eles conviver, o que reforça os vínculos paterno e materno – filial. Talvez o certo fosse falar em direito a visita. Ou, quem sabe, melhor seria o uso da expressão direito de convivência, pois é isso que deve ser preservado mesmo quando pai e filhos não vivem sob o mesmo teto. Olvidou-se o legislador de atender às necessidades psíquicas do filho de pais separados.

A lei descreve expressamente o direito e o dever do pai não detentor da guarda de visitar e ter o filho em sua companhia, mas também o poder de participar das decisões e momentos importantes em sua vida diária, tais como no âmbito da educação, lazer e saúde.

4. UMA ANALISE ACERCA DOS PROBLEMAS PSICOSSOCIAL CAUSADO NAS CRIANÇAS PROVENIENTES DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Considerada como distúrbio psicológico infantil, a consumação da alienação e a desistência do genitor favorece o desencadeamento da depressão na infância e gerando assim a síndrome de alienação parental.

BASTOS e LUZ (2008, p.18) corroboram dizendo:

> Crianças que sofrem com a Alienação Parental se mostram com quebra de personalidade e transtornos comportamentais, afetando diretamente em seu desenvolvimento e construção social. Casos frequentes de depressão, usos de drogas e álcool são apontados com sintomas de ligação direta com a síndrome, além de outros tipos de doenças psicossomáticas, fatores esses que comprometem sua formação escolar, pois demonstram uma grande dificuldade de concentração e aprendizagem.

Afirma a psicológa Luciana Lemos que quanto menor a idade moires são as consequencias, vejamos:

> Quanto maior a intensidade da alienação parental maiores as consequências para as crianças, e quanto menor a idade também. Quanto mais imatura for uma criança, maior é a sua dependência física e emocional, e menor é seu senso crítico em relação às supostas "verdades" que lhe são apresentadas.
>
> As consequências desta situação podem ser avassaladoras para o desenvolvimento da criança.

A alienação se não for interrompida pode causar na criança a SAP, e esta sem um tratamento adequado, poderá acarretar em sequelas capazes de perdurar para o resto da vida desta criança, desencadeando doenças psicológicas e comportamentais sérias, como, depressão, desespero, comportamento hostil, dupla personalidade, transtornos de identidade e de imagem, incapacidade de adaptação, isolamento, sentimento de culpa, desorganização, e em casos mais graves o envolvimento com entorpecentes, violência e futuramente até mesmo o suicídio.

Com o afastamento do genitor alienado, este se torna alguém estranho à vida da criança, e por consequência de situações e fatos que venham a ocorrer devido à Alienação Parental provocado pelo genitor guardião do filho, a criança pode desenvolver diversos sintomas e transtornos psicológicos e psiquiátricos.

A síndrome de alienação parental pode ser identificada pela implantação de falsas memórias de acordo com DIAS (2007, p.79) : "Quem lida com conflitos familiares certamente já se deparou com um fenômeno que não é novo, mas que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

vem sendo identificado por mais de um nome: Síndrome de Alienação Parental ou implantação de falsas memórias".

De acordo com SERAFIM (2012, p.87):

> Nas disputas familiares, é de suma importância a presença do psicólogo, pois se está lidando com um ponto muito delicado do ser humano, representado pelo seu universo de relações mais íntimas. O psicólogo na Vara de Família pode atuar como perito ou assistente técnico, além de mediador.

A psicologa Luciana Lemos fala sobre a importância do tratamento profissional focado em ajudar a familia e a criança a restabelecer o convívio, conforme verifica-se a seguir:

> O papel da pessoa que está acompanhando o caso, seja profissionalmente ou não, é de ajudá-los, antes de tudo, a compreender que o filho separado pode estar vivenciando um conflito de lealdade invisível, em que ele se sente com o coração literalmente dividido, sem que consiga se dar conta disso. É papel do adulto compreendê-lo. É também importante que estes pais estejam disponíveis e sensíveis à necessidade da criança, mesmo que à distância, tentando se fazer presentes de outras formas, enquanto a presença física ainda não é possível ou é limitada. Seria possível escrever cartas, enviar vídeos, comunicar-se pela internet, enfim, tentar criar meios de participar de alguma forma da vida da criança e passar a mensagem de que está disponível, que a ama e não desistiu dela.

Lemos sugere ainda ao genitor que recupera o direito de convívio ou a guarda do filho menor que adote algumas medidas importantes, tais como:

> Reestruturar sua vida para dar toda segurança psicológica a essa criança, buscar todos os recursos possíveis para que ela tenha meios de lidar com estas mudanças, e especialmente, não reagir à ex-esposa/marido da mesma maneira com que ela possa ter agido com ele. Ou seja, não privar a criança do contato e convívio com o outro genitor, nem com sua família.

Antes que a Síndrome da Alienação se aloje, é possível que com ajuda de terapia e do Poder Judiciário haja a reversão e o restabelecimento do convívio com o genitor alienado.

Lowenstein (2008) apud sítio eletronico +SAP:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> É difícil saber, no momento presente, com quase 50% dos casamentos no oeste sendo desfeitos, quantos jovens sofrem com o problema da alienação parental ou síndrome de alienação parental - devido à implacável hostilidade entre os pais. É certamente uma percentagem significativa. Por isso, é vital para ambos - os peritos e os tribunais - agir de modo a que a próxima geração não repita o que já foi feito no passado. Não há vencedores no processo de alienação parental. E nunca deve ser esquecido que a alienação ocorre como resultado de implacável hostilidade. O principal perdedor é o filho, que pode muito bem ter que viver sem o genitor ausente por um longo período de tempo, ou, na realidade, para sempre. Muito depende da determinação do juiz e dos peritos trabalharem em conjunto para o benefício das crianças a curto e a longo prazo.

CONCLUSÃO

A Lei de Alienação Parental representa um avanço no sistema jurídico brasileiro ao tratar diretamente do problema familiar, contudo sua aplicacabilidade ainda apresenta desafios tanto sob o ponto de vista do Direito quanto da Psicologia.

Faz-se necessário a união e o comprometimento, especialmente, de profissionais da Psicologia e do Direito, para tratar desse assunto da melhor maneira possível, ou seja, de forma que seja menos prejudicial para os menores envolvidos no processo.

Acerca dos aspectos jurídicos, a Lei 12.318/2010 que disciplina o ato da alienação parental é fundamental para assegurar o direito do menor envolvido, assim como o auxilio psicológico prestado as vítimas dessa situação para amenizar e prevenir danos à saúde dos mesmos.

A mediação e a Justiça restaurativa- JAR podem contribuir de maneira significativa, uma vez que são meios alternativos de resolução de conflitos, onde a mediação com o advento do novo código de processo civil passa a ser obrigatória, especialmente no direito de família, e JAR enfatiza a importância e a responsabilidade de cada sujeito na sua reconstrução do elo familiar, passando inicialmente o alienador por mudanças internas, nas quais melhore a qualidade das relações afetivas entre os ex-cônjuges e seus filhos, mediante a defesa dos interesses dos filhos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Luciana de **Paula Gonçalves; CASTRO, Beatriz Chaves Ros de.** Alienação parental: Um retrato dos processos e das famílias em situação de litígio**. Brasília: Liber Livro, 2013, p.67.**

BASTOS;LUZ. Família e Jurisdição **II. Ed. Del Rey (2008) p.15- 19. Belo Horizonte**

BRASIL. Convenção Internacional dos Direitos da Criança. Disponível em: http://www.onubrasil.org.br/doc_crianca.php. Acesso em: 30 de agosto de 2019..

_____. Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br> Acesso em: 30 de agosto de 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **D.O.U., Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em 17 de Setembro de 2019.**

_____. **Lei n. 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. D.O.U., Brasília, DF, 27 ago. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em 17 de Setembro de 2019.**

BUOSI**, Caroline de Cássia Francisco.** Alienação Parental – Uma interface do Direito e da Psicologia**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 112.**

_____. Alienação Parental – Uma interface do Direito e da Psicologia**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 118-119.**

BIROLI**, F. (2014).** Família: novos conceitos: A família moderna, Transformações na família**. Ed. Fundação Perseu Abramos, Cap. 1. P. 7-24. São Paulo, SP.**

CARMO, **Elisete Bezerra do;** MARIA**, Raquel Ximenes de.** Alienação Parental: um Olhar da Psicologia Jurídica e o Direito**. Psicologado. Edição 08/2018. Disponível em < https://psicologado.com.br/atuacao/psicologia-juridica/alienacao-parental-um-olhar-da-psicologia-juridica-e-o-direito >. Acesso em 17 Set 2019.**

CARVALHO**, Maria do Carmo Brant Maria.** O lugar da família na política social**. In: CARVALHO, Maria do Carmo Brant de (Org.). A Família Contemporânea em Debate. São Paulo: Cortez, 2003.**

DIAS**, Maria Berenice.** Manual de Direito Das Famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 440.**

_____**.** Manual de Direito Das Famílias**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 463.**

_____**.** Incesto e alienação parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 76.**

DUARTE**, Lenita Pacheco Lemos.** Alienação parental: invisibilidades jurídicas**. Revista Digital. Portugal, 2014.**

LEITE**, Eduardo de Oliveira.** Alienação Parental – Do mito à realidade**. Curitiba: RT, 2015, p. 401.**

FÉRES-CARNEIRO**, Terezinha.** Alienação parental: uma leitura psicológica**. In: APASE (Org.). Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos. Porto Alegre: Equilíbrio, 2012, p.67.**

FONSECA**, Priscila Maria Pereira Corrêa.** Síndrome de Alienação Parental**. Revista do CAO Cível. Belém, n. 15, ano 11, p. 49-60, 2009. Disponível em <https://www2.mp.pa.gov.br/sistemas/gcsubsites/upload/25/REVISTA%20DO%20CAO%20CIVEL%2015(3).pdf> Acesso em 10 de julho de 2019.**

FONSECA**, P. M. P.** Síndrome de alienação parental. Pediatria**, São Paulo, v. 28, n. 3, set./dez. 2006. Disponível em:http://pediatriasaopaulo.usp.br/upload > Acesso em 07 de julho de 2019.**

FREITAS, Diogo Phillips. **Alienação parental: comentários à Lei 12.318/2010**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar Projetos de Pesquisa**. 3ª Ed – São Paulo: Atlas, 1991. p. 46;

GRZYBOWSKI, **L. S. (2007).** O envolvimento parental após a separação/divórcio**. Porto Alegre: PUCRS.**

GARDNER**, Richard Alan.** O DSM-IV tem equivalente para o diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP)**. Disponível em < http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente> Acesso em 10 de juhho de 2019.**

HACKNER**, I.,** WAGNER**, A., &** GRZYBOWSKI**, L. S. (2006). A manutenção da parentalidade frente à ruptura da conjugalidade. Pensando Famílias,10, 73-86.**

LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do Trabalho Científico**: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório, publicações e trabalhos científicos. 7ª Ed – 7 reimpr. – São Paulo: Atlas, 2009. p. 43;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

LEMOS, **Luciana.** Psicologia viva**. Disponível em: <https://www.psicologiaviva.com.br/blog/alienacao-parental/> Acesso em 10 de juhho de 2019.**

LISBOA**, Roberto Senise.** Manual de direito civil**: direito de família e sucessões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.**

Lowenstein (2008) apud sí**tio eletronico** +SAP **. Tradução do artigo: What Can Be Done To Reduce the Implacable Hostility Leading to Parental Alienation in Parents? (Lowenstein, 2008). < disponível em: < http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/lowenstein-2008 > Acesso em 25 de setembro de 2019.**

RAMOS**, Magdalena; SHINE, Sidney Kiyoshi.** A família em litígio**. In: RAMOS, Magdalena (Ed.). Casal e família como paciente. São Paulo: Editora Escuta, 1999, p. 110.**

SEVEGNANI**, Ana Luísa. Alienação parental: uma análise sob a ótica do direito de família e da psicologia jurídica. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5262, 27 nov. 2017. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/55152. Acesso em: 15 setembro de 2019.**

SERAFIM, **Antonio de Pádua;** SAFFI**, Fabiana.** Psicologia e Práticas Forenses**. São Paulo: Manole, 2012.**

ORTIZ**, Marta Cristina Meirelles.** A constituição do perito psicólogo em varas de família à luz da análise institucional de discurso. **Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-98932012000400010&script=sci_arttext> Acesso em 24 de setembro de 2019.**

+SAP**. Sindrome de Alienação Parental . Disponível em: < http://www.alienacaoparental.com.br/o-que-e#TOC-Estat-sticas-sobre-a-S-ndrome-da-Aliena-o-Parental> Acesso em 10 de juhho de 2019.**

0

www.conteudojuridico.com.br

ANIMAIS NÃO HUMANOS COMO TITULARES DE DIREITOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

GABRIELLA VALENTE SAMPAIO:
Bacharelanda do curso de Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA.

BERNARDO DA SILVA SEIXAS [1]
(Orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo demonstrar uma nova maneira de se pensar os direitos de proteção dedicados aos animais não-humanos, dentro da perspectiva do ordenamento jurídico nacional. Em uma tentativa de afastar ideais antropocêntricos, ainda muito influentes no Direito brasileiro, evidencia-se a necessidade da atribuição de direitos fundamentais específicos a esses seres sencientes, com o reconhecimento de seu valor como criaturas vivas e merecedoras de dignidade. Ao longo da pesquisa, de cunho bibliográfico, na literatura pertinente, demonstra-se o importante papel dos direitos fundamentais para a proteção de direitos básicos, e a função do status de dignidade, atualmente atribuído somente aos seres humanos.

Palavras chaves: Animais não humanos; Titulares; Ordenamento Juridico.

ABSTRACT: This paper aims to demonstrate a new way of thinking about the protection rights dedicated to non-human animals, within the perspective of the national legal system. In an attempt to dispel anthropocentric ideals, still very influential in Brazilian law, the need for the attribution of specific fundamental rights to these sentient beings is evidenced, with the recognition of their value as living creatures worthy of dignity. Throughout the bibliographical research in the relevant literature, the important role of fundamental rights for the protection of basic rights is demonstrated, and the dignity status function, currently attributed only to human beings.

Keywords: Non-Human Animals; Holders; Legal Ordering

INTRODUÇÃO

Apesar do surgimento de novas perspectivas a favor da proteção do meio ambiente, a história da humanidade se viu marcada, em maior parte, por um cenário de frágil proteção da fauna e da flora. A sociedade foi sendo criada com base em pilares de segregação, e sem dúvidas, isso refletiu nos ordenamentos jurídicos mundo a fora.

Com o progresso civilizatório, a legislação foi sendo substituída lentamente por normas compatíveis com os dias atuais. Foi sendo construída uma melhor consciência ecológica na medida em que os homens perceberam as consequências destrutivas e irreparáveis que estavam proporcionando a natureza.

O grande desafio, entretanto, é conciliar o desenvolvimento econômico e social, que culmina em um capitalismo depreciativo e explorador, com os direitos dos animais, visto que grande parcela da sociedade ainda pensa que essa proteção não é necessária, visto que esse posicionamento inviabilizaria negócios de grandes indústrias e comércios que baseiam suas atividades em produtos de origem animal. Diante disso, fez-se necessário o surgimento de práticas que se posicionassem contra esse conflito moral de exploração do meio ambiente.

Frente a evolução em termos de doutrina e jurisprudência, quanto a tutela de direitos dos animais sencientes, é de importância a análise desta temática, no sentido de contribuir para o amadurecimento da discussão, não só em seu caráter acadêmico, mas também sociológico.

Esse trabalho se propõe a uma argumentação a cerca dos direitos dos animais não humanos, assim como a capacidade jurídica desses seres e sua comparação com os entes personificados e despersonificados presentes no ordenamento jurídico. Questiona ainda sobre a real existência do direito dos animais (como sujeitos de direito) no Brasil ou apenas a proteção dos bens particulares e do princípio fundamental do meio ambiente equilibrado e, por fim, a possibilidade desses seres não humanos buscarem o judiciário para tutelar seus interesses.

1. ANIMAIS NÃO HUMANOS COMO SUJEITOS DE DIREITO

Os animais são objetos semoventes, passíveis de apropriação ou assenhoramento caso não tenham dono anterior. Esse seria um dos motivos pelos quais os animais não humanos não podem estar em juízo, pois não têm personalidade jurídica e, por conseguinte, não possuem também capacidade jurídica, não podem acessar o judiciário para tutela de seus interesses.

Segundo Tagore (2012) a ordem jurídica não concedeu aos seus protagonistas apenas a personalidade, mas os dotou de capacidade para a aquisição de direitos e para seu exercício, seja por si mesmo, seja por representação ou mediante a assistência de outrem. Assim, se a capacidade representa o gênero, pode-se dizer que suas espécies são: a capacidade de direito ou gozo e a capacidade de fato, correlata à efetivação desses direitos.

Tais conceitos de personalidade e capacidade mudam de autor para autor, muitas vezes relativizados em relação ao assunto tratado. Porém, as duas coisas não se confundem, pois, segundo Chaves (2011, p.16):

O conceito de capacidade, em sentido estrito e próprio, não se confunde, porém, com o de personalidade. A palavra 'capacidade' por si mesma está dizendo que ela indica uma extensão do exercício da personalidade, como que a medida da personalidade em concreto (CHAVES, 2011. P.16).

Em linhas gerais, se determinado sujeito possui personalidade, possuiria, também, capacidade (em maior ou menor grau), entretanto não seriam somente os sujeitos dotados de personalidade que poderiam ter capacidade. O direito atribuiu

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

capacidade aos entes despersonalizados (o nascituro, a massa falida, o condomínio, etc) para que esses possam fazer parte de relações jurídicas como sujeitos.

Para Tagore (2012, p.328) Os entes despersonalizados, mesmo que não registrados, possuem condições de estabelecer relações jurídicas com quaisquer pessoas ou outros entes e apesar de não configurar sob um aspecto normativo-dogmático pessoas de direitos, são considerados sujeitos de direito. O que evidencia claramente que algo "não humano" tem aptidão para capacidade e para buscar seus interesses e ou seus direitos básicos, ou ainda parte disso junto às vias judiciais.

O Código de Processo Civil, em seu artigo 12, traria alguns dos entes despersonalizados, evidenciando a problemática desses "sujeitos" que não receberam qualquer denominação legal, diferentemente das pessoas jurídicas, que são praticamente "paridas" pelos seus atos constitutivos e foram delimitadas e elencadas no artigo 40 do mesmo código em clara lacuna para analogia por parte dos operadores de direito.

1.1 Da dignidade do homem e dos demais seres vivos

A evolução do Direito, como ciência e teoria dos diretos fundamentais do ser humano, impõe trazer à tona alguns questionamentos: somente a vida do homem merece cuidado especial por parte do Direito? Seria somente o animal racional titular de direitos e de dignidade? Tais indagações serão tratadas ao longo do presente estudo. Nosso ordenamento jurídico é composto por princípios e normas que, de acordo com a interpretação social adequada ao período atual, traduzem os valores morais e aspirações da nossa sociedade. Pela análise do já exposto, a dignidade é um direito fundamental do homem, protegido pela constituição e que serve de parâmetro para a aplicação do Direito (SABADELI, 2008).

Apesar de não possuir um viés jurídico, a definição encontrada no dicionário ilustra claramente essa noção de valor basilar à ser defendido. Sendo assim, se torna essencial a compreensão do que seria o princípio da dignidade da pessoa humana para assim se construir uma noção de dignidade dos demais animais viventes.66 Entender que a dignidade é um direito fundamental que pode ir além do animal humano é o primeiro passo para que seja criada uma gama de direitos voltados aos demais seres vivos.

Nessa linha de pensamento, muitos estudiosos se debruçam sobre o tema da dignidade animal, com a consciência do desafio de se quebrar a formação antropocêntrica que ainda circunda o tema. Como observado pelas explanações à seguir, o caminho encontrado para tal pode ser feito através das próprias teorias sobre a dignidade humana, abrindo caminho para uma visão ecológica e mais ampla de sua aplicabilidade.

Para Medeiros (2013), em sua obra "Direitos dos Animais", traça um caminho interessante sobre a dignidade da pessoa humana como ponto de partida para um possível entendimento de uma extensão deste direito fundamental aos animais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

não-humanos. Como base nas doutrinas de Immanuel Kant, Georg W. F. Hegel e Ronald Dworkin aponta o início de um estudo mais profundo sobre a dignidade da pessoa humana, porém ainda ligado a um conceito onde apenas o ser humano seria detentor da dignidade.

Então, a partir da contribuição de tais filósofos e juristas, Medeiros (2013) propõe uma quebra do paradigma antropocêntrico criado, ao sugerir, com base no pensamento de Jüngen Habermas, a valoração da proteção à vida para além do ser humano. Na construção de seu estudo sobre a dignidade, a autora inicia seu raciocínio pelo pensamento de Immanuel Kant. Na obra do filósofo alemão, surge a ideia da dignidade humana fundada exclusivamente na condição do homem como ser racional e em sua autonomia de vontade. Essa condição pode ser traduzida como a capacidade humana de se auto determinar e agir conforme determinadas leis, apenas encontrada nos seres racionais.

Ainda sobre o tema da dignidade, destaca-se na obra o trabalho de Ronald Dworkin, filósofo norte-americano, para o qual o ser humano, independente dos variados conceitos culturais atribuídos ao tema, não poderia ser submetido à indignidade, e foca o seu estudo justamente sobre essa preocupação. A dignidade possuiria uma voz ativa e uma passiva, sendo a voz ativa o dever e o direito das pessoas em zelarem pela sua própria dignidade.

Quando alguém, segundo Dworkin (2002), compromete a sua própria dignidade estaria negando a importância da vida humana, tanto a sua própria quanto a do outro. A voz passiva da dignidade estaria relacionada com a ação do outro. Alguém que zela por sua dignidade ainda sim poderia ter seu direito fundamental lesado por outrem.

Ao observarmos a tendência antropocêntrica criada em torno do tema, a proposta da sua extensão aos animais não-humanos representa uma inovação no campo jurídico, ainda muito atrelado às premissas da racionalidade e da consciência de Kant e Hegel. O que se propõe é a quebra da visão do ser humano como centro da tutela jurídica, observada inclusive no direito positivado, para que se possa construir uma ideia de dignidade como apenas direito fundamental aplicável às demais criaturas que demonstrem traços mínimos em comum ao ser humano, e não necessariamente a capacidade de raciocínio lógico ou o uso de uma consciência desenvolvida (MEDEIROS, 2013).

Para Habermas (2002) a dignidade humana é abordada à partir da relação entre seres morais, seja numa esfera social ou jurídica, que sendo membros de uma comunidade podem estabelecer normas de comportamento e obrigações entre si e a expectativa de seu cumprimento. A dignidade humana teria seu sentido atrelado às relações pessoais recíprocas. A identidade moral do indivíduo se daria pela vida social, em função das inúmeras relações que os homens tecem entre si, criticando-se assim a teoria do homem como fim em si mesmo elaborada por Kant.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Desta forma infere-se que a dignidade no mundo jurídico decorre de uma concepção antropocêntrica de que apenas o ser humano seria detentor de dignidade, mas que vem sendo desconstruída devido aos esforços de estudiosos que se debruçam sobre a causa da defesa do meio ambiente e da proteção animal. Como se observa, a dignidade da pessoa humana é condição para que nós, seres humanos, possamos proteger a nossa própria existência, através da moral e da tutela jurídica (SARLET, 2014).

Não basta para o homem "estar vivo", sendo necessária essa condição de dignidade para haja seu desenvolvimento saudável e feliz. Portanto, este princípio basilar do Direito, atribuído no ordenamento jurídico pátrio à pessoa humana, pode (e deve) alcançar também os demais seres, pois o que é digno carrega em si um valor próprio de existência, que é facilmente reconhecido, sendo a chave para a proteção da vida como um todo.

1.2 Animais como sujeitos personificados

Para Singer (2008), os termos "sujeito" e "pessoa" são obviamente ampliados segundo seu objeto de estudo, onde poderia levar-se em consideração níveis de racionalidade e autoconsciência revistos pelo mesmo após diversas críticas a seu utilitarismo, porém partindo do ponto da sensibilidade animal:

"Pessoa" é qualquer ser racional e autoconsciente, capaz de levar uma vida *biográfica* e não apenas *biológica*; percebe a si mesmo no tempo, possui interesses, projeta sua existência e realiza planos para o futuro. Essa definição se aplica à maior parte dos seres humanos, mas inclui uma notável porção de animais, especialmente mamíferos como cães, porcos e primatas superiores (SINGER, 2008, p.135).

Entretanto, por conta de seu utilitarismo, tal filósofo não serviria de salvaguarda para a presente proposta abolicionista, posto que, na prática, esse não negaria seu cunho de individualismo utilitarista, que em prol da maioria ainda se filiaria ao pensamento comum.

Gonçalves (2014, p.14), esclarece que:

A expressão "todo homem" fora empregada em sentido amplo e genérico, abrangendo de fato todas as pessoas sem distinção, e que, posteriormente, a mesma definição necessitou ser alterada, uma vez que, no relatório do Código Civil seguinte, o Senado Federal aprovou a expressão "todo homem", novamente modificada na Câmara dos Deputados por "toda pessoa", de modo a adequar o texto à nova constituição e suprimir possíveis dúvidas com relação à interpretação (GONÇALVES, 2014, p.142).

Desta forma, o termo "toda pessoa" pode ser interpretado de forma extensiva abarcar todos os sujeitos corpóreos e incorpóreos possíveis, dada sua natureza da expressão que foi pensada levando em consideração as novas pessoas em evidência nas relações jurídicas contemporâneas.

Para Coelho (2003), mesmo deixando claro seu entendimento a respeito do conceito de sujeito de direito, que teria: "finalidade de orientar a superação de conflitos de interesses que envolvem, direta ou indiretamente, homens e mulheres". Os sujeitos não humanos, portanto não buscam equiparação em relação à capacidade de um nascituro, por exemplo, mas a busca pelos seus direitos fundamentais, ou ainda a sua dignidade como sujeitos donos de uma vida.

2. STATUS JURÍDICO DOS ANIMAIS NÃO HUMANOS

Conforme o pensamento de Daniel Braga Lourenço (2016) ao se analisar a herança sociológica e filosófica das ciências, em especial da Ciência do Direito, se torna nítida uma divisão criada para distinguir o homem e os demais seres vivos. Apesar do ser humano integrar conjunto de animais existentes na cadeia biológica de nosso planeta, nunca é atribuído à espécie Homo Sapiens a condição de "animal" propriamente dita. Se o ser não é dotado de racionalidade ou singularidade, não se enquadra no perfil humano, deixando de ter seu valor próprio em detrimento do bem estar da humanidade (LOURENÇO, 2016).

É nesse contexto que é possível aplicar a expressão "antropocentrismo", para designar essa tendência do homem de se colocar em uma posição superior às demais espécies. Para Dias (2009) é incontestável a necessidade da proteção da natureza para a sobrevivência da humanidade. Por esse motivo, é preciso discutir a posição dos animais dentro da órbita jurídica da nossa legislação, pois esta deve corresponder a anseios mais ecológicos, que, aos poucos, tem se mostrado cada vez mais presente na nossa realidade social.

Para Rodrigues (2010) Contudo há que ressaltar que nossa legislação enfrenta um paradigma jurídico: De um lado temos um direito ambiental que protege, mas possui um enfoque antropocêntrico, isto é, a proteção existe apenas com o intuito de satisfazer o homem e de outro, temos um direito ambiental mais moderno, que procura romper com essa noção antropocêntrica e visa introduzir na legislação a devida proteção animal em razão da sua existência e não por causa dos humanos.

2.1 O Código Civil brasileiro e a coisificação animal

Infelizmente, as proteções no ordenamento jurídico não passam de proteções antropocêntricas que visam, na realidade, proteger os homens. A preocupação é voltada unicamente ao ser humano, pois os legisladores são incapazes de enxergar além dos interesses do indivíduo. Isso se justifica porque o Código Civil Brasileiro considera os animais não humanos como coisas, isto é, o nosso aparato normativo os equiparou a coisas sem vida, como por exemplo, uma pedra (COELHO, 2003).

A grande questão é que os animais se distinguem dos objetos dos quais foram assemelhados, pois possuem capacidade de sentimento, o que deveria fazer com que eles, ao menos, estivessem em uma categoria jurídica relevante. Na perspectiva civilista brasileira, temos duas pontas na relação jurídica: Os sujeitos de direito e os objetos de direito. Segundo Coelho (2003, p.138):

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O centro de imputações de direitos e obrigações referido em normas jurídicas com a finalidade de orientar a superação de conflitos de interesses que envolvem, direta ou indiretamente, homens e mulheres. Nem todo sujeito de direito é pessoa e nem todas as pessoas, para o direito, são seres humanos (COELHO, 2003, p.138).

Assim, sujeito de direito no Brasil é todo ente a quem o ordenamento jurídico atribui direitos e obrigações. Esses sujeitos podem ser pessoas físicas – os seres humanos – ou pessoas jurídicas, que são as que possuem uma existência ideal, como por exemplo, empresas e associações.

Além disso, o direito ainda traz a previsão, no artigo 75 do Código de Processo Civil, de que esses sujeitos podem ser despersonalizados, ou seja, a lei reconhece direitos para determinados agregados patrimoniais, caso do espólio, condomínio, massa falida, etc. (SILVA, 2015).

Percebe-se, portanto, que os animais não estão incluídos no grupo dos sujeitos de direito, pois se encontram na categoria de objetos de direito, como demonstra o artigo 82 do Código Civil:

Art. 82: são móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico social.

O Brasil, segundo Leonardo Boff (2003) , ainda não conseguiu se enquadrar completamente na atual tendência dos países da América Latina, no sentido de reconhecer um constitucionalismo que abarque não somente as necessidades do ser humano, mas sim de todas as espécies existentes no planeta.

Faz-se necessário ressaltar a diferença entre bem e coisa. Há diversas percepções, mas a adotada pelo Código Civil de 2002 foi a de que a coisa é o gênero, e o bem, espécie. Assim, coisa é tudo aquilo que existe objetivamente, sem ser o homem, e bem é a coisa que é suscetível de apropriação, que tem valor econômico (RODRIGUES, 2003).

Os animais se encaixam no conceito de bem, pois possuem um valor econômico e podem vestir-se das prerrogativas da propriedade – já que estão à disposição humana. O parágrafo primeiro do artigo 1.228, cumulado com o artigo 5º, inciso XXIII da Constituição Federal, que traz a ideia da função social da propriedade, aduzem disposições para que esse direito seja corretamente exercido. Dispõe o parágrafo:

Art. 1228, § 1º: O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Nesse sentido, aqueles que detêm sua propriedade podem usar, gozar e dispor de acordo com a finalidade social que lhe interessar, inclusive podem doá-los ou vendê-los, como assegura o artigo 1.228 do Código Civil. (Regan, 2006).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Para Angher (2016) nosso regime jurídico se mostra atrás da realidade social apesar de ainda haver muitas marcas do antropocentrismo, é nítido que o diploma social já considera os animais como seres dignos de uma vida com proteção. Logo, a divisão entre sujeitos de direito versus objetos de direito que nossa ordem civil traz fica obsoleta, pois ela ignora por completo a realidade de seres com vida que não são pessoas, caso dos animais (RABENHORST, 2001).

2.2 Projeto de Lei 27/2018

No dia 08 de agosto de 2019, o plenário do Senado Federal aprovou o Projeto de Lei (PL) nº 27, de 2018, que estabelece em seu texto um novo tratamento jurídico para os animais não humanos. De acordo com o PL, os animais não mais receberão tratamento de "coisa", conforme preleciona o Código Civil brasileiro de 2002, mas terão uma natureza jurídica *sui generis*, sendo sujeitos despersonificados, reconhecidos como seres sencientes e passíveis de sofrimento.

O texto acrescenta dispositivos à lei 9.605/98 (lei de crimes ambientais) e foi aclamado como sendo mais um meio efetivo de tutela aos direitos dos animais. O ponto chave para a presente análise é que o texto do PL veda a caracterização de tais seres como "coisa", podendo gerar reflexos no âmbito do direito penal como, por exemplo, na caracterização de alguns crimes contra o patrimônio.

Um dos problemas que abrange a criação de animais, seja para o corte (no caso de gado) ou para criação doméstica (cães, gatos e outros), na esfera criminal, é a possibilidade de furto/roubo destes seres vivos. Em fevereiro desse ano, seis membros de uma quadrilha especializada em furto de gado de fazendas mineiras foram condenados a penas de prisão e reparação de danos às vítimas pelos crimes cometidos (CABETTE, 2016).

Para o âmbito doméstico, a revista IstoÉ, em maio de 2019, lançou uma matéria afirmando que o furto e roubo de cães de companhia cresceu nas grandes cidades. Na forma de subtração de cães de suas próprias casas, o delito teve uma aumento de 110% somente em São Paulo.

O direito, como um todo, é uno e indivisível. Partindo desse ponto, o que se questiona com a alteração legislativa quanto ao tratamento jurídico dado pelo ordenamento brasileiro aos animais, é a definição dos crimes contra o patrimônio existentes no Código Penal (CP). Pode-se notar que há uma crescente demanda social acerca do melhor tratamento dos animais por parte da população com relação à tutela que o ordenamento jurídico pátrio dá para com os animais não humanos (TAGORE, 2012).

É inegável que ao longo das últimas décadas, houve um maior envolvimento do direito brasileiro assegurando um patamar mínimo aos animais, desde o Decreto 24.645/34 que proibiu os maus tratos aos animais, quando em vigor, à Lei 9.605/98 que em seu artigo 32 prevê pena de detenção de até um ano e multa para quem praticar maus tratos. Além dessas previsões, há projetos de lei, como o PL 236/12 que pretende aumentar as penas para crimes com os animais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nesse sentido, o PL 27/18 emerge como mais um anseio popular para com a adequada tutela do ordenamento no que tange a tais seres vivos. Apesar de estar sendo tido como um avanço na área de direitos dos animais, tanto pela população quanto pelos deputados e senadores, a mudança da natureza jurídica dos animais não humanos pode afetar diretamente outras áreas do direito, como é o caso do Direito Penal.

Como já afirmado, o direito é uno como um todo. A mudança da natureza jurídica dos animais não humanos de "coisas" para uma nova natureza jurídica *sui generis* implicaria na exclusão, pelo menos de maneira expressa, de tais bens (se a denominação "bem" continuar correta) do enquadramento dos tipos penais de furto e roubo, escolhidos neste trabalho por serem corriqueiramente mais vistos no meio popular (SILVA, 2015).

Há ainda o problema da retroatividade da lei penal mais favorável. As pessoas condenadas por roubo ou furto de animais, seja de grande porte como cavalos ou gado, seja de pequeno porte, como cães, gatos e pássaros, caso aprovado o PL com a atual redação, deverão ser liberados do cumprimento da pena, pois o tipo penal não mais existiria (SILVA, 2015).

Resta saber, portanto, em caso de aprovação do PL, como ficará a interpretação dos tribunais e a aplicação do direito em suas outras ramificações (fora do âmbito civil) para com casos envolvendo estes seres vivos. Em caso de necessidade de adaptação em âmbito penal, tendo em vista a vedação de interpretação por analogia de modo a prejudicar o réu, haveria de surgir novas ferramentas para garantir que o que hoje se considera furto/roubo continue a ser algo passível de punição em âmbito penal.

2.3 O posicionamento civilista

É fato que, desenvolveu-se uma política nacional de descaso e banalização da vida dos animais, abandonando os valores morais e o senso de justiça. O direito brasileiro é comprovadamente antropocêntrico e "especista", a tutela jurídica dos animais existente evidencia um caráter extremamente egoísta, de cunho econômico, que protege apenas interesses de pequenos grupos privilegiados. Assim, os animais são mantidos como objetos de apropriação humana, sujeitos a diversos tipos de exploração e crueldade (ARDOSO, 2007).

Desse modo, é necessário desconstruir o posicionamento presente no ordenamento jurídico brasileiro, de maneira que os animais possam ser considerados detentores de direitos. À vista disso, o direito brasileiro precisa modificar tal percepção civilista, pois essa é extremamente antagônica aos anseios sociais, e até mesmo a determinadas normas.

Como embasamento deste posicionamento, considera-se o Decreto nº 24.645 de 1934. Este dispositivo determina no seu artigo 2º, parágrafo 3º que os animais serão assistidos em juízo pelos representantes do Ministério Público, o qual atuará como seu representante legal. Há muita discussão quanto à validade deste Decreto,

pois existem aqueles que defendem que ele foi revogado pelo Decreto Federal nº 11 de 1991. Contudo, há quem pense o contrário, pois se entende que o Decreto nº 24.645/34 foi criado em período de excepcionalidade política, portanto tem caráter de lei, logo ele não é passível de revogação por um decreto (DIAS, 2009).

Ressalta-se ainda que a Constituição Federal defende que os animais são bem de uso comum do povo, e esta norma é o ápice da pirâmide normativa, portanto, não há outra regra que esteja acima dos seus preceitos e ditames. Dessa maneira, a doutrina trazida pelo Código Civil precisa ser abandonada já que é contrária ao próprio sistema jurídico. Seu posicionamento permite abrir espaço para interpretações errôneas, pois se os animais são coisas e podem estar em juízo, porque os demais bens, que não semoventes, também não podem ? (Reale, 2001).

3. ANIMAIS NÃO HUMANOS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os Direitos fundamentais, conforme demonstrado no primeiro capítulo, surgiram para servir de núcleo para a proteção de direitos básicos de preservação da vida, da liberdade e da dignidade da pessoa humana, baseando-se nos valores morais defendidos pela sociedade. Dispostos nos textos constitucionais, esses direitos tem viés de princípios, servindo de guia para a interpretação das demais regras do ordenamento jurídico (MENDES E BRANCO, 2013).

Tais direitos possuem uma dimensão objetiva de proteção, que afeta a coletividade, pois são considerados como as bases para a ordem jurídica. Também possuem uma dimensão subjetiva, que enseja a defesa do sujeito desses direitos contra abusos à sua autonomia, dignidade e à sua vida, por parte do Estado ou de particulares, e, ao mesmo tempo, proporcionam a garantia prestacional do poder público para a proteção desses valores tão importantes aos indivíduos em uma sociedade (MEDEIROS, 2013).

Desta forma, na relação criada pelos direitos fundamentais, existe obrigatoriamente o titular desse direito, a ação que o direito ordena e o destinatário que cumprirá a ação designada. Porém, como já analisado, o ordenamento jurídico pátrio, apesar de promover certa proteção constitucional aos seres não-humanos, ainda não coloca essas criaturas como portadoras de direitos básicos, pois o direito brasileiro, em se tratando da proteção ambiental, ainda se prende à visão do antropocêntrismo moderado (GONÇALVES, 2012).

No Brasil, para que a pessoa natural adquira a personalidade e assim a titularidade de direitos e deveres, basta que nasça com vida, mesmo que venha a morrer logo em seguida. Sendo assim, pela doutrina nacional clássica, antes do nascimento com vida não há personalidade jurídica. Por outro lado, a pessoa jurídica, tutelada pelos artigos 40 e seguintes do Código Civil de 2002, não representa um ser orgânico, como é o caso da pessoa natural, porém usufrui da personalidade para exercer suas funções (GORDILHO, 2008).

A regra geral para que se tenha a titularidade de direitos no Brasil seria a qualidade da personalidade jurídica, o que, ainda, não está ao alcance dos animais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

não humanos. Contudo, o próprio ordenamento pátrio abre algumas exceções para que entes despersonalizados sejam detentores de diretos básicos. O artigo 2° do Código Civil de 2002 deixa claro que a personalidade é adquirida através do nascimento com vida, mas deixam-se resguardados os direitos do nascituro.

Segundo Nader (2003) ainda, no Direito brasileiro existem os chamados "entes despersonalizados". São ficções assim como a pessoa jurídica, porém desprovidos de personalidade. Entes como a massa falida, o condomínio, heranças, sociedades irregulares e o espólio não possuem características que ensejem o atributo da personalidade, porém, ainda sim são considerados detentores de direitos como a capacidade processual e a legitimidade passiva ou ativa em processos judiciais.

No ordenamento brasileiro, não há disposição legal que vede expressamente que esses entes sejam detentores, inclusive, de direitos fundamentais. Parece perfeitamente plausível admitir que uma pessoa jurídica exerça os direitos dispostos no artigo 5° da Constituição Federal de 1988, desde que compatíveis com a sua natureza, como por exemplo os direitos à igualdade, à propriedade, à ampla defesa, ao sigilo de correspondência e ao direito adquirido. No entanto, considerando a situação atual do tratamento dispensado às demais espécies de nossa fauna, não parece justo que, enquanto uma entidade que nem é um ser vivo pode gozar de uma gama de direitos fundamentais para a sua proteção (MEDEIROS, 2013).

Nesse contexto, nota-se que, apesar de os animais não-humanos serem destituídos de personalidade jurídica e não serem titulares de direitos, o próprio ordenamento brasileiro abre uma brecha para que essas criaturas possam, um dia, vir a ser sujeitos de direitos básicos, pois já admite tal possibilidade a determinados seres e entidades despersonalizadas, a exemplo do espólio, da massa falida e do condomínio.

Com inspiração no ordenamento jurídico de países como Suíça, Portugal e França, Daniel Braga Lourenço, propõe alguns caminhos para que a ideia aqui defendida se torne possível. A primeira alternativa seria conceder aos animais não humanos o status de "pessoa", para que venham a exercer direitos na mesma categoria dos absolutamente incapazes.

Cabe lembrar que, apesar de necessária para exercer determinados direitos, a capacidade para a vida civil não se confunde com a personalidade. Então, da mesma maneira que um bebê humano ou uma pessoa com sérios problemas mentais, os animais entrariam na categoria dos juridicamente incapazes, pois mesmo não possuindo discernimento para o exercício de atos civis, estariam resguardados por uma série de direitos fundamentais.

A segunda possibilidade é enquadrar os animais na categoria dos entes despersonalizados. Mesmo não possuindo personalidade, os seres não humanos seriam detentores de direitos específicos, determinados pelo Poder Legislativo.

A terceira e última proposta seria criar uma categoria nova para se enquadrar os animais não-humanos, algo intermediário entre o regime das coisas e o das

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

pessoas, proporcionando uma atribuição de direitos voltados exclusivamente para esses seres, de tal sorte que eles deixariam de ser considerados meros objetos de direito, e ganhariam a qualidade de sujeitos.

Mesmo que o Brasil ainda esteja longe de concretizar qualquer uma dessas ideais de maneira efetiva, acredita-se que das opções sugeridas, a mais interessante para o nosso ordenamento seria a terceira. O animal deixaria de ser considerado como um bem e passaria a ter um status de sujeitos de direitos voltados aos seus interesses básicos. Já a primeira opção envolveria um complexo processo de conscientização da sociedade para que seja aceita a ideia do animal como detentor do mesmo status jurídico de um ser humano. E a segunda opção se torna pouco eficaz na prática, pois estaria sujeito à discricionariedade do legislador brasileiro, que até o presente momento, ainda não conseguiu se desvincular dos ideias antropocêntricos (SARLET, 2014).

O ordenamento jurídico brasileiro, apesar de possuir legislação voltada para a proteção dos animais não-humanos, ainda não proporciona uma defesa efetiva desses seres, pois ainda os considera como bens. Por isso a importância de se pensar na possibilidade dos animais como sujeitos de direitos fundamentais. Se essa proposta se tornasse realidade, haveria uma mudança de paradigma com relação ao modo de tratamento dispensado ao seres não humanos, que passariam a ser sujeitos de uma proteção garantida constitucionalmente.

Em termos práticos, é possível traçar exemplos de como essa proteção se concretizaria de maneira muito mais efetiva. Levando em conta as dimensões subjetiva e objetiva dos direitos fundamentais, os animais sencientes passariam a ter o seu direito à vida e à integridade física respeitados, em face do Estado e de particulares. Para efeitos de fiscalização e defesa dos animais, o Ministério Público e a sociedade civil uniriam forças, inclusive para a representação em juízo dos animais, contra abusos e violações aos seus direitos (CASTRO, 2006).

Em suma, os animais não-humanos teriam suas necessidades básicas atendidas pelo Estado, para o exercício de uma vida saudável e digna, e não mais teriam de depender da benevolência do homem para ter seu valor próprio respeitado, deixando de ocupar o lugar secundário de objetos da vontade humana, e passariam a exercer sua condição natural de seres vivos, dotados de valor em si mesmo, dignos de proteção e essenciais para a continuidade da vida na Terra.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho buscou-se apresentar fundamentos que pudessem agregar valor ao tema proposto, cuja ponto central é a possibilidade dos animais não-humanos serem detentores de direitos fundamentais básicos e de dignidade, implicando, com isso, a necessidade de o Estado brasileiro reconhecer, a exemplo de outros países, a sua condição de sujeitos de direitos.

Na legislação infraconstitucional há a relativização do conceito de crueldade, a fim de atender as necessidades do ser humano, pois, ao mesmo tempo em que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

se criminaliza os maus tratos aos animais, o ordenamento permite e regula práticas como a manutenção de rodeios, vaquejadas, jardins zoológicos, testes científicos em animais e a criação extensiva para o abate, acabando por instrumentalizar a defesa dos interesses animais para atender aos interesses do homem.

Além disso, há uma notória incongruência entre o tratamento dispensado a esses seres no texto constitucional e nos Códigos Civil e Penal atualmente em vigor, já que nos mencionados diplomas normativos, os animais não-humanos ainda ocupam a categoria de bens patrimoniais, o que permite que a sociedade ainda os trate como meras mercadorias, esvaziando ainda mais a tentativa de proteção exposta na Constituição de 1988 e na Lei de Crimes Ambientais.

Essa latente ineficácia das atuais leis de proteção animal se explica pela forte tendência antropocêntrica na formação de nosso ordenamento jurídico. Por isso é urgente a necessidade de se buscar formas para garantir uma proteção mais efetiva a estes seres vivos, e isso implica no reconhecimento da qualidade de sujeitos de direitos e titulares de dignidade.

No ordenamento jurídico brasileiro, os direitos fundamentais estão dispostos dentro do texto constitucional, o que quer dizer que, mais do que regras, são princípios que servem como base para a interpretação e aplicação das demais normas do direito infraconstitucional. Já a qualidade da dignidade tem a função primordial de ressaltar o valor próprio do indivíduo que a possui.

Desta forma, conclui-se que para que se tenha uma efetiva proteção da vida digna dos animais não-humanos, muito além de uma reforma no Direito, é necessária uma mudança de paradigma no modo como os seres humanos enxergam os demais seres vivos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGHER, Anne Joyce. (Org.). **VADE MECUM Acadêmico de Direito**. 23ª Ed.. São Paulo: Rideel. 2016.

ARDOSO, Haydeé Fernanda. **Os animais e o Direito: Novos paradigmas**. Revista Animal Brasileira de Direito (Brazilian Animal Rights Review), ano 2 – 2007.

BOFF, Leonardo. **Constitucionalismo ecológico na América Latina**, 2003. Disponível em:< http://cartamaior.com.br/?/Editoria/Meio-Ambiente/Constitucionalism o-ecologico-na-America-Latina/3/27997> Acesso em: 14 de ago.2019.

BRASIL. Constituição da Republica Federativa do Brasil**, 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição /Constituição.htm>. Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. Decreto nº 24.645, de 10 de julho de 1934. Estabelece medidas de proteção aos animais. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto /1930-1949/D24645.htm>. Acesso em: 03 ago. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.605**, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l96 05.htm>. Acesso em: 22 set. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei da Câmara nº 27 de 2018. Acrescenta dispositivo à lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para dispor sobre a natureza jurídica dos animais não humanos. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=7729363&ts=1565299891569&disposition=i>. Acesso m: 24 set. 2019.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012. Anteprojeto de Código Penal. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&ts=1560373292895&disposition=i>. Acesso em: 24 set. 2019.

CAPRA, Fritjof. **A Teia da Vida: Uma Nova Compreensão Científica dos Sistema.** Edição Brasileira. São Paulo; Editora Cultrix, 2006.

CASTRO, João Marcos Adede y. **Direitos dos animais na legislação brasileira** - Porto Alegre:Sergio Antonio Fabris Ed.,2006.

CHAVES apud ARISTÓTELES. **A Política**, Escala. São Paulo, 2011.

COELHO, F. Ulhoa. **Curso de Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v.1. p. 138

DIAS, E.C. **Crimes Ambientais**. Belo Horizonte: Editora Littera Maciel Ltda, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GONÇALVES, C. Roberto. **Direito Civil brasileiro**, v.1 : Parte geral .10° ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.

GONÇALVES. **Direito Civil Brasileiro**, Saraiva 12ª edição. Brasil, 2014.

GORDILHO, H. J. de Santana. **Abolicionismo Animal**. Salvador: Evolução,2008.

HABERMAS,Jünger.**El futuro de la Naturaleza Humana.Hacia una Eugenia Liberal**?. Tradução de R.S.Carbó. Barcelona: Paidós Ibérica,2002.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Direito dos animais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

RABENHORST, E. Ramalho. **Dignidade Humana e Moralidade Democrática**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

REALE. **Lições preliminares de direito**, 9. ed. rev. Saraiva. São Paulo, 2001.

REGAN, Tom. **Jaulas Vazias: encarando o desafio dos direitos dos animais.** Porto Alegre: Lugano, 2006. p. 47

RODRIGUES, D. **O Direito & Os Animais: Uma Abordagem ética, filosófica e normativa**. 2ª Ed.. Curitiba: Juruá Editora. 2010.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil.** v. 1, 34ª Ed.. São Paulo: Saraiva. 2003.

SABADELL, A. L. **Manual de Sociologia Jurídica: Introdução a leitura externa do Direito**. 4 ed. rev.atual.ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

SARLET, I. Wolfgang. **Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral.** Revista Brasileira de Direito Animal, v. 2, n. 3, 2014.
SINGER. **Ética prática. Tradução de Jefferson Luís Camargo.** Ed. Martins Fontes. São Paulo, 2008.
SINGER, Peter. **Vida Ética: Os melhores ensaios do mais polêmico filósofo da atualidade.** Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. p. 47.
SILVA, Tales Araujo. **Os animais e o ordenamento jurídico: Eles podem ser sujeitos de direito?**. Mega Jurídico, 18 de Fevereiro de 2015.
TAGORE. **Animais em juízo: direito, personalidade jurídica e capacidade processual.** Revista de Direito Ambiental, fascículo 2. Salvador Anual. 2012.

[1] Prof. Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DIREITO ELEITORAL E AS NOVAS REGRAS DO MARKETING POLÍTICO ELEITORAL

MARCO BRUNO CARANHA NUNES FREITAS:
Bacharelando do Curso de Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA

LELAND BARROSO DE SOUZA
(Orientador)

RESUMO: O presente trabalho propõe uma análise a cerca do Direito eleitoral à luz das novas regras do Marketing Politico Eleitoral, em particular com a promulgação da Lei 13.165/2015, que trouxe mudanças no que tange as eleições politicas, alterando as Leis 9.504/97, 9.096/95 e 4.737/65. Os objetivos a serem alcançados são: Conceituar Marketing e propaganda eleitoral no Brasil; Especificar as mudanças trazidas com a reforma eleitoral e descrever as novas regras do Marketing eleitoral a partir da promulgação da referida Lei. Como metodologia de desenvolvimento, foi realizada uma pesquisa de cunho bibliográfico no acervo da literatura pertinente, com uma abordagem dedutiva a cerca do tema.
Palavras-chave: Direito Eleitoral; Novas regras; Marketing eleitoral.
ABSTRACT: This paper proposes an analysis about electoral law in the light of the new rules of Political Electoral Marketing, in particular with the promulgation of Law 13,165 / 2015, which brought changes regarding political elections, amending Laws 9,504 / 97, 9,096 / 95 and 4,737 / 65. The work was divided into three chapters, in order to build a necessary framework for the proposed discussion, where they are addressed respectively: Electoral Marketing, its concept and contexts; the main changes proposed by Law 13.165 / 2015 and finally a critical analysis of the reform, from its changes in the electoral process. As a development methodology, a bibliographical research was carried out in the relevant literature collection, with a deductive approach to the theme.
Keywords: Electoral Law; The new rules; Political Marketing.
SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. PROPAGANDA E MARKETING ELEITORAL. 1.1 Tipos de Propaganda Eleitoral. 1.2 Gastos Eleitorais. 2. A LEI 13.165/2015 E AS NOVAS REGRAS ELEITORAIS. 2.1 Principais alterações. 3. ANÁLISE CRITICA DA REFORMA COM A LEI 13.165/2015. CONCLUSÕES. REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS.

INTRODUÇÃO

Há alguns anos as campanhas eleitorais têm sido apresentadas com um alto índice de gastos econômicos realizados pelos partidos políticos, candidatos e comitês financeiros. Diante disso a população já se demonstrava insatisfeita com o montante de dinheiro público e particulares sendo gastos desnecessariamente apenas com publicidade eleitoral.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A partir de então, na eleição do ano de 2013, os cidadãos começaram a proclamar por mudanças, fazendo com que os governantes iniciassem as minirreformas eleitorais. Porém, o problema ainda não teria sido resolvido e a população almejava por mais mudanças, os acórdãos juntamente com seus planejamentos deu-se o surgimento da Lei Nº 13.165 de 29 de Setembro de 2015, que altera leis anteriores, reduzindo os custos das campanhas eleitorais e simplificando a administração dos Partidos Políticos, trazendo assistência significativa para a eleição do ano de 2016 e subsequentes.

O trabalho foi dividido em três capítulos, de forma a construir um arcabouço necessário para a discussão proposta, onde são abordados respectivamente: o Marketing Eleitoral, seu conceito e contextos; As principais alterações propostas pela Lei 13.165/2015 e por fim uma análise critica da reforma, a partir de suas alterações no processo eleitoral. Para tal, o trabalho será contido por três capítulos, onde será apresentado de forma explicativa as propagandas eleitorais, seus tipos e contextos; as modificações eleitorais realizadas a partir do ano de 2013 até o ano de 2015, chegando ao surgimento da Lei.13.165 de 2015 por fim, os principais pontos positivos e negativos para as eleições trazidos com a nova lei, abrangendo assim as vantagens e desvantagens.

A metodologia de trabalho a ser utilizada neste artigo constitui-se de pesquisa Monográfica, com abordagem Dedutiva a partir de Coleta de dados indireta no acerco bibliográfico pertinente.

A partir destas considerações, podemos compreender que os principais objetivos do Artigo Cientifico, são analisar que regras e quais estratégias de Marketing Político melhor se aplicam para se obter o maior número de eleitores em época de eleições.

1 PROPAGANDA E MARKETING ELEITORAL

Propaganda eleitoral é a maneira pelo qual os candidatos a cargos eletivos juntamente filiados aos seus partidos exibem suas pretensões políticas, seus projetos e objetivos para que com o povo, poder obter o maior número de eleitores possíveis.

Com o surgimento da nova lei eleitoral 13.165 de 29 de setembro de 2015, as propagandas eleitorais iniciam-se somente após o dia 15 de agosto do ano da eleição e podem ser realizadas por candidatos a cargos do Poder Executivo que são os de Presidente da República, Vice-Presidente da República, Governador, Vice-Governador Estadual e Distrital, Prefeito e Vice-Prefeito, e os de cargo do Poder Legislativo, Senador, Deputado Federal, Deputado Estadual, Deputado Distrital e Vereador. Os meios autorizados, tanto a forma gratuita como paga, são estabelecidos dentro dos seus limites.

Para Barros (2010, p.438):

A propaganda é uma técnica de apresentação de argumentos e opiniões ao público, de tal modo organizada e estruturada para induzir conclusões ou pontos

de vista favoráveis aos seus enunciantes. E um poderoso instrumento de conquistar a adesão de outras pessoas, sugerindo-lhes ideias que são semelhantes àquelas expostas pelos propagandistas. (BARROS, p. 438, 2010).

É realizada por meio da mídia impressa ou eletrônica, respectivamente por jornais, revistas, folhetos, jingles, volantes e outros e por meio do rádio, da televisão e da internet, através de mecanismos sonoros, realizações de comícios, em bens particulares e em vias públicas. Com isso, percebe-se que há várias formas de desempenhar uma propaganda, facilitando aos candidatos de expor as suas ideias e propostas aos eleitores, demostrando que são uma boa escolha para representá-los ao poder.

A importância das campanhas eleitorais é intuitiva. Por meio delas os eleitores tomam conhecimento dos candidatos, de seus currículos e de suas plataformas podendo, durante o período em que se realizam questionar, ponderar e amadurecer as escolhas que farão no dia da eleição. Nesse sentido, na medida em que despertam a sociedade civil para a participação, as campanhas eleitorais constituem elemento indispensável à realização do aspecto procedimental da democracia (ALVIM*, 2012).*

1.1 Tipos de propaganda eleitoral

Há diversos doutrinadores expondo a sua maneira de manifestar de quais são os tipos de propagandas político-eleitorais existentes. "Há três tipos de propaganda política: a intrapartidária, a partidária e a eleitoral." (BARROS, 2010, p. 151).

Propaganda Partidária

A propaganda partidária está inserida nos artigos. 45 a 49 na LPP (Lei dos Partidos Políticos). "A propaganda partidária tem por finalidade divulgar, pelo rádio e pela televisão, assuntos de interesse das agremiações partidárias." (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL). No segundo semestre do ano da eleição, não será veiculada a propaganda partidária gratuita, segundo o art. 36, parágrafo 2° da LPP, e nem permitido qualquer tipo de propaganda política paga no rádio e na televisão conforme o art. 45, parágrafo 1° da LPP, com suas vedações inseridas no art. 45, parágrafo 1° da LPP.

A propaganda partidária diferentemente da propaganda intrapartidária, a intenção é de dar publicidade aos partidos e não aos candidatos. *Consiste a propaganda partidária na divulgação das ideias e do programa do partido. Tem por finalidade facultar-lhe a exposição e o debate público de sua ideologia, de sua história, de sua cosmovisão, de suas metas, dos valores agasalhados, do caminho para que seu programa seja realizado, enfim, de sua doutrina e, pois, de suas propostas para a melhoria ou transformação da sociedade (GOMES, 2015).*

Propaganda Intrapartidária

É caracterizada por ocorrer apenas dentro do próprio partido juntamente com os filiados com o desígnio de propagandear os nomes dos pré-candidatos que planejam disputar as vagas dos cargos eletivos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ao postulante a candidatura a cargo eletivo é permitida a realização, na quinzena anterior à escolha pelo partido, de propaganda intrapartidária com vista à indicação de seu nome, vedado o uso de rádio, televisão e outdoor. (LEI Nº 9.504 DE 30 DE SETEMBRO DE 1997, ARTIGO 36, § 1º)

É a propaganda realizada dentro do âmbito partidário, por seus filiados e postulantes às candidaturas *aos cargos eletivos, com o intento de convencer o colegiado, e se dá no interregno dos quinze dias anteriores à data da convenção para escolha das chapas de candidatos (LINS, 2006).*

Propaganda Eleitoral

Já este tipo de propaganda é destinado para os partidos políticos e seus candidatos, os dois podem transmitir/emitir mensagens publicitárias para as suas divulgações de propostas, pensamentos, teses etc. Essas mensagens podem ser transmitidas através de folhetos, folders, santinhos, cartazes, volantes, e outros. Sua base legal está inserida nos arts. 36 ao 41-A da LE, e no Código Eleitoral (CE) os arts. 240 ao 256.

Trata-se de espécie de propaganda que tem a finalidade precípua de divulgar ideias e programas dos candidatos. É a oportunidade que a legislação eleitoral atribui ao candidato para exteriorizar o símbolo real *do mandato representativo e partidário (RAMAYANA, 2010).*

1.2 Gastos eleitorais

Do que se pode analisar, são considerados gastos eleitorais toda e qualquer maneira descrita no rol da Lei das Eleições, ou seja, todos os meios legais terão que ser utilizados por partidos políticos, candidatos e comitês, podendo estes ser punidos com multas eleitorais e vedações posteriores, sofrendo consequências caso o recurso utilizado por eles sejam feitos de formas irregulares.

A Lei nº 9.504/97 estabelece, em seu artigo 26, uma relação de despesas consideradas gastos eleitorais submetidas aos controles, limites e vedações de fontes de financiamento estabelecidas na legislação eleitoral. Trata-se, na verdade, de uma relação de atividades, não taxativa, cuja realização presume-se direcionada à divulgação eleitoral, e por isso é considerada como gasto eleitoral. Todos os gastos eleitorais devem ser devidamente formalizados documentalmente, e registrados na contabilidade da campanha eleitoral, submetida à análise e aprovação do Poder Judiciário (CARVALHO, 2010).

Gastos Excessivos nas Campanhas Eleitorais

Deve-se destacar que a maior parte dos meios realizados pelos participantes da política é de forma excessiva, acabam gastando mais do que a nossa democracia precisa. A população clama por candidatos mais preparados para assumir o poder, com interesses em melhorar o país e dar o melhor para o seu povo, e não com interesses só em si mesmos.

Embora não se possa negar o relevante papel do dinheiro em qualquer disputa político-eleitoral, é certo que a diminuição de sua importância coincide com o ideal

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de uma relação mais orgânica e consciente entre os partidos políticos e o seu eleitorado (CARVALHO, 2010).

São campanhas cada vez mais disputadas e milionárias, onde na maioria das vezes está sempre na frente com mais chances de vencer o político que mais obtém recursos financeiros. Estão se transformando muito mais caras e com o que condiz nas eleições passadas a tendência é tornar-se pior, porque cada candidato vai querer gastar sempre mais pra terem mais chances de ganhar. Desse modo fica claro que os candidatos que possuem um maior poder financeiro são bem mais vistos pelos seus eleitores *(GOMES, 2015)*.

2 A LEI 13.165/2015 E AS NOVAS REGRAS ELEITORAIS

A nova Lei n° 13.165 de 2015 altera as principais leis que regem as eleições, sendo elas, a Lei das Eleições (9.504/97), a Lei dos Partidos Políticos (9.096/95) e o Código Eleitoral (4.737/65), com suas mudanças consideravelmente importantes para a presente eleição do ano de 2016 e para as futuras eleições.

2.1 Principais alterações

Período da Propaganda Eleitoral

O período da propaganda eleitoral antes da reforma iniciava-se 90 dias a partir do registro dos candidatos no dia 05 de Julho do ano eleitoral, esta data foi reduzida para 45 dias passando a iniciar após o dia 15 de agosto. "A propaganda eleitoral somente é permitida após o dia 15 de agosto do ano da eleição. (Redação dada pela Lei nº 13.165, de 2015) " (LEI 9.504, DE 30 DE SETEMBRO DE 1997, ART. 36).

A determinação do período da propaganda eleitoral é de suma importância e objetiva a lei coibir o abuso do poder econômico por parte daqueles candidatos mais abastados e mesmo aqueles proprietários de qualquer veículo de comunicação, que poderiam tentar massificar os seus nomes desde o início do ano eleitoral, para, com isso, tirar dividendos políticos, em detrimento de outros candidatos e partidos. (BARROS, 2010).

Propaganda Antecipada

A propaganda antecipada está definida em seu art. 36-A da Lei das Eleições. Em seus incisos I, II e IV permaneceram as mesmas normas já estabelecidas, mas em seu caput a lei sofreu alterações, passou a definir nitidamente que não será configurada propaganda eleitoral antecipada desde que não envolva pedido explícito de voto, a menção à pretensa candidatura, a exaltação das qualidades pessoais juntamente com os seus incisos determinados, sofrendo alterações apenas em seus incisos III, V e VI e seus parágrafos 1º, 2º e 3º.

Propaganda Eleitoral no Rádio e na Televisão

No que dizia a respeito à duração da propaganda no rádio e na televisão a legislação obtinha o prazo de 45 dias antecedentes à antevéspera das eleições, com a nova regra definida no artigo 47 da LE, passou a ter a duração reduzida para 35 dias, ou seja, serão 10 dias a menos de tempo de campanha na mídia televisiva e radialista.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em relação à distribuição de tempo, o que antes eram 2/3 (dois terços) distribuídos proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, passou para a porcentagem de 90% (noventa por cento), considerando as coligações para as eleições majoritárias e proporcionais, respectivamente com o resultado da soma de representantes dos seus seis maiores partidos integrados e o resultado da soma de todos os partidos integrados, e 10% (dez por cento) distribuídos igualitariamente, o que antes era o percentual de 1/3 (um terço), estando descritos no art. 47, parágrafo 2º da LE.

Doações de Campanhas Eleitorais

Em relação aos artigos 24-A e B foram vetados. Portanto as pessoas físicas continuam a fazer doações em dinheiro ou estimáveis em dinheiro para campanhas eleitorais, sendo que limitadas a 10% dos rendimentos brutos auferidos.

O preceito fundamental continuará o mesmo de que não são aplicadas as doações estimáveis em dinheiro relativas à utilização de bens móveis ou imóveis de propriedade do doador, desde que o valor da doação não ultrapasse R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), o que antes a sua quantia eleitoral era no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Legitimidade para Determinar o Limite de Gastos de Campanha

Nos artigos 17-A e 18-B da LE, em sua redação anterior à reforma afirmava que caberia à legislação determinar o limite de gastos de campanha, tendo o prazo de até o dia 10 de junho para fixar esse limite de gastos para cada cargo em disputa, caso esse fato não ocorresse caberia a cada partido político fixar esse limite perante a Justiça Eleitoral.

Atualmente, esses limites são estabelecidos pelo TSE (Tribunal Superior Eleitoral), com base na legislação eleitoral, o art. 17-A foi revogado e os art. 18-A e 18-B foram inclusos pela Lei 13.165/15, decidindo que as despesas efetuadas pelos partidos e seus candidatos que puderem ser individualizadas serão contabilizadas nos limites de gastos para cada campanha e resolveu incluir também uma punição a quem descumprir essa regra, com o pagamento de multa no valor equivalente a 100% (cem por cento) da quantia que for ultrapassado o limite definido.

Limites de Gastos

O limite de gastos para os candidatos ao Poder Executivo (Presidente da República Federal, Governador e Prefeito), será definido com base nos gastos da eleição anterior para os mesmos cargos. No primeiro turno será o limite de 70% do maior gasto declarado para o cargo na eleição que houve apenas um turno e 50% do maior gasto declarado para o cargo na eleição que houve dois turnos.

No segundo turno onde houver, será o limite de 30% do valor previsto no primeiro turno. Nos municípios de até 10.000 eleitores, o limite será de R$100.000,00 (cem mil reais) para Prefeito e R$10.000,00 (dez mil reais) para Vereador. E para os cargos do Poder Legislativo (Senador, Deputado Estadual,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Distrital e Vereador) será o limite de até 70% do maior gasto declarado para os mesmos cargos da eleição anterior.

Devolução de Valores Recebidos Não Identificados

O artigo 24 da Lei das Eleições determina a vedação dos recursos recebidos por partidos ou candidatos de fontes vedadas ou não identificadas, a lei acrescentou apenas a regra estabelecendo a devolução desses recursos ou, não sendo possível a identificação da fonte, transferi-los para a conta única do Tesouro Nacional.

Financiamento de Campanha

As doações empresariais eram permitidas de acordo com o art. 24, inciso XII, parágrafo 2° e 3° c/c art. 24-A e 24-B da LE, porém, esse regimento foi vetado pela Presidente de República com a concordância da decisão adotada pelo STF, declarando inconstitucional o financiamento empresarial, excluindo assim as doações de pessoas jurídicas, sendo apenas utilizados os recursos do Fundo Partidário, recursos próprios dos partidos e doações de pessoas físicas.

Propaganda em Bens Públicos e Particulares

No art. 37, caput da LE, já se citava a vedação da propaganda eleitoral de qualquer natureza em bens que dependa de cessão ou permissão do poder público, ou que a ele pertença, incluindo os bens de uso comum, mas a nova lei incluiu também essa vedação por meios de pichação, cavaletes e bonecos.

Em bens particulares a propaganda independe de licença municipal, é permitida ou de autorização da Justiça Eleitoral, porém, a lei anterior estabelecia o limite na medida de 4 m² (quatro metros quadrados).

Contratações de Pessoas para Prestação de Serviços em Campanha

De acordo com o que dispõe a Lei das Eleições, em seu art. 100, afirma que, a contratação de pessoal para prestação de serviços, não gera vínculo empregatício com o candidato ou partido contratantes, A redação dada pela Lei 13.165/15 foi inclusa que essa norma aplicar-se à pessoa física contratada com a inclusão do art. 12, inciso V, alínea h, da Lei 8.212, de 24 de Julho de 1991, no regime jurídico segurado obrigatório da Previdência Social, como contribuinte individual, que exerce por conta própria atividade econômica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não. Sendo incluso como parágrafo único do art. 100, não se aplicando aos partidos políticos, para fins de contratação o que dispõe o parágrafo único do art. 15 da Lei 8.212/91, que o contribuinte individual, pessoa física na condição de proprietário, dono de obra de construção civil, como segurado que lhe presta serviço, cooperativa, entidade de qualquer natureza, missão diplomática e repartição consular de carreira estrangeira, equiparam-se a empresa.

Propaganda Eleitoral na Internet

Na propaganda eleitoral na internet também sofreu alteração na sua data, sendo permitida após o dia 15 de agosto e não mais no dia 5 de julho como antes era permitida, sendo incluso segundo a nova lei, prazo para pedido de direito de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

resposta, no art. 58, do inciso IV ao parágrafo 1º da LE, mencionando que o ofendido ou seu representante poderá pedir o direito de resposta, a partir da veiculação da ofensa, perante a Justiça Eleitoral, a qualquer tempo, quando for relacionado a conteúdo divulgado na internet, ou em 72 horas, após a sua retirada.

Legitimidade de Arrecadação e Aplicação de Recursos de Campanha

A legislação anterior estabelecia que os partidos devessem constituir comitês financeiros com a finalidade de arrecadação e aplicação de recursos para serem aplicados nas campanhas eleitorais. Na lei atual, os comitês foram extintos, sendo de responsabilidade dos partidos e candidatos efetuar essa atividade.

Propagandas em Veículos de Som

A reforma eleitoral do ano de 2013, já tinha estabelecido os limites de volume e os conceitos de carros de som, minitrios e trios elétricos, no intuito de suas circulações para as propagandas eleitorais, em seu parágrafo 2º, art. 39 da Lei das Eleições:

I - carro de som: veículo automotor que usa equipamento de som com potência nominal de amplificação de, no máximo, 10.000 (dez mil) watts;

II - minitrio: veículo automotor que usa equipamento de som com potência nominal de amplificação maior que 10.000 (dez mil) watts e até 20.000 (vinte mil) watts;

28

III - trio elétrico: veículo automotor que usa equipamento de som com potência nominal de amplificação maior que 20.000 (vinte mil) watts.

Porém, a reforma do ano de 2015 ampliou o conceito de carro de som, incluindo na lei o parágrafo 9º do art. 39 da LE, determinando que se considere carro de som, além do previsto no parágrafo 12, qualquer veículo, motorizado ou não, ou ainda tracionado por animais, que transite jingles ou mensagens de candidatos.

Tempo da Propaganda no Rádio e Televisão

Há também novas regras para a distribuição do tempo em blocos da propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão. Nas eleições para Presidente da República e Deputado Federal, antes, eram obtidos dois programas, cada um com 25 minutos cada, com três dias durante a semana. Após a reforma serão dois programas, com 12 minutos e 30 segundos cada, continuando nos mesmos dias, ás terças, quintas e sábados.

Nas eleições para Senador, Deputado Estadual e Governador, os programas em bloco ocorrerão de 25 minutos, sendo distribuídos, com 5 minutos para Senador, dez minutos para Deputado Estadual e dez minutos para Governador, realizados ás segundas, quartas e sextas. Nas eleições para Prefeito e Vereador, os dois programas de 30 minutos foram substituídos por dois programas de 10 minutos.

3 ANÁLISE CRÍITICA DA REFORMA COM A LEI Nº. 13.165/2015

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O Congresso Nacional atravessou uma série obstruções na tentativa de tornar as eleições mais afáveis, havendo uma constrição populacional o ministro vem realizando várias medidas para minimizar o excesso econômico acerca das campanhas eleitorais, com isso são empreendidas reformas políticas, ou até mesmo minirreformas, nominação dada por muitos doutrinadores. É notório que os parlamentares não querem deixar descartar os seus interesses econômicos, por isso torna-se mais difícil ainda de tomar tais decisões como o financiamento eleitoral, as doações, o limite de gastos e muitos outros aspectos.

Uma das decisões mais importantes tomada em tese das propagandas eleitorais foi a sua redução temporal. Em meio a disputa eleitoral os partidos e seus candidatos necessitam de mais tempo para expor aos cidadãos as suas ideias e projetos que desejam realizar futuramente, se antes da reforma o tempo em si já era tido como insuficiente, então não seria necessário reduzir ainda mais a sua duração para tanto, os eleitores precisam de mais tempo e reflexão para analisar cada um dos seus escolhidos para assumir o poder (RONDON, 2015).

A população fica com o tempo bastante reduzido para fazer a seleção dos melhores candidatos e principalmente quando se trata de propaganda eleitoral transmitida pela televisão, que também foi reduzida, infelizmente maior parte dos candidatos falam apenas o seu nome e o número de sua candidatura, não tendo tempo suficiente para apresentar ao menos sua proposta.

A propaganda *eleitoral tem grande importância para a apresentação de programas de governo e* plataformas políticas, sobretudo considerando o pouco hábito de leitura de folhas impressas por parte do cidadão.

O público não possui tempo suficiente para aprofundar a preferência por algum candidato, e assim, acabam votando em candidatos que possuem maior espaço perante a mídia, como no caso dos maiores partidos. Portanto, é de suma importância a propaganda eleitoral para as eleições (TERENZI, 2014).

A solução interpretativa pela repartição do horário da propaganda eleitoral gratuita de forma igualitária entre todos os partidos partícipes da disputa não é suficiente para espelhar a multiplicidade de fatores que influenciam o processo eleitoral. Não há igualdade material entre agremiações partidárias que contam com representantes na Câmara Federal e legendas que, submetidas ao voto popular, não lograram eleger representantes para a Casa do Povo.

A legislação não só reduziu o tempo de campanha como também reduziu a propaganda eleitoral emitida no rádio e na televisão, juntamente com o horário eleitoral gratuito, que são os meios de propagandas mais gozados pelos participantes e um dos meios mais importantes para o crescimento político, mas essa decisão acabou diferenciando o nível de competição dos candidatos na disputa eleitoral, foi estabelecido mais tempo para os partidos de grande e médio porte, e os partidos de pequeno porte ficam em desvantagem na concorrência (RAMAYANA, 2010).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Alguns doutrinadores dizem que a redução do tempo de campanha foi para reduzir os custos realizados em período eleitoral, mas essa não é uma justificativa plausível para tomar essa decisão, tendo em vista que há outras maneiras para a redução dos gastos de uma campanha, como o financiamento de campanha, redução dos limites de gastos de uma campanha, entre outros. diminuindo o período eleitoral só prejudica tanto os eleitores quanto os candidatos.

Ao invés dos magistrados tornarem a política mais abrangente, a tornou diminuta e ainda mais desordenada, o sistema eleitoral atual restringe a diversidade democrata. Em relação ás propagandas eleitorais está sendo limitada a participação dos pequenos e médios partidos em face do debate político. Analisando essa decisão os partidos intermediários terão mais dificuldades e complicações para competir com os partidos de grande porte, fazendo com que as campanhas eleitorais continuem sendo desiguais para todos, ou seja, analisando essa questão, as campanhas eleitorais continuam em competições desiguais.

O cientista político e professor da Universidade Federal da Paraíba, Jaldes Reis de Meneses, explica que:

Os meios de comunicação de massa são o grande palco da política brasileira. De alguma maneira, a política virou um espetáculo, tal qual como os artistas, contam os atributos de dicção, aparência física e estilo. Pode-se afirmar que um tema político só ganha dimensão quando finalmente emerge da sociedade civil para os meios de comunicação de massa. O período de campanha eleitoral potencializa tudo isso. Por isso, é tão importante.

Em relação à propaganda antecipada à lei estabeleceu claramente que, só não será configurado como propaganda antecipada caso o candidato não envolva um pedido explícito de voto. Com isso, a legislação abrirá espaço para os candidatos aproveitarem-se desta determinação, pois diversos candidatos irão realizar a propaganda antecipada sabendo de antemão que a única exigência é não efetuar pedido de voto explicitamente, de modo que, obviamente irão pedir votos de forma implícita.

Como a propaganda eleitoral na internet também foi reduzida foi outro martírio para as eleições. Sabemos que hoje em dia as redes sociais ganharam bastante força, e com essa redução na propaganda política digital dificulta ainda mais para os políticos realizarem sucesso na campanha, pois, trata-se não apenas de simples perfis em redes sociais ou blogs, e sim dos participantes da política aderirem esses recursos de forma profissional, proporcionando resultados para cada ação que desejem realizar. a internet nos dias atuais é uma tecnologia de grande ajuda para as propagandas eleitorais, considerando que maior parte dos brasileiros possuem fácil acesso a esse recurso, isso facilita os candidatos a realizarem suas conquistas com essa forma de publicidade

O financiamento de campanhas eleitorais é um dos aspectos mais importantes para o alto custo financeiro para uma determinada eleição, principalmente quando

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

esse financiamento é efetuado por pessoas jurídicas e essa questão já vinha sendo discutida há algum tempo entre os juristas, afirma que:

O financiamento das campanhas eleitorais precisa ser urgentemente repensado, a fim de diminuir os gastos de campanha por um lado e de outro, impedir que os recursos públicos paguem, ainda que de forma ilícita, como hoje ocorre, o altíssimo preço das campanhas eleitorais. (Lula, 2008, p. 521)

Depois de quase dois anos de julgamento, o STF por fim declarou inconstitucional o financiamento eleitoral realizado por empresas. A vedação do financiamento realizado por pessoas jurídicas para os candidatos considerou uma das mais marcantes alterações que a reforma trouxe, por que é um dos fatores que mais contribui para uma campanha de altos custos financeiros.

De acordo com essa discrepância, fere o princípio fundamental do direito eleitoral, o Princípio da Isonomia, possui relevante aplicação no processo eleitoral, inserido no Art. 5° em seu caput, da Constituição Federal Brasileira de 1988 (CF).

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. (CRFB, 1988, Artigo 5º)

A participação das empresas também fere o princípio da isonomia, pois não Haveria a igualdade de oportunidades entre os candidatos que obtém mais influência na política. Contudo que, as empresas presentes na política há abuso de poder.

É nesse princípio constitucional eleitoral que se sustenta a ideia de democracia e igualdade, alcançando a imparcialidade dos poderes públicos, econômicos e dos meios de comunicação, mostrando se a eleição é justa e livre. A igualdade de oportunidades nas competições eleitorais deve ser tida como uma não discriminação, porém, em nosso estado de direito não está havendo equilíbrio por parte da exigência do poder estatal.

Para Sena (2013) a devolução de valores recebidos de doações sem identificação do autor também foi outra boa maneira de limitar as doações feitas por qualquer indivíduo e de qualquer valor, instituindo a lei a ser mais rigorosa, com a punição de não ter acesso a esses recursos monetários, assim, limita os participantes da política a não chegarem ao abuso do poder econômico.

Quando a legitimidade para a decisão do limite de gastos era dos deputados e coligações a legislação anterior não estabelecia limite para nenhuma campanha, visto que não havia previsão em lei. Era exatamente essa abertura que tornavam as campanhas caríssimas, os candidatos gastavam a quantidade de dinheiro que achassem necessário e ao efetuar a prestação de contas do valor gasto por eles mesmos não era nem se quer o valor próximo dito por eles, chegavam a gastar muito mais, porém o TSE não obtinha o controle total dos valores que realmente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

teriam sido gastos. E com a determinação do TSE de estabelecer limites para esses gastos tornam as propagandas eleitorais mais econômicas.

A inclusão da Previdência Social para o pessoal que presta serviços nas campanhas eleitorais tronou-se mais proveitosa perante ás eleições. Antes dessa inclusão, o partido ou o candidato contratante empregavam várias pessoas a prestar serviços com condições precárias e mão-de-obra barata, não tendo eles nenhum rendimento lucrativo perante essa atividade. A lei atual demonstrou-se mais sensibilizada com essa questão, fator esse que não tinha passado por nenhuma alteração desde 1997 até os dias atuais, passando despercebido com as reformas eleitorais anteriores.

A reforma eleitoral atual, ampliando o conceito de carros de som, facilita para os operadores de uma eleição realizar uma campanha dentro das normas, como a reforma anterior já definia o conceito de carro de som, minitrio e trio elétrico e estabelecia limite de volume para a sua circulação, a nova lei ajudou a reforçar essa simplificação, para que não haja dúvidas na realização desses meios de veículos sonoros e não chegue a prejudicar a saúde da população, causando também danos ao meio ambiente como forma de poluição sonora, sendo assim, as propagandas eleitorais causarão um melhor conforto para todos.

No que se refere aos gastos financeiros realizados por candidatos e partidos nas campanhas sendo estabelecidos limites a cada cargo com as eleições anteriores, têm-se que essa sentença ainda encontra-se desproporcional aos outros partidos e candidatos que tiveram um gasto mínimo em suas eleições anteriores, ou seja, ainda há desvantagens perante os que possuem um capital maior que os demais (SENA, 2013).

O valor que a legislação estabeleceu para os cargos ainda encontra-se, em valores elevados para uma campanha, valores que chegam a custar R$ 100.000,00 para um determinado cargo ainda chega a ser um valor totalmente inadequado para uma simples campanha. Esses excessos chegam a ser incoerentes e inapropriados dentro do sistema normativo pátrio, mencionando como o poder econômico possui grande influência nas atividades eleitorais e quais são os fatores que contribuem para esse acontecimento.

Os partidos políticos deveriam focar mais em debates, mesas-redondas, conferências, palestras e outros fenômenos que contribuem para uma campanha eleitoral mais econômica, a quantia excessiva gasta em propagandas é desnecessária no que condiz com a nossa realidade social. Precisamos de políticos que busquem mais aprendizado em oratórias e argumentações. É com essa linha de raciocínio que deveriam seguir.

Diante dessa nova reforma política, há autores como Neto (2015) que a denomine de contrarreforma, pelo fato de, ao invés da reforma política trazer total benefício para a população e a política, trouxe muitos aspectos que ainda requer mudança, que futuramente irá surgir uma nova reforma política.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

CONCLUSÃO

Uma das principais finalidades da reforma de 2015, foi reduzir os custos de campanha eleitoral e por incrível que pareça, foi a mesma finalidade imputada à reforma anterior, do ano de 2013. Mesmo a nova minirreforma tendo a intenção de aperfeiçoar a legislação eleitoral e também a partidária, é notório que haverá futuramente uma nova reforma a ser discutida perante as autoridades, visto que diversos dispositivos deixaram de ser pautados e analisados com essa nova complementação. O Congresso Nacional está mais interessado em seu benefício próprio, querendo chegar ao poder com mais facilidade e rapidez, e acaba deixando de lado os interesses populacionais.

A reforma eleitoral atual Lei nº 13.165/15, já é tida como a 4º minirreforma eleitoral realizada. A primeira minirreforma foi a Lei nº 11.300/2006 e a segunda foi a Lei nº 12.034/2009. Essas reformas anteriores não foram explicadas profundamente na pesquisa porque nosso intuito foi iniciar historicamente pela terceira minirreforma, Lei nº 12.891/2003, foi a reforma que ganhou grande força no ordenamento jurídico eleitoral, sendo popularmente conhecida, porque foi o período que ocorreram as manifestações populares. A partir daí, os brasileiros decidiram lutar por mudanças e os ministros decidem por aprovar mais uma reforma eleitoral.

Concluir-se que ainda há muito que se alterar em relação às propagandas eleitorais. A Lei 13.165 de 2015 foi criada para atender as demandas da eleição do ano de 2016, ou seja, foi criada em curto prazo e não para longo prazo. Visto que o Congresso Nacional pressionado pela opinião pública agilizou-se para discutir sobre uma reforma política aonde já vinha sendo pensada em diversos projetos, querendo afastar a sociedade do caos que estava sofrendo devido às eleições. Nota-se que a sociedade teve a sua conquista eleitoral realizada através do surgimento da reforma política, porém, essas mudanças ainda não são suficientes para obter uma eleição complacente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Frederico Franco. Manual de direito eleitoral. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 18 de jul.2019.

BRASIL. Lei n° 4.737, de 15 de julho de 1965. Institui o Código Eleitoral. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737.htm>. Acesso em 27 de jul.2019.

BRASIL. Lei n° 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm>. Acesso em 27 de jul.2019.

BRASIL. Lei n° 13.165, de 29 de setembro de 2015. Altera as Leis nos 9.504/97, 9.096/95, e 4.737/65 - Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato201 5-2018/2015/Lei/L13165.htm>.Acesso em: 12 de ago.2019.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Código eleitoral anotado e legislação complementar. ed. 10. Brasília: SGI/TSE, 2012.

BARROS, Francisco Dirceu. Direito eleitoral: teoria, jurisprudência e mais de 1.000 questões comentadas. 9º edição atualizada com a LC Nº 135/2010 (Lei da Ficha Limpa). Rio de Janeiro/RJ: Ed: Elsevier, 2010.

CARVALHO, João Fernando Lopes de. Gastos eleitorais, eleições no direito brasileiro: atualizado com a Lei nº 12.034/09. São Paulo: Atlas, 2010.

GOMES, José Jairo. Direito eleitoral, revista atual e ampliada. ed. 11. São Paulo: Atlas, 2015.

LINS, Newton. Propaganda eleitoral, comentários jurídicos. ed. 2. Brasília/DF: Brasília Jurídica, 2006.

LULA, Carlos Eduardo de Oliveira, Direito eleitoral: comentários às leis nº 9.504/97, nº 0.096/95 e à Lei complementar nº 64/90. São Paulo: Imperium, 2008.

NETO, Jaime Barreiros. A contrarreforma política: breves comentários. Disponível em: < https://www.novoeleitoral.com/index.php/artigos/outrosautores/453-contrarrefo rma >. Acesso em: 12 de ago.2019.

RAMAYANA, Marcos. Direito eleitoral, revista ampliada e atualizada com comentários à Lei 12.034, de 29 de setembro de 2008. ed. 10. Niterói/RJ: Impetus, 2010.

RONDON, Christie; SILVA, Sirlanda Maria Silva; COSTA, Lúcio da. Lei 13.165/2015: Principais mudanças da minirreforma eleitoral. 15 outubro 2015. Disponível em: < http://costaadvogados.adv.br/lei-131652015-principais-mudancas-da-minirreforma-eleitoral-2/> Acesso em: 30 de jul.2019.

SENA, Adriano. Modificações na propaganda eleitoral e na propaganda partidária promovidas pela Minirreforma Eleitoral de 2013. [S. I., 2012?]. Disponível em: < http://www.tse.jus.br/o-tse/escola-judiciaria-eleitoral/publicacoes/revistas-da-eje/artig os/revista-eletronica-eje-n.-6-ano-4/modificacoes-na-propaganda-eleitoral-e-na-prop aganda-partidaria-promovidas-pela-minirreforma-eleitoral-de-2013>. Acesso em: 15 de ago. 2019.

TERENZI, Gabriela; URIBE, Gustavo; AZEVEDO, Rayane. Custo de R$ 5 bilhões faz eleições deste ano baterem recorde histórico. Folha de São Paulo. São Paulo, 30 novembro 2014.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A PENA DE MORTE NO BRASIL E OS VALORES QUE LEGITIMAM SUA PROIBIÇÃO

HÚRSULLA LETÍCIA GARCIA CUNHA:
Discente do Curso de Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA.

GUILHERME VASQUES MOTA [1]

(Orientador)

RESUMO: O presente artigo busca uma análise acerca dos valores que legitima a proibição da pena de morte no Brasil. Para melhor entendimento e embasamento sobre a temática, foi elaborada uma pesquisa de cunho bibliográfico, com metodologia clara e abordagem qualitativa. O trabalho foi dividido em 3 seções, onde são abordados os principais tópicos relevantes para a construção do arcabouço teórico necessário à discussão proposta. No que tange aos resultados obtidos, apresenta-se como conclusão a retorica de que os valores que legitimam a proibição da pena de morte no Brasil, são constitucionalmente validos e asseguram uma proteção ao cidadão, quanto a possíveis falhas do sistema prisional do país, legitimando a importância de uma análise mais profunda quanto a própria eficácia da pena de morte.

Palavras-chave: Pena de morte; Valores; Legitimação da proibição.

ABSTRACT: This article seeks an analysis about the values that legitimize the prohibition of the death penalty in Brazil. To better understand and support the theme, a bibliographic research was developed, with clear methodology and qualitative approach. The work was divided into 3 sections, where the main topics relevant to the construction of the theoretical framework necessary for the proposed discussion are addressed. With regard to the results obtained, the conclusion is the rhetoric that the values that legitimize the prohibition of the death penalty in Brazil are constitutionally valid and provide protection to the citizen, regarding possible failures of the country's prison system, legitimizing the importance of a deeper analysis of the effectiveness of the death penalty itself.

Keywords: Death Penalty; Values; Legitimate your ban.

INTRODUÇÃO

A discussão sobre a pena de morte (ou pena capital) é tão emblemática quanto a sua presença na história da humanidade. Desde os primórdios do Direito, já nas primeiras sociedades juridicamente constituídas, seu espectro se mostrou a forma mais eficiente e, porque não, natural de se solucionar algum conflito que pusesse em risco a vida, o patrimônio, os costumes ou a moral de uma civilização.

O presente trabalho propõe a discussão do tema: O princípio da Vedação ao Confisco, tendo como Delimitação temática: O efeito confiscatório da Alíquota do IPVA. Esta proposta se justifica, enquanto análise da constitucionalidade brasileira, na consagração de direitos básicos como os de propriedade, liberdade de locomoção e do devido processo legal.

Os objetivos a serem alcançados são: Conhecer o conceito e contextos histórico e atual da Pena de morte; Entender a relação entre Pena de morte e ressocialização e analisar a Pena de morte a partir dos valores jurídicos que a legitimam. No tocante a metodologia utilizada no trabalho, esta, constitui-se de pesquisa Monográfica, com abordagem Dedutiva a partir de Coleta de dados indireta no acerco bibliográfico pertinente.

Busca-se, com o desenvolvimento do trabalho, contribuir para a discussão da temática proposta, através de uma visão positivista e embasamento teórico bibliográfico.

1. PENA DE MORTE

A pena de morte é amplamente utilizada desde o mundo antigo. O Tribunal (quando havia) era constituído por reis, sacerdotes, juízes e cidadãos, dependendo do período e da civilização. Raramente a aplicação da pena capital se regia por um código jurídico ou estava apoiada no flagrante do delito, causando, obviamente, inúmeras execuções de inocentes.

1.1 Contexto histórico e atual

Na Grécia Clássica, por exemplo, os julgamentos eram realizados na Ágora, uma praça onde se instalava o mercado e por vezes servia de espaço para as assembleias públicas, e as penas variavam desde uma simples multa até a morte. No Egito Antigo as leis eram promulgadas pelos faraós e pelos sacerdotes que também agiam como juízes. A pena de morte era aplicada quando o acusado mentia ao tribunal, esse perjúrio poderia custar não só a vida do acusado, mas também de toda a sua família (JUNIOR, 2011).

A Lei das XII Tábuas, aprovada no ano de 452 a.C., foi de vital importância para o povo romano, resultado de uma longa luta da plebe, sendo uma das

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

primeiras leis a eliminar a diferença de classes, dando origem ao Direito Civil. Já a Lei de Moisés ou Lei Mosaica, de acordo com a tradição Judaico-Cristã, foi apresentada ao povo como sagrada, perfeita, imutável, esculpida pelo dedo de Deus nas tábuas dos mandamentos.

O chefe de família, o progenitor, detinha poder absoluto sobre as pessoas de seu convívio e por isso quase não havia limites na aplicação de castigos, fato esse que pode ser visualizado nesta passagem do livro do Deuteronômio:

> Quando alguém tiver um filho contumaz e rebelde, que não obedecer à voz de seu pai e de sua mãe e, castigando-o eles, não lhes der ouvidos, então todos os homens de sua cidade o apedrejarão com pedras, até que morra.

No entanto, o exemplo bíblico clássico envolvendo a pena de morte é o de Jesus Cristo, condenado a crucificação por pregar ideias consideradas revolucionárias pela nobreza da época. Todavia, o advento do sistema legal ocorreu efetivamente antes de Cristo com aquele que é tido como o texto jurídico mais remoto já encontrado, pioneiro na organização e criação direitos e deveres. O Código de Hamurabi contém 282 artigos e data, aproximadamente, do ano 2000 a.C (SOUZA, 2007).

Nas Américas, outras civilizações como os Incas e os Maias utilizavam a pena de morte em rituais religiosos. Eles acreditam que nos períodos de grandes secas, quando as plantações morriam, eram atacadas por pragas e as pessoas faleciam de doenças, ofertar sacrifícios humanos aos deuses tranquilizava-os, permitindo a volta da normalidade.

Por este fato, eram oferecidos os corpos de indivíduos de outras civilizações que eram capturados para o sacrifício. Foram encontradas valas coletivas com inúmeros corpos, todos mortos como forma de purificação do povo para acalmar a ira dos seus deuses (OLIVEIRA E LIMA. 2012).

Desde o advento da racionalidade os seres humanos empregam a pena de morte como punição por algum ato ilícito de natureza gravíssima, hedionda, sendo o grau de gravidade variável conforme a concepção de cada cultura e geração, ou simplesmente (algo inconcebível para a modernidade) porque um filho nasceu deficiente ou de união extraconjugal.

Na Idade Média, os hereges eram condenados à pena capital por fogueira, conforme os Concílios de Latrão (1.215) e Toulouse (1.229). Para uma compreensão mais frutífera é bom esclarecer que, etimologicamente, a palavra herege provém do grego hairesis e do latim haeresis, significando, em senso estrito, “escolha”, “opção”.

Heresia representaria a contestação à ordem espiritual de uma religião dominante e, portanto, uma ameaça para essa, que pode ser - como foi em muitas ocasiões - endêmica. Por conta disso, seria muito combatida e encarada como uma representação patológica e maligna (ASSIS, 2004).

É provável que a Era Medieval tenha sido o período que carimbou a pena capital nos anais da história graças a fatos como à famosa caça as bruxas[20], onde mulheres acusadas da prática de feitiçaria eram julgadas pela Santa Inquisição da Igreja Católica e condenadas pelo Estado a queimar vivas numa fogueira. Na verdade, falar em pena de morte na era medieval é necessariamente falar de Inquisição.

Conclui-se que a fé em Jesus Cristo que, segundo o Evangelho de João, pregou: "eu vim para que tenham vida, e a tenham em abundância", não era argumento suficiente para inibir o comportamento um tanto quanto, exageros à parte, exterminador da Igreja em parceria com o Estado, contra aqueles que não professavam a fé católica ou que, de alguma forma, ameaçavam seu poderio.

Segundo Mello Filho (2003) durante a alta Idade Média não havia a preocupação com a dignidade da pessoa humana nem com a legalidade, sobretudo pelo fato de que, nesta fase, o Direito se encontrava fragmentado, particularizado em cada feudo, onde seu senhor ditava arbitrariamente o "direito local", prática comum numa época em que a maioria dos regimes eram absolutistas e totalitários.

O grande divisor de águas para o pensamento de um novo Direito Penal não mais pautado pelo arbítrio e pela crueldade se dá em 1.764 com a publicação da obra "Dos Delitos e das Penas" pelo Marquês de Beccaria, Cesare Bonesana. Seu pensamento era basicamente dividido em três pilares: legalidade, proporcionalidade e utilitarismo.

A ideia de legalidade mostrava que uma pena só poderia ser imposta se prevista em lei, não cabendo ao juiz estipular de forma arbitrária qualquer pena que passasse por sua cabeça. A defesa da proporcionalidade tinha o objetivo de fazer com que os crimes com graus diversos de agressividade recebessem penas diferenciadas, ou seja, deveria haver uma proporção entre os delitos e as penas. Os crimes mais graves receberiam penas mais severas dos que o de natureza menos gravosa.

Defendendo sua tese utilitarista, Cesare Beccaria afirmava que: "é, pois, necessário selecionar quais penas e quais os modos de aplicá-las, de tal modo que, conservadas as proporções, causem impressão mais eficaz e mais duradoura no espírito dos homens, e a menos tormentosa no corpo do réu" (MELLO FILHO, 2003).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Com o enfraquecimento do Estado absolutista e o fim da Inquisição, a legitimidade da pena de morte passou a ser questionada. Devido a evolução da doutrina penal, a esfera da aplicação dessa pena extrema tornou-se cada vez mais restringida. Cesare Beccaria afirma que:

A morte de um cidadão só pode ser encarada como necessária por dois motivos: nos momentos de confusão em que uma nação fica na alternativa de recuperar ou de perder sua liberdade, nas épocas de confusão, em que as leis são substituídas pela desordem, e quando um cidadão, embora privado de sua liberdade, pode ainda, por suas relações e seu crédito, atentar contra a segurança pública, podendo sua existência produzir uma revolução perigosa no governo estabelecido.

Até o período Iluminista, as penas possuíam caráter aflitivo, doloroso, que castigava o corpo do condenado, como aquelas usadas na Inquisição (tortura) e a pena capital. O século XVIII foi o marco fundamental para a substituição das penas corporais pelas privativas de liberdade e para modificações no processo penal, principalmente em razão da influência do princípio da dignidade da pessoa humana que começava a dominar a mentalidade dos legisladores e a consciência das sociedades.

A partir daí se iniciou um processo mundial de abolição da pena de morte. A primeira grande nação a abolir tal instituto de seus documentos legais foi Portugal. Antes de 1.867 essa pena foi sendo retirada do seu ordenamento jurídico de forma gradual para vários tipos de crimes, no entanto, foi apenas com a reforma do Código Penal Português ocorrido em 2012, que a previsão da pena morte restou extinta para todos os crimes.

Atualmente, nenhum Estado-membro da União Europeia faz uso dessas práticas. Parte dessa responsabilidade se deve a recomendação exarada durante Convenção Europeia dos Direitos do Homem, em vigor desde 1.953.

Um Estado pode prever na sua legislação a pena de morte para actos praticados em tempo de guerra ou de perigo iminente de guerra; tal pena não será aplicada senão nos casos previstos por esta legislação e de acordo com as suas disposições. Este Estado comunicará ao Secretário-Geral do Conselho da Europa as disposições correspondentes da legislação em causa.

Nos Estados Unidos, a pena de morte é oficialmente permitida em 32 dos 50 estados, bem como pelo governo federal sendo a maioria das execuções são realizadas pelos estados. Cada estado que permite a pena de morte possui

diferentes leis e padrões quanto aos métodos, limites de idade e crimes que qualificam para esta penalização, pois a legislação penal não é monopólio da União. Apenas 15 estados, e o Distrito de Colúmbia, aboliram a pena de morte para todos os crimes.

1.2 Pena de morte no Brasil

Desde a substituição do Império pela República em 1889 o Brasil não utiliza a pena de morte para os crimes civis. O primeiro país das Américas a excluir a pena capital de sua legislação foi a Costa Rica, em 1859, e, em seguida coube ao Brasil tal honra. Fato histórico interessante diz respeito que a pena capital era aplicada na esfera civil e não na penal. A última aplicação da dita pena em nossa legislação foi no estado de Alagoas, na cidade de Pilar, em 28 de abril de 1876, na execução do escravo Francisco (HOLANDA, 2011).

De fato, a pena de morte no tempo do Império era sim uma realidade no Brasil, porém, como nos assegura o professor de Direito Penal Ruy de Mello Tucunduva ela era praticada com parcimônia, pois não era aplicada a crime políticos, já que isso repugnava à consciência jurídica de então. O Código Penal de 1830 determinava que a pena capital não podia, sendo o caso, ser levada a cabo em domingos, véspera de dias santos e feriado nacional. Outra menção interessante era que a pena deveria ser aplicada por meio de enforcamento.

Com a Constituição Federal de 1891, inicia-se uma divergência nunca antes questionada, pois o discurso da humanização das penas é impetrado por meio de uma maior valorização das garantias individuais.

No primeiro momento, posterior a Proclamação da República, fez-se necessário à criação de uma Comissão Militar para inibir qualquer foco de revolta contra a ordem hegemônica e política da época. Essa comissão julgava crimes de conspiração contra a República e tinha a função de manter a paz e preservar a segurança da propriedade.

Frise-se que no decorrer do desenvolvimento da democracia brasileira ocorreram algumas tentativas malsucedidas contra a aplicação da pena capital. Durante o Estado Novo, a Constituição Federal de 1937, outorgada por Getúlio Vargas, autorizava a pena de morte, cominada a outros crimes, senão os militares, mas não houve efetivação da norma.

Em 1946, a Constituição Federal restringiu a aplicação da pena somente aos crimes militares e em tempo de guerra. Já em 1969, durante o regime militar, era novamente autorizada a aplicação da pena capital apenas para crimes militares e em tempo de guerra, referendado pela emenda nº 11/1978 que consignou "não haverá pena de morte, de prisão perpétua, nem de banimento. Quanto à pena de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

morte, fica ressalvada a legislação penal aplicável em caso de guerra externa (SILVA, 2016).

Pelo fato de o Brasil ser uma nação pacífica, não se envolvendo em nenhum conflito armado desde a Segunda Guerra Mundial, a pena de morte não é efetivamente aplicada nem em crimes militares. No entanto, vale ressaltar que somos o único país de língua portuguesa que prevê na sua Carta Magna, ou Constituição Cidadã como ficou conhecida justamente por tutelar com especial predileção os direitos inerentes a pessoa humana, dentre eles o direito à vida, a possibilidade de aplicação da pena capital.

Quantas as normas que disciplinam a aplicação da pena capital no Brasil. O Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar regimentam a possibilidade da pena de morte no território nacional, de maneira que se trata de uma das sete penas principiais enumeradas pelo Código Penal Militar, devendo ser executada por fuzilamento e não podendo ser aplicada senão após sete dias de sua comunicação ao Presidente da República, em sentença transitada em julgado.

Assim diz o Código de Processo Militar:

> Art. 55 – As penas principais são: morte; reclusão; detenção; prisão; impedimento; suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função; reforma
>
> Art. 56 – A pena de morte é executada por Fuzilamento.
>
> Art. 57 – A sentença definitiva de condenação à morte é comunicada, logo que passe em julgado, ao Presidente da República, e não pode ser executada senão depois de sete dias após a comunicação.
>
> Parágrafo único. Se a pena é imposta em zona de operações de guerra, pode ser imediatamente executada, quando o exigir o interesse da ordem e da disciplina militares.

O fato de a maneira eleita para a execução da pena capital ser o fuzilamento se dá em respeito à dignidade da pessoa humana, por ser considerado um procedimento rápido e sem humilhação. O Código de Processo Penal Militar regulamenta a execução por fuzilamento em seu artigo 707, caput, e nos parágrafos 1, 2 e 3, ao ditar que o militar a ser fuzilado deve sair da prisão com uniforme comum e sem insígnias, ter os olhos vendados, salvo se o recusar, no momento em que tiver para receber as descargas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Desta feita, tem-se que a pena de morte, embora não proibida no Brasil, é regulamentada de forma tal a promover ao condenado máxima dignidade e respeito antes, durante e depois da execução. Todavia, a maioria dos atos que ensejam a aplicação desta pena podem ser praticados apenas por militares; ressalte-se que existem crimes passíveis da pena de morte que podem ser levados a cabo por civis em tempos de guerra como, por exemplo, o crime de traição previsto no artigo 355, do Código de Processo Penal Militar.

2. RELAÇÃO ENTRE A PENA DE MORTE E A RESSOCIALIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Em termos de aplicação a pena de morte preserva ainda que de forma implícita e em contexto distinto, diversos critérios que outrora vigoravam, tais como mentira, traição, deslealdade, crimes contra a vida entre outros. Num primeiro momento, soa incoerente que uma nação que zela pela proteção à vida e opte primeiramente por meios punitivos que possibilitem uma potencial regeneração, por outro lado permita a adoção da pena de morte para alguns casos, indo na contramão da possibilidade de retorno ao convívio social (SILVA, 2009)

Logo, a segurança nacional e a sobrevivência da totalidade dos cidadãos brasileiros estão acima da vida de um único indivíduo. Assim, não é o perigo a apenas uma pequena quantidade de pessoas que enseja a aplicação da pena fatal ou a desobediência a uma norma penal, por mais terrível que possa ser o crime, mas o risco certo e iminente de por abaixo toda a ordem jurídica, política, social e econômica de uma só vez.

Ocorre que a guerra é o fracasso do direito, por ser uma situação que escapa a ele próprio, a qual se justifica através da inculpabilidade, ou melhor, inexigibilidade de conduta diversa. Ademais, a pena de morte, no atual estágio de entendimento do Direito Penal, sequer sanção é, uma vez que não cumpre com qualquer função desta índole, havendo apenas uma supressão da figura do homem, a qual se demonstra definitiva e irreversível (OLIVEIRA, 2009).

Do mesmo jeito, a Carta Máxima repudia outras manifestações de punibilidade, qual sejam a privação perpétua da liberdade (prisão perpétua), os trabalhos forçados, o banimento e as penas cruéis (tortura), tendo em vista que tal previsão constitucional tem como indicador os princípios da humanidade, já mencionado, e da racionalidade das penas.

Uma vez que o homicídio é uma repudiado pelos contratantes, não pode o corpo depositário arvora-se em praticá-lo e agir contra as disposições do trato social. Como poderia a sociedade atual ter a morte provocada como valor de sua existência. A pena capital é mais uma demonstração de impotência política frente a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

crescente miséria e consequentemente a delinquência. Certamente prevendo as paixões sociais, o Poder Constituinte de 88, mostrando-se sensível à Declaração Universal dos Direitos dos Homens, considerou o valor da vida como Cláusula Pétrea, o que torna impossível, juridicamente, qualquer emenda ou lei que tente instituir a pena de morte (OLIVEIRA, 2009).

Em função disso, por mais grave que o delito seja, bem como a sua consequência, o homem deve pagar estritamente por sua culpa, não perdendo dessa maneira sua condição de pessoa, de ser humano, porque com tal tratamento se busca a consideração do cárcere como referência de marcação ou redução do indivíduo à condição de marginal perpétuo, a nosso ver merecida porque não é racional que uma pessoa que atentou contra o próximo receba tratamento humano igual àquele que não dispensou a quem agrediu.

Conforme afirma Bitencourt (2011, p.49) "A crise da pena de morte deu origem a uma nova modalidade de sanção penal: a pena privativa de liberdade, uma grande invenção que demonstrava ser meio mais eficaz de controle social".

A Lei de Execução Penal dispõe em seu artigo 1º que:

> 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.

Interpretando livremente o disposto neste artigo, aferimos que a execução penal, mais do que o efetivo cumprimento da pena, busca a ressocialização do indivíduo, resultado esse que não tem sido bem alcançado.

Reportagens e documentários realizados dentro de penitenciárias e cadeias públicas mostram a falta de higiene encontrada dentro das celas, corredores e até mesmo nas cozinhas desses estabelecimentos. Nas celas o que se vê é um amontoado de presos disputando um espaço, sendo obrigados a conviverem no meio de lixo, insetos e esgotos abertos, sujeitos aos mais diferentes tipos de doenças.

Segundo Bitencourt (2011, p.87):

> Nas prisões clássicas existem condições que podem exercer efeitos nefastos sobre a saúde dos internos. As deficiências de alojamentos e de alimentação facilitam o desenvolvimento da tuberculose, enfermidade por excelência das prisões. Contribuem igualmente para deteriorar a saúde dos reclusos as más condições de higiene dos locais, originadas na falta de ar, na umidade e nos odores nauseabundos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Não é nosso objetivo demonstrar neste artigo as mazelas do sistema prisional brasileiro, mas apontar as consequências da substituição da pena de morte pelas amparadas pelo Princípio da Dignidade Humana.

O Código Penal, anterior à Constituição, também detém conteúdo semelhante em seu artigo 38: "O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral"; e a Lei de Execução Penal, no seu artigo 40, traduz o mesmo pensamento: "Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios". Mas, parece que, do jeito que estão às cadeias brasileiras, a pena restritiva de liberdade é um morrer diário.

3. ANÁLISE JURÍDICA DA PENA DE MORTE SOB O AMPARO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

O Estado absolutista, com o poder concentrado nas mãos do monarca, já não conseguia suprir os anseios da população, ao contrário, avolumavam-se abusos e as liberdades individuais restavam à mercê dos interesses da Administração. Percebeu-se então a necessidade de limitar o poder do administrador público, surgindo a proporcionalidade, como obstáculo aos desmandos, demarcando os meios que poderiam ser empreendidos, para obter as finalidades pretendidas (CRISTOVAM, 2006).

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu um pacote de direitos essenciais à manutenção do Estado Democrático de Direito, da dignidade da pessoa humana, das liberdades e garantias, dentre outros pressupostos, erigidos à condição de direitos fundamentais. A proporcionalidade, ocupa papel de destaque, na proteção dos direitos fundamentais e também na harmonização de interesses, até mesmo entre princípios e direitos base.

Segundo Cristóvam (2006, p.211):

> A proporcionalidade é uma máxima, um parâmetro valorativo que permite aferir a idoneidade de uma dada medida legislativa, administrativa ou judicial. Pelos critérios da proporcionalidade pode-se avaliar a adequação e a necessidade de certa medida, bem como, se outras menos gravosas aos interesses sociais não poderiam ser praticadas em substituição àquela empreendida pelo Poder Público (CRISTOVAM, 2006, p.211).

No âmbito do direito penal, esse princípio vem para garantir que a liberdade do indivíduo seja limitada apenas no que concerne ao indispensável para

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

a defesa do interesse público, ou seja, assegura a proteção do criminoso contra medidas excessivas salvaguardando que a sanção seja aplicada proporcionalmente à gravidade do delito cometido para o punir e evitar que o faça novamente, mas sempre preservando os seus direitos fundamentais e a sua dignidade.

Não foi isso o que ocorreu na obra de Allan Parker. David foi condenado a pena máxima sem direito a recurso ou contestação, sem investigação profunda. O seu sêmen encontrado no corpo sem vida de Constance e suas digitais sobre este foram provas suficientes e, para os investigadores, irrefutáveis de sua culpa.

Importante frisar que nos Estados Unidos da América a maioria dos estados que adotam a pena capital, a decisão da vida ou morte do criminoso cabe ao júri popular, sem intervenção do juiz ou de autoridades que possam o absolver. Este é o país que aplica a pena máxima no ocidente (HEIL, 2011).

Seu principal método de execução atualmente é a injeção letal, porém, existe a permissão para o uso de qualquer método desde que a sentença seja prolatada por um Juízo Federal, no Tribunal do Júri. Apelações são permitidas, porém o processo de análise é demasiadamente longo, o que leva a morte natural de muitos condenados no corredor da morte (MONEZI, 2015).

Aqui, encaixa-se um outro princípio do direito brasileiro: o princípio da presunção da inocência. O princípio da presunção de inocência é um instituto previsto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal de 1988. Refere-se a uma garantia processual atribuída ao acusado pela prática de uma infração penal, oferecendo-lhe a prerrogativa de não ser considerado culpado por um ato delituoso até que a sentença penal condenatória transite em julgado. Esta situação, em tese, evita a aplicação errônea das sanções punitivas previstas no ordenamento jurídico. Ainda garante ao acusado um julgamento de forma justa em respeito à dignidade da pessoa humana (ROSSINI, 2014).

Assim, a antiga regra do olho por olho dente por dente, prevista no Código de Hamurabi, não pode prevalecer, e com a omissão do Estado, o cidadão começaria a fazer justiça com as próprias mãos.

CONCLUSÕES

A pena de morte é instituto jurídico que se funda na ideia de eliminação como forma de solução, desprezando os meios proporcionais de resolução de conflitos. Do ponto de vista dos Direitos Humanos, é unânime o entendimento, de que a vida é um direito básico e essencial a todo ser humano. Portanto a vida humana é indisponível para os Estados. A pena de morte seria um retrocesso em relação a isso.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

É fato que este é um tema polêmico e os Governos e a própria população possuem visões distintas sobre a temática. Existem argumentos contrários e favoráveis a utilização deste modo de punição. Entretanto, é incontestável que a pena capital é uma afronta à dignidade humana, uma vez que viola a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o próprio direito à vida.

Além disso, estudiosos afirmam que a pena de morte não é uma solução para a criminalidade, mas apenas uma resposta simplista que acaba por desestimular a criação de medidas que sejam de fato eficazes contra o problema da violência.Em meio a forte influência dos direitos humanos, manifestação de alguns países e atuação de organizações respeitadas, como a Anistia Internacional, é válido crer que progressivamente os países tendem a se conscientizar e extinguir os motivos para a aplicação da pena de morte, pois tal pena fere violentamente a integridade humana.

Sendo assim, em prol das questões humanitárias, tal repressão aos Estados adeptos a pena de morte deve permanecer e ser intensificado, pois, o direito a vida deve impreterivelmente se sobrepor a qualquer conduta considera "errônea". O Estado foi criado para proteger a vida e os bens comuns dos cidadãos, e não tem direito a eliminar uma vida, pois isso seria contraditório com sua missão, e seria um desrespeito à dignidade da pessoa humana e o direito à vida.

Os próprios métodos da pena de morte são cruéis, atentando contra a dignidade humana. Ela implica em criar o ofício (função) do carrasco, e isso já exemplifica seu caráter bárbaro. A pena capital não reabilita, pois elimina o criminoso, além de possibilitar erros judiciais irreparáveis, pois ninguém poderia ser ressuscitado após ser assassinado pelo Estado. Além disso, a pena de morte não propicia uma reparação eficaz ao delito cometido.

Conclui-se que a forma mais adequada de solução da problemática, se funda na ideia de reestruturação do estado, a fim de que possa se manter e permitir o desenvolvimento dos homens.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Ângelo Adriano Farias de. **A figura do herege no livro V das Ordenações Manuelinas e nas Ordenações Filipinas**. 2004. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucho/revista_justica_e_historia/issn_16765824/v4n7/doc/02> .Acesso em: 08 jul. 2019.

BÌBLIA, A. T. Provérbios. In BÍBLIA. Português. **Sagrada Bíblia Católica**: Antigo e Novo Testamentos - Deuteronômio. 1. ed. São Paulo: Paulus, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: causas e alternativas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 jun. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 1.001, de 21 de Outubro de 1969. **Código Penal Militar**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001.htm>. Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 1.002, de 21 de Outubro de 1969. **Código de Processo Penal Militar**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/de creto-lei/Del1002.htm>. Acesso em: 14 jun. 2019.

BRASIL. Lei Nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em: 14 jun. 2019.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2006.

HEIL, Danielle Mariel. **A legislação do modelo common law sobre a pena de morte**. 2011. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/a-legislacao-do-modelo-common-law-sobre-a-pena-de-morte-por-danielle-mariel-heil/>. Acesso em: 27 jul. 2019.

HOLANDA, Izabele Pessoa. **A pena de morte no Brasil**. 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15606>. Acesso em: 18 jun. 2019.

JUNIOR, Adolfo. **A pena de morte no Mundo Antigo**: Grécia e Egito. 2011. Disponível em: <http://prof-adjr.blogspot.com.br/2011/02/pena-de-morte-no-mundo-antigo-grecia-e.html>. Acesso em: 10 jun. 2019.

MELLO FILHO, Rogério Machado. **Direito penal medieval e moderno**. 2003. Disponível em: <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1097/Direito-Penal-Medie val-e-Moderno>. Acesso em: 16 jul. 2019.

MONEZI, Giovanna; HENRIQUES, Bruna. **A pena de morte e suas diferentes percepções**. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/53416/a-pena-de-morte-e-suas-diferentes-percepcoes>. Acesso em: 27 jul. 2019.

OLIVEIRA, G Meira; LIMA, R. Rocha. **Do direito penal brasileiro**: das penas e da pena de morte. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_ link=revista_artigos_leitura&artigo_id =9101>. Acesso em: 14 jul. 2019.

OLIVEIRA, Maria Júlia Bittencourt de. **A Ressocialização do apenado através do trabalho, em face do princípio da dignidade da pessoa humana**. 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_arti

gos_leitura&artigo_id=6996>. Acesso em: 12 jul. 2019.

ROSSINI, Tayla Roberta Dolci. **O sistema prisional brasileiro e as dificuldades de ressocialização do preso**. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/33578/o -sistema-prisional-brasileiro-e-as-dificuldades-de-ressocializacao-do-preso>. Acesso em: 24 jul. 2019.

SILVA, Douglas Pereira da. **Breves considerações sobre a pena de morte no Brasil**. 2016. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,brevesconsi deracoes-sobre-a-pena-de-morte-no-brasil,55756.html>. Acesso em: 24 jul.2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUSA, Carlos Arruda. **Aspectos históricos da pena de morte**. 2007. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3423>. Acesso em: 15 jul. 2019.

---

[1] Prof. Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA.

www.conteudojuridico.com.br

ASSASSINATOS EM SÉRIE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: APLICABILIDADE DA LEI PENAL AOS SERIAL KILLERS

MAURO MENEZES DE MACÊDO JUNIOR:
Discente do Curso de Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA.

GUILHERME VASQUES MOTA [1]

(Orientador)

RESUMO: O presente artigo aborda a temática da aplicabilidade da lei penal brasileira aos serial killers ou assassinos em série no Brasil. Como metodologia de trabalho, foi realizada uma pesquisa de cunho bibliográfica, na literatura pertinente. O trabalho aborda inicialmente o foi dividido em três capítulos, onde primeiramente foi abordado foi a figura do Serial Killer, seu conceito e aspectos psicológicos. No segundo capitulo foi discorrido sobre Imputabilidade no Direito Penal Brasileiro e por fim as Penas e Medidas de Segurança no capítulo 3. O conteúdo abordado, assim como a metodologia empregada visou agregar ao trabalho importância acadêmica e também pratica do ponto de vista jurídico.

Palavras-chave: Assassinatos em série; Lei Penal; Serial Killers.

ABSTRACT: This article deals with the issue of the applicability of the Brazilian criminal law to serial killers or serial killers in Brazil. As a working methodology, a bibliographical research was carried out in the pertinent literature. The work initially addresses the was divided into three chapters, where first was addressed was the figure of the Serial Killer, its concept and psychological aspects. In the second chapter was discussed on Imputability in the Brazilian Criminal Law and finally the Penalties and Security Measures in chapter 3. The content addressed, as well as the methodology used was aimed at adding to the work academic importance and also practice from a legal point of view.

Keywords: Series Murderers; Criminal Law; Serial Killers.

INTRODUÇÃO

O homicídio em série é um crime de alta periculosidade que não respeita limites geográficos, deixando toda a sociedade exposta este tipo de delito. O Brasil

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

já possui ocorrências consideráveis de assassinatos em série. Diante disso, surge a seguinte inquietação, que se traduz em um problema no campo do Direito: considerando os recorrentes casos, o sistema processual penal brasileiro está preparado para lidar com um tipo de crime tão específico e de tão grande periculosidade?

A realidade brasileira–não raro caracterizada por ocorrências que foram julgadas de forma equivocada. A questão se desdobra quando relacionamos o ordenamento jurídico brasileiro aos indivíduos, ao cometerem crimes graves e de repercussão nacional, como os assassinatos em série. O que se constata é que não há uma política adequada de julgamento dos *serial killers*. O aparato jurídico estatal é insuficiente. Tem-se profissionais com pouco preparo para esse tipo de situação e um sistema carcerário ineficaz.

No campo social é demonstrável que o tema influi diretamente em direitos fundamentais consagrados como o direito à vida, à segurança pública. Eventos assassinos estão diretamente ligados ao conceito de sociedade, pois dela emergem. Ceifar uma vida é um ato de alta reprovabilidade em qualquer sociedade.

No campo do Direito, vislumbramos emergente necessidade de uma abordagem jurídica mais precisa quanto à abordagem devida a ser dada quando *cases* tipo *serial killer* vem à tona na nossa sociedade.

Pelo direito penal brasileiro, os psicopatas são considerados, em regra, semi-imputáveis. Entretanto, temos casos na jurisprudência em que foram enquadrados como imputáveis, distinguindo-se, portanto, apenas o quantum da pena aplicada – os primeiros a tem reduzida por determinação legal.

1. SERIAL KILLER: CONCEITOS E ASPECTOS PSICOLÓGICOS

Nos últimos tempos, a humanidade tem se deparado com tristes episódios envolvendo os chamados Serial killers (Termo em inglês para Assassinos em série). Tais casos chocam a população pela maneira cruel e fria com que ocorrem os homicídios. Para entender melhor do que se trata esse fenômeno, é necessário abordar algumas definições sobre o referido assunto.

1.1 Conceitos

De acordo com o Manual de Classificação de Crimes do FBI (1992) é definida a ação de um assassino em série, com três ou mais eventos separados em três ou mais locais distintos com um período de 'calmaria' entre os homicídios.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Para a autora Ilana Casoy (2004), pode ser definido como assassino em série aquele que comete dois ou mais assassinatos, envolvendo ritual com as mesmas necessidades psicológicas, mesmo que com "modus operandi" diverso, caracterizando no conjunto uma "assinatura" particular. Os crimes devem ter ocorrido em eventos separados, em datas diferentes, com algum intervalo de tempo relevante entre eles. As vítimas devem ter um padrão de conexão entre elas e a motivação do crime deve ser simbólica e não pessoal.

No Brasil, a definição de Serial Killer pode ser encontrada no Projeto de Lei do Senado nº 140/2010 (BRASIL. Senado, 2010), que foi proposto pelo Senador Romeu Tuma. Segundo tal Projeto, os Serial Killers são considerados agentes que praticam no mínimo três homicídios, sendo eles dolosos, em determinado lapso temporal. Trata-se de um indivíduo com problemas psíquicos cuja conduta social e a personalidade do agente, as circunstâncias do crime e principalmente o perfil das vítimas indicam que o modo operacional de efetuar o crime sempre obedece a um procedimento criminoso padrão.

1.2 Aspectos Psicológicos

Definir precisamente o que é um *serial killer*, não é uma tarefa fácil, visto que, infelizmente, para se chegar a tal definição, algumas pessoas são vitimadas de forma trágica, e até mesmo são mortas (quando tais delinquentes logram êxito em suas tentativas).

Assassinos em série possuem características comportamentais uniformes, independente do país onde nasceram e vivem, da classe social que ocupam, ou do grau de instrução. Todos eles têm má conduta na infância, falta de empatia, sentimentos superficiais, reações estouradas, ego inflamado, falta de culpa, comportamento antissocial e impulsividade. São irresponsáveis e sentem uma necessidade desenfreada por adrenalina.

O comportamento de um serial é definido na esfera da Psicologia e Medicina Legal como um Transtorno de Personalidade Antissocial. A Organização Mundial de Saúde que organizou os vários tipos de transtornos mentais e de comportamento (CID-10) classificou o Transtorno Antissocial "*Prevalece a indiferença pelos sentimentos alheios, podendo adotar comportamento cruel; desprezo por normas e obrigações; baixa tolerância a frustração e baixo limiar para descarga de atos violentos*".

Esse tipo de transtorno caracteriza uma personalidade psicopata, e nada mais correlata a ligação entre assassinos seriais e este tipo de personalidade, por esta razão o termo 'psicopata' usado na dissertação deste trabalho, será exclusivamente usado para caracterizar a forma mais grave de sua manifestação, determinante para os violentos assassinatos em série. *Serial killers* são seres

dotados de personalidade psicopata. Mas nem todo psicopata é um *serial killer*. A manifestação dos assassinatos em série é apenas a forma mais acentuada e cruel de psicopatia como elucida a Ana Beatriz Silva (2008, p.17):

> É importante ressaltar que os psicopatas possuem níveis variados de gravidade: leve, moderado e grave. Os primeiros se dedicam a trapacear aplicar golpes e pequenos roubos, mas provavelmente no "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. Além de psicopatas, eles também recebem as denominações de sociopatas, personalidade antissociais, personalidade psicopáticas, personalidades dissociais, personalidades amorais entre outras.

Vale enfatizar que transtornos de personalidade não são doenças mentais, e sim anomalias de desenvolvimento psíquico, sendo consideradas perturbações mentais. A parte racional ou cognitiva dos assassinos seriais é perfeita, consequentemente compreendem seus atos, tendo total consciência de suas ações e escolhas. Porém são extremamente pobres de afeto e não possuem profundidade emocional (Croce, 1998).

Outro dado interessante que os diferencia dos demais assassinos é a forma como agem. O assassino em massa, por exemplo, mata várias pessoas em questões de horas ou minutos, pouco importando para eles a identidade de suas vítimas.

Já o assassino em série tem um padrão bem definido na sua forma de agir. Matam em intervalos maiores de dias, semanas, meses e até mesmo, anos. Escolhem cuidadosamente suas vítimas (geralmente pessoas com características em comum ou algum dado que as liguem ex: mulheres entre 20 e 25 anos, homens de meia idade, pessoas que morem em um mesmo bairro, ou trabalhem em uma mesma empresa, crianças entrando em idade púbere etc.).

O Dr. Joel Norris (2008, p. 19), aponta as seis fases do ciclo do *serial killer*.

-
o

-

  - Fase Áurea: onde o assassino começa a perder a compreensão da realidade;
  - Fase da Pesca: quando o assassino procura sua vítima ideal;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

- Fase Galanteadora: quando o assassino seduz ou engana sua vítima;
- Fase da Captura: quando a vítima cai na armadilha;
- Fase do Assassinato ou Totem: auge da emoção para o assassino;
- Fase da Depressão: que ocorre depois do assassinato.

Após o assassinato, quando o matador entra em depressão, inicia novamente o processo voltando assim para a fase Áurea.

1.3 Serial Killer no Brasil

No Brasil, o número de assassinatos em série cometidos não é tão elevado como em países como Estados Unidos, Grã Bretanha, Alemanha, entre outros, o que não significa que tais assassinatos não aconteçam aqui, pelo contrário, existem diversos casos de assassinos em série que chocaram o país, como o "Maníaco do parque, "Febrônio Índio do Brasil " e " Pedrinho matador".

Assim como no resto do mundo, a maioria dos assassinos em série no Brasil é constituída de homens brancos, que têm entre 20 e 30 anos, vieram de famílias desestruturadas, sofreram maus-tratos ou foram molestados quando crianças. Pesquisas indicam que cerca de 82% dos assassinos seriais sofreram abusos físicos, sexuais, emocionais ou foram negligenciados quando crianças (MOUGENOT, 2010).

No quesito investigação de assassinatos em série, o Brasil encontra-se muito aquém de países como Estados Unidos, visto que aqui ainda não possui nenhuma estrutura de investigação voltada para o referido crime. Como consequência, pode ocorrer de crimes que apesar de já solucionados, ou seja, já julgados e condenados como homicídios normais se tratarem de assassinato em série. Entretanto, como não é de conhecimento das autoridades policiais, não é possível o (re)conhecimento de que um crime pode estar relacionado a outro. Outro fator dificultoso na investigação é o fato do serial killer ser um indivíduo "normal" aos olhos de todos e com isso consegue misturar-se entre os demais cidadãos (CASOY, 2004).

SILVA (2008) evidencia que, no Brasil, tal delito ainda não dispõe de um tratamento específico em suas diversas faces assim como nos Estados Unidos, onde eles são tratados de maneira perspicaz pelos investigadores e pelos serviços oferecidos pela "polícia investigativa".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ocorre que tais assassinatos solucionados no Brasil foram descobertos quase que ao acaso. Há outros em fase de elucidação, e outros foram arquivados devido à falta de preparo da polícia brasileira, talvez pela falta de especialistas para trabalharem com o tipo de criminoso.

2. DA IMPUTABILIDADE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

A culpabilidade é o juízo de reprovação social exercido sobre o fato e o autor, devendo obrigatoriamente, para fins jurídicos, o indivíduo ser plenamente capaz de agir de acordo com a consciência potencial da ilicitude bem como, com a exigibilidade de atuar de outra forma, submetendo-se assim às regras impostas pela norma legal.

2.1 Da Culpabilidade

Culpabilidade se expressa como um juízo valorativo ou ainda, um juízo de censura afetando diretamente o agente do crime, sendo este o objeto da conduta criminosa.

Na lição de Zaffaroni (2011) um injusto, isto é, uma conduta típica e antijurídica, é culpável quando é reprovável ao autor a realização desta conduta porque não se motivou na norma, sendo-lhe exigível, nas circunstâncias em que agiu, que nela se motivasse.

A culpabilidade ainda figura como formal e material. A culpabilidade formal é o juízo de censura, expressando-se na consciência de potencial ilicitude do fato. Formalmente a culpabilidade é fonte do legislador, quando este formula o tipo penal. Já a culpabilidade material é a censura realizada de forma concreta, onde se visualiza o fato típico e antijurídico, o autor, sua imputabilidade, e a consciência de potencial caráter ilícito, eis que diante de seu livre arbítrio, optou por praticar o injusto penal. A culpabilidade material funciona como fundamentação da pena.

2.2 Do Conceito Jurídico de Crime

O crime caracteriza-se tanto como fato social, quanto como uma ação humana. Humana pelo fato de ser cometido apenas pelo ser humano, mesmo que, houve um tempo em que se puniam também coisas materiais. Já o crime como fato social, se expressa como uma manifestação coletiva, visto que quem comete atua na coletividade, no grupo social.

Para (Fernandes, 2002, p.51):

> O domínio da moral é distinto daquele da lei penal. Há atos morais que são punidos, há atos imorais que não são. O exame das diversas legislações penais dá conta

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> que sociedades diferentes têm concepções divergentes da criminalidade dos atos; uma ação é punida num país e no outro não. O mesmo se pode dizer em relação à de moralidade.

Nosso sistema jurídico, não define expressamente o conceito de crime, sendo desta forma, definido pela doutrina especializada. O conceito foi definido em aspecto formal e material. Sob aspecto formal caracteriza um fato adverso à norma penal, sendo uma conduta ilegal. Tal definição visa exclusivamente à aparência externa do crime, e não propriamente sua matéria. Sob o aspecto material, é levado em consideração o bem jurídico tutelado pelo Estado (Mirabete, 2005).

Uma conduta só é considerada fato típico se houver prévia tipificação legal descrita como crime. É necessário que a atuação do sujeito ativo do delito tenha tipicidade, ou seja, agindo de acordo com o tipo legal. Sendo assim é expressamente necessária a existência de norma penal, que caracteriza como crime a conduta específica. O fato típico é constituído por quatro elementos, sendo eles: a conduta, o resultado, a relação de causalidade e a tipicidade.

O resultado torna-se elemento da conduta. O resultado é o fim alcançado pelo sujeito ativo do delito. Entretanto podem existir crimes sem resultado, são chamados de crimes de mera conduta, do qual o comportamento do agente não produz nenhuma modificação no mundo exterior. No crime de mera conduta o tipo legal, faz referência apenas à conduta do agente, sendo que não há descrição de efeito produzido pela ação (Mirabete, 2005).

Apontando-se para os requisitos do crime, o segundo é a antijuricidade que se relaciona à conduta humana estar contraposta ao ordenamento jurídico, sendo apenas considerada ilícita aquela que expressamente esteja revelada como sendo ilícita. A relação de contraposição entre o ordenamento jurídico e a conduta típica se expressa na antijuricidade.

Há ainda a definição das elementares ou circunstâncias, requisitos específicos do crime: Elementares são os requisitos extraídos do tipo penal, o verbo que descreve conduta ilícita, os sujeitos do crime (ativo e passivo), o objeto material, etc. Sendo inexistente qualquer desses elementos, não há crime;

As circunstâncias são os fatos que atuam como agravante e atenuante da *pena, agregados à figura típica fundamental, têm função de aumentar ou diminuir as suas conseqüências jurídicas, em regra, a pena.*

No que se refere ao delito de homicídio, tal conduta é reprimida por todas as formas e civilizações, seja remota ou contemporânea. É de se pontuar a atuação do homem durante toda a história do Direito Penal, não como um mero indivíduo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

social, mas como um ser dotado de horrenda agressividade, seja para garantir sua sobrevivência, seja por motivos ou razões desconhecidas.

2.3 Imputabilidade Penal

O verbo imputar significa atribuir a prática delitiva ou a culpa pela prática delitiva a uma pessoa. Sendo assim um individuo imputável é aquele a quem pode ser atribuído algo.

Ensina Bittencourt (2008, p.354):

> A imputabilidade é o juízo que fazemos de um fato futuro, previsto como meramente possível: a imputação é o juízo de um fato ocorrido. A primeira é contemplação de uma ideia; a segunda é o exame de um fato concreto. Lá estamos diante de um conceito puro; aqui estamos na presença de uma realidade.

Desta forma, a imputabilidade é concentrada na capacidade de entendimento e autodeterminação do agente quanto ao caráter ilícito do injusto penal.

Nucci (2011, p.300), ensina que:

> É o conjunto das condições pessoais, envolvendo a inteligência e vontade, que permite ao agente ter entendimento do caráter ilícito do fato, comportando-se de acordo com esse conhecimento. O binômio necessário para a formação das condições pessoais do imputável consiste em sanidade mental e maturidade. Se o agente não possui aptidão para entender a diferença entre o certo e o errado, não poderá pautar-se por tal compreensão e terminará, vez ou outra, praticando um fato típico e antijurídico sem que possa por isso ser censurado, isto é, sem que possa sofrer juízo de culpabilidade.

O Código Penal em seu artigo 26 discorre que há isenção de pena para o agente que por doença mental ou desenvolvimento penal incompleto ou ainda retardo mental, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se em sintonia com esse entendimento.

A imputabilidade deve ser apurada no tempo da ação, no momento da prática e consumação do crime. Desta forma, o indivíduo deve estar com sua mentalidade preservada para que possua a capacidade de escolha e saber que a prática delituosa vai contra os mandamentos expressos na norma penal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Para Ponte (2002, p.27):

> A imputabilidade pode ser definida como a aptidão do indivíduo para praticar determinados atos com discernimento, que tem como equivalente a capacidade penal. Em suma, é a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato e determinar-se segundo este entendimento.

O Código Penal foi extremamente claro no que se refere a imputabilidade penal, sendo que só será imputável algum ilícito àquele que tenha plena consciência sobre a ilicitude do fato e possa se determinar quanto ao seu impedimento.

2.4 Da Inimputabilidade Penal

O Código Penal prevê que será inimputável quem for inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato e não se autodeterminar, ou seja, não for capaz de controlar suas ações de acordo com o seu entendimento.

Segundo Fuhrer (2000, p.38):

> Inimputável é aquele que não pode ser responsabilizado pelo crime que praticou. Ou seja, embora tenha cometido crime, é isento de pena. Neste caso, ao invés da pena, o agente é submetido a uma medida de segurança.

O estado de inimputabilidade do agente é traçado sobre a ótica dos critérios biológicos, psicológicos e biopsicológicos (adotado no ordenamento jurídico).

Sobre o ponto de vista biológico, é levado em consideração a causa e não o efeito. Está expresso no fato de que o agente possuindo doença mental ou desenvolvimento mental incompleto, ou ainda retardo, tem diretamente o entendimento do ilícito penal afetado.

As causas patológicas não são levadas em consideração nesse sistema. Ainda, sobre o ponto de vista biopsicológico, adotado pelo Código Penal Brasileiro, consequentemente unindo os sistemas anteriores, o conceito de inimputabilidade está sedimentado na ideia de que, o agente que em decorrência de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto não possui capacidade plena de compreensão da ilicitude do fato ou está falha a capacidade de determinação.

É de se frisar que apenas a ocorrência de doença não isentará de pleno o agente da pena. Há necessidade de que em decorrência dessa doença não haja por parte do agente capacidade de compreender a ilicitude do fato, e não haja também capacidade para optar entre parar ou continuar o ato.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

De acordo com as doutrinas e entendimento jurisprudenciais, percebe-se a adoção do sistema biopsicológico para os casos de inimputabilidade, não bastando para tais casos apenas a doença mental, mas sim a doença mental como agente influenciador do fato criminoso.

2.5 Da Semi-imputabilidade Penal

O artigo 26 do Código Penal, em seu parágrafo único se refere às pessoas que a doutrina considera como semi-imputáveis, pessoas da zona fronteiriça entre a normalidade e anormalidade mental, ou ainda pessoas que se encontram entre o limite da loucura e da sanidade.

No mesmo sentido, afima Marques (2002, p.219):

> Entre a doença mental e a normalidade psíquica existe uma zona intermédia ocupada por indivíduos fronteiriços e semi-responsáveis, que exige um tratamento normativo próprio, por parte do Direito Penal. Surge, assim, a imputabilidade diminuída, a qual atinge aquelas pessoas em que as perturbações psíquicas tornam menor o poder de autodeterminação e mais fraca a resistência interior à prática do crime.

A semi-imputabilidade é uma causa de redução da pena facultativa e não obrigatória. Diante da menor culpabilidade durante a atuação típica, a redução se expressa como uma consequência penal, devido ao discernimento de escolha diminuído.

É de se frisar que o limite entre a imputabilidade penal e a inimputabilidade não se nota facilmente. O limite entre a culpabilidade plena e a culpabilidade diminuída contida no parágrafo unido do artigo 26 enseja um problema jurídico-criminal.

3. DAS PENAS E MEDIDAS DE SEGURANÇA

A pena deverá ser imposta aquele que possui capacidade para discernir o certo do errado e se comportar conforme esse entendimento. Trata-se de possibilidade de pessoa imputável, a qual compreende o caráter ilícito do fato. Damásio ensina que a pena é sanção imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos.

Tal sanção imposta pelo Estado tem a finalidade de prevenir novos crimes e de retribuir o delito perpetrado. O caráter preventivo da pena possui quatro enfoques de acordo com Nucci (2011, p.391):

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> a) geral negativo, significando o poder intimidativo que ela representa a toda sociedade, destinatária da norma penal; b) geral positivo, demonstrando e reafirmando a existência e eficiência do Direito Penal; c) especial negativo, significando a intimidação ao autor do delito para que não torne a adir do mesmo modo, recolhendo-o ao cárcere, quando necessário e evitando a prática de outras infrações penais; d) especial positivo, que consiste na proposta de ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social.

Em hipótese contrária, quando não há capacidade de compreensão da ilicitude do fato, estamos diante de um inimputável, sendo necessária a aplicação de medida de segurança.

No mesmo sentido, afirma Fuhrer (2000, p.141):

> Só está sujeito à aplicação de medida de segurança aquele que não alcança a plena consciência da ilicitude ou, detendo-a, não consegue se portar de acordo com a sua livre vontade. Nestas condições, impor qualquer aspecto aflitivo, peculiar das penas, constituiria ignomínia ímpar, além de grosseira.

A medida de segurança será aplicável em casos de comprovação da inimputabilidade, ou ainda em casos de semi-imputabilidade, quando há necessidade de tratamento especial curativo como forma da substituição da pena. A pena é estabelecida de modo exato, proporcionalmente à culpabilidade do agente, agindo como uma espécie de castigo ou sanção, assentados sobre um juízo de reprovação no que se refere ao delito.

Já a medida de segurança, funciona como outra forma de sanção penal imposta pelo Estado. Sua principal finalidade é afastar o criminoso do convívio social em virtude de sua periculosidade. No que se refere à aplicação da pena ou medida de segurança, o atual Código Penal aplica o sistema "vicariante", sendo interpretado como sistema unitário. Aplica-se somente a pena, ou somente a medida de segurança, não sendo permitido a aplicação conjunta da pena e da medida de segurança.

Existem atualmente duas formas de aplicação de medida de segurança: aos que cometem crimes punidos com pena de detenção, aplica-se a medida de segurança ambulatorial; aos que cometem crimes com pena de reclusão aplica-se a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico.

A redação do artigo 98 do Código Penal prevê que em casos especiais, quando o indivíduo semi-imputável necessita de tratamento especial, a pena

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

privativa de liberdade reduzida em um a dois terços, poderá ser convertida em medida de segurança, com internação em Casa de Custódia (Mirabete, 2005).

O artigo 98 do Código Penal além de mencionar a substituição da pena por medida de segurança em caso de eventual necessidade prevê também que o indivíduo estará submetido às regras do artigo 97 no que se refere à inimputabilidade.

Sendo imposta a medida de segurança, esta será por tempo indeterminado, fixando o

juiz um prazo mínimo de duração, entre um a três anos.

Superando-se o prazo mínimo de cumprimento da medida, haverá a verificação de periculosidade, realizada através de laudo psiquiátrico, sendo em média realizada compulsoriamente de ano em ano.

É de se frisar que na redação do parágrafo 1º do artigo 97 do Código Penal exige um perigo efetivo através de uma periculosidade real, como por exemplo, a possibilidade de cometer novos delitos. Diante da evidente periculosidade de um agente exige-se continuidade da medida de segurança:

Para que o paciente continue internado não basta a probabilidade de que volte a delinquir, que se traduz na periculosidade real, concreta. É necessário que o perigo de novos crimes seja de tal maneira sério e grave que desaconselhe o risco da desinternação. É evidente que o agente propenso exclusivamente a pequenos furtos não ostente a mesma periculosidade que o *serial killer*. E, aqui, falamos de gravidade real para a sociedade (Fuhrer, 2000).

No que se refere ao julgamento dos assassinos em série, não há uma posição adequada na atual legislação penal. É de se frisar que o desajuste não está relacionado à imputação de responsabilidade penal. O *serial killer* dever ser julgado como um imputável, eis que sua capacidade de autodeterminação e seu intelecto são perfeitos. Destarte, sabe direcionar suas ações conforme seu grau de entendimento, e o *serial killer*, entende perfeitamente o caráter ilícito de seus atos.

No entanto, voltando-se à discussão ora levantada, vislumbra-se um desajuste no que se refere à aplicação e cumprimento da pena. Primeiramente, é completamente equívoco o julgamento de um assassino em série como um agente inimputável. Salvo os casos de assassinos desorganizados, estes portadores de doenças mentais, mas que representam número ínfimo das ocorrências de assassinatos, os assassinos organizados, aqueles que possuem transtorno de personalidade antissocial e personalidade psicopática, não figuram como inimputáveis.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ainda, no tocante à aplicação de penalidades, é mais que desajustado a aplicação de medida de segurança ao *serial killer.* Infelizmente, nota-se o grande desconhecimento quando ao instituto da medida de segurança.

Embora pareça ser a solução correta, a medida de segurança esconde perigos que não são notados de imediato. O *serial killer* não é um portador de doença mental, desta forma a medida de segurança, quando aplicada não é adequada eis que o assassino não é passível de tratamento psiquiátrico, sendo esse o primeiro motivo para a inadequação da aplicação. Como segundo motivo, durante o cumprimento da medida de segurança, ocorre a verificação de periculosidade, conforme parágrafos do artigo 97 do Código Penal.

Ainda, recentemente o STJ editou a Súmula de nº 527, onde foi firmado o entendimento de que o tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado.

Nesse liame, não há dúvidas quanto à impossibilidade de julgar o *serial killer* como inimputável, seja pelo não enquadramento como doente mental, seja pela absurda possibilidade de aplicação de medida de segurança. Necessário é saber que medida de segurança não é prisão perpétua.

Por fim, há desajuste ainda no que se refere ao julgamento de um *serial killer* como imputável. Embora a classificação jurídico-penal adequada para um assassino em série, seja de um agente imputável, a aplicação da imputabilidade traz consequências problemáticas.

Primeiramente, o problema se refere à possibilidade de progressão de regime do agente. Os regimes compreendidos nos parágrafos do artigo 33 do Código Penal são o regime fechado, semiaberto e aberto.

Em segundo lugar, mesmo que se faça cumprir o *serial killer,* com a pena ao qual for condenando em sua plenitude, haverá real possibilidade de que o mesmo volte ao convívio social. O artigo 75 do Código Penal prevê 30 anos como o limite máximo de cárcere ao qual um agente possa ser submetido em nosso ordenamento. Ainda a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso XLVII, b, prevê a vedação as penas de caráter perpétuo. É de se frisar que a prisão perpétua é a solução mais adequada para assassinos em série, posicionamento que vem sido adotado em muitos países pelo mundo (Mougenot, 2010, p.155).

Por fim, nada mais adequado para um assassino serial, do que a prisão perpétua, dado ao fato de que são seres irrecuperáveis, portadores de personalidade antissocial, que não aprendem com nenhuma forma de punição, e não absorvem regras sociais, delinquindo sempre que acham oportunidade, parando apenas quando estão presos ou mortos. É diante da apuração constatada durante todo o trabalho, não há punição adequada para um *serial killer* no sistema jurídico penal brasileiro.

CONCLUSÕES

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Como se trata de um tema que gera bastante polêmica, as circunstâncias que envolvem assassinatos em série levantam diversas dúvidas. A personalidade desses agentes foi formatada por fatores de ordem biológicas, psicológicas e sociais, não havendo precisamente uma reposta quanto a real causa e motivação de seus crimes. São seres portadores de personalidade antissocial, deturpadores da ordem, plenamente capazes de se autodeterminarem e compreenderem o caráter ilícito de seus atos. Não possuem doença mental, no entanto, por serem portadores de personalidade antissocial, não são aptos para conviver em sociedade.

É indispensável perante a atitude criminosa de um *serial killer*, a discussão da aplicação de uma pena. Seria um ato hipócrita e de alta irresponsabilidade falar na ressocialização de um serial, sendo este um ser incapaz de arrepender-se de seus atos, e retornar ao convívio social sem que provoque uma diversidade de tragédias. É de extrema necessidade um aprofundado preparo dos profissionais competentes, para que se dê um adequado encaminhamento jurídico aos casos.

A realidade brasileira é desconfortável e desanimadora. De toda forma não há uma política adequada de julgamento dos *serial killers*. O que temos apenas são profissionais sem o mínimo de preparo para esse tipo de situação, uma justiça do 'meio-termo' e um sistema carcerário ineficaz e falido que não regenera ninguém, que dirá um indivíduo que tem personalidade antissocial. Isso nos leva a formular a convicção de que não há no Brasil um julgamento adequado ao assassino serial e também não há uma previsão positiva sobre uma possível mudança de quadro, já que um dos nossos maiores empecilhos está na retrógrada Constituição Federal de 1988.

A aplicação do direito penal e processual penal a indivíduos como assassinos seriais é um demasiado desafio, principalmente quanto à efetiva resposta repressiva e punitiva do Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A APLICABILIDADE DA LEI PENAL AOS SERIAL KILLERS BRASILEIROS. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/51629/a-aplicabilidade-da-lei-penal-aos-serial-killers-brasileiros-aspectos-juridicos-do-assassinato-em-serie>. Acesso em: 12 de jun.2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 13.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CASOY, Ilana. Serial killer: louco ou cruel? 6. ed. São Paulo: Madras, 2004.

CROCE, D. *Manual de Medicina Legal*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FERNANDES, Newton. Criminologia *Integrada*. 2. Ed. São Paulo: RT, 2002.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

FUHRER. M. R. E. *Tratamento da inimputabilidade no direito penal*. São Paulo: Malheiros, 2000.

IMPUTABILIDADE DO ASSASSINO EM SÉRIE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25256/a-imputabilidade-do-assassino-em-serie-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em 14 de mai.2019.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal*.-22 ed.-São Paulo:Atlas, 2005.

MOUGENOT, E. B. *O Julgamento de um Serial killer*. 2ª Ed. São Paulo: Impetus. 2010.

NORRIS, Joel apud CASOY, Ilana. *Serial killer – Louco ou Cruel?*-8.ed.rev. e atual.-São Paulo:Ediouro, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial*.-7 ed. ver. atual. e ampl. –São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PONTE, Antônio Carlos da. *Inimputabilidade e o* processo *penal*. São Paulo: Atlas, 2002.

SILVA, Ana Beatriz B. *Mentes Perigosas: o psicopata mora ao lado*. – Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de direito penal brasileiro*: volume 1: parte geral-9. Ed. ver. E atual.-São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011.

---

[1] Prof. Orientador do Curso de Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

FAKE NEWS: ANÁLISE ACERCA DA NECESSIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO CRIMINAL PELA CONDUTA DA DIVULGAÇÃO DE NOTÍCIAS FALSAS

IASMIN QUEIROZ CORREA: Aluna concludente do curso de Direito 2019 no CIESA/AM.

BERNARDO SILVA DE SEIXAS[2]
(Orientador)

Resumo: A rápida e exponencial disseminação de conteúdo informativo foi, sem dúvidas, um dos grandes adventos da internet. No entanto, a facilidade de comunicação entre os indivíduos criou um campo fértil para a produção de conteúdos inverídicos, incompletos e, muitas vezes, persuasivos, gerando um embate acerca de uma possível responsabilização criminal dos praticantes da produção e divulgação de notícias falsas.

Palavras-Chave: Notícias Falsas. Desinformação. Responsabilidade Criminal. Direito Digital. Direito Penal.

Abstract: The fast and exponential dissemination of informative content was undoubtedly one of the great advents of the internet. However, the facility of communication between individuals has created a fertile ground for the production of unsatisfactory, incomplete and often persuasive content, creating a discussion over the criminal liability of practitioners of production and dissemination of fake news.

Key Words: Fake News. Misinformation. Criminal Liability. Digital Law. Criminal Law.

INTRODUÇÃO

A motivação inicial deste artigo surge, principalmente, por conta do crescimento do uso da internet em grande escala e juntamente com tal fenômeno as chamadas Fake News, também conhecidas como notícias falsas, que tem gerado uma série de prejuízos incalculáveis sob o ponto de vista financeiro e moral, aliados ao clamor social em buscar formas de punir de maneira eficaz os responsáveis por tal prática, ensejando uma discussão acerca da inclusão de um novo tipo no Código Penal Brasileiro, assim como o surgimento de um novo ramo no direito, o Direito digital, que surge juntamente com a discussão em torno da criminalização da conduta de divulgação de notícias falsas como forma de regular essas condutas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Neste sentido, a maior problemática é avaliar se há realmente a necessidade de responsabilização criminal por tais condutas ou se esse controle pode ser feito de outra maneira que não seja a inclusão de um novo tipo penal, uma vez que as opiniões que norteiam o assunto são divergentes e o tema está longe de um posicionamento tanto doutrinário quanto legislativo definitivo.

Para avaliar essa necessidade de responsabilização iremos analisar a relação do direito com a tecnologia, assim como as inovações trazidas pelo Marco Civil da Internet, por meio da Lei nº 12.965/14. Após isso analisaremos a informação, o jornalismo e a indústria de cliques que impulsiona o disseminamento das notícias falsas, as legislações já existentes com relação a responsabilização civil de tais condutas e por fim, os projetos de lei existentes com relação a responsabilização criminal da divulgação de notícias falsas.

1. O Direito, a tecnologia e as ferramentas trazidas pelo Marco Civil da Internet.

O direito, como organismo vivo que é, acompanha e evolui de acordo com as circunstâncias sociais, políticas e econômicas. Nesse sentido, a evolução social trazida pela Informática, fez com que surgisse um novo ramo do direito com o intuito de regulamentar esse novo cenário digital que vem crescendo de forma desenfreada, trazendo benefícios e malefícios. Nesse sentido, o Direito digital surgiu com o principal objetivo de resguardar direito e deveres dos usuários da ferramenta internet.

Na concepção de Willis Filho e Henrique Carnio, pode-se conceituar o Direito Digital da seguinte forma:

> O direito digital é uma disciplina jurídica, com características como a transversalidade e a imprescindível aproximação a campos científicos não jurídicos, que o torna uma espécie de equivalente atual do que outrora, ainda há pouco, foi o direito ambiental. Do que se trata, afinal, é da incidência de normas, jurídicas e outras, no chamado ciberespaço, tanto que em inglês é comumente designado Cyberlaw. (FILHO; CARNIO, 2014, p. 13).

Dentro desse contexto do surgimento do Direito digital e da necessidade de regulamentação deste novo fenômeno social, fora sancionada a lei nº 12.965/14, conhecida como o Marco Civil da Internet, que é a lei que estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para quem usa a Internet no Brasil, bem como impõe obrigações de responsabilidade civil aos provedores e usuários da rede.

O principal objetivo da implementação desta Lei foi o de regulamentar e coibir a prática criminosa online, conhecida como cibercrimes, além de prezar pelos ideais da neutralidade, liberdade de expressão, da privacidade dos usuários e dos direitos humanos, garantindo aos novos meios de comunicação a mesma proteção já garantida aos meios de comunicação tradicionais. Nesse sentido após a entrada de vigor foi possível perceber pouco a pouco a adaptação de nossos tribunais aos regramentos da referida lei, conforme é possível verificar em alguns julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) e pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG).

No que se refere ao presente estudo, o artigo 19 da Lei que instituiu o Marco Civil da Internet traz importante norma referente ao combate e à disseminação de informações falsas:

> Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de Internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.
>
> § 1o A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.
>
> § 2o A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5o da Constituição Federal.
>
> § 3o As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> § 4o O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3o, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que presentes os requisitos de verossimilhança.

Apesar de tal artigo representar um enorme avanço no que diz respeito ao combate e a disseminação de informações falsas, pois trouxe regulamentação expressa para as condutas em questão, é também, alvo de muitas críticas porque ao mesmo tempo em que prevê uma providencia, alguns entendem que ele também dificulta a reparação do dano por conta da dificuldade de acesso ao poder judiciário.

Nesse sentido, Marco Aurélio Florêncio Filho, fez uma acertada reflexão:

> Por fim, e ainda mencionando os efeitos políticos do art. 19 do Marco Civil da Internet, num país que se precisa crescer muito em educação digital (não confundir com acesso à Internet), dificilmente as pessoas ofendidas na Rede Mundial de Computadores conseguirão ter reparado o seu dano, pois sequer conhecem as leis e não têm mecanismos de acesso ao Judiciário. (FILHO, 2014, p. 40).

Em um cenário onde se discute a necessidade de punir condutas que propagam informações falsas, temos também que analisar se a previsão de formas de responsabilização são viáveis e acessíveis, além de poderem realmente surtir efeitos práticos nesse contexto de prevenção e repressão de tais condutas.

1.1 Informação, descrença no jornalismo e a indústria de cliques.

A informação nunca esteve ao alcance de tantas pessoas ao mesmo tempo como acontece nos dias de hoje, e isso foi ainda mais impulsionado pelo crescimento das redes sociais. Vivemos um tempo em que a comunicação avança espantosamente, possibilitando diálogos em tempo real através da tela de um aparelho celular, independentemente de onde este se encontre.

Ocorre que, se por um lado houve crescimento na quantidade de informações que nos circulam, o mesmo não pode ser dito sobre a qualidade de todo esse conteúdo, uma vez que não existem tantos filtros para se verificar a procedência do que é colocado à nossa disposição. Nesse sentido, avaliar a qualidade do jornalismo tanto acadêmico como fora da academia é de extrema

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

importância uma vez há relação direta entre as fakes News e o jornalismo, em alguns casos, de pouca ou nenhuma responsabilidade.

É sabido que, com tantas ferramentas tecnológicas, qualquer pessoa é capaz de receber e produzir informação; e em que pese o caráter benéfico dessa possibilidade, a divulgação de conteúdo é realizada, não raras vezes, sem qualquer responsabilidade, facilitando o ambiente para as *fake news*.

Existem diversos fatores para a criação e propagação de notícias falsas, e um deles é a descrença no jornalismo. Nos dias atuais, verifica-se certa fragilidade na relação entre o jornalismo tradicional (rádio, jornal e televisão) e o público - que vivencia um momento de descrença no jornalismo -porque diversos veículos de imprensa costumam produzir conteúdos em favor de causas político-financeiras, envolvendo interesses estritamente individuais, ao invés de se ater ao conteúdo informativo.

Com a sede pelo conhecimento e informação, o jornalismo sempre foi resumido como a busca de conteúdo que visa investigar, redigir e transmitir notícias, de um canto a outro do mundo, através de diversos veículos de comunicação, tendo como principal finalidade a construção de narrativas fundamentadas na checagem de fatos para inteirar a sociedade.

No entanto, a título de ilustração, podemos lembrar do ano de 2016, no qual as eleições presidenciais americanas chamaram atenção do mundo todo devido às polêmicas envolvendo os candidatos concorrentes. Especialistas apontaram as fake news como peça fundamental para a vitória do então presidente Donald Trump; uma delas, que vale nosso destaque, é a de que o líder religioso cristão**,** Papa Francisco**,** estava apoiando sua candidatura. A rede social Facebook foi inclusive acusada de ter permitido a propagação de notícias falsas prejudiciais à candidatura rival durante a campanha presidencial americana.

Lado outro, quando não produzidas pelos fatores apontados acima, são financiadas pela "indústria de cliques", também conhecida como clickbait - que surgiu do crescimento das mídias sociais, especialmente Facebook e Twitter - a qual visa aumentar a taxa de leitores e de compartilhamento de conteúdo, se aproveitando da ingenuidade e da falta de checagem de informações. Além disso, a escrita e a publicação desse tipo de matéria envolvem autores ocultos que apostam na mentira e no sensacionalismo para impulsionar o número de cliques na internet.

1.2 Origem e conceito das Fake News.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

As notícias falsas, popularmente conhecidas pelo termo importado do inglês, fake news, são uma espécie de neologismo que, embora de uso contemporâneo, *s*urgiu em meados do século XIX, nos Estados Unidos, que são mentiras contadas em forma de notícia com o objetivo de propagar informações inverídicas para atingir algum objetivo.

Vejamos o que diz Owvaldo Giacoia Junior:

> Declarações ambíguas, enviesadas, ou derivadas de enganos são na prática equiparadas a mentiras inventadas pelos mais diversos motivos: ganhar dinheiro dos anunciantes, alcançar resultados eleitorais específicos, formar e influenciar correntes de opinião, induzir metas de políticas públicas, reforçar vínculos de identificação coletiva e, até mesmo, denegrir a imagem de uma coletividade ou segmento social, étnico ou racial. (JUNIOR, 2017, p. 4)

Compreendia, naquele contexto como uma deliberada "desinformação" ou imprecisão jornalística mediante jornal impresso, rádio, e televisão com o objetivo de enganar, persuadir ou confundir determinadas pessoas, a fim de alcançar ganhos financeiros ou políticos. Diversas vezes, vinham acompanhadas de títulos sensacionalistas, excessivos ou claramente falsos para atrair a atenção, e se tornam singularmente perigosas quando empregadas com o propósito de manipular a opinião pública, especialmente em anos eleitorais.

Com a revolução da internet e da tecnologia tornou-se cada vez mais difícil o controle sobre o que é verdadeiro e falso e com relação a procedência das informações obtidas através de uma rede que tem um alcance em massa em questão de minutos. Dessa forma, podemos dizer que um dos mais maiores desafios com relação ao controle dessas informações é utilizar mecanismos de controle e até mesmo repressão de propagação de notícias falsas sem afetar o princípio basilar do nosso ordenamento jurídico que é a liberdade de expressão.

Com o objetivo de tomar alguma medida no sentido de controlar a procedência das informações veiculadas em redes sociais, algumas delas, como a Facebook tomou a iniciativa de adotar algumas medidas, como nos explica

> No combate aos impactos (sociais, jurídicos, políticos e econômicos) negativos das notícias falsas que – em razão da velocidade e visibilidade que alcançam - tem o poder de influenciar eleições, por exemplo, algumas redes sociais, como o Facebook- criaram uma rede de checagem de fatos, as quais contam com os serviços de diversos meios de comunicação, aliados à checadores independentes. No mesmo sentido, o CrossCheck, foi lançado em fevereiro desse ano, com suporte do Google e do Facebook, envolvendo

> várias empresas francesas de mídia, para lutar contra a desinformação. (SÁ, 2017, P. 7)

Dessa forma, é possível observar que algumas medidas já foram tomadas, de forma extrajudicial, para tentar controlar a propagação de notícias falsas, sem no entanto, serem suficientes para disseminar esse fenômeno tão negativo que tem o poder de influenciar diversas situações importantíssimas na nossa sociedade, como as eleições.

2. Enfrentamento Legislativo e Judicial no Brasil.

O Congresso Nacional, impulsionado por acontecimentos relativos à propagação de fake news e visando proteger, sobretudo, a ordem pública no período de eleições, deparou-se com a obrigação de colocar em pauta a responsabilização jurídico-penal por essa prática. Em decorrência disso, foi aberta uma ampla discussão juntamente com a sociedade sobre quais medidas judiciais poderiam ser tomadas para frear a propagação de notícias falsas através, principalmente, dos meios tecnológicos de informação.

Dados apontam que, somente no ano de 2018, ao menos quatro propostas legislativas foram apresentadas ao Senado Federal com o intuito de alterar o Código Penal e incluir uma nova tipificação para quem publica, produz ou compartilha fake news. Dentre as propostas, vale citar as seguintes: o Projeto de Lei 9.554/2018, de autoria do Deputado Pompeo de Mattos, visando alterar o código Penal; e o Projeto de Lei 9.626/2018, de autoria do Deputado Carlos Sampaio, com vistas a alterar o Código Eleitoral; ambos criando crimes para a prática de fake news. A respeito deste tema, discorre o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes:

> O direito de receber informações verdadeiras é um direito de liberdade e caracteriza-se essencialmente por estar dirigido a todos os cidadãos, independentemente de raça, credo ou convicção político-filosófica, com a finalidade de fornecimento de subsídios para a formação de convicções relativas a assuntos públicos. A proteção constitucional às informações verdadeiras também engloba aquelas eventualmente errôneas ou não comprovadas em juízo, desde que não tenha havido comprovada negligência ou má-fé por parte do informador. A Constituição Federal não protege as informações levianamente não verificadas ou astuciosas e propositadamente errôneas, transmitidas com total

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> desrespeito à verdade, pois as liberdades públicas não podem prestar-se à tutela de condutas ilícitas. (MORAES, 2003, p. 548)

Só no começo do mês de junho do ano de 2018, o TSE (Tribunal Superior Eleitoral) já havia tomado diversas decisões sobre o assunto. A Corte Eleitoral assinou um termo de compromisso em conjunto com 10 partidos para uma eleição sem fake news, inclusive determinou que uma página do Facebook removesse do ar notícias indicadas como falsas contra uma pré-candidata à presidência da República. Ademais, recentemente, o presidente do órgão, afirmou ainda que, nas próximas eleições brasileiras, o candidato poderá sofrer punições caso, em sua campanha ficar comprovada a utilização de *fake news.*

Tal sanção tem como escopo evitar a contratação de empresas de tecnologia que, utilizam robôs virtuais que geram, propagam e iludem artificialmente o recurso da notícia falsa para manipular as eleições.

2.1 A responsabilização cível no que tange à prática de fake news.

Refletir sobre responsabilização cível por condutas tais como a de praticar o fake news leva, inexoravelmente, a uma discussão principiológica. Tais discussões fizeram com que juristas argumentassem em diversas direções, e embora exista certa pluralidade de posicionamentos, pode-se assumir que existem uma grande maioria que apoia a responsabilização, ao menos cível, das condutas que propagam notícias falsas.

O fato é que há uma movimentação intensa em torno do tema em todo o mundo no sentido de combater o fenômeno das notícias falsas, tendo inclusive, a União Europeia se posicionado no sentido de estar disposta a regulamentar a questão, principalmente no que tange ao combate e ação repressiva imediata, de modo a tirar notícias inverídicas de circulação rapidamente.

Contudo, antes mesmo de adentrarmos aos principais argumentos adotados por cada uma das correntes escolhidas, vale responder ao questionamento, qual sejam, o que são realmente os bens jurídicos penais.

Sendo assim, trazemos à baila a brilhante lição de Luiz Regis Prado para nos esclarecer a primeira pergunta:

> Bem jurídico é um ente material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> desenvolvimento do homem em sociedade e, por isso, jurídico-penalmente protegido. (PRADO, 2009, P. 44)

Os bens jurídicos penais, portanto, podem ser entendidos como "interesses" nos quais depositamos valores que, de sua tamanha importância, devem ser resguardados pelo Direito Penal, o mais rígido dentre todos. Diante disso, como consequência dessa resposta, é razoável se pensar que a Ordem Pública poderia ser uma das principais justificativas – bens jurídicos – para que fosse criminalizada a conduta de divulgação de notícias falsas. E assim, partindo de uma primeira perspectiva, parece-nos aceitável a ideia de que determinados conteúdos poderiam afastar da sociedade a situação de normalidade, calmaria e incolumidade, onde as coisas acontecem dentro dos padrões esperados.

Surge então o seguinte questionamento: será que toda e qualquer notícia falsa atingiria tão somente a Ordem Pública? A resposta, certamente, deve ser negativa. Não somente a sociedade, coletivamente considerada, poderia vir a ser o polo passivo das notícias falsas. É de extrema relevância, também, levar em consideração a possibilidade das fake news atingirem a honra, a imagem e a intimidade das pessoas, ou seja, os direitos da personalidade.

Com relação aos direitos da sociedade, podemos considerar que há também ofensa aos direitos considerados como difusos, quando ocorre a propagação de notícias falsas, de modo a atingir, nesses casos, direitos transindividuais, ou seja, de pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Nesse sentido, a Lei 8. 078/1990 trata do direito à informação verdadeira como sendo um direito difuso, havendo previsão legal de responsabilidade civil para os casos de violação desses direitos difusos, ações estas previstas na Lei 7.347/1985, em seu artigo 1º.

Temos, também, a previsão legal pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei da ação civil pública, que garante a correção de informação falsa veiculada quando a informação caracterizar um serviço de utilidade pública. Nesse sentido, vejamos o que diz Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho:

> Concretamente, apresenta-se cabível a ação civil pública para postular do poder judiciário a inserção compulsória da notícia verdadeira, sempre que se demonstre que a informação dada pelo órgão da imprensa não tenha sido exata, independente da alegação de prejuízo moral ou patrimonial. (CARVALHO, 2003, p. 113)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Com isso, é possível observar que já existe em nosso ordenamento jurídico uma série de previsões visando a responsabilização cível das condutas de propagação de notícias falsas, estando a discussão, atualmente, em torno da responsabilização criminal dessa conduta tão prejudicial a sociedade como um todo.

3. A corrente apoiadora da criminalização das fake news.

Levando em consideração o fator íntimo e individual, certa gama de juristas defende a criminalização da divulgação de fake news, isso porque muitas vezes, apesar de estarem disponíveis à coletividade, essas notícias dizem respeito à vida privada, ao ambiente familiar, a fatores que não afetam com relevância a vida em sociedade, mas sim a honra e a imagem das pessoas. Nessa seara, vale lembrar que os bens jurídicos da personalidade, tais como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, são protegidos pela Carta Magna.

Além disso, devemos mencionar que um dos argumentos amplamente utilizados por parte da corrente que apoia a criminalização das fake news é sua influencia negativa nas eleições de um modo geral, tendo inclusive, tal fato tomado destaque em 2018, quando a propagação de notícias falsas foi usada amplamente para interferir no resultado das eleições, alterando em muitos casos, a percepção dos eleitores, fato este extremamente grave e que clama da Justica como um todo, mas especialmente da Justiça eleitoral, algum tipo de previsão legislativa para frear tal fenômeno.

Nesse contexto, o Tribunal Superior Eleitoral incluiu o tema na Resolução nº 23.551/17, que dispõe sobre a propaganda eleitoral, utilização e geração do horário gratuito e condutas ilícitas em campanha eleitoral nas eleições. No artigo 33 ela trata da remoção de conteúdo da internet:

> Art. 33. A atuação da Justiça Eleitoral em relação a conteúdos divulgados na internet deve ser realizada com a menor interferência possível no debate democrático (Lei nº 9.504/1997, art. 57-J). § 1° Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, as ordens judiciais de remoção de conteúdo divulgado na internet serão limitadas às hipóteses em que, mediante decisão fundamentada, sejam constatadas violações às regras eleitorais ou ofensas a direitos de pessoas que participam do processo eleitoral. § 2° A ausência de identificação imediata

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> do usuário responsável pela divulgação do conteúdo não constitui circunstância suficiente para o deferimento do pedido de remoção de conteúdo da internet e somente será considerada anônima caso não seja possível a identificação dos usuários após a adoção das providências previstas nos arts. 10 e 22 da Lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet). § 3° A ordem judicial que determinar a remoção de conteúdo divulgado na internet fixará prazo razoável para o cumprimento, não inferior a 24 (vinte e quatro) horas, e deverá conter, sob pena de nulidade, a URL do conteúdo específico. § 4° Em circunstâncias excepcionais devidamente justificadas, o prazo de que trata o parágrafo anterior poderá ser reduzido. § 5° O provedor responsável pela aplicação de internet em que hospedado o material deverá promover a sua remoção dentro do prazo razoável assinalado, sob pena de arcar com as sanções aplicáveis à espécie. § 6° Findo o período eleitoral, as ordens judiciais de remoção de conteúdo da internet deixarão de produzir efeitos, cabendo à parte interessada requerer a remoção do conteúdo por meio de ação judicial autônoma perante a Justiça Comum. § 7° As sanções aplicadas em razão da demora ou descumprimento da ordem judicial reverterão aos cofres da União.

Ponto interessante de ser analisado é o fato de que, por mais que os bens jurídicos violados sejam também individuais, não há menção acerca de necessidade de representação ou de queixa para o início da ação penal relativa às práticas, revelando o intuito de se evitar a impunidade nos casos em que a vítima não se manifestasse o que dá origem às cifras negras, como são chamadas as infrações penais desconhecidas ou não punidas.

Nessa esteira, vejamos o texto constante da justificativa de um dos projetos de lei que visa alterar o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para tipificar o crime de divulgação de notícia falsa:

> A divulgação das chamadas *fake news* (notícias falsas), sobretudo na internet, é conduta cada vez mais comum em nosso país. Esse quadro é preocupante, uma vez que tais notícias deseducam e desinformam a sociedade em assuntos como saúde, segurança pública, economia nacional e política, servindo, frequentemente, como instrumento de manipulação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> da opinião popular. Quando a vítima pode ser identificada, a divulgação de *fake news,* via de regra, configura crime contra a honra (calúnia, injúria ou difamação). Há situações, no entanto, em que embora o dano não possa ser individualizado, o direito difuso de a população receber notícias verdadeiras e não corrompidas é atingido. Ocorre que para estes casos a lei penal não prevê qualquer tipo de punição. Dessa forma, o presente projeto de lei busca criminalizar a divulgação de notícia falsa em que a vítima é a sociedade como um todo. Para tanto, estamos criando um tipo penal que, em linhas gerais, pune a divulgação de notícia falsa que atinge interesse público relevante, prevendo pena mais grave para a divulgação feita pela internet e uma causa de aumento de pena quando o agente visa a obtenção de vantagem, para si ou para outrem. Por entender que a criação do novo tipo penal contribuirá para reprimir e prevenir a divulgação das *fake news*, conclamamos as senhoras Senadoras e os senhores Senadores para discutir, aperfeiçoar e aprovar o presente projeto de lei.

De fato, a estratégia é proteger, ainda que sem o interesse da vítima real, o bem jurídico individual, resguardando subsidiariamente a sociedade, isso porque, infelizmente, há casos em que as fake news, embora direcionadas contra alguém individualmente, são tidas como realidade por toda uma coletividade que, acreditando em informações falsas sobre determinada pessoa, decide fazer justiça com as próprias mãos, como o caso de uma mulher que foi espancada e morta no litoral de São Paulo, em 2014, após a página de uma rede social postar boato de que ela estaria envolvida em sequestro e rituais de bruxaria com crianças.

3.1 Dificuldades na descoberta da autoria e Direito Penal Simbólico.

Muitos doutrinadores que apoiam a corrente do Direito Penal Mínimo afirmam que chegar à verdadeira autoria da conduta da propagação de notícias falsas se mostraria tarefa extremamente difícil, uma vez que o número de compartilhamentos na rede mundial de computadores é incontrolável. Logicamente, punir as pessoas que pura e unicamente compartilham notícias falsas ou inverídicas vai totalmente contra o ideal da responsabilidade penal subjetiva, que procura sempre o verdadeiro autor daquela conduta violadora e que tenha agido, no mínimo, culposamente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

De fato, se pensarmos que o simples compartilhamento de uma notícia falsa pudesse gerar responsabilidade criminal, provavelmente qualquer dos usuários que, inocentemente, compartilham notícias, seriam potencialmente criminosos.

De certo modo, analisando sob o ponto de vista principiológico, a corrente da não-criminalização tenta mostrar que, ainda que certos bens jurídicos sejam atingidos por esse yellow journalism, é perfeitamente possível que outras áreas do Direito possam ser as titulares da tutela desses bens, tais como a Cível e Administrativa.

Há, ainda, quem diga que a atuação do Legislador ao criminalizar o fakenews mostraria a face de um verdadeiro Direito Penal Simbólico que já vem sendo praticado em nosso país.

Para esses, em nada adiantaria um tão rigoroso posicionamento estatal frente a uma conduta fora de controle, ou seja, uma atuação ineficaz do Direito Penal, que deveria se resguardar.

Sobre o Direito Penal Simbólico, Claus Roxin diz:

> Assim, portanto, haverá de ser entendida a expressão "direito penal simbólico", como sendo o conjunto de normas penais elaboradas no clamor da opinião pública, suscitadas geralmente na ocorrência de crimes violentos ou não, envolvendo pessoas famosas no Brasil, com grande repercussão na mídia, dada a atenção para casos determinados, específicos e escolhidos sob o critério exclusivo dos operadores da comunicação, objetivando escamotear as causas históricas, sociais e políticas da criminalidade, apresentando como única resposta para a segurança da sociedade a criação de novos e mais rigorosos comandos normativos penais. (ROXIN, 2000, p. 13)

3.2 Projetos de lei existentes sobre a necessidade de responsabilização criminal pela conduta da divulgação de notícias falsas

O vácuo legislativo com relação a responsabilidade criminal do ato de divulgar notícias falsas é um fato que preocupa grande parte da sociedade e de doutrinadores e profissionais da área do direito e da segurança, uma vez que trata-se de um fenômeno que vem crescendo em larga escala, influenciando resultados

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

até mesmo de eleições, fato estes que tornam importantíssima a discussão em torno do tema e a busca por uma previsão legal que venha a coibir essas condutas.

Utiliza-se para configurar condutas como essa como crime a analogia, analisando o caso concreto e encaixando-o quando possível dentro de um tipo penal já existente, como por exemplo a falsidade ideológica ou os crimes contra a honra. Deste modo, temos uma série de projetos de lei tramitando no Senado e na Câmara com objetivos semelhantes, que é a tipificação da conduta de divulgação de notícia falsa, tornando-a crime com pena prevista em lei.

Com os acontecimentos que nortearam, principalmente, as eleições de 2018, o tema se tornou bastante discutido por toda a sociedade e o meio jurídico, uma vez que a propagação de notícias falsas teve ampla influência no resultado das eleições, fato este que causou extrema preocupação uma vez que tais notícias distorcem o pensamento do eleitor que toma decisões, muitas das vezes, baseados em notícias sem o menor fundamento.

Nesse sentido, surgiram uma série de projetos de lei buscando a responsabilização criminal das condutas em análise, obtendo destaque o Projeto n. 6812/2017 do deputado federal Luiz Carlos Hauly do PSDB/PR. Vejamos a redação do referido Projeto:

> Art. 1º Constitui crime divulgar ou compartilhar, por qualquer meio, na rede mundial de computadores, informação falsa ou prejudicialmente incompleta em detrimento de pessoa física ou jurídica. Penal -detenção de 2 a 8 meses e pagamento de 1.500 (mil e quinhentos) a 4.000 (quatro mil) dias-multa. Art. 2º Os valores decorrentes da imposição da multa a que se refere o artigo primeiro serão creditados à conta do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos -CFDD Art. 3º Esta Lei entre em vigor na data de sua publicação.

Outro projeto de lei que merece destaque é o nº 473/2017, que tramita no Senado, de autoria de Senador Ciro Nogueira do PP/PI, abordando nesse caso, que a proteção das informações se daria apenas em casos de relevante interesse público. Vejamos o artigo 287-a do referido projeto de lei:

> Art. 287-A - Divulgar Notícia que sabe ser falsa e que possa distorcer, alterar ou corromper a verdade sobre informações relacionadas à saúde, à segurança pública, à economia nacional, ao processo eleitoral ou que afetem interesse

> público relevante. Pena – detenção, de seis meses a dois anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave. § 1º Se O agente pratica a conduta prevista no caput valendo- se da internet ou de outro meio que facilite a divulgação da notícia falsa: Pena – reclusão, de um a três anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave. § 2º A Pena aumenta-se de um a dois terços, se o agente divulga a notícia falsa visando a obtenção de vantagem para si ou para outrem.

Por fim, podemos destacar mais três projetos de lei, quais sejam o nº 9533/2018, de autoria do deputado Francisco Floriano do DEM/RJ, o 9931/2018 de autoria da deputada federal Erika Kokay do PT/DF e o 9647/2018, que se destaca uma vez que tem como objetivo a alteração do artigo 18 do Marco Civil da internet para que haja uma responsabilidade cível e criminal para os provedores de conteúdo e de conexão que causarem danos decorrentes do conteúdo gerado por terceiros.

Como é possível observar através da menção de alguns dos projetos de lei em andamento sobre o tema, é que o tema está em discussão latente na atualidade, tendo um número significativo de pessoas que apoiam a responsabilização cível e criminal das condutas de divulgação de notícias falsas.

4. Considerações finais.

Neste breve estudo pudemos analisar, ainda que em síntese, como a evolução da informação, do jornalismo e da internet influenciaram de forma negativa na proligferacao do fenômeno de divulgação de notícias falsas, tornando desta forma, a responsabilização civil e criminal um tema muito discutido pela sociedade e pelos estudiosos do direito.

Foi possível observar que quaisquer que sejam os posicionamentos a serem seguidos, os favoráveis ou não a criminalização desta conduta, uma verdade maior deve prevalecer, que é a de que devemos sempre nos preocupar com o modo pelo qual observamos o sistema jurídico como um todo. O debate deve sempre acontecer, sobretudo quando relacionado ao Direito Penal. Não é de se admitir que a atuação do Legislador se afaste dos ideais de uma sociedade para satisfazer vontades particulares, principalmente quando se diz respeito às normas penais incriminadoras, sob pena de o Direito Penal perder o seu status de subsidiariedade, de rigidez.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O que se deve buscar no âmbito jurídico é uma melhor adequação das normas já existentes, buscando tornarem-se eficazes em coibir a propagação de inverdades, com o intuito de prejudicar alguém, manipular ou obter lucros; tão somente inseri-la no âmbito criminal não irá reduzir a sua incidência, tampouco erradicá-la.

Conquanto o legislador não tenha previsto expressamente à conduta de criação e publicação de fake news, este felizmente estabelece ser de interesse da coletividade o conteúdo disponível na internet, valendo-se pertinente se fazer uso dos princípios gerais do direito utilizados pelo ordenamento jurídico brasileiro, tais como do princípio da analogia, como técnica de integração das lacunas da lei.

Além disso, diante deste contexto verificamos que muito mais do que discussões sobre a criminalização de tais condutas, já temos um enorme avanço que é a existência de projetos de lei nesse sentido, demonstrando que o tema está muito próximo de se tornar pacífico, ao menos quanto ao seu critério legal, através da previsão expressa em lei de responsabilidades criminais para as condutas de divulgação de notícias falsas.

5. Referências

BARRETO, Alesandro Gonçalves. **BRASIL**, Beatriz Silveira. Manual de Investigação Cibernética à Luz do Marco Civil da Internet. Rio de Janeiro. Editora Brasport, 2016.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. Vol. 1. 24 ° edição. Ed. Saraivs Plus, 2018.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 23 de junho de 2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 23 de junho de 2019.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>

CARNIO, Henrique Garbellini; FILHO, Willis Santiago Guerra. Metodologia Jurídica Político-Constitucional e o Marco Civil da Internet: Contribuição ao Direito Digital. In: MASSO, Fabiano D.; ABRUSIO, Juliana; FILHO, Marco A. Marco Civil da Internet: Lei 12.965/2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Cap I, p. 13-26.

CARVALHO, Luiz Gustavo GRANDINETTI Castanho de. Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira. Rio de Janeiro: Renovar; 2003.

CUNHA, Carolina. Desinformação na era da informação: o compartilhamento de mentiras e boatos na internet. Disponível em: <https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/desinformacao-na-era-da-informacao-o-compartilhamento-de-mentiras-e-boatos-na-internet.htm > Acesso em: 01 de setembro de 2019.

CUNHA, Rogério Sanchez. Manual de Direto Penal – Parte Geral. Vol. Único. 6° edição. Editora JusPodivm, 2018.

FERRARI, Pollyana. Como sair das bolhas. Editora Educ. 2018.

FILHO, Flávio Romeu Canton. Desafios à criminalização das Fake News. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/desafios-a-criminalizacao-das-fake-news/> Acesso em: 25 de junho de 2019.

FILHO, Marco Aurélio Florêncio. Apontamentos sobre a liberdade de expressão e a violação da privacidade no marco civil da interet. In: MASSO, Fabiano D.; ABRUSIO, Juliana; FILHO, Marco A. Marco Civil da Internet: Lei 12.965/2014. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. Cap I, p. 27-40.

JÚNIOR, Owvaldo Giacoia. E se o erro e a fabulação do engano se revelarem tão essenciais quanto à verdade? Disponível em: Acesso em: 21 ago. 2019.

LEÃO, Serva. Jornalismo e Desinformação. 2° edição. Editora Senac São Paulo, 2001.

MORAES, Alexandre de. DIREITO CONSTITUCIONAL. 13. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Introducción al derecho penal, 2004.

PRADO, Luiz Regis. Bem jurídico-penal e constituição. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MORAES, Alexandre de. DIREITO CONSTITUCIONAL. 13. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. 25 edição, Buenos Aires, Del Puerto, ano 2000.

SÁ, Nelson De. Como os grandes jornais e as mídias sociais tentam responder à invenção deliberada de fatos. Disponível em: Acesso em: 22 ago. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

WARDLE, Claire. Columbia Journalism. 6 types of misinformation circulated this election season. Disponível em: <https://www.cjr.org/tow_center/6_types_election_fake_news.php> Acesso em: 24 de junho de 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ISENÇÃO TRIBUTÁRIA PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA OU GRAVE DOENÇA: ANÁLISE DA ISENÇÃO TRIBUTÁRIA COMO GARANTIA DA DIGNIDADE HUMANA

ROSÁLIA GUILHERME CAVALCANTE:
Graduando em direito 2019 no CIESA/AM.
TATIANE CAMPELO DA SILVA PALHARES[1]

(Orientadora)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo refletir sobre a importância das isenções tributárias para as pessoas com deficiência ou grave doença de forma a garantir a dignidade humana. Assim como, resguardar todos os direitos previstos em nossa Constituição Federal, tais como: a promoção do bem estar de todos, a igualdade perante a lei, o direito à vida, à liberdade, à segurança, a propriedade e principalmente a proteção integral e social das pessoas com deficiência. Pretende-se como objetivo geral demonstrar as dificuldades encontradas com relação à aplicação e cumprimento de leis de isenção de alguns impostos às pessoas com deficiência ou grave doença e por esse motivo, buscou-se abordar por intermédio do método dedutivo e abordagens teóricas as hipóteses legais previstas em nosso ordenamento jurídico atual, utilizando-se ainda de pesquisa bibliográfica. Verifica-se que as isenções tributárias no tema proposto, precipuamente no que se refere às doenças que não estão inseridas no rol proposto na legislação ainda é muito principiante, fazendo com que seja exigido do poder judiciário, decisões que em muitas vezes, essas pessoas não tem esse tempo para aguardar, deixando de lado a observância essencial dos direitos e principios constitucionais como o princípio da diginidade humana, o direito a saúde e o direito a vida principalmente.

Palavras-chave: Isenções Tributárias. Pessoas com deficiência. Grave doença. Dignidade da pessoa humana, Direito à vida.

ABSTRACT: This article aims to reflect on the importance of tax exemption for people whit deficiency ours serious illness in order to guarantee of human dignity. As well the safeguard all rights provided for in our Federal Constitution, such as: The promotion of the well-being of all, equality before the law, the right to life, liberty, security, property and especially the full and social protection of persons with deficiency. The general objective is to demonstrate the difficulties encountered in relation to the application and enforcement of laws exempting certain taxes to persons with deficiency or serious illness and for this reason, we sought to address through the deductive method and theoretical approaches the legal hypotheses

provided for in our current legal system, also using bibliographic research. It appears that the exemptions in the proposed theme, especially with regard to diseases that are not included in the list proposed in the legislation is still very novice, making decisions of the judiciary that many times these people don't have to wait for, leaving aside the essential observance of constitutional rights and principle of human dignity, the right to health and the right to life mainly.

Keywords: tax exemption. People with deficiency. Serious illness. Human dignity. Right to life.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

INTRODUÇÃO

A temática acerca da isenção de tributos para as pessoas com deficiência ou grave doença vem sendo bastante propalada, não só como o atendimento aos princípios constitucionais previsto em nossa legislação vigente, bem como a busca por entendimento e esclarecimentos do nosso Sistema Tributário Nacional vigente, consequentemente as informações a cerca do tema torna-se bastante relevante para sociedade.

Nesse sentido, o tema do presente artigo aborda se existe uma aplicação satisfatória atualmente em nosso orçamento jurídico da isenção tributária para pessoas com deficiência ou grave doença no tocante a garantia do principio da dignidade humana?

Ao se abordar a problemática do tema em questão, não somente está-se prestando um serviço de informação as pessoas que são diretamente afetadas com alguma deficiência ou grave doença, mas também a seus parentes, amigos, pessoas próximas, porque a situação dessas pessoas afeta a vida econômica e financeira de toda família.

Desta maneira, a lei estabeleceu direitos e garantias a essas pessoas no intento de suavizar o choque e os efeitos ruins e muitas das vezes devastadoras que certas doenças ou deficiências trazem a vida dessas pessoas.

A partir do desenvolvimento argumenta-se que o legislador aplica a isenção conforme uma dispensa do crédito tributário e seguindo um rol taxativo previsto em lei e que procura promover o que sugere o texto constitucional à preservação da dignidade da pessoa humana, assim como sua liberdade e seus direitos individuais.

Preconiza ainda o conceito de pessoa com deficiência, a luz da Constituição Federal e demonstra através de leis o rol das doenças consideradas para isenção no município de Manaus, assim como nas esferas federal, estadual e municipal.

Desta forma, as pessoas com deficiência e graves doenças a cada dia batalham na justiça arduamente para terem seus direitos reconhecidos e em alguns casos felizmente o legislador vem reconhecendo esse rol não mais como taxativo, mais sim como exemplificativo e analisando cada caso especificamente, pois, por se tratarem de pessoas com necessidades especiais e haja vista, os danos funcionais, emocionais, sociais, financeiros e psicológicos causados na vida da pessoa e ainda levando em consideração que existem certos tipos de doenças graves, incuráveis e raras que até mesmo para a medicina ainda é uma incógnita.

A metodologia utilizada será: quanto aos fins uma pesquisa explicativa baseada em comentários e afirmativas, ainda descritiva porque verifica seus pressupostos legais.

Quanto aos meios à pesquisa é bibliográfica devida à fundamentação teórica ser toda embasada em leis, artigos publicados, jornais e revistas.

Havendo a pesquisa elucidada algumas situações de hipóteses de incidência da isenção para as pessoas com deficiência ou grave doença, percebemos que ainda existe muita burocracia e que algumas decisões judiciais ainda encontra-se muita dificuldade na aplicação e correta interpretação da lei para atender a real necessidade dos portadores de deficiência e as pessoas com doença grave o que nos remete ao não atendimento dos princípios constitucionais.

1 ISENÇÃO TRIBUTÁRIA PARA PESSOAS COM DEFICIÊNCIA OU GRAVE DOENÇA GRAVE

A isenção tributária é um ato de dispensa do crédito tributário que tem natureza infraconstitucional e que impede o nascimento de origem do tributo, conforme previsto no art. 175 do Código Tributário Nacional. Sendo assim, preceitua o Código Tributário Nacional e a Constituição Federal que a isenção sempre vai decorrer de lei.

Para a doutrina tradicional, a isenção é uma mera dispensa legal de pagamento de tributo devido, verificando-se em uma situação na qual há legitima incidência, porquanto se deu um fato gerador, e o legislador, por expressa disposição legal, optou por dispensar o pagamento do imposto.

> Art. 175. Excluem o crédito tributário:
>
> I – a isenção;
>
> II – a anistia.
>
> § Único. A exclusão do crédito tributário não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias, dependentes da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> obrigação principal cujo crédito seja excluído, ou dela consequente (BRASIL, 1966).

Deste modo, a isenção e uma exceção a regra, pois os Estados não pode renunciar as receitas recebidas por sua vontade própria, pois elas atendem ao interesse publico. Isto posto, ele dispensa o tributo em beneficio de determinados grupos de pessoas físicas ou jurídicas previstos em lei.

A isenção não deve ser interpretada como a Imunidade, pois, sendo esta uma hipótese de não incidência tributária constitucionalmente qualificada, ou seja, prevista na Constituição, ela limita os poderes dos entes políticos de tributar, já a Isenção é uma hipótese de não incidência decorrente da lei. É a dispensa do tributo devido, feita por disposição expressa da lei.

A lei previu a obrigação tributária de tais tributos, porém a sua eficácia no tocante a satisfação daquela obrigação está suspensa, consistindo então na suspensão da eficácia da norma impositiva.

Uma legislação própria para tributação foi criada somente em 1966, com o Código Tributário Nacional, Lei 5.172 decorrente da Emenda Constitucional 18/66. Isso foi um diploma revolucionário na história do Brasil, por ter conseguido, de forma sucinta, clara e precisa, apresentar alicerces para a construção de uma teoria do tributo e das novas bases para a relação entre fisco e contribuinte (MARTINS, 2005, p. 29-31).

A aplicação da isenção tributária se dá através do princípio da legalidade, sendo ele base do nosso ordenamento jurídico está reservada a lei a obrigação de pagamento dos tributos ou o cumprimento de qualquer dever tributário, ou seja, nenhum tributo será instituído, nem aumentado, a não ser por lei.

A isenção é a dispensa do pagamento de um tributo devido em face da ocorrência de seu fato gerador. Constitui exceção instituída por lei à regra jurídica da tributação (ADI nº 286, Min. Maurício Corrêa).

Sendo assim, a Constituição Federal vigente em seu artigo 155, § 2.º, XII, g", se prontifica sobre as isenções dizendo que só é concedida mediante lei específica fortalecendo o princípio da legalidade:

"Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A isenção tributária vem regrada no Código Tributário Nacional nos artigos 176 a 179 e ainda estão sujeitas a interpretação literal no artigo 111 do Código Tributário Nacional.

Para Rubens Gomes de Souza, "isenção é o favor fiscal concedido por lei, que consiste em dispensar o pagamento de um tributo devido" (SOUZA, 1975, p. 97).

No entanto, o entendimento de José Souto maior Borges é diametralmente oposto à doutrina clássica.

> A incidência da norma isentante tem como necessária contrapartida a não incidência da norma tributária. Nesse sentido, pode-se dizer que a isenção atua como qualquer outra regra excepcional, em face do princípio da generalidade da tributação. Posto a doutrina nem sempre tenha apreendido, com a necessária clareza, essa característica, não tem outro sentido a proposição da Ciência do Direito Tributário de que a regra jurídica de isenção configura hipótese de não incidência legalmente qualificada. A não incidência, aí, é da regra jurídica de tributação, porque a regra jurídica de isenção incide sobre o fato isento e seria absurdo supor-se a existência da regra jurídica que produzisse efeito sem prévia incidência. (BORGES, 2013, p.900).

É pacífico, na jurisprudência, que o despacho que reconhece o direito à isenção individual tem eficácia declaratória e, portanto, retroativa à data em que o contribuinte começou a atender aos requisitos legais: "O ato administrativo de reconhecimento tem efeito declarativo e não atributivo, abrangendo, assim, período anterior à sua expedição" (TFR – AP nº 36.493 – MG – RTFR nº 46, p. 21).

"O ato administrativo que a reconhece é ato declaratório e não constitutivo. O requerimento é pressuposto para o desfrute da isenção, mas não para o seu nascimento. Isenção especial reconhecida desde a vigência da lei que a instituiu no interesse geral, uma vez verificados os seus requisitos legais". (MACHADO, 2018, p.50)

Entretanto, há julgado do STJ que afirma ser necessário, pelo menos, que o contribuinte tenha formulado o requerimento de reconhecimento da isenção, para que se possa cogitar dos efeitos desta.

Esse julgado não contradiz as decisões acima transcritas, segundo a qual o despacho concessivo da isenção tem efeito declaratório, mas exige, para o reconhecimento da isenção, que o contribuinte pelo menos a tenha requerido.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A isenção pode ser revogada a qualquer tempo, hipótese em que os fatos antes "isentos" voltam a fazer nascer o dever de recolher o tributo, podendo a autoridade lançá-lo. Entretanto, caso a isenção tenha sido concedida a prazo certo, e à luz do atendimento de determinadas condições (p. ex., instalação de indústria no Nordeste), essa revogação não pode ocorrer, tendo o contribuinte direito adquirido de fruí-la até o final do prazo correspondente (CTN, art. 178).

Aplicam-se ao despacho que concede isenção individual, no que couberem, as disposições relativas ao despacho que concede moratória individual (CTN, art. 155 c/art. 179).

2 PESSOA COM DEFICIÊNCIA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL/1988 DO DECRETO Nº 3298/1999 E DA CONVENÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA.

A Constituição Federal/88 criou vários preceitos constitucionais que garantem a proteção e os direitos das pessoas com deficiência ou doenças graves que estampa como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III), traz ainda em seu centro diversos direitos fundamentais, dentre eles o direito à saúde. Ao longo da história essas pessoas não tinham seus direitos resguardados e eram chamadas por nomes impróprios como, por exemplo: manco, coxo, aleijado, inválido etc.

As pessoas com deficiência ou doenças graves possuem particularidades com relação às enfermidades que a doença trás para o seu cotidiano e em geral essas doenças são progressivas, degenerativas e podem levar à morte. Além disso, essas pessoas ainda sofrem vários transtornos com sua própria aceitação de uma vida com limitações e como senão bastassem às dificuldades diárias, muitas ainda sofrem com a rejeição da sociedade e muitas vezes dentro da própria família.

A Constituição Federal de 1988 foi um marco importante para os direitos sociais, apresentou diversos dispositivos para proteção das pessoas com deficiência, proporcionando mudanças no tratamento das pessoas com deficiência, e até mesmo visando formas de gerar inclusão social dessas pessoas (LARAIA, 2009).

Hoje, o conceito de deficiência abrange todas as formas de limitações, esse conceito vem passando por diversas transformações ao longo da história, porém antes nem sempre foi assim, pois as pessoas com deficiências sofriam de: abandono, desprezo e rejeição.

> Na saúde, na educação e até mesmo nos critérios de avaliação para receber benefícios do governo, há diferentes definições para deficiência. Regra geral, deficiência pressupõe a existência de variações de algumas habilidades que sejam qualificadas como restrições ou lesões. O que inexiste, no

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> entanto, é consenso sobre quais variações de habilidades e funcionalidades caracterizariam deficiências. (BAMPI; GUILHEM; ALVES, 2010, p. 3).

As pessoas com deficiência são tidas como pessoas impossibilitadas e incapacitadas, por isso, consequentemente essa abordagem sobre a isenção do imposto de renda para as pessoas com deficiência ou doenças graves seria adequada à capacidade de cada contribuinte quanto ao seu pagamento, fundamentando ai a questão humanitária, já que essas pessoas não possuem capacidade para o trabalho, devido aos seus problemas de saúde, não podendo ser comparado com uma pessoa com melhores condições de saúde.

Contudo, após esse breve histórico, a visão sobre a pessoa com deficiência encontra hoje novo padrão, uma nova visão, uma vez que a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que é o primeiro tratado internacional incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, consolidou-se como primeiro tratado internacional com força de norma constitucional.

De acordo com Ana Carolina Del Castilho Juca (2016), elaborada ao longo de 4 anos, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência – 2007 contou com a participação de 192 países membros da ONU e de centenas de representantes da sociedade civil de todo o mundo. Em 13 de dezembro de 2006, em sessão solene da ONU, foi aprovado o texto final deste tratado internacional, firmado pelo Brasil e por mais 85 nações, em 30 de março de 2007, cuja finalidade é proteger os direitos e a dignidade das pessoas com deficiência.

As Partes da Convenção são obrigadas a promover, proteger e assegurar o exercício pleno dos direitos humanos das pessoas com deficiência e assegurar que gozem de plena igualdade perante a lei. Esse texto da convenção foi aprovado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 13 de dezembro de 2006 e promulgado pelo Brasil em 25 de agosto de 2009.

> Dispõe, assim, a Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência: (ONU, 2007, Nova Iork) Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas.

O decreto nº 3298 de 20 de dezembro de 1999 considera a deficiência uma insuficiência que faz com que as estruturas ou funções psicológicas, fisiológicas ou anatômicas sofram alterações e levem assim a pessoa a sofrer restrições ao

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

desempenhar atividades cotidianas consideradas normais e essenciais para o ser humano.

> Art. 4º É considerada pessoa portadora de deficiência a que se enquadra nas seguintes categorias:
>
> I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;
>
> II - deficiência auditiva - perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500HZ, 1.000HZ, 2.000Hz e 3.000Hz;
>
> III - deficiência visual - a cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60o; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores;
>
> IV - deficiência mental - funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:
>
> a) comunicação;
>
> b) cuidado pessoal;
>
> c) habilidades sociais;
>
> d) utilização dos recursos da comunidade;
>
> e) saúde e segurança;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

f) habilidades acadêmicas;

g) lazer;

h) trabalho;

V - deficiência múltipla - associação de duas ou mais deficiências.

Por esta razão, as pessoas com deficiência ou grave doença precisam ter seus direitos resguardados devido ficarem em uma situação de abalo emocional muito grande e dessa forma a sociedade com um todo tem que ter um olhar mais humano sobre essas pessoas, para lhes garantir uma qualidade de vida e a legislação tem o intento de lhes garantir o amparo e a garantias através da isenção do imposto de renda, visando não somente seu acesso à saúde e a vida, mas sim lhe garantir a dignidade da pessoa humana.

Para Pablo Stolze o Estatuto da Pessoa com deficiência trouxe benefícios e proteção para as pessoas com deficiência, afirmando que a nova lei trouxe grande conquista social para tais pessoas por meio da inclusão, resguardados primordialmente o Principio da Dignidade Humana.

3 ESPÉCIES DE IMPOSTOS ISENTOS A LUZ DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL.

O conjunto de normas que compõe nosso sistema tributário brasileiro possui em seu artigo 175, I previsão da abordagem da hipótese de não incidência dos tributos, dispondo assim, como benefícios concedidos através da dispensa de pagamentos de determinados tributos, sendo assim, não é mero privilegio ele encontra amparo em nossa Constituição Federal como instrumento de efetiva concessão de isenção de impostos para as pessoas com deficiência ou grave doença.

Nos casos de isenção de tributos para pessoas com deficiência e enfermidades graves não incidiram tributação sobre:

IPI, ICMS, IPVA, IOF na Compra de veículos: Essas isenções existem para que seja facilitada a locomoção das pessoas com deficiência física ou com alguma dificuldade de locomoção, conforme o artigo nº 72 da Lei nº 8.381/1991. Ficam isentas do IOF as operações de financiamento para a aquisição de automóveis de passageiros fabricados no território nacional de até 127 HP (cento e vinte e sete horse-power) de potência bruta, segundo a classificação normativa da Society of Automotive Engineers (SAE), e os veículos híbridos e elétricos, quando adquiridos por: (Redação dada pela Lei nº 13755, de 2018).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O deficiente condutor, esta isento de IPI, IOF, ICMS, IPVA e Rodizio municipal (deficiência física), já o deficiente não condutor, que tenha deficiência física, visual ou autismo está isento de I.I (Imposto de Importação) e rodizio municipal.

IPI: É um imposto de competência Federal e o seu fato gerador é a base de cálculo e seus contribuintes estão disciplinados nos artigos 46,47 e 51 do CTN. Esta isenção se aplica a aquisição de veículos automotores, abrange os deficientes, físicos, mentais (severos e profundos), visuais, autistas, ainda que menores de 18 anos de idade para aquisição de veículos automotores. Devem obedecer aos requisitos solicitados em lei, sob esclarecimentos da Receita Federal.

Este benefício poderá ser exercido apenas uma vez a cada dois anos, sem limite do número de aquisições, nos termos da Lei nº 8.989/1995. Uma observação é que a isenção de IPI não se aplica as pessoas com doenças graves, somente se essa doença resulte em uma deficiência física, assim ela será aplicada, por exemplo, o caso da neoplasia maligna (câncer), quando a doença implicar os membros superiores ou inferiores e que impeça o doente de dirigir os veículos comuns.

ICMS: É um imposto de competência Estadual, as isenções deste imposto ocorrem por meio de convênios e em decisão unânime, conforme previsão do artigo 1º da Lei Complementar 24/1975 e conforme preceitua o artigo 155, parágrafos 4º e 5º da Constituição Federal.

É concedida apenas para os deficientes condutores habilitados que fica proibido de vender o veículo por dois anos, sob pena do pagamento integral dos tributos. Essa isenção também só se aplica aos veículos nacionais e que cujo valor de venda pelo fabricante não ultrapasse o valor de R$ 70.000,00 (setenta mil reais), conforme Lei Complementar nº 53/1986.

A isenção é solicitada na Secretaria da Fazenda Estadual, conforme o Convênio ICMS 38/2012. E podem requerer a isenção de ICM para veículos novos as pessoas com deficiência física, visual, mental (severa ou profunda) com comprometimento da função física que acarrete a possibilidade total ou parcial para dirigir ou autista com incapacidade para dirigir, diretamente ou por intermédio de seu representante legal, podendo ser o condutor do veículo ou ainda indicar três condutores autorizados pelo requerente para dirigir o veículo.

IPVA: É um Imposto Estadual e cada estado tem sua própria legislação é concedido somente para os deficientes condutores habilitados e somente um veículo em seu nome. No caso do município de Manaus é possibilitada a isenção

para pessoas com deficiência física, portadores de doenças crônicas, esta lista é bem semelhante à de compra de carros para PcD (pessoas com deficiência) e donos de carros antigos (este varia por estado) em nosso estado é a partir de 15 anos de fabricação do veículo.

Outras condições que dão direito à isenção são: Amputação, artrodese, artrite, artrogripose, câncer de próstata pós cirúrgico, doenças do coração, cirurgia da coluna, cirurgia de joelho, cirurgia de punho, cirurgia ou lesão de ombro, condromalacia patelar, deficiência mental, deficiência visual, doença de Parkinson, encurtamento de membros, esclerose múltipla, escoliose acentuada, espondilite anquilosaste, estomias e hérnia de disco.

Outras doenças são: Insuficiência renal, lesão por esforço repetitivo (LER), má formação, mastectomia, nanismo, neuropatias diabéticas, ostomia, paralisia, paralisia cerebral, poliomielite, problemas graves da coluna, prótese de fêmur, prótese interna ou externa, quadrantectomia, HIV, síndrome do túnel do carpo, tendinite crônica, tetraparesia e tetraplegia.

IOF: É um Imposto Federal, seu fato gerador e a sua base de cálculo são descritos nos artigos nº 63 e 64 do CTN, disciplinados pela Lei nº 8.894/1994 e regulamentada pelo Decreto nº 6.306/2007. O artigo 72 da Lei nº 8.383/1991 diz que: São isentas do IOF as operações financeiras para aquisição de automóveis de passageiros de fabricação nacional de até 127 HP de potência bruta (SAE).

A isenção é para as operações financeiras na aquisição de veículos, nos termos do artigo 72, inciso IV, da Lei nº 8.383/1991 e somente será beneficiado por essa isenção somente uma única vez, conforme disposto no parágrafo 1º da Lei.

IPTU: Imposto Municipal, seu fato gerador é a propriedade, conforme o que diz o artigo 32 do CTN. Os municípios pode prever essa isenção em sua Lei Orgânica ou por leis esparsas, cabendo a eles a isenção para pessoas com deficiência ou doenças graves.

No caso do município de Manaus são quatro os casos em que se aplicam a isenção do imposto: Isenção por falta de capacidade contributiva, isenção para portadores de necessidades especiais (pessoas com deficiência), isenção para imóveis localizados no centro histórico e isenção para portador de doença crônica.

IRRF: Imposto federal que tem seu fato gerador na renda, conforme descrito no artigo 44 do CTN. A base de cálculo do imposto é o montante, real, arbitrado ou presumido, da renda ou dos proventos tributáveis.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No que diz respeito a esta isenção a Lei Federal nº 7.713/1988, em seu artigo 6º, incisos XIV e XXI prevê que são isentos do imposto de renda dos rendimentos percebidos pelas pessoas físicas oriundos dos proventos de aposentadoria ou reforma motivada por acidente em serviço e os percebidos pelos portadores de moléstia profissional, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna.

Ainda, cegueira, hanseníase, paralisia irreversível e incapacitante, cardiopatia grave, doença de Parkinson, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, hepatopatia grave, estados avançados da doença de Paget (osteíte deformante), contaminação por radiação.

A síndrome da imunodeficiência adquirida, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída depois da aposentadoria ou reforma; (...) e os valores recebidos a título de pensão quando o beneficiário desse rendimento for portador das doenças relacionadas no inciso XIV deste artigo, exceto as decorrentes de moléstia profissional, com base em conclusão da medicina especializada, mesmo que a doença tenha sido contraída após a concessão da pensão.

Cabe ainda lembrar o artigo 30, parágrafo 2º da Lei nº 9.250/1995, o qual inclui a fibrose cística (mucoviscidose), na relação das moléstias a que se refere o inciso XIV da Lei nº 7.713/1998.

Tarifa de Transporte Público: Tem direito as pessoas portadoras de deficiência física. Há cidades que concedem a gratuidade, inclusive ao acompanhante da pessoa com deficiência que não pode se deslocar sozinho, desde que comprovado por atestado firmado por uma instituição especializada ou serviço da prefeitura municipal.

No município de Manaus tem direito a gratuidade portadores de necessidades especiais de natureza física, auditiva, mental e visual em atividade escolar ou em tratamento reabilitatório, em centros especializados. Ainda, pacientes em tratamento de câncer, insuficiência renal crônica, HIV, hipertensão maligna e hepatopatia crônica, além disso, os idosos maiores de sessenta anos e Conselheiros tutelares do município.

Desconto em Conta de Energia Elétrica: Aplicado apenas aos portadores de doenças graves que recebem renda mensal de até três salários mínimos e incluídas no Cadastro Único de Programas Sociais e cujo tratamento exija o uso contínuo de equipamentos com alto consumo de energia elétrica. Conforme a faixa

de consumo mensal tem seu devido percentual de desconto (Até 30 kmh - 65%, entre 31 kwh w 100 kwh - 40% e 101kwh e 220 kwh -10%).

A amazonas energia informa sobre a TSEE (Tarifa Social de Energia Elétrica) É um benefício social criado pelo Governo Federal para beneficiar as unidades residenciais de famílias com baixa renda. Consiste na redução da tarifa de consumo de energia elétrica em até 65%, para Indígenas e Quilombolas até 100%.

O benefício é regulamentado pela Lei nº 12.212, de 20 de janeiro de 2010 e pelo Decreto nº 7.583, de 13 de outubro de 2011.

Saque do FGTS e do PIS: A tarifa é aplicada também as famílias que tenham alguém com doença ou patologia que precise do uso continuado de aparelhos ou equipamentos elétricos; ou tenha Idoso ou Deficiente que receba o Benefício de Prestação Continuada da Assistência Social – BPC, Lei LOAS, com seu respectivo NB – Número do Benefício. Cada família tem direito ao benefício da Tarifa Social de Energia Elétrica - TSEE em apenas uma unidade consumidora.

O direito ao saque se dá por seu trabalhador ou dependente for portador do vírus HIV, o trabalhador ou dependente dor acometido de neoplasia maligna (câncer), o trabalhador ou seu dependente em estágio terminal, em razão de doença grave, ainda no falecimento do trabalhador ou o titular da conta vinculada tiver idade legal ou superior a setenta anos.

Segundo o artigo 20 da Lei nº 8.036/1990, o saque do FGTS também estará disponível ao trabalhador com deficiência, por prescrição médica que necessita adquirir órtese ou prótese e se faz necessário laudo para atestar a condição e grau de deficiência.

Quitação da Casa própria: A quitação do imóvel financiado por agentes do Sistema Financeiro de Habitação (COHAB, Caixa Econômica Federal e outros bancos privados) normalmente vem condicionada a contratação de um seguro habitacional cujo premio e pago junto com as parcelas mensais do financiamento. Nesse contrato há previsão de uma cláusula prevendo a quitação do saldo devedor nos casos de morte e invalidez permanente do contratante.

Destarte a tantas leis e normas quis o legislador adotar com a isenção desses tributos garantia a aplicação dos direitos fundamentais descritos no artigo 5º da CF e promover a redução das desigualdades sociais e econômicas para dar melhores condições de vida às pessoas acometidas de doenças graves ou deficiência.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

4 AS DIFICULDADES E A FALTA DE CONTROLE EFETIVO PARA CONCESSAO DE ISENCOES TRIBUTARIAS.

Não obstante a concessão de isenções tributárias seja prevista em lei, as pessoas com deficiência e com doenças graves ficam adstritas a obedecerem a uma série de procedimentos para que tenha seu direito resguardado e mesmo assim a falta de um controle efetivo aos preceitos legais deixa a desejar no tocante à burocracia, falta de informação e a corrupção das condutas humanas.

Encontra-se ainda discordância com a isenção de imposto de renda que muitas pessoas desconhecem os direitos a Lei Federal 7.713/88 que assegura a isenção apenas aos contribuintes com alguma enfermidade grave, que recebe aposentadoria, pensão ou reforma (caso de militar), bem como proventos de aposentadorias motivadas por acidente em serviço ou moléstia profissional.

Com relação à Lei Federal 7.713/1988 acima, ela faz parte de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 6025) proposta pela procuradora-geral da República Raquel Dodge, onde o Supremo Tribunal Federal (STF) vai decidir se pessoas com doenças graves que continuam a trabalhar podem ter isenção de Imposto de Renda (IR) sobre o salário recebido na ativa. Hoje, o benefício fiscal é conferido apenas àqueles que já se aposentaram em decorrência de problemas de saúde previstos em lei ou de acidentes de trabalho.

Igualmente, são encontradas dificuldades com relação à assistência médica que pelo Sistema Único de Saúde (SUS) infelizmente é precário, dificuldades ainda no acesso ao devido tratamento, escassez de medicamentos e até mesmo o não atendimento com celeridade da concessão de benefícios o que ocasiona um desgaste físico e emocional muito grande e debilita mais sua condição, aumentando mais suas despesas com remédios e agravando mais sua saúde.

Apesar de a Lei 7.713/88 trazer uma relação das doenças que possibilitam a isenção do Imposto de Renda, percebemos que na prática os contribuintes encontram dificuldades para saber se a enfermidade de que padecem pode ou não ser enquadrada nesse benefício fiscal. Dentre a relação de doenças consta a chamada "moléstia profissional". Que é um termo amplo e que pode abranger qualquer tipo de doença, desde que o trabalho tenha sido a causa desencadeante ou pelo menos agravante da doença.

Entretanto, houve um avanço com relação à burocracia da pessoa ter que provar através de laudo médico sua deficiência ou doença grave, a súmula 598 do STJ diz que: "É desnecessária a apresentação de laudo médico oficial para o

reconhecimento judicial da isenção do imposto de renda, desde que o magistrado entenda suficientemente demonstrado a doença grave por outros meios de prova".

Desta maneira, faz-se necessário ainda sanar irregularidades para concessão desses benefícios de maneira clara e objetiva que visse o melhor interesse das pessoas interessadas e maior controle para aquisição da isenção e revisão dos benefícios para que as leis criadas para proteção dessas pessoas seja realmente efetivada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que o tema sobre isenção tributária nos motiva a perceber o quanto ainda falta melhorar as normas para propiciar uma melhor qualidade de vida das pessoas com deficiência e graves doenças. Empregou-se nesse artigo a metodologia com em fundamentação teórica e análise de pesquisas bibliográficas sobre o tema.

Nesta análise o problema proposto no artigo demonstrou que não existe uma aplicação satisfatória com relação à aplicabilidade das normas de isenção tributária. Pois existe a dualidade de interpretação da norma pelo estado que se contradiz no ponto de arrecadação dos tributos que subsidiam os próprios interesses e não atendem a sua função social.

Sendo assim o estado deveria prezar pelos direitos, dentre eles o mais primordial de todos o Principio da dignidade humana, bem como o artigo 5º que preceitua os direitos e garantias individuais, e ainda 196 da CF "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação".

Diante disso, podemos concluir que a necessidade de aprimoramento das normas para que sejam atendidas as necessidades de todos e que os processos que concedem as isenções sejam mais céleres para que se condiga promover a efetivação dos benefícios a essas pessoais que tanto e necessitam e se promova que elas possam viver suas vidas na plenitude da dignidade humana.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAMPI, L. N. da S. Guilhem, D, & Ales, E. D. (2010, jul/ago). Modelo Social: Uma nova abordagem para o tema deficiência. Ver. Latino-Am. Enfermagem, 18 (4), 1-9. Disponível em http://www.eerp.usp.br/rlae. Acessado em 10 de fevereiro de 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

BORGES, José Souto Maior. Teoria Geral da Isenção Tributária. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

BREMER, Anderson Fiedler. Benefícios fiscais aos portadores de doenças graves e incuráveis. Revista Jus Navegandi, Teresina, ano 15, nº 2697,19 nov.2019. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/17852. Acesso em: 10 de fevereiro de 2019.

BRASIL. Lei nº 7.713 de 22 de dezembro de 1988. Legislação do Imposto de Renda.

BRASIL. Decreto nº 3.298 de 20 de dezembro de 1999. Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência.

BRASIL. Decreto nº 6.949 de 25 de agosto de 2009. Convenção Internacional sobre os Direitos das pessoas com Deficiência.

BRASIL. Decreto nº 20.686 de 28 de dezembro de 1999. Regulamento do Imposto sobre Operações relativas à Circulação de Mercadoria e sobre Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal de Comunicação - ICMS e dá outras providências.

BRASIL. Lei nº 13.146 de 06 de julho de 2015. Lei Brasileira de Inclusão da pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

CANTARELLI, Diogo Felin. Isenção de Impostos para Pessoas com Deficiência e com Doenças Graves. Conteúdo Jurídico: 08 de julho de 2015. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,isencao-de-impostos-para-pessoas-com deficiencia-e-com-doencas-graves,53960.html. Acesso em: 31 de março de 2019.

CONSULPREV. INSS: Lista de doenças graves que não precisam de carência. Conteúdo contábil/jurídico: 10 de junho de 2019. Disponível em: http://www.jornalcontabil.com.br/inss-lista-de-doencas=graves-que-nao-precisam-de-carencia. Acessado em: 08 de maio de 2019.

IRPF – Isenção para portadores de doenças graves; Site Portal Tributário. Disponível em: . Acesso em: 10 de abril de 2019.

LARAIA, M. I. F. A pessoa com deficiência e o direito do trabalho. São Paulo: PUC, 2009.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 38ª. ed. São Paulo: Magalhães Editores, 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Comentários ao código tributário nacional. Coordenado por: Marcelo Magalhães Peixoto, Rodrigo Santos Masset Lacomben. São Paulo: MP Editora, 2005.

REINO, Priscila Arraes. Doença grave, aposentadoria e direitos. Conteúdo Jurídico: 03 de julho de 2019. Disponível em: https://arraesecenteno.co.br/doeca-grave-quais-os-direitos/. Acessado em: 08 de setembro de 2019.

SOUZA, Rubens Gomes de. Compendio de legislação tributaria. 1975, editora resenha tributaria, ano 1975.

NOTA:

---

[1] Professora Mestre e Orientadora deste Artigo. Endereço para acessar este CV: http://lattes.cnpq.br/8597777809090859.

www.conteudojuridico.com.br

A PROPORCIONALIDADE DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA DO ART. 121, §7º, II EM COTEJO COM A PREVISÃO DE MAJORANTE DO ART. 121, §4º, PRESENTES NO CÓDIGO PENAL

FRANCISCO KENNEDY NOGUEIRA DE MORAIS:
Bacharelando do Curso de Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA

FERNANDO BEZERRA DE OLIVEIRA LIMA

(Orientador)

RESUMO: O presente trabalho acadêmico tratou de uma discussão importante sobre a aplicação das disposições penais, amplamente discutidas durante a pesquisa. Pretende-se expor o problema da desproporção legislativa, a fim de fornecer uma sugestão de racionalidade da norma penal. Essa causa do aumento da sentença também reflete a visão imediata e desproporcional do legislador, sempre agravando as punições de qualquer crime quando a vítima tem menos de quatorze ou mais de sessenta anos. Também apoiou-se no discurso que não havia previsão legal para o feminicídio, o que é um erro grave, já que o ato de matar mulheres por motivos femininos já podia ser identificado como um motivo torpe. Na medida em que o resultado é um aumento considerável na sentença e afeta fortemente o Princípio da Proporcionalidade, apresentando-se, prejudicial à sociedade.

Palavras-chave: princípios; proporcionalidade; subjetividade passiva; homicídio; feminicídio; causa de aumento de pena; condição de sexo feminino; qualificadora.

ABSTRACT: The present academic work has dealt with a severe discussion about the application of the penal dispositions largely faced during the research. It was intended to expose the problem of legislative disproportion in order to provide a suggestion of rationality of the penal norm. This cause of increased sentence also reflects the immediacy and disproportionality view of the legislator in always aggravating the punishments of any crime when the victim is under the age of fourteen or over sixty. Also supported in the speech that there was no legal provision for the Feminicide, which is a gross error, since the act of killing women for female reasons could already be identified as an awkward motive. To the extent that the result is a considerable increase in sentence and strongly affecting the Principle of Proportionality, showing legislation harmful to society.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Keywords: principles; proportionality; passive subjectivity; murder; femicide; cause of increase of penalty; female condition; qualifier.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Princípio da Proporcionalidade no âmbito do Direito Penal. 1.1 Princípios Constitucionais do Direito Penal. 1.2 Princípio da Proporcionalidade. 1.3 Proporcionalidade em matéria penal. 2. A disposição do Feminicídio na estrutura do tipo penal do Homicídio. 2.1 Modalidade de Homicídio Qualificado. 2.2 Estrutura da figura típica do Feminicídio. 3. Agravamento da causa de aumento do Feminicídio de vítima menor de 14 anos ou maior de 60 anos. 3.1 Causa de aumento do Art. 121, §4º versus Art. 121, §7º, II. 3.2 Desproporção do agravamento. Conclusão.

Introdução

O presente estudo tem como tema a proporcionalidade da causa de aumento de pena do Art. 121, §7º, II em cotejo com a previsão de majorante do Art. 121, §4º, presentes no Código Penal, face à contemporaneidade da temática e relevância para a ciência do Direito.

Evidencia-se a contribuição desta pesquisa, pois tem o intento de esclarecer a ambiguidade normativa, limitando o problema e trazendo uma única perspectiva lógica para a aplicação da lei. Ademais, para a Academia, irá aprofundar um ponto importante do estudo do tema de Feminicídio com o intuito de esclarecer a normatividade penal.

O debate proposto insere-se na intensificação entre a causa de aumento de pena do Art. 121, §7º, II, do Código Penal, frente ao Art. 121, §4º, também do Código Penal. É objetivo desvelar sua proporcionalidade e a necessidade do diploma criminal prever duas disposições tão similares, uma vez que estes artigos possuem as mesmas circunstâncias de que a idade seja menor de 14 anos ou maior de 60 anos.

Para tanto, o primeiro capítulo terá como tema o princípio da proporcionalidade no âmbito do Direito Penal, sua importância, história e origem constitucional, o papel desenvolvido na orientação e delimitação do comportamento jurídico e sua necessidade para que haja consistência nos diversos diplomas jurídicos existentes. Ainda a ser verificada a consonância desse princípio com os Direitos Humanos, além do pensamento do legislador e sua relação prática com a realidade jurídico-penal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O segundo capítulo tratará da disposição do Feminicídio na estrutura do tipo penal do Homicídio, a aplicação do verbo nuclear do tipo penal, sua estrutura, características e modalidades. Serão abordadas, também, as visões da doutrina e da jurisprudência sobre o assunto, incluindo a controvérsia em relação à natureza jurídica do Feminicídio e sua real necessidade.

No terceiro e último capítulo, será discutido o agravamento da causa de aumento do Feminicídio de vítima menor de 14 anos ou maior de 60 anos, a subjetividade aplicada ao Homicídio e a especificidade do sujeito passivo do crime de Feminicídio. O Art. 121, §4º estabelece que a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos, já o Art. 121, §7º , II impõe que tal causa de aumento baseado na idade da vítima abrange apenas o Feminicídio. Neste intuito, será avaliada a majorante do Art. 121, §4º versus a disposição do Art. 121, §7º, II, ambas do Código Penal e a respectiva desproporção do seu agravamento, sua conciliação com os demais regramentos e realidade jurídica. Daí então, observar-se-á a necessidade do estabelecimento de duas previsões legais muito semelhantes.

1 – Princípio da Proporcionalidade no âmbito do Direito Penal

1.1 Princípios Constitucionais do Direito Penal

Os princípios são enunciados normativos de cunho norteador para o Direito. Representam os valores consolidados no decorrer dos tempos, das revoluções, das culturas, dos erros e o que se aprendeu com eles. Esses princípios gerais usualmente se consolidaram em tratados internacionais, por vezes de direitos humanos, no intuito de acabar com uma guerra, como resposta à regimes ditatoriais, ao senso humano de repúdio à miséria, à violência e à fome.

Uma vez estabelecido o marco balizador, em um documento formalmente reconhecido internacionalmente, esses princípios "migram" para as constituições dos países soberanos, cada um exercendo seu gerenciamento próprio para recepção completa ou parcial destes valores. Não se pode olvidar, que princípios podem ter sua origem no próprio país, relacionados a valores culturais, como anteriormente mencionado. Após essa aprovação, surgem então, o princípios constitucionais, que irão auxiliar na tomada de decisão dos problemas jurídicos existentes. Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2019, p. 222) apud Canotilho demonstram essa ideia

> Sob o rótulo de "princípios da interpretação constitucional" cuida-se de elencar um catálogo do que se poderia designar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> de técnicas e diretrizes para assegurar uma metódica racional e controlável ao processo de interpretação (e aplicação) da constituição e de suas normas (princípios e regras), portanto, auxiliar na construção de respostas constitucionalmente adequadas para os problemas jurídico-constitucionais.

O Direito Penal, como qualquer outro ramo do Direito, guarda suas bases na Constituição Federal, assim como em seus princípios. Não há de se fazer distinção entre os valores constitucionais, penais e processuais penais, mas, em realidade, abstrair a sinergia que a combinação poderosa desses institutos podem fornecer. Esses princípios podem interagir e colidir, afinal, muitos deles estão implícitos, não codificados, daí a importância da interpretação do caso concreto.

O Direito Penal possui princípios próprios, assim como o Direito Tributário, o Direito Civil e o Ambiental mas, assim como todos os demais, recepciona princípios da própria Carta Magna, princípios gerais que se ajustam à necessidade penal e processual penal. Esses princípios tomam forma e personalidade, servindo ao prósito de delinear a estrada principal por onde os penalistas irão percorrer. De acordo com Coêlho (2015, p.19), tem-se

> Os princípios aplicáveis no Direito Penal não são apenas os princípios de natureza estritamente penal, mas também princípios gerais do Direito Constitucional, que se aplicam à matéria penal e a todos os outros ramos do Direito.

Os princípios possuem o papel fundamental de condicionar, orientar, compreender, delimitar e amoldar o comportamento jurídico, constituindo um sistema uníssono. São utilizados quando o tipo legal não se enquadra no caso concreto, necessitando assim de uma visão mais ampla e ao mesmo tempo que não fuja aos preceitos já constituídos e que encontrem guarida nos anseios da sociedade. Conforme assevera Nucci (2019, p. 22)

> O conjunto dos princípios constitucionais forma um sistema próprio, com lógica e autorregulação. Por isso, torna-se imperioso destacar dois aspectos: a) há integração entre os princípios constitucionais penais e os processuais penais; b) coordenam o sistema de princípios os mais relevantes para a garantia dos direitos humanos fundamentais: dignidade da pessoa humana e devido processo legal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

É de particular importância que os princípios estejam voltados para os direitos humanos, a fim de guardá-los de eventuais excessos dos legisladores ou aplicadores da lei. É fato que o Direito Penal constitui o braço mais forte da área jurídica, é a exceção. Embora, nas últimas décadas haja constatação de uma enxurrada de leis de origem duvidosa e de aplicação desnecessária, o ideal é tratar o Direito Penal como direito de reserva, utilizado em última instância de necessidade. Se forem aplicados princípios fundamentais a leis penais realmente necessárias, certamente será alcançado o estado democrático de direito, tão apreciado por todos. Ainda segundo Nucci (2019, p.22), tem-se essa ideia

> O Direito Penal , constituindo a mais drástica opção estatal para regular conflitos e aplicar sanções, deve amoldar-se ao princípio regente da dignidade humana, justamente pelo fato de se assegurar que o braço forte do Estado continue a ser democrático e de direito.

Quando a tipificação penal não mais se adequar aos anseios da sociedade, ou ao interesse de seu legislador, via de regra, se observa a extirpação legal como verificado no art. 214 do Código Penal, que tipificava o crime de atentado violento ao pudor ou o próprio art. 240, também do mesmo diploma, que tipificava o crime de adultério. O objetivo primacial é sempre adequar o Código Penal ao mínimo necessário e não torná-lo enxuto e eficiente.

1.2 Princípio da Proporcionalidade

A proporcionalidade ou razoabilidade para o direito brasileiro, remonta suas raízes do direito americano, que servia de parâmetro para o controle de constitucionalidade e do direito alemão, onde amadureceu sob égide do direito administrativo, atuando como limitador do poder discricionário do Estado. Portanto, desde o nascimento, configura um princípio polivalente, que pode ser usado e dispõe de eficácia em diversos casos e momentos. Barroso (2018, p. 293) esclarece

> O princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade, no Brasil, tal como desenvolvido por parte da doutrina e, também, pela jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, é o produto da conjugação de ideias vindas de dois sistemas diversos: (i) da doutrina do devido processo legal substantivo do direito norte-americano, onde a matéria foi pioneiramente tratada; e (ii) do princípio da

> proporcionalidade do direito alemão. Na sequência se reproduz, objetivamente, a trajetória de cada um desses princípios, até a sua confluência no pensamento jurídico brasileiro.

Do ponto de vista do Poder Legislativo, deveria haver uma preocupação na correlação entre os meios empregados pelo elaborador da norma e os fins almejados. Essa essência deveria estar em cada legislador eleito, uma vez que não havendo lógica na manutenção dos Códigos Penal e Processual Penal, acabarão se tornando uma grande colcha de retalhos, sem congruência ou aplicabilidade, muito menos obedecendo a proporcionalidade. Expõe Prado (2018, p. 259) apud Barroso

> De primeiro, convém observar que, na esfera legislativa, a vertente substantiva do princípio da proporcionalidade impõe a verificação da compatibilidade entre os meios empregados pelo elaborador da norma e os fins que busca atingir, aferindo a legitimidade destes últimos, de forma que "somente presentes essas condições se poderá admitir a limitação a algum direito individual."

Este pensamento é tão importante, que revela grande parte da morosidade jurídica atual, emaranhada em processos que representam histórias sem fim. A lei penal nasce no Congresso Nacional, criação de pessoas eleitas pelo povo. São essas pessoas eleitas que estão aptas a limitar os direitos individuais de todos os demais cidadãos do país, limitam o processo e a materialidade dos fatos. Se essas pessoas não possuem a habilidade necessária, entenda-se conhecimento técnico-legislativo, como serão criadas as leis? Obviamente, não terá estrutura nem nexo entre as diversas leis elaboradas, gerando um complexo vertendo em morosidade e desproporcionalidade.

Pode-se concluir que o objetivo da proporcionalidade, em um primeiro enfoque, seja a justiça. Pois, a fim de tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais, na medida de suas diferenças, inevitavelmente se chegará à proporcionalidade, ao senso médio e comum de entendimento.

Esse vital princípio tem aplicação em vários momentos: na comparação dos crimes, na comparação das penas, na comparação das majorantes e atenuantes. Busca-se do avaliador, ponderação no momento em que aplicará uma penalidade, ou até mesmo poderá relevar a punição. Compartilham deste entendimento, Souza e Japiassú (2015, p. 78)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> O princípio da proporcionalidade objetiva, de imediato, uma justa correlação entre a gravidade do fato perpetrado pelo agente e a sanção penal correspondente. A proporcionalidade deve ser obedecida tanto na elaboração, como na aplicação e na execução da lei penal. Sendo assim, o princípio restará descumprido quando o legislador criar ou majorar determinada figura delitiva, fixando, desproporcionalmente, uma reprimenda penal elevada. Na mesma esteira, quando o julgador aplicar uma sanção penal em quantidade superior às circunstâncias evidenciadas no caso concreto ou, ainda, quando no curso do cumprimento da pena, for imposto ao apenado um regime de cumprimento mais severo do que aquele indicado no caso concreto.

Entretanto, em busca dessa justiça, há confronto com a pergunta mais importante, quer seja: como retratá-la? O que é justiça para um idoso, não necessariamente será para um jovem, a justiça de um deficiente físico pode ser diferente da justiça de um atleta, ainda que, no mesmo convívio social. Mas esse aspecto multifacetário que tem a pena, deve resguardar o interesse do homem mediano, daquela pessoa que considerando o senso comum e as mesmas regras, tomaria a mesma decisão ou semelhante, afunilando o pensamento, busca o interesse social. Assim ensina Andreucci (2018, p.47)

> É certo que o caráter da pena é multifacetário, devendo preservar os interesses da sociedade, através da reprovação e prevenção do crime, sendo também proporcional ao mal causado pelo ilícito praticado.

Na obra de Coêlho (2015, p.19), é disposta uma relação entre o Direito e o Princípio da Proporcionalidade com foco na análise da norma penal. Essa análise demonstra toda a equação quando dispõe que existe uma conduta típica, em um extremo, existe a sanção no outro extremo, tendo o Direito como mediador e utilizando-se da proporcionalidade como ferramenta de implementação da justiça

> Nesse sentido, enquanto instrumento de proteção dos direitos fundamentais, insere-se a relação entre o Direito Penal e o princípio da proporcionalidade, através, principalmente, da análise das normas penais incriminadoras, em que se verifique a correta e adequada medida de sua intervenção na liberdade humana.

Surge então, com base nesses valores, a convicção de que a proporcionalidade integra o Direito, fazendo sempre o cotejo entre a ação tipificada e a sanção imposta. De modo a gerar maior confiança no sistema jurídico vigente. Não há uma fórmula mágica, nem sistema de regras invencíveis, há sim a correta, justa e adequada intervenção da ação humana para essa interpretação.

1.3 Proporcionalidade em matéria penal

A ideia principal da proporcionalidade é buscar o equilíbrio, logicamente. Mas equalizar o trinômio Constituição Federal, Código Penal e o caso concreto, evidencia a necessidade de um Estado criterioso em sua forma de pensar jurídica. A matéria penal precisa ser pensada e estuturada para que tenha flexibilidade e rapidez na solução de suas demandas.

De outra maneira, causará mais problemas que soluções, utilizando-se da burocracia ineficiente para justificar suas desigualdades e injustiças. Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2018, p. 226), apud Mendes e Gonet, apresentam conceito sobre a proporcionalidade

> Com efeito, proporcionalidade e razoabilidade guardam uma forte relação com as noções de justiça, equidade, isonomia, moderação prudência, além de traduzirem a ideia de que o Estado de Direito é o Estado de não arbítrio. Por outro lado, apenas na aplicação desses princípios (e critérios) é que se logra obter a construção de seu significado legitimação e alcance, pois a cada situação solucionada amplia-se o âmbito de sua incidência.

O fato de a mutação ser constante no ordenamento jurídico acarreta certos desconfortos a partir do momento que os legisladores decidem positivar todos os "problemas" sociais. Ora, como as malfadadas redes sociais acompanham diariamente o trabalho dos legisladores, tem-se a impressão que os mesmos são obrigados a reagir todas vezes que algo incomum ocorre, e a resposta mais rápida é a positivação, a criação de um dispositivo legal que remeta uma sanção para aquele fato socialmente inconveniente. Perde-se nesse momento, em muitas vezes a proporcionalidade e a justiça que deveria fazer-lhe companhia. Destaca-se, o esposado por Olivé et al. (2017, p. 91)

> Toda ideia de justiça exige que exista proporcionalidade entre a gravidade do delito cometido, a entidade da pena ameaçada e a sanção efetivamente imposta. Implica adotar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> soluções legais e jurisdicionais de enorme transcendência dentro de um sistema penal democrática e socialmente orientado. Vivemos em uma época na qual, infelizmente, triunfa um positivismo exacerbado, o que implica o atingimento das garantias penais e processuais. A expansão é notada com frequência nos códigos penais, substantivos e adjetivos. Em um momento como este, a proporcionalidade converte-se no último bastião de defesa contra qualquer excesso ou abuso que se origine da máquina punitiva estatal. Por esse motivo, é um princípio que deve ser permanentemente levado em consideração. Não existirá proporcionalidade se a pena for desmedida com relação ao ataque sofrido pelo bem jurídico, nem tampouco se forem impostas penas iguais para fatos valorativamente diferentes.

Essa mutação jurídica constante, aliada a falta de política criminal coerente, direciona a criação de novas leis e a manutenção das já existentes a uma redundante e, consequentemente, inconsistente malha jurídica. Entende-se a política criminal como conjunto de princípios, processos e métodos representados em um sistema coerente com a finalidade de prevenir e reprimir infrações penais. Uma vez estabelecida a política criminal, haveria maior proporcionalidade e justiça na aplicação da lei. Ao mensurar os dois dispositivos abaixo, furto qualificado e lesão corporal gravíssima, ambos do Decreto Lei 2.848 (Brasil, 1940), tem-se a nítida impressão que o legislador não ponderou antes de criar tais diretrizes, ou ainda pior, não tem conhecimento técnico para avaliar suas ações, a seguir disposto:

> Art. 155 Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:
>
> §4º - **A pena é de reclusão de dois a oito anos**, e multa, se o crime é cometido: I - com destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa; II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza; III - com emprego de chave falsa; IV - mediante concurso de duas ou mais pessoas. (BRASIL, 1940)

No primeiro caso é apresentado o crime de furto, presente no Título II do Código Penal, quer seja, crimes contra o patrimônio. Uma conduta, que embora reprovável, não enseja dano físico ao ser humano, o bem que deveria ter maior representatividade em termos de sanção penal. Abaixo, tem-se um crime mais

danoso, do ponto de vista moral, normatizado no §2º do artigo 129 do Decreto Lei 2.848/1940

> Art. 129 Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: §2° Se resulta:
>
> I - Incapacidade permanente para o trabalho; II - enfermidade incuravel; III perda ou inutilização do membro, sentido ou função; IV - deformidade permanente; V – aborto. **Pena - reclusão, de dois a oito anos.** (BRASIL, 1940)

No segundo caso há o crime de lesão corporal gravíssima, presente no Título I do Código Penal, quer seja, crimes contra a pessoa. Incrivelmente, os dois exemplos apresentam cominação legal de dois a oito anos. Então se chega facilmente à conclusão que furtar uma bicicleta qualificado por escalada ou destreza tem o mesmo valor moral que lesionar alguém e retirar-lhe a visão. Indubitável e inexoravelmente imoral essa inexistência de proporcionalidade.

Como explicar a proporcionalidade de um crime contra o patrimônio ter o mesmo peso de um crime contra a pessoa? A vida é interpretada como o bem mais importante a ser preservado, logo, deveria receber uma penalização mais severa que o patrimônio. Não há razoabilidade nesses dois dispositivos integrantes do mesmo diploma legal. Daí a conclusão lógica do dano causado pela falta de uma política criminal sólida e norteadora do processo legislativo de matéria penal. Não se trata de um fenômeno pontual, pelo contrário, é mais comum do que guarda o bom senso, trata-se de um aviltamento dos valores morais, quer seja patrimônio versus ser humano, em nenhum momento é cabível concluir que ao menos cabe comparação. Ao dispor sobre o tema, Nucci (2019, p. 31), explica o comportamento do legislador brasileiro e a razão de sua desídia

> O legislador brasileiro, por falta de adoção de uma política criminal definida, comete vários deslizes no cenário da proporcionalidade, ao cominar penas muito brandas ou excessivamente severas a determinados casos. Ilustrando, ao estabelecer a pena restritiva de direito, consistente em prestação pecuniária (art. 45, §2.º, CP), permite que se fixe uma quantia de pena em salários mínimos, destinada à vítima, a ser descontada em futura indenização civil. Ora, se essa for a única punição, em verdade, o que se faz é antecipar a reparação civil do dano, sem qualquer medida punitiva

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> efetivamente penal. Esse é o lado brando demais demonstrativo da desproporcionalidade.

Analisando o mesmo problema disfuncional, é proporcional a causa de aumento de pena do Art. 121, §7º, II em cotejo com a previsão de majorante do Art. 121, §4º, presentes no Código Penal? Intenta-se esclarecer essa proporcionalidade face a real necessidade pela condição específica de mulher. Para tanto, será elaborado uma diagnose dessas figuras típicas para subsidiar tal discussão acerca da proporcionalidade.

2 – A disposição do Feminicídio na estrutura do tipo penal do Homicídio

O Homicídio consubstancia-se na ação de matar, destruir ou eliminar a vida humana, utilizando-se qualquer meio eficaz para tal tarefa. É um crime de ação livre e pode ser considerado o tipo fulcral dos crimes contra a vida. Verifica-se aqui a ação de um ser humano contra outro ser humano, não pode ser considerado Homicídio a morte por via de causas naturais ou ação contra si mesmo. Podem ser categorizados em dolosos e culposos, sendo que, aquele constitui a mais impactante violação ao senso moral médio da Era Moderna. Estefam (2018, p. 113) apud Hungria fazem referência ao dispositivo

> O Homicídio é o tipo central dos crimes contra a vida e é o ponto culminante da orografia dos crimes. É o crime por excelência. É o padrão da delinquência violenta ou sanguinária, que apresenta como que uma reversão atávica às era primevas, em que a luta pela vida, presumivelmente, se opera com o uso normal dos meios brutais e animalescos. É a mais chocante violação do senso moral médio da humanidade civilizada.

Para que ocorra o Homicídio, há de se considerar que a violação é de vida extrauterina humana, até porque, caso contrário, haveria de ser analisado outro tipo penal, o aborto. Por ser de ação livre, vários métodos podem ser empregados para sua execução. Rios (2018, p.76) esclarece

> O Homicídio consiste na eliminação da vida extrauterina provocada por outra pessoa. A vítima deixa de existir em decorrência da conduta do agente. Este pode realizar o ato homicida pessoalmente, ou atiçando um animal bravio contra a vítima, ou até mesmo valendo-se de pessoa inimputável,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> como no caso de convencer uma criança a jogar veneno no copo da vítima.

Quando se analisa o artigo do Homicídio no Código Penal, encontra-se dentro de suas qualificadoras o Feminicídio, que pode ser entendido como um Homicídio causado contra mulher por razões de sexo feminino quando envolve violência doméstica e familiar, momento em que será aplicado a Lei Maria da Penha. Ainda será qualificado se o(a) autor(a) apresentar menosprezo ou discriminação à condição de mulher, não havendo necessidade de qualquer relação pré-existente neste caso. Gonçalves (2018, p. 85) explica

> De acordo com o inciso VI do art. 121, §2º, do Código Penal, existe Feminicídio quando o Homicídio é cometido "contra a mulher por razões da condição de sexo feminino". Cuida-se, evidentemente, de qualificadora de caráter subjetivo, na medida em que não basta que a vítima seja mulher, sendo necessário, de acordo com o texto legal, que o delito seja motivado pela condição de sexo feminino.

O bem jurídico aqui preservado, no Homicídio ou Feminicídio é a vida humana extrauterina. A própria Constituição Federal consagra em seu Art. 5º, a inviolabilidade do direito à vida. Apresenta-o como um dos principais fundamentos do Estado Democrático de Direito e cabe ao Estado fazer a guarda deste direito.

2.1 – Modalidade de Homicídio Qualificado

Presentes entre os Arts. 61 e 62 do Código Penal, portanto Parte Geral, tem-se as agravantes genéricas, que não estipulam faixas de aumento de pena, mas permite ao julgador, de acordo com sua convicção e senso de proporcionalidade majorar as penas. De outra maneira, presentes na Parte Especial do Código Penal, tem-se as qualificadoras, que são circunstâncias específicas majorantes e obrigatórias a serem aplicadas aos caso existentes. Prado (2017, p. 882) demonstra

> As qualificadoras são circunstâncias legais presentes na Parte Especial do Código Penal. As qualificadoras não se confundem com as circunstâncias agravantes genéricas. Estas se encontram na Parte Geral do Código Penal, incidem sobre o injusto genérico, e não estipulam o quantum do aumento, que fica a critério do prudente arbítrio judicial; as circunstâncias qualificadoras, ao contrário, modificam as

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> margens penais previstas no tipo básico (opera como agravante especial).

O Homicídio qualificado constata-se na presença dessas qualificadoras, circunstâncias específicas e inerentes ao artigo suscitado, tonando-o mais gravoso. No caso do Homicídio caput, a pena é de seis a vinte anos, se for qualificado pelo Feminicídio, há um salto de pena para uma faixa entre doze e trinta anos. A pena mais baixa sofre um acréscimo de 100% e a pena mais alta acresce de 50%. Martinelli e Bem (2019, p. 439) explicam

> Se as circunstâncias agregadas tornam o fato mais grave, as penas são aumentadas e o crime é qualificado. As circunstâncias que qualificam o crime de Homicídio estão previstas no § 2º do Art. 121 do Código Penal. Observe que as penas cominadas à descrição básica, reclusão de seis a vinte anos, são automaticamente alteradas para os limites de reclusão de doze a trinta anos...

No Art. 121 do Código Penal, parágrafo segundo, existem sete incisos que se apresentam como modalidades qualificadoras do Homicídio. Ao categorizar, verifica-se que tem-se nesses sete incisos: (1) motivos do crime, (2) meios e modos de execução, (3) conexão, (4) sexo da vítima, (5) integrantes de órgãos de segurança pública. Sete modalidades agrupáveis em cinco, por matéria. Masson (2019, p. 23) detalha

> O §2.º do art. 121 do Código Penal contém sete incisos e, por corolário, sete qualificadoras. Os incisos I e II relacionam-se aos motivos do crime. Os incisos III e IV dizem respeito aos meios e modos de execução do Homicídio. O inciso V refere-se à conexão, caracterizada por uma especial finalidade almejada pelo agente. Por sua vez, o inciso VI (Feminicídio) vincula-se ao sexo da vítima, e também ao motivo do crime ("por razões da condição de sexo feminino"). Finalmente, o inc. VII liga-se ao delito cometido contra integrantes dos órgãos de segurança pública ou a pessoas a eles vinculadas pelo casamento, pela união estável ou pelo parentesco.

Entendimento similar, mas não tão completo, sobre modalidades qualificadoras do Homicídio tem Theodoro, Bechara e Estefan (2016, p. 343), onde apenas categorizou quatro modalidades, a seguir exposto

> Para qualificar o Homicídio o legislador levou em consideração: 1) os motivos determinantes do crime (fútil e torpe); 2) os meios de execução (veneno, fogo, asfixia, etc.); 3) os modos de execução (traição, emboscada etc.) e 4) a finalidade do agente (assegurar a execução, ocultação, impunidade ou vantagem de outro crime).

Feminicídio, foi o termo construído na década de 2000, no auge de debates em torno da violência contra a mulher e reforçado por orientação da ONU para que seus países membros fossem mais rigorosos ao tratar de violência contra a mulher. Não há de se negar a importância de tal ato, porém o remédio imposto é que causa estranheza. Foi criado o inciso VI do Art. 121 §2º, sendo que já existia no Código Penal o Art. 121 §2º, I, quer seja, outro motivo torpe. Existiam, nesse caso, duas opções: alterava-se o inciso I aplicando redação falando sobre o Feminicídio ou endurecia a aplicação do dispostivo. Não existia necessidade de criar um novo inciso, com regras próprias. Estefam (2018, p. 143) diz

> O termo foi construído para nomear o Homicídio cometido contra a mulher por razões de gênero e surgiu na década de 2000, no bojo do debate em torno da violência endêmica contra vítimas do sexo feminino, observada em diversas partes do mundo. O primeiro documento internacional a adotar a expressão foi as "Conclusões Acordadas da 57ª Sessão da Comissão sobre o Status da Mulher na ONU", datado de 15 de março de 2013. Referida Comissão ressaltou a importância de os países-membros reforçarem sua legislação, para punirem os "assassinatos violentos de mulheres e meninas relacionadas ao gênero".

É de entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal pela compatibilidade entre o texto da Lei Maria da Penha e o disposto na Constituição pelo princípio da igualdade e da proporcionalidade. Este, de fato, não é o problema, é tratativa dada que merece ser analisada, conforme demonstra a ADC 19/DF (grifo nosso)

> ADC 19/DF: ..., **ora se declara implicar a Lei Maria da Penha ofensa aos princípios da igualdade e da proporcionalidade, ora se remete o julgamento das infrações penais praticadas com violência doméstica contra a mulher para os juizados especiais, ora se**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> **determina a aplicação dos institutos despenalizadores previstos na Lei nº 9.099, de 1995, com base na suposta inconstitucionalidade da exceção criada pelo artigo 41 da norma. Em sentido contrário, foram anexados a decisão monocrática proferida pelo Ministro Joaquim Barbosa no Habeas Corpus nº 92.538/SC**, publicada em 2 de janeiro de 2007, e acórdãos do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, a demonstrarem, nesse último caso, a existência de divergência jurisprudencial dentro do próprio tribunal mineiro.

A motivação pela qual essa qualificadora do Feminicídio foi inserida no Código Penal constitui patente dúvida técnica, pois, essa condição de sexo feminino se enquadrava perfeitamente na modalidade do motivo torpe. A explicação somente surge da movimentação política, como explicado anteriormente, faltou ao Legislativo tecnicidade e proporcionalidade. Assim entende Flores e Lopes (2016, p.304)

> Consideramos que se trata de uma qualificadora de caráter subjetivo, pois diz respeito à motivação do crime (por razões da condição de sexo feminino). A nosso ver, tal motivação já podia ser enquadrada na qualificadora do motivo torpe.

Em relação à natureza jurídica do Feminicídio, não há consenso. Existem autores de direita, de esquerda e de centro. Entende-se que existam aspectos objetivos (quanto ao sujeito passivo – mulher) e subjetivos (razões de condição de sexo feminino) e os que entendam que ambos possam coexistir dentro do mesmo instituto. Assim assevera Estefam (2019, p. 144)

> Há divergência doutrinária. Para alguns, se cuida de qualificadora subjetiva, pois ligada à motivação do agente (Damásio) e, para outros, se cuida de circunstância objetiva (Nucci). Em nosso modo de ver, a qualificadora tem natureza mista (objetiva e subjetiva). Explica-se: o aspecto objetivo da circunstância reside no sexo do sujeito passivo, pois a lei é categórica ao exigir que seja a vítima do Feminicídio uma mulher. O elemento subjetivo radica-se em que a conduta deve ser praticada por razões da condição de sexo feminino.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Mais uma vez se questiona a proporcionalidade do legislador quando da confecção das leis. Ao criar essa qualificadora, ele desmembrou do motivo torpe, por decisão política, o Feminicídio e o tratou com a mesma penalidade. Não houve mudança lógica e prática, a não ser tornar o Código Penal um pouco mais extenso. Com esse movimento, o legislador gera redundância de tratamento do mesmo tema pena, sem objetivo lógico. Essa preparação e adequação do legislador tem carência de maior esmero.

2.2 – Estrutura da figura típica do Feminicídio

Analisando a estrutura da figura típica do crime de Feminicídio, de plano tem-se o sujeito passivo, mulher. Destacam Souza e Japiassú (2015, p. 181) que, via de regra, a vítima não recebera maiores preocupações do legislador. Anteriormente, o foco sempre constituía a pessoa do autor do crime. Este tipo penal, ao contrário, se preocupa com a vítima, a condição da mulher enquanto sexo feminino, inovação e tendência legislativa aceitável

> Sujeito passivo, lesado ou vítima é o titular do bem jurídico objeto de lesão ou ameaça. Saliente-se que a pessoa vítima nunca recebeu maiores preocupações por parte da dogmática penal, notadamente quando comparada com a importância destinada ao sujeito ativo do delito. A rigor, coube à Criminologia o resgate do status científico do sujeito passivo do delito, através do ramo científico denominado vitimologia, construindo-se tipologias que, subsequentemente, migraram para o âmbito do Direito Penal.

Ampliando a perspectiva de sujeito passivo do tipo penal, aceita-se hodiernamente que até mesmo o transexual que fizer a cirurgia de sexo e passar a ser considerado mulher no registro civil poderá ter a proteção da lei. Inclusive, o sujeito ativo da violência doméstica pode ser uma mulher (autora) contra um transexual (vítima), desde que seja por razões de condição de sexo feminino, violência doméstica e familiar, menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Testifica Andreucci (2018, p. 689)

> Como ressaltado linhas atrás, até mesmo o transexual que fizer cirurgia de sexo e passar a ser considerado mulher no registro civil poderá ter efetiva proteção da lei. Não se pode olvidar, entretanto, que, para a incidência da lei em referência, deve estar presente o critério espacial tipificante, ou seja, a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> violência deve ocorrer no âmbito da relação doméstica, familiar ou íntima de afeto.

Defende Nucci (2109, p.617) que a condição de sexo feminino, já encontrava morada no Código Penal Art. 121, §4º, no que concerne a pessoa menor de 14 anos ou maior de 60 anos. Outrossim, no parágrafo 7º, o legislador optou por colocar as mesmas regras mas, optando pela possibilidade de aumento da pena de 1/3 para 1/2, também para evitar qualquer argumentação contrária à aplicação do tipo penal

> No tocante à condição da vítima, a parte referente à pessoa menor de 14 (criança/adolescente) e maior de 60 (idoso) já consta como causa de aumento no §4.º do art. 121, in fine. Foi novamente incluída no §7.º, agora com referência exclusiva ao Feminicídio. Há, basicamente, duas razões para tanto: a) evita-se qualquer tentativa de argumentação de que estaria afastada aquela causa de aumento do §4.º, quando se tratasse, especificamente, do feminicidio, visto não ter sido reproduzida no §7.º; b) permite que o legislador conceda ao julgador uma margem maior de aumento; enquanto a causa de aumento do §4.º menciona apenas um terço, esta elevação pode atingir de 1/3 até a metade. Não é preciso dizer que a mulher menor de 14 anos (idade utilizada como padrão para o início da vida sexual livre) e a idosa são mais frágeis, em virtude da idade, assim como a pessoa deficiente. O parâmetro do aumento segue a forma do caso concreto (ex.: criança de tenra idade, sem nenhuma possibilidade de defesa, deve gerar um aumento maior; pessoa muito idosa, igualmente). Associou-se, nesse inciso II a vítima portadora de doenças degenerativas que acarretam condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental. Cuida-se de pessoa equiparada, para fins de defesa frágil, à criança, ao idoso ou ao deficiente.

Importante ainda ressaltar um risco trazido pelo texto legal em relação à condição de sexo feminino, trata-se da presunção de culpa do acusado no caso de Homicídio, principalmente se o autor for homem. É fato que a sociedade brasilheira ainda cultua um viés machista, a prova é tanto que são necessárias leis para proteger especificamente a mulher. Nesse sentido, é preciso particular atenção do magistrado para não incorrer em injustiça. Assim entende Prado (2017, p. 99)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Verifica-se perniciosa transgressão ao princípio da segurança jurídica, uma vez que, qualquer Homicídio praticado contra mulher, fora das relações domésticas e familiares, sobretudo se o sujeito ativo for do sexo masculino, pode dar margem à "presunção" de uma situação de discriminação ou menosprezo.

A Lei Maria da penha, em seu Art. 5º, tecnicamente define os limites da condição de sexo feminino. Isso, é de grande valia para o aplicador da lei, violência doméstica, familiar, menosprezo, discriminação, ação ou omissão, esporadicamente agregadas, ou seja, uma gama de informações que protegem à mulher enquanto integrante da família ou por simplesmente por ser mulher, dos abusos de cidadãos que não têm condições de viver em sociedade e as vitimizam. Capez e Prado (2016, p.253) fazem um apanhado do texto legal

> Consideram-se razões de condição do sexo feminino nos termos do novo §2º-A, quando o crime envolve violência doméstica e familiar e/ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Para buscarmos o real alcance da expressão violência doméstica e familiar contra a mulher, devemos nos valer do conceito expresso no art. 5º, caput da Lei Maria da Penha Ilei n. 11.340/2006): "configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial: I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação."

Definitivamente, nos dias atuais, não merece acolhida ideias e convicções contrárias à orientação e identidades sexuais, muito menos à condição de sexo feminino, devendo o Judiciário, de acordo com os direitos fundamentais da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Constituição brasileira repelir este tipo de comportamento. Andreucci (2018, p. 683) conceitua discriminação no que concerne às mulheres

> Assim é que, para os fins da convenção, a expressão "discriminação contra mulheres" significa toda distinção, exclusão ou restrição fundada no sexo e que tenha por objetivo ou consequência prejudicar ou destruir o reconhecimento, gozo ou exercício pelas mulheres, independentemente do seu estado civil, com base na igualdade dos homens e das mulheres, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

A causa de aumento de pena é a circunstância prevista no Código Penal que pode aumentar a sanção a ser aplicada, não leva a pena para um novo patamar mas apenas cria possibilidades de aumento. Assim entende Nucci (2019, p. 843)

> As causas de aumento e de diminuição, por integrarem a estrutura típica do delito, permitem a fixação da pena acima do máximo em abstrato previsto pelo legislador, como também admitem o estabelecimento da pena abaixo do mínimo. Podem ser previstas em quantidade fixa (ex.: art. 121, §4.º, determinando o aumento de 1/3) ou em quantidade variável (ex.: art. 157, §2.º, determinando um aumento de 1/3 até a metade)

Um ponto de real importância e diferenciação entre as qualificadoras e causas de aumento de pena passa a ser que majorantes, após sua aplicação, podem ultrapassar os limites máximo e mínimo cominados pelo artigo. Souza e Juapiassú (2015, p. 522) comprovam

> Vê-se, assim, que diferentemente do que ocorre com as circunstâncias judiciais e com as agravantes e atenuantes, para as causas de aumento ou de diminuição o legislador prevê a respectiva quantidade de majoração ou minoração punitiva. Outra dessemelhança entre elas é que para as causas de aumento e diminuição a pena aplicada pode ultrapassar, respectivamente, o limite máximo e mínimo cominado para o delito, o que não se verifica com as circunstâncias acima indicadas.

As causas de aumento de pena previstas no Código Penal Art. 121, §4º e Art. 121, §7º, II necessitam de um estudo mais aprofundado e detalhado para entender sua relação de necessidade, visto que, ao entendimento de parte da doutrina, são praticamente iguais, com a mera diferenciação de ter uma majorante severamente mais pesada, de um terço até metade, por aparente conveniência política e ideológica, uma vez que não há a presença da tecnicidade nessa inovação.

3 – Agravamento da causa de aumento do Feminicídio de vítima menor de 14 anos ou maior de 60 anos

O tipo penal do Homicídio em si, é uma análise complexa, com diverss variáveis subjetivas, razão pela qual se entende que não cabe tornar mais complexo algo que já o é. A pena base aplicada ao autor do crime aumenta consideravelmente em relação ao Homicídio simples, assim contesta Yuri Coêlho (2015, p. 470)

> No Homicídio qualificado temos uma hipótese típica em que a pena base aplicada ao autor do crime aumenta consideravelmente em relação ao Homicídio simples, pois passa a pena a ser de 12 a 30 anos de reclusão. São 21 hipóteses, sendo que algumas destas são provenientes de interpretação analógica e podem encerrar uma série de possibilidades que aqui não poderíamos quantificar, mas que surgem das hipóteses não taxativas previstas nesse artigo.

Devido à subjetividade aplicada ao disposto artigo, tem-se um emaranhado de conclusões lógicas, uma delas por exemplo é qualificar o Homicídio contra a mulher por exemplo como motivo torpe, não fosse a existência da figura do Feminicídio em si. Possibilidades existem.

O Feminicídio é qualificado como uma sequência de atos subjetivos, para que haja a imposição de outras qualificadoras, necessariamente elas deverão ter caráter objetivo, pois nesse caso não haverá exclusão recíproca. Diferente entendimento seria qualificar também o Feminicídio, atualmente, como motivo fútil ou motivo torpe, todos de natureza subjetiva.

Em congruência com a subjetividade do artigo tem-se a subjetividade passiva determinada no crime em tela, ou seja, o sujeito passivo aqui estudado é a pessoa humana, mais especificamente a mulher. Esse determinismo afasta, na prática, uma série de outras possibilidades: homossexuais, crianças, homens, mulheres que não foram violentadas em condição da natureza feminina ou discriminação, assim ensina Yuri Coêlho (2015, p. 167)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Sujeito passivo será sempre o titular do bem jurídico lesionado pela conduta descrita na norma. Os titulares dos bens jurídicos podem ser tanto a pessoa humana quanto a pessoa física, assim como a coletividade, a sociedade ou o Estado. No delito de Homicídio, a titularidade do bem jurídico e o sujeito passivo é a pessoa humana, titular do direito à vida enquanto que, no delito de peculato, o titular do bem jurídico é o Estado.

Cabe ressaltar que por ser uma qualificadora subjetiva, caso haja concurso de pessoas, se e somente se, os outros coautores e partícipes tiverem a mesma motivação, poderá haver comunicação da qualificadora com os integrantes do ato.

3.1 – Causa de aumento do Art. 121, §4º versus Art. 121, §7º, II

Inicialmente, observa-se o sujeito passivo do Art. 121 do Código Penal, e é essencial essa delimitação por imposição do Princípio da Legalidade Estrita, não podendo ser aceito analogia *in malam partem*. Não é cabível infligir uma tipificação penal considerando analogias no Direito Penal Brasileiro, cada tipo penal é a representação de uma ação positiva que o Direito deseja sancionar, nessa linha de racioncínio Gustavo Junqueira e Patrícia Vanzolini (2018, p. 291) coadunam com essa ideia.

> b.2) Sujeito Passivo: cada tipo penal é a concretização de uma norma cujo objetivo é proteger determinado bem jurídico. O sujeito passivo material do tipo (ou eventual) é o titular do bem jurídico protegido pela norma proibitiva.

Logo, no Art. 121, §2º , VI, do Código Penal, em sua literalidade, tem-se: contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. Aqui, o legislador intentou tanspassar a ideia de violência doméstica/familiar ou o menosprezo/discriminação à condição de mulher. Claro, de natureza subjetiva e ao arbítrio do magistrado para proceder de acordo com os limites da lei.

Analisando o Homicídio disposto no Código Penal, parágrafo quarto, pondera-se que o legislador tratou na primeira parte do referido artigo sobre a culpabilidade do agente, a inobservância de regra técnica ou se não há imediato socorro à vítima, não busca diminuir as consequências do ato ou evadir-se para evitar prisão em flagrante, culminando em aumento de pena, na proporção de um terço. Assim se faz a leitura no Decreto Lei 2.848 (Brasil, 1940)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> CP Art. 121 §4o No Homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, ou se o agente deixa de prestar imediato socorro à vítima, não procura diminuir as conseqüências do seu ato, ou foge para evitar prisão em flagrante. **Sendo doloso o Homicídio, a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos. (Redação dada pela Lei nº 10.741, de 2003)**

Conforme doutrina, coube pormenorizar que inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício não se confunde com a imperícia, visto que a primeira é quando o autor, embora tenha conhecimento técnico, deliberadamente o desatende. Já a imperícia, é a ausência de habilidade técnica, destreza ou competência no exercício da sua atividade profissional, na avaliação de Luis Prado (2017, p. 102)

> A morte provocada pela inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício não se confunde com a imperícia, (modalidade de culpa). Embora ambas pressuponham a qualidade de habilitação para o exercício profissional, a imperícia vem a ser a incapacidade, a falta de conhecimentos técnicos precisos para o exercício de profissão ou arte.

Na segunda parte do mesmo artigo, grifado, real objeto deste estudo, tem-se as condições do Homicídio doloso, se o crime é praticado contra menor de catorze anos ou maior de sessenta anos com cláusula de aumento de pena de um terço, redação legal criada em 2003.

Em contrapartida, o Art. 121, §7º, II, reporta o Homicídio qualificado pelo Feminicídio e, na leitura do Decreto Lei 2.848 (Brasil, 1940)

> CP Art. 121 §7o A pena do Feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:
>
> **II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos,** com deficiência ou portadora de doenças degenerativas que acarretem condição limitante ou de vulnerabilidade física ou mental; (Redação dada pela Lei nº 13.771, de 2018).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Da mesma maneira, o inciso segundo se divide em duas partes. A primeira parte, em grifo, trata exatamente dos mesmos termos do parágrafo quarto, quer seja, menor de cartorze ou maior de sessenta anos. A segunda parte do inciso trata de deficiência, doença degenarativa ou vulnerabilidade física e mental. Nesse caso, a pena de Feminicídio é aumentada de um terço até a metade. Houve maior preocupação do legislador, além do fato de ser mulher com os menores e os idosos, ainda que não existisse tal necessidade pois já estava presente no parágrafo quarto.

Os dois incisos iniciais do parágrafo sétimo que tratam da gestação ou período inicial pós-parto e Homicídio cometido contra pessoa menor de quatorze ou maior de sessenta anos refletem a iniciativa do legislador em demonstrar a maior reprovabilidade social, por ser demandado vítima em condição especial de vulnerabilidade, adequado entendimento de Luiz Prado (2017, p. 104)

> As duas primeiras causas de aumento de pena recaem sobre o conteúdo do injusto, pois refletem maior reprovabilidade da conduta (desvalor de ação), por se tratar de vítimas em condições especiais de vulnerabilidade.

A diferença basilar existente entre o Art. 121, §4º em relação ao Art. 121, §7º, II é que, no primeiro caso a cláusula de aumento de pena é de um terço, e no segundo caso há uma penalidade razoavelmente maior, variando de um terço até a metade.

Diante de uma eventual dúvida sobre a aplicação penal entre os parágrafos quarto e sétimo, ou *bis in idem* e em virtude do Princípio da Especialidade Penal, deve ser aplicado o parágrafo sétimo, desde que obedeça os requisitos do Feminicídio, ora descritos, sujeito passivo específico em condição do sexo feminino, violência doméstica e familiar, menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Assim explica Marcel Gomes de Oliveira (2019, p. 05)

> Observe ainda que o §7º tem redação similar ao §4º, neste caso, aplica-se pelo critério da especialidade o §7º toda vez que se estiver diante de Feminicídio, nos demais casos de Homicídio doloso quando a vítima for menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos a pena será aumenta de um terço (1/3). Ressalta-se ainda que no §7º o legislador deu maior margem de majoração ao aplicador da lei ao estabelecer que no Feminicídio a pena deva ser aumentada de um terço (1/3) até a metade (1/2).

Ainda que evitando a repetição, cria-se um risco enorme de interpretação, uma vez que, para qualificar como Feminicídio, deve haver intenção e conhecimento específico do autor da condição de mulher da vítima. Quer dizer, a ação passará pelo crivo do magistrado que deverá interpretar as provas e concluir pela solução do problema. Nesse caso, a lei não tipifica como Feminicídio qualquer assassinato de mulheres, caso contrário, estaria fazendo analogia *in malam partem*, interpreta-se o Homicídio como gênero, de forma macro e o Feminicídio como espécie.

Ademais, não bastando criar uma nova cláusula legal no artigo de Homicídio, valorá-lo com pena substancialmente maior, o legislador o incluiu no rol de crimes hediondos. Assim, demonstra a importância e severidade com que o legislador tratou a matéria, elevando-a à máxima potência, buscando com isso cercear ou diminuir a investida criminosa contra o gênero feminino. Assim assevera Elcio Gomes Santos Júnior (2015, p. 10)

> De forma geral, a lei 13.104/15 cria o Feminicídio no ordenamento penal brasileiro e reflete drasticamente no direito penal ao fazer incluir a qualificadora e causas de aumento de pena no crime de Homicídio. Com isso, passa a ser qualificado o Homicídio praticado contra mulher por razões de gênero, também podendo incorrer em causa de aumento de pena de acordo com o caso concreto. Não obstante, a lei não deixou de constar que a novel qualificadora deveria ser posta no rol dos crimes hediondos definidos pela lei 8.072/90.

Importante salientar que o legislador não trouxe ao ordenamento jurídico um novo tipo penal. Anteriormente o Feminicídio era tratado pelo próprio Art. 121, porém, como motivo torpe. O Ministro Félix Fischer (2017, REsp) em Recurso Especial endereçado ao Superior Tribunal de Justiça, demonstra em sua análise jurisprudencial que ainda é possível coexistir tanto o Feminicídio e o motivo torpe, decompondo a ação em circunstâncias subjetivas, atreladas ao motivo torpe e circunstâncias objetivas, provenientes do Feminicídio. Dessa forma, o Feminicídio não abandonou definitivamente suas origens, tendo que conviver com os antigos e novos valores

> Considerando as circunstâncias subjetivas e objetivas, temos a possibilidade de coexistência entre as qualificadoras do motivo torpe e do Feminicídio. Isso porque a natureza do motivo torpe é subjetiva, porquanto de caráter pessoal,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> enquanto o Feminicídio possui natureza objetiva, pois incide nos crimes praticados contra a mulher por razão do seu gênero feminino e/ou sempre que o crime estiver atrelado à violência doméstica e familiar propriamente dita, assim o animus do agente não é objeto de análise

A seguinte comparação entre o Art. 121, §4º contra o Art. 121, §7º, II, ambos do Código Penal, é pauta de diversas dicussões doutrinárias, ainda assim, resta ao tempo definir a viabilidade da relação custo/benefício, ou seja, definir se esta ação realmente trará retorno à sociedade ou somente entrará no rol de dispositivos que têm apenas função decorativa no ordenamento jurídico brasileiro.

3.2 – Desproporção do agravamento

Não é aceitável que o agravamento de pena seja utilizado como vingança pública sobre situações pontuais que estremeceram o país pela importância da vítima ou pelo valor simbólico atribuído ao ato. É importante guardar o recato jurídico para que haja ponderação, tecnicidade, justiça e ter compatibilidade com o arcabouço jurídico já existente.

Ademais, quando o dispositivo penal não guarda consonância com todo o ordenamento, deve ser removido por vício de inconstitucionalidade. Assim, se resguardará futuramente de redundâncias e inconsistências. Verdadeiras lacunas e labirintos jurídicos que irão prover insegurança nas decisões. Defende a tese, Pedro Franco de Campos (2016, p. 130)

> n) Princípio da proporcionalidade. "Quando a criação do tipo penal não se revelar proveitosa para a sociedade, estará ferido o princípio da proporcionalidade, devendo a descrição legal ser expurgada de nosso ordenamento jurídico por vício de inconstitucionalidade. Além disso, a pena, isto é, a resposta punitiva estatal ao crime, deve guardar proporção com o mal infligido ao corpo social."

Havia a possibilidade, todavia, de alterar o próprio parágrafo 4º, mas como dito anteriormente, o objetivo era causar impacto e delimitar em um único bloco legal toda a carga valorativa pretendida em torno do termo gênero. Importava também ao legislador tratar e considerar o gênero feminino como de maior vulnerabilidade, portanto detentor de maior necessidade de proteção estatal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A respeito do Art. 121, §7º, o aumento de pena é demasiado em relação ao parágrafo quarto. Flagrante então a desproporção da inovação penal, ou seja, ainda que a Constituição Federal afirme que todos são iguais, guardadas as devidas proporções, é possível a criação e implementação de leis para proteger grupos entendidos e pretendidos como minoritários, conforme assenta Simone Grazielle Parreira (2017, p. 05)

> O aumento da pena é realmente considerável, pois altera significativamente as penas do Homicídio qualificado quando a vítima for mulher, nas situações descritas no parágrafo supramencionado.

Na mesma linha de raciocínio, declara Franco de Campos (2016, p. 121)

> No segundo caso – questão etária da mulher vítima –, embora o legislador pudesse fazer um ajuste com o §4º, parte final (aumento de 1/3 da pena quando o sujeito passivo do Homicídio é pessoa menor de 14 ou maior de 60 anos), preferiu aumentar, ainda mais, a sanção no caso de Feminicídio com vítimas na mesma faixa de idade. Certamente por considerá-las com maior vulnerabilidade. Tal circunstância, para ter incidência, exige conhecimento do sujeito ativo.

Seria, então, desnecessário ter duas causas de aumento de pena. Não é opinião uníssona da doutrina, mas abordando o tema do ponto de vista da tecnicidade, não há lógica ter no mesmo artigo duas cláusulas que tratem praticamente do mesmo tema, exceto o requisito de estreitar-se o tema de Homicídio para Feminicídio por uma excentricidade legislativa. Conforme entendimento de Elcio Gomes Santos Júnior (2015, p. 10)

> A segunda causa de aumento já se encontra prevista como majorante no art.121, §4º do Código Penal que dispõe que "[...] a pena é aumentada de 1/3 se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) anos ou maior de ~~70 (setenta)~~ anos" (BRASIL, 1940), sendo, portanto, desnecessária.

Essa voracidade do legislador em criar normas, pode, por fim, obliterar ou fazer perder o próprio sentido do Art. 121 do Código Penal, pois a qualquer hora que seja assassinado um estrangeiro, será criado uma qualificadora para o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

estrangeiro. Caso um índio seja assassinado, ter-se-á qualificadora para o índio, criando um círculo vicioso de tentativa e erro. Assim demonstra José Nabuco Filho (2015, p. 05)

> A norma é desnecessária, já que o ato de matar a mulher por razões de sexo feminino já configuraria o Homicídio qualificado por motivo torpe (art. 121, § 2º, I, CP). Faz-se o discurso de que o ato de matar a mulher não teria previsão legal. Não tem previsão específica — como não tem o ato de matar o pai, mãe, filho, homossexual, ou qualquer minoria étnica —, mas a fórmula genérica, "motivo torpe", é suficiente para qualificar tais crimes, quando a condição da vítima é o motivo do crime.

Assim como não existe coerência em se ter duas cláusulas de aumento de pena, não guarda proporção a variação de aumento de pena de um terço até a metade, comparando os dois dispositivos relacionados ao Homicídio e Feminicídio. A conclusão lógica que se tem é que existiu maior força política do que técnica no momento de confecção texto da lei. O dispositivo foi ofertado como uma resposta à sociedade ao imediatismo daquele momento histórico. Compartilha desse pensamento Cezar Bitencourt (2019, p. 104).

> Essa causa de aumento segue a mania do legislador contemporâneo em agravar sempre as punições, de qualquer crime, quando o vitimado for menor de catorze anos ou maior de sessenta. Não deixa de ser uma previsão discriminatória, como se a vida de pessoas nessas faixas etárias, por si só, fosse superior a dos demais mortais. E esse penduricalho pode aumentar: hoje menoridade, velhice, amanhã, quem sabe, desempregado, sem-teto, sem-juízo, incolor etc. De certa forma repete a previsão que já constava no §4º do mesmo Art. 121, embora, nesse parágrafo, o aumento seja fixo de um terço, ao contrário deste, cujo aumento varia de um terço até a metade.

Desta forma, do antigo e do moderno, avalia-se que não há dúvida na aplicação, embora dual, do Art. 121, §4º versus Art. 121, §7º, II. Há, uma desnecessidade, seja inutilidade lógica, seja técnica. Essas e outras discrepâncias jurídicas são verificadas nos diversos códigos e estatutos brasileiros rotineiramente. No entanto, a desproporção em tela evidencia-se das mais inapropriadas. O

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

tratamento penal dispensado pelo §4º já era suficiente para a tutela dos sujeitos passivos do sexo feminino.

Conclusão

O presente trabalho travou uma severa discussão acerca da aplicação dos dispositivos penais largamente enfrentados no decorrer da pesquisa. Pretendeu-se expor o problema da desproporção legislativa de modo a ensejar uma sugestão de racionalidade da norma penal.

Foi levantada como premissa para a pesquisa o Princípio da Proporcionalidade no âmbito do Direito Penal sob a perspectiva de diversos doutrinadores renomados, constitucionalistas ou penalistas. Apreendeu-se que a proporcionalidade guarda um forte viés de noção de justiça, significando que a lei aplicada a um, deve ser aplicada a todos e que a mesma ideia é igualmente válida em relação à proporção dessa aplicação. Em termos práticos é balancear a gravidade do delito cometido e a sanção estatal efetivamente imposta.

O segundo tópico enfrentou a disposição do Feminicídio na estrutura do tipo penal do Homicídio, fazendo um apanhado da estruturação técnica do Art. 121 do Código Penal após a inclusão do Feminicídio como qualificadora. Salienta-se também a mitigação do assunto perante o Supremo Tribunal Federal, conforme assente em Ação Direta de Constitucionalidade e compatibilidade com a Lei Maria da Penha. Contudo, estar em acordo com as demais normas não o exime de tumultuar o entendimento, justamente por sua redundância em redefinir algo que já estava coerente com o ordenamento vigente.

O terceiro capítulo trava o embate entre o agravamento da causa de aumento do Feminicídio de vítima menor de 14 anos ou maior de 60 anos, presentes respectivamente nos parágrafos quarto e sétimo. Observada a escrita dos dois tipos, tem-se a nítida conclusão que a ação foi deliberadamente criada para agravar apena de uma parcela da sociedade, ferindo Princípio da Igualdade e de forma desigual ao definir a sanção, ferindo o Princípio da Proporcionalidade.

O Art. 121, §4º estabelece que a pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é praticado contra pessoa menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos, já o Art. 121, §7º , II impõe que tal causa de aumento baseado na idade da vítima abrange apenas o Feminicídio.

Resta claro o entendimento que a proporcionalidade entre os dois dispositivos estudados, Art. 121, §4º versus Art. 121, §7º, II, não foi criada ou até

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

mesmo aplicada adequadamente. O legislador poderia ter feito um ajuste no parágrafo quarto, parte final, deixando-o como inicialmente estava previsto. Entretanto, resolveu enveredar pela redundância do texto legal revelando uma faceta do legislador moderno em dar como resposta sempre o agravamento de uma sanção penal, ao invés de buscar solucionar o problema na causa-raiz.

Essa causa de aumento de pena, reflete também, a visão imediatista e desproporcional do legislador em sempre agravar as punições de qualquer crime quando a vítima for menor de quatorze ou maior de sessenta anos. Apoiado no discurso de que não havia previsão legal para o Feminicídio, o que é um erro grosseiro, pois o ato de matar mulher por razões de sexo feminino já poderia ser identificada como motivo torpe. Ao fim de que o resultado é um aumento de pena considerável e atingindo fortemente o Princípio da Proporcionalidade, mostrando-se uma legislação nociva à sociedade.

É necessário observar que a tutela das vítimas abrangidas pela causa de aumento de pena do parágrafo 7º do tipo penal de homicídio, qual seja, mulher menor de 14 anos ou maior de 60 anos, em circunstância de Feminicídio, já era suficientemente assegurada pela previsão do parágrafo 4º, do próprio Art. 121 do Código Penal. Portanto, não figurou proporcional a criação de uma intensidade ainda mais rigorosa da consequência penal em hipóteses de Feminicídio, por justamente já haver disposição suficiente que já se revelava razoável para distinguir situação concreta exigente de atuação legislativa robusta. Assim, os casos de Feminicídio já eram absolutamente tratados pela norma penal, ainda quando presentes os requisitos do parágrafo 7º. Posicionamento diverso pode afetar a estrutura do próprio ordenamento penal, o qual deve estar fincado em evidentes critérios de proporcionalidade.

Referências Bibliográficas

ANDREUCCI, Ricardo Antonio – **Legislação penal especial**. 13. Ed. Atual. E amp. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Manual de direito penal.** 12. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. – 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal** : parte especial 2 : crimes contra a pessoa. 19. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

CAMPOS, Pedro Franco de Campos [et. al.]. – **Direito Penal aplicado: parte geral e parte especial do Código Penal**. 6. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

CAPEZ, Fernando; PRADO Stela. **Código penal comentado**. – 7 ed. – São Paulo: Saraiva: 2016.

COÊLHO, Yuri Carneiro. **Curso de direito penal didático**, volume único. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

ESTEFAM, André. **Direito penal, volume 2**: parte especial (arts. 121 a 234-B). 5. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

FILHO, José Nabuco, 2015. **Feminicídio.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu. Disponível em: https://www.usjt.br/revistadireito/numero-3/12-jose-nabuco-galvao-barros-filho.pdf.

FLORES, Andréa; LOES, Jodascil Gonçalves. **Manual de direito penal.** 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. – (Coleção Ícones de Direito / coordenador André Puccinelli Júnior).

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Curso de direito penal**: parte especial (arts. 121 a 183) – volume 2. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação. 2018.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal Esquematizado®: parte especial** – 8. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018 (Coleção esquematizado® / coordenador Pedro Lenza).

JÚNIOR, Elcio Gomes Santos; FRAGA, Thaís Carneiro. **O feminicídio (Lei Nº 13.104, de 9 de março de 2015) no ordenamento jurídico brasileiro como norma penal simbólica**. IDEA Revista. v. 6, n. 1 (2015). Disponível em: http://esamcuberlandia.com.br/revistaidea/index.php/idea/article/download/110/122.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI Patrícia. **Manual de direito penal**: parte geral. 4. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; / BEM, Leonardo Schmitt de. –. **Lições fundamentais do direito penal : parte geral**. 4. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte especial (arts. 121 a 212)** – vol. 2. 12. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ministro Félix Fischer. 2017. Superior Tribunal de Justiça STJ – **Recurso Especial: REsp 1707113 MG 2017/0282895-0**. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/529531812/recurso-especial-resp-1707113-mg-2017-0282895-0.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal**: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. – 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** – 15. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

OLIVÉ, Juan Carlos Ferré et al. – **Direito Penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

OLIVEIRA, Marcel Gomes de. 2019. **Comentários à Lei nº. 13.771 de 2018 – Feminicídio majorado pelo descumprimento de medida protetiva**. Disponível em: http://amdepol.org/sindepo/2019/01/comentarios-a-lei-no-13-771-de-2018-feminicidio -majorado-pelo-descumprimento-de-medida-protetiva/.

PARREIRA, Simone Grazielle; INÁCIO, Cleber Alboy Monaro. **Aspectos Controversos da Lei de Feminicídio**. 2017.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de direito penal brasileiro**: parte especial: volume II. – 2 ed. rev., atual. e reform. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

PRADO, Luiz Regis. Tratado de direito penal: parte geral: volume I. – 2 ed. rev., atual. e reform. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI Luiz Guilherme; MITIDIERO Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. - 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de direito penal**: parte geral, 2. ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A guarda compartilhada como forma de previnir e inibir a alienação parental

FRANCISCA ANDREA PINHEIRO LEITE:
Graduanda em Direito 2019 no CIESA/AM
MARIA LENIR RODRIGUES PINHEIRO[1]

(Orientação)

RESUMO: Hodiernamente com a constante modificação dos costumes sociais tem sido comum os novos padrões de família e a facilidade com que estes se constroem e desconstroem de forma ágil e prática, elevando por conseguinte os índices de divórcio e consequentemente a isso a ocorrência de alienação parental. O presente artigo objetiva analisar a Alienação Parental sob a ótica da guarda compartilhada como meio de prevenir e inibir a ocorrência da alienação. Para elaboração desteforam realizadas pesquisas cientificase de campo, além de análises nas legislações vigentes voltadas aotema, bem como jurisprudências, súmulas, enunciados e entendimentos de casos recorrentes.

Palavras-chave: sociedade; família; alienação parental.

ABSTRACT: Today, with the constant modification of social customs, the new patterns of family have been common and the ease with which they build and deconstruct in an agile and practical way, thereby raising the rates of divorce and consequently to The occurrence of parental alienation. This article aims to analyze Parental alienation from the perspective of shared custody as a means of preventing and inhibiting the occurrence of alienation. For the elaboration of this, scientific and field researches were carried out, in addition to analyses in current legislation on the subject, as well as jurisprudence, suppositions, enunciations and understandings of recurrent cases.

Keywords: Society, Family, Parental alienation.

INTRODUÇÃO

A entidade familiar desde a sua ascendência vem sendo alvo de inúmeros fatores inovadores os quais alteram sua característica original, a qual por longos anos foi padronizada, na opinião de muitos estudiosos sobre o instituto social e familiar isso se dá por esta ser um organismo sociocultural.

A partir das transformações advindas com o tempo a sociedade também mudou e essa mudança ocorreu em um contexto amploque abrange o modo que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

as pessoas se expressam, o modo como se comportam e principalmente o modo como se relacionam, e foi a partir dessas mudanças que o conceito de família e relacionamentos também mudou.

Ao se adequar às realidades sociais apresentada pelas pessoas, a definição de família passou a ser vista sob a ótica pluralista, passando a ser admitido não somente pela sociedade como também pelos órgãos do poder judiciário um extenso leque de modelos de famíliadentre as quais podem ser: família matrimonial, família informal, família monoparental, família Anaparental, família simultânea e etc.

Importante destacar que apesar das transformações apresentadas evidenciar como cenário de caráter considerado positivamente inovador e benéfico, há que se destacar que diante de tanta liberdade estão presentes problemas os quais podem gerar consequências emocionais futuras. Pois, diante da facilidade e liberdade para iniciar e terminar relacionamentos, o índice de separações e divórcios elevou-se de modo alarmante e com isso elevou-se também o número de processos para definição de guarda dos menores advindos desses relacionamentos e o quadro de alienação parental.

A alienação parental é um fenômeno praticado por um dos genitores que devido a não aceitação da separação ou de um novo relacionamento de seu cônjuge, transforma o luto conjugal em sentimento de tristeza, ódio e vingança, inserindo indiretamente estes sentimentos em seus filhos como meio de atingir a outra parte.

O presente artigo tem por objetivo analisar às transformações que a família sofreu ao longo dos anos e retratar a realidade dramática dos divórcios, processos de guarda e ocorrência de alienação parental no direito brasileiro. Além disso, será realizado um estudo sobre a guarda compartilhada como meio de prevenção da ocorrência de Alienação Parental. Para a construção do presente artigo será utilizada a metodologia de pesquisa científica a qual terá como base pesquisas bibliográficas de caráter exploratório e descritivo.

1 HISTÓRICO DO DIREITO DE FAMÍLIA

Ao abordar sobre o tema central do presente artigo considera-se imprescindível que de antemão seja realizado um breve estudo sobre o direito de família. Deste modo, é necessário que se conheça o contexto histórico do instituto familiar e sua evolução até os dias atuais.

1.1 Evolução Histórica

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A família compõe o cenário mundial desde o princípio da humanidade, devido a isso esse instituto se apresenta como papel primordial para a composição das sociedades que ocupam o espaço, tendo em vista que o homem desde sua origem sempre viu necessidade em se ter uma companhia e consequentemente, viver em sociedade.

Em um contexto histórico o presente instituto apresenta sua evolução a partir dos seguintes acontecimentos:

Em meados de 1916, a família funcionava como uma fonte econômica e tinha como sua principal característica o modelo sexista, monogâmico, patriarcal e hierarquizado o qual era influenciado pela colonização portuguesa. Há de se destacar que esta não admitia outro modo de constituir família que não fosse através do casamento, sendo publicamente desvalorizado e discriminado aquele os quais infringiam as regras.

Entretanto, insta informar que, desde a época das sociedades primitivas, a poligamia, pologinia e a poliandria, eram fatores comuns existentes no convívio social. Destaca-se que estes são relacionamentos compostos por vários homens ou várias mulheres de modo conjunto.

Os autores Gagliano e Pamplona Filho corroboram historicamente sobre os padrões de família de tempos atrás da seguinte maneira:

> Na época clássica (Roma), a família tinha uma estrutura patriarcal, onde detinha o total controle da entidade familiar, era como se fosse um organismo fechado, submetido à potesta do *pater familiae*, sendo que os juristas romanos empregavam dois termos à família: em sentido amplo era um conjunto de pessoas descendentes de um parente comum e em sentido estrito era o conjunto de pessoas que estavam sobre a potestas do *pater familiae*. Porém com Justiniano foi abolida essa diferença e o parentesco passou a ser apenas o de sangue, onde as mulheres pertenciam ás famílias ou do marido ou do pai, enquanto não casassem e nas cerimônias religiosas o marido no cerimonial tomava posse da mulher e ela ficava sob a *potesta* do marido e com Constantino, no século IV D.C., dá-se uma nova concepção á família, a concepção cristã, onde a família é formada pelo casal e seus filhos e fundada no sacramento do casamento, trazendo a ideia de igualdade entre os nubentes. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p.59 - 60).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Esse modelo o qual era denominado "patriarcal", ao longo dos anos, passou por modificações as quais são resultantes das desigualdades que ocorrem internamente nas famílias, em consequência do surgimento da liberdade de escolha.

Como transcorrer dos anos houve relevante modificação no modelo de sociedade, e com isso o conceito de família e relacionamento também mudou.

Após 1916, alguns anos depois, ocorria a segunda Guerra Mundial as quais trouxeram consigo o advento de um novo modelo de institucionalização de família. Foi a partir de então que a Constituição Brasileira adentrou no cenário de mudanças.

Sob o olhar de diversos doutrinadores, esta mudança teve início a partir da segunda guerra mundial, a qual trouxe alterações no tocante ao comportamento feminino dentro e fora de casa. Foi a partir de tal acontecimento que a mulher passou a exercer atividades com fins lucrativos, tanto pela necessidade de compor a manutenção da família quanto pelo fato de ter entendido que possuía condições de promover sua própria evolução.

Desde então, já como novo olhar e entendimento adquirido pela mulher, surgiram com naturalidade, maiores relacionamentos em todos os âmbitos, todavia,com maior intensidade e destaque no âmbito profissional e sentimental, os quais deram início no que seria não somente uma grande mudança para o direito de família, mas sim um avanço.

A carta Magna de 1988 da República Federativa Brasileira trouxe em conjunto com o novo cenário, não somente a inserção da mão de obra feminina no mercado de trabalho, mas também um novo conceito de família, passando a defini-la com os preceitos da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade.

No que tange as modificações sofridas, o autor abaixo assevera:

> Três grandes modificações sofridas no Direito de Família com a vigência deste novo parâmetro foram a ampliação das formas de constituição da família, a família pluralizada ou eudemonista, a facilitação da dissolução do casamento e a igualdade de deveres e direitos entre o homem e a mulher na sociedade conjugal (VIGO, 2015, p.1).

Sobre o tema discorre Maria Berenice (2007, p.52-53):

> O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido de busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento altera o sentido da proteção

> jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se interfere da primeira parte do § 8º do artigo 226 da CF: o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram.

Dando continuidade ao assunto, Ana Clara Matos leciona:

> Do ponto de vista legislativo, o advento da Constituição de 1988 inaugurou uma diferenciada análise jurídica das famílias brasileiras. Uma outra concepção de família tomou corpo no ordenamento. O casamento não é mais a base única desta entidade, questionando-se a ideia da família restritamente matrimonial. Isto se constata por não mais dever a formalidade ser o foco predominante, mas sim o afeto recíproco entre os membros que a compõem redimensionando-se a valorização jurídica das famílias extrapatrimoniais (MATOS, 2008, p.35-48).

Com o novo cenário apresentado é notório que a família foi supostamente reciclada durante sua evolução, sobre o assunto Aline Karow suscita:

> A Constituição materializou em alguns artigos uma alavanca de alterações de possibilidades de formação de família, diferentes da tradicional, pelo casamento e ainda expõe que "a família patriarcal foi destronada, nascendo novos conceitos de família, desde a visão básica da comunidade do que é família até as normas jurídicas que tratam das relações familiares (KAROW, 2012, p.2).

A partir de então, as mudanças advindas de modo lega encontram-se descritas nos artigos 226 e parágrafos da Constituição Federal de 1988.

1.2 Conceito de Família

Não há o que se olvidar quando o assunto é as transformações que a entidade familiar já sofreu desde a origem humana no planeta, e essas transformações acompanham também a parte conceitual desse institutotendo em vista que a família é um dos conceitos jurídicos que mais sofreu modificações nos últimos tempos.

O conceito de família evoluiu, de modo contínuo, com o transcorrer dos anos, suportando influência dos poderes econômicos, políticos, religiosos e sociais, os quais vinham seguidos e regidos pelos costumes e tradições locais. O momento que a sociedade vivenciava refletia diretamente no instituto familiar. Neste cenário, o homem não civilizado encontrava-se amplamente subordinado a natureza, com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

isso, inexistia relacionamento afetivo entre homem e mulher o que fazia com que a relação fosse estabelecida pelo simples fator de uma melhor condição de sobrevivência.

Duas teorias predominavam na época acima descrita: a teoria matriarcal e a teoria patriarcal, conforme salienta Belmiro Pedro Welter:

> Duas teorias são invocadas: a primeira, a matriarcal, asseverando que a família é originária de um estágio inicial de promiscuidade sexual, em que todas as mulheres e homens pertenciam uns aos outros; a segunda, a teoria patriarcal, que nega essa promiscuidade sexual, aduzindo que o pai sempre foi o centro organizacional da família (WELTER, 2003, p.33).

Considerando que as relações eram meramente meios para que o ser humano vivesse de modo mais hábil e fácil em relação à condições de sobrevivência, o que se percebe é que durante longos anos as relações sexuais e a procriação eram atos meramente intuitivos. Importante destacar que que um único homem tinha a liberdade de pertencer a várias mulheres e do mesmo modo acontecia com as mulheres. Salienta-se que na ótica de alguns historiadores, este foi o marco inicial do instituto familiar.

O conceito de família dado ao instituto familiar atual surge mais adiante, quando as relações eram compostas de fatores que iam além da finalidade reprodutiva, é quando surge relacionamentos munidos de sentimentos profundos e da vontade de constituir o que denomina-se de família.

É a partir de então que a sociedade passa a ter os primeiros padrões de família, os quais são compostos por um pai, uma mãe e os filhos onde qualquer coisa fora disso significava uma verdadeira afronta a população social e cristã.

O Código Civil de 2002 não atribui à família um conceito único. Um exemplo disso é o que dispõe os arts. 1.829 e 1.839, por exemplo, os quais versam sobre a linha sucessória, atribuindo à família um sentido amplo, que abrange os parentes em linha reta (pais, filhos, netos) e tambémos em linha colateral se estendendo até o quarto grau (irmãos, tios e sobrinhos, primos). Em sentido estrito, tem-se a chama da família nuclear, formada por pais e filhos, considerada na disposição do art. 1.568.

Nodia a dia, a formação familiar se exibe sob um leque de modelos e novos padrões. Alguns utilizam a expressão polimorfismo familiar ao abordar o tema. Ao

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

lado da família conhecida por longos anos como“tradicional”, instituída pelo matrimônio e composta pela união de pais e filhos, há uma série demodelos diversos, sendoalguns deles previstos inclusive no *Jus Positum*, comopor exemplo: a união estável a relação monoparental. E ainda aquelas reconhecidas por forças sociais, tendo em vista que após o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2011, a união homo afetivapassa a ser reconhecida como entidade familiar, buscando a partir de então a afirmação de admissibilidade da conversão, em casamento, desse vínculo entre pessoas do mesmo sexo.

Rolf Madaleno (2015, p.36) corrobora da seguinte maneira acerca das mudanças ocorridas no que concerne ao conceito tradicional de família:

> A família matrimonializada, patriarcal, hierarquizada, heteroparental, biológica, institucional vista como unidade de produção cedeu lugar para uma família pluralizada, democrática, igualitária, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva, construída com base na afetividade e de caráter instrumental.

A partir da complexidade que envolve a noção de famíliaem âmbito jurídico e social, fruto do influxo do leque que a cada dia se estende mais em relação as modificações atreladas à padrões, valores socioculturaise costumes familiares, ocorre grandes conflitos na tentativa de conceituação quanto ao termo “família”. Alguns doutrinadores consideram o termo de fácil “definição”, no entanto, outros consideram o objetivo de difícil alcance, como por exemplo André-Jean Arnaud o qual já chegou a declarar: “... Não se consegue dar uma definição de família...”.

Primeiramente de modo legal a Constituição Federal da República Brasileira (1988, p.1) conceitua família em seu art. 226, a saber: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Ao abordar o tema em tela o qual está diretamente ligado ao instituto familiar e ao direito que lhe rege, considera-se essencial que haja de antemão a conceituação de família através das palavras de renomados doutrinadores, conforme poderá ser atestado a seguir:

Leite conceitua família da seguinte forma:

> A própria palavra “família” tem origem romana, significando *famulus*. Na origem da palavra era tomada como escravo, referindo-se não somente à família, mas igualmente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> aos servos e parentes que se encontravam sob a autoridade do *pater* famílias. (LEITE, 2005, p.23).

Em continuidade a essa parte conceitual discorre Cristiano Chaves (2010, p. 13), segundo referência Roniele Ferreira Netto e Renata Magalhães Ruas da seguinte maneira:

> A família na história dos agrupamentos humanos, é o que precede a todos os demais, como fenômeno biológico e como fenômeno social, motivo pelo qual é preciso compreendê-la por diferentes ângulos (perspectivas científicas), numa espécie de paleontologia social.

Já de acordo com Caio Mário (2007, p. 19):

> Família em sentido genérico e biológico é o conjunto de pessoas que descendem de tronco ancestral comum em senso estrito, a família se restringe ao grupo formado pelos pais e filhos e em sentido universal é considerada a célula social por excelência.

Já a ilustre Maria Helena Diniz discorre sobre a família sob uma ótica de sentido amplo, como todos os indivíduos que estiverem ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade, chegando a incluir estranhos. No sentido restrito é o conjunto de pessoas unidas pelos laços do matrimônio e da filiação, ou seja, unicamente os cônjuges e a prole.

Apartando os elementos considerados parcialmente dispensáveis é possível concluir que o instituto familiar é sobretudo uma instituição social, a qual é mesclada entreum leque de seres humanos, os quais se irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e de convivência ou simplesmente descendem uma da outra.

1.2.1 Filiação e paternidade no direito civil

Tendo em vista as transformações sofridas pelo direito de famílias as quais puderam ser vista nos tópicos anteriores do presente artigo, as quais expõem de maneira clara e objetiva as mudanças de valores que regem a sociedade moderna e consequentemente os novos padrões de família que a compõe, um dos grandes embates que se apresentam após o advento dessas mudanças diz respeito a paternidade e filiação no Direito Civil Brasileiro.

1.2.1.1 Filiação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Advinda do termo em latim "*filiatio*" a filiação traduz-se pela relação de parentesco constituídas pelos laços que ligam pais e filhos em linha reta, o qual consequentemente gera o estado de filho. Deste modo, conclui-se que é o vínculo de parentesco que une ambos, o qual em especial atualmente não decorre unicamente da consanguinidade mas também de outros institutos como adoção, inseminação artificial e etc.

É normal que todo indivíduo ao ser gerado necessite de uma figura de pai ou mãe sendo todos os filhos procriados plenos para o exercício de direitos e deveres, em um grupo social o qual naturalmente é composto pela família.

A filiação pode ser conceituada de modo legal, como sendo a relação jurídica existente entre pais e filhos. Salienta-se que esta pode ser caracterizada por laços consanguíneos ou não conforme visto anteriormente, de modo a reconhecer como pais aqueles que geraram o filho ou apenas o receberam em seus lares como se biológicos fossem, com mesmo valor afetivo e jurídico.

Paraa ilustre professora Maria Helena Diniz, "filiação é o vínculo existente entre pais e filhos vem a ser a relação de parentesco consanguíneo em linha reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram a vida". (DINIZ, 2002, p.372).

Já Pontes de Miranda sustenta que:filiação é a relação que o fato da procriação estabelece entre duas pessoas, uma das quais nascidas da outra. Chama-se paternidade, ou maternidade, quando considerada com respeito ao pai, ou à mãe, e filiação, quando do filho para qualquer dos genitores. (MIRANDA, 2000, p.45).

Já para os autores abaixo filiação consiste em:

> (...) relação de parentesco consanguíneo, em primeiro grau e em linha reta, que liga uma pessoa àqueles que a geraram, ou a receberam como se a tivessem gerado. Todas as regras sobre parentesco consanguíneo estruturam-se a partir da noção de filiação, pois a mais próxima, a mais importante, a principal relação de parentesco é a que se estabelece entre pais e filhos. (GONÇALVES, 2011, p.6).
>
> (...) relação de parentesco estabelecida entre as pessoas que estão no primeiro grau, em linha reta, entre uma pessoa e aqueles que a geraram ou que acolheram e criaram, com base no afeto e na solidariedade, almejando o desenvolvimento da personalidade e a realização pessoal. Remete-se, pois, ao

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> conteúdo do vínculo jurídico entre as pessoas envolvidas (pai/mãe e filho), trazendo a reboque atribuições e deveres variados. (CHAVES e ROSENVALD,2009, p.23).

Com o advento da Carta Magna de 1988 ocorreu a abolição no que tange a diferenciação entre as espécies de filiação já existentes, as quais podem ser vislumbradas no artigo 227, parágrafo 6º conforme descrição abaixo:

> **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).
>
> **§ 6º** Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Deste modo, nada há mais que se falar em distinção entre filhos legítimos, ilegítimos, naturais, adulterinos ou incestuosos. Insta informar inclusive que ambas as últimas denominações deixam de existir em âmbito jurídico brasileiro após o advento da CRFB/1988, onde passa a ser reconhecida a paternidade e vigora o princípio da isonomia entre os filhos, não podendo haver discriminação sob qualquer aspecto.

1.2.1.2 Paternidade

No que diz respeito a paternidade no registro civil sabe-se que atualmente duas modalidades se fazem presentes no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam: a paternidade biológica e a afetiva (ou, socioafetiva).

Presente no âmbito social desde o princípio, a paternidade sofreu modificações em relação a suas características no decurso do tempo, isso tudo em conjunto com o direito de família.

Há alguns anos atrás, ainda no Império Romano, a paternidade tinha característica de poder absoluto do pai sobre o filho,o qual era regido por medidas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

autoritárias claras e por muitas vezes consideradas cruéis e desumanas, onde a vontade que prevalecia era firmemente, a dogenitor.

Em território Brasileiro, o assunto ganhou destaque desde a época colonial onde se originou as noções basilares em relação ao tema. No entanto, foi somente em meados do ano 1916 que a legislação civil passou a regulamentar o contexto de paternidade, mesmo que preconceituosamente, já que a legislação não protegia o direito de reconhecimento a filhos advindos de relacionamentos extraconjugais ou incestuosos.

Em contrapartida, a Constituição Federal de 1988 advém anos depois e apresenta-se como base protetora legal para esses filhos, abolindo todo e qualquer tratamento desigual no que tangea filiação. E, a partir de então advém o Código Civil de 2002, considerado como inovador e ponte de avanço em relação a esse tema e a família em um contexto amplo, passando a exibir e aceitar garantias como inseminação artificial, DNA e etc.

As modalidades de filiação aceitas no Brasil decorrem do vínculo biológico e do vínculo socioafetivo.

Conforme aduz o art. 1.593 do Código Civil Brasileiro: "O parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem". Como o direito é interpretativo tal texto de lei abre espaço para o entendimento que existem laços que se sobrepõe aos de sangue e, portanto, devem ser levados em consideração.

O ato de reconhecimento da paternidade é unilateral, sendo suficiente que haja apenas a vontade da parte em reconhecer e assim dar-se-á o reconhecimento e consequente registro do descendente, por meio de escritura pública ou particular, testamento e ainda por expressa autorização judicial a qual é irrevogável, conforme o disposto no art. 1.609, caput, do Código Civil, só havendo espaço para questionamento em caso de existência comprovada de vício de vontade.

O reconhecimento de modo voluntário, ocorre quando o genitor ou a genitora ou ainda ambos em consonância, admitem por meio legal que existe um vínculo, ainda que não necessariamente sanguíneo, que os liga ao filho.

> Tem legitimidade para anular o assento e desconstituir reconhecimento voluntário de paternidade não presumida todo aquele que tenha justo interesse em contestar a ação investigatória, ou seja, todas as pessoas afetadas direta ou indiretamente, tais como: o próprio filho reconhecido, a mãe,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> os filhos e pretensos irmãos, bem como aquele que se diz o verdadeiro pai, o pai biológico, e mesmo outros herdeiros. O Ministério Público figura entre os que têm legitimidade, por tratar-se de questão que diz respeito ao estado da pessoa. (RAMOS, 2008, p.31).

A supramencionada refere-se a paternidade biológica, a qual tem sua origem e característica baseada no vínculo consanguíneo e natural existente entre ascendente e descendente, regidos por vínculo genético garantido.

Reconhecida até bem pouco tempo como fonte de composição do modelo tradicional, esta tem o condão de manter um vínculo de origem genética entre pai e filho.

Há que se destacar que apesar de as mudanças serem cada vez mais constantesno direito de família, em especial aos seus modelos/padrões, a consideração da filiação biológica ainda tem seu espaço respeitosamente garantido.

Sobre o conceito desta modalidade de paternidade, o autor abaixo leciona:

> A paternidade biológica pode ser compreendida como "uma verdade biológica, comprovável por meio de exame laboratorial que permite afirmar, com certeza praticamente absoluta, a existência de um liame biológico entre duas pessoas". (DIAS, 2009, p.330).

Em contrapartida a paternidade biológica, tem-se hoje a paternidade afetiva sobre a qual discorreremos a seguir:

No mundo inteiro tornou-se normal a presença de paternidades afetivas, porém, no Brasil essa prática tornou-se costume. Isso porque são diversos os casos em que o indivíduo reconhece como se seu filho fosse o filho de sua companheira (ou vice versa), inexistindo nesse caso qualquer vínculo biológico que os ligue. A legislação corrente reconhece que desse ato unilateral origina-se efeitos jurídicos entre pai e filho ainda que teoricamente o ato seja ilegal, tendo em vista que há legitima proibição quanto ao registro de uma pessoa como se seu filho fosse, sem que aja vínculo biológico ou por adoção jurídica, é a denominada adoção a brasileira.

No entanto, apesar de o ato demonstrar algo como perfeito e de linda atitude, ou seja o companheiro no intento de agradar a companheira proceder deste modo,

o problema advém ao fim do relacionamento conjugal. Todavia, como modo protetivo, a lei felizmente subentende que a pessoa adotada não pode ficar desamparada e no ato do registro configurou-se o estado de posse do filho.

Na existência de cenários como esse, o Distrito Federal entendeu:

> EMENTA: CIVIL. PROCESSO CIVIL. NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ANULAÇÃO DE REGISTRO. AUSÊNCIA DE VINCULO GENÉTICO. RECONHECIMENTO DO ERRO PATERNIDADE SÓCIOAFETIVA CARACTERIZADA AO LONGO DE VÁRIOS ANOS. PREVALÊNCIA. 1. Se a paternidade sócio afetiva está claramente caracterizada, afasta-se a possibilidade de desconstituição do registro de nascimento da ré, principalmente porque, mesmo sabendo que não era o pai biológico, o autor manteve com a ré um relacionamento de pai e filha, pautado pelo carinho e respeito, ao longo de vários anos. 2. Os eventuais abalos sofridos pela paternidade, em razão do desgaste da relação havida entre o autor e a mãe da ré não podem predominar sobre a relação de afeto construída ao longo de anos de convivência, e nem sobre o direito da ré de manter o nome, em seus registros, daquele que a criou e que reconhece como seu pai. 3. Recurso não provido (TJ-DF, APC n. 20130110233169, Rel. Cruz Macedo, DJE 28/04/2015).

Sobre o tema, discorre Maria Berenice Dias (2007, p.436): "Inquestionável a vontade do pai registral em assumir a paternidade, não podendo ser aceito arrependimento posterior. Imperativo prestigiar a posse de estado de filho de que desfruta o registrado, na medida em que se configurou a filiação socioafetiva".

No que tange a esta modalidade de paternidade (afetiva ou socioafetiva), é sabido que em especial nos dias atuais, esta vem ganhando cada vez mais visibilidade e reconhecimento social e jurídico, podendo ser conceituada como:

> A filiação socioafetiva não está fundamentada no nascimento (fator biológico), mas tão somente em ato de vontade, concretizada, cotidianamente, no tratamento e na relação em público, ou seja, é aquela filiação que se origina a partir de um respeito mútuo, de um tratamento recíproco entre pai e filho. É aquela que decorre da convivência cotidiana, uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> construção habitual, não decorrendo da prática de um único ato (FARIAS; ROSENVALD, 2009, p.13).

Assim dispõem os mesmos autores:

> (...) É o afeto representado rotineiramente, por dividir conversas e projetos de vida, repartir carinho, conquistas, esperanças e preocupações, mostrar caminhos, ensinar e aprender, concomitantemente. (...).
>
> A afetividade é construção cultural, que se dá na convivência, sem interesses materiais, que apenas secundariamente emergem quando ela se extingue. Revela-se em ambiente de solidariedade e responsabilidade. Como todo princípio, ostenta fraca densidade semântica, que se determina pela mediação concretizadora do intérprete, ante cada situação real. Pode ser assim traduzido: onde houver uma relação ou comunidade unidas por laços de afetividade, sendo estes suas causas originária e final, haverá família. A afetividade é necessariamente presumida nas relações entre pais e filhos, ainda que na realidade da vida seja malferida, porque esse tipo de parentesco jamais se estingue. (LOBO, 2017, p.10).

Resultante da evolução em relação aos costumes sociais, o afeto ganha reconhecimento e valor jurídico, decorrente da consagração de princípios constitucionais, passando a filiação a ser analisada sob óticas de valores culturais, afetivos, morais e sociais. Diante deste cenário, a paternidade consanguínea e biológica passam a receber status secundário, de modo que a paternidade passa a originar-se não somente por vínculo biológico ou por meio de presunção da filiação, mas em decorrência da convivência afetiva a qual é cada dia mais comum, adaptando a norma positiva ao caso concreto, à realidade social.

Sobre o tema João Batista Villela, leciona:

> A verdadeira paternidade não é um fato da Biologia, mas um fato da cultura. Está antes no devotamento e no serviço do que na procedência do sêmen". Ao se formalizar uma filiação deve-se analisar o caso concreto, respeitando-se as novas relações familiares advindos do dinamismo conceitual, bem como dos elementos comportamentais e sociais que influenciam no estabelecimento da filiação baseada no afeto. (VILLELA, 2002, p.401).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Há que se destacar por fim que os laços compostos de afeto independem de qualquer vínculo biológico, estando este imposto tão somente por meio da livre e espontânea intenção de amar, proteger, cuidar, dedicar-se e em exercer de fato e de direito a condição paterna/materna.

Sobre o assunto Pedro Welter, discorre:

> Para o reconhecimento da paternidade socioafetiva não basta a prova da aparência do estado de filho, mas sim a busca intransigente da verdadeira paternidade sociológica, embora afirme que a filiação socioafetiva ainda está em fase gestacional e que merece ser aprimorada. (WELTER, 2003, p.17).

Deste modo, conclui-se que nessa modalidade de paternidade traduz-se a existência de convivência harmoniosa, cuidadosa, amorosa e protetora entre pessoas as quais entre si inexiste laços sanguíneos mas tão somente afetuosos.

2 DA GUARDA DO MENOR

O instituto da guarda o qual será abordado no presente tópico foi tratado em dois momentos no Direito Brasileiro, inicialmente essa abordagem decorreu devido a dissolução da sociedade conjugal, e posteriormente veio a ser pautada no Estatuto da criança e do adolescente.

2.1 Da Definição da Guarda

O processo de definição de guarda deveria ser em regra de modo consensual de modo a proteger o menor o qual neste momento já vivencia um momento delicado em decorrência da separação de seus pais, onde seria suficiente somente levar esse acordo em juízo para homologação.

Todavia, tendo conhecimento que esse cenário consensual não é a decisão comumente tomada pelos genitores, principalmente pelas circunstâncias que geralmente levam o relacionamento ao fim, o termo e definição de guarda geralmente é levado a juízo para que seja fixado de maneira compulsória, restando a partir de então somente aos genitores somente cumprir a decisão do magistrado.

Havendo litígio no que tange à definição da guarda, caberá ao magistrado a solução do conflito, conforme ensina a doutrina:

> "(...)Agora o juiz não se limitará a dirimir a controvérsia entre os genitores, mas deverá priorizar o bem estar dos filhos menores, de modo que seus interesses sobreponham-se aos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> de seus pais, como eixo central de todo o problema da guarda". (...). (GRYSARD FILHO, 2005, p.68).

A lei Civil de 2002, no bojo de seus artigos que abordam sobre a guarda, ou seja, do art. 1.583 ao art. 1.590, não abordou grandes alterações, apesar dos dispositivos deste novo código não terem correspondência com os do antigo, com exceção do art. 1.588 que corresponde com o art. 329 do Código Civil de 1916, conforme dispõem os referidos dispositivos:

> Art. 1.588 do Código Civil de 2002 – O pai ou a mãe que contrair novas núpcias, não perde o direito de ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados por mandado judicial, provados que não são tratados convenientemente.
>
> Art. 329 do Código Civil de 1916 – A mãe, que contrai novas núpcias, não perde o direito a ter consigo os filhos, que só lhe poderão ser retirados, mandando o juiz, provado que ela, ou o padrasto, não os trata convenientemente.

O nome "guarda" já direciona ao seu significado, quais seja: cuidado, zelo, proteção, vigilância. Deste modo, é possível afirmar que é o cuidado que pertence aos pais em relação à seus filhos, é basicamente um poder-dever que recai sobre os genitores para que resguardem do direito de educação, formação, criação e segurança dos seus filhos. Segundo Waldyr Grisard Filho significa:

> Um direito-dever natural e originário dos pais, que consiste na convivência com seus filhos e é o pressuposto que possibilita o exercício de todas as funções parentais. (2005, p.55).

E ainda, segundo o entendimento de José Antônio de Paula Santos Neto quer dizer:

> Guarda é o direito consistente na posse de menor oponível a terceiros e que acarreta dever de vigilância e ampla assistência em relação a este. (1994, p.138-139)

A regra no que tange a modalidade a ser exercida é a Compartilhada, porém, há exceções que modificam esse cenário, quais sejam: a) quando um dos genitores não está apto a exercer o poder familiar; b) quando um dos genitores não tem interesse na guarda do menor.

2.2 DosTipos de Guarda

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Conforme atestado no tópico anterior, o momento da dissolução conjugal resulta no surgimento da figura da guarda judicial, a qual poderá se dar de várias formas, a qual dependerá do que vislumbra e fixa o magistrado de modo a sempre levar em consideração os interesses do menor. As espécies de guarda poderão ser: única, alternada, aninhamento e compartilhada.

A guarda única, a qual também pode ser denominada como guarda unilateral, traduz-se naquela em que somente um dos genitores é quem detêm a guarda, restando ao outro tão somente o direito de visitas ao menor. Nesta modalidade de guarda, fica evidente a figura do guardião bem como sua residência fixa, já que a guarda material é atribuída à apenas um dos genitores.

O menor que fica sob a guarda de somente um dos genitores, está no regime da guarda unilateral. Assim tem decidido os Tribunais Pátrios:

> APELAÇÃO CÍVEL. SEPARAÇÃO. GUARDA. ALIMENTOS. VISITAS. Em razão da vontade manifestada pela adolescente no sentido de que prefere ficar sob a guarda da mãe, fato referendado pelo Estudo Social, e não havendo qualquer adminículo de prova que desaprove o exercício das funções parentais pela genitora, deve ser mantida a sentença que concedeu a guarda a ela. Mantêm-se os alimentos em percentual compatível com as possibilidades e necessidades, bem como a visitação estabelecida. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70011296738, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Ataídes Siqueira Trindade, Julgado em 09/06/2005).

Já no que concerne a guarda alternada, essa é exercida da seguinte forma: o menor passa períodos alternados na companhia de cada genitor, ou seja, por um certo período de tempo fica na companhia da mãe, em outro período de tempo na companhia do pai, pernoitando certos dias da semana com um e outros com a outra parte. Um exemplo da guarda alternada é quando o menor permanece de segunda a quarta-feira com o pai e de quinta-feira a domingo com a mãe.

> A guarda alternada caracteriza-se pela possibilidade de cada um dos pais deter a guarda do filho alternadamente, segundo um ritmo de tempo que pode ser um ano escolar, um mês, uma semana, uma parte da semana, ou uma repartição organizada dia a dia e, consequentemente, durante esse período de tempo deter, de forma exclusiva, a totalidade dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> poderes-deveres que integram o poder paternal. No termo do período, os papéis invertem-se". (AMARAL, 1997, p.168).

Considerando fatores psicológicos defendidos por profissionais da área, a guarda alternada não é recomendável. Com tom didático, pode-se dizer que essa é a guarda pingue-pongue, pois a criança permanece com cada um dos genitores por períodos interruptos. Alguns a denominam como a guarda do mochileiro, pois o filho sempre deve arrumar a sua mala ou mochila para ir à outra casa ROSA, (2015, p.173).

Em contrapartida, há quem compreendae admita a possibilidade da guarda alternada não como regra mas como exceção.

Nessa linha, enunciado aprovado na V Jornada de Direito Civil, dispõe:

> A Lei nº. 11.698/2008, que deu nova redação aos arts. 1.583 e 1.584, do Código Civil, não se restringe à guarda unilateral e à guarda compartilhada, podendo ser adotada aquela mais adequada à situação do filho, em atendimento ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. A regra se aplica a qualquer modelo de família (atualizados os Enunciados n. 101 e 336, em razão de mudança legislativa, agora abrangidos por este Enunciado). (Enunciado n. 518 do CJF/STJ). (ROSA, 2015, p.173).

Já no que diz respeito a guarda compartilhada ou conjunta, ambos os genitores carregam com si a responsabilidade da guarda e decisões correlacionadas ao menor, hipótese em que o genitor e genitora compartilham as atribuições concernentes ao menor. Insta informar que este "o menor" convive com ambos os pais, o que faz dessa modalidade de guarda uma das melhores, mais vantajosas e pacificas o que a torna consequentemente a mais recomendável.

A guarda compartilhada ocorre da seguinte forma: o filho tem apenas um lar, convivendo sempre que possível com os seus pais, que estão frequentemente presentes na vida cotidiana do filho.

Insta informar que o art. 1.583 do CC/2002 em sua redação original, o qual versava sobre a determinação da guarda por acordo entre os cônjuges, previa o Enunciado nº. 101 CJF/STJ que essa guarda poderia ser tanto a unilateral quanto a compartilhada, desde que atendido o maior interesse da criança. Frise-se que foi tal entendimento doutrinário que motivou a alteração legislativa em 2008, passando a guarda compartilhada a ser a prioridade.

De modo respeitável com aqueles que discordam sobre o entendimento, a Lei 13.058/2014 parece não tratar de guarda compartilhada, ao reconhecer a possibilidade de dupla residência para o filho, utilizando também o termo divisão equilibrada. Assim, fica uma questão para reflexão: seria uma lei sobre guarda compartilhada obrigatória ou uma lei sobre guarda alternada obrigatória?.(SILVA 2015, p.276).

Por último, tem-se a guarda da nidação ou aninhamento na qual os menores vivem em uma única casa, sendo o dever de revezamento incumbido aos pais na residência deste. Ressalta-se que esse é um modelo bastante criticado, por ser considerado como uma espécie que não tem efetividade e que gera altos custos, já que a mãe mora em uma casa, o pai em outra e os filhos numa terceira.

A expressão aninhamento tem relação com a figura do ninho, qual seja, o local de residência dos filhos. Além da falta de previsão legal, tal forma de guarda encontra resistências econômicas, eis que os pais manterão, além do ninho, as suas residências próprias. (SILVA 2015, p.276).

3 A GUARDA COMPARTILHADA COMO FORMA DE PREVINIR E INIBIR A ALIENAÇÃO PARENTAL

O presente tópico abordará sobre a guarda compartilhada como meio para que se possa prevenir e inibir a ocorrência de Alienação Parental nas relações entre pais e filhos no contexto familiar atual.

3.1 Guarda Compartilhada

No ano de 2008, chegou ao Supremo Tribunal de Justiça o 1º caso de alienação parental. A genitora, detentora da guarda dos filhos, tinha a intenção de suspender as visitas do pai sob alegações de que ele seria violento e que teria abusado sexualmente da filha. O pai, por sua vez, acusava a ex-mulher de fazer alienação parental.

Em um contexto histórico sobre esta síndrome, sabe-se que um dos pioneiros no que tange ao estudo sobre esta foi o psiquiatra Richard A. Gardner norte americano em 1980 em sua tese sobre o tema, no departamento de Psiquiatria Infantil da faculdade de medicina e cirurgia da Universidade de Columbia, Nova York, Estados Unidos da América, como relata Pinheiro (2009).

Conforme corrobora Silva (2013) em seu artigo onde cita Richard A. Gardner em sua obra, conceituando a Síndrome da Alienação Parental (SAP) como uma disfunção que surge primeiro no contexto das disputas de guarda. Sua primeira

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

manifestação é a campanha que se faz para distorcer negativamente a imagem de um dos pais, uma campanha sem nenhuma justificativa. É resultante da combinação de doutrinações programadas de um dos pais (lavagem cerebral) e as próprias contribuições da criança para a vilificação do pai alvo.

Muito embora estejam fortemente ligadas, evidencia-se que há diferença entre as terminologias da Síndrome da Alienação Parental (SAP) e da Alienação Parental. A Alienação Parental refere-se ao comportamento do genitor(a) alienante, enquanto a Síndrome (SAP) refere-se às sequelas emocionais e comportamentais inseridas na criança alienada, trata-se de uma doença. Explica Fonseca (2009) que:

> A síndrome, diz respeito às sequelas emocionais e comportamentais de que vem a padecer a criança vítima daquele alijamento, e a alienação parental relaciona-se com o processo desencadeado pelo progenitor que intenta arredar o outro genitor da vida do filho.

As consequências dessa síndrome em relação aos menores variam, podendo serum grandioso leque, e todos relacionadas à sensação de perda, abandono, ausência, rejeição e culpa. Os relatos acerca das consequências da síndrome da alienação parental abrangem ainda a depressão crônica, transtornos de identidade, comportamento hostil, desorganização mental e às vezes suicídio. (FONSECA, 2009).

Ao considerar que a Síndrome de Alienação Parental viola os seguintes princípios constitucionais: dignidade da pessoa humana, melhor interesse da criança e do adolescente, prevalência e convivência familiar, afetividade e paternidade responsável, no dia 26 de agosto de 2010, foi promulgada a Lei 12.318, popularmente conhecida como Lei da Alienação Parental, visando proteger crianças e adolescentes vítimas desse mal.

A Lei da Alienação Parental objetiva assegurar o direito contido no artigo 5.º do Estatuto da Criança e do Adolescente, o qual diz respeito ao cuidado e proteção para com os menores em relação a negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punindo qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais, além de reforçar o direito da criança consagrado pela Constituição Federal em seus artigos 227 e 229. Dessa forma, esta Lei não apenas assinalará oficialmente a existência da Síndrome de Alienação Parental, mas também provocará um significável impacto jurídico-cultural.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Conforme o disposto na Lei nº. 12.318/10, seu bojo, apresenta ferramentas para que o judiciário possa trabalhar com o referido tema, prevendo perícia psicossocial a qual é realizada por uma equipe interdisciplinar. Sem o auxílio de um profissional da psicologia, é bem provável que o filho não perceba sozinho que é vítima da alienação parental.

Deste modo, conclui-se que a Alienação Parental é um abuso psicológico à criança ou ao adolescente e causa consequências terríveis na infância e na vida adulta, pois, tratando de atos praticados pelos genitores, familiares ou responsáveis, a fim de interferir no psicológico infantil, que viola vários princípios constitucionais, entre eles, o da Dignidade da Pessoa Humana. (SILVA, 2011).

3.2 A Vulnerabilidade do menor mediante a Alienação Parental

Ao analisar as transições ocorridas no direito de família é possível identificar grande avanço, tais como: novos padrões de família, modos de se relacionar e relacionamento em seu contexto geral. A partir dessas transformações, as famílias e relacionamentos se constroem e desconstroem com mais facilidade e praticidade, sem qualquer pudor. Contudo, hodiernamente, com todos esses acontecimentos as crianças são colocadas diante desses cenários sem haver sequer preocupação com suas opiniões e sentimentos.

Diante do alto índice de divórcios tem sido comum a ocorrência da síndrome da alienação parental dentro do relacionamento entre pais e filhos, ocasião essa em que as crianças ficam ainda mais vulneráveis e confusas em relação a imagem de seus genitores, confusão esta resultante do que ouvem de cada parte. E, se já não fosse suficiente o sofrimento pela separação de ambos e o novo modo de viver, ainda precisam viver em meio a esse conflito.

Conforme leciona Hetherington (1979), grande parte das crianças caracterizam o divórcio como uma transição do divórcio como dolorosa. Mesmo as crianças que mais tarde estarão aptas a reconhecer que a separação teve resultados construtivos, inicialmente terão suportado um considerável sofrimento com o rompimento da família. As primeiras respostas mais comuns das crianças ao divórcio são raiva, medo, depressão e culpa, que perduram, em geral, até por volta de um ano após a separação, quando começa a emergir a redução da tensão e um crescente senso de bem-estar.

Desta forma, a sensação de abandono e desamparo sentidas pelas crianças, sensações estas que provem do divórcio dos pais,instaura nestas, uma situação de vulnerabilidade nos menores (sejam estes crianças ou adolescentes), propiciando o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

surgimento ou a potencialização de desajustes. Insta informar estas sensações e vulnerabilidade tornam-se ainda mais intensa quando diante de todo o cenário de separação ainda ocorre a alienação parental.

A vulnerabilidade, descrita desde os primórdios do surgimento da Bioética, foi inicialmente relacionada à pesquisa em seres humanos e abusos cometidos em relação aos sujeitos de pesquisas. Segundo Neves (2007): Vulnerabilidade é uma palavra de origem latina, derivando de *vulnus* (eris), que significa ferida. Assim sendo, ela é irredutivelmente definida como susceptibilidade de ser ferido.

Diante desse cenário é imprescindível a adoção de medidas que levem aos pais, inclusive e em especial aos alienadores, a conhecer sobre a vulnerabilidade que os filhos ficam passíveis desde a ocasião do divórcio, de modo a conscientiza-los sobre a potencialidade que esta ganha no momento em que por atitudes dos genitores os mesmos são alienados, fator que é prejudicial ao desenvolvimento do comportamento, caráter e ao psicológico deste.

Podendo serem propostas as seguintes soluções: Palestras de conscientização com entrega de cartilha pós divorcio contendo em seu contexto como trabalhar com os filhos em relação ao tema e incluindo itens relacionados a alienação parental; Ser estabelecido como critério para homologação do divórcio com filhos, a participação da família em consulta psicológica (custeada pelo Estado) onde somente após um laudo técnico que comprove a inexistência de alienação parental, seja autorizada homologação.

3.3 A Guarda Compartilhada como meio de prevençãoá Alienação Parental

A guarda compartilhada além de ser a modalidade de guarda mais recomendada por parte dos psicólogos e juristas, é também considerada como meio de prevenção à quadros de alienação parental.

O sistema introduzido pela Lei nº. 11.698/2008 deixa para trás a priorização de guarda unilateral, dando preferência ao compartilhamento, conforme art. 1584 § 2º, do Código Civil, tendo em vista que visa garantir maior participação de ambos os genitores no crescimento e desenvolvimento dos filhos. Utilizando-se do argumento de que comum, na ocorrência da dissolução conjugal ou marital, a ocorrência de desavenças e ressentimentos entre o casal. Não sendo raro por consequência o sentimento de vingança e represália, acarretando ao causador da dor e de seus demais familiares, em regra, ter o afastamento da convivência dos filhos, sua imagem denegrida perante os filhos e prejudicada o direito de visitas. Essa situação é conhecida como Síndrome da Alienação Parental. Com isso, a Lei n.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

12.318, de 26 de agosto de 2010, visa coibir a denominada Alienação Parental, dispõe o art. 2º da referida Lei:

> Art. 2º 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.
>
> 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 da autoridade parental;
>
> III – dificultar contato de criança ou adolescente com o genitor;
>
> IV – dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
>
> V – omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço.

Estando figurado a ocorrência da Síndrome de Alienação Parental, em qualquer que seja o momento do processo, a requerimento da parte ou de oficio pelo magistrado, o andamento do processo terá prioridade em relação aos demais visando a garantia de proteção da integridade psicológica da criança ou do adolescente.

Um primeiro aspecto é que a ampla convivência do menor com ambos os genitores já serve de antídoto contra possíveis ocorrências da síndrome de alienação parental tendo em vista que o menor tem permanente experiência emocional corretiva de eventuais distorções. Além disso, parece que um aspecto

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

importante da guarda compartilhada, do ponto de vista subjetivo, é viabilizar a noção de que ambos os pais são responsáveis pela formação do menor.

CONCLUSÃO

O presente artigo objetivou realizar um estudo fundamentado em pesquisas bibliográficas voltadas à assunto relacionado ao direito de família que envolve estudo sobre à família, o matrimônio, o divórcio, os tipos de guarda, dando ênfase a guarda compartilhada como meio de prevenção a ocorrência da síndrome de alienação parental.

No decorrer do trabalho foi estudado e analisado minunciosamente sobre conceito e contexto histórico da família e ainda sobre as modificações que ocorrerem no decorrer do tempo, desde as primeiras famílias que compuseram a sociedade até os novos padrões de família.

Ficou evidente que com as transformações advindas ao longo dos últimos anos, a sociedade moderna constrói e descontrói relacionamentos e consequentemente famílias com muita agilidade e sem qualquer pudor ou preocupação com os filhos advindos dessa relação. E é nesse momento que se inicia muitas vezes processos para definição de guarda e direito de visitas dos genitores para com os filhos, momento este em que geralmente surge a alienação parental. Neste momento, conforme pôde ser atestado no decorrer do presente artigo, a guarda compartilhada surge como principal fonte de prevenção a acontecimentos como este, o que a torna ainda mais recomendável e costumeira determinação por parte dos magistrados responsáveis pelo julgamento, definição e fixação do direito de guarda e visitas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Jorge Augusto Pais de. **Do casamento ao divórcio**. Lisboa: Cosmos, 1997.

BRASIL. Constituição de 1988. **Constituição da Republica Federativa do Brasil, 1988**. Brasília (DF): Impressa Oficial, 1988.

BRASIL. Lei nº. 8.069/1990. **Estatuto da Criança e do adolescente**. Brasília (DF): Senado, 1990.

BRASIL. Lei nº. 10.405/2002. **Código Civil Brasileiro**. Brasília (DF): Senado, 2002.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº. 11.698, de 13 de junho de 2008. **Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 2002 (Código Civil), para instituir e disciplinar a guarda compartilhada**. Brasília (DF): Senado, 2008.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

BRASIL. Lei nº. 12.318/2010. **Lei da Alienação Parental**. Brasília (DF): Senado, 2010.

BRASIL. **Vade Mecum Compacto Saraiva**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANAVARRO, M. HOMEM, T., PEREIRA, I. **Factores Protectores e de vulnerabilidade na adaptação emocional dos filhos ao divórcio dos pais**. Scielo, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0874-20492009000100001>. Acesso em: 22 Ago 2019.

CHAVES, Antônio, **Filiação legítima**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 5, 1991.

DE FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. **"Direito das Famílias – de acordo com a Lei n .** 11.340**/06 –** Lei Maria da Penha **e com a Lei nº.** 11.441**/07 – Lei de Separação, Divórcio e Inventário Extrajudiciais"**. 2ª Triagem. São Paulo: Lumen Juris, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Guarda Compartilhada uma novidade bem vinda**. Maria Berenice, 2009, p.1. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/1_-_guarda_compartilhada%2C_uma_novidade_bem-vinda.pdf>. Acesso em: 12 de set 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: RT, 2007.
DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 17. ed. atualizada de acordo com o novo Código Civil (Lei nº. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, vol. 5: direito de família, 2002.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/o-abandono-afetivo-na-filiacao-sobaotica-da-psicologia-juridica/117144/>. Acesso em: 16 ago 2019.
FONSECA, P. M. P. C. **Síndrome da Alienação Parental**. In. Ministério Público do Estado do Pará. Revista do CAO Cível. Belém: Santos, 2009.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional. São Paulo: Saraiva, v. 6, 2011.
GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. **Direito de Família**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
GRISARD FILHO, Waldyr. **A guarda compartilhada no novo Código Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 108, 19 out. 2003. Disponível em:<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4285>. Acesso em: 18 set 2019.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda compartilhada – um novo modelo de responsabilidade parental**. São Paulo: RT, 2005.

HETHERINGTON, E. M. & Stanley-Hagan, M. **The adjustment of children with divorced parents**: a risk and a resiliency perspective. New York: The Journal of Child Psychology and Psychiatry and Allied Disciplines, 40(1), 1999, p.129-140.
HETHERINGTON, E. M. **Divorce**. A child's perspective. London: American Psychologist, 34(10), 851-858. October, 1979.
HETHERINGTON, E. M. **Should we stay together for the sake of the children**? In: E. M. Hetherington, (ed.). Coping with divorce, single parenting and remarriage: A risk and resiliency perspective. New Jersey: Lawrence Erlbaum Associates, Publishers, 1999.
KAROW, Aline Biasuz Suarez. **Abandono afetivo**: valorização jurídica do afeto nas relações paterno-filiais. Curitiba: Juruá Editora, 2012.
LEITE, Eduardo de Oliveira. **DNA como meio de prova da filiação, Aspectos constitucionais, civis e penais**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 4. Ed. São Paulo: Saraiva 2011.
MADALENO, Rolf e Rafael. **Guarda Compartilhada Física e Jurídica**. 2. ed. São Paulo, 2015, p.33.

MATOS, Ana Clara Harmatiuk. **"Novas" entidades familiares e seus efeitos jurídicos. In: Família e Solidariedade**:Teoria e Prática do Direito de Família. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p.35-48.

NEVES M. C. P. **Sentidos da Vulnerabilidade: característica, condição e princípio. In: Bioética, Vulnerabilidade e Saúde**. Aparecida (SP): Ideias e Letras; São Paulo: Centro Universitário São Camilo; 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 18. ed. Rev. e atual – Rio de Janeiro: Forense, vol. 4, p.222, 2004.

PINHEIRO, V. L. A. **Apresentação**. **In: Ministério Público do Estado do Pará**. Belém: Santos: Revista do CAO Cível, 2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Campinas: Bookseller, vol.9, 2000.

SILVA, D. M. P. **Mediação e Guarda Compartilhada**: Conquista para a família. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

SOUZA, R. M. **Depois que papai e mamãe se separaram: um relato dos filhos**. São Paulo: Psicologia: Teoria e Pesquisa, 16(3), 203-211, 2000.

VIGO, Filipe. **Famílias poliafetivas e a sucessão legítima**. Jusbrasil, 2015. Disponível em: <https://filipevigoadv.jusbrasil.com.br/artigos/471146719/familias-poliafetivas-e-a-sucessao-legitima>. Acesso em: 16 ago 2019.

VILLELA, João Baptista. **Repensando o Direito de Família**. São Paulo: Cadernos jurídicos, v.3, n. 7, jan./fev., p.95, 2002

WELTER. Belmiro Pedro. **Igualdade entre a Filiação Biológica e Sócioafetiva**. Rio de Janeiro: Revista de Direito Privado, v. 14, abr. - jun., pp. 111-147, 2003.
Nota:

---

[1] Professora Mestre e Orientadora deste artigo. Endereço para acessar este CV: http://lattes.cnpq.br/0790142578468854

www.conteudojuridico.com.br

COMBATE À PEDOFILIA: ANÁLISE DAS INOVAÇÕES JURÍDICAS DO CÓDIGO PENAL (INCLUÍDO PELA LEI Nº 13.772, DE 2018 E PELA LEI Nº 12.015, DE 2009)

BHIANCA KATRINY RODRIGUES DA SILVA:
Graduanda em direito 2019 no CIESA/AM.
TATIANE CAMPELO DA SILVA PALHARES***[1]***

(Orientadora)

RESUMO: O presente artigo corrobora com a análise concisa sobre o os artigos 216-B e 217-A do Código Penal que tem como objetivo discorrer sobre os benefícios das inovações jurídicas para o ramo do Direito Penal, com foco na Lei 12.015 de 2009. Esta teve mudanças significativas para o ordenamento jurídico brasileiro, mostrando maneiras de como combater a pedofilia e argumentando que pedófilos não são doentes, e sim criminosos, pois os mesmos têm opção de escolha, comprovando através de pesquisas e dados a base dessa afirmação. Reiterando as normas do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) e fazendo uma ponte com a Lei 13.772 de 2018 que também trouxe recentemente mudanças essenciais no Código Penal. Quanto ao problema da pesquisa tem-se que: quais as mudanças trazidas pelos artigos 216-B e 217-A do Código Penal para o combate ao crime de pedofilia? Quanto a metodologia, adota-se o método hipotético-dedutivo que busca dar ênfase aos dados concretos observados na pesquisa.

Palavras-chave: Pedofilia, produzir cena de sexo, estupro, crime.

ABSTRACT: This article corroborates the concise analysis of Articles 216-B and 217-A of the Criminal Code that aims to discuss the benefits of legal innovations for the field of Criminal Law, focusing on Law 12.015 of 2009. It had significant changes to the Brazilian legal system, showing ways on how to combat pedophilia and arguing that pedophiles are not sick, but criminals, because they have a choice, proving through research and data the basis of this statement. Reiterating the ECA (Child and Adolescent Statute) rules and bridging the Law 13,772 of 2018 which also recently brought essential changes to the Penal Code. Regarding the research problem, we have: what are the changes brought by articles 216-B and 217-A of the Penal Code to combat the crime of pedophilia? As for the methodology, we adopt the hypothetical-deductive method that seeks to emphasize the concrete data observed in the research.

Keywords: Pedophilia, produce sex scene, rape, crime.

INTRODUÇÃO

O estudo e a leitura são subsídios principias para o aprimoramento do conhecimento, e através desses dois fatores o presente trabalho tem a importância de retratar as situações do cotidiano em relação a pedofilia, que é um assunto corriqueiro e vasto na sociedade que só tem crescido drasticamente, mostrando as inovações jurídicas que chegaram para agregar no Código Penal e modificar duas leis em específico, a Lei 12.015 de 2009 que retrata os crimes contra a dignidade sexual com enfoque no art. 217-A que discorre sobre estupro de vulnerável.

Nessa mesma lei teve atualizações importantes, é necessário frisar que a pedofilia em si não é reconhecida no código penal como um tipo penal, então as inovações jurídicas vieram para beneficiar as vítimas desse crime, que quando é cometido fica sob efeitos do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) e do Código Penal, entrando na modalidade de estupro de vulnerável , uma vez que o ECA, reconhece como criança quem tem até 11 anos e 11 meses de idade, e adolescente a partir dos 12 anos até 18 anos incompletos, encaixando-se o art. 217-A que tem como vulneráveis menores de 14 anos, então essa lei e suas atualizações resguardam de modo geral a integridade e os direitos dos menores de idade.

Nessa mesma temática das análises das inovações jurídicas a segunda Lei é a 13.772 que entrou em vigor em 19 de dezembro de 2018 para, entre outros objetivos, alterar o Código Penal, criminalizando a conduta de registro não autorizado de conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado. Que fala sobre a exposição da intimidade sexual frisando no seu registro não autorizado da intimidade sexual, onde trouxe o art.216-B que teve mudanças significativas no seu parágrafo único, antes somente, fotografar, filmar ou registrar que era crime e com a atualização veio o parágrafo único trazendo incorre na mesma pena quem realiza montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo.

Nesse segundo cenário o legislador vem resguardando a integridade e direito dos maiores de 18 anos. Através de pesquisas de campo, livros, sites e outras fontes foi feito um estudo profundo do assunto discorrido, para então ser dissertado com propriedade mediante as análises minuciosas do tema. Mostrando a importância do conhecimento dos mesmos para a sociedade, e comprovando teses de acordo com o estudo que foi feito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Por todo o exposto, o problema da pesquisa recai sobre: quais as mudanças trazidas pelos artigos 216-B e 217-A do Código Penal para o combate ao crime de pedofilia? Quanto a metodologia, adota-se o método hipotético-dedutivo que busca dar ênfase aos dados concretos observados na pesquisa. Tendo em consideração que o objeto do estudo deste ensaio trata-se do crime de pedofilia e suas formas de combate abordadas pela inovação das leis já mencionadas.

1 PEDOFILIA: CAMINHOS DOUTRINÁRIOS PARA PROTEÇÃO

A pedofilia é conhecida etimologicamente de paedophilia erótica ou pedosexualidade; é a perversão sexual, na qual a atração sexual de um indivíduo adulto está dirigida primariamente para crianças pré-púberes (ou seja, antes da idade em que a criança entra na puberdade) ou no início da puberdade. A palavra pedofilia vem do grego antigo que "paidophilos" significa pais = criança e "phileo" significa amar, ou seja, amor de um adulto pelas crianças. Com o passar do tempo, o termo pedofilia foi se modificando, ampliando o seu sentido original. Hoje é usado para caracterizar todos os comportamentos pervertidos, inadequados socialmente contra a criança e o adolescente. Quando tratada pelo lado patológico a pedofilia é considerada um transtorno de preferência sexual, classificada como parafilia, que significa "para" = desvio e "filia" = aquilo para que a pessoa é atraída, ou seja, a pedofilia é tratada como uma preferência sexual, por crianças de idade pré-puberal ou no início da puberdade.

Saindo do campo psicológico e entrando no âmbito jurídico atual, encontra-se no Código Penal, na parte Especial destinada aos Crimes contra os Costumes, no Título VI, Capítulo II (dos crimes sexuais contra vulnerável), o estupro contra vulnerável.

> Art.217-A: Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:
>
> Pena – reclusão de 8(oito) a 15(quinze) anos
>
> §1º: Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não poder oferecer resistência.
>
> § 2º (VETADO)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> §3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena – reclusão, de 10(dez) a 20(anos).
>
> §4º Se da conduta resulta morte: Pena – reclusão, de 12(doze) a 30(trinta) anos.

A Lei 12.015 de 07 de agosto de 2009 revogou o art. 224 do Código Penal, acabando com a presunção absoluta do crime de estupro praticado contra menores de 14 anos, previsto no art. 217-A do mesmo diploma Repressor, dando a nomenclatura de vulnerabilidade, que pode ser absoluta ou relativa. Como se observa no pensamento do Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 928), "A tutela do direito penal, no campo dos crimes sexuais, deve ser absoluta, quando se tratar de criança (menor de 12 anos), mas relativa ao cuidar dos adolescentes (maiores de 12 anos) ".

O conceito de abuso sexual está inserido no de pedofilia. O abuso sexual ou violência sexual na infância e adolescência ocorre quando essas vítimas são usadas para satisfazer um adulto ou adolescente mais velho, incluindo desde a prática de carícias, manipulação da genitália, mama ou ânus, exploração sexual, voyeurismo, pornografia, exibicionismo, até o ato sexual, com ou sem penetração. Em qualquer caso, a lei brasileira considera vulneráveis pessoas despidas de proteção, passíveis de sofrer lesão, no campo sexual, os menores de 14 anos, os enfermos e deficientes mentais, quando não tiverem o necessário discernimento para a prática do ato, bem como aqueles que, por qualquer causa, não possam oferecer resistência à prática sexual.

1.2 Consequências da Pedofilia

Partindo do princípio que não existe um tipo próprio para a Pedofilia, o que está tipificado no ordenamento jurídico são as suas condutas, que serão analisadas uma por uma, a saber: estupro, atentado violento ao pudor (junção do crime após o advento da lei 12015/2009); pornografia infantil. Art. 213: "*Constranger a mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. Pena – reclusão de 6 a 10 anos*.

O estupro é o tipo penal, no qual o agente constrange a mulher de forma violenta ou mediante grave ameaça a praticar com ele a conjunção carnal, com isso, de acordo com o ensinamento de Greco, subtraem-se os elementos do delito em estudo.

Dessa forma (GRECO, 2008, p.466-467) destaca os seguintes elementos:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Conduta de constranger a mulher, com a finalidade de com ela praticar a conjunção carnal, mediante emprego de violência ou grave ameaça. Violência diz respeito a vis corporalis, vis absoluta, ou seja, a utilização de força física, no sentido de subjugar a vítima, para que com ela possa praticar a conjunção carnal. Grave ameaça, ou vis compulsiva pode ser direta, indireta, implícita ou explícita. Assim por exemplo, poderá ser levada a efeito diretamente contra a própria pessoa da vítima, ou pode ser empregada indiretamente, contra pessoas ou coisas que lhe são próximas, produzindo-lhe efeito psicológico, no sentido de passar a temer o agente. Por isso, a ameaça deverá ser séria, causando na vítima o temor de seu cumprimento.

Trata-se de crime de mão – própria (uma vez que a conduta só poderá ser realizada contra a mulher), doloso, comissivo (admitindo a omissão imprópria), material, instantâneo, de dano, de forma vinculada (o delito só ocorre quando houver a penetração do pênis do homem na vagina da mulher), monosubjetivo, plurissubsistente, não transeunte (como regra).

O bem juridicamente protegido pelo tipo penal de estupro é a liberdade sexual da mulher, a qual tem a sua dignidade ameaçada, pois se sente humilhada na prática do ato sexual, já que não é livre para dispor do seu próprio corpo. A sua consumação ocorre quando o pênis for efetivamente penetrado de forma total ou parcial na vagina da mulher.

O constrangimento deve ser praticado contra a mulher, deve ser dirigido finalisticamente a prática da conjução carnal, vale dizer a realização sexual normal, isto é o coito vagínico que compreende a penetração do pênis do homem na vagina da mulher . Dessa forma só poderá haver estupro quando estivermos diante de uma relação heterossexual (GRECO, 2008, p. 466).

O estupro primeiro dos crimes contra a liberdade sexual é definido no art. 213 do CPC, alterado com relação à pena pelo art. 6º da lei 8.072/90: 'Constranger a mulher à conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça: Pena - reclusão de seis a dez anos'. Trata-se de um delito de um constrangimento ilegal em que se visa a prática de conjunção carnal. O nome juris deriva de strupum, termo do direito romano que abrangia todas as conjunções carnais (MIRABETE, 2009, p. 378).

O atentado violento ao pudor é o tipo penal previsto no art. 214, em que o agente visa constranger alguém a praticar mediante violência ou grave ameaça ato

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

libidinoso diverso da conjunção carnal. art. 214: Constranger alguém mediante violência, ou grave ameaça a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal: Pena – reclusão de 6(seis) a 10(dez) anos. Por meio da análise da mencionada figura típica, podemos destacar os seguintes elementos: a) a conduta de constranger a vítima; b) mediante o emprego de violência ou grave ameaça; c) com a finalidade de fazê-la praticar ato libidinoso diverso da conjunção carnal; ou permitir que com ele pratique tal ato de libidinagem (GRECO, 2008, p. 49).

O constrangimento empregado pelo agente pode ser dirigido a duas finalidades diversas, como se percebe pela redação do art. 214 do Código Penal. Na primeira delas o agente obriga a própria vítima a praticar um ato diverso da conjunção carnal. A sua conduta, portanto, é ativa, podendo atuar sobre seu próprio corpo com atos de masturbação, por exemplo; no corpo do agente que a constrange, praticando v.g. sexo oral; ou ainda, em terceira pessoa, sendo assistida pelo agente. O segundo comportamento é passivo. Nesse caso a vítima permite que com ela seja praticado ato libidinoso diverso da conjunção carnal, seja pelo próprio agente que a constrange, seja por um terceiro a mando daquele. Dessa forma o papel da vítima pode ser ativo, passivo, ou ainda simultaneamente ativo e passivo" (GRECO, 2008 p, 500). A esse respeito, no sentido de ampliar os estudos sobre o estupro (MIRABETE, 2009, p. 383) ressalta o posicionamento abaixo:

> O crime de atentado violento ao pudor está definido no art.214 do CP, com a pena alterada pelo art.6º da Lei nº 8.072/90: Constranger alguém mediante violência ou grave ameaça a praticar ou permitir que com ele se pratique ato lidinoso diverso da conjunção carnal: Pena – reclusão de seis a dez anos. Dando acolhida aos doutrinadores que consideram certos crimes de abuso sexuais tão graves como estupro (o coito anal, p.ex.), o legislador equiparou a pena dos dois delitos. O art.263 do ECA criara a figura do atentado qualificado quando a ofendida fosse menor de 14 anos, cominando pena de três a nove anos. Entretanto com o advento da lei 8.072/90, que elevou a pena do delito simples para reclusão de seis a dez anos, no art. 6º aquele dispositivo foi revogado por ser incompatível com este (art.1º da LICC) não podendo ser punível com pena menos severa um delito quando previsto de uma qualificadora.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Antes da reforma do Código Penal, somente a mulher poderia ser violentada sexualmente. Com o advento da lei acima exposta, o homem pode ser vítima de abuso sexual. Sendo assim, agora o tipo penal passa a ter uma nova roupagem, transcrito da seguinte forma: Art.213: *Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça.*

É acertada a lição de Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 901) no sentido que: "Constranger alguém significa tolher a liberdade, forçar ou coagir" Elemento subjetivo do tipo é o dolo. Não existe a forma culposa. Há, também, a presença do tipo específico, consistente em obter a conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso, satisfazendo a lasciva (NUCCI, 2010, p. 904).

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa do mesmo modo do sujeito passivo. A alteração provocada pela Lei 12015/2009 Transformou o delito de estupro em crime comum. Há variadas formas de realização e os envolvidos no delito podem ser homem-mulher; mulher-homem; homem-homem; mulher-mulher; assim sendo deixa de se falar em crime próprio. É importante falar que a cópula pênis-vagina, caracterizadora da conjunção carnal, demanda apenas a existência de homem-mulher, mas pouco interessa quem é o sujeito ativo e passivo (NUCCI, 2010, p. 904-905).

Admitem-se a participação quanto à coautoria. Exemplo: a) quando uma mulher segura a outra (praticando, pois, parte do tipo penal), o homem mantém com a vítima a conjunção carnal. Há coautoria entre a mulher e o homem agressores; b) quando uma mulher instiga o homem a estuprar a vítima há participação (NUCCI, Op. cit., p. 906).

Para haver concurso de agentes por ocasião da prática de estupro, não é exigível que todos estejam no mesmo ambiente, constrangendo ao mesmo tempo a vítima, bastando que se apresente no mesmo cenário, dando apoio, a uma prática delituosa do outro (NUCCI, Op. cit., p.906).

Ato libidinoso é o ato voluptuoso, lascivo, que tem por finalidade satisfazer o prazer sexual, tais como o sexo oral ou anal, o toque em partes íntimas, a masturbação, o beijo lascivo, a introdução na vagina dos dedos ou de outros objetos dentre outros. Quanto aos beijos excluem-se os castos, furtivos, o brevíssimo tais como os dados na face ou rapidamente nos lábios "selinhos" (NUCCI, Op. cit., p. 907).

A consumação ocorre quando o agente apresenta, produz, vende, fornece, divulga, pública fotografias ou imagens com pornografia ou cenas de sexo explícito

envolvendo criança ou adolescente, ou agência, autoriza, facilita ou intermedia a participação de criança ou adolescente nessa espécie de produção. Admite-se a tentativa nos crimes plurissubsistentes, visto que o iter criminis pode ser fracionado.

1.3 Comentários à Lei Nº. 13.772/2018: Aproximação do seu conteúdo jurídico

A disposição contida no art. 1º da Lei nº. 13.722/2018: "Art. 1º Esta Lei reconhece que a violação da intimidade da mulher configura violência doméstica e familiar e criminaliza o registro não autorizado de conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado".

Dito isto, foi analisado duas modificações operadas na legislação brasileira – uma modificação operada na Lei Maria da Penha (novo conceito de violência psicológica) e uma *novatio legis* incriminadora (crime de registro não autorizado da intimidade sexual – art. 216-B, CP).

Inegavelmente, a Lei nº 13.772/2018 trouxe um avanço que deve ser aplaudido quanto ao art. 7º, inciso II, da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), porquanto alterou a indigitada lei para expressamente constar que a "violação da intimidade" da mulher constituiria uma forma de violência no âmbito doméstico, em que o legislador ordinário a inseriu como violência psicológica.

A propósito observemos a novel redação do art. 7º, inciso II, da Lei Maria da Penha:

> Art. 7º - São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:
>
> (...)
>
> II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, **violação de sua intimidade**, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Não raras vezes, a mulher dentro da violência de gênero era e é alvo de violação de sua intimidade, como por exemplo, exposição de nudes e vídeos de conteúdo íntimo (cenas de relação sexual ou outras intimidades de cunho sexual) compartilhados com sua pessoa de vínculo, que depois ao término das relações, eram divulgados em redes sociais e outros meios da internet por ex-namorados(as), ex-conviventes, ex-maridos(ex-mulheres), com exposição avassaladora de sua intimidade, deixando marcas indeléveis na sua vida perante a sociedade, família e do círculo de amizade.

A circulação instantânea deste conteúdo com violação da intimidade da vítima pela internet gerava desde incômodos, situações vexatórias, depressões e até suicídios por parte destas mulheres vítimas da exposição violadora da sua intimidade.

1.4 Pedofilia: Situação de tabu na sociedade que precisa ser discutida

Falar sobre pedofilia, violência doméstica e psicológica ainda tem seus tabus, uma vez que a sociedade tem conhecimento sobre os fatos contínuos dos determinados temas, mas muita das vezes, quase sempre se cala. Os jornais, rede sociais, radio e outros tipos de rede de comunicação estão corriqueiramente noticiando a pedofilia praticamente toda hora, a internet encontra-se com as portas abertas para qualquer um que se preocupa com o fato alarmante e busca informação. Só para ter noção do quão grave é questão, o Brasil é o 11 º no ranking de abuso e exploração sexual infantil/pedofilia e lidera lamentavelmente o ranking de violência contra mulher no mundo (pesquisa mundial feita por estudo britânico, que além de mostrar os tristes dados, mostra também como proteger crianças da pedofilia, mulheres e vulneráveis dessa situação, no Brasil a pesquisa foi publicada pela revista crescer em 23 de janeiro de 2019). Dados do disque 100 mostram que, só em 2018 foram registradas mais de 17.093 denúncias de violência sexual contra crianças, 13.418 casos foram consumados, é impossível falar sobre esse assunto e não se emocionar, não ficar revoltado com a situação é desumano, é doentio, usando uma palavra do senso comum, mas que descreve o sentimento diante disso, é monstruoso. O que mais indigna é que os números só aumentam com o passar dos dias, somente no início de 2019 o governo federal registrou 4,5 mil novas denúncias.

Pedófilos são pessoas astutas que agem de má-fé e criam disfarces que atraem de forma sutil e aparentemente inocente crianças e adolescentes, todo cuidado torna-se pouco quando se trata de pedofilia, eles costumam usar a internet para atrair as vítimas, criam perfis atraentes e usam até a linguagem que melhor for

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

para situação, é comum atualmente que crianças entre 8 e 10 anos ganhem celular principalmente no dia do aniversário, mas mesmo fora de ocasiões especiais os pais tem recorrido a essa tecnologia como forma de aproximação para com seus filhos, a maioria dos pais tem uma rotina lotada de atividades, tem situações de pais que saem de casa para trabalhar e o filho está dormindo e quando chega do trabalho o filho está dormindo de novo, é totalmente compreensivo o porquê dos pais darem tão cedo um celular ou notebook para criança (ou até mesmo adolescente), isso diante da rotina tão vasta traz aproximação entre pai e filho, facilitando a comunicação e diálogo entre eles, principalmente para esses tipos de pais ocupados que só chegam em casa à noite, e essa é a rotina de quase todos os brasileiros.

Então precisa-se ter um olhar cauteloso naquilo que parece simples, mas não é, o monitoramento das redes sociais, notebook, e-mail, galeria de fotos, tudo que envolva comunicação com o externo ao lar tem que ser monitorado pelos pais ou responsável. O ser humano tem sempre o pensamento que nunca vai acontecer com ele tal fato, todos os dias sai no noticiário é repercutido, mas mesmo assim ainda existe uma vasta quantidade de pessoas que acham que a pedofilia nunca acontecerá com um filho seu, mas não se engane, toda e qualquer criança e adolescente está vulnerável a esse tipo de crime.

A recente reforma do Código Penal eliminou a antiga denominação acerca da presunção de violência prevista no artigo 224 do referido código, proibindo a relação sexual mantida com as vítimas acima elencadas. Nos casos de abuso sexual o ato libidinoso é o mais frequente. Inicialmente através de manobras de sedução e intimidação, seguidas de ameaças à própria criança ou algum membro de sua família, comumente à mãe.

O agressor obriga essa criança a praticar atos que não incluam a penetração vaginal, para não caracterizar o estupro, mas sim as mais variadas formas de contato sexual, constantemente incluindo sexo oral e penetração anal. A maioria dos abusos sexuais cometidos contra crianças e adolescentes ocorre dentro de casa e são perpetradas por pessoas próximas, que desempenham papel de "cuidador" destas. Por isso instrui-los é essencial, para prevenir de transtornos no futuro, uma criança ou adolescente quando é bem orientado e tem um diálogo e confiança aberto com os pais a pedofilia pode vim a ser evitada.

O código penal não tem a pedofilia qualificada como um tipo penal, e me admira que apesar dos inúmeros casos que acontecem todos os dias isso infelizmente ainda não ocorreu, porém não significa que temos que nos calar, temos que lutar para qualificar a pedofilia como um tipo penal brasileiro, atualmente esse

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

tipo de caso se enquadra como abuso sexual , estupro de vulnerável e está previsto no 216-B do Código Penal (incluído pela Lei nº 13.772, de 2018) e 217-A do Código Penal (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009), ou seja, Produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes, bem como a situação de divulgar, e ainda, ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos.

O ECA também tem leis que resguardam os direitos da criança e adolescente, saliento que uma análise com bastante cautela tem que ser feita de respeito do tema uma vez que os números só crescem a cada segundo, e mais um obstáculo surge quando se trata da pedofilia, pois tem especialistas na área da saúde que defendem a pedofilia como doença e não como crime, dificultando a tentativa de qualificação dela no código penal. No dia 13/03/2019 o G1 (site da rede globo) publicou a afirmação da (OMS) – Organização Mundial de Saúde que reconhece a pedofilia como uma doença, alegando que o Código Penal Brasileiro traz como crime o abuso sexual de menores de 14 anos e o consumo e distribuição de pornografia infantil. Isentando o pedófilo de responder criminalmente alegando que, o pedófilo faz isso por uma característica obsessiva, são pessoas de uma maneira geral que tem um profundo sentimento de rebaixamento perante a sociedade, se sentem ''menores'', se sentem ''diminuídos'', se sentem '' incapazes'', se sentem até mesmo desprezados pelas mulheres, onde na mente deles são inaptos para chegar até uma mulher.

Fazendo uma análise sobre a Lei 12.015 que foi publicada no dia 7 de agosto de 2009, mas só entrou em vigor no ordenamento jurídico pátrio no dia 10 de agosto de 2009, é de extrema importância para a compreensão do tema, já que essa lei alterou fundamentalmente a Legislação Penal Brasileira no que cerne aos crimes contra a Dignidade Sexual e também promoveu alterações no ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente) e na lei n. 8.072 de 1990, lei esta que define e trata sobre os crimes hediondos. De acordo com o que foi citado acima é importante destacar não só a pedofilia como também a violação da intimidade da mulher já que, assim como crianças e adolescentes a mulher também é vítima de crimes contra a dignidade sexual, e AMBOS precisam de todo o amparo para superar uma situação dessas, que não deixa marcas somente físicas, o artigo 217-A do Código Penal trata:

> 217-A - CP: Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no ***caput*** com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º (VETADO)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4ºSe da conduta resulta morte:

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

Conforme o caput do artigo citado acima entende-se que a palavra vulnerabilidade nada mais é que as pessoas que se encontram em um estado que não pode oferecer resistência, defesa ao crime, assim, essa palavra abarca a crianças e adolescentes. Como também no parágrafo 1º, considera vulneráveis, alguém que se encontre em enfermidade e por consequência a esta, não tenha condições de se defender.

Bem como os deficientes mentais que não tenham ciência do que está ocorrendo, pessoas incapazes de exteriorizar o seu consentimento ou por coação são obrigadas a praticarem atos contra sua vontade. Inegavelmente a Lei 13.772/2018 trouxe grandes avanços que devem ser destacados no ordenamento jurídico brasileiro onde consta a violação da intimidade da mulher, abordados a violência doméstica, familiar e finalmente a violência psicológica, trazendo importantes e necessárias alterações no código penal para a criminalização do registro não autorizado da intimidade sexual.

Por outro lado, é vastamente fundamental frisar no combate a pedofilia que é o tema central destacando que ainda é fortemente defendida por alguns médicos que a pedofilia é uma doença, fato que revolta a população as até mesmo autoridades, é defendido também que o pedófilo deve ser internado e dar início ao tratamento, para assim ser curado e poder voltar ao convívio da sociedade. A pedofilia, segundo a OMS (Organização Mundial da Saúde), é uma doença em que o indivíduo possui um transtorno psicológico e, assim sendo, apresenta um desejo, uma fantasia e/ou estímulo sexual por crianças pré-púberes. Criando um grande dilema entre especialistas e autoridades, então desta forma fica claro que a doença

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

causa desejo, não causa alucinações, não afeta a capacidade de pensamento e de escolha, ou seja, o animus do agente permanece, sua capacidade de escolha permanece, dito isso, não há alternativa senão a aplicação das penas pelos crimes sexuais que o agente cometer, já que este teve a opção de não os fazer.

O artigo 217-A do Código Penal traz, aquele que mantiver relação sexual ou praticar outro ato libidinoso com menor de quatorze anos incorrera na pratica crime de estupro, sujeitando-se a penalidade de oito a quinze anos de reclusão, independentemente de ter agido com culpa ou dolo. As inovações jurídicas do artigo 217-A são extremamente necessárias e coesas, pois, já não é de hoje que criminosos conseguem se livrar do código penal alegando precisar de tratamento e não de cadeia, quando o próprio código é bem claro que isso independe do da culpa ou dolo, estando assim a sociedade respaldada juridicamente a cobrar as autoridades por mudanças, por justiça e cumprimento do código penal, que tem sido fintando como forma de aliviar a pena dos pedófilos, lembrando mais uma vez que A PEDOFILIA NÃO INCAPACITA O CRIMINOSO DE PENSAR OU AGIR, não é uma doença mental e já ficou comprovado por especialistas.

No máximo pode ser diagnosticado como um tipo de distúrbio de grau leve, que te faz sentir desejos, mas não é como a esquizofrenia por exemplo, que muda tua capacidade de pensar, te faz ouvir vozes e te induz a tomar determinadas atitudes, o pedófilo ele sente o desejo pela criança ou adolescente, mas apesar da sua condição sua capacidade de raciocínio continua preservada. As inovações jurídicas da lei 12.015/2009 veio pra revolucionar o código penal, é uma lei federal que mostrou a força do nosso ordenamento jurídico, um dos pontos que mais chama atenção é fato dela ter modificado os crimes sexuais contra menores de ação pública incondicionada, de modo que cabe ao Ministério Público processar estes casos, mesmo contra a vontade da família da vítima, mostrando assim que independe deles, até porque quase 99% dos crimes são cometidos por parentes ou pessoas próximas a vítima, e inúmeras vezes a própria família tenta retirar a queixa, agindo assim com o coração e deixando a lei de lado, com essa nova atualização o Ministério Público tem total autonomia pra agir de forma precisa, de acordo com a lei e fazendo-a ser cumprida , fazendo justiça.

Complementando as inovações que vieram para acrescentar, modificar e praticar a justiça de forma mais concisa em nosso país, cito também o artigo 216-B do código penal:

> Produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez, ou ato sexual ou libidinoso de

> caráter íntimo e privado e privado sem autorização dos participantes – pena detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa.

Logo, a interpretação mais adequada e em conexão com a *"mens legis"* a ser dada em nossa singela opinião, é aquela que prestigie a maior amplitude e alcance possível dessa proteção à intimidade sexual, para se evitar a proteção deficiente frente ao bem jurídico tutelado – embora não descartamos o surgimento de opiniões em sentido contrário, sob o argumento de que o Direito Penal como instrumento para tutelar a mulher, vítima de violência de gênero, deve ser dada à interpretação mais abrangente possível para outras situações que causem de certa forma violação da sua intimidade (como por exemplo exposição de brigas de família, humilhações, vexames etc. sem cunho sexual, mas que de certa forma implique na violação da intimidade), não devendo o intérprete cingir a letra fria da lei.

Em caso de registro indevido dos atos sexuais, seja ele com homens e mulheres, ou crianças e adolescentes veio para facilitar o direito penal e promulgado, é um crime comum ao sujeito ativo e passivo, em São Paulo ocorreu um caso em um condomínio onde o sujeito havia colocado no buraco do seu apartamento que dava acesso ao apartamento vizinho uma câmera, e ele filmava a vítima se despindo, tomando banho e tudo mais...Essa invasão da intimidade sexual até então não tinha um tipo penal, o que era crime segundo o artigo 217-A seria a divulgação do material fotografado ou filmado, mas somente filmar para si não era criminalizado. E por conta dessa lacuna o artigo 216-B foi o casamento perfeito para o âmbito jurídico, e o parágrafo único veio trazendo: "Na mesma pena incorre quem realiza montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo. E isso foi crucial para abranger a extensão da penalidade, a lei 13.772/2018 foi tão importante que trouxe mudanças muito significativas também na Lei Maria da Penha.

No que tange a imagem das pessoas (homens e mulheres maiores de 18 anos). Ela trouxe inovações na lei 11.340 na parte de violência psicológica, A lei define a violência psicológica como qualquer conduta que cause dano emocional, diminuição da autoestima ou que prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento da mulher. Ou, ainda, que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação.

Quanto à violência moral, ela é entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. O legislador introduziu a proteção, quando ressalta a violação da intimidade, então ele protege a mulher não só na violência psicológica no que diz respeito a qualquer tipo de dano emocional, como foi incluída expressamente que isso inclui a proteção da mulher no que tange a violação da sua intimidade, ou seja, sua imagem sexual, seu corpo, qualquer registro audiovisual etc. De forma expressa ele fez constar que qualquer registro de violação da intimidade de uma mulher é hipótese de violência doméstica. É uma alteração relativamente pequena, mas muito e importante para representatividade das mulheres na prática, reforçando que o homem, não só ele mais principalmente a figura masculina não pode dispor da imagem da namorada, cônjuge etc. É uma proteção expressa deixando para todos no que tange a imagem es está protegida pela Lei Maria da Penha como sendo um dos objetos de um de uma eventual violência doméstica.

Foi um aspecto que trouxe inclusão no código penal de um novo crime, o Legislador por meio do artigo 216-B criou o crime para o registro (imagens e vídeos) não autorizado de intimidade sexual, embora a primeira mudança na Lei tenha haver coma mulher o artigo protege qualquer pessoa para proteção de sua intimidade sexual.

> Produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes: (Incluído pela Lei nº 13.772, de 2018)
> Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa.
>
> Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem realiza montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo. (Incluído pela Lei nº 13.772, de 2018)

É crime criado dentro do capítulo dos crimes contra a dignidade sexual, protegendo a imagem da pessoa, reforçando no diz respeito a sua imagem em atividade sexual, é doloso então o agente realize o dolo, é um misto alternativo: produzir no sentido de arrumar um local, iluminação, ou produzir um próprio vídeo com edições, fotografar – fazer fotos, filmar – fazer uma imagem em formato de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

filme ou registrar por qualquer meio por exemplo: um registro de áudio, slides, webcam ou qualquer registro audiovisual da cena sexual. Por qualquer meio, é muito claro quanto a isso, não importando se é uma máquina fotográfica, celular, gravador digital, ou se é um computador isso é irrelevante, o que importa é se o indivíduo registrou aquele ato utilizando-se de qualquer meio. Basta que tenha nudez (ex: uma pessoa tomando banho nua, trocando de roupa seja em sua residência ou provador de uma loja), ou ato sexual ou libidinoso.

Porém, se a conjunção carnal for praticada em um determinado dia e, em outra data, contra vítima diversa ocorrer ato libidinoso, ambos violentos são de se admitir o crime continuado, pois estaríamos diante de dois estupros, crime da mesma espécie. Se os delitos forem cometidos antes do advento da lei12015/2009, configurando concurso material entre estupro e atentado violento ao pudor, cabe ao juiz da execução penal em face da aplicação da lei mais benéfica ora existente, unificar as penas, reconhecendo se presentes os requisitos do art.71, o crime continuado (NUCCI, Op. cit., p. 912-913).

O exame de corpo de delito é prescindível. Pode demonstrar a ocorrência do estupro por outras provas, inclusive pela palavra da vítima quando convincente e segura. Nesse sentido STJ: A configuração do crime de estupro prescinde da realização do corpo de delito sem suficiente a manifestação inequívoca e segura da vítima quando em consonância com os demais elementos probatórios delineados no bojo da ação penal (HC 8720 – RJ, 6ª T., rel. Vicente Legal, 16.11.1999, v.u., DJ 29.11.1999, p.126). TJDF: Irrelevante o laudo negativo do exame de corpo de delito. A materialidade do crime de atentado violento ao pudor [hoje, estupro], prescinde da realização do corpo de delito, porque, nem sempre deixa vestígio detectáveis, sendo que a palavra da vítima corroborada por prova testemunhal idônea, tem relevante fator probante e autoriza a condenação quando em sintonia com outros elementos de provas (AP 2000031011076-7, 1.ª T.REL. Mario Machado, 19.07.2007, v.u.) (NUCCI Op. cit., p. 913). Diante de tudo exposto as inovações jurídicas foram necessárias para o Código Penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em virtude dos fatos mencionados entende-se que as inovações jurídicas analisadas trouxeram uma nova perspectiva para o ramo do direito penal, uma vez que já existiam normas que discorresse sobre os assuntos tratados, mas ainda assim o legislador entendeu que não era o suficiente. Falar sobre pedofilia foi um grande desafio, pois, é um assunto recorrente em nosso meio social, mas que até pouco tempo atrás não tinha tanta visibilidade como tem nos dias atuais, até mesmo nas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

leis ficava como uma espécie de assunto não concluído, e isso é assunto de grande importância social, uma vez que a facilidade para cometer esse ato criminoso está aberto à todos ,um exemplo usado no decorrer do trabalho foi as redes sociais (friso o facebook) que vem aumentando o número de casos de pedofilia, devido seu fácil acesso. Outro ponto considerável é vasta quantidade de crimes de pedofilia confirmados ter sido cometido dentro de casa, ou seja, um olhar crítico e atento faz-se necessário.

A lei 12.015 de 2009 em junção com o art. 217-A do Código Penal, veio para resguardar direitos que estavam sendo violados, diante de meses de estudo e pesquisa ainda se encontra uma deficiência no código penal, pois o mesmo não tem a pedofilia como um tipo penal, e apesar de muitos juristas e especialistas da área lutarem por isso, continua sendo enquadrado o crime de pedofilia no art.217-A e no ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), como estupro de vulnerável, mas ainda assim com as atualizações que ocorreram recentemente já é de grande avanço pra luta de um dia a pedofilia ser reconhecida como um tipo penal, com base em pesquisas e estudos e relatos de especialistas da área , concluo que a pedofilia é uma doença de grau leve, mas não é capaz de afetar a sanidade mental do indivíduo, uma vez que ela lhe causa sensações, vontades e desejos, mas em momento algum incapacita mentalmente o indivíduo de agir, dando à ele o poder de escolha.

Por outro lado, discorro sobre a Le 13.772 de 2018 que também chegou de forma concisa e coesa no âmbito jurídico trazendo essências alterações no Código Penal no art.216-B resguardando os direitos das pessoas maiores de 18 anos, e incluindo uma nova modalidade a agressão psicológica. O trabalho retratou duas leis em destaque, e um assunto central. A pedofilia, mostrando formas de como combater e sessar esse crime, esclarecendo qualquer tipo de dúvida sobre o caso, diante de tudo exposto é-se levado a afirmar que o pedófilo não precisa de tratamento, ele precisa da prisão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: Parte Especial. 7. ed. Niterói: Impetus, 2010, v. III.

MIRABETE, Manual de Direito Penal. 32. ed. São Paulo: Atlas – 2009.

BARROS, Francisco Dirceu. Vulnerabilidade nos Novos Delitos Sexuais. Carta Forense, 02 de março de 2010.

GOMES, L. F. **Direito penal**. Volume 2. São Paulo: RT, 2009

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Consequências da violência praticada contra crianças e adolescentes. Recurso Especial nº 714.919,Relatora Ministra Laurita Vaz. Porto Alegre, 09 de agosto de 2005.

_____. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. Ministério da Justiça, Secretaria da Cidadania e Departamento da Criança e do Adolescente. Brasília, 1990.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 4ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SUITER, Heráclito Ney. Pedofilia é crime e dá cadeia. Gurupi, TO.:Jornal Chico. Disponível em: https://www.recantodasletras.com.br/artigos/1693556 : Acesso em: 26/09/2019

BREIER, Ricardo.; TRINDADE, Jorge. Pedofilia: aspectos psicológicos e penais. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2013.

REGHELIN, Elisangela Melo. Crimes Sexuais Violentos: tendências punitivas. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2010.

MOREIRA, Ana Selma. Pedofilia: aspectos jurídicos e sociais. Cronus, 2010

ABRAPIA – Associação Brasileira Multiprofissional de Proteção à Infância e Adolescência. Do marco zero a uma política pública de proteção à criança e ao adolescente: Sistema Nacional de Combate ao Abuso e à Exploração Sexual Infanto-juvenil. 2004.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

___. Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009.

Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2011.

GABEL, M. (Org.). Crianças vítimas de abuso sexual. Tradução Sonia Goldfeder. São Paulo: Summus, 1997, pp. 43-61.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

PAULO, Beatrice M. (Coord.). Psicologia na Prática Jurídica: a Criança em Foco. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2009.

NOTA:

---

[1] Professor Mestre e Orientador deste Artigo. Endereço para acessar este CV: tatianepalhares@hotmail.com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

IMUNIDADE PARLAMENTAR E O FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO NO CONTEXTO JURISPRUDENCIAL ATUAL

LEONARDO DE OLIVEIRA SANTOS:
Bacharelando no Curso de Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA.
FERNANDO BEZERRA

(Orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo central propor uma análise crítica referente ao instituto do foro por prerrogativa de função na esfera penal que consiste no direito de determinadas pessoas serem julgadas, em virtude dos cargos ou funções que exercem, pelos Órgãos Superiores da Jurisdição, em competência atribuída pela Constituição Federal ou constituições estaduais, sendo voltado as controvérsias causadas pelo instituto, uma vez que muitas das vezes nos julgamentos dos detentores de tal prerrogativa transmite-se a sociedade uma sensação de impunidade e se realmente este instituto jurídico viola ou não o princípio da isonomia, uma vez que o foro privilegiado foi pensado para ser um instrumento destinado a garantir o livre exercício de certas funções públicas, e não para acobertar a pessoa ocupante do cargo.

Palavras- chave: Foro especial. Prerrogativa de foro. Impunidade. Isonomia. Funções Públicas

ABSTRACT: The report work is the work in the main site is the right of the non-right of the nondireito of the non-direito of the non-direito of the nonary The presence of constitution federal is constitution the constituencies in the governance of the governance is the probabilization of the governance is the probabilization of the governance of the governor is not behaviour or real principle or real of isonomia, uma vez that the foro privilegiado was pensado para ser um dado storage a guarantee of the perth is your cliente.

Key words: Special Forum. Forum prerogative. Parliamentary impunity. Isonomy. Public Functions.

INTRODUÇÃO

O foro por prerrogativa de função é um tema que divide muito a opinião tanto da sociedade quanto de grandes doutrinadores, uma vez que há muitas críticas decorrentes das condutas ilícitas envolvendo agentes públicos que usufruem dessa prerrogativa, pela sensação de impunidade que é passada para sociedade, ainda mais por estes serem autoridades investidas pelo poder do estado democrático de direito, e da forma que se tornou um privilégio em razão da pessoa

possuidora, e não da função exercida, ainda mais pelo atual cenário da política brasileira, onde há vários escândalos políticos envolvendo detentores do foro.

Porém este instituto não seria fundamental para o exercício da jurisdição de forma imparcial?

Pois para o julgamento dos ocupantes de cargos de maior hierarquia evitaria ou reduziria a utilização política do processo penal contra titulares de mandato eletivo ou altas autoridades, em prejuízo do desempenho de suas funções, evitando assim um julgamento imparcial a favor do réu.

Para tal objetivo, o presente estudo apresenta um conteúdo amplo referente ao foro por prerrogativa de função, exemplificando as autoridades que gozam dessa competência, analisando o foro desde seu início em nosso ordenamento jurídico, o objetivo de compreender como se desenvolveu o instituto da prerrogativa de foro no ordenamento pátrio.

A pesquisa que se propõe é um trabalho acadêmico de investigação do tema, baseando-se nas doutrinas desenvolvidas por diversos autores, o ordenamento pátrio, súmulas do STF e STJ, além de outros meios de informação em periódicos (revistas, boletins, jornais), sites da internet, entre outros.

1) **A PRERROGATIVA DE FUNÇÃO**

O foro privilegiado ou prerrogativa de função Trata-se de um instituto previsto pela Constituição, segundo a qual as pessoas ocupantes de alguns cargos ou funções, somente serão processadas e julgadas criminalmente (não engloba processos cíveis) por determinados Tribunais (TJ, TRF, STJ, STF). Onde indivíduos detentores da função política estatal, sendo autoridades investidas pelo poder do estado democrático de direito, possuem certa proteção política para o exercício de suas atividades.

Sua razão de ser é a especial posição política ou funcional ocupada por certas autoridades, que lhes vale um tratamento distinto daquele reservado aos demais cidadãos brasileiros.

Em síntese, a prerrogativa de foro no nosso ordenamento é considerada uma garantia e não um privilégio. Desta forma, não se direciona aos interesses individuas da pessoa que realiza uma função pública relevante, mas sim à preservação das instituições, em razão de suas atribuições. A prerrogativa de foro será incessantemente examinada ao longo do trabalho, por meio dos tópicos mais relevantes sendo, ainda, analisados seus pontos controversos.

1.1) ORIGEM NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Como se sabe o Brasil o Brasil teve uma tardia movimentação a respeito da elaboração de uma Constituição, sendo sua primeira constituição produzida em 1824, tendo como grande parâmetro a constituição francesa e americana.

Essa Carta, em seu art. 47, dispunha ser atribuição exclusiva do Senado imperial "conhecer dos delictos individuaes, commettidos pelos Membros da Familia Imperial, Ministros de Estado, Conselheiros de Estado, e Senadores; e dos delictos dos Deputados, durante o periodo da Legislatura", bem como "conhecer da responsabilidade dos Secretarios, e Conselheiros de Estado". O artigo 99 estabelecia ainda um privilégio absoluto para o Imperador, cuja pessoa era "inviolável e sagrada", não estando sujeito a responsabilidade alguma. Ao Supremo Tribunal de

Justiça, mais alta corte de justiça imperial, cabia "conhecer dos delictos, e erros do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Provincias".

Após proclamada a República em 1889, surge uma nova Constituição (1891), o qual abrangeu ainda mais o foro privilegiado. Após alguns anos, especificamente em 1934, criou-se um Tribunal Especial para julgar esses casos; agora não mais o Senado julgava os privilegiados, mas sim um tribunal. Em 1937 em outra Constituição, ficou disposto que os privilegiados seriam julgados por uma comissão criada pelo Presidente da República, algo parecido com o que temos hoje, chamado de Supremo Tribunal Federal. E desde então, até chegar na Constituição de 1988 esta questão vem se tornando mais sólida e extensa.

No decorrer do tempo, houveram várias evoluções do instituto da prerrogativa de função, sendo que o modelo atual da Carta Magna de 1988 aumenta substancialmente os casos em que são admitidos o denominado foro privilegiado. Isso se deve pelo fato da Constituição Federal ter sido elaborada no auge da redemocratização do país, após um longo período de ditadura militar.

1.2) CONCEITO E PREVISÃO LEGAL

A Constituição Federal estabeleceu que determinadas pessoas são detentoras de foro especial, sendo assim, serão julgadas por órgãos superiores como o STJ e o STF. Trata-se, neste caso, da competência pela prerrogativa de função.

Insta salientar que há certa divergência em relação aos termos Foro Privilegiado e Foro por Prerrogativa de Função se traduzem o mesmo significado, pois para alguns doutrinadores, teoricamente não, uma vez que o foro por prerrogativa de função é estabelecido em razão do cargo ou função desempenhada pelo indivíduo. Trata-se, portanto, de uma garantia inerente à função. Já o chamado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

"foro privilegiado" é aquele previsto, não por causa do cargo ou da função, mas sim como uma espécie de homenagem, deferência, privilégio à pessoa. Ex: foro privilegiado para condes e barões. Porém o STF utiliza em seus julgamentos a expressão "foro privilegiado" como sendo sinônimo de "foro por prerrogativa de função".

Esse também é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

> A prerrogativa de foro é outorgada, constitucionalmente, "ratione muneris", a significar, portanto, que é deferida em razão de cargo ou de mandato ainda titularizado por aquele que sofre persecução penal instaurada pelo Estado, sob pena de tal prerrogativa - descaracterizando-se em sua essência mesma - degradar-se à condição de inaceitável privilégio de caráter pessoal.(Inq.1376 MG, relator: Min. Celso de Melo, data do julgamento 15/02/2007).

Sendo o órgão máximo e o principal guardião da lei no ordenamento jurídico, de acordo com o artigo 102, I, alíneas "b" e "c" da CF, o Supremo Tribunal Federal possui competência originária para processar e julgar os agentes públicos nas seguintes ocasiões: nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República; Nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente.

Já o Superior Tribunal de Justiça conforme o artigo 105, I, "a" da Constituição Federal é competente para processar e julgar nos crimes comuns: os Governadores dos Estados e do Distrito Federal; nos crimes comuns e de responsabilidade: os Desembargadores dos

Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, os dos Tribunais

Regionais Federais, os dos Tribunais Regionais Eleitorais e do Trabalho, os dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os dos Ministérios Públicos da União que oficiem perante Tribunais.

Os Tribunais Regionais Federais cabe a competência para processar e julgar, nos crimes comuns e de responsabilidade, os Juízes Federais no âmbito de sua jurisdição, Justiça Militar e da Justiça do Trabalho e os Membros do Ministério Público da União.

E os tribunais de justiça, de acordo com o art.96, X, da Constituição Federal, compete privativamente processar e julgar os juízes estaduais e do Distrito Federal e Territórios, bem como os membros do Ministério Público, nos crimes nos crimes comuns e de responsabilidade, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral, pois se um prefeito cometer um crime eleitoral deverá ser julgado pelo Tribunal Regional Eleitoral.

2) **PRIVILÉGIO OU PRERROGATIVA? FERE O PRINCÍPIO DA ISONOMIA?**

Em função do atual cenário brasileiro de corrupção dos agente públicos detentores do foro de prerrogativa de função, os cidadãos entendem que a prerrogativa de função é sinônimo de privilégio, pela sensação de impunidade que é transmitida a sociedade, e também doutrinadores do direito, que afirmam que tal imunidade se transformou em um instrumento de vantagem dos detentores, para se esquivarem dos processos criminais a que deveriam responder e das possíveis penalidades que lhes seriam cabíveis como se posicionou o Ministro Luiz Roberto Barroso, em palestra no Centro Universitário de Brasília, no final de janeiro de 2016:

> Foro por prerrogativa de função é um desastre para o país, a minha posição é extremamente contra [...]. É péssimo o modelo brasileiro e estimula fraude de jurisdição, na qual, quando nós julgamos, o sujeito renúncia, ou quando o processo avança, ele se candidata e muda a jurisdição. O sistema é feito para não funcionar. [...]A autoridade, o parlamentar, as pessoas que estão expostas às vezes a um determinado tipo de má vontade ou de perseguição, elas podem ter algum tipo de proteção institucional, mas isso se realizaria com juízo de primeiro grau, em Brasília, com recursos para o Supremo ou o STJ (Superior Tribunal de Justiça) (TERRA, 2016).

Atualmente há um grande número de autoridades detentoras de foro, estima- se que 37 mil agentes públicos, e Infelizmente há também um grande número de processos contra as autoridades possuidores de prerrogativa de foro, e como exemplo, o Supremo Tribunal Federal não tem estrutura para julgar todos os casos de forma definitiva, o que contribui ainda mais para a indignação dos populares contra a imunidade, uma vez que transmite sensação de impunidade, como afirmou o ministro do STF, Gilmar Mendes, em entrevista à istoÉ (2016):

> Há um elenco muito significativo (de pessoas com foro privilegiado). O modelo foi pensado para situações excepcionais. Mas no Brasil temos neste momento, creio eu, 90 parlamentares investigados, dos quais 45 ou alguma coisa assim já com ação em tramitação. Esperava-se que fosse um número excepcional, mas infelizmente isso se tornou algo um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> tanto quanto comum. [...] Depende de emenda constitucional, mas acredito que já há um bom consenso na percepção de que processos não podem estar originariamente no STF [...]. Depois que o STF aplicou penas elevadas, eles (parlamentares) começaram a achar desinteressante o foro privilegiado. (istoÈ,2016)

A Ministra Cármen Lúcia, em entrevista concedida à revista Época, em abril de 2016, quando questionada sobre a prerrogativa de foro em crimes comuns para parlamentares, presidentes e vice-presidentes, alegou ser contra e não haver razão para a existência de tal instituto, visto que a República tem pilares definidos na igualdade:

> Sou contrária a esse foro especial para qualquer pessoa. E já votei assim. Acho que qualquer um de nós tem de responder em igualdade de condições. Uma característica essencial da República é a igualdade. Temos ótimos juízes, competentes e sérios no Brasil. Não vejo nenhuma razão para que casos de algumas pessoas sejam transferidos para o Supremo (ÉPOCA, 2016)

Porém nem todos veem o instituto como instrumento de vantagem dos detentores, uma vez que, o foro privilegiado fora originariamente criado para que no julgamento dos ocupantes de cargos de maior hierarquia, não se utilizasse a política para que houvesse um julgamento parcial e cheio de pressões, garantido assim um julgamento justo.

Sobre o tema, Fernando da Costa Tourinho Filho (2007, v. 2, p. 136), enfatizando o fato de o foro especial não ser concedido em virtude da pessoa, mas do cargo por ela ocupado, traz, em sua obra, justificativas à existência de tal critério, defendendo que não se verifica, in casu, ofensa à igualdade:

> É verdade que a Lei Maior, no art. 5º, caput, estabelece que "todos são iguais perante a lei". Sendo, como efetivamente são, esse direito concedido a tais pessoas não conflitaria com aquela igualdade? Obviamente não. Não se trata (conforme dissemos) de um privilégio, o que seria odioso, mas de uma garantia, de elementar cautela, para amparar, a um só tempo, o responsável e a Justiça, evitando, por exemplo, a subversão da hierarquia, e para cercar o processo e julgamento de especiais garantias, protegendo-os contra eventuais pressões que os supostos responsáveis pudessem exercer sobre os órgãos jurisdicionais inferiores.

No mesmo sentido Tourinho Filho (p.138, 2008) concorda:

> Não seria adequado que um Desembargador pudesse ser processado e julgado por um Juiz de Direito, em face da subversão hierárquica" visto que, "o Desembargador faz parte de um órgão superior que reexamina as decisões dos Juízes de Direito, [...] integra um órgão que exerce fiscalização sobre a conduta dos Magistrados.

Em semelhante análise, José Frederico Marques (2000, p. 75) defendeu:

> O que veda esse dispositivo [artigo 5º, XXXVII, da Constituição da República] é o foro estabelecido em atenção à pessoa em si (como nos casos dos foros pessoais, - rectius, profissionais). Aqueles instaurados em razão da relevância da função se acham perfeitamente legitimados, mesmo porque efetivam certa subversão hierárquica, como, por exemplo, o julgamento de um magistrado de grau superior perante um juiz inferior.

Maria Lúcia Karam (2005, p. 38), ressaltou que nem sempre a competência originária dos tribunais traz consigo vantagens ao acusado (haja vista, por exemplo, a possibilidade recursal para a reforma das decisões emitidas apenas em primeiro grau de jurisdição), explica que a competência privativa não consiste em privilégio, já que provém de simples opção política adotada para a proteção da dignidade e da importância do cargo.

Assim, é evidente a existência de uma série de justificativas erigidas no sentido de que a regra do foro especial por prerrogativa de função não consubstancia violação ao princípio da igualdade, sendo, para muitos, antes de tudo, uma necessária garantia fornecida tanto aos julgadores como aos processados, a fim de obter-se a justa resolução do processo penal. Ainda, como se viu, há o argumento de que a eventual inexistência do foro privativo poderia prejudicar a ordem de governo estabelecida, uma vez que esta seria alvo de frequentes ações criminais, muitas vezes infundadas e com caráter exclusivamente político.

2.1) TRIBUNAIS SUPERIORES E JULGAMENTO DOS PROCESSOS

Tribunais superiores, como o STF, foram concebidos para serem tribunais de teses jurídicas, e não para o julgamento de fatos e provas, como regra, pois o juízo de primeiro grau tem melhores condições para conduzir a instrução processual, tanto por estar mais próximo dos fatos e das provas, quanto por ser mais bem aparelhado para processar tais demandas com a devida celeridade, conduzindo ordinariamente a realização de interrogatórios, depoimentos, produção de provas periciais, entre outras.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Pois como foi abordado anteriormente, há em nosso país um extenso rol de autoridades detentoras de foro por prerrogativa de função, algo que dificulta ainda mais o trabalho do Supremo Tribunal Federal, como exemplo, órgão não tem estrutura para julgar todos os casos de forma definitiva, o que contribui ainda mais para a indignação dos populares contra a imunidade, uma vez que transmite sensação de impunidade pela morosidade do julgamento ou até mesmo quando o agente é excluída sua responsabilidade pela prescrição.

A sobrecarga de trabalho e a necessidade uma verificação minuciosa dos processos das autoridades servem como justificativa para a demora.

Cabe destacar a visão do Ministro do STF, Luís Roberto Barroso, quando se menciona o foro por prerrogativa e as críticas que o cercam. O Ministro possui diversos artigos sobre o tema; em um deles, "Foro privilegiado deve acabar ou ser limitado aos chefes dos Poderes", classifica a competência por prerrogativa com uma doença para o STF e também para o país. Defende como solução a extinção dessa competência ou sua restrição ao menor número possível de autoridades. O mesmo destaca três elementos para embasar sua opinião:

> 1) Razões filosóficas: trata-se de uma reminiscência aristocrática, não republicana, que dá privilégio a alguns, sem um fundamento razoável.
>
> 2) Razões estruturais: Cortes constitucionais, como o STF, não foram concebidas para funcionarem como juízos criminais de 1º grau, nem têm estrutura para isso.
>
> 3) Razões de justiça: o foro por prerrogativa é causa frequente de impunidade, porque é demorado e permite a manipulação da jurisdição do Tribunal. (Min. Luís Roberto Barroso, "Foro privilegiado deve acabar ou ser limitado aos chefes dos Poderes", data da publicação 23/05/2016).

Ainda como solução propõe o Min. Luís Roberto Barroso:

> Criar uma vara federal especializada no Distrito Federal, para julgar os casos que hoje desfrutam de foro privilegiado. O juiz titular seria escolhido pelo STF e teria um mandato de quatro anos, ao final dos quais seria automaticamente promovido para o 2º grau. Teria tantos juízes auxiliares quantos necessários, mas seria um único titular para dar unidade aos critérios de decisão. De suas sentenças caberia recurso para o STF ou para o STJ, conforme a autoridade. (Min. Luís Roberto Barroso, "Foro privilegiado deve acabar ou ser limitado aos chefes dos Poderes", data da publicação 23/05/2016).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Esta não parece ser a solução mais razoável para o problema, vez que violaria o princípio do juiz natural, porém o Ministro é adepto da instauração de um órgão jurisdicionado não previsto pela Constituição Federal especialmente para conhecer e decidir sobre determinadas causas.

O Ministro Celso de Mello também exarou sua opinião sobre o instituto com uma alternativa diferente:

> Supressão pura e simples de todas as hipóteses constitucionais de prerrogativa de foro em matéria criminal. Mas, para efeito de debate, poderia até concordar com a subsistência de foro em favor do presidente da República, nos casos em que ele pode ser responsabilizado penalmente, e dos presidentes do Senado, da Câmara e do Supremo. E a ninguém mais. Eu sinto que todas as autoridades públicas hão de ser submetidas a julgamento, nas causas penais, perante os magistrados de primeiro grau. Ao contrário do STF, que é um tribunal com 11 juízes, você tem um número muito elevado de varas criminais [na primeira instância], e pelo Estado inteiro. Com essa pluralização, a agilidade de inquéritos policiais, dos procedimentos penais é muito maior. Acho importante nós considerarmos a nossa experiência histórica. Entre 25 de março de 1824, data da primeira carta política do Brasil, e 30 de outubro de 1969, quando foi imposta uma nova carta pelo triunvirato militar, pela ditadura, portanto um período de 145 anos, os deputados e os senadores não tiveram prerrogativa de foro. Mas nem por isso foram menos independentes ou perderam a sua liberdade para legislar até mesmo contra o sistema em vigor. A Constituição de 1988, pretendendo ser republicana, mostrou-se estranhamente aristocrática, porque ampliou de modo excessivo as hipóteses de competência penal originária. (Folha de São Paulo,26/02/2012)

2.2) DIREITO COMPARADO

Não há uma democracia no mundo com número tão elevado como o Brasil, em certas potências mundiais como Reino Unido, Alemanha, Canadá e os Estados Unidos nem existe foro de prerrogativa de função, como disse o procurador da Lava-jato Diogo de Mattos:

> O Brasil é um dos países que mais tem pessoas com prerrogativa de foro, só se compara à Venezuela e à Espanha, mas lá o foro é para os crimes funcionais. (Correio Braziliense, 21/06/2016).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ainda afirmou o presidente da Associação Nacional dos Procuradores da República, José Robalinho:

> Quando Bill Clinton foi acusado de mentir sobre o caso envolvendo a Monica Lewinsky, ele foi julgado por juiz de 1° instância, [...] nem por isso houve diminuição na democracia americana. (Correio Braziliense, 21/06/2016).

Na Itália, somente o Presidente da República detém a prerrogativa de foro, e em Portugal, passa a ser 3 autoridades com foro privilegiado, sendo o Presidente da República, o Primeiro-Ministro e o Presidente da Assembleia da República.

Na Suécia**,** o rei têm imunidade absoluta (algo que Dom Pedro I e II também tinham, graças à Carta Constitucional de 1824). Em contrapartida, nenhuma outra autoridade possui foro privilegiado. Na Noruega**,** o rei também possui imunidade, além de conselhos de estado, ministros da Suprema Corte, além dos representantes do parlamento.

Não existe uma sistemática homogênea, cada país escolheu um sistema que lhe é peculiar, entretanto nota-se que em nenhum dos países analisados a quantidade de autoridades detentoras do foro privilegiado chega perto das proporções brasileiras.

3) A RELAÇÃO DO FORO ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO E A IMPUNIDADE PARLAMENTAR

A conjuntura política brasileira atual evidencia o grande volume de corrupção no país, envolvendo parlamentares e demais autoridades. Por conseguinte, os cidadãos, que acompanham os desdobramentos de diversas investigações há tempos, questionam a impunidade relativa estes parlamentares e autoridades que possuem foro especial, visto que os processos perduram por anos.

Contudo, com a evolução do instituto busca-se cada vez mais que este não seja uma imunidade para o agente, sendo que, caso a autoridade detentora de foro por prerrogativa de função cometa um ilícito, esta seja julgada com a devida duração razoável do processo, e ainda foi estabelecido um limite temporal, porque era comum haver um constante deslocamento da competência das ações penais de competência originária do STF (um verdadeiro "sobe-edesce" processual). Isso gerava, muitas vezes, o retardamento dos inquéritos e ações penais, com evidente prejuízo para a eficácia, a racionalidade e a credibilidade do sistema penal. Houve inclusive casos de prescrição em razão dessas mudanças.

3.1) AÇÃO PENAL 937 QO

O Min. Luís Roberto Barroso, antes do julgamento de uma ação penal que tramitava no Supremo, suscitou, em uma questão de ordem, duas propostas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em outras palavras, o Ministro disse o seguinte: antes de discutirmos este processo, gostaria de propor que o Plenário do STF analisasse duas questões que envolvem foro por prerrogativa de função.

A primeira é quanto a interpretação que era dada ao art. 102, I, "b", da CF/88 e passar a entender que o foro por prerrogativa de função dos Deputados Federais e Senadores deve se aplicar apenas a crimes cometidos durante o exercício do cargo e desde que relacionados com a função desempenhada; e a segunda o limite temporal sendo que se o réu deixou de ocupar o cargo antes de a instrução terminar, cessa a competência do STF e o processo deve ser remetido para a 1ª instância, porém se o réu deixou de ocupar o cargo depois de a instrução se encerrar: o STF permanece sendo competente para julgar a ação penal.

As duas propostas foram acolhidas pelo STF, a primeira se justifica em razão de exceções ao princípio da igualdade devem ser interpretadas restritivamente, Trata-se da chamada "redução teleológica" (Karl Larenz) ou, de forma mais geral, da aplicação da técnica da "dissociação" (Riccardo Guastini), que consiste em reduzir o campo de aplicação de uma disposição normativa a somente uma ou algumas das situações de fato previstas por ela segundo uma interpretação literal, que se dá para adequá-la à finalidade da norma, Já a segunda, como foi dito anteriormente visa coibir prejuízo no julgamento.

A AP 937 ainda trouxe uma significativa mudança quanto as investigações envolvendo Deputado Federal ou Senador, que somente poderiam ser iniciadas após autorização formal do STF.

Assim, por exemplo, se, a autoridade policial ou o membro do Ministério Público tivesse conhecimento de indícios de crime envolvendo Deputado Federal ou Senador, o Delegado e o membro do MP não poderiam iniciar uma investigação contra o parlamentar federal.

Hoje, Se o crime foi praticado antes da diplomação ou se o crime foi praticado depois da diplomação (durante o exercício do cargo), mas o delito não tem relação com as funções desempenhadas, a Polícia (Civil ou Federal) ou MP, não tem necessidade de autorização do STF, as medidas cautelares são deferidas pelo juízo de 1ª instância.

Agora se o crime foi praticado depois da diplomação (durante o exercício do cargo) e o delito está relacionado com as funções desempenhadas, a Polícia Federal e Procuradoria Geral da República, com supervisão judicial do STF, prescindem de autorização do STF para o início das investigações.

Este entendimento foi estendido para Ministros de Estado, foi o que decidiu o próprio STF no julgamento do Inq 4703 QO/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 12/06/2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

3.2) AÇÃO PENAL 878/DF QO

O STJ também decidiu que a restrição do foro deve alcançar Governadores e Conselheiros dos Tribunais de Contas estaduais.

A Corte Especial do STJ, seguindo o mesmo raciocínio do STF, limitou a amplitude do art. 105, I, "a", da CF/88 e decidiu que:

O foro por prerrogativa de função no caso de Governadores e Conselheiros de Tribunais de Contas dos Estados deve ficar restrito aos fatos ocorridos durante o exercício do cargo e em razão deste.

> "Assim, o STJ é competente para julgar os crimes praticados pelos Governadores e pelos Conselheiros de Tribunais de Contas somente se estes delitos tiverem sido praticados durante o exercício do cargo e em razão deste." STJ. Corte Especial. APn 857/DF, Rel. para acórdão Min. João Otávio de Noronha, julgado em 20/06/2018.STJ. Corte Especial. APn 866/DF, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 20/06/2018.

A exceção ao entendimento é referente aos desembargadores que o entendimento permaneceu o mesmo, haja vista que o STJ entendeu que haveria um risco à imparcialidade caso o juiz de 1º instância julgasse um Desembargador (autoridade que, sob o aspecto administrativo, está em uma posição hierarquicamente superior ao juiz). Assim, os desembargadores dos Tribunais de Justiça continuam sendo julgados pelo STJ mesmo que o crime não esteja relacionado com as suas funções, como afirmou o Min. Relator Benedito Gonçalves:

> É que, em se tratando de acusado e de julgador, ambos, membros da Magistratura nacional, pode-se afirmar que a prerrogativa de foro não se justifica apenas para que o acusado pudesse exercer suas atividades funcionais de forma livre e independente, pois é preciso também que o julgador possa reunir as condições necessárias ao desempenho de suas atividades judicantes de forma imparcial.
>
> Esta necessidade (de que o julgador possa reunir as condições necessárias ao desempenho de suas atividades judicantes de forma imparcial) não se revela como um privilégio do julgador ou do acusado, mas como uma condição para que se realize justiça criminal. Ser julgado por juiz com duvidosa condição de se posicionar de forma imparcial, afinal, violaria a pretensão de realização de justiça criminal de forma isonômica e republicana.
>
> A partir desta forma de colocação do problema, pode-se argumentar que, caso Desembargadores, acusados da prática

> de qualquer crime (com ou sem relação com o cargo de Desembargador) viessem a ser julgados por juiz de primeiro grau vinculado ao Tribunal ao qual ambos pertencem, se criaria, em alguma medida, um embaraço ao juiz de carreira. (STJ. APn 878/DF QO, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 30/05/2016.)

Min. João Otávio de Noronha acompanhou o Relator argumentando que:

> Por mais que acredite na lisura dos juízes brasileiros, seria muito constrangedor para esse juiz em determinada situação votar ou condenar um superior hierárquico, que votou ou votará nele para uma promoção. Sem considerar outras hipóteses. Eu não daria essa carta em branco. Não assinaria um cheque em branco para os juízes nessa hipótese. Eu prefiro a cautela. Não quero ver juiz perseguido nem promovido por favores concedidos que pode gerar até a impunidade. Minha preocupação é sobretudo a impunidade, vamos ver Estado em que a pressão no juiz é muito grande. Juiz que tem vínculo com investigado não pode julgar. É uma blindagem que se faz à independência da magistratura. O juiz que está subordinado a um investigado não deve julgá-lo. (STJ. APn 878/DF QO, Min. João Otávio Noronha, julgado em 30/05/2016.)

3.3) INSTRUMENTO DE GARANTIA INERENTE A FUNÇÃO

O foro privilegiado é defendido como uma via judicial que permite a punição mais eficaz de autoridades públicas, sendo apenas uma proteção ao cargo. A ONG Transparência Brasil divulgou nota rejeitando a proposta de extinção desse instituto.

> Não havendo privilégio de foro, os processos contra esses políticos correrão na primeira instância, seja nas Justiças estaduais, seja na Justiça Federal. Condenados, recorrerão aos tribunais de Justiça ou aos tribunais federais. Se os recursos forem negados, recorrerão ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) ou ao Supremo Tribunal Federal (STF). Em outras palavras, se os processos nos tribunais superiores já demoram anos e anos para se concluírem, levá-los para a primeira instância fará aumentar ainda mais esse tempo.

Nesse sentido, o foro especial asseguraria a imparcialidade dos órgãos judicantes, impedindo o uso indevido do Poder Judiciário em conflitos político eleitorais. Não por acaso, a ditadura militar suspendeu o que então se chamou o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

"privilégio do foro por prerrogativa de função", como parte do pacote de suspensão de direitos políticos veiculado pelo artigo 5º do Ato Institucional nº 5

Outrossim, a prerrogativa do foro especial se encerra necessariamente com a cessação do exercício da função pública, e o Tribunal cancelou a sua súmula 394, que dispunha em sentido contrário. Vale destacar que o STF já declarou inconstitucional uma tentativa do Congresso Nacional de prolongar, por via legislativa (Lei nº 10.628/2002), o foro especial para além desse prazo.

É claro que ainda há certos pontos que necessitam evoluir para que não haja a disfuncionalidade do foro privilegiado, porém a solução não é a extinção da prerrogativa, mas sim o aprimoramento do instituto.

CONCLUSÃO

O foro privilegiado é um instituto brasileiro introduzido pela Constituição Federal de 1988 para manutenção de um estado democrático, em que as autoridades o detêm apenas para o exercício do cargo e não para serem utilizados como meio de se chegar à impunidade. Ocorre que, com o atual cenário da política brasileira com um grande volume de corrupção no país, envolvendo parlamentares e demais autoridades. Por conseguinte, os cidadãos, que acompanham os desdobramentos de diversas investigações há tempos, questionam a impunidade relativa estes parlamentares e autoridades que possuem foro especial, visto que os processos perduram por anos.

Porém, ressalta-se a importância da evolução da competência por prerrogativa de foro frente ao ordenamento jurídico, evidenciou-se que a mudança de entendimento de doutrinadores e da jurisprudência foi significativa ao longo dos anos, revelando uma melhora considerável do ponto de vista de jurídico do instituto

Conforme abordado, a morosidade é um ponto grave, não obstante, é preciso ter cautela para não responsabilizar a competência por prerrogativa de foro pelo abarrotamento do sistema judiciário, pois não é somente nos julgamentos realizados pelas cortes que o princípio da duração razoável do processo não é respeitado.

Foi possível ressaltar que é realmente necessário que este instituto seja interpretado de forma restritiva, uma vez que se trata de uma exceção ao princípio da igualdade, como vem fazendo o STF, para que esta prerrogativa não se torne um privilegio em relação ao detentor.

Conclui-se que as controvérsias dentro da competência por prerrogativa de foro estão longe de acabar. Conforme fora demonstrado a doutrina diverge em muitos pontos o que é importante para o desenvolvimento do foro por prerrogativa, pois de acordo com que a sociedade se desenvolve, novas situações surgem, exigindo novas reflexões e posicionamentos de nossos juristas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

REFERÊNCIAS

BARROSO. Luís Roberto. Foro privilegiado deve acabar ou ser limitado aos chefes dos Poderes. Revista Consultor Jurídico. Disponível em:

<www.conjur.com.br/2016-mai-23/roberto-barroso-foro-privilegiado-acabarreduzir-impunidade.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. Juízes Contra a

Corrupção: diagnóstico do problema da impunidade e possíveis soluções propostas pela AMB. 2007. Disponível em: < http://www.amb.com.br/portal/docs/noticias/estudo_corrupcao.pdf>. Acessado em: 06/05/2019.

BRASIL. Constituição do Império (1824). Constituição Política do Império do Brazil: outorgada em 23 de março de 1824. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>.

Acessado em: 27/01/2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. Volume único. 9ª edição. Editora Saraiva. São Paulo – SP. 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. Volume 2, 30 ed.

Editora Saraiva. São Paulo – SP. 2008. Pags. 135, 136, 137, 138.

VALENTE, Rubens. Et al. Casos de foro privilegiado se arrastam por até 18 anos.

Data: 06/11/2016. Folha de São Paulo. Disponível em: <

http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/11/1829725-casos-de-foroprivilegiado-searrastam-por-ate-18-anos-no-supremo.shtml>. Acessado em: 27/01/2017.

FREITAS, Vladimir Passos de. Foro Privilegiado: A ineficiência do sistema. Artigo para a Revista Eletrônica do Instituto Brasileiro de Administração do Sistema

Judiciário – IBRAJUS. Disponível em: < http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=23 >. Acessado em:

27/05/2019

FOLHA DE SÃO PAULO. 2017. Ministro do STF defende fim do foro privilegiado. Disponível em: < http://www1.folha.uol.com.br/fsp/especial/27764-ministro-dostf-defende-fim-do-foro-privilegiado.shtm l> Acesso em 14 de maio de 2017

ISTOÉ. Data: 18/04/2016. Disponível em: < http://istoe.com.br/stf-nao-temestrutura-para-volume-de-processos-de-pessoas-com-foro-privilegiado/>.

Acessado em: 27/05/2019.

LÚCIA, Cármen. REVISTA ÉPOCA. De 16/04/2016. Entrevista com Ministra Carmen Lúcia concedida a Ruth Aquino. Disponível em:

<http://epoca.globo.com/tempo/noticia/2016/04/carmen-lucia-o-povo-estacansando-de-brigar.html>. Acessado em: 27/05/2019.

MARQUES, José Frederico. Da competência em matéria penal ano 2000.

Editora milleenium.Pag.75.

Correio Braziliense. 2016. Entrevista com procuradores da lava-jato. Disponível em:https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2016/10/30 /interna _politica.

TERRA NOTÍCIAS. Data: 31/03/2016. Disponível em:

<http://noticias.terra.com.br/brasil/politica/lava-jato/foro-privilegiado-e-umdesastre-para-o-paisdizbarroso,d995f0474387a747bff0fcb6148c0c8buwjmalxv.html>.

STJ. Corte Especial. APn 857/DF, Rel. para acórdão Min. João Otávio de Noronha, julgado em 20/06/2018.STJ. Corte Especial. APn 866/DF, Rel. Min.

Luis Felipe Salomão, julgado em 20/06/2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ADOÇÃO NO BRASIL: UM ESTUDO SOBRE ADOÇÃO POR CASAIS HOMOAFETIVOS

ROSILENE SOARES FERNANDES ROCHA:
Graduanda em Direito 2019 - Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas(CIESA)
TATIANE CAMPELO DA SILVA PALHARES

(Orientadora)[1]

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo principal buscar uma reflexão sobre a questão da adoção no Brasil por casais homoafetivos, contextualizando a história da adoção desde o conceito de família até sua tutela jurídica e posicionamento do Supremo Tribunal Federal. O caminho percorrido para a construção desse estudo foi o método indutivo, que engloba a execução de operações ordenadas, de natureza mental e material, cuja finalidade é a obtenção da verdade ou do conhecimento de um fenômeno ou de um objeto. O estudo mostra que o maior problema enfrentado pelos casais homoafetivos com relação à adoção é o preconceito, que mesmo depois de tantas transformações sociais no conceito de família, ainda não é aceito por grande parte da sociedade. A Constituição Federal considera que todos são iguais perante a lei, portanto o Supremo Tribunal Federal tem assumido um posicionamento acerca da adoção de crianças e adolescente com base nos Princípios Constitucionais, uma vez que o Direito Civil não regulamentou a matéria, cuja hipótese se baseia no fato de que o legislador deve aferir o principio da dignidade humana como exigência de justiça comum, ordem econômica e social tendo em vista que a liberdade da sexualidade é elemento integrante e próprio do ser humano.

Palavras-chave: Adoção. Homoafetividade. Direito Civil. Estatuto da Criança e do Adolescente.

ABSYRACT: This article aims to seek a reflection on the issue of adoption in Brazil by homosexual couples, contextualizing the history of adoption from the concept of family to its legal tutelage and position of the Supreme Court. The path taken for the construction of this study was the inductive method, which includes the execution of ordered operations, of mental and material nature, whose purpose is to obtain the truth or the knowledge of a phenomenon or an object. The study shows the problem facing homosexual couples regarding adoption, which even after so many social transformations in the concept of family, is still not accepted by much of society. The Federal Constitution considers that all are equal before the

law, therefore the Supreme Court has assumed a position on the adoption of children and adolescents based on the constitutional principles, since Civil law has not regulated The matter, whose hypothesis is based on the fact that the legislator must assess the principle of human dignity as a requirement of common justice, economic and social order in view that the freedom of sexuality is an integral and proper element of the human being.

Keywords: adoption. Homoaffection. Civil law. Statute of the Child and adolescent.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O conceito de família e adoção sob o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF): Nuances históricas para a compreensão do tema; 3. A aplicação do Princípio da Igualdade nas relações homoafetivas; 4. A nova lei de adoção 13.509/2017 que alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente LEI Nº 8.069/1990; 5. Considerações Finais; 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo buscar uma reflexão acerca da possibilidade da adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos no Brasil, com base nos conceitos de família e sua evolução histórica, observando o princípio constitucional da igualdade e da dignidade da pessoa humana, uma vez que a Legislação brasileira não traz em seu bojo fundamentação específica que regulamente o tema.

A família ao longo dos tempos tem sofrido diversas transformações e o legislador tem tentado se adaptar a essas mudanças. As uniões homoafetivas apesar de já serem reconhecidas pelo Supremo Tribunal Federal como entidade familiar regida por direitos e deveres ainda sofrem pelo preconceito que estão sendo superados pela jurisprudência.

Enfim, esses questionamentos têm sido analisados pelo Supremo Tribunal Federal considerando que o Estatuto da Criança e do Adolescente, Código Civil Brasileiro e a Constituição Federal não definem quaisquer restrições quanto ao sexo, estado civil ou orientação sexual de quem pretende adotar. Ademais a criança é considerada sujeito de direito, amparada pela Constituição Federal e por lei específica, nas quais lhe garantem o direito à convivência familiar, educação e moradia, podendo inclusive expressar sua opinião.

Uma das hipóteses mais relevantes acerca da problemática levantada é a aplicação dos princípios constitucionais da igualdade e dignidade regidos pela Carta Magma de 1988, que exaure em enunciado básico de que todos são iguais perante a lei, pois tal enunciado tende a desviar a atenção das diferenças

possibilitando o julgador a interpretar a lei deixando de lado as diferenças que cada pessoa possui individualmente.

O tema em questão assumiu grande espaço nos debates jurídicos tendo em vista que lugar de criança não é na rua às margens da marginalização, e nem tão pouco no orfanato, dessa forma o presente estudo se fundamenta no Princípio constitucional da igualdade e dignidade, buscando observar os posicionamentos doutrinários, através de livros, artigos, revistas, jurisprudência e sites específicos.

A adoção por casais homoafetivos é um tema de grande discursão na comunidade acadêmica de Direito e de Psicologia, cujo problema consiste em diversos questionamentos quanto a inserção de crianças nesse modelo de família, em que filhos adotados por casais do mesmo sexo estariam em ambiente que pudesse induzi-lo a mesma opção sexual ou trazer sérias consequências psicossociais, orgânicas e morais nessas crianças.

O método de abordagem utilizado foi o indutivo que infere-se na verdade geral ou universal dos fatos examinados e que engloba a execução de operações ordenadas, de natureza mental e material, propondo hipóteses que sejam relevantes mediante a coleta minuciosa de dados e análise adequada, afim de discutir os resultados obtidos em face do que a literatura apresenta, cujo conteúdo é muito mais amplo do que as premissas nas quais foram baseadas.

O primeiro capítulo faz uma abordagem acerca das constantes mudanças no conceito de família em que tinha como fato identificador o matrimônio que perdeu força ao passo em que foram reconhecidas outras formas de entidade familiar, bem como e o reconhecimento das uniões homoafetivas. O capitulo segue com uma nuance histórica acerca do instituto da adoção, iniciando o debate acerca da adoção de crianças por casais homoafetivos, demonstrando que independentemente da escolha ou orientação sexual, um casal homoafetivo tem tantas condições quanto um casal heteroafetivo de criar e educar uma criança.

No segundo capítulo abordar-se-á acerca da aplicação do Princípio da Igualdade nas relações homoafetivas como principal fundamentação para o reconhecimento dessa entidade familiar, considerando que muitos casais homoafetivos tiveram o pedido de adoção indeferido por serem do mesmo sexo, situações que foram levadas ao judiciário por se tratar de afronta ao principio da dignidade humana e da igualdade. Essas demandas têm sido analisadas pelo STF (REsp.846.102-STF/2015), que por sua vez, tem concedido a liberdade de adotar aos casais homossexuais, obviamente, sem deixar de analisar os requisitos fundamentais para que seja concedido a adoção independentemente de sua

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

condição sexual, uma vez que o que se objetiva é o melhor interesse da criança que receberá dos pais valores e não preconceitos.

No terceiro e último capítulo veremos as mudanças no Estatuto da Criança e do Adolescente Lei nº 8.069/1990 em decorrência da Nova Lei de Adoção Lei nº 13.509/2017 instituto pelo qual se estabelece o vínculo de filiação por decisão judicial, em caráter irrevogável, caracterizado como fonte de solidariedade humana e de cunho social, que analisa a condição psicológica, moral e ética da pessoa que pretende adotar.

2. O CONCEITO DE FAMÍLIA E ADOÇÃO SOB O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF): NUANCES HISTÓRICAS PARA A COMPREENSÃO DO TEMA.

A sociedade de hoje nada mais é do que o acúmulo de experiências advindas das gerações passadas, o que nos reporta ao nascedouro da civilização para uma melhor compreensão dos acontecimentos modernos. Dessa forma, antes de adentrar ao estudo jurídico da adoção no Brasil por casais homoafetivos, faz-se necessário conhecer o conceito de família e sua evolução história, como entidade tutelada pela Constituição Federal.

Atualmente é difícil encontrar uma definição geral de família, pois, a ideia de família patriarcal tendo como o homem a figura central e a esposa ao seu lado e rodeados de filhos, genros, noras e netos já não é o único modelo de família, pois, essa forma hierarquizada da família sofreu grandes transformações ao longo do tempo. (DIAS, 2018, p.04).

Hoje é comum a formação de famílias formadas somente por um homem e duas mulheres, ou o inverso, famílias formadas somente por avós e netos, tios e sobrinhos, mãe e filho, por pessoas do mesmo sexo dentre outras. O fato é que as leis que regulamentam direitos e deveres das entidades familiares, especificamente o Código Civil de 2002, não trouxe em seu texto a garantia dos direitos sucessórios de alguns tipos de família, principalmente quanto às uniões homoafetivas.

É impossível conceituar a família de forma universal, inesgotável e absoluta, pois sua estrutura depende diretamente da cultura social, do regime político, do sistema econômico e da religião existentes em um determinado lugar e tempo. Embora não seja possível precisar quando e como se originou a família, é certo que, ao longo dos tempos, variaram suas formas, o número de seus membros, os modos de exercício de autoridade, os direitos e deveres de cada componente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

As primeiras leis que regiam o direito de Família no Brasil foram precedentes de Portugal, assim o direito português passou a ser a principal fonte histórica do Direito de Família no Brasil. Vale ressaltar que antes da promulgação do Código Civil Brasileiro de 1916, as leis advindas de Portugal, já haviam sofrido algumas alterações com relação ao casamento e a filiação, surgindo assim os primeiros traços de um Direito de Família Brasileiro.

Em decorrência de tantas transformações o casamento deixou de ser o marco identificador da família que passou a ter como base o sentimento e o vínculo afetivo independentemente de sua formação. Nessa premissa, leciona Maria Berenice Dias (2015, p. 133):

> É necessário ter uma visão pluralista da família, abrigando os mais diversos arranjos familiares, devendo-se buscar o elemento que permite enlaçar no conceito de entidade familiar todos os relacionamentos que têm origem em um elo de afetividade, independentemente de sua formação.

O jurista Silvo de Salvo Venosa (2013, p.19) comenta em sua obra acerca da perda da força do matrimônio como o principal pilar na formação de uma família, segundo o autor, pode se dizer que a unidade familiar, sob o prisma social e jurídico, não tem mais como eixo exclusivo o matrimônio.

Em decorrência das constantes mudanças surgiram novos modelos de família, a legislação pátria, teve que se adequar a realidade da sociedade contemporânea para fins de aplicação do direito de forma a atender as demandas sociais, bem como garantir a tutela constitucional da entidade familiar e de seus membros. Assim, o Judiciário a partir de princípios constitucionais, passou a agasalhar novos arranjos de família, mesmo não havendo lei específica para cada caso.

Para jurista Guilherme Calmon Nogueira da Gama, (2008, p.25), citado na obra de Rolf Madaleno (2018, p. 46) a família está inserida em um projeto de vida em comum.

> A família que foi repersonalizada a partir do valor do afeto, não de qualquer relação afetiva, como pudesse alguém argumentar, mas de um afeto especial e complementar de uma relação de estabilidade, coabitação, intenção de constituir um núcleo familiar, de proteção, solidariedade e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> interdependência econômica, tudo inserido em um projeto de vida em comum. (MADALENO, 2018, p. 46)

A união estável ganhou proteção pela Constituição Federal de 1988, e passou a ser uma entidade regida por direitos e obrigações, pois a Carta Magna passou a contemplar o princípio do pluralismo familiar, princípio da Igualdade do homem e da mulher, princípio do poder familiar, dentre outros princípios que regem o direito de Família.

Com a vigência do Código Civil de 2002, reconheceu-se a união estável como entidade familiar a união entre o homem e uma mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família, assim descreve o artigo 1.723 do Código Civil. (BRASIL, CC/2002)

Apesar de dispensar as formalidades do casamento, a união estável se caracteriza pela vontade de vida em comum, tornando-se necessário apenas o mútuo consenso dos companheiros, podendo este surgir conforme evolução da relação amorosa.

A Constituição Federal de 1988 traz em seu artigo 226, parágrafo 3º a expressão união estável entre homem e mulher e a inserção de novos conceitos de família no ordenamento jurídico tais como a família monoparental e a união estável. Ao reverso, com o surgimento de novos casos concretos que se tornavam cada vez mais públicos, vieram questionamentos acerca da união de pessoas do mesmo sexo, conhecida como *união homoafetiva.*

Na Constituição Federal de 1988 existe expressamente o direito a todos os cidadãos brasileiros a livre vontade de vivência na sociedade não devendo haver distinção nem supressão de direitos entre homens e mulheres.

No julgamento da ADIN nº 4.277/DF, o Ministro Celso de Mello, comenta que durante décadas a união entre pessoas de mesmo sexo tem sido vista de modo preconceituoso, principalmente quando trazida à realidade. Contudo o legislador reconheceu que os casais do mesmo sexo também tem direito garantido por lei, e devem ser favorecidos pelos efeitos que o Estado assegura para os demais casais heteroafetivos, por serem também munidos de direito e deveres devendo, portanto, possuir proteção como vem tratando o caput do artigo 5° da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, onde descreve que todos são iguais perante a Lei.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Na obra Manual de Direito das Famílias de Maria Berenice Dias, (2015, p. 137), a autora faz um breve comentário acerca do preconceito e com relação aos direitos do companheiro homossexual quanto à ruptura da relação, demonstrando a importância da regulamentação das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo.

> Em nada se diferencie a convivência homossexual da união estável heterossexual. A homoafetividade não é uma doença nem uma opção livre. Assim descabe estigmatizar a orientação homossexual de alguém, já que negar a realidade não soluciona as questões que emergem quando do rompimento dessas uniões. (DIAS, 2015, p.137)

Em 2011 o Supremo Tribunal Federal, partindo dessa premissa reconheceu a União Homoafetiva como entidade familiar, devendo ser aplicado aos companheiros homoafetivos femininos ou masculinos o mesmo regramento da união estável. A decisão tem efeito vinculante e consta em sua fundamentação que o não reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar é contrário a direitos constitucionalmente garantidos tais como a igualdade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana.

Com relação ao regime de bens o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo, ao apreciar o Recurso Especial 477.554 cujo relator do acórdão foi o Ministro Celso de Mello. O entendimento jurisprudencial restou edificado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF conferida pelo Supremo Tribunal Federal quanto ao reconhecimento das uniões homoafetivas bem como o vocábulo família.

A decisão visa impor ao Estado em especial ao Poder Legislativo, limites a atos arbitrários tendentes a tratar de forma desigual àqueles que são iguais e, consequentemente, de forma igual aqueles que não são iguais. Assim, negar o reconhecimento de uma união homoafetiva comportaria uma discriminação inconstitucional do poder judiciário.

Após a decisão do Supremo Tribunal Federal quanto ao direito de constituir União Estável entre pessoas do mesmo sexo, novas questões surgiram, dentre elas a possibilidade de adoção por esses casais homoafetivos.

A palavra adoção, deriva do *latim ad* (igual) e *optio* (opção), que significa a opção de se escolher um filho que é um ato deliberativo de vontade de assumir sem laço natural uma relação de filiação, na concepção de Pontes de Miranda (2001,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

p. 37) é o ato solene pelo qual se cria entre o adotante e o adotando relação fictícia de paternidade e filiação.

Os povos antigos mantinham o culto aos mortos, cujas oferendas deveriam partir dos membros da família. Em cada residência grega ou romana existia um altar com a chama de fogo sagrado, que devia ser renovado dia e noite, e ao chefe da família cabia o dever de fazê-lo, cuja crença era passada de pai para filho.

O ritual consistia em manter o fogo doméstico acesso e as refeições fúnebres e orações sagradas, por se tratar de um ritual exercido e transmitido como já mencionado de pai para filho era facultativo às famílias que não podiam gerar filhos adotar a fim de evitar o seu desaparecimento, o que era então considerado como grande desgraça.

De acordo com o Código de Manu, "Aquele a quem a natureza não deu filhos poderá adotar um a fim de que os fúnebres cerimoniais não cessem por semelhante fato" (VIEIRA, 2011, p. 26).

Entre os gregos só podia adotar quem não tivesse filhos já entre os romanos não existia essa exigência e a adoção era realizada por meio de um cerimonial sacro, que se assemelhava ao nascimento de um filho aonde o adotado renunciava ao culto da família antiga, cortando os laços que o ligavam a ela e era introduzido no culto da família adotiva.

A adoção testamentária surgiu mais tarde, sendo considerada a preferida por César na adoção por Octávio, posteriormente Justiniano simplificou o Instituto, criando a adoção minus e a adoção plena.

Na adoção minus o adotado permanecia com todos os direitos na família, sob a autoridade do pai natural, havendo somente o parentesco civil entre o adotado e o adotante. Na adoção plena entre parentes, além do parentesco civil que estreitava o natural, transferia-se o pátrio poder.

Napoleão Bonaparte regulamentou o Instituto, no Código Civil Francês de 1804, tomando como base o Direito Romano, estabelecendo algumas condições para a o instituto da adoção, nos quais estabelecem que:

> A idade do adotante deve ser de quarenta anos, ausência de prole legítima ou legitimada, adotante quinze anos mais velho do que o adotado, conservação do direito do adotado em sua família natural e, no caso do adotante casado, consentimento do outro cônjuge (VIEIRA, 2011, p. 26).

No Brasil, a adoção era regida pelo direito Romano antes do surgimento do Código Civil Brasileiro. A primeira legislação no Brasil referente ao Instituto da Adoção data de 1693. Referia-se a lei ao desamparo das crianças deserdadas da sorte no Rio de Janeiro, chamadas de expostos, cuja situação era precária e que com frequência eram encontradas nas ruas. O Governo não dispunha de recursos para ampará-las e muitas eram recolhidas e criadas por famílias caridosas.

Hoje, após o surgimento do Código Civil Brasileiro e suas atualizações, cujo Código vigente é o de 2002, bem como a Constituição Federal de 1988, a adoção atribui ao adotado a condição de filho para todos os efeitos, sendo vedada qualquer designação discriminatória conforme descreve o artigo 227, parágrafo 6º da Constituição Federal de 1988. Quando concretizada a adoção o registro anterior é cancelado e não pode haver qualquer observação sobre a origem da filiação do adotado em seu registro de nascimento.

O sobrenome do adotado passa a ser o do adotante, tal alteração é obrigatória, com relação ao nome, se o adotado tiver mais de 12 anos de idade deve ser levado em consideração a sua vontade em mudar ou não o nome.

A nova Lei de adoção trouxe a possibilidade de o adotado quanto completar 18 anos ver declarada sua origem biológica bem como obter acesso irrestrito ao processo de adoção conforme prescreve o artigo 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Na lei, podemos encontrar o conceito de adoção descrito no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 41 "A adoção atribui a condição de filho ao adotando, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais".

Apesar de existirem todas essas leis que regulamentam a adoção, é comum à entrega de crianças por pais biológicos a outras pessoas para serem criadas às margens da exigência da legislação, é a tão chamada Adoção à brasileira. Com relação a esse tema o Superior Tribunal de Justiça, procura analisar caso a caso e julgar de modo que venha a preservar o melhor interesse da criança.

Para auxiliar os juízes das Varas da Infância e da Juventude na condução dos procedimentos dos processos de adoção em todo o país, foi criada uma ferramenta digital lançada em 2008, o Cadastro Nacional de Adoção (CNA), coordenado pela Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em nota publicada no site do CNJ por *Lenir Camimura Herculano (2019, p.01)*
da Agência CNJ de Notícias, por unanimidade, durante sua 294ª sessão ordinária, o CNJ aprovou o Novo Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA). O corregedor nacional de Justiça, ministro Humberto Martins, lembrou que o novo sistema coloca a criança como sujeito principal do processo. Explicou ainda, que o SNA foi desenvolvido com base em sistema utilizado pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJES) e integrou os cadastros Nacionais de Adoção (CNA) e de Crianças Acolhidas (CNCA). Atualmente, há mais de 9.600 crianças cadastradas e mais de 46 mil famílias nacionais e 233 estrangeiras habilitadas à adoção.

Hoje, apesar de ainda causar algumas polêmicas a Ministra Carmen Lúcia em decisão no julgamento do Recurso Extraordinário nº 846.102-STF/2015 menciona a ADIN nº 4.277 e a ADPF 132 da Relatoria do Ministro Ayres Brito aonde considerou que "uma união estável homoafetiva é equivalente à entidade familiar" Reuters (2016, p. 03), utilizando a mesma fundamentação para garantir a um casal de homens do Paraná o direito de adotar duas crianças. A respeito desse assunto trataremos com mais detalhes posteriormente no capítulo específico ao tema.

3. A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS

Os Princípios Constitucionais tornaram-se imprescindíveis para a aproximação do ideal de justiça, segundo Paulo Bonavides (2014, p.237) "os princípios constitucionais foram convertidos em alicerce normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico do sistema constitucional" o que causou mudanças no sentido de interpretação das leis deixando de servir apenas como orientação desprovida de força normativa a fim de viabilizar o alcance da dignidade humana em todas as relações jurídicas.

Em se tratando das relações familiares, a Constituição imputa deveres fundamentais ao Estado, à sociedade e a família. Acima das regras legais, existem os princípios que incorporam as exigências de justiça e de valores éticos conferindo coerência a todo o sistema jurídico. Existem princípios gerais que se aplicam a todos os ramos do direito, assim o princípio da dignidade, igualdade, da liberdade bem como o princípio da proibição do retrocesso social e da proteção integral a crianças e adolescentes, seja em que situações se apresentem, sempre são prevalentes.

O Princípio mais utilizado e de grande relevância ao tema, é o Princípio da Igualdade, que se encontra expresso na Constituição Federal de 1988, podendo ser identificado no artigo 4º, inciso VIII, que dispõe sobre a igualdade racial; no artigo 5º, I, que trata da igualdade entre os sexos; no artigo 5º, inciso VIII, que versa sobre

a igualdade de credo religioso; no artigo 5º, inciso XXXVIII, que trata da igualdade jurisdicional; no artigo 7º, inciso XXXII, que versa sobre a igualdade trabalhista; do artigo 14, que dispõe sobre a igualdade política ou ainda do artigo 150, inciso III, que disciplina a igualdade tributária.

Tal Princípio tem o objetivo de dar tratamento isonômico a todos os cidadãos sem distinção de qualquer natureza, mantendo o cidadão protegido de qualquer arbitrariedade injustificável por parte do Estado e do Poder Legislativo, que não pode editar Leis ou Normas que se afastem do princípio da igualdade sob pena de flagrante inconstitucionalidade.

O Artigo 5º, caput, e o inciso n. I da Constituição Federal de 1988 estabelecem que todos são iguais perante a lei, assegura mais do que uma igualdade formal perante a lei, mas, uma igualdade material que se baseia em determinados fatores em que "O raciocínio que orienta a compreensão do princípio da isonomia tem sentido objetivo: aquinhoar igualmente os iguais e desigualmente as situações desiguais" (BULOS, 2015, p. 87).

São permitidas a penas, as discriminações contidas na Constituição Federal que visem assegurar a igualdade de direitos e obrigações, entre homens e mulheres. Pode ser citado, como exemplo, o artigo 7º, XXX, da Constituição Federal de 1988, proíbe a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil; ou então, o artigo 7º XVIII que dispõe sobre a licença à gestante e, ainda, o artigo 40, parágrafo 1º, III, a e b, bem como o artigo 201, parágrafo 7º, da Constituição Federal de 1988, que dão tratamento diferenciando à mulher, diminuindo o tempo necessário para se aposentar.

Igualdade está ligada diretamente a palavra justiça, contudo os conceitos de igualdade e de justiça evoluíram, assim, justiça formal identifica-se com igualdade formal que consiste em dar aos seres de uma mesma categoria, tratamento idêntico. Aspira-se a igualdade material precisamente porque existem desigualdades.

Segundo José Afonso da Silva em sua obra Curso de Direito Constitucional citado por Maria Berenice Dias (2015, p. 47) "Justiça material ou concreta pode ser entendida como a especificação da igualdade formal no sentido de conceder a cada um segundo a sua necessidade; a cada um segundo os seus méritos; a cada um a mesma coisa". Assim, quando a lei deixa um vazio o direito deve ser aplicado por meio de analogia que se funda no princípio da igualdade.

Com fundamento nesse princípio a desigualdade de gêneros foi banida, diminuindo a distância entre homens e mulheres, o desafio é considerar as naturais diferenças entre sexos dentro do princípio da igualdade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ainda, em nome do Princípio da igualdade e da dignidade da pessoa, o legislador tem o dever de garantir o direito a quem a lei ignora preconceitos e posturas discriminatórias, que tornam silenciosos os legisladores, não podem levar o julgador a se calar, devendo atribuir direitos em nome da isonomia a todos que buscam a tutela jurisdicional. Um grande exemplo quanto à aplicação do princípio da igualdade são as uniões homoafetivas que foram reconhecidas pelos tribunais adquirindo inclusive o direito a adotar uma criança para completar a família.

A Ministra Carmem Lúcia quanto à adoção por casais homoafetivos no julgamento do Recurso Extraordinário 846.102-STF/2015, publicado na Revista dos Tribunais se manifestou no sentido de que "Se as uniões homoafetivas já são reconhecidas como entidade familiar, com origem em um vínculo afetivo, a merecer tutela legal, não há razão para limitar a adoção, criando obstáculos onde a lei não prevê" (REUTERS, 2016, p. 02).

A Constituição Federal de 1988, não faz qualquer diferenciação entre família formalmente constituída e nem distingue quanto àquelas formadas por casais homoafetivos. Nesse contexto, é importante observar os direitos da criança e do adolescente a convivência familiar a salvo de toda forma de negligência é o que consta expresso no artigo 227 da Constituição Federal. Nesse sentido se manifestou ainda a Ministra Carmem Lúcia no julgamento do Recurso Especial nº 846.102-STF/2015:

> Sabido que lugar de crianças e adolescentes não é propriamente o orfanato, menos ainda a rua, a sarjeta, ou os guetos da prostituição infantil e do consumo de entorpecentes e drogas afins. Tanto quanto os espaços de vida ideal para os idosos não são os albergues ou asilos públicos, muito menos o relento ou os bancos de jardim... (REUTERS, 2016, p.04).

Acerca do tema vale ainda citar, as palavras de Maria Berenice Dias mencionadas na obra de Valéria Silva Galdino Cardin, (2012, p. 109) em que trata acerca do Dano Moral no Direito de Família:

> Qualquer discriminação baseada na orientação sexual do indivíduo configura claro desrespeito à dignidade humana, a infringir o princípio maior imposto pela constituição Federal não se podendo subdimensionar a eficácia jurídica da eleição da dignidade humana como um dos fundamentos do estado democrático de direito. (DIAS, Apud; CARDIN, 2012, p.109).

A eficácia jurídica na aplicação dos princípios constitucionais que são à base do ordenamento jurídico brasileiro dos que buscam a tutela jurisdicional a fim de estabelecer por definitivo a igualdade e o direito a constituir família independentemente de sua orientação sexual.

4. A NOVA LEI DE ADOÇÃO 13.509/2017 QUE ALTEROU O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE LEI Nº 8.069/1990

De acordo com o Estatuto da Criança e do adolescente em seu artigo 39 parágrafo 1º "A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa". Em outras palavras, é o instituto pelo qual se estabelece o vínculo de filiação por decisão judicial, em caráter irrevogável, quando não for possível a manutenção da criança ou adolescente em sua família natural ou extensa.

Com o advento da Lei nº 12.010/2009 que promoveu a primeira grande alteração legislativa no Estatuto da Criança e do adolescente, a adoção de crianças e adolescentes voltou a ser regulado apenas pela Lei nº 8.069/1990, tendo o Código Civil passado a fazer referência unicamente à adoção de maiores de 18 anos a Lei nº 12.010/2009, em seu art. 8º, revogou os artigos. 1620 e 1629, que dispunham sobre a adoção em geral e modificou a redação dos artigos. 1618 e 1619, da Lei Civil, dispondo este último que:

> Art. 1.619- A adoção de maiores de 18 (dezoito) anos dependerá da assistência efetiva do poder público e de sentença constitutiva, aplicando-se, no que couberem, as regras gerais da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente. (Redação dada pela Lei nº 12.010, de 2009).

A sistemática resultante ficou mais adequada, pois não deixa dúvida de que a adoção de crianças e adolescentes está sujeita tão somente às normas e, acima de tudo, aos princípios consagrados pela Lei nº 8.069/1990, minimizando assim possíveis erros de interpretação e distorções na aplicação da lei.

Lei no 12.010/2009 preocupou-se em criar mecanismos adicionais destinados à orientação, apoio e promoção social das famílias, em cumprimento, inclusive, ao disposto no art. 226, caput, da Constituição Federal de 1988. Com tais mecanismos, o legislador tenta reverter uma tendência um tanto quanto perversa e preconceituosa, além de parte da doutrina e da jurisprudência de demonizar a paternidade biológica em favor da socioafetiva.

> É preciso tomar cuidado com semelhantes posturas, que têm levado à propositura de ações de destituição do poder

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> familiar de forma açodada, sem a prévia realização de qualquer trabalho sério junto à família de origem da criança ou adolescente voltado a seu resgate social, em flagrante violação ao disposto na lei e na Constituição Federal e, não raro, com graves prejuízos àqueles que, com a medida, se pretendia proteger. (DIGIÁCOMO, 2017, p.72).

Assim sendo, por intermédio deste e de inúmeros outros dispositivos com ênfase para os princípios inseridos no art. 100, parágrafo único, incisos IX e X, do ECA, o legislador procurou resgatar o compromisso do Poder Público para com as famílias, privilegiando a manutenção da criança ou adolescente em sua família biológica, investindo no resgate e fortalecimento dos vínculos familiares e evitando, o quanto possível, o rompimento dos laços parentais em caráter definitivo.

Contudo, quando constatado que uma criança ou adolescente se encontra em situação risco, o juiz da Infância e da Juventude poderá determinar medidas protetivas, tais como acolhimento institucional previsto no art.101, VII da Lei 8.069/1990 que é uma medida provisória e excepcional, após comprovação por equipe técnica especializada de que o rompimento, em definitivo, dos vínculos com os pais e parentes biológicos é única a solução cabível no caso em concreto, nesse caso tem-se que romper os laços definitivos cabendo a destituição do poder familiar a fim de recolocar essa criança ao convívio familiar através de família substituta.

Uma vez consumada de acordo com o artigo 47, §7º, do ECA, a adoção possui carácter personalíssimo, não podendo ser revogada, atribuindo ao adotado a condição de filho do adotante com todos os direitos e deveres daí decorrentes, sendo mesmo vedada, por determinação do art. 227, §6º, da Constituição Federal, qualquer designação discriminatória quanto à origem da filiação.

Vale ressaltar que é necessário o estabelecimento de uma relação de afinidade e afetividade entre adotante(s) e adotando, a adaptação deste ao convívio da nova família, dentre outros, que tornam indispensável o contato prévio entre eles.

De acordo com a redação original da Lei no 8.069/1990, a idade mínima para adoção era de 21 (vinte e um) anos (compatível com a idade da plena capacidade civil, à época). O art. 1618, caput, do Código Civil de 2002, já havia reduzido para 18 (dezoito) anos a idade mínima para adoção de modo a também adequá-la à idade da plena capacidade civil instituída pelo art. 5º, caput, da nova Lei Civil.

Ao revogar o referido dispositivo do Código Civil, a Lei no 12.010/2009 procurou manter esta idade mínima, embora seja duvidoso que jovens adultos na

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

faixa dos 18 (dezoito) anos manifestem interesse e/ou mesmo tenham maturidade suficiente para adotar como é reconhecido pela legislação de outros países, que em geral estabelecem idades mínimas mais elevadas.

Assim sendo, qualquer pessoa maior de 18 (dezoito) anos, mesmo que seja solteira, pode adotar, devendo, no entanto, se submeter ao procedimento de habilitação previsto nos artigos 197-A a 197-E, do ECA ressalvadas as exceções previstas no art. 50, §13, do ECA e demonstrar, em qualquer caso a contrario sensu; que possui maturidade e preparo para adoção.

A nova Lei de adoção 13.509/2017, cuidou também de acrescer a possibilidade de os ex-companheiros também adotarem conjuntamente, em observância ao disposto no art. 226, §3o, da CF, valendo neste sentido observar o contido no art. 100, parágrafo único, incisos II e IV, do ECA, que justifiquem o deferimento da adoção conjunta para pais já separados, o que somente deve ocorrer como o dispositivo deixa claro - em caráter excepcional.

Existe ainda a adoção póstuma, em que o adotante vem a falecer no curso do procedimento. É o único caso em que a sentença constitutiva de adoção passa a produzir efeitos não a partir de seu trânsito em julgado como é a regra, mas sim a partir da data do óbito do adotante, visando preservar os direitos sucessórios do adotado.

A redação anterior do dispositivo permitia a modificação do prenome do adotado apenas a pedido do(s) adotante(s). Agora, tanto o adotante quanto o adotando podem requerer tal modificação, realçando a condição do adotado como sujeito de direitos. Em qualquer caso, a modificação do prenome deve ser vista como medida excepcional, porém, é possível que a própria criança ou adolescente queira modificar o prenome para romper definitivamente com seu passado, ou mesmo porque este lhe expõe ao ridículo ou lhe causa vergonha ou embaraço, sendo digno de nota o contido no art. 55, par. único, da Lei no 6.015/1973 que dispõe sobre Registros Públicos.

A Lei 13.509/2017 (Nova Lei de Adoção) também acrescentou o direito de o adotado saber a sua origem biológica após completar 18 anos, o que dispõe o artigo 48 do ECA, acrescido pela Lei 12.010/2009. Vale lembrar que o reconhecimento do estado de filiação (biológica) é um direito natural, inerente a todo ser humano, ao qual corresponde o dever do Estado (lato sensu) de assegurar seu exercício. O objetivo da norma não é reverter uma adoção já consumada (até porque esta é irrevogável), mas sim permitir que o adotado tenha conhecimento da identidade de seus pais biológicos.

Embora não haja previsão expressa da adoção por pares homossexuais, tem sido cada vez mais comum o reconhecimento dos tribunais de tal possibilidade,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

desde que preenchidos os demais requisitos legais e que a medida se mostre vantajosa ao adotando, nesse sentido vale transcrever o julgado da Relatoria do Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos.

> (...) Os estudos especializados não apontam qualquer inconveniente em que crianças sejam adotadas por casais homossexuais, mais importando a qualidade do vínculo e do afeto que permeia o meio familiar em que serão inseridas e que as liga aos seus cuidadores. É hora de abandonar de vez preconceitos e atitudes hipócritas desprovidas de base científica, adotando-se uma postura de firme defesa da absoluta prioridade que constitucionalmente é assegurada aos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 227 da Constituição Federal). TJRS. 7ª C. Cív. Ap. Cív. no 70013801592- Julgado em 05/04/2006. (DIGIÁCOMO, 2017, p.73)

Vale lembrar que a adoção é medida que visa atender aos interesses da criança ou adolescente adotando, e não dos adotantes, cuja fundamentação encontra-se expresso no artigo 39 do ECA, inclusive em caso de conflito entre direitos e interesses do adotando e de outras pessoas, inclusive seus pais biológicos, para esse tipo de situação a Nova Lei de adoção, acrescentou o paragrafo 3º ao artigo 39 do ECA

A criança é titular de direitos juridicamente protegidos, inclusive os direitos de personalidade, crianças e adolescentes também são dotados de cidadania devendo estar a salvo de toda e qualquer forma de violência, negligência, maus tratos físicos ou mentais, abandono ou exploração de qualquer espécie.

É fundamental, portanto, rigor na repressão àqueles que usam de meios ilícitos para adotar, devendo-se realizar campanhas de esclarecimento e de estímulo à adoção legal, com ênfase para adoção de crianças maiores, adolescentes, grupos de irmãos, crianças e adolescentes com deficiência etc. A Lei nº 12.010/2009 quis abolir, de uma vez por todas, semelhantes práticas, a bem da moralidade do instituto da adoção e da própria credibilidade do Poder Judiciário.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família é uma entidade tutelada pela Constituição Federal cujo conceito é inesgotável e absoluto, tal instituto sofreu ao longo da história diversas mudanças, tanto em sua estrutura quanto em seus valores sociais e culturais passando a ter como base o sentimento e o vínculo afetivo. Assim, mesmo não havendo lei

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

especifica para cada caso, o judiciário passou a reconhecer novos arranjos de família com base nos princípios constitucionais garantindo-lhe direitos e obrigações.

A união homoafetiva passou a ser reconhecida como entidade familiar pelo Supremo Tribunal Federal ao apreciar o Recurso Especial 477.554 cujo relator do acórdão foi o Ministro Celso de Mello. A decisão se consolidou depois do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277/DF, o regime de bens adotado passou a seguir o mesmo regramento da união estável, a decisão foi fundamentada nos princípios constitucionais de igualdade, liberdade e na dignidade da pessoa humana.

Ao consultar nuances históricas do conceito de família e dos cultos religiosos passados de pai par filho vimos, que a necessidade de manter uma tradição familiar levava algumas famílias a optarem pela adoção, aonde não ter um herdeiro era tido como grande desgraça, pois não haveria continuidade da família e dos rituais fúnebres tidos como sagrados, assim, a adoção era permitida através do Código de Manu. Aos poucos foram surgindo à adoção testamentária, minus e adoção plena.

Grandes nomes da história revelam a importância e a evolução do instituto da adoção ao longo dos tempos no direito de família, há de se falar que as maiorias dos historiadores entendem que a adoção se originou a partir de uma necessidade religiosa. No Brasil, a primeira legislação criada em 1693 buscava amparar as crianças abandonadas que viviam nas ruas do Rio de Janeiro e que eram amparadas por famílias caridosas, pois, o governo era desprovido de recursos para acolher essas crianças.

A adoção possui caráter personalíssimo e irrevogável, garante ao adotado todos os direitos inerentes ao estado de filiação, que apesar de sua irrevogabilidade permite que a criança adotada conheça seus pais biológicos quando completar 18 (dezoito) anos, por se tratar de um direito natural do adotado saber sua origem biológica.

Um assunto de grande debate no meio jurídico é a adoção de crianças e adolescentes por casais homoafetivos, como visto anteriormente a legislação não possui regulamentação própria, porém a jurisprudência tem firmado entendimento de que não importa se os adotantes são pessoas do mesmo sexo, o que importa é que estes preencham os mesmos requisitos que os demais casais, passando pelos mesmos procedimentos previstos em lei.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Vimos que o instituto da adoção vai além do próprio instrumento jurídico, pois, aos olhos do Superior Tribunal de Justiça o lugar apropriado para o desenvolvimento da criança não se restringe apenas às condições econômicas, mas, na garantia de um crescimento físico e emocional saudável para que essas crianças e adolescentes se tornem adultos responsáveis e comprometidos com a sociedade.

Apesar da conquista alcançada perante o Supremo Tribunal Federal, pesquisas mostram que grande parte da população brasileira se posiciona de forma contrária a adoção de crianças e adolescentes por casais do mesmo sexo, deixando de observar que o desenvolvimento da criança não depende do tipo de família e sim do vinculo estabelecido entre eles constituído de afeto e respeito.

Não há qualquer vedação na legislação infraconstitucional quanto à adoção de crianças por casais do mesmo sexo, pois, não é a orientação de desejos de uma pessoa que a desclassifica para o exercício da maternidade ou da paternidade responsável, devendo apenas atender às exigências constantes no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Nova Lei de Adoção.

A maior dificuldade encontrada pelos casais homoafetivos é o preconceito, a visão arcaica da sociedade que se deixa cegar pela falsa moralidade, sem observar que a base de uma família são os valores éticos, respeito e afeto. O amor não reconhece condições sexuais, raça, cor ou religião, vai além do preconceito em busca da igualdade, do respeito pelas diferenças e pela justiça.

Os casos de guardas de filhos entre casais homossexuais já vêm sendo tratados de maneira semelhante ao de casais heterossexuais, portanto, já faz parte da rotina da nossa sociedade e por isso deve receber tratamento adequado do Judiciário de forma igualitária.

O desenvolvimento da criança e do adolescente não depende do tipo de família na qual ela foi inserida, mas, do vínculo que esses pais estabelecem entre eles e a criança mantendo uma relação de afeto, respeito e regras, pois, independentemente da escolha sexual o mais importante é a criança se sentir protegida em um ambiente saudável e equilibrado.

6. REFERENCIAS

BRASIL. 2019. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 09/05/2019.

_____. 2019. **Recurso Especial nº 477.554**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE477554.pdf. Acesso em: 10/05/2019.

_____. 2019. **Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.277/DF**. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635, Acesso em: 10/05/2019.

_____. 2019. Lei 10.406/2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 09/05/2019.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29 ed. São Paulo: Malheiros 2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. Ed.Saraiva, 2015.

CARDIN, Valeria Silva Galdino. **Dano Moral no Direito de Família**-São Paulo: Saraiva, 2012.

CNJ. Concelho Nacional de Justiça. **Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento.** Disponível em: https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/cadastro-nacional-de-adocao-cna. Acesso em: 11/09/2019.

DIGIÁCOMO, Murillo José, 1969-**Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado** – Curitiba. Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 7ª Edição, 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 11ª ed., Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015.

_____, 2018. Artigos- **A família e seus Direitos.** IBDFAM. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/login. Acesso em: 23/05/2019.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação**: o biodireito e as relações parentais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____, Guilherme Calmon Nogueira da. São Paulo: Atlas, 2008.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito de Família.** Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. 1ª ed., Campinas-SP. 2001.

REVISTA. Super Interessante. **Comportamento e mitos sobre filhos de pais gays-**. Por Carol Catro**.** Disponível em: <http://super.abril.com.br/comportamento/4-mitos-sobre-filhos-de-pais-gays > Publicado em 12 de fevereiro de 2012. Acesso em 24/05/2019.

REUTERS, Thomson. **Revista dos Tribunais**. **Jurisprudência Anotada e Comentada**- 2016. Disponível em: www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.968.15.PDF. Acesso em: 22/05/2019.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8ª Ed. Forense. Rio de Janeiro-RJ. 2018**.**

VENOSA, Silvo de Salvo. **Direito de família**. 13.ed. vol.6 São Paulo: Atlas, 2013.

VIEIRA, Jair Lot**. Código de Hamurabi. Lei das VII tábuas: Código de Manu**. Vol.1. Edipro; Edição: 3ª, 2011.

NOTA:

[1] Professora MSc e Orientadora. ID Lattes http://lattes.cnpq.br/8597777809090859

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A INFLUÊNCIA DO MARKETING ELEITORAL NAS DECISÕES DE VOTO

SALOMÃO JOSÉ ISRAEL MARINHO:
graduando em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA
BERNARDO SILVA DE SEIXAS**[1]**

(Orientador)

RESUMO: O principal objeto de estudo deste artigo é a relação entre as ações de marketing político e eleitoral e seus resultados, visando analisar como o marketing político e eleitoral pode interferir no resultado de uma eleição. Tema este, que é pertinente ao processo democrático pelo qual o país passa Através de dados estatísticos bibliográficos o artigo procura relacionar como as ações de marketing político ou eleitoral podem causar determinada reação do eleitor. Em meio aos sistemas eleitorais, eleições, partidos políticos e seus candidatos, está inserido o marketing político e/ou eleitoral, com seu papel, inicial, talvez, de divulgação das informações referentes ao contexto. Aliado a isso, têm-se as propagandas eleitorais com a função principal de comunicação e transmissão da imagem dos candidatos, transmitindo confiabilidade e segurança à população. A forma como são vistas, transmitidas e interpretadas, quando negativas, pesam nas decisões de voto e, a cada dia, se torna imperativo se mostrar de maneira mais "límpida" para se obter êxito e, consequentemente, ser eleito e aceito. Dessa forma, acredita-se que o marketing e suas ferramentas têm fundamental importância no sistema político e nas eleições, principalmente quando aliado às inovações, tecnológicas ou culturais, que acontecem no mercado e na mente das pessoas. Diante disso, o presente estudo teve por objetivo evidenciar a contribuição das estratégias de marketing, especificamente as propagandas eleitorais, na decisão de voto, além de verificar quais estratégias de marketing ou quais meios de comunicação mais influenciam os eleitores na tomada de decisão.

Palavras-chave: Marketing. Marketing Político. Propagandas Eleitorais.

ABSTRACT: The main object of study of this article is the relationship between political and electoral marketing actions and their results, aiming to analyze how political and electoral marketing can interfere in the result of an election. This theme, which is pertinent to the democratic process that the country goes through. Through bibliographic statistical data, the article seeks to relate how political or electoral marketing actions can cause a certain reaction of the voter. In the midst of electoral systems, elections, political parties and their candidates, political and / or electoral marketing is inserted, with its initial role, perhaps, in the dissemination of

contextual information. Allied to this, there is the electoral propaganda with the main function of communication and image transmission of the candidates, transmitting reliability and security to the population. The way in which they are viewed, transmitted and interpreted, when negative, weighs on voting decisions and, every day, it becomes imperative to be more "clear" in order to succeed and, consequently, to be elected and accepted. Thus, it is believed that marketing and its tools are of fundamental importance in the political system and in elections, especially when combined with innovations, technological or cultural, that happen in the market and in people's minds. Given this, the present study aimed to highlight the contribution of marketing strategies, specifically electoral advertising, in the decision to vote, and to verify which marketing strategies or which media most influence voters in decision making.

Keywords: Marketing. Political Marketing. Electoral Advertisements

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. CONCEITOS DE MARKETING POLÍTICO. 2. TÁTICAS DO MARKETING ELEITORAL. 3. MARKETING DIGITAL ELEITORAL. 4. O NOVO ELEITOR. 5. O DESAFIO DO MARKETING DIGITAL ELEITORAL NAS NOVAS. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA.

INTRODUÇÃO

É fato que, quem não faz questão de se mostrar pode ser visto de forma inadequada pelos outros ou pode não atrair a atenção desejada. Isso pode ser fatal para muitas organizações e indivíduos que desejam e necessitam transmitir uma boa imagem, atrair curiosidade e gerar satisfação. Num cenário extremamente competitivo entre as organizações, essas ações recebem, dentre outras denominações, o conceito de estratégias de marketing. Para isso o método utilizado para analisar essa relação, foi o estatístico midiático. E partindo destes resultados, buscou-se analisar até que ponto o marketing político e eleitoral influenciam no resultado de uma eleição, além de avaliar qual é a recepção do público para as campanhas políticas no contexto das eleições.

Contudo, esses problemas oferecem oportunidades de marketing. Essas oportunidades podem ser aplicadas não apenas para o contexto organizacional, mas também para um contexto político.

Em um país em que ainda existe uma maioria da população que é analfabeta ou então possui baixo grau de instrução, é importante que as estratégias de

marketing político e eleitoral visem, além de conquistar votos, a formação política do povo. É preciso levar às pessoas informações concretas e de qualidade para dar suporte ao cidadão para fazer uma análise crítica dos candidatos antes de votar.

Neste cenário globalizado e de concorrência frequente, "o conjunto de técnicas e procedimentos destinados a melhorar o desempenho das candidaturas vem ocupando lugar cada vez mais importante, recebendo a designação, muito genérica e abrangente, de marketing político" (LIMA, 2002, p. 8).

Dessa forma, este estudo procura enfatizar alguns aspectos, entre eles a própria importância da política em si, sua fragilidade e os problemas públicos, o que o marketing eleitoral pode fazer por uma campanha, tornando-as mais sólidas e produtivas, buscando o bem comum, valorizando o consenso, a comunicação, a transparência e a integridade.

Portanto, partindo da hipótese que uma campanha eleitoral bem estruturada é extremamente benéfica para um candidato, buscou-se evidenciar através de entrevistas se as estratégias de marketing, mais especificamente, as propagandas eleitorais, contribuem nas decisões de voto e como isso acontece; ressaltando no fortalecendo a imagem dos candidatos políticos e consequentemente contribuindo para campanhas eleitorais mais transparentes.

1. CONCEITOS DE MARKETING POLÍTICO

Para entender de marketing político e eleitoral, se faz necessário conhecer a conceituação de marketing como um todo. Portanto, marketing é o processo usado para determinar que produtos ou serviços possam interessar aos consumidores, assim como a estratégia que se irá utilizar nas vendas, comunicações e no desenvolvimento do negócio. A finalidade do marketing é criar valor e satisfação no cliente, gerindo relacionamentos lucrativos para ambas as partes.

A aplicação das técnicas de marketing à política, com o objetivo de atender às necessidades dos eleitores, recebe o nome marketing político, ou marketing eleitoral, por enquanto, ainda sem fazermos a distinção dos termos. A utilização dessas técnicas é decorrência da própria evolução social: do conflito de interesses, das pressões sociais, da quantidade de candidatos, da segmentação de mercado, da exigência do eleitorado, da urbanização, dentre outros (Rego 1985, p. 14).

O marketing eleitoral conforme Dantas (2010) é uma das vertentes do marketing político, onde as aplicações das técnicas de marketing ocorrem na fase pré-eleitoral. É marcado pela pessoalidade do candidato. Apresenta uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

preocupação à curto prazo, ou seja, as táticas são montadas para que o candidato possua o maior número de votos possíveis e assuma o cargo.

Para Rocha (2001, p. 13), o marketing político:

> [..] tem como essência destacar as principais qualidades de um governo, partido político, governante ou grupo de pressão. O objetivo desta especialidade de marketing é direcionar estratégias no sentido de alcançar o maior número de pessoas para que estas se identifiquem profundamente com as qualidades e vantagens de quem se utiliza dele – e por outro lado, amenizar as deficiências desses governos, partidos, governantes ou grupos de pressão.

Apesar de existir essa diferenciação teórica, os profissionais de marketing que atuam na política, não a utilizam e usam, portanto, o termo marketing político para designar ambas as abordagens. Sendo assim, neste trabalho, adotará a mesma visão, utilizando a definição de marketing político para sua própria definição e para marketing eleitoral.

Segundo Rocha (2001, p. 14) os dois conceitos se fundem, já que se trata de um contexto essencialmente eleitoral:

> [..] somam-se aí, um conjunto de técnicas e procedimentos que tem como objetivos adaptar um(a) candidato(a) ao seu eleitorado potencial, procurando fazê-lo, num primeiro momento, conhecido do maior número de eleitores possíveis e, posteriormente, mostrando-o diferente de seus adversários – obviamente melhor, mais capaz e inteligente.

A história do marketing político, ainda conforme Rocha (2001, p. 14) está muito associada ao desenvolvimento da propaganda política, podendo-se destacar a Revolução Francesa como o marco inicial, com o slogan dos revolucionários franceses: "Igualdade, Liberdade e Fraternidade". Conforme autor, em 1915 o publicitário Ivy Lee montou um escritório para ajudar políticos e empresas interessados em melhorar sua imagem. Em 1930, Lee foi contratado por Hitler, que pretendia conseguir a simpatia dos americanos para seu partido nazista. Posteriormente, as técnicas morticínias de marketing dos governos totalitários foram sendo substituídas por técnicas de persuasão.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Para Figueiredo (2000) e Rocha (2001) foi o general Eisenhower, em 1952, o primeiro candidato a contratar uma agência de publicidade para a realização de uma campanha em televisão americana. Posteriormente, foi John Kennedy, o primeiro na aplicação das ferramentas oferecidas pelo marketing moderno na televisão contra Richard Nixon, nas eleições americanas de 1960, aonde Kennedy ganhou teve o êxito por ouvir os especialistas que o acompanhavam. Neste ano, houve na TV americana o primeiro debate de candidatos à presidência e, conforme explana Rocha (2001, p.14):

> [..] todos os especialistas americanos que esse primeiro encontro foi decisivo para o rumo da campanha. Pode-se então, perceber a particularidade da TV (aparência e apresentação das idéias dos candidatos), pois enquanto os telespectadores davam vitória a Kennedy, os ouvintes das rádios preferiam Nixon, justificando que seus argumentos eram melhores.

A partir disso, o marketing político e eleitoral já tinha se tornado ferramenta obrigatória e os profissionais de marketing dos Estados Unidos tinham a função de adaptar o discurso dos candidatos às especialidades da mídia televisiva emergente.

Segundo Kuntz (1986), esse conjunto de conceitos motiva discussões que colocam em oposição àqueles que acreditam ser o marketing uma atividade que trabalha no sentido de falsear a realidade para manipular o eleitor e com isso conseguir a sua adesão, consubstanciada no voto e, por outro lado, os que fazem a apologia das suas técnicas e estratégias, com o argumento de que estas tornam a política mais ao gosto do eleitor, motivando a sua participação.

Dentro desse "processo cientifico e racional" de dirigir uma campanha, que é o marketing eleitoral, o planejamento ocupa uma posição central, na medida em que permite a melhor alocação possível dos recursos escassos, contribuindo para diminuir um pouco a distância entre as campanhas mais populares, muita garra e pouco investimento, e as candidaturas milionárias que acompanhamos, muitas vezes nas mãos de candidatos mais preocupados em "levar vantagem em tudo" do que em fortalecer a democracia brasileira.

2. TÁTICAS DO MARKETING ELEITORAL

O conceito de marketing político difere do conceito de marketing eleitoral. O primeiro começa muito antes das eleições e deve continuar depois delas. Deve ser encarado como todo o processo de venda de uma ideologia, de um partido ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de um candidato. O marketing eleitoral, por contraposição, é o conjunto de ações cujo objetivo único é ganhar uma determinada eleição, engloba desde os comícios até os panfletos de campanha. Na visão de Rocha & Tavares (2009) a dimensão estratégia do marketing político e, principalmente, a definição da própria estratégica política, em termos de valores e objetivos, o posicionamento é o cuminar de toda esta fase; é o momento da síntese e de maior objetividade.

De acordo com Reeves (2013), os políticos ou partidos políticos consideram somente três orientações para o processo de marketing político: a orientação voltada para o produto, ou seja, o candidato, através da qual se acredita que os eleitores irão perceber que as ideias e propostas dos candidatos são as mais atraentes; a orientação que envolve o direcionamento de vendas com o uso de técnicas de marketing, onde o partido investe mais especificamente em publicidade e comunicação para convencer os eleitores; e a terceira e última abordagem, que trata da orientação do partido para o mercado visando a satisfação dos eleitores por meio da identificação de suas demandas e da projeção dos candidatos para o atendimento delas.

Stromback (2007) cita em sua análise que os conceitos de marketing político devem ser aplicados e associados aos princípios da organização política e filosófica, enquanto a campanha política deve ser realizada a partir da aplicação de técnicas de marketing antes e durante as campanhas eleitorais. Acrescenta que marketing político e campanha eleitoral devem ser vistos como conceitos completamente distintos, embora apresentem implicações para planejamento e realização de campanhas políticas. Embora as ações de marketing político sejam mais intensas no período de campanha eleitoral, é importante destacar que elas não estão limitadas a este período relativamente curto. Elas devem acontecer durante todo o tempo, ou seja, antes, durante e após o período de campanha eleitoral.

O marketing eleitoral, mesmo na fase de elaboração das estratégicas de comunicação e sua segmentação, procura, essencialmente, ser eficaz. Baseia-se em técnicas e praticas geralmente conhecidas por todos, que tem evoluído muito e, sucessivamente, vindo a profissionalizar-se.

O marketing político dificilmente se compara com o empresarial. A fidelidade a um partido ou candidato marca e define a própria identidade da pessoa. Corresponde a uma atitude que assume perante si, mas também perante os outros. Para Rocha & Tavares (2009) não é fácil mudar a fidelidade política e, por longo prazo, a ação do marketing político deve contribuir para que o agente político seja ele próprio, em conjunto com o eleitorado, fiel aos princípios que elegeu.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O processo de decisão do voto é um momento de incertezas e angústias associado à crença de que qualquer político que venha a ser escolhido dificilmente corresponderá à sua expectativa. Neste período entram em cena os atores do marketing eleitoral e vence aquele que souber melhor utilizar e explorar essa ferramenta. O marketing pode ser uma palavra nova, mas as formas de persuadir o eleitorado remete a época do império de D. Pedro II, onde o mesmo foi cultor da estratégia de construção da imagem publica, associando o seu reinado à imagem do "rei-cidadão".

O estudo de Queiroz (2006) da conta que o imperador D. Pedro II possuía uma importante percepção da imagem, e foi igualmente exímio na produção e distribuição de objetos que lembrasse a realeza.

Nesse mesmo estudo Queiroz (2006) lembra que no Brasil do pós-Segunda Guerra ninguém deixa de associar Getúlio Vargas ao slogan "pai dos pobres"; Jânio Quadros ao "Varre, varre, vassourinha", Emílio Médici ao "Brasil, ame-os ou deixe-os", Fernando Collor de Mello ao "Caçador de marajás; e Luiz Inácio Lula da Silva ao "Lula lá".

Porem existe algumas características no cenário político brasileiro, como destaca Manhanelli (1998) que a prática de Marketing Político além de ser muito recente no Brasil, ainda apresenta algumas peculiaridades. Ao se analisar o eleitorado, é necessário que se observe a sua pouca escolaridade. Por isso, utilizam-se dos meios de pesquisa os mais diversos, como até se orientar através de conselhos de pessoas consideradas no meio político eleitoral de "chefe político do lugar" como principal fonte de informação.

Manhanelli (1998) diz que outra característica do Marketing Político brasileiro inclui as alianças políticas, que são acordos feitos entre duas ou mais partes, visando à concentração de forças com o objetivo de ajuda mútua.

Um bom especialista em marketing eleitoral e político, conforme esclarece Rocha (2001, p. 16) deve ter conhecimento sobre o que pode e o que não pode em uma campanha eleitoral; ter capacidade analítica, jogo de cintura, familiaridade com os fornecedores e exercer a função de relações públicas entre o candidato, aliados, subordinados e financiadores, ainda sobre o autor:

> [..] o marketing eleitoral e político não ganha as eleições, mas ajuda bastante, afinal de contas, vivemos na época do "você decide". Sem o apoio das ferramentas do marketing e suas técnicas, personalidades como Fernando Collor, Fernando

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Henrique Cardoso, Tasso Jereissati, Ciro Gomes, Antônio Carlos Magalhães, Paulo Maluf, César Maia, Jaime Lerner e Marta Suplicy, nunca teriam atingido seus objetivos. Sendo assim pode-se afirmar que é perfeitamente possível tirar um político do nível quase "zero" de popularidade e elevá-lo ao nível quase "cem". O inverso também é possível.

Dantas (2011, p. 104) aplica ao marketing político algumas funções, sendo elas:

> Estudo do mercado, o planejamento de marketing, a comercialização e a gerência do produto. O estudo do mercado consiste em avaliar o tamanho e características socioeconômicas. No planejamento de marketing devem ser definidas as estratégias e táticas para atender às expectativas do público. A comercialização do produto envolve a venda e exposição ao público das idéias e propósitos do político. E por fim, a gerência do produto abrange a manutenção e cuidados com a imagem do político junto ao eleitorado.

Neste caso, Lima (2002, p. 73) esclarece:

> O visual ou jeitão do candidato é importante para buscar uma identificação subjetiva com o eleitor. Sua forma de vestir deve ser a mais próxima possível do perfil que ele procura transmitir (um candidato que queira passar uma imagem de administrador competente deve usar terno e gravata), ou seja, considerado importante por parte do eleitor.

Uma vez que o candidato definiu seus potenciais e qual o conceito a ser divulgado é importante determinar as formas de divulgação, ou seja, em qual tempo, de que maneira e através de que meios de comunicação isso acontecerá. Conforma aponta Lima (2002, p. 81), neste momento é sempre bom contar com os serviços das agências de propaganda, não só para a criação, mas sobre cada item dos materiais de divulgação e acompanhamento dos diversos serviços (orçamentos, layouts, arte-final, fotolitos, serviços de gráfica etc).

Neste momento, é importante ter em mente que o composto de comunicação "é conjunto de mensagens e meios destinados a convencer o eleitor". Para o autor, o composto deve conduzir o indivíduo a um processo de tomada de decisão em quatro estágios:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

1. Despertar o interesse: Aqui tem-se que trabalhar a criatividade e criar a consciência de que existe um processo eleitoral acontecendo.

2. Criar compreensão: Após a atenção despertada, neste momento deve-se estimular o aumento de informações, reforçar os desejos e as expectativas.

3. Convencer o eleitor: Aqui começam os eleitores a fazer a diferenciação dos candidatos, aonde as predisposições e tendências individuais entram em jogo, além da influência das idéias, plataformas, e imagem que os políticos transmitirem.

4. Cristalizar o voto: Com as informações fornecidas, o eleitor irá justificar racionalmente as predisposições que determinarão seu voto.

Para auxiliar no processo de tomada de decisão, em relação ao voto, a propaganda é um artifício bastante utilizado. A esse respeito, Dantas (2010, p.106) considera:

> A propaganda é qualquer forma paga de apresentação e promoção de idéias, produtos ou serviços, de caráter persuasivo, feita por meio de veículos de comunicação, por um patrocinador identificado, com a clara intenção de informar o público-alvo, conquistar seu interesse e convencê-lo, assim, a adquirir um produto ou serviço ou assumir idéias.

Lima, (2002, p. 86) define a propaganda como "toda forma de atividade paga para se divulgar um candidato em larga escala e fixar sua imagem, informando e persuadindo e persuadindo os eleitores a votarem nele". O autor afirma que este meio deve ser usado para divulgar e reforçar a imagem de um político. Vianna (2011, p.1) complementa:

> [..] a propaganda eleitoral consiste nas ações de natureza política e publicitária desenvolvidas pelos candidatos, de forma direta ou indireta, com apelos explícitos ou de modo disfarçado, destinadas a influir sobre os eleitores, de modo a obter a sua adesão às candidaturas e, por conseguinte, a conquistar o seu voto.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Portanto, a propaganda pretende atingir o maior número possível de pessoas, utilizando-se para isso: a televisão, o rádio, o alto-falante, a imprensa, os jornais e as revistas, a forma direta, o correio, os cartazes e até mesmo o telefone. Dantas (2011, p. 108) afirma que, em cidades consideradas pequenas, opta-se pelo uso de veículos convencionais para a sensibilização, como carros de som, comícios, panfletos, faixas, o marketing direto – corpo à corpo - e o uso de grande apelo no interior. O autor ainda afirma que "a propaganda é somente uma entre as muitas influências sobre o comportamento humano e, provavelmente, não seja tão importante quanto, por exemplo, as observações de pessoas e de grupos de influência, já que é para ser auto utilizada".

Definir a mídia, ou seja, o meio comunicação utilizado para atingir o público, transmitindo uma mensagem, exige do candidato político uma estratégia de combinação de veículos. Por exemplo: um político que quer se eleger em uma cidade do interior deverá utilizar de mídias chamadas de alternativas, já em cidades maiores, a comunicação em massa, por exemplo, em programas de TV. É fundamental.

Como forma de propaganda, o horário eleitoral gratuito no Brasil é "uma forma de limitar o abuso do poder econômico" (LIMA, 2002, p. 88); pois, são momentos diários em emissoras de rádio e TV em que partidos e candidatos podem mostrar seus programas e pontos de vista para tentar convencer os eleitores a votarem neles. E é aquilo que todo mundo está cansado de saber: uma chatice, pois, assim como relata Dantas (2010, p. 124), "o problema do horário eleitoral é que ele nos parece um desrespeito ao eleitorado, pois interrompe as programação das emissoras de rádio e TV para submetê-lo a mensagens mal produzidas e a candidatos de má categoria, e despreparados". Lima (2002, p. 88) acrescenta:

> [..] é natural que o eleitor desligue o rádio ou a TV a vá tratar da sua vida. No caso de candidatos a cargos majoritários, apesar de o tempo disponível permitir a execução de um trabalho mais elaborado, o que se costuma ver é um candidato tentando jogar farofa (para não dizer outra coisa) no ventilador do outro, expedindo que costuma manter a atenção do eleitor nos dois primeiros minutos. Depois vira aquela coisa deprimente, contribuindo para abaixar ainda mais o prestígio da classe política (segundo dados do Ibope, publicados na Revista Isto É número 574, 81% da população acha que não se pode acreditar no que os políticos dizem.

Segundo o autor, o que importa é tentar manter o impacto nos primeiros dez minutos do horário, enquanto ele ainda é novidade. Como nem todos os partidos tem verbas suficientes para produzir programas de boa qualidade, isso transforma o horário eleitoral em programas de humor, de extremo mau gosto do que propriamente em algo útil, conforme acrescenta Dantas (2010). Essa distorção pode estimular a chacota, inclusive contribuindo para a eleição de pessoas sem comprometimento e preparo, como forma de protesto contra a política vigente. Neste caso, a regra básica, segundo Lima (2002) é compatibilizar a mensagem ao meio, ou seja, é preciso desenvolver uma fala específica para cada um dos meios de veiculação.

Em relação à representatividade do marketing boca a boca (ou comunicação pessoal, conforme muitos intitulam) na presente pesquisa, muito se tem a comentar sobre este meio de divulgação e sua influência. Conforme aponta Lima (2002, p. 102):

> Podemos considerar para efeitos de comunicação eleitoral as atividades de divulgação pessoal onde o eleitor recebe informações a respeito da candidatura transmitidas diretamente por outras pessoas engajadas na campanha e, não do próprio candidato, em contatos face a face (...). Uma das grandes vantagens da comunicação pessoal é que quando o assunto "eleição" aparece no meio de uma conversa informal ele é apenas um tema a mais, o que evita ou retarda o acionamento dessa armadura, levando a uma maior assimilação da informação emitida.

Vicente (2003, p. 103) ainda esclarece que a utilização do marketing de relacionamento ou o marketing boca a boca, pode "contribuir na qualidade da prática política, aproximando o público dos eleitores, através da busca de necessidades e demandas específicas de um e de outros".

A televisão, "com largo alcance e maior audiência, exerce, e ainda vai exercer por bastante tempo, um papel crucial na formação da opinião do eleitorado" (SANTOS, 2007), tem penetração maciça e muito homogênea, o impacto é poderoso, pois alia o som, imagem, duração, cor e movimento; representa enorme poder de atração; tem flexibilidade, podendo ter horários prolongados e regionalizados, aponta Dantas (2011).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O rádio, conforme afirma Dantas (2011), representa a quarta maior mídia no Brasil e apresenta vantagens como: falar dentro da casa do consumidor e em áreas rurais (já que os agricultores têm o costume de levar seus radinhos); a mensagem pode ser comunicada em tom pessoal e produzida com eleitos especiais de fundo musical – jingles; é uma mídia seletiva; permite inúmeras maneiras de divulgação e possui baixo custo; além de ser a média com maior índice de satisfação do público.

A mídia em jornais e revistas ainda é um tanto controvertida, pois "seu uso fica restrito ao reforço ou então no caso de se necessitar de mensagens altamente seletivas" (LIMA, 2002, p. 89). As mensagens mais longas são dificilmente lidas. O jornal, por exemplo, é um meio de comunicação que tem uma alta penetração em certas faixas da população e uma penetração muito baixa em outras, como as camadas mais baixas. Com relação a esses meios, Lima (2002, p. 90) considera:

> [..] estes meios permitem um melhor direcionamento da comunicação. Seu público pode ser razoavelmente segmentado, sempre lembrando que o leitor de jornal tende a ser mais informado e analítico que a média do eleitorado, além de ser naturalmente, alfabetizado. Este é um dado importante em um país onde grande parte da população mal sabe assinar o nome.

A utilização de cartazes, santinhos e outras peças gráficas é também muito importante, pois permite uma concentração de esforços em regiões geográficas altamente delimitadas a um custo baixo, pois não há taxa de veiculação.

A mala direta – material impresso enviado por correio – tem sua vantagem neste meio, pois é muito seletiva e personalizada, o principal problema, relata Lima (2002) é sua execução trabalhosa, pois necessita de montagem da mensagem criativa, impressão, etiquetagem e um mailing list (listagem de candidatos).

A divulgação oral/pessoal é onde os eleitores recebem informações a respeito de candidatos transmitidos diretamente por outras pessoas engajadas na campanha eleitoral, e não do próprio candidato, através contatos face a face, também em comícios e em reuniões.

Este meio possui muitas vantagens, como afirma Lima (2002): facilidade de assimilação de informações pelos eleitores, flexibilidade de resistência natural, pois o interlocutor escolhe o melhor momento para se manifestar e além de, dependendo do interlocutor, transmitir maior credibilidade através de pessoas fluentes e possibilidades de feedbacks (mão-dupla de informações) sobre a

campanha. Essa divulgação também pode ser caracterizada como o marketing boca a boca.

Os comícios, eventos e reuniões também auxiliam no processo de divulgação, pois reúnem muitas pessoas de uma vez. Devem ser bem elaborados, promovendo empolgação e animação, observando-se aspectos de iluminação, sonorização, acessos, segurança, divulgação, ter um bom apresentador, tempo planejado e objetivos claros e breves, dentre outros itens.

Conforme aponta Santos (2000, p. 89):

> As campanhas eleitorais direcionam suas ações principalmente para a televisão, o rádio, os meios impressos e pesquisas, "deixando a Internet para um segundo plano, dada sua peculiaridade de não atingir as camadas menos favorecidas economicamente na sociedade brasileira".

3. MARKETING DIGITAL ELEITORAL

Uma campanha de marketing político não pode fechar os olhos ao mais de 60 milhões de internautas no Brasil. É uma legião de eleitores que fazem a diferença em uma campanha eleitoral seja ela majoritária ou proporcional. Em nosso curso de marketing político digital chamamos atenção para o potencial dessa fatia da população que encontra da Internet a respostas para as dúvidas na hora de votar.

As pesquisas mostram que aproximadamente 40% dos eleitores chegam no dia da eleição sem ter a mínima ideia de em quem votar. É nesse cenário que o *marketing digital eleitoral* se faz presente e esclarece a população, principalmente através das mídias sociais.

As *redes sociais* como Facebook e Twitter se transformaram em verdadeiros oráculos, formando opiniões e apontando problemas que afligem o eleitorado. Dessa forma, se torna obrigatório em uma campanha de marketing digital eleitoral uma forte atuação nestas mídias para que os candidatos possam levar ao publico suas plataformas, ideias, posicionamentos e realizações.

O marketing político digital está se tornando um segmento cada vez mais sofisticado e por isso exige dedicação e conteúdo relevante.

4. O NOVO ELEITOR

O próprio *eleitor* mudou. Ele não espera pelas informações da forma passiva que assumia antigamente. Nos dias de hoje o *eleitorado* busca na Internet a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

informação que precisa, e se o candidato não tem uma estratégia de marketing político na Internet ele simplesmente se coloca de fora do leque de opções. Esse é um cenário novo com o qual as campanhas de marketing eleitoral devem se preocupar e se preparar.

O grande desafio das campanhas de *marketing digital eleitoral* é entender esse novo eleitor e montar mecanismos que vão ao encontro dessa necessidade de informações. O posicionamento dos candidatos na Internet deverá ser adaptado para essa nova mídia, que antes de tudo deve ser entendida pelos coordenadores de campanha, pois é um ambiente bastante diferente do encontrado nas campanhas de marketing político tradicionais.

O novo Eleitor Digital trata o marketing político eleitoral de forma seletiva. Ele busca conteúdo que seja realmente relevante para sua decisão de voto em qualquer campanha de marketing eleitoral na Internet.

5. O DESAFIO DO MARKETING DIGITAL ELEITORAL NAS NOVAS MÍDIAS

Criar uma campanha de *marketing digital eleitoral* não é mais uma opção e sim uma imposição do eleitorado. Para ser eficiente esta ação deve ser muito bem planejada e executada por profissionais gabaritados com pleno conhecimento das ferramentas disponíveis no marketing digital atual.

Não adianta juntar um monte de peças do marketing convencional, digitalizar e chamar isso de campanha de *"marketing digital eleitoral"*. Isso simplesmente é uma colcha de retalhos. Uma verdadeira campanha de marketing digital eleitoral envolve pesquisa do público-alvo, planejamento de mídia, cronograma e mensuração de resultados.

CONCLUSÃO

A lei estabelece as maneiras de como o candidato deve relacionar-se com o eleitor através da propaganda. Na boa publicidade, o candidato ou partido deve obviamente prevalecer-se dos elementos legais para obter a aceitação do eleitor. Entretanto, mesmo com o desejo de uma campanha política séria e transparente, ainda vigora o poder econômico, os artifícios emocionais e a falsidade para conquistar votos, iludir milhares de eleitores nas propagandas.

Há, portanto a preocupação em entender os aspectos basilares da propaganda, sua evolução na história, a diferença da propaganda eleitoral das demais formas de publicidade, sua legitimidade nas normas, posteriormente analisar os mecanismos usados pelos candidatos para conquista o eleitor, e o que o eleitor faz com as mensagens que lhe são ofertadas, buscando compreender de

que forma o público utiliza a propaganda no processo eleitoral. Assim também, procura-se explanar a propaganda política eleitoral com suas atuações estrategicamente delineadas para aproximar o público eleitor, dos candidatos e partidos conforme interesses peculiares que determinam o desenrolar do processo eleitoral, principalmente na adesão ao voto.

Logo, percebe-se que a utilização dos instrumentos de publicidade, como a propaganda eleitoral, nas relações públicas, partindo da abordagem da comunicação persuasiva, elemento comum entre esses instrumentos de marketing político são assuntos que merecem reflexão, especialmente na comunicação política do Brasil, onde têm se tornado cada vez mais fundamental.

Atos de simples exteriorização de um estado de ânimo, como o riso ou a exclamação, ou ainda a expressão do pensamento com o único propósito de identificação do seu ponto de vista, não constituem atos de propaganda, pois está requer o desejo de que, mediante a própria expressão, alguém modifique em certos sentido algum dos aspectos de sua conduta, em consonância com o desejo da pessoa que nesse sentido se manifestou.

A propaganda é uma tentativa de influenciar a opinião e a conduta da sociedade, de tal modo que as pessoas adotem uma opinião e uma conduta determinada, uma linguagem destinada à massa, a qual emprega palavras ou outros símbolos veiculados, especialmente, pelos meios de comunicação. O propagandista tem o papel de influenciar na atitude das massas no tocante a pontos submetidos ao impacto da propaganda, objetos da opinião.

Assim, o marketing político é visto como um processo de troca de valores onde o eleitor oferece o seu voto em troca de apoio a ideias e ações de um político durante seu período de mandato. Portanto, desde que existem competições políticas, ou seja, desde o início dos homens, a propaganda existe e desempenha seu papel. Seja por rádio, jornal, filme, folhetos, discursos e cartazes, a propaganda opõe as idéias umas às outras, sendo reflexo dos fatos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARQUETE, Stael; CHAOUBAH, Alfredo. Pesquisa de Marketing. São Paulo: Saraiva, 2007.

BERNI, Mauro Tadeu. Gerenciamento de Marketing. São Paulo: Ibrasa, 2002.

DANTAS, Edmundo Brandão. Marketing Político. São Paulo, Atlas: 2010.

FIGUEIREDO, Rubens. (Org). Marketing Político e persuasão eleitoral. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

GIL, A. C. Como elaborar projetos de pesquisas. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GOMES, Isabela Motta. Manual Como elaborar uma pesquisa de mercado. Belo Horizonte: SEBRAE/MG, 2005.

IBGE. Cidades. Disponível em: http://www.ibge.gov.br/cidadesat/painel/painel.php?codmun=410240. Acesso em 15/06/2019.

KOTLER, Philip; ARMSTRONG, Gary. Princípios de Marketing. Rio de Janeiro: LTC,1998.

LIMA, Marcelo O. Coutinho de. Marketing Eleitoral. Edição Ridendo Castigat Mores: Junho de 2002. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/mktpol.pdf>.Acesso: em 28/06/2019.

MALHOTRA, Naresh K. Pesquisa de marketing: uma orientação aplicada. 3. ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

PÁDUA, Elisabete. M. M. de. Metodologia da pesquisa: abordagem teórico-prática. 10 ed. Campinas: Papirus, 2005.

PERREAULT JUNIOR, Willian D.; MCCARTHY, E. Jerome. Princípios de Marketing. 13. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2002.

REGO, Francisco José Torquato do. Marketing Político e Governamental: um roteiro para campanhas políticas e estratégias de comunicação. 3. ed. São Paulo: Summus, 1985.

ROCHA, Júlio César. (Org). Grandes Temas de Marketing. 1.ed. Fortaleza, CE:Editora de Ponta, 2001.

SAMARA, Beatriz Santos; BARROS, José Carlos de. Pesquisa de Marketing: Conceitos e Metodologia. 3 ed. São Paulo: Prentice Hall, 2002.

VIANNA, Fernando Maurício Pessoa Ramalho. A propaganda eleitoral antecipada e suas especificidades. Jus Navigandi, Teresina: ano 16, n. 2780, 2011. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/18464>. Acesso em: 04/07/ 2019.

NOTA:

[1] Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito em São Paulo. Mestrado em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos - Instituição Toledo de Ensino (2014). Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (2011) e atualmente é assessor de desembargador - Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, professor titular da Universidade Federal do Amazonas e professor do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: acesso à justiça, mandado de injunção, direito constitucional, omissão inconstitucional e controle de constitucionalidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

Custas processuais pelo beneficiário da justiça gratuita: o art. 844, §§ 2º e 3º da CLT e a violação ao princípio do acesso à justiça

ALINE REBOUÇAS LOPES FREITAS, o autor:
Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA

BERNARDO SEIXAS [1]
(Orientador)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo o estudo da relação entre o art. 844, §§ 2º e 3º da CLT e o Princípio constitucional do Acesso à Justiça, analisando o pagamento das despesas processuais na Justiça do Trabalho pelo beneficiário da Justiça Gratuita após o advento da Lei 13.467/17, identificando os requisitos para concessão do benefício da Justiça Gratuita, estudando o comparecimento do reclamante à audiência pela ótica do Direito Processual do Trabalho, além de analisar o Princípio do Acesso à Justiça e o papel dos Juízes para evitar eventual violação a princípios. A Reforma Trabalhista alterou a redação do art. 844, §§ 2º e 3º da CLT e fixou custas processuais como penalidade à parte reclamante que deixar de comparecer à audiência e não justificar legalmente sua ausência, condicionando a propositura de nova ação ao pagamento das custas, ainda que seja beneficiária da justiça gratuita. Trata-se de um projeto de pesquisa bibliográfica pelo método de abordagem dedutivo e técnica de documentação indireta, de tema atual e com relevância jurídica e social, e, ao final, conclui-se que a redação do art. 844, §§ 2º e 3º da CLT após a reforma trabalhista viola o princípio do acesso à justiça.
Palavras-chave: Reforma Trabalhista. Custas Processuais. Gratuidade da Justiça. Princípio do Acesso à Justiça.
ABSTRACT: The purpose of this article is the study of the relationship between art. 844, §§ 2 and 3 of the CLT and the Constitutional Principle of Access to Justice, analyzing the payment of procedural expenses in Labor Justice by the beneficiary of Gratuitous Justice after the advent of Law 13467/17, identifying the requirements for granting the benefit of Gratuitous Justice, studying the attendance of the complainant to the hearing from the perspective of the Procedural Labor Law, besides analyzing the Principle of Access to Justice and the role of Judges to avoid possible principles violation. The Labor Reform altered the wording of art. 844, §§ 2 and 3 of the CLT and setted procedural costs as a penalty to the complaining party that fails to attend the hearing and does not legally justify its absence, conditioning the filing of a new action to the payment, even if beneficiary of gratuitous justice. It is a bibliographical research project by deductive approach method and indirect

documentation technique, of current subject matter and juridical and social importance, and it is concluded that the art. 844, §§ 2 and 3 of the CLT after the labor reform violates the principle of access to justice.

Keywords: Labor Reform. Procedural Costs. Gratuitous Justice. Principle of Access to Justice.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Despesas Processuais1.1 As Despesas Processuais no Direito Processual do Trabalho1.1.1 As Custas Processuais2 Assistência Jurídica e Gratuidade da Justiça2.1 Evolução Histórica2.2 A Gratuidade da Justiça e o Direito do Trabalho2.2.1 A Gratuidade da Justiça e a Reforma Trabalhista2.2.2 O Pagamento de Custas pelo Beneficiário da Justiça Gratuita3 Princípio do Acesso à Justiça3.1 A Assistência Jurídica e o Acesso à Justiça3.2 O Papel dos Juízes na Proteção das Normas ConstitucionaisConclusão. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

As custas processuais representam a somatória das despesas gastas com o processo devidas ao Estado como remuneração pela prática dos serviços judiciários.

De forma geral, o responsável pelo pagamento das despesas do processo é o requerente ou interessado nos atos que impliquem a despesa. Já as custas pagas ao final do processo são de responsabilidade da parte que perdeu, conforme teoria da sucumbência adotada pelo Brasil.

Embora a Constituição Federal garanta acesso aos tribunais a todos os cidadãos, ainda é necessário reafirmar junto aos legisladores e aos aplicadores do direito a necessidade de garantir o acesso de forma efetiva por meio de normas que não afastem o cidadão, especialmente aquele hipossuficiente.

A Reforma Trabalhista trouxe significativa alteração para os beneficiários da justiça gratuita ao dispor que o pagamento das custas processuais no caso de ausência à audiência é condição para propositura de nova ação (art. 844, §§ 2º e 3º da CLT), dificultando sobremaneira, quiçá impedindo, seu acesso ao judiciário, violando assim o princípio do Acesso à Justiça.

O objetivo do presente trabalho é estudar a relação entre o art. 844, §§ 2º e 3º da CLT e o Princípio constitucional do Acesso à Justiça, analisando o pagamento das despesas processuais na Justiça do Trabalho pelo beneficiário da Justiça Gratuita após o advento da Lei 13.467/17, identificando os requisitos para concessão do benefício da Justiça Gratuita, estudando o comparecimento do reclamante à audiência sob a ótica do Direito Processual do Trabalho, além de analisar o Princípio constitucional do Acesso à Justiça e o papel dos Juízes no intuito de evitar eventual violação a princípios.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Com a alteração trazida pela Reforma, o beneficiário da justiça gratuita teve seu direito de acesso à justiça prejudicado. Diante disso, importante se faz a abordagem do tema a fim verificar o impacto causado ao beneficiário da justiça gratuita pela obrigatoriedade de pagamento das custas processuais.

Para o desenvolvimento do presente trabalho foi utilizado o método de abordagem dedutivo, procedimento descritivo, utilizando técnica da documentação indireta, englobando a pesquisa documental (jurisprudências, Leis, normas) e bibliográfica (livros e artigos científicos).

O presente trabalho de conclusão de curso estrutura-se em três capítulos. Inicialmente, discorre-se sobre as despesas processuais, as quais são entendidas como a totalidade de gastos que os litigantes têm que arcar no curso de um processo. No Direito do Trabalho, as custas processuais, espécies de despesas processuais, são pagas, em regra, por aquele que deu causa à ação, após a sentença, seja para cumprir o comando judicial ou para recorrer, quando não for isento pela lei.

No segundo capítulo, são delineados os conceitos de Assistência Jurídica e de Gratuidade da Justiça, bem como apresentadas as alterações decorrentes da Reforma trabalhista sobre a gratuidade da justiça no Direito do Trabalho. A nova sistemática trazida pela Reforma Trabalhista condena a parte beneficiária da justiça gratuita ao pagamento dos honorários periciais, aos honorários advocatícios e às custas processuais.

Por fim, é apresentado o princípio do Acesso à Justiça, princípio este previsto na Constituição Federal de 1988 o qual dispõe que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça à direito. Em seguida, demonstra-se a relação entre este princípio e a Assistência Jurídica Integral, inferindo-se que o Acesso efetivo à Justiça só pode ser alcançado se garantida a assistência jurídica, e como é importante o papel dos juízes no cumprimento destes preceitos constitucionais.

1 DESPESAS PROCESSUAIS

As despesas processuais podem ser definidas como a totalidade de gastos que as partes litigantes em um processo têm que arcar, abrangendo gastos com locomoção, pagamento de honorários advocatícios, honorários dos assistentes técnicos e dos peritos, custas processuais, emolumentos, publicação de edital, entre outros.

Afirma-se que as "despesas processuais são todos os gastos que as partes realizam dentro ou fora do processo, para promover-lhe o andamento ou atender com mais segurança a seus interesses na demanda" (PINTO, 2005, p. 209).

Conforme ensina Schiavi (2019, p. 511), existem despesas que são obrigatórias no processo e devem ser pagas pelas partes, como a taxa judiciária, as custas processuais e os emolumentos, vejamos:

a. taxa judiciária: é uma espécie de tributo, que se paga em razão de um serviço público específico que é o serviço jurisdicional. Por isso, é compulsória;

b. custas processuais: custas são despesas relativas ao expediente e movimentação das causas, contadas de acordo com o seu respectivo regimento. Não têm a natureza dos honorários de advogado, previstos em algumas decisões, apesar de sua natureza de despesa processual;

c. emolumentos: é o ressarcimento de despesas provocadas ao órgão jurisdicional para obtenção de traslados, certidões, etc, do interesse do requerente.

Nos termos do Código do Processo Civil, é de responsabilidades das partes proverem as despesas dos atos que realizarem ou requererem no processo, antecipando-lhes o pagamento. No processo de conhecimento, a antecipação das despesas vai desde o início do processo até a emissão da sentença, enquanto que no processo de execução, o encargo cessará somente com a plena satisfação do direito reconhecido na sentença.

Importante ressaltar que o CPC prevê exceção à antecipação do pagamento das despesas aos beneficiários da justiça gratuita, os quais ficam dispensados do encargo mesmo no final da causa, salvo nos casos de litigância de má-fé.

1.1 As Despesas Processuais no Direito Processual do Trabalho

Assim como no Processo Comum, no Processo do Trabalho as despesas processuais são gênero, segundo ensina Miessa(2017), e têm como espécies as custas, estudadas a seguir, os emolumentos, os quais possuem montantes fixos pagos pelo requerente (art. 789-B, da CLT), os honorários do perito, fixados pelo juiz e pagos pela parte sucumbente no objeto da perícia, e dos assistentes, pagos pela parte contratante, honorários dos advogados, os quais são arbitrados entre 5% e 15% sobre o valor da sentença, do proveito econômico ou o valor da causa, dentre outros gastos com o processo.

1.1.1 As Custas Processuais

As custas são espécies de despesas processuais. De acordo com Palma (2002), a origem da palavra advém do latim *"constare"* que significa custar, ter o preço, ônus. Assim, no processo judicial, as custas representam os encargos necessários impostos aos litigantes para se obter o andamento do processo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Importante ressaltar que as custas têm natureza tributária de taxa e são, assim, devidas ao Estado em decorrência da realização de sua atividade. Conforme orientação jurisprudencial firmada pelo STF, as custas servem para remunerar serviços públicos específicos e divisíveis prestados aos contribuintes, por isso têm natureza de taxa.

O valor das custas no Processo do Trabalho, na fase de conhecimento, compreende um percentual sobre o valor econômico atribuído à causa, acordo, condenação ou ainda sobre o que o juiz definir, sempre no valor de 2%, conforme disposto no art. 789 da CLT:

> Art. 789. Nos dissídios individuais e nos dissídios coletivos do trabalho, nas ações e procedimentos de competência da Justiça do Trabalho, bem como nas demandas propostas perante a Justiça Estadual, no exercício da jurisdição trabalhista, as custas relativas ao processo de conhecimento incidirão à base de 2% (dois por cento), observado o mínimo de R$ 10,64 (dez reais e sessenta e quatro centavos) e o máximo de quatro vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, e serão calculadas:
> I – quando houver acordo ou condenação, sobre o respectivo valor;
> II – quando houver extinção do processo, sem julgamento do mérito, ou julgado totalmente improcedente o pedido, sobre o valor da causa;
> III – no caso de procedência do pedido formulado em ação declaratória e em ação constitutiva, sobre o valor da causa;
> IV – quando o valor for indeterminado, sobre o que o juiz fixar.

Já na fase de execução, o que se verifica é que, em regra, o valor das custas é fixo, conforme vem estabelecido no art. 789-A da CLT:

> Art. 789-A. No processo de execução são devidas custas, sempre de responsabilidade do executado e pagas ao final, de conformidade com a seguinte tabela:
> I – autos de arrematação, de adjudicação e de remição: 5% (cinco por cento) sobre o respectivo valor, até o máximo de R$ 1.915,38 (um mil, novecentos e quinze reais e trinta e oito centavos);
> II – atos dos oficiais de justiça, por diligência certificada:
> a. em zona urbana: R$ 11,06 (onze reais e seis centavos);
> b. em zona rural: R$ 22,13 (vinte e dois reais e treze centavos);

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

III – agravo de instrumento: R$ 44,26 (quarenta e quatro reais e vinte e seis centavos);
IV – agravo de petição: R$ 44,26 (quarenta e quatro reais e vinte e seis centavos);
V – embargos à execução, embargos de terceiro e embargos à arrematação: R$ 44,26 (quarenta e quatro reais e vinte e seis centavos);
VI – recurso de revista: R$ 55,35 (cinqüenta e cinco reais e trinta e cinco centavos);
VII – impugnação à sentença de liquidação: R$ 55,35 (cinqüenta e cinco reais e trinta e cinco centavos);
VIII – despesa de armazenagem em depósito judicial – por dia: 0,1% (um décimo por cento) do valor da avaliação;
IX – cálculos de liquidação realizados pelo contador do juízo – sobre o valor liquidado: 0,5% (cinco décimos por cento) até o limite de R$ 638,46 (seiscentos e trinta e oito reais e quarenta e seis centavos).

A responsabilidade pelo pagamento das custas, em regra, é daquele que deu causa ao processo, ou seja, da parte vencida, conforme disposto no art. 789, § 1°, da CLT, ainda que a parte vencedora não tenha vencido em todos os objetos da demanda.

No caso de acordo, o pagamento das custas será de responsabilidade de todos os litigantes envolvidos, dividido em partes iguais, salvo se ficar convencionada outra forma de pagamento. Já na fase de execução, o ônus pelo pagamento das custas é sempre da parte executada.

Na fase de conhecimento, as custas processuais são pagas após o trânsito em julgado da sentença ou no momento do recurso, se a parte vencida optar por recorrer. Já na fase de execução, são pagas ao final do processo, com a quitação da dívida.

2 ASSISTÊNCIA JURÍDICA E GRATUIDADE DA JUSTIÇA

De forma geral, a Assistência Jurídica pode ser definida como todo e qualquer auxílio jurídico na efetiva defesa dos interesses dos necessitados, seja no âmbito judicial ou extrajudicial, por meio da prestação de serviços gratuitos, e está consagrada no art. 5°, LXXIV da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que "o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos".

A Gratuidade da Justiça, por sua vez, é um instituto processual, previsto nos artigos 98 e seguintes do CPC, e consiste na possibilidade de a parte postular em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

juízo sem ter que arcar com as despesas processuais, em razão do seu estado de miserabilidade.

Tem-se assim que a Assistência Jurídica é gênero do qual a Gratuidade da Justiça é espécie.

2.1 Evolução Histórica

Sob o aspecto histórico, vemos que a primeira legislação mundial a fazer referência à Assistência Jurídica e à Gratuidade de Justiça foi o Código de Hamurabi, escrito no século XXI a.C., dispondo expressamente sobre a necessidade de tratamento equitativo entre as partes em um litígio instaurado.

Souza (2003) ensina que, no Código de Hamurabi, as pessoas desamparadas pela fortuna eram consideradas carentes de proteção especial nas discussões judiciais a que estavam expostas, e por isso eram reconhecidas como necessitadas de tratamento especial, uma vez que eram desprovidas de recursos.

Frise-se que, inicialmente, os institutos da Assistência Jurídica e da Gratuidade não eram estudados em separado, confundindo-se ainda com o princípio do Acesso à Justiça e com o direito à assistência judiciária gratuita. Nesse sentido, as primeiras disposições sobre os institutos em estudo tratavam sobre a assistência judiciária aos necessitados, como descreveu Santos (2013, p. 50):

> Na Grécia, especialmente em Atenas, que surgiram as primeiras disposições escritas sobre o tema, baseadas no princípio de que "todo direito ofendido deve encontrar defensor e meio de defesa". Assim, nomeavam-se dez defensores que resguardavam os direitos dos pobres perante os tribunais. Já em Roma, foi Constantino (288- 377) o primeiro a dispor legalmente sobre o tema, criando o direito, que foi incorporado pela legislação de Justiniano (483-565), a qual constituía advogado a quem não possuísse fortuna para contratar um defensor.

Na Idade Moderna, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 trouxe o princípio de que todos são iguais perante a lei, entendimento, que orientou daí por diante a Assistência Jurídica gratuita como dever do Estado.

No Brasil, Souza (2003) afirma que a preocupação com a Assistência Jurídica aos hipossuficientes vem das Ordenações Filipinas, no seu Livro III, Título LXXXIV, parágrafo 2º, dispondo que aquele que não tivesse condições de arcar com as custas de um processo seria dispensado delas, desde que rezasse um Pai Nosso pela alma do Rei Dom Diniz e demonstrasse suas condições com certidões.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Ainda nas Ordenações Filipinas de 1603, Zanon apud Gonçalves (2008) afirma que se conferia ao miserável o direito de escolher, para julgamento do litígio, juízes ordinários ou corregedores, aos pobres concedia-se o benefício da isenção do pagamento das custas do agravo e a dispensa da prestação de caução, enquanto que nos processos criminais, o réu desprovido de recursos permanecia isento das custas até que pudesse pagá-las.

A respeito da evolução histórica dos institutos em estudo, Gonçalves (2008, p. 4) informa:

> No Brasil, apenas a partir de 1823 os dispositivos das Ordenações Filipinas passaram a apresentar efetividade, em virtude da edição da Lei nº 261, de 3 de dezembro de 18418 , que estabeleceu a escusa aos pobres do pagamento das custas e a nomeação de advogados por autoridades judiciárias. Em um primeiro momento, as leis e os regulamentos destinavam-se somente ao processo penal. Posteriormente, passaram a compreender, também, o processo civil. Durante o Império, no Rio de Janeiro, o Instituto dos Advogados Brasileiros houve por bem criar um Conselho com o escopo de atender a consultas e prestar assistência judiciária aos carentes, em causas cíveis e penais.

Somente após a proclamação da República e com a Constituição de 1934 é que surgiram as primeiras regulamentações sobre a Assistência Jurídica e a Gratuidade da Justiça, tendo a referida Constituição previsto a criação de órgãos especiais encarregados da prestação da assistência judiciária e a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.

Em relação à Gratuidade da Justiça, o Código de Processo Civil Unitário, de 1939, trouxe a disciplina para o campo infraconstitucional, dispondo que a parte que não estivesse em condições de pagar as custas do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, gozaria do benefício de gratuidade.

Em que pese a Constituição do Estado Novo nada prever acerca da Assistência Jurídica, a Constituição de 1946 trouxe de volta o instituto dispondo que "o poder público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados", disposição esta mantida na Constituição de 1967, bem como na Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

Por fim, a Constituição Federal de 1988 regulou definitivamente o instituto, trazendo-o agora de forma ampla como o direito de Assistência Jurídica Integral, no seu art. 5°, LXXIV, uma vez que até então era tratado apenas como assistência

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

judiciária. Enquanto a Gratuidade da Justiça, no âmbito do processo comum, encontra-se regulada atualmente no art. 98 do CPC.

2.2 A Gratuidade da Justiça e o Direito do Trabalho

Antes de discorrer sobre a gratuidade da Justiça sob a ótica da Justiça do Trabalho, é necessário inicialmente entender alguns aspectos sobre o surgimento do Direito do Trabalho.

O Direito do Trabalho surgiu na segunda metade do século XIX como produto do sistema industrial, do capitalismo, para retificar distorções econômico-sociais e trazer resposta jurídica adequada, de acordo com Godinho (2018).

O autor ainda esclarece que o núcleo fundamental do Direito do Trabalho se encontra na relação empregatícia de trabalho, em torno da qual se constrói todo o universo de institutos, princípios e regras características a esse específico ramo jurídico, sendo a subordinação a situação jurídica derivada dessa relação.

Os fatores que levaram ao surgimento do Direito do Trabalho, quais sejam, econômico e social, são os mesmo que fundamentam o princípio da proteção, o qual dispõe que o trabalhador é parte hipossuficiente e vulnerável na relação empregatícia diante do empregador e, por isso, o Direito deve lhe garantir proteções.

Importante parte da doutrina aponta tal princípio como o "cardeal do Direito do Trabalho, influindo em toda estrutura e características próprias desse ramo jurídico especializado" (GODINHO, 2018, p. 232).

No ramo do Direito Processual do Trabalho, Schiavi (2019), defende a existência do princípio da proteção temperada ao trabalhador, por meio do qual lhe são asseguradas algumas prerrogativas processuais, por se encontrar o trabalhador em posição desfavorável nos aspectos econômico, técnico e probatório. A proteção é temperada, segundo o autor, porque devem ser observados os princípios constitucionais do processo que asseguram equilíbrio a ambos os litigantes.

Como expressão do princípio da proteção, a CLT dispõe no seu art. 790-A que os beneficiários da justiça gratuita são isentos do pagamento das custas.

No âmbito do Processo do Trabalho, a Gratuidade da Justiça está prevista no art. 790, §§ 3° e 4°, com redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017, conhecida como a lei da Reforma Trabalhista*, in verbis*:

> § 3º É facultado aos juízes, órgãos julgadores e presidentes dos tribunais do trabalho de qualquer instância conceder, a requerimento ou de ofício, o benefício da justiça gratuita, inclusive quanto a traslados e instrumentos, àqueles que

> perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.
> § 4º O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.

Estudando a redação anterior do artigo acima, observa-se que para ter direito aos benefícios da justiça gratuita, bastava a parte receber salário não superior a dois salários mínimos ou fazer declaração de seu estado de miserabilidade.

Uma alteração bastante significativa trazida pela nova redação diz respeito à exigência de comprovação da insuficiência de recursos, não bastando uma mera declaração. Parte da doutrina, como Schiavi (2019), afirma que, aplicando subsidiariamente o Código do Processo Civil, basta a declaração de pobreza firmada pelo próprio empregado, sob as consequências da lei, para que seja deferido o benefício da justiça gratuita.

Outra parte da doutrina defende a aplicação expressa da letra da lei, ou seja, defende a necessidade de comprovação do estado de miserabilidade, sob a justificativa de que com "a mera declaração, o instituto da gratuidade da justiça acaba sendo utilizado de forma abusiva e em verdadeira má-fé" (ROBLES, 2019).

A pessoa jurídica, geralmente a parte reclamada, também poderá fazer jus aos benefícios da Justiça Gratuita, tendo como requisito para concessão a necessidade de comprovação mais detalhada da situação financeira, como a juntada de documentos contábeis, a teor do disposto no inciso II da Súmula n. 463 do TST.

2.2.1 A gratuidade da Justiça e a Reforma Trabalhista

A nova sistemática trazida pela Reforma Trabalhista também trouxe alterações referentes ao ônus do pagamento das despesas processuais pelo beneficiário da Justiça Gratuita.

O art. 790-B da CLT, por exemplo, agora prevê o pagamento dos honorários periciais pela parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita, ficando o encargo sob a responsabilidade da União somente se a parte beneficiária não tiver obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa. Antes da Reforma, havia isenção dos honorários periciais ao beneficiário da Justiça Gratuita quando sucumbente.

Em relação ao pagamento dos honorários advocatícios de sucumbência, a Reforma Trabalhista também fez alterações. A nova sistemática do art. 791-A, em seu parágrafo 4°, dispõe que as obrigações decorrentes da sucumbência do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

beneficiário da justiça gratuita somente ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade se a parte não tiver obtido, ou não obtiver, créditos capazes de suportar a despesa nos dois anos subseqüentes ao trânsito em julgado da decisão.

O ilustre doutrinador Godinho (2017, p. 327) demonstra preocupação com a nova redação destes dispositivos e os princípios constitucionais:

> A análise desse preceito, segundo já explicitado, evidencia o seu manifesto desapreço ao direito e garantia constitucionais da justiça gratuita (art. 5°, LXXIV da CF) e, por decorrência, ao princípio constitucional do amplo acesso à jurisdição (art. 5°, XXXV, CF). Se não bastasse, desconsidera as proteções e prioridades que o ordenamento jurídico confere às verbas de natureza trabalhista, por sua natureza alimentar, submetendo-as a outros créditos emergentes do processo.

Por fim, a Reforma Trabalhista alterou substancialmente a redação do art. 844, §§ 2º e 3º da CLT, objeto principal de estudo desta pesquisa, e fixou custas processuais como penalidade à parte reclamante que deixar de comparecer à audiência e não justificar de forma legal sua ausência, condicionando ainda a propositura de nova ação ao pagamento do encargo fixado, ainda que a parte seja beneficiária da justiça gratuita.

2.2.2 O pagamento de custas pelo beneficiário da Justiça Gratuita

Em que pese o art. 790-A da CLT dispor expressamente que os beneficiários da Justiça Gratuita são isentos do pagamento de custas, como exposto acima, a atual redação do art. 844, §§ 2º e 3º da CLT prevê o pagamento de custas pelo reclamante ausente à audiência como requisito para propositura de nova ação, ainda que o reclamante seja beneficiário da Gratuidade da Justiça, caso não justifique legalmente sua ausência.

No processo do trabalho, nos termos do art. 843 da CLT, é obrigatória a presença das partes em todas às audiências nas Varas do Trabalho, independentemente do comparecimento de seus advogados.

O empregado reclamante somente poderá deixar de comparecer pessoalmente à audiência em caso de doença ou qualquer outro motivo poderoso, devidamente comprovado, quando poderá fazer-se representar por outro empregado que pertença à mesma profissão, ou pelo seu sindicato.

Saliente-se que o art. 815 da CLT, o qual prevê a possibilidade de as partes presentes retirarem-se após decorridos 15 minutos de atraso, refere-se ao comparecimento do magistrado à audiência, não havendo qualquer tolerância quanto ao atraso das partes, conforme entendimento da OJ n. 245 da SBDI-1, que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

dispõe que inexiste previsão legal tolerando atraso no horário de comparecimento da parte na audiência.

Não estando presente o reclamante no momento do pregão, o processo será arquivado e, conforme a nova redação do art. 844 da CLT, o reclamante será condenado ao pagamento das custas processuais, caso não justifique legalmente sua ausência.

Frise-se que o legislador não especificou quais são as hipóteses legais que justificam a ausência, tendo a doutrina entendido como legais os casos de doença do reclamante com devido atestado médico, bem como as hipóteses previstas no art. 473 da CLT, que dispõe sobre as faltas do empregado ao trabalho sem prejuízo do salário, quais sejam:

> Art. 473 - O empregado poderá deixar de comparecer ao serviço sem prejuízo do salário:
> I - até 2 (dois) dias consecutivos, em caso de falecimento do cônjuge, ascendente, descendente, irmão ou pessoa que, declarada em sua carteira de trabalho e previdência social, viva sob sua dependência econômica;
> II - até 3 (três) dias consecutivos, em virtude de casamento;
> III - por um dia, em caso de nascimento de filho no decorrer da primeira semana;
> IV - por um dia, em cada 12 (doze) meses de trabalho, em caso de doação voluntária de sangue devidamente comprovada;
> V - até 2 (dois) dias consecutivos ou não, para o fim de se alistar eleitor, nos têrmos da lei respectiva.
> VI - no período de tempo em que tiver de cumprir as exigências do Serviço Militar referidas na letra "c" do art. 65 da Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964 (Lei do Serviço Militar).
> VII - nos dias em que estiver comprovadamente realizando provas de exame vestibular para ingresso em estabelecimento de ensino superior.
> VIII - pelo tempo que se fizer necessário, quando tiver que comparecer a juízo;
> IX - pelo tempo que se fizer necessário, quando, na qualidade de representante de entidade sindical, estiver participando de reunião oficial de organismo internacional do qual o Brasil seja membro;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> X - até 2 (dois) dias para acompanhar consultas médicas e exames complementares durante o período de gravidez de sua esposa ou companheira;
>
> XI - por 1 (um) dia por ano para acompanhar filho de até 6 (seis) anos em consulta médica;
> XII - até 3 (três) dias, em cada 12 (doze) meses de trabalho, em caso de realização de exames preventivos de câncer devidamente comprovada.

A alteração em comento trazida pela Reforma Trabalhista divide os doutrinadores. De um lado, parte da doutrina afirma que há evidente inconstitucionalidade do atual dispositivo por violação ao princípio constitucional de acesso à Justiça e também ao da assistência judiciária gratuita. Esse também foi o entendimento encartado no Enunciado n. 103, da II Jornada Nacional de Direito Material e Processual do Trabalho da ANAMATRA, a seguir:

> ACESSO À JUSTIÇA. ART, 844, § 2º E § 3º, DA CLT. INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLA O PRINCÍPIO DE ACESSO À JUSTIÇA A EXIGÊNCIA DE COBRANÇA DE CUSTAS DE PROCESSO ARQUIVADO COMO PRESSUPOSTO DE NOVO AJUIZAMENTO. O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA É UMA DAS RAZÕES DA PRÓPRIA EXISTÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO, O QUE IMPEDE A APLICAÇÃO DESSAS REGRAS, INCLUSIVE SOB PENA DE ESVAZIAR O CONCEITO DE GRATUIDADE DA JUSTIÇA.

Do outro lado, alguns doutrinadores entendem que a nova redação veio como solução ao abuso do direito de ação. Defendem ainda que a mudança trará mais seriedade ao processo, desestimulando a litigância descompromissada, além de compensar parte dos custos da máquina judiciária.

Em decisão recente datada de 21.08.2019, a quarta Turma do TST proferiu decisão entendendo ser constitucional o disposto no art. 844, §§ 2º e 3º da CLT, defendendo que o referido artigo busca preservar a jurisdição em sua essência, como instrumento responsável e consciente de tutela de direitos. (TST-AIRR-1000178-32.2018.5.02.0385, 4ª Turma, rel. Min. Ives Gandra da Silva Martins Filho).

Atualmente, a questão acerca da constitucionalidade do art. 844, §§ 2º e 3º da CLT, encontra-se pendente de análise no STF, em sede de controle de constitucionalidade (ADI 5.766-DF), com relatoria do Ministro Roberto Barroso.

3 PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

Conhecido como o direito de ação e, ainda, como o princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, o princípio do Acesso à Justiça está

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

previsto no art. 5°, XXXV da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", assegurando assim o ingresso aos órgãos judiciais a todo aquele que se sentir lesado ou ameaçado em seus direitos.

Na época do Estado Liberal, o Acesso à Justiça era entendido apenas como o direito formal de propor uma ação, não se preocupando o Estado com a situação econômica e social dos indivíduos e se estes poderiam de fato valer-se do direito de ação.

Com o advento de uma nova concepção de Estado, o qual passou a ter como função a garantia efetiva dos direitos, foram instituídos direitos pensados "como fundamentais para uma organização justa e igualitária da sociedade, abrindo também oportunidade para que ao direito de ação fossem agregados outros conteúdos" (MARINONI, 2016, p. 218).

Assim, de acordo com Mesquita (2013), o direito fundamental de acesso à justiça passou a ser entendido como meio de efetivação dos direitos fundamentais, devendo ser encarado como requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar direitos de todos.

Para o autor Mauro Cappelletti (1988), o acesso não é apenas um direito social fundamental, mas também o ponto central da moderna processualística, uma vez que qualquer regulamentação processual tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva.

Não por acaso, Nery Junior (2017) afirma que o principal destinatário do princípio do Acesso à Justiça é o legislador, entretanto, o comando constitucional atinge a todos, não podendo ninguém impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão.

Na obra "Acesso à Justiça", Cappelletti (1988) identifica três soluções, que ele chama de "ondas", para o problema do acesso, que surgiram ao longo dos tempos. A primeira onda diz respeito à assistência judiciária para os pobres, combatendo assim o obstáculo do custo. A segunda onda se refere à legitimação da tutela dos interesses difusos, trazendo reflexões sobre noções tradicionais básicas do processo civil e sobre o papel dos tribunais. Por fim, a terceira onda se refere à tentativa de criação de formas de justiça mais acessível e participativa.

Podemos dizer que o direito de Acesso à Justiça engloba tanto a questão de "abrir as portas" do Judiciário, quanto à viabilização do acesso a uma ordem jurídica efetiva e justa. Neste sentido, Botelho (2010) afirma tratar-se de direito exercido ao longo de toda relação processual, um feixe de poderes, faculdades e ônus que se prolongam desde a propositura da ação até a sua concretização.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

3.1 A Assistência Jurídica e o Acesso à Justiça

As custas judiciais são o um dos obstáculos ao acesso efetivo à Justiça, segundo Cappelletti (1988), uma vez que é ônus dos litigantes suportar a grande proporção dos custos necessários à solução de uma lide.

O custo do processo, o qual abrange custas judiciais, honorários e outras despesas, é um evidente entrave para a efetivação do princípio do Acesso à Justiça, afastando a proteção do direito material. Assim discorre Marinoni (2016, p. 220):

> O custo do processo pode impedir o cidadão de propor a ação, ainda que tenha convicção de que seu direito foi violado ou está sendo ameaçado de violação. Isso significa que, por razoes financeiras, expressiva parte dos brasileiros pode ser obrigada a abrir mão dos seus direitos. Porém, é evidente que não adianta outorgar direitos e técnicas processuais adequadas e não permitir que o processo possa ser utilizado em razão de óbices econômicos.

No mesmo sentido, Lima (1994, p. 94) afirma:

> A questão do custo da prestação jurisdicional é considerada, sem dúvida alguma, um dos maiores obstáculos para um efetivo acesso à justiça e que atinge, em especial, as pessoas de baixa renda, desestimulando o cidadão a invocar a tutela jurisdicional do Estado.

Cappelletti (1988) relaciona diretamente o Acesso à Justiça com o direito à igualdade, à medida que, para produzir resultados justos sob o aspecto individual e social, o autor afirma que o sistema deve ser igualmente acessível a todos. É aqui, quando se conclui acerca da imprescindibilidade de um sistema acessível a todos, que o Acesso à Justiça se encontra com a Assistência Jurídica Integral.

Como discutido no início deste artigo, a Assistência Jurídica Integral, prevista no art. 5°, LXXIV da Constituição Federal de 1988, refere-se à prestação de serviços gratuitos pelo Estado para a efetiva defesa dos interesses dos necessitados, como esclarece Moreira (1992. p.198):

> A grande novidade trazida pala Carta de 1988 consiste em que, para ambas as ordens de providências, o campo de atuação já não se delimita em função do atributo 'judiciário', mas passa a compreender tudo que seja 'jurídico'. A mudança do adjetivo qualificador da 'assistência', reforçada pelo acréscimo do 'integral', importa em notável ampliação do universo que se quer cobrir. Os necessitados fazem jus agora à dispensa de pagamentos e à prestação de serviços não

> apenas na esfera judicial, mas em todo o campo dos atos jurídicos

Gonçalves (2008) afirma que a assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados tem por escopo a realização, em juízo e fora dele, dos princípios da igualdade e da facilitação do acesso à Justiça, abrangendo ainda a ideia de assistência judiciária.

Depreende-se assim que a Assistência Jurídica Integral surgiu como expressão do direito de igualdade, ao possibilitar paridade de armas entre hipossuficientes e ricos. E, ainda, que não garantir ao indivíduo a assistência jurídica integral significa afastar seu acesso efetivo à Justiça.

3.2 O papel dos juízes na proteção das normas constitucionais

A supremacia da constituição significa a superioridade hierárquica de suas normas em relação as demais, impondo assim a compatibilidade das demais normas do ordenamento jurídico com os preceitos do bloco de constitucionalidade.

Para garantir a supremacia das normas constitucionais, a Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo a regulamentação acerca do controle de constitucionalidade.

O controle repressivo é o exercido sobre as leis e atos normativos vigentes que violem o bloco de constitucionalidade. De acordo com Novelino (2017), o Poder Judiciário é o principal protagonista do controle repressivo.

Quanto à finalidade do controle, a doutrina costuma dividir o controle em concreto e abstrato. O controle concreto, também chamado de controle difuso, é aquele que pode ser feito por qualquer juiz, diante de um caso concreto, de forma incidental, com efeito *inter* partes, podendo ser declarado de ofício. Já o controle abstrato é realizado pelo STF, de forma principal e por meio de uma via de ação direta, com efeito *erga omnes*.

No que diz respeito ao papel do juiz na proteção das normas constitucionais, em especial do princípio do Acesso à Justiça em estudo, verifica-se que referido princípio não está voltado somente para o legislador, mas também ao juiz:

> O princípio do acesso à justiça não está somente para o legislador, pois alcança principalmente o Estado-Juiz, que deverá colocar à disposição dos interessados os meios que lhes garantam um processo rápido e eficiente, eliminando os empecilhos que possam se apresentar ao cidadão menos culto ou economicamente hipossuficiente, a fim de proporcionar às partes litigantes igualdade de condições. (AMBAR, 2017, p.1)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O juiz ativo foi uma das soluções que o autor Cappelletti (1988) encontrou no seu estudo sobre o Acesso à Justiça, quando discorreu sobre a terceira onda de acesso. O autor esclarece que a terceira onda consiste em um novo enfoque de acesso à justiça, com reforma de todo aparelho judicial. No mesmo sentido, discorre Mesquita (2013, p. 3):

> No novo enfoque do acesso, nos tribunais e juízos regulares, critica-se a postura do juiz passivo, por se entender que um juiz mais ativo pode ser um apoio a um sistema de justiça basicamente contraditório, por maximizar as oportunidades que o resultado seja justo e não fruto da desigualdade existente entre os litigantes.

Constata-se, assim, que o papel do juiz no cumprimento das normas constitucionais é de grande relevância, devendo este atuar de forma ativa no processo, tendo como uma ferramenta a seu dispor o mecanismo do controle difuso.

CONCLUSÃO

Analisou-se nesta pesquisa a relação entre o art. 844, §§ 2º e 3º da CLT, alterado pela Reforma Trabalhista, e o princípio do Acesso à Justiça, uma vez que a nova redação do referido dispositivo fixou custas processuais como penalidade à parte reclamante que não comparecer à audiência e não justificar de forma legal sua ausência, condicionando ainda a propositura de nova ação ao pagamento do encargo fixado.

Foram definidos dois problemas para ser analisados nesta pesquisa. No primeiro, questiona-se se o pagamento das custas pelo beneficiário da Justiça Gratuita como condição para propor nova demanda viola o princípio do Acesso à Justiça. No segundo, questiona-se o papel do juiz no cumprimento das normas constitucionais.

Para compreender o tema em questão, foi necessário o estudo sobre as despesas processuais, a Assistência Jurídica e a Gratuidade da Justiça, o surgimento do Direito do Trabalho e sobre o princípio do Acesso à Justiça.

Verificou-se que as custas processuais funcionam de forma distinta no Processo Comum e no Processo Trabalhista, especialmente quanto ao valor e ao momento do pagamento, uma vez que, em regra, naquele, elas são antecipadas e neste, são pagas após o trânsito em julgado.

As peculiaridades do Direito do Trabalho e Processual do Trabalho se devem em razão do seu surgimento. Este ramo jurídico especializado surgiu da necessidade de uma resposta adequada para os problemas econômicos e sociais

crescentes em decorrência do capitalismo e da relação entre trabalhador e empregador.

O estudo revelou que o trabalhador é considerado vulnerável e hipossuficiente em relação ao empregador e, por este motivo, uma gama de proteção lhe foi estendida pelo direito, sendo o princípio da proteção, segundo a doutrina, a diretriz de todas as normas do Direito do Trabalho e Processual do Trabalho.

A pesquisa apontou ainda que a Assistência Jurídica é gênero do qual a Gratuidade da Justiça é espécie. Somente na Constituição Federal de 1988 foi tratada como assistência jurídica, abrangendo demandas judiciais e extrajudiciais.

Observou-se ainda que a Gratuidade da Justiça, no Processo do Trabalho, sofreu substancial modificação com a Reforma Trabalhista, especialmente quanto aos requisitos para seu deferimento, não bastando, segundo a letra da lei, mera declaração de pobreza. Ademais, a nova lei trouxe alguns dispositivos condenando a parte, ainda que beneficiária da justiça gratuita, ao pagamento de despesas processuais como as custas, os honorários periciais e os honorários advocatícios.

No que se refere ao Acesso à Justiça, o estudo apontou que, no primeiro momento, o que se busca é garantir o ingresso do indivíduo ao Judiciário em si, afastando qualquer exigência que possa inviabilizar, direta ou indiretamente, o acesso. Adicionalmente, garantir uma Justiça célere e efetiva, com novas formas de solução de conflitos, desburocratização, ordenamentos atualizados à realidade e uma postura ativa do juiz.

Nesse sentido, a norma que exige que o reclamante-trabalhador beneficiário da Justiça Gratuita pague custas processuais como condição para propositura de nova ação, na hipótese de ausência à audiência, revela-se em dissonância com princípios constitucionais e trabalhistas. Primeiro, porque o fundamento do Direito do Trabalho é o princípio da proteção ao trabalhador, não para lhe conceder tudo que desejar, mas para lhe garantir, em razão de sua vulnerabilidade diante do empregador, paridade de armas.

Segundo, estipular o pagamento de custas como condição para propositura de uma nova ação ao beneficiário da Justiça Gratuita é expressão contrária da Assistência Judiciária Integral, a qual garante às pessoas de baixa renda a isenção de despesas por meio da gratuidade da Justiça.

Por fim, considera-se que o disposto no art. 844, §§ 2º e 3º da CLT viola o princípio do Acesso à Justiça, uma vez que a condição imposta pode impedir que o indivíduo de baixa renda ajuíze uma ação, inviabilizando assim a concretização do direito material, afastando a jurisdição. Se o Judiciário, diante de um caso concreto, é quem declara o direito, impor exigências que impeçam o indivíduo de ajuizar uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ação, especialmente o de baixa renda, contrariando os ditames sobre a Gratuidade da Justiça e a proteção do trabalhador, configura-se verdadeira violação ao princípio do Acesso à Justiça.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMBAR, Jeanne. **Princípio da Inafastabilidade de Jurisdição**. 2017. Disponível em: <https://jeannecarla.jusbrasil.com.br/artigos/510996840/principio-da-inafastabilidade-da-jurisdicao>. Acesso em: 20 jun. 2019.

BOTELHO, Guilherme. **Direito ao processo qualificado:** o processo civil na perspectiva do Estado Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jun. 2019.

_____. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Rio de Janeiro, RJ, 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 20 jun. 2019.

GODINHO, Maurício. **A reforma trabalhista no Brasil**. São Paulo: LTr, 2017.

_____. **Curso do Direito do Trabalho**. 17 ed. São Paulo: LTr, 2018.

GONÇALVES, Rogério de Melo. **Do assistencialismo à assistência jurídica integral na constituição federal de 1988**: breves notas históricas e recomendações. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. III, Constituição de 1988: O Brasil 20 anos depois. 2008. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-iii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-a-consolidacao-das-instituicoes/poder-judiciario-e-acesso-a-justica-do-assistencialismo-a-assistencia-juridica-integral-na-constituicao-federal-de-1988-breves-notas-historicas-e-recomendacoes>. Acesso em: 20 jun. 2019.

LIMA, Enio Galarça. O Acesso à Justiça sob a Ótica da Justiça do Trabalho. Revista de Processo, ISSN 0100-1981, São Paulo, ano 19, n. 73, jan-mar, 1994.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo Curso de Processo Civil: teoria do processo civil**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MESQUITA, Maíra de Carvalho Pereira. **Do princípio da inafastabilidade da jurisdição**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3681, 30 jul. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24807>. Acesso em: 14 set. 2019.

MIESSA, Elisson. **Processo do Trabalho para Concursos**. 4 ed. Bahia: Juspodivm, 2017.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo**. In: Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Ano VI, nº 3, Rio de Janeiro, p. 197-211, 1º semestre de 1992.
NERY JUNIOR, Nelson. **Direito Constitucional Brasileiro**: Curso Completo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.
PALMA, João Augusto da. **Custas Trabalhistas com as Novas Despesas Processuais**. 1 ed. São Paulo: LTr, 2002.
PINTO, José Augusto Rodrigues. **Processo trabalhista de conhecimento**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2005.
ROBLES, Natália Biondi Gaggini. **Acesso à Justiça na Reforma Trabalhista**. Revista LTr – Ano 83 –N. 04 – Abril – 2019 – pg.67. São Paulo: LTr, 2019.
SANTOS, Maria de Fátima Martins da Silva dos. **Considerações sobre o deferimento imerecido da Gratuidade de Justiça no Direito Brasileiro**. Direito em Ação, Brasília, v.10, n.1, jan./jun. 2013.
SCHIAVI, Mauro. **A Reforma Trabalhista e o Processo do Trabalho**: Aspectos Processuais da Lei n. 13.467/17. 3. ed. São Paulo: LTr, 2018.
_____. **Manual de Direito Processual do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2019.
SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. **Assistência jurídica integral e gratuita**. São Paulo: Editora Método, 2003.
NOTA:

[1] Professor Mestre e Orientador do artigo

www.conteudojuridico.com.br

SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: A PROBLEMÁTICA DA REINSERÇÃO DO EGRESSO

LINISBERTO SAMPAIO DE FRANÇA FILHO:
Graduando em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA

LELAND BARROSO DE SOUZA[1]

RESUMO: O presente artigo propõe como escopo a promoção de uma análise acerca do sistema prisional brasileiro e sua realidade, abordando desde o surgimento das prisões e evolução da pena, passando por considerações relevantes sobre a ressocialização dos apenados e encaminhando-se a conclusão, dispõe analise da necessidade de promoção de políticas públicas mais eficientes e adequadas. Trata-se de um projeto de pesquisa bibliográfica, de tema atual detentor de relevante importância jurídica e social e que, ao final, por intermédio do método hipotético dedutivo, pretende-se comprovar a hipótese de que se deve incluir políticas públicas mais eficazes no que se refere ao sistema prisional, bem como indicar a relevância de ter como fim a ressocialização do apenado e não somente a quarentena do meio social.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema prisional. Ressocialização. Prisões

ABSTRACT: The present article proposes as a scope the promotion of an analysis about the Brazilian prison system and its reality, approaching since the appearance of the prisons and the evolution of the penalty, going through relevant considerations about the re-socialization of the inmates and leading the conclusion, provides analysis of the need to promote more efficient and appropriate public policies. This is a bibliographic research project, with a current theme that has relevant legal and social importance and that, in the end, through the hypothetical deductive method, it is intended to prove the hypothesis that more effective public policies should be included with regard to refers to the prison system, as well as indicating the relevance of having the purpose of the re-socialization of the inmate and not just the quarantine of the social environment.

KEYWORDS: Prison System. Resocialization. Prisons

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. BREVE HISTÓRICO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E SUA REALIDADE. 2. SURGIMENTO DAS PRISÕES E EVOLUÇÃO DA PENA. 2.1. SURGIMENTO DAS PRISÕES. 2.2. A EVOLUÇÃO DA PENA DE PRISÃO. 2.3. ETIMOLOGIA DA PENA. 3. RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO. 3.1. ASPECTOS POSITIVOS DA RESSOCIALIZAÇÃO. 3.2. CAUSAS QUE INVIABILIZAM A RESSOCIALIZAÇÃO. 3.2.1. SUPERLOTAÇÃO DOS PRESÍDIOS BRASILEIROS. 3.2.2. AUSÊNCIA DE TRABALHO. 3.3 O QUE PODE SER FEITO PARA VIABILIZAR A RESSOCIALIZAÇÃO. 3.3.1. ASSISTÊNCIA RELIGIOSA. 3.3.2. ASSISTÊNCIA AO EGRESSO. 3.3.3. CONSTRUÇÃO DE PRESÍDIOS E CADEIAS PÚBLICAS. 3.4. ASPECTOS

NEGATIVOS DA FALTA DE RESSOCIALIZAÇÃO. 4. A NECESSIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS EFETIVAS. CONCLUSÃO. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.

INTRODUÇÃO

Atualmente fazer uma abordagem sobre a situação do sistema carcerário brasileiro, não tem se mostrado uma tarefa fácil, tendo em vista, as disparidades que surgem em face do crescente aumento de criminalidade, avanço este, que gera medo, angústia em que está dentro e fora do cárcere, vez que, a violência tornou uma pratica rotineira perante uma sociedade doente, carecedora de uma atenção maior no cumprimento das leis por parte do próprio poder público que parece fechar os olhos, cruzar os braços diante de tanto descaso, omissão quanto a obediência legal.

Nada mais é do que um aparelho destruidor de sua personalidade, pelo qual não seve para o que diz servir, neutraliza a formação ou o desenvolvimento de valores; estigmatiza o ser humano; funciona como máquina de reprodução da carreira do crime; introduz na personalidade a prisionização da nefasta cultura carcerária; estimula o processo de despersonalização; legitima o desrespeito aos direitos humanos;

Destarte, é imprescindível a atuação da Política Criminal no sentido de promover o princípio da eficiência nos gastos públicos com relação ao sistema penitenciário nacional. Do mesmo modo, deve ocorrer o combate veemente à corrupção e a melhoria das condições de trabalho dos profissionais da área de segurança pública e penitenciária.

Mais do que isso, também se constitui num desafio, apresentar a realidade prisional tal como se encontra, a fim de que, com base nas estatísticas, seja melhorada a forma como as penas são aplicadas. Isso deve ser realizado, sem perder o foco na ressocialização e na melhoria das condições do cárcere, enquanto existir.

1. BREVE HISTÓRICO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E SUA REALIDADE.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A prisão surgiu no fim do século XVIII e princípio do século XIX com o objetivo de servir como peça de punição. A criação de uma nova legislação para definir o poder de punir como uma função geral da sociedade, exercida da forma igual sobre todos os seus membros. A pena de prisão tornou-se a principal resposta a partir do século XIX.

Durante vários anos imperou uma positividade de que a prisão era o meio justo e ideal para se pagar pelos atos cometidos e, dentro de certas condições, ressocializar o apenado. Atualmente há um grande questionamento em torno da pena privativa de liberdade, seu objetivo encontra-se em crise, pois tem falhado na ressocialização do apenado, como se extrai das palavras de Bitecourt (2004, p. 471)

> Atualmente predomina uma atitude pessimista, que já não tem muitas esperanças sobre os resultados que se possa conseguir com a prisão tradicional. A crítica tem sido tão persistente que se pode afirmar, sem exagero, que a prisão está em crise. Essa crise abrange o objetivo ressocializador da pena privativa de liberdade, visto que grande parte das críticas e questionamento que se fazem à prisão refere-se à impossibilidade – absoluta ou relativa – de obter algum efeito positivo sobre o apenado.

Foucault (1987) diz:

> A prisão se fundamenta na "privação de liberdade", salientando que esta liberdade é um bem pertencente a todos da mesma maneira, perdê-la tem, dessa maneira, o mesmo preço para todos, "melhor que a multa, ela é castigo", permitindo a quantificação da pena segundo a variável do tempo.

A desestruturação do sistema prisional traz à baila o descrédito da prevenção e da prevenção da reabilitação do condenado. Nesse sentido, a sociedade brasileira encontra-se em momento de extrema perplexidade e face do paradoxo que é o atual sistema carcerário brasileiro, pois de um lado temos o acentuado avanço da violência, o clamor pelo recrudescimento de pena e, do outro lado, a superpopulação prisional e as nefastas mazelas carcerárias.

Vários fatores culminaram para que chegássemos a um precário sistema prisional. Entretanto, o abandono, a falta de investimento e o descaso do poder público ao longo dos anos vieram por agravar ainda mais o caos chamado sistema

prisional brasileiro. Sendo assim, a prisão que outrora surgiu como um instrumento substitutivo da pena de morte, das torturas públicas e cruéis, atualmente não consegue efetivar o fim correcional da pena, passando a ser apenas uma escola de aperfeiçoamento do crime, além de ter como características um ambiente degradante e pernicioso, acometido dos mais degenerados vícios, sendo impossível a ressocialização de qualquer ser humano.

As prisões têm como instrumentos das penas privativas de liberdade deveriam servir para recuperação e punição do condenado, ressaltando-se, contudo, que neste último sentido, deve ser vista apenas como uma ausência parcial da liberdade do indivíduo. No entanto, o que se observa, na prática, é que o caráter punitivo da pena ultrapassa a esfera de liberdade do criminoso, alcançando também sua dignidade, saúde, integridade, entre outros direitos assegurados na Constituição e na LEP. Além disso, não se observa, de forma alguma, o caráter de recuperação do condenado nas penas privativas de liberdade, podendo inclusive atribuir a isso a punição exacerbada do indivíduo, que vai muito além da supressão de sua liberdade.

Logo se vê um dos direitos, garantias e princípios basilares de nossa Constituição Federal sendo ferido e desrespeitado o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, consoante preceitua Sarlet, 2001, p. 60:

> Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

A declaração universal dos direitos humano traz em seu bojo, a concepção atual de direitos humanos e, pela primeira vez, ocorre a acolhida da dignidade da pessoa humana como centro orientador dos direitos e fonte de inspiração de textos constitucionais posteriores: "Art. 3.º Todos os homens nascem livres e iguais em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

dignidade e direitos. São dotados a razão e consciência devem agir e relação uns aos outros com espírito de fraternidade."

Pode-se definir dignidade da pessoa humana, como um conjunto de direitos fundamentais, que visa assegurar aos cidadãos um mínimo para sua subsistência. Pode se elencar, por exemplo, a acesso amplo e irrestrito aos serviços de saúde, educação, habitação entre tantos outros que poderiam ser citados.

O Princípio da dignidade da pessoa humana está inserido no texto constitucional como um dos fundamentos basilares da República Federativa do Brasil:

> Art. 1.º 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

Vários fatores culminaram para que chegássemos a um precário sistema prisional. Entretanto, o abandono, a falta de investimento e o descaso do poder público ao longo dos anos vieram por agravar ainda mais o caos chamado sistema prisional brasileiro. Sendo assim, a prisão que outrora surgiu como um instrumento substitutivo da pena de morte, das torturas públicas e cruéis, atualmente não consegue efetivar o fim correcional da pena, passando a ser apenas uma escola de aperfeiçoamento do crime, além de ter como características um ambiente degradante e pernicioso, acometido dos mais degenerados vícios, sendo impossível a ressocialização de qualquer ser humano.

As prisões têm como instrumentos das penas privativas de liberdade deveriam servir para recuperação e punição do condenado, ressaltando-se, contudo, que neste último sentido, deve ser vista apenas como uma ausência parcial da liberdade do indivíduo. No entanto, o que se observa, na prática, é que o caráter punitivo da pena ultrapassa a esfera de liberdade do criminoso, alcançando também sua dignidade, saúde, integridade, entre outros direitos assegurados na Constituição e na LEP. Além disso, não se observa, de forma alguma, o caráter de recuperação do condenado nas penas privativas de liberdade, podendo inclusive

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

atribuir a isso a punição exacerbada do indivíduo, que vai muito além da supressão de sua liberdade.

Logo se vê um dos direitos, garantias e princípios basilares de nossa Constituição Federal sendo ferido e desrespeitado o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

2. SURGIMENTO DAS PRISÕES E EVOLUÇÃO DA PENA

2.1 SURGIMENTO DAS PRISÕES

Diante do exposto, cabe versar a respeito da história da prisão, traçando as mudanças ocorridas, tornando-se conhecimento do percurso que percorreu até chegada ao conceito de cada prisão existente atualmente no Código Processo Penal.

Assevera Nestor Távora (2009, p. 515)

> A prisão é o cerceamento da liberdade de locomoção, é o encarceramento. Pode advir da decisão condenatória transitada e julgada, que é chamada prisão pena, regulada pelo Código Penal, com respectivo sistema de cumprimento que é verdadeira prisão satisfatória, em resposta estatal ao delito ocorrido, tendo por título a decisão judicial definitiva.

Para Fernando Capes (2008, p. 246), a prisão é a privação da liberdade de locomoção determinada por ordem escrita da autoridade competente ou em caso de flagrante delito.

2.2 A EVOLUÇÃO DA PENA DE PRISÃO

Devido a constante necessidade social pela existência de sanções penais em todas as épocas e culturas deu-se origem a pena e ao Direito Penal. Ao Direito Penal se tem incumbido como responsável pela resolução de diversas questões que envolvem a criminalidade e a necessidade de efetivar alguma forma de controle social. Essa tentativa de solução pode ser representada pelas teorias da pena, que representa a principal forma de reação estatal contra os delitos, pelo fato de um ato considerado por lei um crime trazer consigo uma exigência relativa de punibilidade.

A história do Direito Penal se encontra dividida em períodos: vingança privada, vingança divina, vingança pública, humanitário e cientifico. Devido a esse fato o estudo histórico da legislação penal deve ser feito de forma autônoma,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

separado do estudo das ideias penais de cada época (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 23).

Segundo Shecaira e Corrêa Junior a antiguidade é marcada como um período de vingança privada, pois a punição sempre era imposta como vingança, prevalecendo a lei do mais forte. A pena possuía um papel reparatório, pois, pretendia-se que o infrator se retratasse frente à divindade, dando a pena um caráter sacral (SHECAIRA; CORRÊA JUNIOR, 2002, p. 24).

Nessa perspectiva, cabia bem a auto composição, conhecida como vingança de cunho pessoal, utilizada pelo ofendido em busca de sanar a lide, sendo essa faculdade de resolução, dada a sua força própria, grupo ou família, para, assim, conseguir exercê-la em desfavor do criminoso. A pena não obedecia ao princípio da proporcionalidade vez que em sua aplicação se subordinava aos interesses da família do acusado (DIAS, 2010, p. 2)

2.3 ETIMOLOGIA DA PENA

Etimologicamente a palavra pena segundo (Ferreira, 1999) significa "punição, castigo imposto por lei a algum crime, delito ou contravenção. "

A pena na concepção de (Rogério Greco 2007, p. 483) é a: "consequência natural imposta pelo Estado quando alguém prática uma infração penal. Quando o agente comete um fato típico, ilícito ou culpável, abre-se a possibilidade para o Estado de fazer valer o seu *ius puniendi".*

Cezar Roberto Bitencourt (2004 p. 71-72): "a pena é concebida como um mal que deve ser imposto ao autor de um delito para que cumpra sua culpa. Isso não é outra coisa que a concepção retributiva da pena".

Aduz Cezar Roberto Bitencourt (2001, P. 103) que a "pena e Estado são conceitos intimamente ligados entre si. O desenvolvimento do Estado está intimamente ligado ao da pena".

A pena de prisão determina nova finalidade, com um modelo que aponta que não basta castigar o indivíduo, mas orientá-lo dentro da prisão que ele possa ser reintegrado à sociedade de maneira efetiva, evitando com isso a reincidência.

A finalidade da pena, por sua vez, não teria tomado o rumo que tomou, ou seja, ao invés de ressocializar e preparar para o convívio social, vem provocando a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

marginalização, resultando em crimes geralmente de maior gravidade que aquele inicialmente praticado pelo indivíduo no seu primeiro encarceramento.

Portanto, a pena criminal é consequência do mal injusto praticado pelo agente infrator, visa penalizá-lo, reprovar sua conduta, sendo que incumbe ao Estado, após o devido processo legal, sua aplicação, porém na pratica não é efetivada.

3. RESSOCIALIZAÇÃO DO APENADO

A ressocialização refere-se a uma reestruturação da personalidade e das atitudes que pode ser benéfica ou maléfica aos indivíduos, pois, a personalidade, os valores e a aparência das pessoas não são fixos, e sim, variam de acordo com as relações e experiências vividas ao longo da vida. Estando o indivíduo condicionado pelos hábitos que são inseridos, a partir das relações e experiências passadas por ele, podendo refletir em práticas individuais e coletivas.

A assistência ao egresso possui como objetivo atenuar as consequências negativas incidentes sobre a vida deste, o que preconiza a grande importância das medidas com tendência a reforçar os laços que o ligam a sua família e à sociedade, criando umas cadeias de relações com o mundo externo para que se brote a adaptação ou readaptação necessária a fim de encontrar condições de reintegração social ao ser posto em liberdade.

Em virtude do descaso do sistema prisional o apenado ao adentrar no presídio é visto perante a sociedade como um marginal contraindo atitudes e desenvolvendo tendência delituosa, diante desse problema percebemos que a sociedade tem uma grande parcela de culpa, já que existem diversas formas de reprimir o transgressor, não basta apenas enclausurar o delinquente em celas como se fossem animais, por isso que é importante adequar medidas que contornem este fato.

Porém, surge a problemática enfrentada pelo egresso após a sua liberdade, sofrendo exclusões do contato com outros indivíduos ou do meio social, devido a uma evolução diversa da experimentada pelos outros homens ou por esse meio social.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O agravante desse desajuste social é o afastamento durante o cumprimento da pena privativa de liberdade, pois nesse período o contato que ele tem com o mundo exterior são através de visitas, correspondências, trabalhos externos e etc., encontrando, assim fortes resistências que dificultam ou impedem sua reinserção social. Isso ocorre pelo fato da visão que a sociedade possui quanto a quem obteve pena privativa de liberdade, marginalizando esse indivíduo e o afastando do meio social, o que atrapalha sua readaptação.

É evidente que depende do próprio egresso, mas também o seu ajustamento ou reajustamento comunitário depende do grupo social ao qual retorna.

Esse auxilio ao egresso deve ser realizado para que se evite a reincidência, o que colocaria difícil e complexa atuação penitenciária afastada da consecução de seu fim principal, que é a reinserção social do condenado. Para que seja modificada esta situação é imprescindível que a sociedade acabe com essa ilusão de que a pena tem que ser uma punição severa, dolorosa.

É necessário mostrar a sociedade que existe uma função para a pena, onde será está cumprida conforme o regimento legal. Observa-se hoje no Brasil o maior descaso com problemas sociais, e por conta deste desprezo é que o recluso sai do presídio sem emprego, sem família, sem dignidade, e isso se torna um ciclo vicioso no qual o recluso não tem a menor chance de reinserção social. Logo verificamos que durante a reclusão ou porque não dizer o fracasso da pena privativa de liberdade não consegue reabilitar ninguém servindo apenas para reforçar os valores negativos do apenado.

A problemática na ressocialização do egresso inicia-se desde o cumprimento da pena privativa de liberdade. Sabe- se que o artigo 1.º da lei de execução penal tem como objetivo proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, porém os problemas encontrados nos presídios estão longe de cumprir tal preceito legal.

O que é a ressocialização senão a humanização do indivíduo enquanto recluso pelo sistema prisional, buscando um foco humanista do delinquente na reflexão cientifica ao mesmo que protege a sociedade deste. Através do reconhecimento da necessidade da ressocialização do indivíduo criminosos a pena

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de prisão passa ter uma nova finalidade além da simples exclusão e retenção, passa a ter uma finalidade de orientação social e preparação para à sociedade, buscando assim interrupção do comportamento reincidente.

Desta forma, o Estado abandona seu comportamento de castigar simplesmente por castigar, pois da mesma forma que os outros animais castigados, o resultado obtido apresenta-se muitas vezes diverso do esperado e o criminoso não ressocializado volta a cada reincidência, mais marginalizado e agressivo, consequentemente, mais distante de deixar parte da anomia social.

Entenda-se que a pena de prisão nunca deve ser vista como instrumento de vingança, pois seu objetivo é de restituí-lo de forma mais humana à sociedade. A ressocialização tem como objetivo a humanização da passagem do detento na instituição carcerária, implicando sua essência teórica, numa orientação humanista, passando a focalizar a pessoa que delinquiu como centro da reflexão cientifica. Como ensina Marc Ancel (2007):

> O condenado tem direito ao tratamento para sua ressocialização, devendo o regime penitenciário preparar e assegurar a reinserção social do delinquente. A sociedade tem obrigações para o homem, para o qual foi instituída, e um de seus deveres é ofertar-lhe possibilidades para sua auto-realização, ainda mesmo em caso de queda ou erro". "Este princípio está previsto no art. 41 da Lei de Execução Penal, como tratamento reeducativo".

3.1 ASPECTOS POSITIVOS DA RESSOCIALIZAÇÃO

Além da função de punir o delinquente pela prática do crime por ele realizado vem o nosso ordenamento falar da reintegração do mesmo. Entende –se a prática de ressocialização como uma necessidade de promover ao apenado as condições de ele se reestruturar a fim de que ao voltar à sociedade não mais torne a delinquir.

Afirma Marcão (2005, p. 1):

> A execução penal deve objetivar a integração social do condenado ou do internado, já que adotada a teoria mista ou eclética, segundo o qual a natureza retributivada pena não bisca apenas a prevenção, mas também a humanização. Objetiva-se, por meio da execução, punir e humanizar.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A ressocialização vem no intuito de trazer a dignidade, resgatar a autoestima do detento, trazer aconselhamento e condições para um amadurecimento pessoal, além de lançar e efetivar projetos que tragam proveito profissional, entre outras formas de incentivo e com ela os direitos básicos do preso vão sendo aos poucos sendo priorizados.

É importante constituir uma formação tanto para o detento, suas famílias e para os profissionais que atuam mais diretamente aos apenados, pois vão estar caminhando ao lado dos encarcerados durante o processo de penalização além da família ser o seio que vai receber esse indivíduo quando da sua saída da penitenciária.

Mirabete (2002, p. 23) explana:

> O direito, o processo e a execução penal constituem apenas um maio para a reintegração social, indispensável, mas nem por isso o de maior alcance, porque a melhor de defesa da sociedade se obtém pela política social do estado e pela ajuda pessoa. ”

De acordo com art. 41 da LEP constituem direitos do preso:

> I- alimentação suficiente e vestuário
> II- atribuição de trabalho e sua remuneração
> III- previdência social
> IV- constituição do pecúlio
> V- proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação
> VI- exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas, desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;
> VII- assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;
> VII- proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;
> IX- entrevista pessoal e reservada com o advogado;
> X- visita do cônjuge, da companheira, de parêntese amigos em dias determinados;
> XI- chamamento nominal;
> XII- igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;
> XIII- audiência especial com o diretor do estabelecimento;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> XIV- representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;
> XV- contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam, a moral e os bons costumes;

A respeito do assunto Mirabete (2004, p. 118) expõe que:

> O preso, mesmo após a condenação, continua titular de todos os direitos que não foram atingidos pelo internamento prisional decorrente da sentença condenatória em que impôs uma pena privativa de liberdade. (...) Por estar privado de liberdade, o preso encontra-se em uma situação especial que condiciona uma limitação dos direitos previstos na constituição Federal e nas leis, mas não quer dizer que perde, além da liberdade, sua condição de pessoa humana e a titularidade dos direitos não atingidos pela condenação.

O indivíduo que se encontra preso tem direito a assistência como uma forma de começar com ele um processo de reabilitação, resgatando os valores humanos, ensinando ainda no trato enquanto indivíduo, enquanto ser humano. Tanto o preso, o internado, quanto o egresso devem ter assistência material, à saúde, assistência jurídica, educacional, social e religiosa.

3.2 CAUSAS QUE INVIABILIZAM A RESSOCIALIZAÇÃO

Com a falta de ambiente adequado, é difícil alcançar um bom resultado com o trabalho de ressocialização, uma vez que todo o entorno do apenado tem influência sobre esse trabalho, principalmente, porque dentro do sistema, o apenado sofre com preconceitos e passa a ser estigmatizado, fazendo com que seja prejudicada a sua reabilitação à sociedade.

Um dos fatores que dificulta o trabalho de ressocialização é a falta de um ambiente apropriado, uma vez que o sistema prisional brasileiro é antigo e o empenho para a construção de novas penitenciárias com estruturas adequadas é mínimo, já que alguns presídios possuem o interesse em ressocializar, mas não há em sua infraestrutura um local apropriado que permita esse trabalho, o que infelizmente leva a reincidência.

3.2.1 SUPERLOTAÇÃO DOS PRESÍDIOS BRASILEIROS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A superlotação dos presídios é talvez o mais crônico problema que aflige sistema penal brasileiro, a discrepância entre o número de presos e o de vagas nas celas contribui para a situação degradante das prisões brasileiras, sendo responsável pelo agravamento dos diversos problemas existentes.

O cenário que vemos em nossos presídios é desumano, as prisões não fornecem ao preso um mínimo de dignidade. Todos esforços feitos para a diminuição do problema, não chegaram a nenhum resultado positivo, pois a disparidade entre a capacidade instalada e o número atual de presos tem apenas piorado. Devido a superlotação muitos dormem no chão de suas celas, em condições deploráveis.

Assim, a superlotação traz como sua principal consequência à exasperação da violência, as insistentes tentativas de fuga e as rebeliões quase cotidianas. As cadeias e os presídios públicos encontram-se em estado de miséria, depredados, com instalações precárias, nas quais os presos convivem uns com os outros na maior promiscuidade, gerando uma total falta de respeito humano e ausência de uma condição humanitária e digna, como exigida pela lei para preso.

O art. 85 da LEP, dispõe: O estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com sua estrutura e finalidade.

3.2.2 AUSÊNCIA DE TRABALHO

No sistema prisional brasileiro as atividades exercidas pelos detentos não configuram uma atividade capaz de formar indivíduos preparados para retornar ao convívio social, pois eles não são educados para adquirir conhecimento técnico necessário à reinserção social. É preciso reorganizar a forma de aplicação do trabalho, devendo além de ocupar o tempo ocioso, preparar e oportunizar esses sujeitos para escolhas mais conscientes e transformadoras.

O fato gerador da criminalidade é bastante complexo, não sendo nossa intenção adentrar nesse mérito, contudo, é indiscutível que a falta de oportunidade, o desemprego, a fome e a miséria obrigam com que alguns entrem no mundo do crime. Deve o Estado criar mecanismos aptos a recuperação dos apenados, que muitas vezes por essas questões socioeconômicas enveredam no caminho da criminalidade. Nesse sentido é extremamente importante que o Estado possa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

desenvolver atividades profissionalizantes dentro das prisões, com intuito de que quando o apenado ganhar liberdade possa desempenhar uma atividade que proporcione o seu sustento e de sua família.

Além de o trabalho possibilitar a assistência à família do condenado, ele pode fazer com que este obtenha sua liberdade mais cedo. Através da remição o condenado poderá descontar, pelo trabalho realizando dentro da prisão, parte do tempo de pena a cumprir. A remição se faz na proporção de três dias de trabalho por um dia de pena. O trabalho do preso evita a ociosidade, e o mais importante, possibilitam ao condenado aprender um oficio ou profissão, aumentando suas chances de integrar à sociedade após ser solto.

Nesse sentido é importante o convênio com entidades públicas e privadas para absorção da mão de obra de detentos e ex-detentos, posto que, ainda é gigantesco o preconceito com esses indivíduos, de forma que quando colocados em liberdade são extremas as dificuldades para alcançarem o sustento próprio e ocupar uma atividade digna e lícita.

O art. 28 da Lei de Execução Penal que "o trabalho do preso do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva". Tal previsão coloca o trabalho penitenciário como um dever social e condição de dignidade humana do condenado, assumindo então finalidade educativa e produtiva.

3.3 O QUE PODE SER FEITO PARA VIABILIZAR A RESSOCIALIZAÇÃO

3.3.1 ASSISTÊNCIA RELIGIOSA

Em que pese às opiniões em contrário, pois na atualidade a religião não é o ponto principal nas prisões, nem ocupa posição central no sistema prisional, entretanto, está ainda tem sido um dos maiores fatores positivos para reinserção social.

Para Mirabete "a religião tem, comprovadamente, influencia altamente benéfica no comportamento do homem encarcerado e é única variável que contém em si mesma, em potencial, a faculdade de transformar o homem encarcerado ou livre. " (2004, p. 84)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O que temos acompanhado ao longo dos anos em nossa experiência prisional é que a religião tem propiciado aos detentos uma possibilidade marcante de reabilitação, pois tem influência bastante positiva no comportamento humano é visível e inegável, após os encontros religiosos, a transformação que ocorre no comportamento dos detentos, principalmente nas religiões cristãs, a propagação do evangelho vai se disseminando de forma bastante efetiva, muitas vezes, começa com um pequeno grupo de detentos cerca de quatro e cinco e em questão de meses se multiplica, sem dizer que eles se acalmam, passam a viver do trabalho ao culto, sem se envolver em problemas no presídio.

O Estado deve promover, sem ser de forma imposta, pois acima do objetivo de reinserir o condenado no seio social, está o direito constitucional fundamental de liberdade de culto e de recuperar o delinquente, sabendo que, esta não é sozinha a chave exclusiva do sucesso, mas em consonância com outras medidas é uma possibilidade real deste.

3.3.2 ASSISTÊNCIA AO EGRESSO

Um grande desafio para o egresso (liberado definitivo, pelo prazo de um ano a contar da saída do estabelecimento e o liberado condicional, durante o período de prova) é retorno ao convívio social, não obstante, tenha o egresso condições para se reintegrar ao convívio em comunidade, mesmo assim ele sofre preconceito e é estigmatizado por sua condição de ex presidiário.

O art. 4.º da LEP, diz que o Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena. Ocorre que o estado não oferece serviços de assistência ao egresso que promova e muitas vezes este, não tem sequer o apoio da família que em sua grande maioria vivem em condições de extrema miséria.

Apesar do término da pena o Estado ainda tem responsabilidades com o ex-recluso Nunes aduz que "geralmente despojado de todos os seus bens, abandonado pela família e pela sociedade, o ex-detento necessita de assistência integral do Estado, que impôs a pena e a executou. "

3.3.3 CONSTRUÇÃO DE PRESÍDIOS E CADEIAS PÚBLICAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

É válido ressaltar que tão somente a construção de presídios e cadeias públicas, por si só não vão resolver todo problema carcerário, por se tratar de questões muito mais complexas envolvendo um gama bem maior de soluções, entretanto, esta proposta já minimiza bastante o problema de superlotação, haja vista no Brasil sempre houve um déficit carcerário. Com certeza tal medida disponibilizaria de um maior número de vagas desafogando a grande população carcerária.

Quanto às cadeias públicas, estas propiciariam uma maior possibilidade do convívio entre o detento e seus familiares, até porque, estas são destinadas ao recolhimento de presos provisórios como aduz o art. 102, da LEP, no entanto, o que se vê na realidade é um montante bastante considerável de presos provisórios recolhidos em presídios longe da família e as cadeias públicas em completo abandono, descaso.

Infelizmente, consoante uma interpretação teleológica da LEP, percebe-se que a finalidade desta lei é a presença e permanência do preso próximo à família, muito embora isso seja flagrantemente desrespeitado em nosso país.

3.4 ASPECTOS NEGATIVOS DA FALTA DE RESSOCIALIZAÇÃO

A reincidência é o principal indicador da deficiência de qualquer sistema de atendimento jurídico-social, porque através dela é possível perceber que as pessoas entram nas instituições por apresentarem certas carências, que vão desde da falta de moradia digna, da deficiência na escolaridade, ausência de qualificação profissional ou de caráter e personalidade, e que, independentemente do tempo que tenham passado sob os cuidados das instituições, ao saírem apresentam as mesmas deficiências que originaram sua entrada no sistema.

A comprovação de que a pena privativa de liberdade não se revelou como remédio eficaz para ressocializar o homem preso comprova-se pelo elevado índice de reincidência dos criminosos oriundos do sistema carcerário. Embora não haja números oficiais, calcula-se que no Brasil, em média, 90% dos ex-detentos que retornam à sociedade voltam a delinquir, e, consequentemente, acabam retornando à prisão.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Essa realidade é um reflexo direto do tratamento e das condições a que o condenado foi submetido no ambiente prisional durante o seu encarceramento, aliadas ainda ao sentimento de rejeição e de indiferença sob o qual ele é tratado pela sociedade e pelo próprio Estado ao readquirir sua liberdade. O estigma de ex-detento e o total desamparo pelas autoridades faz com que o egresso do sistema carcerário se torne marginalizado no meio social, o que acaba o levando de volta ao mundo do crime, por não ter melhores opções.

A acepção legal da palavra egresso é definida pela própria Lei de Execução Penal, que em seu artigo 26 considera egresso o condenado libertado definitivamente, pelo prazo de um ano após sua saída do estabelecimento prisional. Também é equiparado ao egresso o sentenciado que adquire a liberdade condicional durante o seu período de prova. Após o decurso do prazo de um ano, ou a cessação do período de prova, esse homem perde então a qualificação jurídica de egresso, bem como a assistência legal dela advinda.

Legalmente, o egresso tem um amplo amparo, tendo seus direitos previstos nos artigos 25, 26 e 27 da Lei de Execução Penal. Esses dispositivos preveem orientação para sua reintegração à sociedade, assistência social para auxiliar lhe na obtenção de emprego e inclusive alojamento e alimentação em estabelecimento adequado nos primeiros dois meses de sua liberdade. A incumbência da efetivação desses direitos do egresso é de responsabilidade do Patronato Penitenciário, órgão poder executivo estadual e integrante dos órgãos da execução penal.

O Patronato, além de prestar-se a outras atribuições relativas à execução penal, no que se refere ao egresso, tem como finalidade principal promover a sua recolocação no mercado de trabalho, a prestação de assistência jurídica, pedagógica e psicológica. É um órgão que tem um papel fundamental dentro da reinserção social do ex-detento.

O cumprimento do importante papel do Patronato tem encontrado obstáculo na falta de interesse político dos governos estaduais, os quais não tem lhe dado a importância merecida, não lhe destinando os recursos necessários, impossibilitando assim que ele efetive suas atribuições previstas em lei.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A assistência pró-egresso não deve ser entendida como uma solução ao problema da reincidência dos ex-detentos, pois os fatores que ocasionam esse problema são em grande parte devidos ao ambiente criminógeno da prisão, o que exige uma adoção de uma série de medidas durante o período de encarceramento. No entanto, o trabalho sistemático sob a pessoa do egresso minimizaria os efeitos degradantes por ele sofridos durante o cárcere e facilitaria a readaptação de seu retorno ao convívio social.

A sociedade e as autoridades devem conscientizar-se de que a principal solução para o problema da reincidência passa pela adoção de uma política de apoio ao egresso, fazendo com que seja efetivado o previsto na Lei de Execução Penal, pois a permanecer da forma atual, o egresso desassistido de hoje continuará sendo o criminoso reincidente de amanhã.

Sabe-se que muitas das pessoas que saem da prisão cometem outro delito em um pequeno intervalo, esse fator apresenta um círculo vicioso de continuas entradas e saídas dos serviços públicos de assistência à população.

O sistema deve procurar resolver de forma efetiva as deficiências apresentadas pela pessoa, no entanto exerce sobre ela apenas um controle jurídico e burocrático, devolvendo-a ao meio social sem que essas faltas tenham sido superadas.

É preciso uma conscientização de que a assistência ao egresso na forma de oferecimento de uma moradia temporária, emprego, de regularização de sua documentação e de uma crescente adaptação às condições da vida em liberdade é chamada de modo geral de processo de desprisionalização. O serviço público que serve para atender os egressos não consegue atender mais da metade da demanda, deixando muitas pessoas e suas famílias desamparadas, à mercê da própria sorte.

Tem-se a consciência de que a falta da ressocialização, a ausência desse amparo ao detento, ao internado e ao egresso podem fazer com que estes passem contínuas vezes pelas penitenciárias.

De acordo com Zacarias (2006, p. 56):

> Nenhum preso se conforma com o fato de estar preso e, mesmo quando conformado esteja, anseia por liberdade. Por isso a falta de perspectiva de liberdade ou a sufocante

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> sensação de indefinida duração da pena são motivos de inquietação, de intranquilidade, que sempre se refletem, de algum modo na disciplina, para isso deve o Estado, tendo em vista que a maior parte da população carcerária não dispõe de recursos para contratar advogados, propiciar a defesa dos presos.

A prisão tem sido massacrante para o prisioneiro que o simples fato de ser submetido a um processo penal e acusado formalmente da prática de um delito já traz para o indivíduo marca profunda, produzida pelo simples contato com o sistema carcerário. A defesa do detento é necessária e muito abrangente podendo ser alcançada, inclusive, na realização de projetos ressocializadores.

De acordo com art. 5.º da constituição federal em seu inciso XLIX: "é assegurado a todos os presos o respeito a integridade física e moral. "

O indivíduo detido é, muitas vezes, levado a condições de vida que nada tem a ver com as condições de vida de um ser humano adulto, ele vê privado de muitas coisas que um indivíduo faz ou deve fazer sofrendo limitações que este na maioria das vezes desconhece, são coisas simples como ver televisão, comunicar-se por telefone, receber ou enviar correspondência, manter relações sexuais, etc. Esses indivíduos aos poucos vão sentindo-se ferido em sua alta-estima, pela perda da privacidade, do seu espaço e submissões a revistas muitas vezes em formas ultrajantes.

Afirma Zacarias (2006, p. 65) "devemos ter em mente, que o preso, o condenado, na mente do cidadão comum e mesmo dos mais evoluídos, será sempre uma ameaça, não bastando que tenha pago seu crime com a supressão de sua liberdade, a pecha lhe incomodará por toda sua vida. "

Com todas as deficiências, ausência de projetos de recuperação e a consciência de que a sociedade já o estigmatiza, soma-se ainda as condições falidas de muitos sistemas penitenciários tais como a acima citada superlotação, uma alimentação muitas vezes inadequada, além de estarem expostos à falta de higiene e assistência sanitária, dentre outros.

O que esse tipo de encarceramento, uma prisão sem condições de ressocializar o detento que está nela inserido, pode trazer como consequência práticas para esses indivíduos e para a sociedade, de acordo com os estudos já

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

realizados a através do que se pode observar pelo dia a dia, no que diz respeito à reincidência, a dificuldade de inserção social e profissional do egresso, à separação familiar que acontece geralmente quando uma pessoa da família está presa e outros pontos problemáticos, são graves tanto para as pessoas submetidas à prisão como para a sociedade.

4. A NECESSIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS EFETIVAS

A promulgação da Constituição Federal de 1988 buscou a superação de um regime autoritário e almejou o estabelecimento de uma sociedade baseada em novos pilares, tendo o respeito e a dignidade humana sido elevados a uma posição de destaque. Entretanto, a efetivação dos Direitos Fundamentais – em especial dos direitos sociais – ainda se apresenta como um problema social, porque a realização de suas metas e objetivos depende de ações políticas, que implicam o dispêndio de recursos, cada vez mais escassos.

Por outro lado, inexiste um maior aprofundamento acerca da necessidade de políticas públicas, que são os instrumentos de que dispõe o Estado, na forma da Administração Pública, para a realização dos Direitos Fundamentais elencados na Constituição.

Conforme leciona Thiago Lima Breus:

> Se o Estado Constitucional significa a refundação de uma ordem constitucional pautada na supremacia da Constituição, na força normativa vinculante dos princípios e dos Direitos Fundamentais e na consolidação de um Estado como instrumento de efetivação de um modelo substancial de justiça, pautado pelas normas constitucionais, é necessária a formação de uma estrutura capaz de efetivamente concretizar esta nova ordem. E essa estrutura deve englobar uma atuação do Estado e uma plena e conjugada participação da sociedade civil (BREUS, 2007, p. 206)

O conceito de políticas públicas, contudo, não é único. Em um sentido geral, elas podem ser entendidas como programas de intervenção estatal realizados a partir da distribuição do poder e da repartição de custos e benefícios sociais, de forma a responder a demandas dos setores marginalizados da sociedade. Visam

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ampliar e efetivar os direitos de cidadania e promover o desenvolvimento, por meio da geração de emprego e renda (BREUS, 2007, passim).

Nas palavras de Enrique Saravia:

> Com uma perspectiva mais operacional, poderíamos dizer que a política pública é um sistema de decisões públicas que visa a ações ou omissões, preventivas ou corretivas, destinadas a manter ou modificar a realidade de um ou vários setores da vida social, por meio da definição de objetivos e estratégias de atuação e da alocação dos recursos necessários para atingir os objetivos estabelecidos" (SARAVIA, 2007, p. 29).

Completa sua conceituação Thiago Lima Breus ao afirmar que "se trata "do principal mecanismo de ação estatal com vistas à realização dos direitos sociais, econômicos e culturais, tendo em vista serem eles os fins do Estado Constitucional" (2007, p. 204).

Assim, políticas públicas consistem na atuação do Estado para a implementação de escolhas políticas feitas com a participação de agentes públicos e privados. Traduz-se como um processo dinâmico que envolve negociações, pressões, mobilizações e alianças. Ou seja, são programas "de ação do governo, para a realização de objetivos determinados, num espaço de tempo certo. (BREUS, 2007, p. 222)

Suas linhas gerais estão na Constituição, devendo o Poder Legislativo organizá-las na forma de leis, o Poder Executivo realizá-las de modo mais adequado, o Poder Judiciário exercer o seu controle com participação ativa do Ministério Público, Defensoria Pública e, especialmente da sociedade civil organizada.

A efetividade de uma política pública, de qualquer natureza, está relacionada com a qualidade do processo administrativo que precede sua realização e a implementa. As informações sobre a realidade a transformar, a capacidade técnica e a vinculação profissional dos servidores públicos, assim como a disciplina jurídica dos serviços públicos determinarão em concreto os resultados da política pública como instrumento de desenvolvimento" (BREUS, 2007, p. 223).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No Brasil, a necessidade de políticas públicas no campo da realidade carcerária tem sua base nas obrigações do Estado visando o retorno do egresso prisional à convivência em sociedade. Nesse sentido, o Ministério da Justiça tem envidado esforços para alterar o sistema penitenciário, na área educacional e laborativa, mas ainda há um enorme caminho a percorrer.

O Departamento Penitenciário nacional – DEPEN, órgão executivo do Ministério da Justiça, responsável pela gestão e fiscalização das penitenciárias em todo o país, vem promovendo políticas públicas na área educacional, de saúde, de profissionalização, de controle social, como também criar o Programa Nacional de Segurança Pública com a Cidadania – PRONASCI, cujo foco principal é "a redução da criminalidade por meio de integração de políticas de combate ao crime, políticas sociais e mecanismos rígidos de controle e apoio às forças policiais".

Na área educacional, fomenta a criação de Escolas de Administração Penitenciária, criou uma matriz curricular estabelecendo eixos básicos na formação do funcionário penitenciário e desenvolveu o "Projeto Educando para a Liberdade", cujos eixos de ação são o diagnóstico do cenário educacional nas prisões e a capacitação dos docentes e servidores penitenciários para oferta de educação nas prisões.

No campo de profissionalização do detento, vem executando ações em parceria com entidades paraestatais e Serviços Sociais Autônomos, da Indústria e do Comércio. Diversos Estados têm sido exitosos com experiências de implantação de indústrias, dentro das prisões.

Na área de controle social, trabalha no sentido de fomentar e fortalecer os Conselhos de Comunidade previstos nos arts. 80 e 81 da LEP, cuja atuação é de fundamental importância, vez que o Conselho foi criado para efetivar a participação da sociedade no sentido de desenvolver atividades socioeducativas, incentivando o preso e o egresso a retornarem aos estudos e a participarem de palestras e cursos de aperfeiçoamento profissional desenvolvidos pelo próprio conselho.

Também busca parcerias com empresas e instituições para a promoção do trabalho e renda lícita e conscientiza a sociedade por meio de palestras e apresentações que visam mostrar as dificuldades encontradas por eles (ex-

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

presidiários) em seu retorno ao convívio social. Na assistência à saúde, lançou o Plano Nacional de Saúde do Sistema Penitenciário Nacional, em funcionamento em 13 dos 27 Estados, desde o ano de 2007.

Nesse sentido, juntamente com o Ministério da Saúde, transfere recursos para dotar as Unidades Prisionais de equipamentos e instalações médicas, além do incentivo mensal para manutenção dessas instalações.

O PRONASCI, por sua vez, possui ações no sentido de criar novas vagas prisionais, com a construção de prisões especiais, destinadas aos presos de 18 a 24 anos, com estrutura administrativa diferenciada (salas de aula, salas de informática, espaços produtivos, etc.), de forma a operar com metodologia e modelo de gestão próprios para o público jovem. O Programa foi iniciado nas onze regiões metropolitanas consideradas mais violentas do país.

CONCLUSÃO

Nossa Lei de Execução Penal, as Regras Mínimas da ONU para tratamentos de reclusos (as), além de outros dispositivos legais e constitucionais por serem desobedecidos e descumpridos, é sem dúvida um mentor para crise penitenciária atual e o Estado busca soluções que na prática ainda não funcionam, não são efetivadas.

Apesar de o Brasil contar com uma Lei de Execução Penal capaz de solucionar os problemas penitenciários e do esforço de estudiosos em apresentarem propostas inovadoras para as questões criminológicas e penitenciárias o que ocorre nos estabelecimentos prisionais é um contingente de excluídos da sociedade amontoados, miseráveis que também estão condenados a terem direitos anulados, entrando em anonimato e sendo estigmatizados sem perspectiva de um futuro que seu próprio presente lhe vem negando.

O que deve existir é a humanização na finalidade de ressocialização do preso. Humanizar é a proposta, ressocializando e reintegrando o apenado, assegurando-lhe condições plenas de ocupar um papel na cadeia produtiva de sua comunidade é o objetivo, através de três propostas claramente definidas: educação, profissionalização e trabalho.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Procura-se neste artigo alertar as autoridades públicas e a sociedade para a importância de reintegrar estes reclusos de forma a harmoniosa ao seio de suas famílias evitando com isso a volta à delinquência que afeta, sem dúvidas, todo organismo social.

Confronta-se a realidade prisional com a norma que disciplina a execução penal, (LEP) e, verifica-se que alguns dispositivos deste diploma legal simplesmente vigem, mas não produzem eficácia alguma.

E isto ocorre porque, na realidade tais dispositivos da Lei de Execução Penal e da própria Constituição, por muitas vezes, são desrespeitados flagrantemente ocasionando uma verdadeira desarmonia entre o cumprimento da pena e reinserção social do detento.

É preciso que as autoridades atuem no sentido de buscar todos os meios, como forma de aprimorar o respeito legal que deve ser dado ao detento, com o objetivo de prepará-lo para seu retorno ao convívio em sociedade, de modo que para isso, seus direitos sejam preservados, ou caso contrário, estaremos permanecendo no "caos penitenciário", o que dará margem para um acrescido sentimento de revolta, fazendo do pequeno infrator um verdadeiro profissional do crime, tudo em contrapartida ao sofrimento que passou durante a vida carcerária de condenado.

Desta feita, a observância e o respeito aos direitos humanos fundamentais são mandamentos constitucionais, e tal é tarefa, sobretudo do Estado, imprescindível e necessária para a consolidação da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

A tarefa do estado deve estar presente em todos os momentos, em todas situações e, especialmente, uma oportunidade muito singular, muito específica, em que a proteção estatal se faz ainda mais exigível, quando o indivíduo estiver cumprindo a pena resultante de uma condenação ou quando estiver preso provisoriamente.

Assim, embora o preso, o indivíduo deve ter respeitada a sua integridade física e moral, bem como sua dignidade. O conceito e o processo de execução, de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

modo algum, podem arranhar a dignidade do homem, garantida contra qualquer ofensa.

Apesar de tantos transtornos por que passa a instituição penitenciária brasileira, não devemos desvanecer de buscar em conjunto com quem de direito, uma forma de remediar, ou pelo menos, amenizar esses problemas, é por isso, que a própria LEP invoca a sociedade como auxiliar na execução, e isso não significa, somente, que a comunidade fiscalize a execução da pena no que refere ao tratamento do recluso numa forma de incriminar o sistema, é necessário que haja uma melhor participação com ideias e sugestões concretas.

Portanto se faz necessário que as leis cumpridas, de modo que o egresso desse sistema, seja tratado como determina os mandamentos legais, tendo uma preparação antes de sair do confinamento, de modo que seu ajuste sócia seja menos gravoso do que se vê no momento, objetivando-se diminuir o índice de violência e por consequência, o índice de reincidência, tendo por contra partida, uma ressocialização concreta e saudável, não esquecendo de " todo homem deseja ser livre, de modo que essa liberdade valha apena ser vivida".

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. Direitos humanos: entre a violência estrutural e a violência penal. Fascículos de Ciências Penais, Porto Alegre, n°2, p.44-61, abr./mai/jun. 1993.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas**.** Trad. De Flório de angelis. Bauru, Edipro, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2011.

CALLEGARI, André. Prisão deve ser vista como exceção, e não como regra.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, volume 1: parte geral**.** 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Parte Geral. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva v. 1, 2011.

DIAS, Diomar Cândida Pereira , Evolução histórica da pena como vingança. www.Jusvi.com/artigos/16962

FOUCAULT, Michel. - Resumo dos cursos do Collège de France (1970-1982). Rio de Janeiro: Zahar; 2000

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal**:** Parte Geral. 4 ª ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Impetus, v.1, 2011.

JESUS, Damásio E. de. Direito Penal Vol. 1 Parte Geral. 26 ed.; São Paulo: Saraiva, 2003.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

MARCAO, Renato. Crise na execução penal III: da assistência jurídica e educacional.abr.2005.
MIRABETE, Júlio Fabbrini. Execução penal: comentários à lei nº 7.210, de 11-7-1984. 11. ed. rev. e atual. até 31 de março de 2004. São Paulo: Atlas, 2004.
MIRABETE, Júlio Fabrine, Execução Penal, 9ª ed. São Paulo: Atlas 2000.
NUCCI, Guilherme de Souza, Direito Penal – Coleção tratado jurisprudencial e doutrinário, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, vol. I. 2011.
SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais: na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Editora livraria do advogado, 2010
SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA JUNIOR, Alceu. Teoria da Pena: Finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 3. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2009.
TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Pratica de processo penal. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ZAFFORONi, Eugênio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez Conceição. 5ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. (Coleção Pensamento Criminológico).

---

[1] Discente do Curso Superior em Direito do Centro Integrado de Ensino Superior do Amazonas – CIESA. E-mail: jrcentralpec@hotmail.com

www.conteudojuridico.com.br

O CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA EM MATÉRIA ELEITORAL

AMANDA TAISA MAIA PACIFICO:
Bacharelando em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA

LELAND BARROSO DE SOUZA

(Orientador)

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo explicar a aplicabilidade do mandado de segurança em matéria eleitoral. Este instituto impede que a passagem do tempo imponha danos de difícil reparação em ações que precisam de um posicionamento imediato, além de ser uma garantia de fazer valer os direitos do cidadão frente ao arbítrio do Estado. O uso do mandado de segurança em matéria eleitoral não é assunto novo, e vem a algum tempo provocando divergências para processar e julgar esse instituto, bem como na sua interpretação e nas situações em que se dá seu cabimento. A metodologia usada neste trabalho foi descritiva e bibliográfica, através de artigos e livros. Com a análise deste instrumento constitucional foi demonstrado que o uso deste possibilitou mais celeridade nas lides eleitorais, o que facilitou a resolução dos processos, parcial ou total, antes do fim deste, desde que satisfizesse os pressupostos legais para que a medida fosse deferida.
Palavras-chave: mandado de segurança, direito eleitoral.
ABSTRACT: This paper aims to explain the applicability of the writ of mandamus in electoral matters. This institute prevents the passage of time from imposing hard-to-repair damages on actions that need immediate positioning, as well as being a guarantee of enforcing the rights of the citizen against the discretion of the state. The use of the writ of mandamus in electoral matters is not a new subject, and has for some time been causing disagreements to prosecute and judge this institute, as well as in its interpretation and the situations in which it is appropriate. The methodology used in this work was descriptive and bibliographic, through articles and books. With the analysis of this constitutional instrument, it was demonstrated that the use of this constituted more speed in the electoral disputes, which facilitated the partial or total resolution of the processes before the end of this one, as long as it satisfied the legal assumptions for the measure to be approved.
Keywords: Writ of Mandamus, Electoral Law.
SUMÁRIO: 1. CONCEITO DE MANDADO DE SEGURANÇA. 2. O SURGIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA NO BRASIL. 3. REQUISITOS PARA O CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA. 4. CABIMENTO E COMPETÊNCIA DO MANDADO DE SEGURANÇA EM MÁTERIA ELEITORAL. 5. LEGITIMIDADE ATIVA. 6. LEGITIMIDADE PASSIVA.

INTRODUÇÃO

A escolha do tema do cabimento do mandado de segurança em matéria eleitoral se deu pela necessidade de um aprofundamento no referido tema, pois apesar de não ser um assunto novo, tem sido pouco discutido pelos doutrinadores, em razão disso tem havido divergências em seu cabimento, bem como na competência para processar e julgar esse instituto.

Este artigo tem por objetivo trazer pontos relevantes para expandir o entendimento acerca do tema abordado, o que permitirá a facilitação da compreensão tanto pela comunidade acadêmica quanto pela comunidade em geral.

A morosidade nos andamentos dos processos tem sido um dos principais elementos que caracterizam o sistema de justiça no Brasil. Com tal realidade deve-se reconhecer que o atraso nas demandas jurisdicionais leva à ineficiência da atuação dos juristas e em consequência o poder judiciário fica desacreditado perante a população em geral. No entanto, alguns instrumentos legais, dentre os quais há o mandado de segurança, como motivadores de maior celeridade nas relações processuais. Mesmo pertencente ao código de processo civil sua aplicação no processo eleitoral tem possibilitado a aceleração nas decisões eleitorais, quando satisfeitas os requisitos basilares da ação.

Contudo, este instrumento não pode ser usado de maneira leviana, de modo a que possa ser entendida como uma verdadeira válvula de escape para toda e qualquer demanda judicial, permitindo, de forma desregrada, concessões de mandados de segurança, sustando-se tão somente no entrelaçamento jurídico-burocrático, sobretudo nos casos em que a lei especifique o uso de outro instrumento legal. Esse remédio constitucional precisa ser resguardado destas querelas impugnáveis por outros recursos e aplicável tão somente nos casos não suportados por habeas corpus ou habeas data.

O mandado de segurança é usado para garantir um direito líquido e certo do indivíduo. O direito líquido e certo é o direito que pode ser facilmente comprovado, sem que seja preciso que o juiz avalie de forma mais extensa se a ação é cabível ou não. Ele pode ser usado sempre que uma pessoa tiver um direito seu violado por uma autoridade ou se tiver razões que a façam acreditar que pode ter um direito violado. O objetivo da ação é conseguir uma ordem judicial, o mandado. Ele pode ser pedido em nome de uma pessoa (mandado de segurança individual) ou em nome de um grupo (mandado de segurança coletivo).

Este trabalho tem como objetivo abordar em que situações pode ser usado o mandado de segurança nos processos eleitorais, bem como, determinar quem tem a competência para processar e julgar esse instituto.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

E, para se chegar aos objetivos propostos, este artigo foi elaborado de acordo com o método de abordagem dedutivo, procedimento descritivo e através de documentação indireta.

1. CONCEITO DO MANDADO DE SEGURANÇA

O mandado de segurança, atualmente previsto no art. 5, LXIX, da Constituição Federal, e na Lei 12.016/09, é um instrumento constitucional cuja finalidade é resguardar o direito líquido e certo, quando este não for amparado por habeas corpus nem habeas data, no caso em que pessoa física e jurídica sofrer ação ou houver justo receio de sofre- lá ou omissão por autoridade pública, ilegalmente ou por abuso de poder.

O mandado de segurança é caracterizado como uma ação constitucional de rito especial utilizada para resguardar direito lesado ou que esteja correndo risco de sê-lo por ato de autoridade pública, desde que haja desvio no comportamento administrativo. Por tanto tal instituto se enquadra na categoria de direito fundamental de todo individuo, consistindo em garantia contra ações e omissões da administração pública.

2. O SURGIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA NO BRASIL

O mandado de segurança tem suas raízes na Europa, por volta do Século XII, naquela época havia uma prática que consistia em que se alguém tivesse algum problema e quisesse justiça poderia enviar uma poderia solicitar ajuda ao rei e este se achasse que o pedido tinha fundamento, enviava uma carta a autoridade da localidade para que esta tomasse as providências cabíveis. Tal concepção, assim como muitas outras, se disseminou pela Europa, incluindo Portugal que, séculos depois veio a colonizar o Brasil.

> A Revolução Francesa constitui um fato capital na história do direito dos países da Europa Ocidental. As ideias políticas, filosóficas, econômicas e sociais do século XVIII foram centralizadas na legislação revolucionária de 1789. Essa Revolução deu origem a um direito muito individualista: o indivíduo goza do máximo de liberdade, tanto no domínio do direito privado como no domínio do direito público. Os legisladores vão construir o sistema jurídico do mundo contemporâneo sobre um certo número de teorias políticas, como a teoria da soberania nacional, a teoria da separação de poderes, que dominarão o direito dos países da Europa Ocidental e da América, nos séculos XIX e XX". (Gilissen apud Campos, 1999, p. 413)

Na época em que o Brasil era colônia, o poder executivo estava sob domínio de Portugal, por tanto muito do que se tem hoje no ordenamento jurídico brasileiro

é oriundo do ordenamento jurídico europeu, apesar de que na época ainda não se conhecia a denominação Mandado de Segurança.

Entretanto além de suas raízes europeias, o mandado de segurança como conhecemos atualmente também teve inspiração no *juicio de amparo* do direito mexicano, bem como o próprio nome, proposto pelo jurista João Mangabeira, pode ter sido inspirado pelo ordenamento das Filipinas. Mais nem todos os autores concordam com essa afirmação.

Segundo Pontes (Miranda, 1987) o mandado de segurança, que se assemelha ao habeas corpus é estranho a história do direito luso-brasileiro e brasileiro, e sua estrutura é fonte unicamente da Constituição de 1934, de 1946 e de 1967.

> O mandado de segurança é uma criação genuína do direito brasileiro (...). Já em 1914, Alberto Torres já sugeria a adoção de um "mandado de garantia" e, em 1926, Muniz Barreto relatava, em congresso jurídico, tese sobre a matéria. Quatro anos mais tarde, o deputado mineiro Gudesteu Pires apresentou, para inclusão no ordenamento jurídico, um projeto criador de uma garantia individual inspirada nos antecedentes pátrios do habeas corpus e da ação sumária especial, bem como nos *writs* anglo-americanos e no recurso de amparo mexicano. (ACQUAVIVA, 1993, p. 804).

A ideia deste remédio constitucional, propriamente dito, surgiu em 1922 em um congresso jurídico presidido pelo ministro Muniz Barreto. Foi incluso na constituição de 1934, art. 113. No entanto o mandado de segurança ainda não é aquele que conhecemos atualmente, pois o texto constitucional se referia ao direito como certo e incontestável, e no ordenamento atual o direito e tido como líquido e certo. Até então esse instituto tem estado presente em todas as constituições já vigentes no país.

Na constituição de 1946 o mandado de segurança foi considerado uma garantia constitucional, porém não se falava em ameaça ao direito como sendo motivo fundamentado para a aplicação do mesmo. Outro fato importante foi a criação da lei nº 1.533 de 31 de dezembro de 1951 que regulava a matéria em sua plenitude.

Na constituição de 1967, não houve alterações de grande relevância, sendo o texto constitucional praticamente o mesmo da carta magna anterior.

Por fim na constituição de 1988, o mandado de segurança veio previsto no art. 5º, inciso LXIX.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> 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:
>
> LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público; (BRASIL, 1988)

Na atual carta magna o mandado de segurança foi acrescentado em seu texto constitucional a previsão de ameaça ao direito, como razão de justa causa que garanta a interposição desse dispositivo, quando não couber habeas corpus ou habeas data em lugar deste. Outra mudança relevante foi a alteração do direito certo e incontestável para direito líquido e certo.

Anos após a promulgação da constituição de 1988 foi a criação de uma nova lei que regula o mandado de segurança, sendo esta a lei 12.016/09 que além de reproduzir o que constava na lei 1.533/51, acrescentou e, seu teor algumas orientações jurisprudenciais.

Ela vem com seguinte enunciado em seu art. 1º:

> Art. 1º Conceder-se Mandado de Segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, sempre que, ilegalmente ou com abuso de poder, qualquer pessoa física ou jurídica, sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por parte de autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerça. (BRASIL, 2009)

3. REQUISITOS PARA O CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA

Primeiramente para que se haja o cabimento do mandado de segurança, este não pode concorrer com o habeas corpus ou o habeas data, sendo assim só caberá o uso deste remédio constitucional se os demais não puderem ser interpostos.

Outro requisito que não pode faltar na hora de julgar a necessidade do uso desse instituto é o direito liquido e certo, pois tal direito é incontestável e deve ser comprovado por meio de documentos inequívocos, tendo comprovado a certeza e liquidez do direito mesmo se haja controvérsias na norma, o direito em si está assegurado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Por fim deve ser ter a certeza de que a violação do direito ou a ameaça a violação deste se deu por meio de omissão, ilegalidade ou abuso de poder por autoridade da administração pública.

4. CABIMENTO E COMPETÊNCIA DO MANDADO DE SEGURANÇA EM MATÉRIA ELEITORAL

As impugnações de decisões judiciais em geral são feitas por meio de recursos, porém quando estes não são cabíveis, assim como o habeas corpus e o habeas data, neste caso poderá caber o mandado de segurança.

A Impetração do mandado de segurança no campo eleitoral segue as mesmas normas do código processual civil assim como de outras normas que discorrem sobre o tema.

Em se tratando de mandado de segurança na matéria eleitoral não quer dizer necessariamente atos cometidos por autoridade da justiça eleitoral, é suficiente que o ato praticado tenha relação com ela. Os atos praticados na seara eleitoral são de competência da justiça eleitoral que processa e julga as lides eleitorais. O mandado de segurança está incluso nessa competência, no entanto, sua apreciação e determinada pelo tipo da autoridade coatora e a sede onde exerce suas funções. O STJ determinou:

> Processual civil. Mandado de segurança. Competência absoluta. Autoridade impetrada. A competência para julgamento de mandado de segurança é definida de acordo com a categoria e a sede funcional da autoridade impetrada, tratando-se, nestes termos, de competência absoluta e, como tal, improrrogável. Recurso conhecido e provido. (REsp 257556 / PR – Rel. Min Felix Fischer – 5ª T – J. em 11/09/2001, DJ de 08/10/2001, p. 239)

Quem determina a competência do poder judiciário é a constituição no art. 121 e a lei, tanto dos tribunais superiores quanto dos tribunais regionais.

> Art. 121. Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais.
>
> § 1º - Os membros dos tribunais, os juízes de direito e os integrantes das juntas eleitorais, no exercício de suas funções, e no que lhes for aplicável, gozarão de plenas garantias e serão inamovíveis.
>
> § 2º - Os juízes dos tribunais eleitorais, salvo motivo justificado, servirão por dois anos, no mínimo, e nunca por

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> mais de dois biênios consecutivos, sendo os substitutos escolhidos na mesma ocasião e pelo mesmo processo, em número igual para cada categoria.
>
> § 3º - São irrecorríveis as decisões do Tribunal Superior Eleitoral, salvo as que contrariarem esta Constituição e as denegatórias de habeas corpus ou mandado de segurança.
>
> § 4º - Das decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais somente caberá recurso quando:
>
> I - forem proferidas contra disposição expressa desta Constituição ou de lei;
>
> II - ocorrer divergência na interpretação de lei entre dois ou mais tribunais eleitorais;
>
> III - versarem sobre inelegibilidade ou expedição de diplomas nas eleições federais ou estaduais;
>
> IV - anularem diplomas ou decretarem a perda de mandatos eletivos federais ou estaduais;
>
> V - denegarem habeas corpus, mandado de segurança, habeas data ou mandado de injunção. (BRASIL, 1988)

Por tanto é de grande relevância sabe a quem compete processar e julgar as demandas, porém quando se trata de mandado de segurança ainda há divergência sobre sua competência.

Por exemplo: se o tribunal eleitoral pode apreciar mandado de segurança quando impugna ato da administração feito por autoridade a ele vinculado. Sobre o tema, vale citar, no âmbito do STJ, o CC 112.372 que, ao ratificar o posicionamento adotado no CC 23.976, assim decidiu:

> Conflito Negativo de Competência. Mandado de Segurança impetrado contra ato de comissão de licitação de Tribunal Regional Eleitoral. Competência da Justiça Federal. Precedente. 1. A competência dos Tribunais Regionais Eleitorais não vai além da matéria eleitoral. Excepcionalmente, julgam seus próprios atos, de seus presidentes, ou de câmara, turma ou seção, inclusive os de natureza administrativa, quando atacados por mandado de segurança. 2. No caso, não se trata de mandado de segurança impetrado contra ato do Tribunal ou de seu presidente, mas contra ato de comissão de licitação, na figura do pregoeiro, autoridade eminentemente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> administrativa, que não tem prerrogativa de foro. 3. A Primeira Seção, no julgamento do CC 23.976/MG, Relator o Ministro Ari Pargendler, decidiu que a competência para julgar mandado de segurança impetrado contra ato de comissão de licitação de TRE é da Justiça Federal de primeira instância. 4. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Federal da 22ª Vara da Seção Judiciária de Minas Gerais, o suscitado. (Processo: CC 112372 MG 2010/0096767-1 – Rel. Min. Castro Meira. J. em 22/09/2010 – 1ª Seção – J. em 22/09/2010, DJe 05/10/2010)

Ainda sobre o assunto, vale citar precedente do TSE:

> Matéria administrativa. Recurso em mandado de segurança. Embargos de declaração. Acolhimento parcial. Consolidou-se, nos tribunais superiores e no STF, o entendimento segundo o qual é de suas competências conhecer recurso em mandado de segurança contra decisão proferida por órgão Colegiado de Tribunal. O TSE é competente para julgar recurso em matéria administrativa contra decisão proferida por Tribunal Regional em sede de mandado de segurança. Precedentes. (Ac. nº 99, de 1º.2.2005, rel. Min. Gilmar Mendes)

O mandado de segurança tem maior relevância em matéria eleitoral, quando sua interposição visa impugnar decisão judicial. Os recursos, em geral, não tem efeito suspensivo no processo eleitoral, e são irrecorríveis pois visa tentar impedir a protelação do resultado das eleições.

> Agravo regimental. Mandado de segurança. Decisão judicial. Hipóteses excepcionais. Não demonstradas. 1. A impetração de mandado de segurança contra ato judicial somente é admitida em hipóteses excepcionais, como decisões de natureza teratológica, de manifesta ilegalidade ou abuso de poder, capazes de produzir danos irreparáveis ou de difícil reparação ao Impetrante. 2. In casu, o acórdão contra o qual se volta a impetração está devidamente fundamentado na Res.-TSE nº 22.142/2006 e na jurisprudência desta Corte, traduzindo-se o mandamus em mero inconformismo quanto ao que decidido. Direito líquido e certo não demonstrado. 3. Ademais, o presente writ se volta contra decisão judicial recorrível, o que, mais uma vez, afasta o cabimento da medida, a teor do Enunciado nº 267 do STF. 4. Agravo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> regimental desprovido. (Ac. de 29.11.2011 no AgR-MS nº 169597, rel. Min. Marcelo Ribeiro.)

Assim, o mandado de segurança é utilizado como uma ferramenta de apoio aos recursos.

> Mandado de segurança. Ação de perda de cargo eletivo. Desfiliação partidária. Vereador. Pedido. Retomada. Fase. Instrução. Oitiva de testemunha. Residência. Impossibilidade. Ausência. Direito líquido e certo. Liminar indeferida. Segurança denegada. 1. Salvo circunstâncias excepcionalíssimas, traduzidas na teratologia do provimento jurisdicional, é inviável impugnação por mandado de segurança dos atos de conteúdo decisório oriundos de tribunais regionais eleitorais. 2. O Tribunal de origem, ao indeferir a oitiva de uma das testemunhas no local de sua residência, situada na capital, observou a norma inserta no artigo 7º da Resolução-TSE nº 22.610/2007 e a jurisprudência desta Corte. 3. Segurança denegada. (Ac. de 15.5.2012 no MS nº 7261, rel. Min. Gilson Dipp.)

É importante ressaltar que o remédio constitucional não pode substituir recurso cabível em decisão judicial. Mas é possível impetra-lo contra decisão irrecorrível, desde de que está não tenha sido transitado em julgado.

> Mandado de segurança. Substituição. Recurso próprio. Descabimento. Inadequação da via. Extinção. Sem resolução de mérito. Liminar concedida. Revogada. 1. O mandado de segurança não é meio processual adequado para discussão de questões incidentes em processo cujo julgamento ainda não foi concluído nas instâncias ordinárias. Eventual inconformismo quanto ao que vier a ser decidido deve ser examinado na seara recursal própria. 2. Nos termos da Súmula nº 267/STF, descabe utilizar o mandamus como substitutivo do recurso cabível. 3. Mandado de Segurança extinto, sem resolução de mérito (art. 267, VI, do CPC). Liminar revogada. (MS – Mandado de Segurança nº 35232 – Natal/RN. Acórdão de 02/08/2012. Relator(a) Min. Fátima Nancy Andrighi Relator(a) designado(a) Min. José Antônio Dias Toffoli. DJE – Diário de Justiça Eletrônico, Data 11/09/2012, Página 5-6.)

5. LEGITIMIDADE ATIVA

O mandado de segurança pode ser interposto por pessoa física ou jurídica, sendo esta nacional ou estrangeira. Além destes, também pode figurar no polo

ativo órgãos despersonalizados e as universalidades patrimoniais privadas reconhecidos por lei.

Quem figura no polo ativo o impetrante é o titular do direito lesado ou ameaçado. Se houver mais de um titular do direito, qualquer um deles por figura no polo ativo da lide.

E caso de menor ou incapaz titular do direito, os pais ou tutores podem interpor mandado de segurança.

6. LEGITIMIDADE PASSIVA

O polo passivo no mandado de segurança será a autoridade da administração publica que violou direito ou ameaçou viola-lo ou agiu de forma abusiva contra o titular do direito líquido e certo, em caso onde habeas corpus e habeas data não são cabíveis. Pessoas ou órgãos de direito privado podem sofrer impetração do instituto se seus atos configurarem atribuições delegadas pelo poder público.

CONCLUSÃO

Com a elaboração desse artigo se concluiu que o mandado de segurança é uma garantia constitucional desde o seu nascimento na Constituição de 1934, e sua criação, foi tipicamente brasileira com inspiração no direito estrangeiro. Na Constituição atual, este instituto teve seu conteúdo ampliado para não se restringir apenas ao direito individual, mas também albergar o direito coletivo. A Constituição brasileira contém meios para tornar efetivos os direitos fundamentais, de fato, ela, com o arrolar dos direitos fundamentais, concedeu as estas garantias de defesa ou meios de assegurá-los. Para a tutela contra as ilegítimas limitações dos direitos fundamentais, que, eventualmente, venham a ser levadas a efeito pelo poder público ou por seus agentes, o indivíduo e a pessoa jurídica nacional ou estrangeira tem a sua disposição remédios e recursos administrativos e jurisdicionais. Dentre estes, o mandado de segurança, que além de protetor do direito também é meio para acelerar as demandas processuais. O mandado de segurança que é o remédio judicial que tem como objeto corrigir a atividade administrativa ilegal ou abusiva e cujo rito processual o aproxima do interdito possessório, visando defender os direitos individuais. Seu cabimento se dá se os outros remédios constitucionais não puderem ser interpostos, e se comprovada a violação ou ameaça do direito líquido e certo. Em matéria eleitoral o mandado segue as mesmas diretrizes do CPC, tendo sua competência a depender de qual autoridade pública praticou o ato e seu logradouro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA ALVIM, Eduardo. **Mandado de Segurança**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2010.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

GARCIA MEDINA, José Miguel. **Mandado de Segurança Individual e Coletivo**. 2ª ed. São Paulo: Editora RT, 2012.
GOMES, J. J. **Direito Eleitoral**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
MENEZES DIREITO, Carlos Alberto. **Manual do Mandado de Segurança**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
MOREIRA DE ALMEIDA, Roberto. **Curso de Direito Eleitoral**.13ª ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2019.
PELEJA JR., Antônio Veloso; BATISTA, Fabrício Napoleão Teixeira. **Direito eleitoral: aspectos processuais – Ações e recursos**. 2ª edição, Curitiba: Juruá, 2012.
PINTO, Teresa Arruda Alvim. **Repertório de Jurisprudência e doutrina sobre Mandado de Segurança contra ato judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
TEMER, Michel. **Elementos de direito constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
ZILIO, R. L. **Direito Eleitoral**. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE PROCESSO DE ADOÇÃO À LUZ DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

HANNA CAROLINE DE SOUZA MENDONÇA:
Bacharelanda no Curso de Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA
MARIA LENIR RODRIGUES PINHEIRO
(Orientadora)

RESUMO: A adoção é a ação jurídica que resulta da paternidade e filiação legalizada, é um ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, a pessoa estranha, tornando não só uma ação judicial, mas sim, um ato de sentimento. A criação legal, é concebida a paternidade, em que o titular de uma adoção é o legítimo pai, proporcionando os efeitos da filiação natural. Efetuada a adoção, o adotado passa a ser efetivamente filho dos adotantes, em caráter irretratável e de forma plena. A Constituição Federal de 1.988, art. 227, §6o, iguala os filhos adotivos aos de sangue, havidos ou não da relação do casamento. O ECA permite a adoção de qualquer menor, incondicionado de sua condição, visando a segurança e bem-estar, e principalmente se os seus direitos sofrerem ameaças ou violações das crianças ou do adolescente. Uma das medidas de salvaguarda é o encaminhamento desse menor em família substituta. A adoção é irrevogável, no entanto, se houver maus tratos por parte dos adotantes os mesmos poderão ser exoneramos do pátrio poder, no mesmo caso se fossem os pais de sangue. Direcionando preponderantemente para a eficácia da Lei de adoção vigente no país como forma de garantir as crianças e adolescentes o seu direito fundamental, a pesquisa procura estudar o reflexo dos procedimentos existentes para o processo de adoção e suas possíveis falhas para que tal direito fosse devidamente garantido com celeridade aos menores que tiveram destituídos os poderes familiares de seus pais biológicos. Levando em conta as mudanças que sofreu a adoção e as alterações na Lei com a intenção de dar celeridade à ação de adoção. A pesquisa procurou manter a conexão entre a legislação e a realidade dos lares adotivos, com o intuito de obter assim uma visão mais ampla e realística da situação dos menores com relação à efetivação da Lei brasileira.

Palavras-chave: Adoção; Processo de adoção; estagio de convivencia; familia natural, celeridade; direito familiar.

ABSTRACT: The adoption is the legal action that results from paternity and legalized affiliation, it is a solemn legal act by which someone receives in his family, as a child, the stranger, making not only a lawsuit, but an act of feeling. The legal creation, is conceived the paternity, in which the holder of an adoption is the legitimate father, providing the effects of the natural affiliation. Upon adoption, the adoptee becomes effectively the child of the adopters, irreversibly and fully. The

Federal Constitution of 1988, art. 227, §6, equates foster children with those of blood, whether or not they have been married. The ECA allows the adoption of any minor, unconditional of their condition, aiming at safety and welfare, and especially if their rights are threatened or violated by children or adolescents. One of the safeguard measures is the referral of this minor in a surrogate family. Adoption is irrevocable, but if there is mistreatment by the adopters, they may be exonerated from the fatherland power, even if they were the parents of blood. Focusing predominantly on the effectiveness of the adoption law in force in the country as a way of guaranteeing children and adolescents their fundamental right, the research seeks to study the reflection of the existing procedures for the adoption process and its possible failures to ensure that this right was properly guaranteed. quickly to minors who had been stripped of the family powers of their biological parents. Taking into account the changes that have been adopted and the changes in the Law with the intention of speeding up the adoption action. The research sought to maintain the connection between legislation and the reality of foster homes, in order to obtain a broader and more realistic view of the situation of minors in relation to the implementation of Brazilian law.

Keywords: adoption; adoption process; coexistence stage; natural family; speed; family law.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. DIREITO A CONVIVECIA FAMILIAR . 2. PROCESSO DE ADOÇÃO. 2.1 A MOLOSIDADE NO PROCESSO DE ADOÇÃO. 3 AVALIAÇÃO ESTAGIO DE CONVIVENCIA. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Atualmente, há muitos casos de adoção, os quais estão em processo demorado pelo cumprimento de prazos processuais, assim prologando mais a criança ou adolescente de ter uma família.

A importância da família no crescimento de uma criança ou adolescente é essencial, pois são responsáveis por passar conhecimentos e valores importantes no processo civilizatório. Os pais tem um papel importante na vida dos filhos, pois muitas vezes mesmo que de forma inconsciente, passam ensinamentos para os filhos e podem influenciar como os filhos vão se relacionar com o mundo e com as pessoas, por a família ter um papel de extrema importância na vida das crianças e adolescentes, se deu inicio ao Estatuto da criança e do adolescente, para a proteção dos direitos das crianças, pois há muitas crianças que vivem em situações indevidas.Nem todas as crianças nascem em uma família que oferece devidamente os direitos que toda criança deve ter, pois o Estatuto da Criança e do Adolescente tem como prioridade e responsabilidade de dar uma garantia de uma infância e adolescência digna e saudável.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No processo de adoção do Brasil tem regalias, que são desconhecidas pela maioria das pessoas que pretendem adotar. Conforme a regulamentação prestada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, tiveram alguns avanços para solucionar o problema da demora e nesse passo do processo de adoção ser mais ágil, para se tornar favorável para as crianças e adolescentes, assim passando a ter logo uma família.

O Estatuto da Criança e do Adolescente tem medidas protetivas no processo de adoção, para o cuidado de escolher uma família que se adequa a criança ou adolescente, pois a visão da maioria é que a criança a criança ou adolescente que precisam ser adequados, porém há essa inversão no processo, como medida de proteção dessas crianças e adolescentes que precisam de uma família.

1 DIREITO A CONVIVENCIA FAMILIAR

A família é o meio essencial, em que toda criança tem direito de nascer e crescer em situação de proteção, afeto, segurança e cuidados. Atualmente o termo família tem suas especificidades e ao longo dos anos, passando por significativas transformações.

> "Deve-se, portanto, vislumbrar na família uma possibilidade de convivência, marcada pelo afeto e pelo amor, fundada não apenas no casamento, mas também no companheirismo, na adoção e na monoparentalidade. É ela o núcleo ideal do pleno desenvolvimento da pessoa. É o instrumento de realização do ser humano." (DINIZ, 2012, p. 34).

Em uma formação familiar, vale enfatizar que não há necessidade de haver um laço sanguíneo, concluindo a possibilidade de uma ligação de afeto e firmando-se pela afinidade e companheirismo, como acontece na maioria dos casos de adoção. As ideias compartilhadas em uma família contribuem para formação de indivíduos tendo efeito de conscientização na integração da sociedade. Dessa forma, independente do tipo de arranjo familiar, não importando se a família seja classificada como "nuclear, monoparental ou reconstituída", a ênfase está na existência de vínculos de filiação de origem natural ou adotiva, conferindo-lhe igualdade de direitos. Este formato, seguramente, propõe superar o modelo "ideal de família", que tem ênfase na "estrutura" para enfatizar a sua capacidade de exercer a função de proteção, de socialização e de cuidados das suas crianças e adolescentes.

> **Art. 25. Parágrafo único.** Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. (BRASIL, 2009).

Esta realidade apresenta um modelo de família que se estende para além da unidade casal, como pai, mamãe e filho (os), da unidade pais e filhos, vivendo ou não no mesmo domicílio, na concepção tradicional. Este novo modelo considera uma família ampliada, a "família extensa". Em suma, propõe a compreensão para além do espaço físico, para um modelo que reconhece e valoriza a rede de vínculos. É preciso compreender a diversidade do conceito familiar.

Abordar sobre família pode envolver vivências carregadas de experiências mais diversas, podem ser incluídas as lembranças boas e ruins, afetos, desafetos, perdas e tantos outros componentes que, no conjunto, escrevem a história de vida de cada ser humano.

No Brasil é salientado que toda criança e adolescente tem direito a uma família, cujos vínculos são protegidos pelo Estado e pela sociedade. O Estatuto da Criança e do adolescente que assegura os direitos das crianças e dos adolescentes priorizam seus vínculos familiares.

> Artigo 227 – É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligencia, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 2009).

O artigo 227 assegura que sejam respeitados todos os direitos da criança e, sobretudo, da tarefa de desenvolver ações para a preservação dos vínculos familiares, ressaltando a condição da qualidade da instituição prevista para os serviços de acolhimento, ou seja, a organização não deve funcionar no modelo de "instituição total", ofertando todos os serviços em um só, ao mesmo tempo, mantendo as crianças e adolescentes enclausurados. Como de direito devem permanecer integrados na rede de atendimento de saúde, cultura, educação, nos serviços da comunidade propiciados pelas demais organizações, envolvendo projetos artísticos, esportivos, de lazer, profissionalizantes e outros que tenham necessidade.

2 PROCESSO DE ADOÇÃO

A preparação para adoção é crucial para que se possa enfrentar problemas e dificuldades e que saiba como se posicionar em frente as dificuldades que venha ter em relação à educação do menor. O Conselho Nacional de Justiça implantou um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

sistema no qual estão relacionadas informações de crianças e adolescentes a serem adotados e também dos pretendentes a adoção, denominado Cadastro Nacional de Adoção (CNA).

> O CNA é uma ferramenta precisa e segura para auxiliar os juízes na condução dos procedimentos de adoção e atende aos anseios da sociedade no sentido de desburocratizar o processo, uma vez que: • uniformiza todos os bancos de dados sobre crianças e adolescentes aptos a adoção no Brasil e pretendentes; • racionaliza os procedimentos de habilitação, pois o pretendente estará apto a adotar em qualquer Comarca ou Estado da Federação, com uma única inscrição feita na Comarca de sua residência; • respeita o disposto no artigo 31 do ECA, pois amplia as possibilidades de consulta aos pretendentes brasileiros cadastrados e garante que apenas quando esgotadas as chances de adoção nacional possam as crianças e adolescentes ser encaminhados para adoção internacional; • possibilita o controle adequado pelas respectivas CorregedoriasGerais de Justiça; e • orienta o planejamento e formulação de políticas públicas voltadas para a população de crianças e adolescentes que esperam pela possibilidade de convivência familiar.(CNA, 2013, p.3,4).

A Lei 12.010/09 alterou alguns artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente com a intenção de zelar pela proteção dos menores incentivando sua entrega ao Poder Judiciário para que este possa intermediar a adoção. O artigo 50 do Estatuto trás a existência de determinação para a formação de cadastros regionais para adoção. Essa previsão também está expressa no artigo 227 da Constituição Federal. Esses cadastros é importância, pois através deles pode se verificar as condições psicossociais e do ambiente familiar dos pretendentes antes de incluir o menor a família pretendente à adoção. O Conselho Nacional de Justiça, a partir de disposição do artigo 103-b da Constituição Federal, desenvolveu um cadastro único, contendo todos os dados das crianças e adolescentes aptos para ser adotados e devidamente habilitados para a adoção. A revista "Em discussão", nº 15 de maio/2013 presente no site do Senado Federal, traz a seguinte matéria sobre a importância do Cadastro Nacional de Adoção:

> Cadastro unificou informações e tenta aproximar as crianças aptas à adoção das pessoas dispostas a acolhê-las O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), de 1990, já previa que cada comarca deveria manter cadastros de pessoas habilitadas e de crianças disponíveis para a adoção. O fato de serem listagens regionalizadas não contribuía para o aumento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> do número de adoções no país, por isso decidiu-se pela criação do Cadastro Nacional de Adoção (CNA), implantado em 2008, sob a responsabilidade do Conselho Nacional de Justiça, com base nas informações fornecidas pelos tribunais de Justiça dos estados e do Distrito Federal. Ao unificar as informações, o CNA aproxima crianças que aguardam por uma família em abrigos e pessoas que tentam uma adoção, mesmo que separados por milhares de quilômetros. A inscrição do pretendente, válida a princípio por cinco anos, é única e feita pelos juízes das varas da Infância e da Juventude (a lista segue ordem cronológica). Quando a criança está apta à adoção, o inscrito no cadastro de interessados é convocado. Do mesmo modo, pretendentes podem consultar a lista de crianças, que traz detalhes como sexo, idade, cor e eventuais necessidades especiais. Paralelamente, foi criado também o Cadastro Nacional de Crianças Acolhidas (CNCA), contendo dados das entidades de acolhimento sobre as crianças e adolescentes atendidos por essa medida protetiva prevista no ECA. Os juizados de Direito da Infância e da Juventude, as promotorias de Justiça da Infância e da Juventude, os conselhos tutelares e os próprios abrigos são os responsáveis pelas informações, centralizadas sob a responsabilidade da Corregedoria Nacional de Justiça. Apenas uma pequena parcela dos inscritos nesse cadastro — mais de 44 mil, em março passado — é formada por crianças destinadas à adoção (CNA, 2013)

O Promotor paranaense Doutor Murilo José Digiácomo diz que

> "agora se impõe ao Poder Judiciário a obrigação da criação e manutenção de cadastros estaduais e nacional de adoção, além daqueles existentes em cada comarca, acabando assim, de uma vez por todas, com a polêmica decorrente da implantação de um único Cadastro Nacional de Adoção pelo Conselho Nacional de Justiça.(www.crianca.caop.mp.pr.gov.br)''.

No Processo de adoção há alguns requisitos que devem ser observados, conforme e respaldado no artigo 42, do Estatuto da Criança e do Adolescente, Assim, o caput do artigo 42 relata que podem figurar como adotantes os maiores de 18 (dezoito) anos e irrelevante seu estado civil.

O artigo se desdobra em diversos parágrafos, trazendo diversos pressupostos para que o processo de adoção, uma vez finalizado, seja tido como válido. Assim, a lei proíbe a adoção pelos ascendentes e irmãos do adotando, ao passo que para a adoção conjunta faz-se necessária que os adotantes sejam casados ou, ao menos, mantenham união estável, cujo objetivo é comprovar a estabilidade da família. Não se deve olvidar que, conforme já mencionado, o adotante deverá ser, ao menos, 16 (dezesseis) anos mais velho que o adotando. Além do mais, oportuno registrar que aqueles forem divorciados, separados judicialmente ou ex-companheiros, procederà adoção de forma conjunta, devendo apenas ser acordado acerca da guarda e o regime de visitas. Ainda, neste particular, o estágio de convivência do menor deverá ter se iniciado na convivência do casal. Porém, a adoção poderá ser deferida aquele que no curso do processo vier a falecer, desde que tenha manifestado interesse de forma inequívoca.

Apesar de a adoção ser norteada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, os requisitos para os candidatos estão elencados nos artigos 1618 ao1629 do Código Civil Brasileiro.

Faz se necessário verificar se constam impedimentos de ordem pessoal, condenações cíveis ou criminais e também um parecer psicossocial por parte do adotante para que ele possa exercer de forma responsável e eficiente a criação desse menor.

Muitas vezes o ato de adotar é tomado por impulso, sem total consciência da responsabilidade deste ato. Muitas adoções ocorrem por pena do menor e em muitos casos eles são devolvidos. Para que isso não aconteça é necessário que a equipe interdisciplinar realize um estudo para analisar os reais motivos que levaram aquela pessoa a querer integrar o menor em seu seio familiar e tê-lo como filho. Acontecem casos também em que a adoção ocorre para exploração infantil.

Se o adotante possui o desejo de cumprir e garantir o que está prescrito no artigo 227 da Constituição Federal:

> É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 2009)

O Consentimento ou destituição do poder familiar dos pais biológicos não pode ser presumido e necessita da aprovação judicial. A nova Lei prioriza que a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

criança ou adolescente fiquem com a família, em ultimo caso e já esgotado todos os requisitos, o juiz vê ser impossível a continuidade no ambiente familiar, ocorrendo à destituição do poder familiar.

O Consentimento da pessoa que se quer adotar Conforme ressaltado nos artigos 28 e 45 do Estatuto da Criança e do Adolescente se o adotado tiver doze anos ou mais, poderá se manifestar perante o juiz dizendo se aceita ou não que aquela pessoa o adote, desde que tal procedimento não constranja a criança. Se for menor de doze anos é facultativo.

O Prévio cadastramento é obrigatório dos interessados em adotar uma e encontra-se modelo de requerimento para inscrição no processo de habilitação nas Varas da Infância e Juventude e em Organizações não governamentais. Os candidatos deverão anexar a esse requerimento cópias dos seguintes documentos: carteira de identidade, cadastro de pessoa física, certidão de nascimento, certidão de casamento, comprovante de renda, comprovante de residência, alvará da folha judicial, atestados de saúde física e mental além de uma fotografia atualizada. Para esse processo não é necessária à constituição de um advogado

2.1 A MOLOSIDADE NO PROCESSO DE ADOÇÃO

Conforme o artigo 5.º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

No mesmo sentido, a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto da São José da Costa Rica, trouxe à tona o direito à celeridade processual, notadamente em seu artigo 8.º, inciso I, senão vejamos:

> ‘’Toda pessoa tem o direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido com antecedência pela lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outro caráter’’(BRASIL, 2009).

O Poder Judiciário pátrio encontra diversas óbices no que tange a celeridade na prestação jurisdicional, os quais podem estar relacionados ao crescimento de demandas, aumento da população, ausência de recursos materiais e modernização tecnológica.

O Poder Judiciário, muitas vezes, acumula causas que tratam de questões irrelevantes, movidas por interesses psicológicos ou visando apenas à satisfação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

pessoal do indivíduo, abarrotando o Estado e, consequentemente, cerceando sua celeridade. Consoante assevera Svedas (2001, p. 18).

> "Processos referentes a causas absurdas, irrelevantes, repetitivas, movidas por modismo, por interesses psicológicos ou satisfação pessoal, colaboram, significativamente, para o acúmulo de processos que aguardam julgamento. Pesquisas revelam que tais causas abarrotam o Judiciário, favorecendo a morosidade, criando opinião crítica na maioria das pessoas de que a Justiça continua lenta e sem agilidade'' (SVEDAS, 2001, p. 18)

Ressalta que a morosidade do Judiciário Brasileiro é uma problemática um tanto grave, posto que afeta os direitos fundamentais do cidadão que busca no Estado a tutela de seus direitos que, em muitos casos, torna-se volumosa mediante tamanha burocracia.

> "o direito a jurisdição é o direito público subjetivo constitucionalmente assegurado ao cidadão de exigir do Estado a 48 prestação daquela atividade. A jurisdição é então, de uma parte, direito fundamental do cidadão, e, de outra, dever do Estado". (ANTUNES, 1993, p. 33).

Nesse passo, é de salutar que o processo de adoção enseja aos pais adotantes, bem como para o adotando, um longo período de espera, o qual engloba desde o momento em que decide adotar uma criança, até o dia em que tal pleito resta deferido, o que acaba acarretando ansiedade e frustrações, para ambas as partes. É certo que o instituto da adoção abrange uma série de requisitos previstos no ordenamento jurídico brasileiro, os quais devem ser observados e respeitados, mas, entretanto, as questões jurídicas atreladas a este procedimento podem acarretar diversos prejuízos aos pais adotivos e a criança, como, por exemplo, transtornos psicológicos ocasionados pela morosidade do judiciário, cuja consequência é a perda da vontade dos adotantes em concluir o procedimento adotivo. Nesse diapasão, vale trazer à tona trecho transcrito por Françoise Dolto (1978, p. 240), o qual repudia a demora pelo judiciário em conceder o pedido de adoção aos requerentes.

> [...] deploro a lei da adoção, que impõe um certo tempo – às vezes meses – antes de se dar uma criança em adoção aos pais. Deploro também a manipulação de seu desejo de criança, que se produz por demasiado tempo no decorrer das entrevistas com os pais que desejam adotar. Conheço pais adotivos que, tendo realizado uma série de entrevistas psicológicas, chegaram a um estado de indiferença em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> relação a uma adoção que haviam desejado tanto. No meu entender não é esse o momento, escolhido pela instituição, para fazê-los adotar uma criança pequena, de que não tem mais vontade, seja porque esperaram por demasiado tempo, seja porque mediram em demasia a responsabilidade que assumem. A meu ver, deveria ser elaborada uma lei de adoção desde o primeiro dia de vida da criança que, sabidamente, a mãe que a pariu não quer assumir plenamente, mesmo se ela tem, imaginariamente, a veleidade de querê-lo (DOLTO, 1978, p. 240).

3 AVALIAÇÃO NO ESTAGIO DA CONVIVENCIA.

O estagio de convivência é o período necessário para que seja avaliada a adaptação da criação ou do adolescente. É o momento onde os pais aprendem mais sobre a criança que querem adotar, sobre sua personalidade, seus hábitos alimentares, sua saúde, seus desejos e anseios, assim tambem, a criança procura se adaptar ao novo ambiente e passa a conhecer melhor as pessoas com quem irá conviver, buscando construir vínculos familiares.

No caso de crianças muito pequenas, a adaptação depende fundamentalmente dos pais adotivos e se assemelha bastante à adaptação dos novos pais biológicos com seu recém-nascido. Nesses casos, é mais importante o período de espera, em que o acompanhante técnico é de muita utilidade. Seria como uma gestação psicossocial, em que todos os aspectos relativos à adoção, as necessidades e direitos de uma criança, as expectativas e fantasias dos futuros pais adotivos, devem ser franca e amplamente ventilados. É conveniente que as equipes técnicas que lidam com a adoção sejam bem preparadas, pois de seu trabalho dependerá, em muito, o sucesso da medida.

Em seu livro Aspectos Psicológicos da Adoção, a psicóloga Lidia Natália Dobrianskyl Weber fala dos mitos e realidades existentes sobre a adaptação dos filhos adotivos:

> ‘‘Os pais adotivos mostram-se muito exigentes e pressionados socialmente pela sua função “adotiva” e tendem a encaminhar seus filhos a profissionais especializados com maior frequência do que pais não adotivos. Pais adotivos, assim como profissionais da saúde mental e da educação estão, juntamente com o restante da população, sob a influência dos preconceitos que ainda existem na questão da adoção e percebem-na como um fator de risco natural. (WEBER, 2001,p.50)’’

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No período de adaptação inicial, o juiz concede um termo de guarda e responsabilidade provisória aos pretendentes, junto com o acompanhamento psicossocial para serem informados das dificuldades existentes nessa etapa da adoção.

Ana Clara do Amaral em seu artigo sobre adoção diz:

> ''A adoção busca encontrar uma família adequada a uma determinada criança, e não dar uma criança para aqueles que querem adotar, e deve ser precedida de estágio de convivência com a criança ou com o adolescente pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso (artigo 46 do Estatuto da Criança e do Adolescente, 2012)''

O Artigo 46, do Estatuto da Criança e do Adolescente, in verbis que: "A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo máximo e 90 (noventa) dias, observadas a idade da criança ou do adolescente as peculiaridades do caso. (redação dada pela Lei n°13.509 de 2017)".

Segundo Eunice Ferreira Rodrigues Granato:

> ''Esse estágio é um período experimental em que adotando convive com os adotantes, com a finalidade precípua de se avaliar a adaptação daquele que a família substituta, bem como a compatibilidade desta, com a adoção. É de grande importância esse tempo de experiência, porque, constituindo um período de adaptação do adotando e adotantes à nova forma de vida, afasta adoções precipitadas que geram situações irreversíveis e de sofrimento para todos os envolvidos. (GRANATO, 2009, p.81)

O objetivo do estágio de convivência, após o período de adaptação, é dar ao menor a possibilidade de adaptação dele ao novo lar e deixar claro ao adotante as obrigações e responsabilidades, ressaltando dos efeitos que o ato de adotar vai gerar em sua "nova" vida. Isso tudo deve ocorrer para que não ocorram adoções sentimentais ou impensadas, diminuindo a possibilidade de inserir o menor em uma família.

CONCLUSÃO

Diante do contexto narrado e utilização do método dedutivo, que partiu do geral para o específico, através de documentos e revisão bibliográfica. O presente estudo teve por objetivo demonstrar a morosidade do processo de adoção, analisando diversas questões que norteiam o instituto de adoção, as quais são de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

suma importância para entender o contexto do presente Trabalho de Conclusão de Curso.

A evolução legislativa veio se aprimorando de modo a garantir o melhor interesse da criança e, consequentemente, garantir um convívio familiar digno. Assim, muito embora a Constituição Federal de 1988, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código Civil de 2002 abranjam a adoção, foi com a advento da Lei n.º 12.010 de 2009 que houve a inserção e reforma de diversos dispositivos que passaram a abranger os prazos processuais de modo mais mitigado, bem como criou o Cadastro Nacional de Adoção.

De acordo com o Conselho Nacional de Justiça, o Cadastro Nacional de Adoção consiste em uma ferramenta na qual são inseridas informações de pretendentes e crianças destinadas à adoção, com o objetivo de cruzá-las e, assim, encontrar perfis compatíveis entre eles. Entretanto, muito embora a legislação regente preveja prazos mais amenos, aliado ao fato de que o Cadastro Nacional de Adoção é uma ferramenta hábil para acelerar o procedimento de adoção, posto que encontrem perfis compatíveis entre os cadastrados, atualmente, há uma morosidade muito grande do Poder Judiciário no que tange a conclusão do processo de adoção.

O tempo de duração do processo de adoção varia de acordo com o perfil da criança ou adolecente, eis que quanto maior as exigências daqueles que manifestem interesse a adoção, demorado será o procedimento. É de salutar que a demora no processo de adoção torna a criança ou o adolescente mais velho, tornando-a cada vez mais afastada do perfil optado pelos adotantes, o que acaba dificultando sua inserção no âmbito familiar, além de causar frustrações para as partes envolvidas, o que muitas vezes pode acarretar na perda da vontade em se concluir tal procedimento.

Exposto isso, muito embora o ordenamento jurídico brasileiro preveja uma série de requisitos a serem observados no processo de adoção, tais preceitos devem ser mitigados, de modo razoável e proporcional, dando mais celeridade nos procedimentos adotivos e, consequentemente, resguardar os interesses do menor, bem como inseri-lo no ambiente familiar e, assim, dirimir o sofrimento decorrente de seu abandono.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, Fernando Frederico de; TEBALDI, Juliana Zacarias Fabre. **Direito civil: família e sucessões**. São Paulo: Manole, 2012.

ANTUNES, Carmem Lúcia. O direito constitucional à jurisdição. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira. **As Garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

BAARS, Renata. **Levantamento sobre crianças em situações de risco no Brasil**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2009.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito de Família**. 7.ed. São Paulo: Rio, 1976.
BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Adoção**. Lei 8.069 de 1990. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
BRASIL**. Código Civil: Lei 10.406 de 2002**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
BRASIL. **Constituicao Federal de 1988**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente.** 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
DINIZ, Maria Helena**. Direito de Família**. 18.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro:** Direito de família. São Paulo: Saraiva. vol. 5. 27ª ed, 2012.
GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2005
MONTEIRO, Washington de Barros. **Direito de Família**. 37.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
NADER, Paulo. **Direito de Família**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
RODRIGUES, Silvio. **Direito de Família**. 28.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito de Família**. 11.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA NA HORA DO PARTO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

LAIS APARECIDA GOMES DE ARRUDA:
Graduanda em Direito 2019 no CIESA/AM.
LELAND BARROSO DE SOUZA[1]
(Orientador)

RESUMO: Este artigo tem como objetivo de estabelecer o que violação dos direitos fundamentais e violência obstétrica na hora parto. Foi elaborado de acordo com o método de abordagem indutivo, procedimento descritivo e através de documentação indireta. Entende-se por violência obstétrica todos os atos praticados contra a mulher no exercício de sua saúde sexual e reprodutiva, podendo ser cometidos por profissionais de saúde, servidores públicos, profissionais técnico-administrativos de instituição públicos e privados, bem como civis. Para este fim, foram utilizados a jurisprudência, súmulas, enunciados e entendimentos de casos recorrentes que tem sido parâmetro para solucionar as divergências encontradas nas doutrinas, assim como doutrinas e artigos já publicados. Resta-se certo a violência representa um evento de caráter histórico que afeta todas as sociedades, desde seus primórdios, sendo considerado de grande magnitude, multideterminado e, portanto, complexo. Trata-se de um fenômeno social intrínseco à civilização que se manifesta de diferentes maneiras: violência urbana, violência de gênero, violência física, sexual, entre outras. A violência é uma construção social ambígua e seu significado está em constante mudança, de acordo com as transformações sociais. Assim, é influenciada pelo momento histórico, pela realidade e cultura local. Devido a essa complexidade, o conceito de violência é polissêmico e controverso, a violência é representada por ação humana, praticada por diferentes agrupamentos sociais, que leva a danos físicos, emocionais, morais e espirituais. Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), trata-se do uso de força física ou poder, em ameaça ou na prática, contra si próprio, outra pessoa ou contra um grupo ou comunidade que resulte ou possa resultar em sofrimento, morte, dano psicológico, desenvolvimento prejudicado ou privação.

Palavras-chave: constituição; hora; parto; obstétrica; violência.

ABSTRACT: This article aims to establish what violation of fundamental rights and obstetric violence in childbirth. It was elaborated according to the inductive approach method, descriptive procedure and through indirect documentation. Obstetric violence means all acts committed against women in the exercise of their sexual and reproductive health, and may be committed by health professionals, public servants, technical and administrative professionals of public and private institutions, as well as civilians. To this end, we used the case law, summaries, statements and understandings of recurring cases that has been a parameter to resolve the differences found in doctrines, as well as doctrines and articles already published. It remains certain that violence represents an event of historical character

that affects all societies since its inception, being considered of great magnitude, multidetermined and therefore complex. It is a social phenomenon intrinsic to civilization that manifests itself in different ways: urban violence, gender violence, physical and sexual violence, among others. Violence is an ambiguous social construction and its meaning is constantly changing according to social transformations. Thus, it is influenced by the historical moment, by the reality and local culture. Because of this complexity, the concept of violence is polysemic and controversial, violence is represented by human action, practiced by different social groupings, which leads to physical, emotional, moral and spiritual harm. According to the World Health Organization (WHO), it is the use of physical force or power, threatening or in practice, against oneself, another person or against a group or community that results or may result in suffering, death, injury psychological distress, impaired development or deprivation.
Keywords: constitution; hour; childbirth; obstetric; violence.

INTRODUÇÃO

A hora do parto em tese é o momento sublime na qual gestante deveria ter a seu dispor todo amparo não só técnico mais humano neste atendimento. Ocorre que alguns profissionais de saúde adotam uma postura indiferente, ríspida e por vezes agressivas contra honra, moral, imagem, incolumidade e integridade na hora do atendimento no período do pré, intra e pós-parto. Causando verdadeiros traumas a parturiente e a puérpera.

Este trabalho buscou estabelecer através da análise Constitucional a violação dos direitos fundamentais e a violência obstétrica na hora do parto seu aspecto relevante sobre a pesquisa mostrando como isso afeta a relação binômio mãe-nascituro e as implicações no aspecto Constitucional sobre aqueles praticam tal ato contra dignidade da pessoa humana.

Diante do exposto, surge o seguinte questionamento: A violência obstétrica constitui uma violação dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal do Brasil de 1988?

Neste sentido, este artigo tem por objetivo principal analisar a violência obstétrica sob o prisma dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal do Brasil de 1988.

A definição metodológica faz-se necessária para que haja o alcance do objetivo proposto. Sendo assim, tomou-se como ponto de partida o método dedutivo. A abordagem utilizada foi a qualitativa. Quanto aos procedimentos, utilizou-se a pesquisa bibliográfica.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O aporte teórico metodológico está ancorado na legislação, posicionamentos jurisprudenciais, em renomados doutrinadores e estudiosos sobre o tema.

Destaca-se ainda que a pesquisa será realizada pela certeza de que trará contribuições significativas para acadêmicos, estudiosos, pesquisadores e profissionais do ramo do Direito e de áreas afins que se interessam pela efetivação dos direitos das mulheres

1 VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

1.1 DEFINIÇÃO

Segundo Leite (2016), entende-se por violência obstétrica todos os atos praticados contra a mulher no exercício de sua saúde sexual e reprodutiva, podendo ser cometidos por profissionais de saúde, servidores públicos, profissionais técnico-administrativos de instituição públicas e privadas, bem como civis. Souza citando Santos relata que a violência obstétrica é uma terminologia usada para descrever e se referir a todas as formas de violência originadas durante a assistência ao ciclo gravídico puerperal ou abortamento. Nesta pesquisa, iremos focar a violência obstétrica ocorrida durante o processo de parturição. Nos últimos anos, diversas definições têm sido propostas, sendo a legislação da Venezuela pioneira em tipificar violência obstétrica. A legislação desse país a descreve como:

> [...] A apropriação do corpo e dos processos reprodutivos das mulheres por profissional de saúde que se expresse por meio de relações desumanizadoras, de abuso de medicalização e de patologização dos processos naturais, resultando em perda de autonomia e capacidade de decidir livremente sobre seu corpo e sexualidade, impactando negativamente na qualidade de vida das mulheres. (SANTOS, 2017, p. 25 *apud* SOUZA, 2015, p.17).

1.2 CONTEXTO HISTÓRICO

De acordo Santos (2017) a violência representa um evento de caráter histórico que afeta todas as sociedades, desde seus primórdios, sendo considerado de grande magnitude, multideterminado e, portanto, complexo:

> Trata-se de um fenômeno social intrínseco à civilização que se manifesta de diferentes maneiras: violência urbana, violência de gênero, violência física, sexual, entre outras. A violência é uma construção social ambígua e seu significado está em constante mudança, de acordo com as transformações sociais. Assim, é influenciada pelo momento histórico, pela realidade e cultura local. Devido a essa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> complexidade, o conceito de violência é polissêmico e controverso, a violência é representada por ação humana, praticada por diferentes agrupamentos sociais, que leva a danos físicos, emocionais, morais e espirituais. Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), trata-se do "uso de força física ou poder, em ameaça ou na prática, contra si próprio, outra pessoa ou contra um grupo ou comunidade que resulte ou possa resultar em sofrimento, morte, dano psicológico, desenvolvimento prejudicado ou privação". Por ser uma temática ampla e multifacetada, possui várias modalidades de expressões, sendo tipificada pela OMS em três grandes categorias segundo o agressor: violência auto-infligidas, interpessoal e coletiva (esta última subdividida em violência social, econômica e política). (SANTOS, 2017, p. 21).

Souza (2015) declara que o termo vem sendo muito utilizado por movimentos sociais latinos americanos para denunciar práticas de opressão a mulheres durante a assistência ao parto, mas, de certa forma, direciona o foco da atenção à categoria profissional de obstetras. A Organização Mundial de Saúde (OMS), entretanto, opta por não usar esse termo, falando, em seu lugar, em desrespeito, abusos e maus tratos durante a assistência ao parto.

Nesse sentido Leite (2016) o reconhecimento de tais práticas como violência obstétrica é importante porque o termo abarca duas dimensões distintas de violação de direitos das mulheres: direitos sexuais e reprodutivos e direito a uma vida livre de violência, o que será abordado em capítulo próprio. Importante ressaltar que se trata de uma forma de violência de gênero.

Mattar e Diniz (2012) ressaltam a classe social, idade e outros marcadores, como a raça, não sejam indispensáveis para que se caracterize a prática de violência obstétrica, entende-se que eles podem agravar a situação da mulher, tornando-a ainda mais vulnerável. É o que chamam de hierarquias reprodutivas, que constituem

> A somatória e a interação entre os diferentes aspectos da mulher é o que vai determinar o grau de aceitação social a determinada maternidade. Quanto maior o número de aspectos ditos negativos presentes na mulher ou no casal, ao exercitarem maternidade e/ou a reprodução e cuidado com os filhos, mais próximos estarão da base da pirâmide hierárquica e, ainda, menor será o exercício de direitos humanos o que revela, a exclusão social a que estão submetidos. O mesmo vale no sentido oposto: quanto maior o número de aspectos vistos como positivos que uma mulher

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> e/ou casal tenha, mais valorizada será a maternidade e/ou a reprodução e cuidado com os filhos, bem inúmeras as possibilidades analíticas para se pensar uma hierarquia reprodutiva, em que existem maternidades (e paternidades) mais prestigiadas e respeitadas, enquanto outras podem ser consideradas ilegítimas, subalternas ou marginais, fonte de preconceito, discriminação e violação a direitos. Esta hierarquia está fortemente vinculada à hierarquia das práticas sexuais, porém a extrapola em sinergias perversas com outras formas de opressão e discriminação. (MATTAR; DINIZ, 2012, p.114-115).

Para Leite (2016), as mulheres com aspectos ditos negativos seriam mais facilmente alvo de violações de direitos de quaisquer tipos incluindo-se, aqui, os direitos sexuais e reprodutivos, tendo maiores chances de passarem por situações de maus tratos e/ou constrangimento durante a assistência ao parto.

Conforme Diniz e Chacham (2002), a realização de cesáreas e episiotomias desnecessárias também são um problema racial e de classe social no Brasil. Nas palavras das autoras, mulheres brancas de classe média, atendidas por serviços do setor privado, tendem a receber o corte por cima (cesárea), enquanto a mulher negra e pobre que recorre ao SUS (70% das mulheres do país) tende a receber o corte por baixo (episiotomia). Coadunam Leite citando McClintock em relação:

> Raça, gênero e classe não são distintos reinos da experiência, que existem em esplêndido isolamento entre si; nem podem ser simplesmente encaixados retrospectivamente como peças de um Lego. Não, eles existem em relação entre si e através dessa relação ainda que de modos contraditórios e em conflito. (LEITE, 2016, p.13).

1.2.1 Violência obstétrica internacional

No âmbito internacional, registram-se mais de 1,3 milhões de mortes anualmente em decorrência da violência, correspondendo a 2,5% da mortalidade mundial. Estima-se que, em 2012, a taxa de homicídios mundial tenha sido de 6,7 mortes por 100 mil habitantes. As regiões com maiores índices foram: Região das Américas (taxa anual de homicídio de 28,5), Região Africana (taxa de 10,7) e Região do Mediterrâneo Oriental (taxa de 7 homicídios por 100 mil habitantes). Em todo o mundo, a violência representa a quarta causa de morte entre indivíduos de 15 a 44 anos, sendo um dos principais fatores para a morbimortalidade nessa faixa etária. (OMS, 2014).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A pesquisa se insere em um contexto de soma de esforços para identificar e erradicar casos de maus-tratos durante parto, pré-parto e puerpério. Em 2014, a Organização Mundial de Saúde (OMS) tornou pública uma declaração cujo objetivo é a "prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde", reconhecendo que tais violações a direitos fundamentais das mulheres ocorrem no mundo todo e clamam por atenção. (OMS, 2014).

Neste aspecto, João Paulo Souza abordam a violência obstétrica destacando:

> Que por ano, trezentas mil mulheres perdem suas vidas em todo o mundo por causas relacionadas à gestação, ao parto e ao puerpério. Além disso, estima-se que, a cada ano, mais de 2 milhões de mulheres em todo o mundo passem por complicações muito graves relacionadas à gestação, ao parto e ao puerpério. Os casos de morte e de morbidade são dados importantes porque representam e materializam a desigualdade que ainda existe na sociedade entre homens e mulheres. A morbidade materna grave e a mortalidade materna, então, são entendidas como expressão máxima dessa desigualdade e da opressão que a sociedade, de alguma forma, ainda produz sobre as mulheres. (SOUZA, 2015, p.17).

1.2.2 Violência obstétrica no Brasil

Mostram Mattar e Diniz (2012) que no Brasil, a preocupação com a assistência ao parto se justifica: o país lidera o ranking mundial de cesáreas. Em 2012, de todos os nascimentos, 55,61% se deram por via cirúrgica (DATASUS). Na rede privada, os dados são ainda mais alarmantes. Se o uso da cesárea é mal regulado no serviço público brasileiro, no setor privado não há qualquer tipo de regulação.

Leite citando Diniz e Chacham mostram que a medicalização da assistência ao parto acaba por fazer com que intervenções obstétricas, que deveriam ser utilizadas somente mediante indicação precisa, tornem-se condutas rotineiras e desnecessárias, em desacordo com as melhores evidências científicas, o que pode repercutir negativamente sobre a saúde da mulher e da criança.

No Brasil, esse fenômeno manifesta-se sob números elevados e crescentes. Desde a década de 1980, verifica-se que as mortes por causas externas, violência e acidentes passaram a ser a segunda causa de morte no país, o que evidencia um problema de saúde pública de grande magnitude a ser enfrentado. Segundo o Ministério da Saúde (MS), houve, em 2014, 59.627 homicídios no Brasil – o maior

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

número já registrado. Essas mortes correspondem a mais de 10% dos assassinatos registrados no mundo e elevam o Brasil ao marco de país com maior número absoluto de homicídios. (IPEA, 2016).

Mayara Guimarães Santos disseca que violência contra mulher é problema de saúde pública:

> A violência contra a mulher também é um grave problema de saúde pública, por ser uma das principais causas de mortalidade e morbidade, com impactos diretos nos direitos à vida, à saúde e à integridade física e moral. Pode ser considerada uma das transgressões mais frequentes dos direitos humanos, por subjugar, de um modo geral, um indivíduo à vontade de outrem, utilizando-se do poder, da coerção e da força física. Mulheres de todas as faixas etárias, diversos níveis socioeconômicos e em qualquer fase da vida podem sofrer ou sofrem tal agressão. Estima-se que, no mundo todo, a violência de gênero seja uma das principais causas de morte entre mulheres de 15 a 44 anos, superando as causadas por câncer e acidentes de trânsito. Dentre suas formas de expressão, estão os assassinatos, os abusos físicos, sexuais e emocionais, a violência racial, a mutilação genital, entre outras. Os principais responsáveis por perpetrá-la são os parceiros íntimos. Está presente no cotidiano das sociedades e, muitas vezes, é reconhecida e aceita como parte da ordem estabelecida, o que contribui para sua "invisibilidade". A tendência de se considerar a violência contra a mulher como sendo de gênero teve início na década de 1990. Segundo a historiadora Joan Scott, gênero enfatiza a noção de cultura, situa-se na esfera social, indicando, portanto, uma construção social e cultural. Tal forma de violência decorre de um conjunto de valores, costumes e práticas culturalmente impostos sobre corpos sexuados, os quais delegam papéis adequados aos homens e às mulheres com base, apenas, nas suas diferenças biológicas. Tais papéis impostos pela sociedade contribuíram para enfatizar as diversidades entre ambos os sexos. Dessa forma, a diferença entre homens e mulheres estabeleceu representações sociais assimétricas, de modo que os elementos masculinos foram associados à esfera pública e à cultura, e os femininos à natureza e àquilo previamente determinado pela biologia. Essas representações sociais, por sua vez, geraram relações de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> poder assimétricas entre homens e mulheres e, assim, estabeleceram a submissão da mulher na sociedade. (SANTOS, 2017, p.24).

2 ANÁLISE DO DIREITO CONSTITUCIONAL ACERCA DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Leal (2017) denota que o preâmbulo diz que o nosso Estado democrático se destina a assegurar o "bem-estar". A dignidade da pessoa humana, por sua vez, é um dos fundamentos da República (art. 1o, III). A Constituição é por elas, não contra; defende-as, não as acusa; ameniza seus sofrimentos, não os intensifica.

A Constituição Federal de 1998 contém o princípio da igualdade e dispõe sobre o direito à plena assistência à saúde. A Carta Magna enuncia de forma original o dever do Estado de coibir a violência contra as mulheres, que inclui, portanto, o dever de prevenir e punir a violência obstétrica. O art. 5o dispõe o seguinte: "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". (BRASIL, 1988).

Neste sentido, a relatos que os depoimentos de parturientes dizem o parto foi internalizado como sofrimento e humilhação. Acontece que, pelo art. 5o, III, da Constituição, ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante. Se assim o é, então como essas mulheres têm passado por tudo isso?. (BRASIL, 1988).

Neste aspecto, temos que as mulheres são iguais aos homens, tanto em direitos como em deveres. Prevê, igualmente, que "ninguém será submetido a tratamento desumano ou degradante", incluindo a assistência prestada às mulheres gestantes e no pós-parto. O art. 6o determina que devam ser respeitados os direitos sociais: "A educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados". No aspecto laboral, é garantida a licença à gestante e a proteção do mercado de trabalho feminino. A União, os estados, o Distrito Federal e os municípios têm como competência comum (art. 23) cuidar da saúde e assistência pública; proporcionar meios de acesso à cultura, à educação e à ciência; combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a igualdade. (BRASIL, 1988).

Segundo Saul Tourinho Leal se a Constituição não pretendesse construir uma sociedade sensível às gestantes não teria assegurado como direitos dos trabalhadores urbanos e rurais a licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias (art. 7o, XVIII). A proteção à maternidade é um direito social (art. 6o, caput). O art. 10, II, 'b' traz restrições severas à dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Não bastasse, a previdência social atenderá, nos termos da lei, a proteção à maternidade, especialmente à gestante (art. 201, II). Outra conclusão não há que não seja a de que a Constituição é atenta às gestantes. (BRASIL, 1988).

> Não se trata simplesmente do direito à saúde ou do direito à vida, entendida como vida digna. A Constituição, generosa e repleta de empatia, se dedica especificamente às gestantes, ou seja, abre um campo normativo próprio ao enfrentamento da violência obstétrica. Há um conjunto eloquente de dispositivos realçando a vulnerabilidade da gestante e conferindo-lhe especial proteção. Além disso, tanto a dignidade da pessoa humana quanto a vedação à tortura ou a tratamento desumano ou degradante encontram perfeito emprego em situações como a vivida por mulheres como Paula. Essa articulação dos dispositivos constitucionais pode acelerar uma revolução humanitária nos partos no Brasil. Dar a luz não pode significar ver as trevas. O Poder Judiciário deve ser procurado. O Ministério Público e a Defensoria Pública já demonstraram disposição em enfrentar a questão. Além disso, o Congresso Nacional, por meio de leis, deve estimular o Poder Executivo a disciplinar a violência obstétrica considerando-se o contexto brasileiro e a experiência internacional com o assunto. (LEAL, 2017, p.15).

CONCLUSÃO

A pesquisa realizada evidencia que a violência é um fenômeno social que atinge de forma direta ou indireta milhares de pessoas no mundo, sendo objeto de inúmeros estudos que buscam compreender suas nuances. A noção de violência perpassa por deslocamentos semânticos no âmbito de políticas públicas, dos direitos humanos e dos direitos fundamentais sendo necessário estudos contínuos com o intuito de apreender tais categorias.

Em relação à mulher, tem sido cada vez mais discutido os desdobramentos da violência que se expressa através da violência doméstica, violência familiar, violência conjugal, a violência obstétrica que tem sido apontada como um tipo de violência em razão do gênero, dentre outras, que conduzem a reflexões mais profundas acerca da temática proposta.

É possível observar alguns avanços na legislação e nas políticas públicas com o intuito de enfrentar a violência contra as mulheres. A Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha) é considerada um marco legislativo, por estabelecer mecanismos para coibição da violência doméstica e familiar contra mulher, a qual

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

se configura como violação dos direitos fundamentais da pessoa humana, conforme Art. 5º da Constituição Federal do Brasil de 1988.

Ainda é inexistente uma lei vigente que trate especificamente da violência obstétrica no Brasil, a qual é apontada como qualquer ato desumanizado realizado por profissionais da área da saúde referente ao corpo da mulher, sua vida sexual e reprodutiva nos períodos de gestação, parto e pós-parto. Contudo, em decorrência desta inexistência, o parto humanizado constitui um direito subjetivo assegurado através do sistema jurídico brasileiro.

Neste sentido, o estudo proposto apresenta relevância devido a necessidade de se conhecer as normas vigentes sobre a violência contra a mulher, com o intuito de compreender se o direito brasileiro dispõe de marcos normativos capazes de enfrentar a violência obstétrica, evitando assim, a naturalização dos atos atentatórios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Institui o Código Eleitoral. Brasília (DF): Site do Planalto, 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 fev 2019.

DINIZ, Simone Grilo; CHACHAM, Alessandra. **Dossiê Humanização do Parto**. São Paulo: Rede Nacional Feminista de Saúde. Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos. Brasília (DF): Rede Saúde: 2002. Disponível em: <http://www.redesaude.org.br/home/conteudo/biblioteca/biblioteca/dossies-da-rede- feminista/015.pdf>. Acesso em: 18 mar 2019.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Ministério do Planejamento, orçamento e gestão. **Nota Técnica no 17**: Atlas da Violência 2016. Brasília (DF): IPEA, 2016.

LEAL, Saul Tourinho. **A violência obstétrica à luz da Constituição**. Internet: Site Migalhas, 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/ConversaConstitucional/113,MI264106,91041-A+violencia+obstetrica+a+luz+da+Constituicao>. Acesso em: 18 mar 2019.

LEITE, Júlia Campos. **Abordagem Jurídica da Violência Obstétrica**. Universidade São Paulo. Faculdade de Direito de Ribeirão Preto. Ribeirão Preto (SP): USP, 2016. Disponível em: <www.tcc.sc.usp.br/tce/disponiveis/89/890010/tce...165756/.../TCCJuliaCamposLeite .pdf>. Acesso em: 18 mar 2019.

MATTAR, Laura Davis; DINIZ, Carmen Simone Grilo. **Hierarquias reprodutivas**: maternidade e desigualdades no exercício de direitos humanos pelas mulheres. Internet: Site Scielo, vol.16, n.40, 2012, pp.107-120. Disponível em:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-32832012000100009&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 18 mar 2019.

OMS. Organização Mundial de Saúde. Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde. Internet: Site da OMS, 2014. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/134588/WHO_RHR_14.23_por.pdf;j sessionid=CB161C197317157B5C778CD2980F7066?sequence=3>. Acesso em: 18 mar 2019.

SANTOS, Mayara Guimarães. **A Violência Obstétrica sob o olhar de Profissionais de Saúde**. Universidade Federal de Goiás. Faculdade de Enfermagem. Programa de Pós-Graduação em Enfermagem. Dissertação de Mestrado. Goiânia (GO): UFG, 2017. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/tede/bitstream/tede/7601/5/Dissertac%CC%A7a%CC% 83o%20-%20Mayara%20Guimara%CC%83es%20Santos%20-%202017.pdf>. Acesso em: 18 mar 2019.

SOUZA, João Paulo. **As Diferentes faces da Violência Obstétrica**. Conferência de abertura da III Jornada de Assistência Materno-Infantil e Cirurgia Ginecológica da MATER Ribeirão Preto. São Paulo (SP): RESC, 2015.

---

[1] Profº. Mestre e Orientador. Endereço para acessar este CV: http://lattes.cnpq.br/6960689508807424.

www.conteudojuridico.com.br

A RESPONSABILIDADE DO BANCO PELOS PREJUÍZOS DECORRENTE DO ASSÉDIO MORAL PROVOCADO PELOS CLIENTES AOS TRABALHADORES BANCÁRIOS.

SELMA REGINA DE FREITAS VIDEIRO:
Bacharelanda no Curso de Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA
MARCELO VARGAS. ESTRELLA

(Orientador)

RESUMO: O assédio moral nos últimos anos no setor bancário tem crescido, porém sua prática por parte dos clientes aos bancários ainda é pouco denunciada, bem como pelos empregadores que não se responsabilizam por tais atitudes. Assim, o presente estudo tem como objetivo geral: analisar o assédio moral provocado pelos clientes aos trabalhadores bancários e a responsabilidade do banco diante desta situação. Tal situação tem levado os trabalhadores a abrirem processos de danos morais contra os clientes e ainda responsabilizar o banco. Metodologia: Para alcançar os objetivos propostos foi utilizado o método dedutivo, bem como pesquisas em livros, artigos e revistas já publicados. Constatou-se que o Banco não se responsabiliza quando o assédio moral parte de um cliente para com o bancário. Assim, o profissional fica desamparado, ou até mesmo sem condições de dar continuidade ao processo judicial devido ao fato de não possuir testemunhas. A reparação se dá pela via judicial , sendo competente , em regra, a Justiça do Trabalho; incumbe-se o ônus da prova aquele que nega a prática do assédio moral; e a liquidação do dano deve resultar de um juízo de equidade. Objetivou-se, assim, esclarecer a importância de se desvendarem as formas como o assédio moral contra os bancários se mostra no ambiente de trabalho, causado pelos clientes e o porquê ocorre, sendo uma forma de dano a pessoa, dano este que pode ter a devida reparação por meio da responsabilidade civil.

Palavras-chave: Assédio Moral; Bancários; Direitos;

ABSTRACT: Bullying in the banking sector in recent years has grown, but its practice by clients to bankers is still unreported, as well as by employers who are not responsible for such attitudes. Thus, the present study has as its general objective: to analyze the bullying caused by clients to bank workers and the bank's responsibility towards this situation. This situation has led workers to file moral damages lawsuits against clients and also hold the bank accountable. Methodology: To achieve the proposed objectives, the deductive method was used, as well as research in books, articles and magazines already published. It has been found that the Bank is not responsible when bullying comes from a customer to the banker. Thus, the professional is helpless, or even unable to continue the judicial process due to the lack of witnesses. The reparation takes place by judicial means, being

competent, as a rule, the Labor Justice; the burden of proof is borne by those who deny the practice of bullying; and the settlement of the damage must result from an equity judgment. Thus, the objective was to clarify the importance of unraveling the ways in which the harassment against bankers is shown in the workplace, caused by the clients and why it occurs, being a form of harm to the person, which damage can have to due compensation through civil liability.

Keywords: Moral Harassment; Bankers; Rights

INTRODUÇÃO

A agressão moral e psicológica sofrida pelo profissional bancário pelos clientes em seu ambiente de trabalho através de palavras e atitudes que expõe o funcionário a situações constrangedoras, vexatórias e humilhantes visando ofendê-lo enquanto empregado do banco.

O banco enquanto empregador se omite diante da situação de agressão moral diante do seu funcionário, deixando seu empregado desamparado, pois o mesmo não possui orientações normatizadas no que se refere o assédio.

O assédio moral como uma conduta humana abusiva que se tornou frequente nos ambientes de trabalho, no entanto aqui não será abordado a questão empregador/trabalhador e sim cliente/trabalhador, no entanto é necessário entender como e quando se caracteriza uma atitude assediadora.

É comum o assédio do empregado pelos seus superiores hierárquicos e empregadores e hoje, esta realidade ganhou um novo personagem ativo na situação agressora, o cliente.

O cliente não é hierarquicamente superior a nenhum trabalhador, mas possui, por sua posição, um poder de autoridade que impõe ao trabalhador atitudes de subordinação, e por esse motivo demonstra condutas muitas vezes abusivas que caracterizam o assédio.

Para alcançar os objetivos propostos, foi utilizado o método dedutivo, partindo de uma análise global de alguns aspectos doutrinários e jurisprudenciais de dano moral nas relações de trabalho. Também foi realizada pesquisa bibliográfica através de livros, artigos e revistas já publicados.

O estudo busca trazer uma nova perspectiva no âmbito das relações no ambiente de trabalho e também sob um novo enfoque, não sendo apenas entre de empregador e trabalhador, mas entre cliente e trabalhador.

1.ASSÉDIO MORAL

O Assédio Moral ao longo dos anos vem se tornando mais frequentes nos ambientes dos trabalhadores, assim pode-se afirmar que existem características, bem como atos, que se configuram e agridem o ser humano de forma irreversível, causando-lhes doenças.

Segundo Soares e Villela (2012), o assédio moral, trata-se de uma das expressões mais recentes da violência no trabalho, que se caracteriza por atos que minimizam, desvalorizam e agridem o ser humano. Ainda segundo as autoras, esses atos podem concretizar-se por meio de palavras, gestos, atitudes, falta de atitudes, entre outros. Um ato isolado não pode ser considerado assédio, mas sim sua repetição ou ocorrência sistemática. O assédio moral apresenta diversas situações que podem ser configuradas como o tal, bem como atitudes ou falta delas.

Ainda sobre o assédio moral Hirigoyen (2006,p. 17), diz que:

> O assédio moral no trabalho é definido como qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho.

Nos estudos de Soares e Villela (2012) humilhações, ameaças, abusos de poder, agressões verbais, sabotagens de instrumentos de trabalho e injúrias compõem o cenário de hostilidade no trabalho, uma violência multiforme, onipresente, que ronda a jornada do trabalhador. Assim, como Hirigoyen as autoras Soares e Villela também corroboram sinalizando que assédio são atitudes, humilhações, bem como um comportamento que atinge a dignidade do indivíduo.

O Assédio moral pode ser entendido como uma atitude da natureza humana e pode estar presente em todos os ambientes, inclusive no trabalho como sinaliza Silva (2018, p.16), que relata o seguinte:

> O assédio moral tem um entendimento pacífico de que é uma consequência da natureza humana, estando presente em todos os seguimentos da sociedade, uma vez que, no ambiente de trabalho em especial, está muito mais presente, pois se acha acobertado pelo poder patronal. A prática do assédio moral do ambiente de trabalho, geralmente é desencadeada pela falta de empatia para com seu semelhante, fator que causa incompreensão para interpretar e aceitar a individualidade e os traços de personalidade que cada ser humano traz do seu desenvolvimento.

Segundo Soares e Villela (2012), é uma conduta que atinge a integridade do trabalhador, desgastando-o moral e psicologicamente, podendo levá-lo a somatizações que desestabilizam sua saúde física e psicológica. O assédio moral também pode degradar e prejudicar o clima e o ambiente de trabalho, colocando em risco o emprego e a identidade do trabalhador.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Para Souza (2017), apesar de o assédio moral estar presente desde os primórdios nas relações trabalhistas, apenas no século XX o pensamento evoluiu, e as questões trabalhistas passam a ter íntima ligação com a dignidade do trabalhador, ocasião em que as condições físicas, psíquicas e um ambiente de trabalho saudável começaram a serem alvos de questionamentos e criaram um imo de discussões em torno das condições de trabalho, especialmente, relacionadas à saúde do trabalhador.

Segundo Soares e Villela (2012), embora a violência no trabalho seja um problema antigo, visto que maus-tratos, perseguições e ultrajes são praticados desde o início das relações trabalhistas, o assédio moral ainda é um fenômeno pouco conhecido, que só passou a ganhar importância e a constar da pauta das pesquisas acadêmicas por volta da década 80 do século XX. Os autores concordam com Souza onde sinaliza que o assédio tenha sido pauta no século XX no ambiente de trabalho.

Nesse sentido, o assédio não é um fenômeno novo, assim, Oliveira (2018, p. 9) afirma que:

> O Assédio Moral não é um fenômeno novo, mas tem sido negligenciado durante anos. Na verdade, apenas nos anos 80 do século passado é que se começou a dar maior importância e a estudar-se este fenómeno com maior seriedade. Os resultados de todos os estudos e pesquisas realizados mostram que o Assédio Moral é mais comum do que se imagina e é a razão de muitos problemas para os quais até então não havia resposta, como: como o baixo desempenho repentino de um trabalhador, as baixas médicas recorrentes, o mau ambiente e desmotivação da equipa de trabalho entre outros. Notava-se que algo acontecia no local de trabalho, mas mesmo tomando medidas corporativas (incremento do marketing, estratégias de negócios e administração) a produtividade não melhorava.

Como sinaliza Santos (2018), assédio moral decorrente das relações de trabalho é toda ação ou omissão eventual ou rotineira que atinja direta ou reflexamente a dignidade da pessoa humana, os direitos da personalidade, e o direito a um ambiente de trabalho seguro, higienizado. Também onde as relações se estabeleçam com base no respeito mútuo entre todos, na igualdade de tratamento, na distribuição justa do trabalho e em jornadas de trabalho legalmente previstas.

Segundo Israel (2017), o assédio moral consiste em fenômeno inerente a sociedade atual e que não se restringe exclusivamente ao ambiente de trabalho.

Encontramos assédio moral em diversos seguimentos da sociedade, assim é comum, por exemplo, na família, na escola, na vida política e social.

As diversas características do assédio moral precisam ser reconhecidas pelas pessoas, bem como o direito ao respeito no ambiente de trabalho. Contudo, as diversas formas de assédio ao longo dos anos só foram aumentando e deixando consequências piores nos trabalhadores.

2. ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO

O assédio moral vem se tornando muito frequente no ambiente do trabalho, diante disso a necessidade de se buscar meios para evitar certas atitudes, se faz necessário, pois a violência, a hostilizações entre outras atitudes podem prejudicar o trabalhador.

Segundo Silva (2011), a crise mundial, a falta de emprego, os altos índices de pobreza, as dificuldades econômicas pessoais, a inflação e o medo de perder a única fonte de renda de subsistência, têm feito milhares de trabalhadores se sujeitarem a condições sub-humanas para manterem seus empregos. O autor sinaliza ainda, tentando manter uma zona de conforto financeira ou mesmo de subsistência, "vendem", por outro lado, sua moral, sua honra, sua dignidade, porque não dizer sua "alma" à empresa, ao empregador.

Para garantir a dignidade da pessoa, o artigo 225 da Constituição Federal de 1988 assegura a todos um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial a vida e a sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as gerações futuras (CF,1988), nele incluído o (art. 200, VIII,CF). que dispõe: "colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho".

Há diversas maneiras e métodos de hostilizar o trabalhador em seu ambiente de trabalho, assim, para classificar devidamente essas atitudes como sendo assédio moral, estas devem ser reiteradas e com o objetivo de obter vantagem ao agressor para a correta caracterização do fenômeno do assédio moral no ambiente de trabalho (GLÖCKNEr 2004, p. 9).

Segundo Israel (2017), dessa forma, entender que assédio moral no trabalho é um tipo de violência, porém com características particulares, como a exposição dos trabalhadores a situações humilhantes, constrangedoras, de menosprezo, inferioridade, culpabilidade, descrédito diante dos colegas e outras situações vexatórias.

Para Glockner (2004), a violência e outros tipos de hostilizações devem ser frequentes e repetitivas, atentando contra a integridade física e psicológica do trabalhador, ameaçando seu emprego ou degradando o seu ambiente de trabalho.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Existem três tipos de assedio que atingem diretamente o trabalhador, conforme Israel (2017, p.11):

> O **assédio moral vertical descendente** (hierárquico) pode ser entendido por atitudes autoritárias, desumanas e antiéticas em que predominam os desmandos, a manipulação do sentimento do medo, a competitividade e os programas de qualidade que convergem somente na produtividade provocadas pelo empregador ou outro superior hierárquico que tenha o poder de comando. É considerado o mais comum apresentado nas relações de trabalho. O **assédio moral vertical ascendente** é aquele que parte do empregado ou de vários subordinados contra o próprio empregador ou superior hierárquico. O **assédio moral horizontal** é aquele que tem origem entre colegas de trabalho como o objetivo precípuo de ganhar promoções ou posições na empresa.

Nos estudos de Silva (2011), este infortuno fenômeno tem crescido de maneira tal nos ambientes de trabalho de que muitos trabalhadores já não conseguem separar o assédio moral do próprio trabalho, ainda segundo o autor, o sofrimento e a perseguição fosse intrínseco a própria subordinação. Ele se instala de maneira sutil primordialmente, acorrentando aos poucos a vítima, de maneira que, quando ela percebe, está totalmente presa.

Ainda segundo Israel (2017), sem incertezas, este tipo de assédio agride sensivelmente o ambiente de trabalho comprometendo o relacionamento entre os empregados, expurgando do espaço da empresa a sociabilidade, afeto, solidariedade e companheirismo, ainda segundo o autor, implicam na inobservância dos direitos de personalidade e dignidade da vítima assediada.

Para Souza (2017), o empregado vitimado começa a ver seu ambiente de trabalho como um lugar de pânico e toda sua vida começa a degradar em função da coação moral a ele imposta. Desta maneira para atingir determinadas metas, ele é muitas vezes obrigado a continuar sua jornada de trabalho em casa, alastrando os problemas do serviço para seu convívio familiar.

Assim, é muito importante que o trabalhador observe certas atitudes e comportamentos, não só dos colegas de trabalho, gestor, mais também dos clientes. Somente com o reconhecimento, poderá tomar decisões, bem como responsabilizar a pessoa pelo o assédio moral no ambiente de trabalho.

3.A FALTA DA RESPONSABILIDADE DO BANCO POR ATO DO ASSÉDIO DO CLIENTE CONTRA OS TRABALHADORES (BANCÁRIOS).

O assédio moral no ambiente do trabalho tornou-se frequente, não só por meio dos colegas, mas também pelos clientes do banco, assim, pode-se dizer que

a responsabilidade das empresas bancarias, no que tange o assédio contra os trabalhadores bancários precisa ser discutida com mais seriedade, bem como obter soluções eficazes.

Segundo Cavalieri Filho (2019, p.236), "referente a responsabilidade Subjetiva por dolo ou culpa, fundada no art. 7º, XXVIII da CF, nos casos em que atividade do empregador não é de risco inerente ou anormal. Exige-se a prova da culpa. Nesse sentido o assediado (bancário) deve provar a culpa do assediador perante o juízo.

Nos estudos de Soares (2012, p. 26), "portanto, no contexto bancário, foco de nossa observação, as falas dos sujeitos denotam que humilhar o outro é um instrumento de domínio e de controle de corpos e mentes a favor da produção", assim, a favor de uma instituição financeira, a favor de metas, resultados e lucro. Na maioria das vezes vinda da própria chefia hierárquica do banco e dos clientes.

A eficiência nas operações bancárias no sentido de se fazer mais com menos, a imposição de metas abusivas, o desenvolvimento de novas tecnologias aplicadas nas transações financeiras e a busca incessante pelo lucro podem ser consideradas como os principais responsáveis pelo elevado número de casos de assédio moral encontrados no ambiente de trabalho bancário (ISRAEL, 2017).

Como as relações sociais são dinâmicas e a todo momento novos fatos e situações surgem principalmente na seara trabalhista, casos incidentes tem causado decisões que, com a recente reforma, trouxe um caráter subjetivo, sendo agora usado o termo extrapatrimonial por ter um sentido amplo, incluído agora até o dano estético. Nesse sentido o cliente também, como sujeito ativo nessa relação, e possível causador do assédio moral, passa a ter relevância quanto na análise do caso concreto.

Para Papareli (2011), a proposta de trabalho em grupo é divulgada pelos meios de comunicação disponíveis (jornais do sindicato, murais, boletim virtual etc.) e o público-alvo, que se inscreve de modo voluntário, é composto por trabalhadores bancários (da ativa, afastados do trabalho ou aposentados) que entendam viver situações de desgaste mental relacionado ao trabalho provocado por clientes. Uns, vítimas de assédio por parte dos clientes na época em que estavam na ativa e que foram afastados devido problemas de saúde.

As empresas muitas vezes são as primeiras a apresentar dentro do ambiente de trabalho o assédio como sinaliza Soares, (2012, p. 26), assim:

> As pessoas passam a ser descartadas, olhadas como um produto que serve mais ou menos. As próprias empresas passam a gerar forças de autocontrole por meio da formatação de seus funcionários, que têm de aceitar as regras do jogo, e o assédio moral passa a ser um meio a mais de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> impor a lógica do banco. Essa discussão remete-nos à questão de que, nos bastidores das práticas de assédio, encontram-se fatores complexos que não se limitam apenas à subjetividade de seus protagonistas, mas que dizem respeito a todo um sistema socioeconômico que engendra e determina esse tipo de conflito.

Segundo Papareli (2011) uma questão que se destaca nos depoimentos é o assédio moral, nem sempre havendo, por parte dos bancários, clareza de que esse assédio é responsabilidade da organização do trabalho bancário. Assim, alguns atribuem a violência exclusivamente ao chefe direto e aos clientes, contudo os clientes muitas vezes ficam impunes, devido à falta de provas.

Com o advento da Lei 13.467/2017 há um novo critério para determinação do valor da reparação extrapatrimonial, incluindo a ofensa de natureza leve, média grave e gravíssima, no entanto limita as hipóteses de incidência apenas os dispositivos elencados no título. Conforme o art. 223-B, onde limita sua ocorrência apenas aos titulares do direito material à reparação (Lei Trabalhista13.467/2017, alteração da consolidação das leis do trabalho).

Diversos casos são observados de assédio moral aos bancários por parte dos clientes, porém, quase não existem denúncias e nem responsabilidade por parte dos donos dos bancos, o que deixa os profissionais sem amparo por parte da instituição e da justiça devido à falta de provas e até mesmo de denúncias realizadas.Observamos que a nova legislação deixa assim de lado alguns aspectos importantes como a responsabilidade objetiva e o dano extrapatrimonial.

4. DANOS MORAIS

A doutrina define o dano moral sob a forma negativa, em contraposição ao dano material ou patrimonial. Procura-se, desse modo, conceituar o dano moral por exclusão.

Para Delgado (2017, p.704) "*Dano moral corresponde a toda dor psicológica ou física injustamente provocada em uma pessoa humana. Ou, na clássica conceituação de Savatier, "é todo sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária"* (grifos acrescidos).

Segundo Brasil (2002), nos artigos da nossa CF de 88, sinaliza que aquele que cometer qualquer ato de negligência ou violar o direito do outro pode estar causando dano moral, assim:

> **Art. 186.** Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
> **Art. 187.** Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.
> **Art. 927.** Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Conforme esses artigos ficam garantidos os direitos e reparos aos danos cometidos por aqueles que cometeram o tal ato, que pode ser o assédio moral contra o trabalhador bancário.

Com a Reforma Trabalhista a Lei nº 13.467/2017, inaugurou-se o título próprio na CLT para disciplinar o assunto, observa-se que o Dano Moral ganhou uma nova nomenclatura: Dano Extrapatrimonial, assim: Segundo Brasil (2017), TÍTULO II-A DO DANO EXTRAPATRIMONIAL:

> Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título.Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física. Art. 223-D. A imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica. Art. 223-E. São responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão. Art. 223-F. A reparação por danos extrapatrimoniais pode ser pedida cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo. § 1º. Se houver cumulação de pedidos, o juízo, ao proferir a decisão, discriminará os valores das indenizações a título de danos patrimoniais e das reparações por danos de natureza extrapatrimonial.

Ainda sobre os danos extrapatrimoniais, observa-se a seguir o artigo 223-G, que dispõe:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará: I. a natureza do bem jurídico tutelado;II. a intensidade do sofrimento ou da humilhação; III. a possibilidade de superação física ou psicológica; IV. os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão; V. a extensão e a duração dos efeitos da ofensa; VI. as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;
>
> VII. o grau de dolo ou culpa; XI. a situação social e econômica das partes envolvidas; XII. o grau de publicidade da ofensa. § 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação: I. ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido; II. ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido; III. ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido; IV. ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

Embora a Lei 13.467q2017 tenha criado um espaço para o dano extrapatrimonial não é percebido da mesma forma a aplicação de critérios justos, razoáveis, proporcionais e suficientes para efetiva reparação do dano moral.

5. ASPECTOS JURÍDICOS DE DANO MORAL NAS RELAÇÕES DE CLIENTES, BANCÁRIO E BANCO

O assédio moral é um dos casos que levam os bancários a moverem processos judiciais contra as empresas e os clientes, contudo observa-se que tais situações ocorrem no ambiente do trabalho, ou seja, o espaço que poderia ser seguro e respeitoso acaba tendo outros aspectos negativos que deixam os trabalhadores desmotivados e doentes.

De acordo com o levantamento do Ministério Público do Trabalho, houve um aumento nos casos de assédio moral no Brasil, como mostra a (**Tabela 2**).

Tabela 2:Casos de humilhação no ambiente de Trabalho (Banco) aumentaram.

O ritmo de expansão do assédio moral no Brasil é maior do que o apontado pelo MPT, de acordo com levantamento interno feito pela Confederação Nacional dos Bancários (Contraf).	
Ano	**%**
3 mil denúncias realizadas em 2013	30% foram de bancos
De 2012 para 2013	7,4%

Segundo a entidade, em 2011	29% dos trabalhadores do setor pediram o fim do assédio moral
Em 2012, o número aumentou.	31%.
Em 2013	Para 58% – de um total de 37 mil entrevistados

Fonte:Basílio (2014).

Observa-se que o índice dobrou de 2011 para 2013, e que há um número expressivo de denúncias vinda dos Bancos. Nesse sentido, o bancário precisa ser orientado sobre a questão do assédio moral, pois tais atitudes não são apenas entre os profissionais, mas também por parte dos clientes.

A maior participação das instituições financeiras na economia é compactação e concentração de riqueza e poder. A busca incessante por mais lucro e mais capital é jogada sobre os ombros do trabalhador. Onde, assumindo uma posição de centralidade e controle, os trabalhadores também crescem, fazendo necessário a utilização de princípios ambientais de prevenção e precaução das agressões no ambiente laboral e o fortalecimento sindical da categoria para resistir a pressão imposta sem medidas e consequências (NASCIMENTO, 2017, p.28).

A necessidade de agir com antecedência, através da adoção de políticas e ações institucionais eficazes e concretas de prevenção e precaução do assédio moral no ambiente de trabalho, que minimizem as consequências desta prática não apenas para vítima, mas também para a instituição, a qual possui responsabilidade objetiva, não interessando se houve intenção ou não do agente, ensejando o fato à reparação por danos, principalmente em ambiental, nos termos do Art. 225, §3º da Constituição Federal de 1988 e no art. 200, VIII, da CF.

Conforme Romar, (2014, p. 47) "princípio protetor é o critério que orienta todo o Direito do Trabalho e com Base no qual as normas jurídicas devem ser elaboradas, interpretadas e aplicadas e as relações jurídicas trabalhistas devem ser desenvolvidas". Nesse sentido, este princípio tem por fundamento a proteção do trabalhador enquanto parte economicamente mais fraca da relação de trabalho e visa assegurar uma igualdade jurídica entre os sujeitos da relação.

Segundo o doutrinador Amauri Mascaro Nascimento, o conceito de pessoalidade pode ter um sentido amplo:

> Primeiro, e não só, o de intransferibilidade ou infungibilidade, por iniciativa unilateral do prestador, dos serviços a serem por ele prestados, próprio dos contratos intuitu personae, o que não é exclusivo da relação de emprego, porque é exigência também de alguns contratos de direito civil. Segundo, o de indissociabilidade entre o trabalhador e o trabalho que presta,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> porque o quid prestar é a própria atividade da pessoa, o que mais destaca a singularidade do contrato de trabalho. Terceiro o de personalidade, na medida em que, empenhando a própria pessoa no desenvolvimento do contrato de trabalho, o empregado deve ter a proteção legal de direitos básicos que protejam a esfera mais íntima do seu próprio ser, a sua moral e a sua dignidade. Quarto o de espírito de colaboração, porque, apesar da luta de classes, se o trabalhador depende da empresa para sua subsistência e se esta inserido em sua organização, não pode deixar de cumprir um dever ético-jurídico de lealdade ao empregador. Outro requisito é o salário, denominado também por alguns doutrinadores em um sentido mais amplo como onerosidade. (MASCARO, 2005, p. 594).

Para Delgado (2017, p.214) "princípio tutelar influi em todos os segmentos do Direito Individual do Trabalho, influindo na própria perspectiva desse ramo ao construir-se, desenvolver-se e atuar como direito". Ainda segundo o autor, há ampla predominância nesse ramo jurídico especializado de regras essencialmente protetivas, tutelares da vontade e interesses obreiros; seus princípios são fundamentalmente favoráveis ao trabalhador.

O direito individual do trabalho em sua perspectiva deve se desenvolver como direito garantido, bem como na sua efetividade, princípios que favorecem o trabalhador em suas medidas de proteção ao mesmo.

O primeiro elemento necessário para caracterização de determinada pessoa como empregado é que esta deve ser uma pessoa física, isso porque, conforme ensina o doutrinador Amauri Mascaro Nascimento, a pessoa jurídica: "jamais poderá executar o próprio trabalho, fazendo-o por meio de pessoas físicas, e porque o direito do trabalho protege o trabalhador como ser humano e pela energia de trabalho que desenvolve na prestação de serviço" (MASCARO, 2005, p.613). Assim, o ambiente do trabalho onde se encontra o empregado precisa estar de acordo com que rege os direitos ambiental do trabalho.

Nos estudos de Ramos e Gália (2013), a defesa do meio ambiente pode ser efetivada através de termo de ajustamento de conduta às exigências legais que os órgãos legitimados poderão tomar dos interessados, sendo este ato jurídico processual ou extraprocessual, ainda segundo os autores, pelo qual a pessoa física ou jurídica que esteja a lesar os bens jurídicos tutelados assume, inequívoca vontade de ajustar-se às exigências estabelecidas em lei, afetado por ato comissivo ou omissivo considerado ilícito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O assédio Moral coletivo também é uma realidade dentro dos bancos como sinaliza Macedo (2015,p.1), assim:

> TST condena Banco do Brasil por assédio moral coletivo. Instituição terá de pagar indenização de R$ 600 mil e coibir a prática em todo o país; ministros ressaltam caso de gerente que disse aos subordinados possuir uma espingarda e que 'não errava um tiro'. A Primeira Turma do Tribunal Superior do Trabalho (TST), em decisão unânime, negou recurso do Banco do Brasil contra condenação por danos morais coletivos imposta pelo Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região (Distrito Federal/Tocantins), por vários casos de assédio ocorridos dentro da instituição. O Banco do Brasil terá que pagar uma indenização de R$ 600 mil, verba que irá para o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT). "Uma empresa de grande porte tem que manter o controle de seus funcionários, principalmente dos que exercem cargos diretivos", enfatizou o ministro Lelio Bentes, presidente da Turma. No julgamento do Tribunal Superior do Trabalho (TST), os ministros ressaltaram casos como o de um gerente no Espírito Santo que disse aos subordinados que possuía uma espingarda, que „não errava um tiro" e que „estava com vontade de matar uma pessoa", e o de uma funcionária de 22 anos que passou a ir trabalhar acompanhada da mãe após sofrer assédio de seu superior.

De acordo com os ensinamentos de Barros (2016, p. 644) o legislador buscou proporcionar segurança ao trabalhador, em uma fase em que este apresente certa fragilidade:

> Agiu com acerto o legislador, pois a realidade demonstra a frequência de despedidas de trabalhadores egressos de afastamentos motivados por acidentes e a dificuldade que encontram na obtenção de novo emprego, mormente quando o infortúnio deixa sequelas. A garantia visa a remediar esse mal, proporcionando ao trabalhador segurança em uma fase em que poderá apresentar certa fragilidade, com redução do ritmo normal de trabalho.

Segundo Souza (2017), o assédio moral no ambiente de trabalho, ocorre de maneira repetida, não se isolando a pequenos fatos, mas abrangendo inclusive os colegas de trabalho e clientes do vitimado. O autor relata ainda que apenas sentenças judiciais em favor dos empregados não são suficientes, necessário se faz

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

que o Sindicato da Categoria, Comissões de Direitos Humanos e órgãos de combate a discriminação, junto ao Ministério Público do Trabalho, criem programas de conscientização e haja maior vigilância em cima dos bancos. A dignidade da pessoa humana é o maior bem que o indivíduo possui e não há preço que a repare.

A reparação de danos morais, consequência do assédio moral é de maneira judicial, Souza (2017) diz que a reparação desse dano ao empregado ocorre de maneira judicial na Justiça do Trabalho, contudo, é imprescindível que exista legislação mais específica ao assédio moral e sua punição. O autor sinaliza ainda que, a lei é a reparação, todavia, urge que os Sindicatos da categoria, Comissões de Direitos Humanos e órgãos de combate a discriminação, junto ao Ministério Público do Trabalho, previnam o assédio, para que nem o Poder Judiciário necessite ser provocado. Não há indenização que apague da memória ou minimize as consequências, frutos do assédio moral.

Para Castro e Neto (2016), o número de processos na Justiça do Trabalho cresce a cada ano. A título de exemplo, observa-se que no caso dos Bancos, os processos relacionados a assédio moral têm ganhado relevância no passivo trabalhista da instituição e as decisões judiciais que enfrentam esta matéria têm sido favoráveis aos trabalhadores.

Os bancos por sua vez não se responsabilizam pelos assédios morais ocorridos dentro das instituições, quando se trata de cliente e bancários, porém os assédios relacionados aos profissionais (colegas de trabalho) podem ser registrados através das Ouvidorias, mas precisam de testemunhas para da continuidade ao processo judicial.

Segundo o TST - Recurso de Revista RR 10004320105030077 (TST) - Data de publicação: 06/03/2015 Ementa: QUANTUM. Valor da Indenização por Dano Moral não Excessivo. Assédio Moral no Trabalho.

> As reclamadas foram condenadas ao pagamento de indenização por danos morais, tendo em vista que ficou demonstrado, por meio de prova testemunhal, que a reclamante sofreu assédio moral no ambiente de trabalho. Em relação ao montante da indenização majorado pelo Regional em 100 vezes o último salário da reclamante (R$ 60.800,00), não merece reforma a decisão. Ressalta-se que o valor da indenização por dano moral a ser arbitrado não é mensurável monetariamente de forma objetiva ou previamente tarifada, em virtude de não ter dimensão econômica ou patrimonial, tendo sido adotado no Brasil o sistema aberto, em que se atribui ao juiz a competência para fixar o quantum, de forma subjetiva, levando-se em consideração a situação econômica

> do ofensor, o risco criado, a gravidade e a repercussão da ofensa, a intensidade do ânimo de ofender, a culpa ou dolo, entre outros (JUSBRASIL,2016).

Assim, § 2o A decisão referida no § 1o deste artigo deverá ser proferida antes da abertura da instrução e, a requerimento da parte, implicará o adiamento da audiência e possibilitará provar os fatos por qualquer meio em direito admitido. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (BRASIL, 2019).

O pagamento dos danos morais causados por clientes aos bancários, ainda enfrenta diversas entraves uma delas é a questão de apresentar uma testemunha, pois nestes casos é muito difícil alguém se disponibilizar o que acaba se tornando um fato impune. Porém, os bancários precisam estar atentos à questão dos assédios morais dentro da instituição, bem como relatar o ocorrido e acompanhar todo o processo judicial.

Os bancos por serem grandes instituições deveriam ter um compromisso de garantir um meio ambiente seguro no que tange a questão do assédio moral dos clientes para com os bancários. Contudo, observa-se a negligência dos bancos quando os fatos ocorrem dentro de suas dependências, bem como não proporcionam segurança no meio laboral no que se refere ao assédio moral

> A novidade jurídica deste artigo está relacionada ao reconhecimento de que a pessoa jurídica também pode ser afetada pelo dano extrapatrimonial, porém, de forma tão somente objetiva, já que por se constituir uma abstração, a empresa não possui espírito. Como o núcleo basilar da responsabilidade subjetiva repousa no tripé dor, humilhação e angústia, a empresa ou pessoa jurídica não poderá ser acometida nesta vertente da responsabilidade civil. Com efeito, o acolhimento da admissibilidade do dano não patrimonial em relação à pessoa jurídica veio acolher o disposto na Súmula n. 227 do Superior Tribunal de Justiça, in verbis: "Súmula n. 227 - A pessoa jurídica pode sofrer dano moral". Obviamente tal especificidade de dano moral só recairá sobre a pessoa do empregado ou de terceiro, que por ação ou omissão, culpa (negligência, imprudência ou imperícia) ou dolo, cometer ato ilícito e lesar a imagem ou reputação da empresa ou empregador no mercado em que opera), (RIBEIRO, 2017, p.5).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Assim, a súmula nº 227 explica que o dano moral só recairá sobre a pessoa do empregado ou de uma terceira pessoa. Nesse sentido, precisa ser analisado tal caso para que este possa ser julgado dentro do contexto da Lei Nº 13.467 da CLT.

CONCLUSÃO

O ser humano é único e como tal possui sua honra e principalmente sua dignidade que não tem preço, assim a sociedade exige reparação por danos que precisam ser, definidos, classificados e medidos.

O assédio moral é um desses danos, e tem sido praticado contra os trabalhadores bancários e é cada vez mais crescente a sua ocorrência, e agora com um outro elemento participante, o cliente, que como terceiro não deixará de responder e reparar por ato ilícito ou abusivo praticado a outrem.

No que se refere aos bancos, estes não têm por Lei, a obrigação de se responsabilizar pelos danos causados por seus clientes. Assim, neste segmento, os bancos, tanto os considerados públicos como os privados, não são amparados por Lei específica como os funcionários públicos são, (Lei 8.112 de 11 de dezembro de 1990) que dispõem sobre o regime jurídico dos servidores públicos...).

Diante disso, por se tratar de uma questão subjetiva que precisa ser provada em juízo, o assediado (bancário) que sofre danos morais no ambiente de trabalho, por parte do cliente e ou da instituição, no seu espaço de trabalho, não possui apoio de normas determinantes institucionais para punir o tipo abusivo de comportamento dos clientes, como a estabelecida na legislação do servidor público.

Contudo, as empresas bancárias precisam tomar providências cabíveis, verdadeiramente de proteção aos seus trabalhadores, não apenas de ouvidorias internas, manipuladas com informações falsas e maquiadas, para que os direitos não sejam violados durante a jornada de trabalho.

Percebeu-se que a preocupação dos bancos está em proteger primordialmente o seu patrimônio e a obtenção cada vez maior de seus lucros, sempre com a intenção de captar mais clientes sem se preocupar com o bem-estar e o ambiente sadio dos trabalhadores bancários, que fundamentalmente contribuem para o enriquecimento do mesmo.

Dessa forma, o presente artigo mostra que apesar do avanço da legislação , visando proteger os trabalhadores com a atual reforma trabalhista, seja através de multas e tetos para mensurar a reparação dos danos, ainda assim inexiste a responsabilidade objetiva dos bancos no que tange a prática do assédio sofrido por seus trabalhadores, mesmo que estes estejam no interior do banco em horário de trabalho e cercado de câmeras de segurança por todos os lados, a situação alegada

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de assédio cometida principalmente por clientes deve ser provada, e o banco se exime dos prejuízos, físicos, morais e psicológicos causados.

REFERÊNCIAS

ALVES, Ana Elizabeth Santos. **A qualificação no novo contexto da automação e flexibilização do trabalho:** um estudo no setor bancário. 2013. Disponível em: <http://www.anped.org.br/reunioes/23/textos/0905p.PDF >. Acesso em: 26 de maio 2019.

BARRETO, Margarida. **Uma jornada de humilhações**. PUC/SP. 2000. Disponível em: <http://www.assediomoral.org/site/assedio/AMconceito.php>;Acesso em: 25 maio 2019.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho** / Alice Monteiro de Barros. – 10. Ed. – São Paulo: LTr, 2016.

BASÍLIO, Patrícia. **De cada dez denúncias de assédio moral no Brasil, três são contra bancos**. 2014. Disponível em: <http://economia.ig.com.br/2014-04-24/de-cada-dez-denuncias-de-assedio-moral-no-brasil-tres-sao-contra-bancos.html> . Acesso em: 25 maio. 2019.

BRASIL, **Ministério do Trabalho e Emprego. Assédio moral:** defenda-se! Revista Trabalho. Brasília, 2. ed., p. 22-23, ago./out. 2008. Disponível em: >http://www.mte.gov.br/revista/edicao2/revista.pdf> acesso em 25 de maio de 2019.

_____,CF1988,**Art.186;Art.187;Art.927.**2002,Disponivel:<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91577/codigo-civil-lei1040602>acesso em : 23 de jun. 2019.

_____,Consolidação das Leis do Trabalho - Decreto-lei 5452/43 | Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943.Disponível em:<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/111983249/consolidacao-das-leis-do-trabalho-decreto-lei-5452-43>acesso em 14 de jul. 2019.

_____.LEI Nº 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017.Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>acesso em 26 de maio de 2019.

colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho

CASTRO, de MARINO 59, Lúcia Helena Fazzane; NETO 60, Mário Furlaneto. A **PRÁTICA DO ASSÉDIO MORAL NAS ORGANIZAÇÕES BANCÁRIAS**. **PAZ, DIREITO & POLÍTICA**, p. 80.2016.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil** / Sergio Cavalieri Filho -13. Ed.- São Paulo: Atlas, 2019.

CERQUEIRA, Vinicius da Silva. **Assédio Moral Organizacional nos Bancos**. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho** . — 16. ed. rev. e ampl. — São Paulo : LTr, 2017, pág. 214 e 215.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

GLOCKNER, César Luís Pacheco. **Assédio moral no trabalho**. São Paulo: IOB Thonson, 2004.
HIRIGOYEN, M.-F. **Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.
ISRAEL, Eduardo. O assédio moral nas agências bancárias: causas e consequências. **Direito do Trabalho e Processo do Trabalho-Unisul Virtual**, 2017.
MACEDO, Fausto. **TST condena Banco do Brasil por assédio moral coletivo**. Estadão: Política, 22 jun. 2015. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/tst-condena-banco-do-brasil-por-assedio-moral-coletivo/> . Acesso em: 25 maio. 2019.
MASCARO, Amauri Nascimento. **Curso de Direito do Trabalho**, 24ª edição, revista, atualizada e ampliada, Editora Saraiva,2005. p. 613.
NASCIMENTO, Lídia Andrade do. **Meio ambiente de trabalho do bancário:** assédio moral coletivo pela exigência de metas.Manaus. 2017.
OLIVEIRA, Izabela Viegas de.**O bem jurídico afetado pelo Assédio moral e a ofensa à integridade moral.**2018. Dissertação de Mestrado.
PAPARELLI, Renata. Grupos de enfrentamento do desgaste mental no trabalho bancário: discutindo saúde mental do trabalhador no sindicato. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, v. 36, n. 123, 2011.
RAMOS, Luís Leandro Gomes; GALIA, Rodrigo Wassem. **Assédio Moral no Trabalho: O abuso do poder diretivo do empregador e a responsabilidade civil pelos danos causados ao empregado – atuação do Ministério Público do Trabalho**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013
RIBEIRO, Enoque dos Santos. O dano moral na dispensa do empregado. 6ª. edição, revisada e ampliada com a Lei n. 13.467/2017. SP: Editora Ltr, 2017, p. 295-296

SILVA, Marcos Candido da. **Assédio moral no ambiente de trabalho**. 2018.
ROMAR, Carla Tereza Martins. **Direito do Trabalho Esquematizado**. 2ª edição. Editora Saraiva, 2014.
SANTOS, Michel Carlos; Rocha; GOMES, Isabella Monteiro. A importância dos princípios do direito do trabalho para a concretização do trabalho como direito fundamental. Revista LTr, 76-10/ 1238. Vol. 76, nº 10. Outubro de 2012.

SANTOS, M., André dos. **Assédio Moral nas Relações de Trabalho no Brasil: revisão necessária do conceito**. 2018.
SILVA, Alex Junior Silva. O Assédio Moral nos Estabelecimentos Bancários. **ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-ISSN 21-76-8498**, v. 7, n. 7, 2011.
SOARES, Lena Rodrigues; VILLELA, Wilza Vieira. O assédio moral na perspectiva de bancários. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, 2012.
SOUZA, LUIS; DE, MAURÍCIO RODRIGUES. **Assédio Moral nas Relações de Trabalho**. 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

JUDICIALIZAÇÃO E A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

STHEFANIE PANTOJA CASTRO DOS SANTOS:
Bacharelanda no Curso de Direito do Centro Universitário de Ensino Superior Do Amazonas – CIESA
BERNARDO SILVA DE SEIXAS

(Orientador)

RESUMO: Este artigo tem como temática a Judicialização e a criminalização da homofobia. O fenômeno da judicialização é de especial importância para a compreensão do processo de institucionalização dos direitos de pessoas lésbicas, gays, bissexuais e trans (LGBT) no cenário brasileiro. Infelizmente, o debate sobre a criminalização dos crimes de ódio contra as LGBT chega com quase 20 anos de atraso ao Supremo Tribunal Federal (STF). A luta política que deve ser travada neste momento e daqui para frente passa por políticas públicas sobre gênero, sexualidade e raça nas escolas, pois, trata-se de construir uma nova mentalidade para que estes crimes contra a diferença e os corpos dissidentes diminuíam e, quem sabe, um dia desapareçam. Esta pesquisa tem como objetivo geral: Confrontar a judicialização e a criminalização da homofobia sobre os reflexos do aumento da repressão criminal e seus sujeitos estigmatizados. A metodologia adotada de acordo com a abordagem não se fez necessário o uso de métodos e técnicas estatísticas, os dados foram analisados indutivamente. Quanto aos procedimentos é monográfico e estudo de caso. E quanto a técnica utilizou-se a documentação direta. O fenômeno da judicialização é de especial importância para a compreensão do processo de institucionalização dos direitos de pessoas lésbicas, gays, bissexuais e trans (LGBT) no cenário brasileiro. Infelizmente, o debate sobre a criminalização dos crimes de ódio contra as LGBT chega com quase 20 anos de atraso ao Supremo Tribunal Federal (STF).

Palavras-Chaves: Homofobia, Judicialização, Criminalização, Luta política e Legislação.

ABSTRATCT: This article has as its theme the Judicialization and the criminalization of homophobia. The phenomenon of judicialization is of particular importance for understanding the process of institutionalization of the rights of lesbian, gay, bisexual and transgender people (LGBT) in the Brazilian scenario. Unfortunately, the debate over the criminalization of hate crimes against LGBT comes almost 20 years behind the Supreme Court (STF). The political struggle that must be fought at this moment and going forward goes through public policies on gender, sexuality and race in schools, because it is about building a new mentality so that these crimes

against difference and dissident bodies diminished and, who knows, one day they will disappear. This research has as its general objective: To confront the judicialization and criminalization of homophobia on the reflexes of the increase of criminal repression and its stigmatized subjects. The methodology adopted according to the approach was not necessary to use statistical methods and techniques, the data were inductively analyzed. As for the procedures is monographic and case study. And as for the technique, direct documentation was used. The phenomenon of judicialization is of particular importance for understanding the process of institutionalization of the rights of lesbian, gay, bisexual and transgender people (LGBT) in the Brazilian scenario. Unfortunately, the debate over the criminalization of hate crimes against LGBT comes almost 20 years behind the Supreme Court (STF).

Key-words: Homophobia, Judicialization, Criminalization, Political Struggle and Legislation.

INTRODUÇÃO

A despeito da importante discussão, sobretudo da seara da criminologia, é importante destacar a miragem simbólica deste reconhecimento. Isto é ainda mais ressaltado no contexto que fez com que o Brasil ganhasse o título de país que mais mata LGBTIs no mundo; só em 2018, 420 vítimas - considerada a subnotificação porque, ausente a tipificação penal, é ainda mais dificultoso este levantamento no sistema de justiça.

Os motivos são vários: completa inanição do Congresso Nacional, má vontade generalizada da esquerda para com a questão e equívocos sistemáticos dos governos do PT. Além do mais, a própria mentalidade de parte do movimento LGBT mudou quanto à eficácia da criminalização da homofobia.

A pesquisa apresenta como problemática "O julgamento recentemente iniciado e ainda em curso sobre a criminalização da homofobia suscita diversas reflexões importantes". Neste ensaio permite-se, na esteira das discussões que vertem das tensões entre constitucionalismo e democracia, destacar o papel do Poder Judiciário neste tipo de demanda que reclama o próprio sentido de proteção dos direitos humanos que está em jogo para nossa democracia.

O Supremo Tribunal Federal formou maioria para declarar a omissão legislativa e igualar os crimes de homofobia aos de racismo. O Plenário deu continuidade, dia 23/05/2019, ao julgamento das duas ações que tratam do

tema. A sessão foi retomada no dia 5 de junho. Dez dos onze ministros reconheceram haver uma demora inconstitucional do Legislativo em tratar do tema. Apenas Marco Aurélio Mello discordou. Diante desta omissão, por 8 votos a 3 EM 13/06/2019, os ministros determinaram que a conduta passe a ser punida pela Lei de Racismo (7716/89), que hoje prevê crimes de discriminação ou preconceito por "raça, cor, etnia, religião e procedência nacional".

Muito se critica e com razão a atuação mais proeminente em matéria judicial que, sob as vestes de ativismo judicial desenfreado viola a própria Constituição. Uma objeção ao enfoque judicial é que tratar-se-ia de uma decisão elitista já que é fato que os juízes – em especial aqueles das Cortes Superiores – tendem a ser selecionados entre os setores mais privilegiados da sociedade, enquanto muitos dos indivíduos envolvidos em litígios, em especial penais, provêm de setores sociais mais baixos.

Esta pesquisa tem como objetivo geral: Confrontar a judicialização e a criminalização da homofobia sobre os reflexos do aumento da repressão criminal e seus sujeitos estigmatizados. E para isso se fez necessário estabelecer os seguintes objetivos específicos: Levantar aspectos teóricos sobre a judicialização e criminalização da homofobia no Brasil; Identificar quais as lacunas constantes do Projeto de Lei da Câmara (PLC) 122/2006 que propunha a criminalização dos preconceitos motivados pela orientação sexual e pela identidade de gênero; Equiparar aos demais preconceitos que já são objetos da Lei 7716/89.

A metodologia adotada de acordo com a abordagem não se fez necessário o uso de métodos e técnicas estatísticas, os dados foram analisados indutivamente. Quanto aos procedimentos é monográfico e estudo de caso elaborada a partir de material já publicado, constituído principalmente de livros, artigos de periódicos e atualmente com material disponibilizado na Internet envolvendo um estudo profundo e exaustivo de um ou poucos objetos de maneira que se permita o seu amplo e detalhado conhecimento. E quanto a técnica utilizou-se a documentação direta que corresponde à parte prática da coleta de dados.

Durante a pesquisa serão abordados temáticas a respeito da Homofobia e os Direitos Humanos, a Violência Homofóbica, Judicialização e Criminalização da Homofobia no Brasil, Projeto de Lei da Câmara (PLC) 122/2006 e Lei 7716/89.

1 A HOMOFOBIA E OS DIREITOS HUMANOS

Apesar de ter acontecido mudanças significativas e prega-se tanto sobre a igualdade sabe-se que essa só está na teoria, pois na prática a homossexualidade é um grupo excluído da sociedade e por isso da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

criminalização, pois se todos se tratassem igualmente não haveria preconceito (SILVA, 2019, p. 15).

A noção de Direitos Humanos é compreendida como os direitos pelos quais todos estão resguardados desde o nascimento, cabendo ao Estado assegurar o respeito e a segurança, por meio de acordos, convenções, leis e tratados nacionais e internacionais. Inúmeros documentos existem para assegurar a defesa e a realização das práticas de proteção a tais direitos, como por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Constituição Federal do Brasil de 1988, na qual são destacados os princípios constitucionais visando assegurar a proteção do Estado aos Direitos Humanos de todos os brasileiros (BASTOS et al., 2017, p. 3).

O preconceito nasce a partir do momento que não se aceita a condição da outra pessoa, no caso da homofobia, o preconceito vem a partir do incômodo que gera a orientação sexual de outro ser humano e nesse aspecto Varella (2018, p. 5) comenta:

> "Que diferença faz para você se o seu vizinho dorme com outro homem, ou se sua vizinha é apaixonada pela colega de escritório, se faz diferença para você procura um psiquiatra [...] duas pessoas se amam e são do mesmo sexo, o que isso me atinge? Você vai discutir esse comportamento como se fosse aberração da natureza? Homossexualidade existe com todos os mamíferos, uma condição biológica. Você não chega a uma fase da vida onde você se pergunta o que serei? homossexual ou heterossexual? A sexualidade é, ela se impõe daquele jeito, temos mulheres e homens que gosta do mesmo sexo e entre esses dois extremos temos uma gama enorme de comportamento sexuais, o que não podemos é impor nossa condição para os outros".

E é exatamente por conta desse "incomodo da sociedade" que muitos homossexuais adotam uma postura radical mudando o modo de ser e se estabelecendo como "muralhas", ou seja, para impor respeito acabam se tornando grossos ou agressivos perto de outras pessoas intolerantes.

Nesse sentido a lei vem como proteção, pois ela existindo, as pessoas passarão a olhar de maneira mais respeitosa ou inerme sobre essa situação, a partir do momento que é colocado a pessoa sob risco de pena elas começam se policiar, diminuindo então as questões de homofobia.

Não querendo dizer que o preconceito irá acabar, mas as pessoas passarão a olhar para essa sociedade de maneira que ela não seja excluída e sim incluída, não é uma questão de impor a elas algo inaceitável, mas sim, fazer com que vejam que são pessoas e são dignos, assim como qualquer um outro.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

1.1 A violência homofóbica

Homofobia é aqui definida como rejeição, aversão, medo ou ódio irracional aos homossexuais e, por extensão, a todos os que manifestem orientação sexual ou identidade de gênero diferente dos padrões heterossexuais ainda aceitos como normativos na nossa sociedade. Nesse sentido, comportamentos homofóbicos variam desde a violência física da agressão e da violência fatal, isto é, o assassinato, até a violência simbólica e/ou psicológica nos atos de xingar, ridicularizar, apelidar, excluir do grupo (KOEHLER, 2013, p. 10) ou até mesmo afirmar que não gostaria de conviver/frequentar qualquer espaço com uma pessoa homossexual.

Violências contra a população LGBT estão presentes nas diversas esferas de convívio social e constituição de identidades dos indivíduos. Suas ramificações se fazem notar no universo familiar, nas escolas, na igreja, na rua, no posto de saúde, na mídia, nos ambientes de trabalho, nas forças armadas, na justiça, na polícia, em diversas esferas do poder público e na falta de políticas públicas afirmativas que contemplem a comunidade LGBTT (MOTT, 2006, p. 4).

Junqueira (2007, p. 2) argumenta que existe uma grande dificuldade em se perceber a homofobia como fenômeno relacionado a questões e relações de gênero, já que o termo, na maioria das vezes, se refere apenas a casos de discriminação contra homossexuais masculinos.

O relatório "Brasil sem homofobia" é sem dúvida a melhor exposição do fenômeno em nossa sociedade contemporânea. Esse comportamento intolerante em relação à diversidade sexual tem resultado em assassinatos e suicídios de pessoas GLBT em todo o mundo e na negação do livre exercício da cidadania para este segmento da sociedade. O relatório mostra que a escola é uma instância de disciplinamento da sexualidade – heterossexual-, configurando-se um território que reproduz mecanismos homofóbicos. Isto nos remete à questão do heterossexismo enquanto institucionalização da norma ou padrão heterossexual, que estabelece e perpetua a noção de que todas as pessoas são ou devem ser heterossexuais, excluindo as necessidades, as preocupações, as culturas e as experiências de vida dos gays, lésbicas, bissexuais e transgêneros, travestis e intersexuais.

Conforme Junqueira (2007, p. 61), a escola é um lugar em que jovens LGBT enfrentam, sistematicamente, discriminações por parte de colegas, professores, dirigentes e servidores escolares e "não raro encontram obstáculos para se matricularem na rede pública, participarem de atividades pedagógicas e terem suas identidades minimamente respeitadas".

2 JUDICIALIZAÇÃO E CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NO BRASIL

Malgrado a evolução, na forma de ver a homossexualidade pela ciência e pela sociedade, Rios e Resadori (2018, p. 15), afirmam que a homossexualidade ainda é objeto de intenso preconceito e violência em nossa sociedade.

Na realidade brasileira ainda permanece a discriminação contra os homossexuais. Essa discriminação, é ilícita, pois viola o direito de pessoas com base em critérios injustificáveis e injustos, provenientes de opiniões preestabelecidas no senso comum, impostos pela cultura, educação, religião e tradições de um povo.

Até o dia 20 de setembro de 2017, 277 homicídios foram registrados, segundo levantamento do GGB. Trata-se da maior média de assassinatos desde que os dados passaram a ser contabilizados pela entidade baiana. Também pela primeira vez, a média de mortes ligadas à homofobia passou de um assassinato por dia (MADEIRO, 2017, p. 2).

Diante dessa realidade de intolerância e violência em que se encontram os homossexuais no Brasil, a ex-Deputada paulista, Iara Bernadi, idealizou o Projeto de Lei n. 5003/2001.

No que tange à história do Projeto de Lei, deu-se em 2001 quando a então Deputada paulista, Iara Bernadi, apresentou à Câmara o Projeto de Lei 5003/2001, sendo designado relator o Deputado Bispo Rodrigues que o devolveu sem nenhuma manifestação, em 18 de dezembro de 2002, levando a matéria a ser arquivada em fevereiro de 2003.

Ainda em 2003, o Projeto de Lei 5003/2001 foi desarquivado, sendo designado relator o Deputado Bonifácio de Andrada que o devolveu sem manifestação em 24 de março de 2004. Após, foi designado novo relator, o Deputado Aloysio Nunes Pereira, que também o devolveu sem manifestação (KRAUSE, 2006, p. 21).

Em 17 de março de 2005, foi designado relator o Deputado Luciano Zica, que apresentou o parecer em nome da Comissão de Constituição e Justiça, sendo apensados o Projeto de Lei 05/2003 da própria Deputada Iara Bernadi, o Projeto de Lei 381/2003 do Deputado Maurício Rabelo, o Projeto de Lei 3143/2004 da Deputada Laura Carneiro, o Projeto de Lei 3770/2004 do Deputado Eduardo Valverde e o Projeto de Lei 4243/2004 do Deputado Edson Duarte.

Impressiona-se com o fato de, apesar do conteúdo polêmico, não terem sido apresentadas emendas ao substitutivo, sendo a matéria aprovada sem maiores ressalvas na Comissão de Constituição e Justiça.

Outro fato polêmico que marcou o trâmite legislativo do Projeto em baila, foi o despacho inicial do projeto, pelo então Presidente da Câmara dos Deputados à época, Deputado Aécio Neves, sem antes o ter enviado para

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

discussão na Comissão de Direitos Humanos, como previsto no Regimento Interno, prejudicando a discussão do mérito (ALVES, 2010, p. 7).

Em 20 de abril de 2006 foi apresentado requerimento do Líder do PFL, Deputado Rodrigo Maia, pedindo regime de urgência da matéria, que só foi apresentado sete meses depois, em novembro de 2006, em plena quinta-feira, dia atípico para votação de projetos polêmicos.

Ao chegar ao Senado o projeto recebeu a denominação de Projeto de Lei da Câmara n. 122/2006 e, no dia 07 de fevereiro de 2007, foi encaminhado ao gabinete da Senadora do PT de Rondônia, Fátima Cleide, designada como relatora na Comissão de Direitos Humanos, encontrando-se atualmente em discussão na Comissão de Assuntos Sociais.

O projeto altera a Lei n. 7716 de 05 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor; dá nova redação ao § 3º do art. 140 do Decreto-Lei n. 2848, de 07 de novembro de 1940, que dispõem sobre a injúria na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência; altera o Código Penal Brasileiro e o art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5452, de primeiro de maio de 1943, que dispõe sobre a igualdade salarial, sem distinção de sexo.

O PLC n. 122/2006, tem por escopo punir com maior rigor as práticas discriminatórias, em razão da orientação sexual de pessoas, visando coibir a homofobia que, significa "distúrbio psíquico revelado por aqueles que possuem medo ou ódio irracional diante da homossexualidade" e, ainda, serve também para o heterossexual deixar claro para os outros que ele não é homossexual.

No cerne da sociedade atual, os homossexuais objetivam tão-somente legalizar sua situação afetiva, reivindicando os mesmos direitos e as vantagens concedidas aos heterossexuais; para tal fim, vêm se organizando de várias maneiras, seja através de grupos militantes na luta pelo fim da discriminação ou por grupos de discussão crescentes nas grandes cidades.

No que tange à justificação do PLC 122/2006, de acordo com o texto original aprovado na Câmara dos Deputados sob o n. 5003/2001, atendo-se à questão da discriminação por orientação sexual, assim se fundamenta:

> A orientação sexual é direito personalíssimo, atributo inerente e inegável à pessoa humana e como direito fundamental, surge o prolongamento dos direitos a personalidade, como direitos imprescindíveis para uma sociedade que se quer livre, justa e igualitária [...] estamos propondo o fim da discriminação de pessoas que pagam impostos como nós [...] garantindo que não serão molestados em seus direitos de cidadania e para

que prevaleça o art. 5º da nossa Constituição (ALVES, 2010, p. 9).

Corroborando com a ideologia do projeto em epígrafe, doutrinariamente, Rios e Resadori (2018) destacam que a emergência das inúmeras situações envolvendo as relações homossexuais requer uma abordagem jurídica que analise as discriminações motivadas na orientação sexual, dada a intensidade e a gravidade que decorrem das diferenciações, nestes domínios da realidade.

3 LEI Nº 7.716, DE 5 DE JANEIRO DE 1989

Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor (LEI Nº 7.716/1989):

Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

Art. 2º (Vetado).

Art. 3º Impedir ou obstar o acesso de alguém, devidamente habilitado, a qualquer cargo da Administração Direta ou Indireta, bem como das concessionárias de serviços públicos.

Pena: reclusão de dois a cinco anos.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, por motivo de discriminação de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, obstar a promoção funcional. (Incluído pela Lei nº 12.288, de 2010)

Art. 4º Negar ou obstar emprego em empresa privada.

Pena: reclusão de dois a cinco anos.

§ 1o Incorre na mesma pena quem, por motivo de discriminação de raça ou de cor ou práticas resultantes do preconceito de descendência ou origem nacional ou étnica: (Incluído pela Lei nº 12.288, de 2010)

I - deixar de conceder os equipamentos necessários ao empregado em igualdade de condições com os demais trabalhadores; (Incluído pela Lei nº 12.288, de 2010)

II - impedir a ascensão funcional do empregado ou obstar outra forma de benefício profissional; (Incluído pela Lei nº 12.288, de 2010)

III - proporcionar ao empregado tratamento diferenciado no ambiente de trabalho, especialmente quanto ao salário. (Incluído pela Lei nº 12.288, de 2010) (Vigência)

§ 2º Ficará sujeito às penas de multa e de prestação de serviços à comunidade, incluindo atividades de promoção da igualdade racial, quem, em anúncios ou qualquer outra forma de recrutamento de trabalhadores, exigir aspectos de aparência próprios de raça ou etnia para emprego cujas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

atividades não justifiquem essas exigências. (Incluído pela Lei nº 12.288, de 2010)

Art. 5º Recusar ou impedir acesso a estabelecimento comercial, negando-se a servir, atender ou receber cliente ou comprador.

Pena: reclusão de um a três anos.

Art. 6º Recusar, negar ou impedir a inscrição ou ingresso de aluno em estabelecimento de ensino público ou privado de qualquer grau.

Pena: reclusão de três a cinco anos.

Parágrafo único. Se o crime for praticado contra menor de dezoito anos a pena é agravada de 1/3 (um terço).

Art. 7º Impedir o acesso ou recusar hospedagem em hotel, pensão, estalagem, ou qualquer estabelecimento similar.

Pena: reclusão de três a cinco anos.

Art. 8º Impedir o acesso ou recusar atendimento em restaurantes, bares, confeitarias, ou locais semelhantes abertos ao público.

Pena: reclusão de um a três anos.

Art. 9º Impedir o acesso ou recusar atendimento em estabelecimentos esportivos, casas de diversões, ou clubes sociais abertos ao público.

Pena: reclusão de um a três anos.

Art. 10. Impedir o acesso ou recusar atendimento em salões de cabeleireiros, barbearias, termas ou casas de massagem ou estabelecimento com as mesmas finalidades.

Pena: reclusão de um a três anos.

Art. 11. Impedir o acesso às entradas sociais em edifícios públicos ou residenciais e elevadores ou escada de acesso aos mesmos.

Pena: reclusão de um a três anos.

Art. 12. Impedir o acesso ou uso de transportes públicos, como aviões, navios barcas, barcos, ônibus, trens, metrô ou qualquer outro meio de transporte concedido.

Pena: reclusão de um a três anos.

Art. 13. Impedir ou obstar o acesso de alguém ao serviço em qualquer ramo das Forças Armadas.

Pena: reclusão de dois a quatro anos.

Art. 14. Impedir ou obstar, por qualquer meio ou forma, o casamento ou convivência familiar e social.

Pena: reclusão de dois a quatro anos.

Art. 15. (Vetado).

Art. 16. Constitui efeito da condenação a perda do cargo ou função pública, para o servidor público, e a suspensão do funcionamento do estabelecimento particular por prazo não superior a três meses.

Art. 17. (Vetado).

Art. 18. Os efeitos de que tratam os arts. 16 e 17 desta Lei não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

Art. 19. (Vetado).

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

Pena: reclusão de um a três anos e multa. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

§ 1º Fabricar, comercializar, distribuir ou veicular símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

§ 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza: (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

§ 3º No caso do parágrafo anterior, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência: (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

I - o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo;(Incluído pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas, televisivas, eletrônicas ou da publicação por qualquer meio; (Redação dada pela Lei nº 12.735, de 2012)

III - a interdição das respectivas mensagens ou páginas de informação na rede mundial de computadores. (Incluído pela Lei nº 12.288, de 2010)

§ 4º Na hipótese do § 2º, constitui efeito da condenação, após o trânsito em julgado da decisão, a destruição do material apreendido. (Incluído pela Lei nº 9.459, de 15/05/97)

Art. 21. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. (Renumerado pela Lei nº 8.081, de 21.9.1990)

Art. 22. Revogam-se as disposições em contrário. (Renumerado pela Lei nº 8.081, de 21.9.1990)

3.1 STF aprova a Criminalização da Homofobia

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O julgamento começou em 13 de fevereiro, quando foram ouvidos os autores dos dois processos (ADO 26 e MI 4733) que levaram os ministros a debater o tema, a Procuradoria-Geral da República (PGR), a Advocacia-Geral da União (AGU), o Senado e grupos favoráveis e contrários à criminalização da homotransfobia (STF, 2019).

Dez dos onze ministros reconheceram haver uma demora inconstitucional do Legislativo em tratar do tema. Apenas Marco Aurélio Mello discordou.

Diante desta omissão, por 8 votos a 3, os ministros determinaram que a conduta passe a ser punida pela Lei de Racismo (7716/89), que hoje prevê crimes de discriminação ou preconceito por "raça, cor, etnia, religião e procedência nacional".

Votaram assim Alexandre de Moraes, Cármen Lúcia, Celso de Mello, Edson Fachin, Gilmar Mendes, Luís Barroso, Luiz Fux e Rosa Weber. Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio disseram isso criaria um novo tipo de crime, o que cabe exclusivamente ao Congresso.

O racismo é um crime inafiançável e imprescritível segundo o texto constitucional e pode ser punido com um a cinco anos de prisão e, em alguns casos, multa (BARIFOUSE, 2019, p. 5).

O debate foi realizado ao longo de três meses no STF, e chegou a ser suspenso duas vezes neste período. Ao todo, os ministros levaram seis sessões para concluí-lo.

O Supremo Tribunal Federal (STF) determinou em 13 de junho de 2019, que a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero passe a ser considerada um crime.

3.2 O que diz a Lei

A homofobia e a transfobia não estão na legislação penal brasileira, ao contrário de outros tipos de preconceito.

Uma das principais reivindicações de militantes LGBT no país, a criminalização destas condutas chegou ao STF por meio de duas ações, movidas pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transgêneros e Intersexos (ABGLT) e pelo Partido Popular Socialista (PPS), em 2012 e 2013, respectivamente.

Elas argumentavam que o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 determina que qualquer "discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais" seja punida - e que a Lei de Racismo mostra que se optou por fazer isso criminalmente.

Ao não legislar sobre a homofobia e a transfobia, deputados e senadores estariam se omitindo inconstitucionalmente, por "pura e simples má vontade institucional".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

As ações pediam também que o STF fixasse um prazo para que fosse criada a lei e que, caso não fosse cumprido ou se fosse considerado desnecessário, a própria Corte regulamentasse temporariamente a questão até haver uma decisão do Congresso.

"O direito penal existe para defender a sociedade e também minorias e grupos sociais vulneráveis", diz o advogado Paulo Iotti, doutor de Direito Constitucional e representante do PPS e da ABGLT nas ações. "Por isso, criminaliza o racismo e coíbe a violência contra a mulher, mas o Código Penal não é suficiente hoje para proteger a população LGBT."

Iotti argumenta que o STF considerou o antissemitismo um tipo de racismo em um julgamento de 2003 e pede que o mesmo seja agora aplicado à homofobia e à transfobia.

"Queremos igual proteção penal. Se você criminaliza alguns tipos de opressão e não outras, passa uma ideia sinistra de que são menos relevantes. Não se pode hierarquizar opressões."

Outra crítica corrente à criminalização da homotransfobia é de que isso pode levar à violação da liberdade de expressão.

"É claro que qualquer excesso de agressão física ou verbal e de discriminação tem de ser punido, mas todos são iguais perante à lei, e dar o privilégio de criminalizar um discurso contrário à homossexualidade é uma agressão à democracia e a um direito fundamental", defende Walter Silva, representante da Frente Parlamentar da Família e Apoio à Vida, que reúne mais de 200 membros do Senado e da Câmara e que pediu ao STF para ser ouvida no julgamento.

"Qualquer pessoa pode se expressar de forma respeitosa. Quem defende sua fé e a composição de uma família hétero não pode expressar sua opção e razões? Não podemos admitir qualquer patrulhamento de consciência."

O advogado Paulo Iotti diz que o objetivo das ações não é "punir padre ou pastor por falar contra a homossexualidade".

4 CONCLUSÃO

Infelizmente, verdade seja dita, somos obrigados a reconhecer que de todas as chamadas “minorias sociais”, no Brasil, e na maior parte do mundo, os homossexuais continuam a ser as principais vítimas do preconceito e da discriminação. Todos nós já ouvimos mais de um pai declarar: “prefiro ter um filho ladrão do que homossexual”! E não nos acusem de apelar para o vitimismo, pois os dados comprovam inegavelmente que, de todas as minorias sociais, os homossexuais são os mais vulneráveis: 38% dos jovens entrevistados durante a coleta de dados consideram normal humilhar gays e travestis, 27% não querem ter homossexuais como colegas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de classe e 35% dos pais e mães de alunos não gostariam que seus filhos tivessem homossexuais como colegas de classe. Mais grave ainda: no Brasil, um gay, travesti ou lésbica é barbaramente assassinado a cada dois dias, vítima da homofobia.

Com esta pesquisa foi possível confrontar a judicialização e a criminalização da homofobia sobre os reflexos do aumento da repressão criminal e seus sujeitos estigmatizados. Desse modo, o ordenamento jurídico brasileiro, ao prever competência do STF para julgar Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão e Mandados de Injunção, concede a atribuição de guardião da Constituição ao órgão supremo do Judiciário e, para tanto, este deve fazê-la valer, quanto aos direitos fundamentais e aos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face de outros Poderes. Com isso, a omissão do Legislativo, caracterizadora da sua crise de representatividade, gera uma desconformidade, se aproximando da abusividade, que legitima a atuação do Poder Judiciário.

Durante a identificação de quais as lacunas constantes do Projeto de Lei da Câmara (PLC) 122/2006 que propunha a criminalização dos preconceitos motivados pela orientação sexual e pela identidade de gênero. Evidentemente, nem toda discussão política pode ser feita no âmbito jurisdicional, mas questões, ainda que de natureza política, que venham a ameaçar ou lesionar direitos são sujeitas a esse controle, como é o caso do debate quanto à violência homofóbica. Logo, eventual acolhimento da criminalização da homofobia, mesmo podendo configurar como atuação contramajoritária, este ato se dará a favor, e não contra a democracia, pois estará efetivando a vontade do legislador constituinte.

E ao equiparar aos demais preconceitos que já são objetos da Lei 7716/89 foi visto que o fenômeno da judicialização é de especial importância para a compreensão do processo de institucionalização dos direitos de pessoas lésbicas, gays, bissexuais e trans (LGBT) no cenário brasileiro. Acompanhando as tradições constitucionais europeias do pós-Segunda Guerra e se alinhando com algumas daquelas constituições do chamado "novo constitucionalismo latino-americano", a Constituição Brasileira de 1988 tem um texto de caráter substantivo, com grande ampliação da pauta de direitos. No entanto, ainda que seu texto apresente direitos bem demarcados para grupos historicamente oprimidos, como mulheres e negros, não apresenta nenhuma previsão específica relativa às pessoas LGBTs.

Esse cenário, somado à enraizada e crescente maioria conservadora no Poder Legislativo, torna o Judiciário um caminho propício ao avanço na proteção jurídica e no reconhecimento dessa população.

REFERÊNCIAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ALVES, Diego Dener. **Criminalização da homofobia e a possibilidade de confronto com a liberdade religiosa e de expressão das Igrejas Cristãs brasileiras.** Publicado em 12/2010.

BARIFOUSE, Rafael. **STF aprova a criminalização da homofobia.** Da BBC News Brasil em São Paulo. Publicado em 13/06/2019.

BASTOS, Gustavo Grandini; GARCIA, Dantielli Assumpção; SOUSA, Lucília Maria Abrahão e. **A homofobia em discurso:** direitos humanos em circulação. Linguagem em (Dis)curso – LemD, Tubarão, SC, v. 17, n. 1, p. 11-24, jan./abr. 2017.

BRASIL (1989). LEI Nº 7.716, DE 5 DE JANEIRO DE 1989. **Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em 25/08/2019.

BRASIL (2012). **Relatório sobre violência homofóbica no Brasil:** ano de 2012. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos.

CARDINALI, Daniel Carvalho. 2018. **A Judicialização dos Direitos LGBT no STF:** limites, possibilidades e consequências. 1ª ed, Belo Horizonte: Arraes, 228 p.

FACHIN, Melina Girardi. **Judicialização da homofobia:** autoridade da alteridade. Publicado em 28/02/2019.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

HAILER, Marcelo. **A tardia suprema judicialização da homofobia.** Publicado em 14/02/2019.

JUNQUEIRA, R. (2007). **O reconhecimento da diversidade sexual e a problematização da homofobia no contexto escolar.** In Seminário: Corpo, gênero e sexualidade: discutindo práticas educativas. Rio Grande. Anais. Rio Grande, RS: FURG.

KOEHLER, Sonia Maria Ferreira. **Homofobia, cultura e violências:** a desinformação social. INTERACÇÕES NO. 26, PP. 129-151 (2013 – Número Especial).

KRAUSE, Paul Medeiros. **Projeto de Lei nº 5003-b/2001** (crimes de homofobia) a lei da mordaça gay, os superdireitos gays, inconstitucionalidade e totalitarismo. Publicado em 12/2006.

MADEIRO, Carlos. **ONG aponta recorde de LGBTs mortos no Brasil em 2017**; "dói só de lembrar", diz parente. Colaboração para o UOL, em Maceió. 25/09/2017.

MOTT, Luis. **Homo-afetividade e direitos humanos.** Estudos Feministas, Florianópolis, 14(2): 248, maio-agosto/2006.

RIOS, Roger Raupp; RESADORI, Alice Hertzog. **Identidades de gênero e o debate étnico-racial no direito brasileiro.** Autodeclaração como técnica de

proteção antidiscriminatória. Civitas, Porto Alegre, v. 18, n. 1, p. 10-25, jan.-abr. 2018.

SILVA, Laura de Oliveira Azevedo. **A criminalização de homofobia pelo Supremo Tribunal Federal.** 2019.

VARELLA, Dráuzio. **O que disse Dráuzio Varella à BBC sobre aborto e homossexualidade.** Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=luBVQtbXSv0>. Acesso em 12/08/2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A CRISE DE REPRESENTATIVIDADE E A DEMOCRACIA DELIBERATIVA COMO ALTERNATIVA

RAISSA DA SILVA SANTOS AMARAL: Advogada e Técnica de Controle Externo do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado de Goiás. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Goiás (2010-2014), Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (2016-2017), Especializanda em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade Sul-Americana (2018-atualmente).

RESUMO: Originária na Grécia Antiga e predominante atualmente nos Estados ocidentais, a democracia é o regime político célebre por designar o governo no qual o poder é exercido pelo povo. Entretanto, ao longo do século XIX e XX surgiram teorias que buscaram limitar seu alcance, restringindo a democracia à mera "luta competitiva por votos" com intuito de gerar uma minoria governante legítima. É perceptível, hodiernamente, que o modelo representativo de democracia encontra-se em crise, especialmente por disponibilizar governantes cujos interesses não correspondem aos interesses populares. Diante disso, surgiu, nos últimos anos do século XX, uma corrente alternativa denominada democracia deliberativa cuja proposta é expandir a compreensão da democracia para além de um processo de mera eleição de representantes, devendo abarcar, também, o direito de cada indivíduo deliberar publicamente acerca das questões públicas a serem decididas. Embora parecesse inviável a existência de uma esfera pública em que os indivíduos pudessem travar os debates em prol dos interesses comuns, com o advento das novas tecnologias esse espaço passou a ser uma realidade. Mediante o uso desse instrumento de colaboração coletiva, viabilizada pela democracia deliberativa, o real titular do poder, o povo, pode, pela primeira vez, exercer diretamente a soberania que lhe diz respeito.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Crise de Representatividade. Democracia Deliberativa. Esfera pública.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. A DEMOCRACIA LIBERAL E A CRISE DE REPRESENTATIVIDADE. 1.1. A DEMOCRACIA. 1.2. A DEMOCRACIA NO MUNDO MODERNO. 1.2.1. Liberalismo. 1.3. A DEMOCRACIA LIBERAL. 1.3.1. A representatividade e a "democracia concorrencial" de Schumpeter. 1.4. A CRISE DE REPRESENTATIVIDADE. 1.4.1. A Crise de Representatividade no Brasil. 2. A ALTERNATIVA: A DEMOCRACIA DELIBERATIVA. 2.1. CONTEXTO DE ORIGEM. 2.1.1. Conceito. 2.2. CONDIÇÕES PARA A COOPERAÇÃO NA DEMOCRACIA

DELIBERATIVA. 2.3. A ESFERA PÚBLICA DE HABERMAS. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

Diante da atual conjuntura mundial, não há mais como negar a existência de uma crise do modelo representativo de democracia e uma crescente urgência em encontrar meios de superá-la. Evidentemente, o modelo de democracia forjado ao longo dos tempos e ao qual nos submetemos atualmente, marcado pelo viés concorrencial e eleitoreiro, não mais atende aos anseios populares. O distanciamento entre o povo e as decisões tomadas em seu nome repercute na crescente desconfiança e no descrédito do instituto.

A democracia direta, conforme exercida na Grécia Antiga, era caracterizada pela participação de todo aquele que pudesse ser considerado cidadão, para a discussão e decisão acerca dos interesses da *pólis*, os interesses comuns. Diferentemente do que ocorre atualmente.

Hoje, crê-se inexequível que todo cidadão apto a decidir, encontre-se em praça pública para fazê-lo. Além da inviabilidade decorrente da quantidade de pessoas potencialmente atuantes, alega-se que os múltiplos interesses envolvidos em uma sociedade marcada pela pluralidade, como a de hoje, tornem o debate público impraticável.

Mas a ideia da representação política como único meio de concretizar do ideal de democracia na sociedade contemporânea não encontra mais guarida na realidade prática. Talvez, ao longo do século XIX e XX, fosse a única forma visível de permitir a participação popular. Contudo, atualmente, com o advento das novas tecnologias, passou a ser possível a participação ativa do cidadão na vida política, deliberando acerca dos temas públicos e interesses coletivos, como outrora.

Considerando, ainda, o crescente debate acerca da saúde da democracia no mundo, faz-se necessário estudar meios que indiquem novos parâmetros para a representação política da sociedade, como se propõe a democracia delliberativa.

O método científico predominantemente utilizado na elaboração deste trabalho foi o dedutivo. A partir da análise genérica de determinados preceitos jurídicos (soberania, poder constituinte) e sociológicos (democracia – dos antigos, dos modernos, pluralista, concorrencial, deliberativa e esfera pública), bem como com o suporte de vasta bibliografia, chegou-se a conclusão de que, hodiernamente,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

como auxílio das novas tecnologias, a democracia pode voltar a significar o poder exercido diretamente pelo povo.

Embora tenham sido utilizados diversos autores como referencial teórico, destacam-se no presente trabalho os seguintes: *A liberdade dos antigos comparada com a dos modernos*, de Benjamin Constant; *Capitalismo, socialismo e democracia*, de Joseph Schumpeter; *Dicionário de Política*, de Norberto Bobbio Nicola Matteuci e Giofranco Pasquino; *Direito e Democracia: entre facticidade e validade* e *Mudança Estrutural da Esfera Pública*, ambos de Jürgen Habermas; entre outros.

1 – A DEMOCRACIA LIBERAL E A CRISE DE REPRESENTATIVIDADE

1.1. A DEMOCRACIA

Apesar da aparente trivialidade, a indicação da origem etimológica de uma palavra se mostra útil para sua compreensão, especialmente quando se trata de um estudo acerca do momento histórico em que o termo foi cunhado, como é o caso do presente tópico. Assim, vale relembrar que a palavra "democracia" origina-se do grego antigo *demokrátia*, que significa "governo do povo", construída pela junção dos termos "demos" (povo) e *kratos* (poder)[1].

A sociedade ocidental herdou da Grécia Antiga não apenas a palavra "democracia", mas todo o imaginário relacionado a ela. A definição de David Beetham de que "democracia é uma forma de tomada de decisões públicas que concede ao povo o controle social"[2] ao mesmo tempo em que sintetiza o conceito de democracia grega na Antiguidade aponta a aspiração política contemporânea, o sonho de uma "democracia real".

Norberto Bobbio destaca a existência de três formas de participação no poder sem representação[3], isto é, de democracia exercida diretamente pelo povo, são elas:

> (i) o governo do povo através de delegados investidos de mandato imperativo e, portanto, revogável; (ii) o governo de assembleia, isto é, o governo não só sem representes irrevogáveis ou fiduciários, mas também sem delegados; (iii) *referendum*.

Para Bobbio – e também para Benjamin Constant[4], qualquer dessas três formas de democracia direta seria impraticável nos dias atuais, tendo em vista a vastidão do território dos Estados modernos e a diversidade de interesses que caracteriza as sociedades modernas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Contudo, a democracia direta foi experimentada com certo êxito na Grécia Antiga. Se considerado o argumento de Bobbio, tal sucesso talvez se devesse à estrutura diminuta das cidades-Estado gregas – as *pólis*, bem como pela massa de cidadãos politicamente ativa ser constituída de homens iguais.

A arquitetura das cidades gregas antigas, com suas singulares edificações públicas, já prenuncia a efervescência da vida pública na região. Entre os órgãos necessários nas cidades democráticas, encontravam-se o (i) "lar comum", espaço onde são oferecidos sacrifícios aos deuses, em que se realizam rituais e onde são recebidos os estrangeiros; (ii) o conselho (*bulê*), onde se encontram os nobres que representam a assembleia dos cidadãos; e a (iii) assembleia de cidadão (*ágora*), local em que se reúnem todos os cidadãos para as deliberações ordinárias[5].

Entre todos esses elementos componentes do espaço urbano, a ágora, especialmente, manifestava-se como expressão máxima da esfera púbica na paisagem grega, configurando-se como o espaço público por excelência, bem como da cultura e da vida social grega.

Tecendo elucubrações acerca da população de Atenas no fim da época clássica, em termos numéricos, aduz José Antônio Dabdab Trabulsi:

> Portanto, podemos considerar que seis mil é um número normal e suficiente, frequente e não excepcional (o que é a razão de ser de qualquer quórum: se for muito elevado, perde o sentido). Este dado é confirmado pelo local de reunião, a pnix, cuja capacidade oscilou, de acordo com as reformas do recinto, entre 8.500 e seis mil lugares. Se adotamos estes números, chegamos à conclusão de que seis mil, entre trinta mil cidadãos (20%, portanto), encontravam-se para deliberar. Certamente não eram sempre os mesmos, mas devia haver uma certa estabilidade num núcleo de participantes habituais[6].

Assim, Trabulsi conclui que 20% (vinte por cento) da população existente em Atenas, no final do período Clássico – por volta de seis mil pessoas, eram cidadãos aptos à liberdade política, podendo encontrar-se nas praças públicas, as ágoras, para debater e deliberar.

A democracia grega era concebida por meio da reunião em assembleia popular, do sorteio para o preenchimento dos cargos públicos e da remuneração pelo exercício das funções, da isonomia.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Posteriormente à Antiguidade Clássica, já na Idade Média, a democracia direta fora experimentada novamente somente na Suíça, no século XII, quando eram realizados "concílios" em que o povo reunia-se para resolver questões coletivas, bem como no século XIII, por meio da chamada *Landsgemeinde*, que, anualmente oportunizava aos cidadãos votar leis ordinárias, tratados internacionais, emendas à Constituição, a eleição de novos juízes, etc[7].

A fantasia de ser um cidadão igual, influente e capaz de debater em praça pública, argumentando em favor de seus pontos de vista, como um grego antigo, é uma constante ainda hoje no imaginário ocidental acerca do que se acredita ser uma verdadeira democracia.

1.2. A DEMOCRACIA NO MUNDO MODERNO

A denominada Idade Moderna situa-se historicamente entre a queda do Império Bizantino, com a tomada da Cidade de Constantinopla, no ano de 1453, e a deflagração da Revolução Francesa, no ano de 1789 – após o que teve início atual Idade Contemporânea[8].

A Era Moderna foi caracterizada, sobretudo, pela contraposição à Idade Média, momento histórico fortemente marcado pela prevalência da religiosidade e do "obscurantismo cristão-católico"[9]. Nesse período, o insurgente movimento Iluminista propôs-se a lançar "luzes" sobre as supostas trevas medievais e resgatar a perspectiva sociocultural da Antiguidade Greco-Romana.

Conquanto o momento histórico atual seja enquadrado na titulada Idade Contemporânea, muitas das concepções culturais, sociais e econômicas hoje existentes foram insculpidas ao longo da Idade Moderna. A liberdade individual, a autonomia privada e os direitos fundamentais foram forjados ao longo desse período histórico e constituem seus grandes legados à humanidade.

1.2.1. O Liberalismo

No decorrer da Era Moderna, floresceram concepções políticas, sociais e econômicas que buscaram prestigiar o direito inato de todo homem à liberdade. Com o fim precípuo de legitimar o poder econômico da burguesia em face do poder político da realeza e da nobreza, formulou-se a ideia de que todo homem nasce igual, livre, e possuindo direito à vida e à propriedade privada (Locke, 1632-1704)[10].

John Locke desenvolveu, no século XVII, um pensamento político-moral no qual o valor supremo do homem é a liberdade, estabelecendo a distinção entre duas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

espécies: a "liberdade natural", consistente em "ser livre de qualquer poder superior na terra", e a "liberdade do homem sob o governo", relativa à "liberdade de seguir minha própria vontade em tudo quanto é regra [...] e não estar sujeito à vontade inconstante, incerta, incógnita e arbitrária de outro homem". Em síntese, para Locke ser livre é ser "senhor de si próprio"[11].

Locke engendrou um raciocínio segundo o qual Deus, como engenheiro e arquiteto do universo, construiu o mundo, que lhe pertence. Ao criar o homem à sua imagem e semelhança, deu-lhe o mundo para nele reinasse e, ao expulsá-lo do Paraíso, não lhe negou o domínio do mundo, mas o submeteu ao trabalho e ao suor de seu rosto. Assim, segundo Locke, Deus teria instituído "o direito à propriedade privada como fruto legítimo do trabalho"[12]. Por sua origem divina, a propriedade seria um direito natural.

Marilena Chauí destaca que por meio da efetivação da liberdade econômica, da liberdade na organização da sociedade civil, nas relações sociais entre indivíduos livres e iguais e da liberdade de consciência, o liberalismo delimita o poder do Estado[13].

1.3. A DEMOCRACIA LIBERAL

Este tópico almeja oferecer subsídios para a compreensão da atual crise de representatividade que assola a democracia ocidental a partir do estudo do tipo predominante de democracia representativa da atualidade: a democracia liberal-pluralista.

2.1.1. A representatividade e a "democracia concorrencial" de Schumpeter

Ao lançar sua obra "Capitalismo, socialismo e democracia" nos idos dos anos de 1940, o economista austríaco Joseph Schumpeter mudou os rumos da reflexão acerca da política, tornando-se referência para a atual concepção liberal de democracia. A repercussão ocasionada pelas poucas páginas dedicadas à questão da democracia – capítulos XXI ao XXIII, de certo modo, redefiniram a acepção da palavra.

Schumpeter, primeiramente, esforçou-se em desconstruir mitos sustentados pela "teoria clássica da democracia", para a qual a democracia consiste na realização do bem comum mediante a manifestação da vontade geral do povo, expressa por seus representantes. Schumpeter contrapôs-se à ideia clássica da suposta existência de cidadãos interessado e bem-informados, conscientes de suas preferências no

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

mundo político e imbuídos em alcançar o bem comum – pessoas que, segundo Schumpeter, inexistiriam no mundo concreto[14].

Ademais, aduz Schumpeter que "para diferentes indivíduos e grupos, o bem comum provavelmente significará coisas muito diversas"[15], o que impossibilitaria um consenso geral quanto a temas públicos relacionados ao bem comum. Para o autor, seria inexistente a premissa utilitarista de uma *voionté générale* (vontade geral) que guiasse todo o povo para uma mesma direção.

Amparado pelas ideias, atualmente superadas, de Gustave Le Bon acerca da "psicologia das multidões", conclui que, mesmo os mais abastados e influentes grupos (como um Parlamento ou um Comitê de generais sexagenários), quando reunidos em pequenas multidões, apresentam um "menor senso de responsabilidade, grau mais baixo de energia mental e maior sensibilidade a influências não-lógicas"[16] em que "qualquer tentativa de se apresentar um argumento racional desperta apenas instintos animais"[17].

Para o economista austríaco, as pessoas não têm condições de determinar o que seja melhor para elas próprias, quando estão em pauta questões públicas. Assim, "não haveria uma vontade do cidadão, só impulsos vagos, equivocados, desinformados"[18], o indivíduo médio desceria para um patamar mais baixo de racionalidade quando entra no campo da política, "cedendo a impulsos irracionais ou extrarracionais"[19].

Segundo o mencionado teórico, a solução para os problemas práticos trazidos pela teoria clássica da democracia seria inverter a lógica de suas premissas, tornando a eleição de representantes, que tomarão as decisões políticas em nome do povo, o principal objetivo do sistema democrático.

Acerca de sua teoria, Schumpeter concluiu:

> Nossa definição passa então a ter o seguinte fraseado: o método democrático é um sistema institucional, para a tomada de decisões políticas, no qual o indivíduo adquire o poder de decidir mediante uma luta competitiva pelos votos do eleitor[20].

Ao redefinir o sentido de democracia como sendo "simplesmente uma maneira de gerar uma minoria governante legítima" e do governo como sendo uma "luta competitiva pelos votos do povo"[21], Schumpeter e sua teoria concorrencial promovem uma expressiva redução do alcance da democracia.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Destaca Luís Felipe Miguel que tal se dá porque o resultado do processo eleitoral passou a não indicar necessariamente a composição de um tipo de vontade coletiva, mas, ao contrário, a expressar a mera agregação de "preferências manipuladas, preconceitos e decisões impensadas"[22]. Após atenta análise, Miguel extrai a seguinte conclusão:

> As conclusões a que Schumpeter chega são baseadas em uma visão de natureza humana. As pessoas são egoístas, incapazes de se preocuparem com os interesses coletivos (mesmo quando estes as afetam). Ou seja, não adianta mudar as instituições, já que a causa da apatia e de desinformação não está nelas, mas nos próprios indivíduos. Mas se o indivíduo é ruim, a massa – aqui Schumpeter se baseia nos trabalhos, hoje desacreditados, de Gustave Le Bon – é pior, cega, age irracionalmente, levada por seus preconceitos. E não é por estar disperso pelos vários locais de votação que o eleitorado deixa de ser uma massa[23].

Schumpeter, em verdade, não cria na possibilidade de que a democracia pudesse cumprir quaisquer de suas promessas fundamentais: a de ser um governo do povo; a existência de uma igualdade política; e a efetiva participação dos cidadãos na tomada de decisões. Nesse sentido, esclarece Bobbio que, para Schumpeter, "existe Democracia onde há vários grupos em concorrência pela conquista do poder através de uma luta que tem por objeto o voto popular"[24].

Nesse passo, a premissa para que o sistema eleitoral funcione a contento é que os cidadãos comuns se satisfaçam com o papel que lhes é concedido: escolher seus representantes mediante voto a cada quatro ou cinco anos e, durante os intervalos, obedecer irrestritamente às leis e ordens que, imaginam, de alguma forma, também emanarem de sua vontade.

O fato é que Joseph Schumpeter promove uma adequação da democracia à teoria das elites, corrente de pensamento que, conforme Luís Felipe Miguel, nasceu para negá-la[25]. Os pensadores elitistas – entre os quais os mais célebres Gaetano Mosca, Vilfredo Pareto e Robert Michels, no início do século XX, buscavam demonstrar que a democracia, assim como o socialismo, não passava de uma quimera, cuja concretização era impossível.

Embora com argumentos e linhas de raciocínio diversos, os citados teóricos apontavam igualmente para a impossibilidade de existir organização social sem a

existência de uma minoria dominante. Portanto, embora a democracia fosse célebre por ser considerado o governo do povo e para o povo, assim como outras formas de governo, invariavelmente desembocaria no governo de poucos: da elite governante.

Acerca da teoria das elites também nominada por Norberto Bobbio como "teoria da minoria organizada"[26]:

> a teoria das Elites nasceu e se desenvolveu por uma especial relação com o estudo das Elites políticas, ela pode ser redefinida como a teoria segundo a qual, em cada sociedade, o poder político pertence sempre a um restrito círculo de pessoas: o poder de tomar e de impor decisões válidas para todos os membros do grupo, mesmo que tenha de recorrer à força, em última instância[27].

Relativamente à democracia, os pensadores elitistas pregavam:

> Segundo estes escritores, a soberania popular é um ideal-limite e jamais correspondeu ou poderá corresponder a uma realidade de fato, porque em qualquer regime político, qualquer que seja a "fórmula política" sob a qual os governantes e seus ideólogos o representem, é sempre uma minoria de pessoas, que Mosca chama de "classe política", aquela que detém o poder efetivo[28].

Dessarte, para a teoria das elites, todas as alterações políticas, resultariam, ao fim e ao cabo, em mera substituição de uma elite por outra[29]. Para tal corrente de pensamento, a maioria desorganizada seria incapaz de intervir efetivamente no processo histórico, sendo, por vezes manipulada pela minoria governante. Estas são afirmações elitistas as quais Schumpeter aderiu para poder desenvolver sua teoria da democracia concorrencial.

Acerca das teorias liberais de democracia destacadas no presente capítulo, calha expor a problemática da legitimidade trazida por Jürgen Habermas em sua célebre obra *A inclusão do outro*:

> Essa concepção [concepção liberal da democracia] tem consequências para a compreensão de legitimidade e soberania popular. Segundo a concepção liberal, a formação democrática da vontade tem exclusivamente e função de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> legitimar o exercício do poder político. Resultados de eleições equivalem a uma licença para a tomada do poder governamental, ao passo que o governo tem de justificar o uso desse poder perante a opinião pública e o parlamento[30].

Destaca Habermas que através da democracia liberal, mais especificamente da democracia concorrencial, o poder e o exercício da soberania foram transferidos do povo para um grupo por meio de eleições. Assim, a democracia como governo do povo restringiu-se à possibilidade de eleger representantes, esvaziando o aspecto comunicativo da atividade política.

Apesar de diversos inconvincentes, nas últimas décadas, o pluralismo liberal tornou-se a ideologia oficial dos regimes democráticos ocidentais, mediante a ênfase em eleições competitivas e na multiplicidade de grupos de pressão.

1.4. A CRISE DE REPRESENTATIVIDADE

Nos idos dos anos de 1990, o filósofo francês Alain Touraine denunciou uma já existente crise de representação política nas democracias ocidentais[31]. Em síntese, declarou que a complexidade e a pluralidade da sociedade atual não encontram correspondência nos atores políticos, representantes eleitos para atuar em nome dessa sociedade plural.

A representatividade pressupõe que as demandas sociais sejam consideradas e representadas politicamente. Quando os eleitos para tal exercício não atuam nesse sentido, a representação inexiste.

Nesse contexto, Touraine aponta um descolamento cada vez maior entre os interesses dos partidos políticos e os interesses públicos, o que denominou de "*partitocrazia*"***[32]***. Alerta, ainda, que a *partitocrazia* "destrói a democracia ao retirar-lhe a representatividade e conduz ao caos ou à dominação de grupos econômicos dirigentes". Para o autor francês, em tal conjuntura, a corrupção política também se apresenta como sintoma da *partitocrazia* e da crise de representatividade.

As razões da incompatibilidade existente entre representantes políticos e o povo representado foram tratadas por Adélia Ribeiro e George Coutinho, que destacaram:

> A contradição entre supremacia parlamentar e poder popular, característica das democracias liberais, expressa uma esfera

> pública domesticada que, ao invés de construir as bases da agenda pública e controlar a ação parlamentar, metamorfoseia-se numa circulação de indivíduos os quais, orientados exclusivamente por seus interesses privados, desfazem o potencial de acordos e consensos, restringindo ou fazendo desaparecer o espaço público. No mercado auto-regulado está a origem, para Wood, do psicologismo individualista, sobrevivendo apenas a noção de soberania individual daqueles que compram a força do trabalho alheia. Não há troca entre iguais, mas violência entre desiguais[33].

Jacques Rancière, na obra "Ódio à Democracia" (2005)[34], através de uma abordagem, histórica, filosófica e sociológica sucinta e competente, ressalta as mazelas que corroem a democracia atual.

Destaca o filósofo que o modelo democrático representativo configura-se como uma artimanha da "elite governante" (conceituada pelas teorias elitistas preteritamente tratadas) para manter o povo afastado do governo e garantir para si própria o privilégio de ocupar os cargos representativos e efetivamente exercer o poder. Aduz que "a representação é, em sua origem, o exato oposto da democracia"[35].

Rancière pontua, ainda:

> O que chamamos de "democracia representativa" (e seria mais exato chamar de sistema parlamentar ou, como faz Raymond Aron, "regime constitucional pluralista), é uma forma mista: uma forma de funcionamento do Estado, fundamentada inicialmente no privilégio das "elites naturais" e desviadas aos poucos de sua função pelas lutas democráticas[36].

Rancière analisa que as lutas democráticas impingidas ao longo do último século promoveram uma maior inclusão social, o que robusteceu a democracia, ao tempo que atraiu para ela ódio. O autor ressalta que a igualdade é um pressuposto primordial do sistema democrático, mas que, entretanto, constitui-se como o atributo mais insultado por aqueles que negam a principal implicação da democracia: a possibilidade de acesso aos cargos dirigentes independentemente de qualquer título.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Sem pretensão de esgotar o tema, do exposto, é possível inferir que a cisão existente entre representantes e representados, bem como a incompatibilidade de seus interesses, podem ser consideradas causas que ensejam a crise do sistema representativo no mundo.

1.5. A CRISE DE REPRESENTATIVIDADE NO BRASIL

Redirecionando a análise para o caso brasileiro, poder-se-ia fazer uma retomada histórica da construção da democracia no Brasil, instituída pela Primeira Constituição Republicana, em 1891. Poder-se-ia, ainda, analisar as características da Primeira República (1889-1930), denominada de "República oligárquica"[37] por Boris Fausto, como um prenúncio dos anos seguintes; o golpe de Vargas e o Estado Novo (1930-1945); o cognominado Período Democrático (1945-1964); o golpe e o Regime Militar (1964-1985); chegando ao atual "Estado Democrático de Direito" (1988 – hoje).

Mas basta essa mera e infame retrospectiva histórica para evidenciar a fragilidade da democracia nessas terras tupiniquins.

As características predominantes entre os parlamentares brasileiros destoam fortemente do perfil da sociedade que diz representar. Acerca do retrato dos representantes eleitos nas últimas eleições nacionais – 2014, o *site* "Congresso em Foco" destacou[38]:

> Homem, branco, na faixa dos 50 anos, com formação superior, empresário e dono de patrimônio superior a R$ 1 milhão. Essas são algumas das características predominantes entre os novos parlamentares. Um perfil que não reflete a maioria da sociedade, mas que repete a histórica distorção das representações no Parlamento brasileiro.

Essa realidade foi denunciada pela própria Câmara dos Deputados em notícia veiculada em seu sítio eletrônico, em 29 de janeiro de 2015[39]:

> Homens brancos representam 80% dos eleitos para a Câmara
>
> Entre os eleitos, 15,8% se declararam pardos e apenas 4,1%, pretos. Para especialista da UFRJ, baixa representatividade é reflexo da falta de candidaturas.
>
> A bancada federal eleita para a próxima legislatura é composta por 80% de homens brancos. Entre os eleitos, 15,8% se declararam pardos e apenas 4,1%, pretos. No caso

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> das mulheres, elas representarão quase 10% da Câmara dos Deputados no início de 2015. No conjunto de deputados, as pardas serão 1,6% e as pretas, 0,6%. Nenhum índio foi eleito.
>
> De acordo o sociólogo e professor do Instituto de Estudos Sociais e Políticas da Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ) Luiz Augusto Campos, a baixa representatividade desses grupos no parlamento não reflete uma ausência de candidaturas entre esses segmentos. "Se a gente observa os dados disponibilizados pelo TSE, por exemplo, a gente vai ver que apenas comparativamente com a composição da Câmara 43% dos candidatos eram homens brancos. Quando a gente vai, por exemplo, para a composição da Câmara, esses 43% de candidatos se transformam em 72% de deputados federais eleitos", calcula.
>
> Para Luiz Augusto Campos, algumas discussões no parlamento são afetadas pela baixa representatividade de negros e mulheres no Legislativo. "Quando a gente observa um parlamento que tem 0,6% de mulheres pretas, fica difícil acreditar que serão discutidos os problemas desse setor da população com a qualidade necessária. Esse setor da população fica relegado a uma situação totalmente, ou quase totalmente, excluída das discussões políticas", analisa.
>
> Segundo o IBGE, as mulheres representam metade da população brasileira. Pelo Censo de 2010, 43% dos brasileiros se declaram pardos e 7,6%, pretos.

Demais disso, a história recente brasileira vem demonstrando o desgaste causado pela representatividade que não representa. O memorável "junho de 2013" inaugurou uma nova fase, em que as insatisfações político-sociais deixaram de ser ignoradas pela sociedade e passaram a andar nas ruas, com cartazes e gritos de ordem. A inicial luta pela revogação do aumento de tarifas de transporte desembocou num levante nacional que passou a ditar os rumos da agenda pública, ganhando, em seguida, novas e difusas pautas, à direita e à esquerda.

Interessante notar que uma das bandeiras levantadas nas manifestações ocorridas desde então é a ausência de partido[40]. O brado "sem partido" foi pronunciado por milhares de manifestantes como um grito de oposição ao modelo representativo vigente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No Brasil, o descrédito popular com o sistema representativo encontra ressonância diária tanto nas redes sociais quanto na mídia escrita, televisionada ou digital. Exemplos recentes podem ser trazidos para reflexão, como a balizada opinião do Professor de ética e filosofia da Universidade Estadual de Campinas, Roberto Romano, veiculada no portal de notícias UOL, em 25 de outubro de 2017, na qual destaca a crise democrática no Brasil a partir da crise política que assola[41] o país:

> Rejeição da denúncia contra Temer ameaça democracia e mostra "força bruta do dinheiro", diz Roberto Romano
>
> O professor de ética e filosofia Roberto Romano, da Unicamp (Universidade Estadual de Campinas), vê como ameaça à própria democracia brasileira o resultado da votação na Câmara dos Deputados que arquivou a segunda denúncia contra o presidente Michel Temer (PMDB).
>
> "O resultado mostra que efetivamente estamos nos últimos momentos do Estado Democrático de Direito", afirmou nesta quarta-feira (25) ao UOL.
>
> [...]
>
> "O cidadão está totalmente afastado. O resultado desta quarta-feira é uma volta a mais na descrença popular no sistema representativo", destacou Roberto Romano.

A criticidade da atual situação política brasileira agrava a percepção da crise do sistema representativo, que já era há muito anunciada, conforme destacou Alain Touraine, há mais de duas décadas[42].

Contudo, sabe-se que momentos de crise são oportunidades de fazer uma avaliação dos rumos tomados e readequar os caminhos para superá-la. Não deve ser diferente com a democracia, que deve reencontrar meios de atingir seu derradeiro fim: concretizar a supremacia da vontade popular.

II – A DEMOCRACIA DELIBERATIVA COMO ALTERNATIVA

2.1. CONTEXTO DE ORIGEM

Em um contexto em que predominavam as já desgastadas teorias democráticas que reduziam o alcance da democracia a um processo de agregação cujo objetivo era tão somente a eleição de membros da elite governante, já no fim do século XX, surge uma nova alternativa teórica à democracia: a democracia deliberativa.

Tal teoria consagra-se como espécie de democracia participativa, diferenciando-se pela ênfase no debate público, em que as decisões políticas são tomadas diretamente por quem a elas se submeterá, por meio de um "raciocínio público entre iguais"[43].

Embora seja sustentada por outros pensadores, sua principal matriz é trazida por Jürgen Habermas. O filósofo e sociólogo alemão defende que a democracia deliberativa apresenta-se como modelo ideal de democracia, sobretudo pela possibilidade de inclusão de "todos os outros"[44].

2.2.1 Conceito

O conceito de democracia deliberativa, conforme dito, foi cunhado pelo filósofo alemão Jürgen Habermas e diz respeito à democracia na qual a sociedade civil organizada tem um papel central como interlocutora das autoridades públicas.

A teoria da democracia deliberativa desenvolveu-se a partir da compreensão de que o processo democrático não pode se reduzir à prerrogativa popular de mera eleição de representantes. Historicamente, observa-se que tal acepção de democracia torna-a amesquinhada e manipulável, razão pela qual deve-se buscar alternativas que concretizem a democracia não apenas como a possibilidade de escolha de representantes, mas, também, como oportunidade de cada indivíduo poder deliberar publicamente acerca das questões públicas a serem decididas[45].

A democracia deliberativa sustenta que o exercício da cidadania ultrapassa a mera participação no processo eleitoral, demandando uma participação mais direta dos indivíduos no domínio da esfera pública, em um processo contínuo de discussão e crítica reflexiva das normas e valores sociais. Em síntese, o objetivo primordial da democracia deliberativa é promover a legitimidade das decisões tomadas coletivamente, mediante o encorajamento da participação popular nos assuntos públicos.

Nesse contexto, Jürgen Habermas enfatiza a necessidade do debate público para a formação de um consenso social, buscando a legitimidade das normas na racionalidade comunicativa reproduzida por meio da linguagem.

Nesse sentido, aduz:

> A produção de direito legítimo através de uma política deliberativa configura, pois, um processo destinado a solucionar problemas, o qual trabalha com saber, ao mesmo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> tempo em que o elabora, a fim de programar a regulação de conflitos e a persecução de fins coletivos[46].

Pontifica Habermas que a troca de argumentos e contra-argumentos entre os cidadãos racionaliza e legitima a gestão da *res* pública por permitir a superação de conflitos mediante a cooperação de todos os deliberantes, de modo a alcançar uma decisão cujo resultado seja considerado positivo:

> Para que haja a integração de uma sociedade, as ações de atores coletivos e singulares têm que ser coordenadas de tal modo que suas diferentes realizações e contribuições confluam num resultado positivo.[47]

Acerca do discurso como instrumento de consenso e de estruturação da democracia, com supedâneo nas concepções de Carlos Santiago Nino[48], Heloísa Krol afirma:

> O resultado do discurso tem um valor epistemológico em razão do efeito positivo que tem a discussão para detectar falhas no conhecimento e na racionalidade e, sobretudo, na equivalência funcional que há entre consenso unânime entre todos os interesses e imparcialidade. Assim, é possível presumir que o resultado do discurso se aproxima de uma solução correta[49].

Desse modo, a deliberação na esfera pública permite detectar falhas na argumentação utilizada como fundamento de alguma decisão política. A busca conjunta por uma solução permite pinçar os melhores argumentos e razões para embasar tais decisões.

Considerando que em uma sociedade democrática devem prevalecer o discurso e a argumentação na esfera pública, tanto as questões sociais quanto as coletivas devem ser objeto de apreciação pelos cidadãos.

Destarte, na democracia deliberativa, a legitimidade das decisões políticas resulta de processos de discussão realizados na esfera pública e orientados por princípios, como o da inclusão e o da igualdade de participação.

2.2. CONDIÇÕES PARA A COOPERAÇÃO NA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

Examinando as condições necessárias para realização da democracia deliberativa, Cláudio Pereira de Souza Neto[50], professor doutor da Universidade Federal

Fluminense, concluiu que é preciso convergir as "condições procedimentais de democracia" idealizados por Jürgen Habermas com os "termos justos de cooperação social", sustentados pela filosofia política de John Rawls.

O ponto de vista defendido pelo filósofo americano John Rawls, nesse contexto, abrange a concepção de um modelo substantivo de democracia deliberativa, em que o "uso público da razão" é o instrumento para a efetivação dos "princípios da justiça previamente justificados"[51] na deliberação pública.

Em suma, para Rawls, a democracia deliberativa e seus mecanismos de deliberação pública deveriam servir à concretização do valor justiça. Para tanto, se necessário, limites principiológicos poderiam ser aplicados no âmbito das deliberações de modo a garantir a "justeza" das decisões e uma "identidade material" da ordem política[52].

Acerca de sua teoria da justiça como equidade na sociedade democrática, Rawls doutrina:

> Para concluir essas observações introdutórias eu diria que, uma vez que a teoria da justiça como equidade é concebida como uma concepção política da justiça válida para uma democracia, ela deve tentar apoiar-se apenas nas ideias intuitivas que estão na base das instituições políticas de um regime democrático constitucional e nas tradições públicas que regem a sua interpretação[53].

Habermas, por sua vez, repreende a utilização de princípio substantivos de justiça nas deliberações públicas que dão ensejo à democracia deliberativa, em razão do contexto de pluralismo atual. Para o autor alemão, a deliberação deve ser livre para determinar seu conteúdo e resultado, não devendo possuir pré-condicionantes materiais.

Quanto ao ponto, destaca Souza Neto:

> Diferentemente de Rawls, o procedimentalismo sustenta que, em situações de complexidade e pluralismo, como as que têm lugar nas sociedades contemporâneas, qualquer modelo que dependa de uma concepção material de legitimidade é incapaz de dar conta das expectativas normativas inseridas na esfera pública pelos mais diversos grupos plurais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Habermas defende que a democracia deliberativa seja concretizada mediante o mero atendimento de condições procedimentais que possibilitem a inclusão na deliberação pública. Assim, respeitados os pressupostos procedimentais, o conteúdo das decisões políticas encontrar-se-ia livre para alcançar quaisquer resultados.

Não aderindo absolutamente a qualquer das duas concepções, Souza Neto propõe uma lúcida conjugação entre ambos entendimentos, buscando agregar argumentos procedimentais e contratualistas, defendendo o modelo de "condições para a cooperação na deliberação democrática".

O modelo proposto concebe a ideia de Habermas de que a deliberação deva se manter aberta quanto aos resultados, mas destaca a necessidade de que abarque também direitos essenciais ao sentimento de pertencimento dos indivíduos à comunidade, de modo que se sintam parte do todo e sejam motivados a cooperar. Para o estudioso, "o conceito de 'condições' deve abarcar também aqueles requisitos que tornam possível a 'cooperação social' por um longo espaço de tempo e em uma sociedade plural e democrática"[54].

Em suma, Souza Neto apresenta como condições fundamentais para a para o exercício da soberania popular e da cooperação na democracia deliberativa dois diretos/garantias: (i) a liberdade e (ii) a igualdade.

No que tange à liberdade, destaca a relevância dos vários tipos de liberdade para que o indivíduo possa ser capaz de exercer sua cidadania e tomar parte na deliberação e nas decisões públicas. Quanto a isso, conclui:

> As liberdades protegidas pela democracia deliberativa não são apenas aquelas que exercem uma função imediata no processo democrático. A autonomia privada, em sua dimensão não imediatamente política, também está incluída, pois as pessoas só se dispõem a cooperar quando seus projetos de vidas razoáveis são tratados como dignos de igual respeito. Por esse motivo, a noção de "condições para a cooperação na deliberação democrática" abrange também liberdades como a religiosa e a de escolha da profissão. Embora ambas não exerçam uma função imediata no processo político, delas depende a motivação para cooperar tendo em vista a busca do bem comum[55].

A igualdade material também é condição imprescindível à deliberação democrática na medida que permite que os argumentos de cada cidadão sejam igualmente relevantes na composição das decisões. Relativamente a esse direito, Souza Neto arremata:

> A igualdade também não é interpretada de modo simplesmente procedimental. A democracia deliberativa exige não só a igualdade de "possibilidade" para participar da vida pública, mas também a igualdade de "capacidades" para fazê-lo efetivamente – o que pressupõe um contexto econômico razoavelmente igualitário. Mas a igualdade democrática não se esgota na sua dimensão econômica; ela possui ainda uma dimensão cultura. O aporte deliberativo justifica tanto políticas redistributivas quando políticas de reconhecimento. Se não há igualdade material razoável e igual reconhecimento, não há real motivação para cooperar, e o processo democrático se reduz ao padrão "amigo-inimigo"[56].

Portanto, conclui-se que para que a experiência da democracia deliberativa alcance êxito, além da observância de requisitos procedimentais, devem ser contempladas também condições que permitam que o cidadão sinta-se parte e seja apto a influir no debate público, quais sejam: ser livre e igual.

2.3. A ESFERA PÚBLICA

Para além dos pressupostos acima elencados, é preciso considerar, outrossim, o conceito de esfera pública para a adequada realização do debate público. Tal conceito é basilar para a compreensão do funcionamento da democracia deliberativa em Habermas. Consoante o filósofo, a esfera pública é um local dialógico e interativo, destinado à deliberação comunicativa, um espaço no qual os indivíduos interagem, debatem as decisões tomadas por autoridades políticas, gerando uma rede de fluxos comunicativos[57].

A democracia deliberativa chegou a ser acusada de inexequível por pressupor e depender da existência de um *locus* democrático em que as questões públicas seriam debatidas por aglomerados de cidadãos.

Na obra "Mudança Estrutural da Esfera Pública" (1992), Habermas constrói seu raciocínio a partir da ideia de que, na Europa do século XVII, com o desenvolvimento do capitalismo mercantil, surgiu a necessidade de criação de um espaço entre o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Estado e a esfera privada, em que os sujeitos poderiam realizar discussões livres e racionais acerca do exercício da autoridade política[58].

Para Habermas:

> A esfera pública pode ser descrita como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos[59].

Considerando que a esfera pública não necessariamente deva corresponder a um espaço formal de comunicação, mas, antes, deva também contemplar formas simples de interação em arenas conversacionais, Habermas afirma:

> Qualquer encontro que não se limita a contatos de observação mútua, mas que se alimenta da liberdade comunicativa que uns concedem aos outros, movimenta-se num espaço público, constituído através da linguagem. Em princípio, ela está aberta para parceiros potenciais do diálogo, que se encontram presentes ou que poderiam vir a se juntar [...]. Quanto mais elas [as esferas públicas] se desligam de sua presença física ... tanto mais clara se torna a abstração que acompanha a passagem da estrutura espacial das interações simples para a generalização da esfera pública[60].

Acrescenta, ainda, que:

> Em sociedades complexas, a esfera pública forma uma estrutura intermediária entre o sistema político, de um lado, e os setores privados do mundo da vida e sistemas de ação especializados em termos de funções, de outro lado. Ela representa uma rede supercomplexa que se ramifica espacialmente num sem número de arenas internacionais, nacionais, regionais, comunais e subculturais, que se sobrepõem umas às outras; essa rede se articula objetivamente de acordo com os pontos de vista funcionais, temas, círculos políticos, assumindo a forma de esferas públicas mais ou menos especializadas, porém ainda assim acessível a leigos[61].

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Hodiernamente, um *locus* de discussão pública com potencial para abarcar a todos é uma realidade concreta. Conquanto ainda não seja empregada em toda a sua capacidade, a internet constitui o espaço público de informação e compartilhamento que permite a inclusão em escala global de todos os discursos, o que Rousiley Maia nominou de "esfera pública virtual"[62].

Nesse ínterim, é possível sustentar que a esfera pública, idealizada por Jürgen Habermas como uma "estrutura comunicacional" em que o agir comunicativo constrói as decisões públicas, pode ser uma ferramenta tecnológica desenvolvida para ser utilizada através da rede mundial de computadores; hoje, a internet.

III – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo dos últimos dois séculos, a democracia viu seu sentido original, compreendido como governo do povo, amesquinhar-se e restringir-se à concepção de um sistema de escolha de uma minoria governante.

Conforme visto, a complexidade e a pluralidade da sociedade contemporânea não encontram, hoje, correspondência nos atores políticos, eleitos para atuar como representantes do interesse coletivo. Isso especialmente porque o modelo representativo vigente corresponde a uma negação do que se entende por governo do povo, afastando-se progressivamente dos interesses que diz representar.

Tal situação desencadeou uma crise no sistema democrático, a partir do ceticismo de que ele possa cumprir seu derradeiro fim, qual seja, concretizar a supremacia da vontade popular.

Posto que, em última instância, a soberania e a titularidade do Poder Constituinte Originário pertencem ao povo, faz-se urgente a busca por alternativas democráticas que permitam a retomada e o exercício da democracia por quem lhe pertence.

Nesse contexto, a democracia deliberativa de Jürgen Habermas apresenta-se como opção viável, tendo em vista considerar o indivíduo como sujeito ativo no processo de construção das decisões políticas, a partir da formulação de debates públicos, em que todos tenham possibilidade de se expressar.

Para que os debates possam ser considerados materialmente democráticos, é imprescindível que existam condições de liberdade e igualdade entre os sujeitos atuantes, de modo que a cooperação coletiva possa ser efetivada. Ademais, a deliberação pública, conforme sustentada por Habermas, prescinde da esfera pública, o *locus* em que se travará as interações comunicativas, um espaço a que todos os sujeitos tenham acesso.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Não obstante a esfera pública de Habermas ser compreendida como um elemento utópico de sua teoria, hodiernamente, com o advento das novas tecnologias, o espaço público de comunicação e compartilhamento de ideias, cujo acesso é possível para os mais diversos atores sociais, é uma realidade: a internet.

Por todo o exposto, vislumbra-se que as novas tecnologias oportunizam a participação e a deliberação do povo na esfera pública, através da participação ativa do cidadão na esfera virtual, viabilizando a concretização da democracia deliberativa.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Direito Constitucional Contemporâneo** – 2ª ed, p. 104. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

BERTOCHE, Gustavo. **Democracia, Cidadania e Liberdade**. Disponível em: > https://oficinadefilosofia.files.wordpress.com/2007/12/gustavo_bertoche_-_democracia_cidadania_e_liberdade.pdf<, acessado em 03 de outubro de 2017.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**, 8ª edição. Tradução por Marco Aurélio Nogueira. São Paulo, Paz e Terra, 2000.

BOBBIO, Norberto. MATTEUCI, Nicola. PASQUINO, Giofranco. **Dicionário de Política** – 11º edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1º ed. 1998.

BRASIL, **Constituição Federal**, p. 19. São Paulo, Vade Mecum Rideel 23ª ed.: 2016, 2º semestre.

BURKE, Edmund *apud* Luciano Rezende Chacha. **Democracia Direta, Representativa e Participativa**. Revista Brasileira de Direito Público - RBDP Belo Horizonte, ano 10, n. 39, out. /dez. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 7ª ed. São Paulo, Almedina Brasil, 2007.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. 14ª Ed. São Paulo, Ed. Ática, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **Para Viver a Democracia**. São Paulo, Editora Brasiliense, 1989.

COHEN, Joshua. ***Deliberation and democratic legitimacy***, p. 186. Cambridge (MA), The Mit Press 1998.

COSTA, Eder Dion de Paula. **Povo e Cidadania no Estado Democrático de Direito**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Disponível em:

<http://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/3461/02_POVO%20E%20CIDADANIA%20NO%20ESTADO.pdf?sequence=1>, acessado em 04 de outubro de 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado** – 33ª ed. São Paulo, Editora Saraiva, 2016.

Disponível em: < https://www.wdl.org/pt/item/16940/view/1/1/ >, acessado em 11 de outubro de 2017.

Disponível em: <http://www.constitucion.cdmx.gob.mx/>, acessado em 28 de outubro de 2017.

Disponível em: <http://www.cdmx.gob.mx/storage/app/uploads/public/59a/588/5d9/59a5885d9b2c7133832865.pdf>, acesso em 13 de novembro de 2017.

Disponível em: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/pt/ao/ao001pt.pdf> acessado em 11 de outubro de 2017.

Disponível em: <https://data.worldbank.org/indicator/SP.POP.TOTL>, acessado em 28 de outubro de 2017

Disponível em: <https://www.constituteproject.org/constitution/Eritrea_1997#s2>, acessado em 11 de outubro de 2017.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro: estudos de teoria política**. Tradução por George Sperber e Paulo Astor Soethe (UFPR). São Paulo, Edições Loyola, 2002.

_____. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade** – Volume II. Tradução por Flávio Beno Siebeneichler – UGF. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.

_____. **Mudança Estrutural da Esfera Pública**. São Paulo, Biblioteca Tempo Universitário, 2003.

JELLINEK, Georg. ***Teoría General del Estado***. México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2000.

KELSEN, Hans**. A Democracia**. Tradução por Ivone Castilho Benedetti; Jefferson Luiz Camargo; Marcelo Brandão Cipolla; Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KROL, Heloísa da Silva. **Democracia Deliberativa e Jurisdição Constitucional**. A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Belo Horizonte, ano 7, n. 28, abr./jun. 2007.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 9ª ed. São Paulo, Saraiva, 2014.

MIGUEL, Luís Felipe. **A Democracia Domesticada: Bases Antidemocráticas do Pensamento Democrático Contemporâneo**, DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 45, nº 3, 2002, pp. 483 a 511.

_____. **Teoria Democrática Atual: Esboço e Mapeamento**. BIB, São Paulo, nº 59, 1º semestre de 2005, pp. 05-42.

MAIA, Rousiley Celi Moreira. **Democracia e a internet como esfera pública virtual: aproximando as condições do discurso e da deliberação**. Brasília, Universidade de Brasília, 2001.

MILL, John Stuart. **Considerações sobre o Governo Representativo**. Tradução de E. Jacy Monteiro. Biblioteca "Clássicos da Democracia". São Paulo: IBRASA, 1964.

OBER, Josiah. ***The original meaning of "democracy": Capacity to do things, not majority rule***. Princeton, Stanford Working Papers in Class, 2007.

RABASA, Diego. ***Mexico City is 'crowdsourcing' a new constitution. But will it change anything?*** The Guardian, 02/06/2016. Disponível em: <https://www.theguardian.com/cities/2016/jun/02/mexico-city-crowdsourcing-new-constitution-change-mayor-mancera-president>, acessado em 28 de outubro de 2017.

RANCIÈRE, Jacques. **O Ódio à Democracia**. São Paulo, Boitempo, 2014.

RAWLS, John. **Justiça e Democracia**. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo, Martins Fontes, 2000.

SCHUMPETER, Joseph. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Rio de Janeiro, Zahar, 1984.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. São Paulo, Cortez, 1996.

TOURAINE, Alain. **O que é a Democracia?** – 2ª ed. Petrópolis, Editora Vozes, 1996.

[1] OBER, Josiah. *The original meaning of "democracy": Capacity to do things, not majority rule*. Princeton, Stanford Working Papers in Class, 2007.

[2] BEETHAM, David *apud* Luis Felipe Miguel. ***Teoria democrática atual: esboço de mapeamento***, p. 05**. BIB: Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais. São Paulo**, n.º 59, 1.º sem. 2005.
[3] BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade*, p. 154. Tradução por Marco Aurélio Nogueira. 8ª ed. São Paulo, Paz e Terra, 2000.
[4] CONSTANT, Benjamin. *Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos*. Discurso pronunciado no "Athénée royal de Paris", 1819. Tradução de Loura Silveira. Traduzido da edição dos textos escolhidos de Benjamin Constant, organizada por Marcel Gauchet, intitulada De la Liberté cliez les Modernes. Le Livre de Poche, Collection Pluriel. Paris, 1980.

[5] BENEVOLO, Leonardo. *História da Cidade* – 3ª ed. São Paulo: Editora Perspectiva, 2001.
[6] TRABULSI, José Antônio Dabdab. *Cidadania, Liberdade e Participação na Grécia*, p. 10. Disponível em: >http://www.historia.uff.br/tempo/artigos_livres/artg6-9.pdf<, acessado em 03 de outubro de 2017.
[7] DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado* – pp. 153-154, 33ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.
[8]PINTO, Tales Dos Santos. *O que é Idade Moderna?*; Brasil Escola. Disponível em <http://brasilescola.uol.com.br/o-que-e/historia/o-que-e-idade-moderna.htm>. Acesso em 05 de outubro de 2017.
[9] Idem.
[10] CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*, p. 466-467. 14ª Ed. São Paulo: Ed. Ática, 2011.
[11] LOCKE, John *apud* Hans Kelsen. *A Democracia*, p. 283. Tradução: Ivone Castilho Benedetti; Jefferson Luiz Camargo; Marcelo Brandão Cipolla; Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
[12] CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*, p. 467. 14ª Ed. São Paulo: Ed. Ática, 201
[13] Idem, p. 468.
[14] MIGUEL, Luís Felipe. *Teoria Democrática Atual: Esboço e Mapeamento*, p. 09. BIB, São Paulo, nº 59, 1º semestre de 2005, pp. 05-42.
[15] SCHUMPETER, Joseph. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*, p. 301. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro, Editora Fundo de Cultura, 1961.
[16] Ibidem, p. 308.
[17] Idem.
[18] Ibidem, p. 317.
[19] Ibidem, p. 313.
[20] Ibidem, p. 321.
[21] MIGUEL, Luís Felipe. *Teoria Democrática Atual: Esboço e Mapeamento*, p. 09. BIB, São Paulo, nº 59, 1º semestre de 2005, pp. 05-42.
[22] Idem.

[23] MIGUEL, Luís Felipe. *A Democracia Domesticada: Bases Antidemocráticas do Pensamento Democrático Contemporâneo*, p. 19. DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 45, nº 3, 2002, pp. 483 a 511.
[24] BOBBIO, Norberto. MATTEUCI, Nicola. PASQUINO, Giofranco. *Dicionário de Política*, p. 336 – 11º edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1º ed. 1998
[25] MIGUEL, Luís Felipe, op. cit.
[26] BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Giofranco. *Dicionário de Política,* op. cit., 396.
[27] Ibidem, p. 395.
[28] Ibidem, p. 335.
[29] MIGUEL, Luís Felipe. *Teoria Democrática Atual: Esboço e Mapeamento*, op. cit.
[30] HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*, p. 281. Tradução por George Sperber e Paulo Astor Soethe (UFPR). São Paulo, Edições Loyola, 2002.
[31] TOURAINE, Alain. *O que é a Democracia?*, p. 79 – 2ª ed. Petrópolis, Editora Vozes, 1996.
[32] Ibidem, p. 82.
[33] RIBEIRO, Adélia Maria Miglievich. COUTINHO, George Gomes. *Modelos de democracia na era das transições*. Porto Alegre. Civitas – Revista de Ciências Sociais, v. 6, n. 1, jan-jun. 2006.
[34] RANCIÈRE, Jacques. *O Ódio à Democracia*. São Paulo, Boitempo, 2014.
[35] Ibidem, p. 70.
[36] Ibidem, p. 71.
[37] FAUSTO, Boris. *História do Brasil*, p. 261 – 13ª ed. São Paulo, Editora Universidade de São Paulo, 2009.
[38] Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/a-face-e-os-numeros-do-novo-congresso/>, acessado em 12 de outubro de 2017.
[39] Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/475684-HOMENS-BRANCOS-REPRESENTAM-71-DOS-ELEITOS-PARA-A-CAMARA.html>, acessado em 12 de outubro de 2017.
[40] BRASILINO, Luís. *O Junho de 2013*. Revista Le Monde Diplomatiqué. Disponível em: <http://diplomatique.org.br/o-junho-de-2013/>, acessado em 12 de outubro de 2013.
[41] AZEVEDO, Guilherme. *Rejeição da denúncia contra Temer ameaça democracia e mostra "força bruta do dinheiro", diz Roberto Romano*. UOL, Notícias, Política. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/10/25/resultado-ameaca-democracia-diz-roberto-romano.htm>, acessado em 25 de outubro de 2017.
[42] TOURAINE, Alain. *O que é a Democracia?*, op. cit..

[43] COHEN, Joshua. *Deliberation and democratic legitimacy*, p. 186. Cambridge (MA), The Mit Press 1998.
[44] Referência à obra *A inclusão do outro: estudo de teoria política* de Jürgen Habermas, Frankfurt, 1996.
[45] SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007.

[46] HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade* – Volume II, p. 49. Tradução por Flávio Beno Siebeneichler – UGF. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.
[47] Ibidem, p. 50.
[48] NINO. *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*, p. 390. Bue nos Aires, Astrea, 1989.
[49] KROL, Heloísa da Silva. *Democracia Deliberativa e Jurisdição Constitucional*. A&C - Revista de Direito Administrativo e Constitucional Belo Horizonte, ano 7, n. 28, abr. / jun. 2007.
[50] SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Belo Horizonte, ano 1, n. 1, jan./mar. 2007.
[51] Ibidem, p. 03.
[52] Idem.
[53] RAWLS, John. *Justiça e Democracia*, p. 204-205. Tradução Irene A. Paternot. São Paulo, Martins Fontes, 2000.
[54] SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Deliberação pública, constitucionalismo e cooperação democrática*, op. cit., p. 04.
[55] Ibidem, p. 20.
[56] Idem.
[57] HABERMAS, Jürgen. *Mudança Estrutural da Esfera Pública*. São Paulo, Biblioteca Tempo Universitário, 2003.
[58] Idem.
[59] Ibidem, p. 92.
[60] Ibidem, p. 93.
[61] Ibidem, p. 107.
[62] MAIA, Rousiley Celi Moreira. *Democracia e a internet como esfera pública virtual: aproximando as condições do discurso e da deliberação*. Brasília, Universidade de Brasília, 2001.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA E A CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DAS EMPRESAS OPTANTES PELO SIMPLES NA EXECUÇÃO TRABALHISTA

FRANCISCO FERNANDES VIEIRA FILHO:
Graduando em Direito pelo Centro Integrado de Ensino Superior do Amazonas - CIESA

MARCELO DE VARGAS ESTRELLA

(Orientador)

RESUMO: O presente trabalho, destina-se a analisar a contribuição previdenciária das empresas optantes pelo Simples na Justiça do Trabalho. A metodologia utilizada foi a pesquisa de cunho bibliográfico, com revisão da literatura referente a contribuição previdenciária e legislação pertinente, assim como o regime tributário Simples e Simples Nacional. Busca-se dessa forma, pavimentar o caminho para a análise da jurisprudência e positivação deste item jurídico. Em pesquisa qualitativa, buscou-se entendimento da relevância da contribuição previdenciária das empresas optantes pelo Simples Nacional para o equilíbrio das pequenas empresas, a partir de uma análise da liquidação de sentença e sua natureza jurídica.

Palavras-chave: Liquidação de Sentença; Contribuição Previdenciária; Simples.

ABSTRACT: This paper aims to analyze the social security contribution of companies opting for Simples in Labor Justice. The methodology used was the bibliographic research, with literature review referring to Social Security contribution and relevant legislation, as well as the Simple and Simple National tax regime. Thus, it seeks to pave the way for the analysis of the jurisprudence and positivation of this legal item. In a qualitative research, we sought to understand the relevance of the social security contribution of companies opting for the Simple National to the balance of small companies, from an analysis of the settlement of judgment and its legal nature.

Keywords: Settlement of Judgment; Social Security Contribution; Simple.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. A LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA E SUA NATUREZA JURIDICA. 1.1 A liquidação de sentença na Justiça do Trabalho. 1.2 A liquidação de sentença e coisa julgada. 2. EXECUÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO. 3. O SIMPLES NACIONAL. 3.1 Vantagens e Desvantagens. 3.2 Empresas que podem optar pelo Simples Nacional. 4. INCIDÊNCIA DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS SOBRE CRÉDITOS TRABALHISTAS DEVIDOS PELAS EMPRESAS OPTANTES DO SIMPLES. 4.1 Recolhimento Previdenciário no acordo trabalhista. 4.2

Contribuições a serem recolhidas. 4.3 Cálculos previdenciários de empresas optantes do Simples. 4.4 Contribuições previdenciárias executáveis perante a Justiça do Trabalho e devidas por empresas, incidentes sobre as remunerações dos empregados e avulsos. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo abordar a importância da liquidação de sentença no processo do trabalho, bem como, a execução de título judicial das empresas optantes do simples nacional. A liquidação de sentença e execução trabalhista são pontos de grande relevância no processo do trabalho. Entretanto, esta pesquisa contribuirá para esclarecimentos de acadêmicos e sociedade em geral, avaliando como a contribuição previdenciária das empresas optantes do simples nacional é relevante para o equilíbrio das pequenas empresas, a partir de uma análise da liquidação de sentença e sua natureza jurídica e para tal, discorre sobre a competência da Justiça do Trabalho na execução de contribuições previdenciárias; no que consiste o SIMPLES e o Simples Nacional e quais os seus efeitos tributários no processo laboral, trazendo, sempre, à colação a legislação pertinente, inclusive a normatização da Receita Federal do Brasil, e a jurisprudência sobre cada ponto abordado.

A atribuição de competência à Justiça do Trabalho para executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no art. 195, I, "a", e II, da Constituição Federal e seus acréscimos legais, possibilitou significativo incremento na arrecadação de recursos para a Previdência Social.

A Lei nº 10.035, de 25 de outubro de 2000 (DOU de 26.10.2000), e a Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007 (DOU de 19.3.2007), alteradoras da CLT, estabeleceram procedimentos, no âmbito da Justiça do Trabalho, de execução das contribuições devidas à Previdência Social.

Os aspectos da execução no processo do trabalho e de contribuições previdenciárias de empresas optantes pelo SIMPLES, não têm sido objeto de análise pela doutrina ou de maiores reflexões pelos operadores do direito. Ainda assim, o processo trabalhista, hoje, é também, o instrumento de acertamento da relação entre o fisco previdenciário e o contribuinte, onde por natureza e justiça fiscal a figura do empregador/tomador de serviços não deixa de pagar as contribuições previdenciárias devidas e, ao mesmo tempo, não se vê forçado a suportar ônus indevidos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

1. A LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA E SUA NATUREZA JURIDICA

A liquidação de sentença ocorre quando o título precisa estar certo, líquido e exigível, observando os limites da condenação da sentença/acórdão, sendo proibida a inovação.

A liquidação de sentença constitui um complemento do título judicial ilíquido, se faz por meio de decisão declaratória, cujos limites devem ficar circunscritos aos limites da sentença liquidanda, não podendo ser utilizada como meio de impugnação ou de inovação do que foi decidido no julgado (art. 509, § 4º, CPC/2015).

Os pedidos implícitos, tais como juros legais, correção monetária e honorários advocatícios, podem ser incluídos na liquidação, ainda que não contemplados na sentença. A iliquidez pode ser total ou parcial. É totalmente ilíquida a sentença que, em ação de reparação de danos, apenas condena o vencido a pagar lucros cessantes (o que razoavelmente deixou de ganhar) referentes aos dias em que o veículo ficou parado (DONIZETTI, Elpídio, 2018, p.132).

No caso da sentença houver uma parte líquida e outra ilíquida, poderá o credor, concomitantemente, requerer o cumprimento da parte líquida nos próprios autos, e a liquidação da parte ilíquida, em autos apartados (art. 509, § 1º, CPC/2015). Dispõe o art. 509, II do CPC.

> Art. 509 – Quando a sentença condenar ao pagamento de quantia ilíquida, proceder-se-á à sua liquidação, a requerimento do credor ou do devedor:
>
> II – pelo procedimento comum, quando houver necessidade de alegar e provar fato novo.

1.1 A LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Sendo ilíquida a sentença exequenda, o juiz ordenará previamente a sua liquidação, que poderá ser feita por cálculo, por arbitramento ou por artigos. Quanto anão mencionados na sentença/acórdão, os juros, correção monetária, descontos fiscais e honorários sucumbenciais é permito a inclusão nos cálculos, vez que são pedidos implícitos.

No processo do trabalho se permite a fase de liquidação de sentença conforme exposto no art. 879 da CLT, que elucida: “sendo ilíquida a sentença,

exequente, ordenar-se-á a sua liquidação". Para alguns autores, porém, a liquidação de sentença compõe uma fase preparatória da execução.

O título para liquidação precisa ser certo, líquido e exigível, observando os limites da condenação, sendo proibido a inovação, conforme art. 879, Caput e § 1º, da CLT (Consolidação das Leis do Trabalho) e Súmula 211 do TST (Tribunal Superior do Trabalho), respectivamente, nestes termos:

> CLT, Art. 879 – Sendo ilíquida a sentença exequenda, ordenar-se-á, previamente, a sua liquidação, que poderá ser feita por cálculo, por arbitramento ou por artigos.
>
> § 1º - Na liquidação, não poderá modificar, ou inovar a sentença liquidanda nem discutir matéria pertinente à causa principal.
>
> **"SÚMULA. TST Nº 211.** JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONERÁRIA. INDEPENDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL E DO TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. Os juros de mora e a correção monetária incluem-se na liquidação, ainda que omisso o pedido inicial ou a condenação."

A CLT contempla três formas de liquidação, que poderá ser feita por cálculo, por arbitramento ou por artigos, segundo a doutrina alguns autores definem as formas de liquidação que devem ser aplicadas, como:

A liquidação de sentença pode ser realizada por simples cálculo aritmético, conforme ensina RODRIGUES PINTO (2006, p. 156) sobre a forma por cálculo:

> A liquidação da sentença trabalhista por simples cálculo é admissível sempre que sua expressão pecuniária, mesmo oculta na conclusão do julgado, se revelar por meio de operações aritméticas possíveis com os dados já encartados no processo de conhecimento.

Quando o procedimento é realizado por exame pericial TEIXEIRA FILHO (2004, p. 123) argumenta sobre arbitramento:

> O arbitramento consiste em exame ou vistoria pericial de pessoas ou coisas, com a finalidade de apurar o quantum relativo à obrigação pecuniária que deverá ser adimplida pelo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> devedor, ou, em determinados casos de individuar, com precisão, o objeto da condenação.

Com muita sabedoria TEIXEIRA FILHO (2004, p. 125) define sobre liquidação por artigos:

> Denomina-se por artigos a essa modalidade de liquidação porque incumbe à parte (em geral, o credor) articular, em sua petição, aquilo que deve ser liquidado, ou seja, indicar, um a um os diversos pontos que constituirão objeto da quantificação.

Com a liquidação, o título executivo judicial está apto para ser executado, pois se o título não for líquido, certo e exigível, o procedimento de execução será nulo como destaca MANUS (2005, p. 25):

> Entende-se por liquidação de sentença o conjunto de atos processuais necessários para aparelhar o título executivo, que possui certeza, mas não liquidez, à execução que se seguirá. Com efeito, tratando-se de condenação do reconhecimento de obrigação de dar quantia certa, quase sempre a decisão que se executa, embora certa quanto ao seu objeto, não traz os valores devidos de forma líquida.

A liquidação constitui, dessa forma, uma fase preparatória, de natureza cognitiva, em que a sentença ilíquida passará a ter um valor determinado ou individualizada a prestação ou objeto a ser executado, por um procedimento disciplinado em lei, conforme a natureza da obrigação prevista no título executivo.

Analisando as fases de liquidação de sentença, TEIXEIRA FILHO (1998, p. 168) afirma que a liquidação constitui em alguns pontos:

> A liquidação constitui a) fase preparatória à execução; b) em que um ou mais atos são praticados; c) por uma ou por ambas as partes; d) com a finalidade de determinar o valor da condenação; e) ou de individuar o seu objeto; f) mediante a utilização, quando necessário, dos meios de prova admitidos em lei.

1.2 A LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA E COISA JULGADA

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Conforme o art. 879 § 1º da CLT (fl. 7), na liquidação de sentença, não poderá modificar, ou inovar, sentença liquidanda nem discutir matéria pertinente à causa principal.

Na Justiça do Trabalho, os critérios adotados para apuração da correção monetária encontram-se definidos na Súmula 381 do TST:

> SÚMULA. TST 381. CORREÇÃO MONETÁRIA. SALÁRIO. ART. 459 DA CLT. (conversão das Orientação Jurisprudencial nº 124 da SDI-1) – Res. 129/2005 – DJ 20.04.2005. O pagamento dos salários até o 5º dia útil do mês subsequente ao vencido não está sujeito à correção monetária. Se essa data limite for ultrapassada, incidirá o índice da correção monetária do mês subsequente ao da prestação dos serviços, a partir do dia 1º (ex-OJ nº 124 – inserida em 20.04.1998).

Quando é concluído pelo magistrado a prejudicial da coisa julgada, o executado foi devidamente intimado quanto à discussão do índice de atualização monetária dos créditos trabalhistas, destacando que, conforme o disposto no art. 879, § 2º da CLT, o executado sofre pena de preclusão quando não se manifesta dos cálculos de liquidação de sentença. O executado não apresentado nenhuma impugnação, os mesmos serão homologados pelo magistrado. Assim, dispõe o art. 879, § 2º da CLT:

> Art. 879,
>
> [...]
>
> § 2º – Elaborada a conta e tornada líquida, o juízo deverá abrir às partes prazo comum de oito dias para impugnação fundamentada com a indicação dos itens e valores objeto da discordância, sob pena de preclusão.

2. EXECUÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO

Qualquer que seja a forma da liquidação, o procedimento inicia-se com o pedido do exequente ou do executado, formulado por simples petição, à qual não se aplica o disposto no art. 319, CPC/2015.

Os termos da petição bem como o procedimento a ser observado dependerão da forma de liquidação. Por exemplo, em se tratando de liquidação por arbitramento, a fim de se apurar a desvalorização decorrente de acidente de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

automóvel, devem-se indicar os danos sofridos pelo veículo, conforme reconhecido na sentença. Tratando-se de liquidação pelo procedimento comum, a petição deve indicar os fatos a serem provados.

Autuada a petição, cabe ao juiz adotar uma das seguintes providências: indeferi-la, determinar que se emende a petição ou determinar a intimação das partes, na liquidação por arbitramento, ou do requerido (credor ou devedor), na liquidação por procedimento comum.

Na liquidação por arbitramento as partes serão intimadas para apresentar os documentos necessários à liquidação no prazo assinalado pelo juiz. O réu revel, sem procurador nomeado nos autos, não precisa ser intimado dos atos subsequentes à citação. Entretanto, embora não intimado para a fase da liquidação, poderá o réu revel intervir no procedimento liquidatório, no prazo fixado para a intervenção, contado da publicação do ato decisório no órgão oficial.

Em se tratando de liquidação pelo procedimento comum, a intimação, de regra, se faz na pessoa do advogado do requerido ou da sociedade de advogados a que estiver vinculado (art. 511, CPC/2015). Essa previsão se harmoniza com a redação do art. 105, § 3º, que determina ao advogado integrante de sociedade de advocacia a indicação, no instrumento de mandato anexado à petição inicial, dos dados do escritório ao qual estiver vinculado. Vale ressaltar que não é a sociedade que atuará nos autos.

Os empregados e os empregadores poderão apresentar reclamação trabalhista pessoalmente e acompanhar suas reclamações até o final, conforme dispõe o Caput do art. 791 da CLT: "Art. 791 – Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final".

O patrocínio da causa é pessoal. A sociedade apenas será intimada de determinadas publicações por meio do diário oficial. E essa intimação compele o advogado à atuação. O procedimento da liquidação encerra-se por decisão que irá declarar o *quantum debeatur*ou individuar o objeto da obrigação, integrando a sentença condenatória anteriormente prolatada e possibilitando a execução por meio do cumprimento de sentença.

Exatamente por se tratar a liquidação de fase ou incidente do processo de conhecimento, tal pronunciamento judicial tem natureza de decisão interlocutória, sujeita, pois, a agravo, conforme expressamente previsto no art. 1.015, parágrafo único, CPC/2015.

Um dos problemas que tem sido discutido como grande entrave no Processo do Trabalho, que dificulta o acesso real e efetivo do trabalhador à Justiça do Trabalho, é o da execução. Mesmo a CLT, prevendo um procedimento simplificado para a execução, a cada dia vem perdendo espaço para a inadimplência, contribuindo para falta de credibilidade da jurisdição trabalhista.

O credor, aquele que tem direito a receber um título executivo judicial, enfrenta muita dificuldade para satisfazer seu crédito e muitas vezes o executado, tendo numerário para satisfazer o crédito do autor, prefere apostar na burocracia processual e deixar para adimplir o crédito somente quando se esgotar a última forma de impugnação.

Atualmente, o Código de Processo Civil vem de forma significativa eliminar a burocracia da execução, visando a atender aos princípios da simplicidade, da celeridade e da efetividade do procedimento. A Justiça do Trabalho reconhece a importância das recentes alterações, visa assim, aniquilar o estigma do processo de execução do ganha mas não leva, o processo do trabalho caminha cada vez mais para simplificação da execução, a fim de que esta seja uma fase processual de satisfação do crédito do credor trabalhista e de efetividade dos direitos sociais.

3. O SIMPLES NACIONAL

Empresas optantes do simples nacional são contempladas em relação aos tributos com o fisco, sendo tratadas de maneira diferenciadas em relação as empresas de grande porte.

A Constituição Federal de 1988, no seu art. 146, inciso III, alínea "d", estabelece normas e tratamento diferenciado para as microempresas e para as empresas de pequeno porte em matéria tributária, cabendo à lei complementar regulamentar sobre as matérias. Assim, nestes termos:

> Art. 146,
>
> [...]
>
> inciso III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:
>
> [...]
>
> d. também poderá instituir um regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Simples Nacional é um regime tributário, que determina formas de arrecadação, cobrança e fiscalização de tributos voltados para as micro e pequenas empresas. O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido, aplicável às microempresas e às empresas de pequeno porte, relativo a impostos e contribuições, foi inicialmente implementado pela Lei nº 9.317/1996.

Atualmente, a matéria é regulada pela LC nº 123/2006. Assim foi criado o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES posteriormente rebatizado para SIMPLES Nacional pela LC nº 123/2006, com as alterações da Lei nº 128/2008.

A denominação de nacional justifica-se pela inclusão de tributos estaduais e municipais, já que o SIMPLES anterior, previsto na revogada Lei nº 9.317/1996, era basicamente restrito de tributos federais.

3.1 VANTAGENS E DESVANTAGENS

Um regime de tributação que vem sendo bastante utilizado é o Simples Nacional. A arrecadação mensal por meio do DAS (Documento de Arrecadação do Simples Nacional), esse documento é feito de forma simplificada, o que reduz a burocracia. Além disso, as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte são isentas de contribuição para o INSS patronal.

Esse regime simplificado foi criado especialmente para as micro e pequenas empresas, a fim de atribuir algumas vantagens, mas acarreta também algumas desvantagens:

Vantagens

Unificação da Guia de Impostos recolhendo até 8 tributos na Guia PGDAS (Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional), como: Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL), Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS), Contribuição para o PIS/PASEP, VI - Contribuição para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que trata o art. 22 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, exceto no caso das pessoas jurídicas que se dediquem às atividades de prestação de serviços previstas especificamente, Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços e sobre Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal (ICMS) e Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS).

A tributação progressiva reduz a carga para negócios iniciantes e aumentando de acordo com a maturidade (faturamento) da empresa; redução de custos trabalhistas sobre a folha de pagamentos, incluindo no PGDAS a contribuição previdenciária patronal; menos burocracia, com a redução de obrigações acessórias e simplificação na contabilidade; cálculo dos tributos através do portal da Receita Federal, reduzindo o risco de cálculo errôneos;

Desvantagens

Tributação através de alíquota sobre a receita bruta e não sobre o lucro, não permitindo a compensação de prejuízos e despesas; suas vendas oferecem créditos limitados de ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias) e não oferecem créditos de IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados), reduzindo a competitividade tributária em atividades industriais; desincentivo ao crescimento do faturamento, já que a mudança de regime pode aumentar a carga tributária; existem situações que aumentam a carga como o diferencial de Alíquotas, Substituição Tributária, e Tributação Monofásica; existem impostos previstos que se pagam a parte como impostos sobre importações, sem a recuperação de créditos. E por fim, tributos não previstos, como Imposto sobre Operações Financeiras, Imposto de Importação, Imposto de Exportação e Imposto sobre a Propriedade Territorial.

3.2 EMPRESAS QUE PODEM OPTAR PELO SIMPLES NACIONAL

As Microempresas e Empresas de Pequeno Porte são as grandes beneficiadas com a Lei Complementar 123/2006, sendo necessários alguns critérios para essas empresas serem integradas no sistema de pagamento de impostos e contribuições diferenciadas.

De acordo com a Lei Complementar nº 123/2006, conhecida como Lei Geral da Micro e Pequena Empresa ou Lei do Simples Nacional, O Simples Nacional pode ser adotado por companhias de micro ou pequeno porte. São consideradas parte destas categorias as microempresas que faturam até R$360 mil e as pequenas empresas que faturam até R$4,8 milhões por ano. Entretanto, este não é o único fator que determina uma empresa optante pelo simples. É preciso exercer as categorias que se encaixam nas normas da legislação. Artigo 3º da Lei Complementar nº 123/2006:

> Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

(Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I - no caso da microempresa, aufira, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e

II - no caso de empresa de pequeno porte, aufira, em cada a no-calendário, receita bruta superior a R$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

O CNAE corresponde à Classificação Nacional de Atividades Econômicos, é o código que identifica o tipo de serviço que sua empresa exerce ou o produto que comercializa. O MEI também pode aderir ao Simples Nacional, embora seja excluído do pagamento dos impostos federais: IRPJ, PIS, CSLL, COFINS e IPI.

O faturamento anual do MEI pode atingir o máximo de R$60 mil por ano, o que é menos que o valor mínimo requisitado pelo Simples Nacional. Todavia, ele também é regulamentado pela Lei Geral, como o Simples, e pode fazer a opção. Existem mais alguns requisitos curiosos do Simples Nacional que podem ajudar a descobrir se a sua empresa está dentro do enquadramento ou não: É permitido ter débitos em aberto com o Governo; não é permitido ser uma pessoa jurídica e possuir um sócio em outro país; não é permitido exercer serviços financeiros; não é permitido ser titular ou sócio com mais de 10% do capital de outra companhia que seja: não optante pelo Simples e que tenha uma receita maior de R$4,8 milhões por ano; não é permitido possuir uma empresa filial com sede em outro país; não é permitido realizar oferta ou locação de mão-de-obra.

Não poderão recolher os impostos e contribuições na forma do Simples Nacional a ME ou a EPP que; explore atividade de prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e a receber, gerenciamento de ativos (asset management), compras de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (*factoring*); tenha sócio domiciliado no exterior cujo capital participe entidade da administração pública, direta ou indireta, federal, estadual ou municipal e reste serviço de comunicação.

4. INCIDÊNCIA DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS SOBRE CRÉDITOS TRABALHISTAS DEVIDOS PELAS EMPRESAS OPTANTES DO SIMPLES

No processo trabalhista, as microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo SIMPLES e/ou pelo Simples Nacional, à luz do disposto na Lei nº 9.317/96 e LC nº 123/2006, estão obrigadas a recolher, sobre as parcelas de natureza salarial resultantes da condenação ou acordo homologado, apenas a contribuição previdenciária arrecadada do trabalhador

4.1 RECOLHIMENTO PREVIDENCIÁRIO NO ACORDO TRABALHISTA

Sob todas as verbas trabalhistas, salariais, em um acordo trabalhista, em regra haverá os recolhimentos previdenciários do empregador e empregado. Quando a empresa é optante do SIMPLES NACIONAL, ela possui benefícios nesses recolhimentos que inclusive envolvem os recolhimentos de fundo previdenciários, e quando essa empresa faz um acordo trabalhista e existem verbas salariais ela tem que recolher sua parte do INSS, sendo optante ela pode não recolher essa previdência.

O ponto mais importante a ser observado é quando no acordo ela tem que demonstrar que ela é optante do SIMPLES NACIONAL, e ficando isenta desse recolhimento.

As empresas enquadradas nos itens I, II e III, conforme a Lei Complementar nº 123/2006, terão as contribuições patronais incluídas no DARF Simples, portanto estando as mesmas dispensadas de recolherem estas contribuições em GPS.

As empresas que enquadrarem no item IV, deverão continuar recolhendo separadamente em GPS as contribuições previdenciárias patronais juntamente com as contribuições previdenciárias para manutenção da Seguridade Social, relativa ao trabalhador; e contribuição para a Seguridade Social, relativa à pessoa do empresário ou autônomo, na qualidade de contribuição individual.

4.2 CONTRIBUIÇÕES A SEREM RECOLHIDAS

As empresas optantes pelo Simples Nacional, deverão continuar recolhendo em GPS, a Contribuição para manutenção da Seguridade Social, relativa ao trabalhador e Contribuição para a Seguridade Social, relativa à pessoa do empresário ou autônomo, na qualidade de contribuinte individual.

Conforme a Lei Complementar nº 123/2006, as empresas enquadradas no simples nacional devem recolher a Contribuição Previdenciária descontada dos empregados na Folha de Pagamento e Contribuição Previdenciária de 11%, descontada do Pró-labore e Autônomos, como também, a contribuição Previdenciária de 20% a cargo da empresa, sobre a Folha de Salários, Pró-labores e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Autônomos; Contribuição Previdenciária de 1; 2 ou 3% para o SAT (Seguro de Acidente de Trabalho), sobre a Folha de Pagamento dos empregados; Contribuições Previdenciárias Adicionais ao SAT, sobre a Folha de Pagamento dos Empregados, destinadas ao financiamento da aposentadoria especial e Contribuição Previdenciária de 15%, a cargo da empresa, sobre os valores pagos à Cooperativa de Trabalho.

A Justiça do Trabalho é competente para cobrar o SAT, conforme Súmula nº 454 do TST:

> **"SÚMULA.TST Nº 454.** COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. EXECUÇÃO DE OFÍCIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL REFERENTE AO SEGURO DE ACIDENTE DE TRABALHO (SAT). ARTS. 114, VIII, E 195, I, "A", DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 414 da SBDI-1) Compete à Justiça do Trabalho a execução, de ofício, da contribuição referente ao Seguro de Acidente de Trabalho (SAT), que tem natureza de contribuição para a seguridade social (arts. 114, VIII, e 195, I, "a", da CF), pois se destina ao financiamento de benefícios relativos à incapacidade do empregado decorrente de infortúnio no trabalho (arts. 11 e 22 da Lei nº 8.212/1991)."

4.3 CÁLCULOS PREVIDENCIÁRIOS DE EMPRESAS OPTANTES DO SIMPLES

A tributação no Simples Nacional se dá pela aplicação de uma alíquota sobre a Receita auferida. Essa alíquota pode variar em função da atividade e pela faixa de faturamento.

Com relação a variação da atividade, existem 5 tabelas de alíquotas, sendo: Tabela I – Para empresas de Comércio – Inicia a tributação em 4%; Tabela II para empresas de Indústria – Inicia a tributação em 4,5%; Tabelas III a V para empresas de Serviços – Inicia a tributação entre 6% e 15,5% de acordo com a tabela. Há ainda uma possibilidade de tributação entre as Tabelas V e III para algumas atividades de serviços de acordo com o fator r que é um percentual de participação da folha de pagamento sobre a receita. Participações acima de 28% para essas atividades são tributadas na tabela III, mais vantajosa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Com relação a variação do faturamento, além da atividade, cada tabela tem alíquotas diferentes para volumes de faturamento nos últimos 12 meses. São 6 faixas de faturamento aplicáveis.

Assim, conforme você eleva o faturamento o seu imposto será progressivo. As faixas fazem referência ao faturamento dos 12 últimos meses. Quando se é uma empresa nova, o histórico de faturamento até o 11º mês é anualizado para fins de cálculo. A forma de anualizar é a multiplicação por 12 da média simples do histórico da empresa.

4.4 CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS EXECUTÁVEIS PERANTE A JUSTIÇA DO TRABALHO E DEVIDAS POR EMPRESAS, INCIDENTES SOBRE AS REMUNERAÇÕES DOS EMPREGADOS E AVULSOS

São executáveis na seara trabalhista execuções previdenciárias, conforme Emenda Constitucional nº 20/1998 e Emenda Constitucional nº 45/2004, delegando atribuições para que a Justiça do Trabalho seja competente para executar, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, da Constituição Federal de 1988 e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir:

> Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:
>
> I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)
>
> a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)
>
> II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

Com relação as contribuições sociais previdenciárias devidas por empresas e equiparados optantes do Simples Nacional, incidentes sobre as remunerações dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

empregados e avulsos, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 179, estabelece que as mesmas devem ser beneficiadas, nos termos da lei, pela *"simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas"*.

Com relação aos efeitos do regime tributário diferenciado no processo laboral, a verificação do regime tributário da microempresa ou da empresa de pequeno porte é de suma importância, porquanto, numa execução trabalhista, se optante pelo SIMPLES e/ou pelo Simples Nacional, ela estará obrigada a recolher tão somente a contribuição previdenciária arrecadada do trabalhador.

Isto ocorre, uma vez que as contribuições para a Seguridade Social, devidas por empresas e equiparados, incidentes sobre as remunerações dos empregados e avulsos, de que trata o art. 22 da Lei no 8.212/91, terão sido substituídas pelo pagamento mensal e unificado inerente ao sistema de pagamento especial, não havendo o seu débito na reclamatória trabalhista. Neste sentido, é a orientação dos pretórios trabalhistas construída sob a égide da Lei nº 9.317/96, consoante ementa a seguir colacionada:

> "EMENTA: OPÇÃO PELO SIMPLES. É certo que as empresas que optam pelo SIMPLES estão obrigadas, em execuções trabalhistas, ao recolhimento somente da cota de contribuições previdenciárias referentes ao empregado, uma vez que a cota da empresa é recolhida de forma unificada, nos termos do artigo 3o., parágrafo 1o., alínea "f", da Lei 9.317/96, ratificada pela Instrução Normativa 34/01 do SRF, artigo 5o. No entanto, somente estão corretos os cálculos, quando não incluídos os valores correspondentes às contribuições previdenciárias da empresa, no período em que esta já era optante pelo simples.(Acordão TRT 3ª / Oitava Turma / 2003-05-21)."

A eventual irregularidade na situação tributária da microempresa ou da empresa de pequeno porte optante pelo SIMPLES, enquanto não determinante da sua exclusão deste sistema tributário diferenciado, não retira daquela o direito de, numa execução trabalhista, recolher apenas a contribuição previdenciária relativa à cota do empregado.

Com efeito, a Lei nº 10.035, de 25 de outubro de 2000 (DOU de 26.10.2000), alterou a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para estabelecer os procedimentos, no âmbito da Justiça do Trabalho, de execução das contribuições devidas à Previdência Social, de modo a acabar com a controvérsia acerca de se a norma constitucional introduzida pela EC nº 20/98 teria eficácia plena ou limitada, carecendo de norma regulamentadora. Posteriormente, a Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007 (DOU de 19.03.2007), alterou dispositivos da CLT referentes à execução de contribuições previdenciárias oriundas das decisões proferidas pelos Juízes e Tribunais do Trabalho.

É cediço que as mencionadas leis estabeleceram uma execução unitária, abrangendo os créditos previdenciários e os titularizados pelo trabalhador, em prestígio aos princípios da celeridade e da concentração de atos processuais. Se é verdade que isso facilitou uma mais expedita satisfação do crédito alimentar, não menos o é que o acertamento da relação entre o fisco previdenciário e o contribuinte ficou privado de uma normatização que considerasse as especificidades da inserção no processo do trabalho de uma lide tributária consectária da lide trabalhista.

É de ressaltar-se que a Consolidação dos Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho, ao tratar da autuação dos processos judiciários no Judiciário trabalhista, dispõe:

> Art. 2º Os registros de autuação dos processos judiciários na Justiça do Trabalho obedecerão o modelo de uniformização, que compreende os dados cadastrais gerais do processo, das partes, dos advogados e procuradores e os dados cadastrais complementares, que deverão possuir, no mínimo, os seguintes campos:
>
> II – CADASTRO DE PARTES, ADVOGADOS E PROCURADORES:
>
> a) Cadastro de Partes: nome, RG, órgão expedidor, CNPJ, CPF, CEI (número de matrícula do empregador pessoa física perante o INSS), NIT (número de inscrição do trabalhador perante o INSS), PIS/PASEP, CTPS, data de nascimento e nome da mãe do trabalhador, pessoa física/pessoa jurídica, empregado/empregador, ente público (União/Estado/Município), código do ramo de atividade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

econômica[7] e situação das partes no processo (ativa/não ativa);

Art. 4º (omissis)

Parágrafo único. Os juízes do Trabalho devem exigir identificação precisa das partes, compreendendo: para o autor pessoa física, o número da CTPS, do RG, do CPF e do PIS/PASEP ou do NIT (Número de Inscrição do Trabalhador); e, para a pessoa jurídica de direito privado, o número do CNPJ e do CEI (Cadastro Específico do INSS), bem como cópia do contrato social ou da última alteração feita no contrato original, constando o número do CPF do(s) proprietário(s) e do(s) sócio(s) da empresa demandada.

Dos dispositivos em apreço, infere-se que, para a autuação dos processos judiciários na Justiça do Trabalho, não há qualquer perquirição acerca de se a pessoa jurídica parte na relação processual é microempresa ou empresa de pequeno optante pelo SIMPLES e/ou pelo Simples Nacional, o que, com todo o respeito, é um dado indicativo do atual estágio amadurecimento sobre o assunto.

CONCLUSÃO

A ampliação de competência do judiciário trabalhista pelas Emendas Constitucionais nº 20/98 e 45/2004, para executar de ofício, as contribuições sociais, reduziu o instrumento de acertamento da relação entre o fisco previdenciário e o contribuinte, devendo o valor do crédito previdenciário decorrente de fatos ou direitos reconhecidos pelas decisões da Justiça do Trabalho ser apurado nos próprios autos da reclamação trabalhista, conforme prescrições da CLT, com as alterações feitas pelas Leis nº 10.035/00 e 11.457/07.

Em um processo trabalhista, as microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo SIMPLES e/ou pelo Simples Nacional, estão obrigadas a recolher, sobre as parcelas de natureza salarial resultantes da condenação ou acordo homologado, apenas a contribuição previdenciária arrecadada do trabalhador (mediante desconto da respectiva remuneração (com referência ao período contado a partir da opção), já que a contribuição para a Seguridade Social, a cargo da pessoa jurídica, de que trata o art. 22 da Lei no 8.212/91, terá sido substituída pelo pagamento mensal e unificado inerente ao sistema de pagamento especial, não havendo o seu débito na reclamatória trabalhista.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Não há consenso acerca de como a prova da condição de optante pelo SIMPLES e/ou pelo Simples Nacional deve ser feita mediante juntada de certidão atualizada da Receita Federal do Brasil e se juntando-se o respectivo termo de opção e presumindo-se a regularidade e continuidade da sua situação tributária perante o referido órgão, em ordem a caber à União provar a exclusão do regime tributário diferenciado como fato impeditivo do direito do executado aos benefícios dos precitados regimes.

Uma das vantagens que o empregador de uma microempresa ou empresa de pequeno tem é de não ser obrigado a comparecer na Justiça do Trabalho. Em vez disso, pode ser representado por uma pessoa que conheça os fatos a serem discutidos, mesmo que essa pessoa não tenha nenhum vínculo com a organização

E por fim, microempresa ou a empresa de pequeno porte optante pelo SIMPLES e/ou pelo Simples Nacional que atuar perante a Justiça do Trabalho como autora ou ré deve, preferencialmente, fazer prova, na petição inicial ou na contestação, conforme o caso, da sua condição de inscrita em regime tributário diferenciado no período de prestação de serviços a que se refere a ação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 5.452/1943. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil0

3/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 18 de mai.2019.

BRASIL. Emenda Constitucional 20/1998. Disponível em: < http://www.planalto.gov.

br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm>. Acesso em 20 de mai.2019.

BRASIL. Emenda Constitucional 45/2004. Disponível em: < http://www.planalto.gov.

br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em 20 de mai.2019.

BRASIL. Lei 8.212/1991. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l82

12cons.htm>. Acesso em 02 de jun.2019.

BRASIL. Lei 9.317/1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l93

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

17.htm>. Acesso em 02 de jun.2019.

BRASIL. Lei 10.035/2000. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS /L10035.htm>. Acesso em 03 de jun.2019.

BRASIL. Lei 11.457/2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2 007-2010/2007/lei/l11457.htm >. Acesso em 07 de jun.2019.

BRASIL. Lei Complementar 123/2006. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm>. Acesso em 05 de jun.2019.

BRASIL. Lei Complementar 128/2008. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp128.htm>. Acesso em 26 de mai.2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 211. Juros de Mora e Correção Monetária. Independência do Pedido Inicial e do Título Executivo Judicial. Súmulas da Jurisprudência uniformes do TST. 24ª edição. ver. e atual – Salvador: Juspodivm, 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 381. Correção monetária. Salário. Art. 459 da CLT. CLT: Súmulas da Jurisprudência uniformes do TST. 24ª edição. rev. e atual – Salvador: Juspodivm, 2019.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 454. Competência da Justiça do Trabalho. Execução de Ofício: Súmulas da Jurisprudência uniformes do TST. 24ª edição. rev. E atual – Salvador: Juspodivm, 2019.

DONIZETTI, Elpídio. Curso didático de direito processual civil / Elpídio Donizetti. – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA NO PROCESSO DO TRABALHO. Disponível em:< http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5192>. Acesso em 01 de jun.2019.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. Execução de sentença no processo do trabalho. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

RODRIGUES PINTO, José Augusto. Execução Trabalhista: estática-dinâmica-prática. 11. Ed. São Paulo: LTr, 2006. p. 156.

SARAIVA, Renato – Curso de direito processual do trabalho. 5ª ed. – São Paulo: Método, 2008.

SIMPLES NACIONAL. Disponível em:<https://capitalsocial.cnt.br/simples-nacional/.Acesso em 28 de mai.2019.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio, Execução no Processo Trabalhista, 8ª ed. São Paulo, ed. Ltr, 2004.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A EFETIVIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL E O PAPEL DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

FRANCISCO FELIPE AGUIAR ARAÚJO:
Graduando em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA
TÂMARA MENDES GONÇALVES DE SOUZA
(Orientador)

RESUMO: Este artigo tem como objetivo a análise da efetividade do Acesso à Justiça no Brasil e o papel dos meios alternativos de solução de conflitos como medida de eficácia para garantir esse direito. A finalidade do presente trabalho é a discussão em relação ao conflito entre o efetivo acesso à Justiça e a sobrecarga do Poder Judiciário, bem como os meios oferecidos pelo Novo Código de Processo Civil para sanar tal problemática. Foi elaborado por meio do método de abordagem hipotético-dedutivo e procedimento monográfico. O Acesso à Justiça é um princípio norteador da ordem jurídica brasileira, com previsão no art. 5º, em seu inciso XXXV, da Constituição Federal, mas nos casos concretos ele não está sendo observado em sua totalidade, questão que será abordada apresentando as soluções cabíveis neste artigo. Para este fim, foram utilizadas a lei e doutrina.
Palavras-chave: Acesso à Justiça. Meios alternativos de solução de conflitos. Mediação. Conciliação. Arbitragem.
ABSTRACT: This article aims to analyze the effectiveness of Access to Justice in Brazil and the role of alternative dispute resolution as a measure of effectiveness to guarantee this right. The purpose of this paper is to discuss the conflict between effective access to Justice and the overload of the judiciary, as well as the means offered by the New Code of Civil Procedure to remedy such problem. It was elaborated using the hypothetical-deductive approach and monographic procedure. Access to Justice is a guiding principle of the Brazilian legal system, provided in art. 5, in its section XXXV of the Federal Constitution, but in concrete cases it is not being observed in its entirety, an issue that will be approached presenting the appropriate solutions in this article. For this purpose, the law and doctrine were used.
Keywords: Access to Justice. Alternative Dispute Resolution. Conciliation. Mediation. Arbitrage.
SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA. 2 OS OBSTÁCULOS PARA O ACESSO À JUSTIÇA. 3 A IMPRESCINDIBILIDADE DA DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO. 4 OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. 4.1 A CONCILIAÇÃO. 4.2 A MEDIAÇÃO. 4.3 A ARBITRAGEM. 5 OS CENTROS JUDICIÁRIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA. 6 O DEVER/PODER DO JUIZ INCENTIVAR OS MEIOS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS . CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda um tema importante atualmente para o âmbito jurídico que é o Acesso à Justiça, um princípio norteador da ordem jurídica brasileira, com previsão no art. 5º, em seu inciso XXXV, da Constituição Federal. O supracitado princípio assegura aos cidadãos brasileiros o direito de ter acesso à justiça para postular tutela jurisdicional, bem como a obtenção da justiça propriamente dita.

A garantia constitucional do acesso à justiça é o produto final de uma longa evolução histórica e de uma primordialidade da vida em sociedade, que em razão de sua relevância, foi arrolada junto aos direitos e garantias fundamentais contidos na Constituição Federal.

Contudo, esse princípio constitucional, norteador do ordenamento jurídico brasileiro, não está sendo contemplado em sua totalidade nos casos concretos, em que a tutela jurisdicional não se mostra efetiva, especialmente no que se trata à razoável duração do processo.

O que se verifica na atualidade é um conflito na aplicação desse princípio em sua totalidade, devido ao assoberbamento das instituições judiciárias, dada a sobrecarga de demanda processual incumbida a este.

Observa-se na sociedade atual a existência da cultura do litígio, isto é, antes mesmo de tentar dialogar ou resolver o problema por outros métodos, provoca-se o Poder Judiciário, para que o Estado solucione a lide, acarretando em uma judicialização exacerbada e na dependência do judiciário.

Para amenizar essa questão, temos os meios alternativos de solução de conflitos, os quais possuem previsão no art. 3º, § 3º, do Novo Código de Processo Civil.

Esse artigo possui como objetivo analisar o Acesso à Justiça no Brasil e o papel dos meios alternativos de solução de conflitos como medida de eficácia para garantir esse direito.

Este artigo levantará pontos relevantes relacionados à temática, para um mais amplo entendimento acerca do tema abordado, visando fomentar a discussão pela sociedade acerca do tema suscitado, a fim de que o conflito em questão seja solucionado.

1 O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

Os princípios são os pilares do ordenamento jurídico, encontrando-se no patamar mais elevado da pirâmide normativa, fornecendo embasamento à toda a ordem jurídica vigente.

Acerca do papel dos princípios no ordenamento jurídico, Sundfeld postula que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Os princípios jurídicos constituem a base do ordenamento jurídico, 'a parte permanente e eterna do Direito e também a cambiante e mutável, que determina a evolução jurídica'; são as ideias fundamentais e informadoras da ordem jurídica da Nação. (SUNDFELD, 1998).

Nossa Carta Magna consagra o Estado brasileiro como um Estado Democrático de Direito, com objetivos fundamentais voltados para a diminuição das desigualdades, dentro de uma sociedade livre, justa e solidária.

Deste modo, infere-se que no Estado Democrático de Direito, o Estado reconhece e se norteia por meio das normas, regras e princípios a fim de garantir os direitos fundamentais do ser humano, regulamentando de forma preventiva e ativa as relações da vida cível.

Neste diapasão, o Acesso à Justiça é um princípio norteador da ordem jurídica brasileira, com previsão constitucional e processual. Esse princípio assegura aos cidadãos brasileiros o direito de ter acesso à justiça para postular tutela jurisdicional, bem como a obtenção da justiça propriamente dita.

Um dos princípios que garante o acesso à justiça está disposto na Carta Magna, artigo 5º, XXXV, enquadrado dentro dos Direitos e Garantias Fundamentais, mais especificamente nos Direitos Individuais e Coletivos. Observe:

> Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Trata-se da instituição do princípio que a doutrina denomina de Inafastabilidade da Jurisdição. Esse princípio deixa claro que cabe ao Poder Judiciário apreciar os litígios, bem como assegura o acesso ao sistema judiciário a todo aquele que se sentir lesado ou ameaçado em seus direitos.

Cumpre salientar que a inafastabilidade da jurisdição possui *status* de cláusula pétrea, pois encontra-se dentro do rol de direitos e garantias fundamentais.

Esse princípio também possui previsão no Novo Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 3º, *in verbis:*

> Art. 3º - Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. (BRASIL, 2015).

Ademais, deve-se observar o princípio da razoável duração do processo, disposto na Carta Magna, em seu artigo 5º, *in verbis*:

> Art. 5.º, LXXVIII – "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (BRASIL, 1988).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Portanto, além poder provocar o judiciário pra solucionar suas lides, o cidadão também possui o direito de obter a solucao de seus conflitos de forma célere, em duração razoável.

No tocante à relação entre celeridade e o acesso à justiça, manifestam-se Bertolo e Ribeiro, no sentido de que:

> O princípio da inafastabilidade, assim como o devido processo legal, objetiva fazer com que o Estado crie novas formas de solução de litígios, céleres, desburocratizadas e desvinculadas de ordenamentos ultrapassados que interditam o livre acesso à justiça; isso quer dizer que todos têm acesso à justiça para postular tutela preventiva ou reparatória; na verdade é o direito de ação, que todos possuem, quando sentirem-se lesados. (BERTOLO E RIBEIRO, 2015).

Deste modo, o princípio do acesso à Justiça está intimamente ligado à dignidade da pessoa humana, constituindo um direito fundamental garantido de ter seus litígios solucionados de forma efetiva, a fim de que a ameaça ou lesão a um direito seja reparado de forma concreta.

Segundo Carvalho, a garantia constitucional do acesso à justiça é a inafastabilidade ao acesso ao Judiciário, traduzida no monopólio da jurisdição, ou seja, havendo ameaça ou lesão de direito, não pode a lei impedir o acesso ao Poder Judiciário. (CARVALHO, 2005, p. 460).

Todavia, tal direito não pode ser analisado de uma perspectiva estrita. Para que se tenha o acesso à justiça de forma efetiva, devem-se abranger as decisões justas e de modo tempestivo. De acordo com Wambier:

> [...] Mas não se trata de apenas assegurar o acesso, o ingresso, no Judiciário. Os mecanismos processuais (i.e., os procedimentos, os meios instrutórios, as eficácias das decisões, os meio executivos) devem ser aptos a propiciar decisões justas, tempestivas e úteis aos jurisdicionados – assegurando-se concretamente os bens jurídicos devidos àquele que tem razão. (WAMBIER, 2007, p. 70).

Assim, depreende-se que esse não é um direito que se esgota em si mesmo. É imperioso que, de forma conjunta, haja o devido processo legal, isto é, um conjunto de outras garantias com o escopo de limitar o poder exarado pelo magistrado, bem como garantir outras conveniências previstas em lei, com a possibilidade de as partes exercê-las por sua vontade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Esse direito pressupõe um processo capaz de possibilitar a realização do direito material requisitado, e apto a propiciar solução às disputas, de acordo com os princípios e garantias processuais e constitucionais.

Ademais, a concepção de acesso à Justiça vai além da possibilidade de entrar com uma ação judicial, tal como se postulava antigamente, e hoje, abrange a plena atuação dos institutos oriundos do processo, bem como a obtenção de uma decisão justa e de com duração razoável, que proporcione uma solução útil ao direito material em questionamento.

2 OS OBSTÁCULOS PARA O ACESSO À JUSTIÇA

Na realidade, nem sempre tais premissas são observadas pelo poder judiciário. Segundo Bacellar, o Poder Judiciário, com sua estrutura atual, trata apenas superficialmente da conflitualidade social, dirimindo controvérsias, o objeto da lide, mas nem sempre resolvendo o conflito. (BACELLAR, 2016, p. 2003).

Devido à alta demanda, muitas vezes o Poder Judiciário não encontra meios de solucionar os litígios da forma devida, o que ocasiona na morosidade do processo ou até mesmo na solução do litígio, mas sem que o direito material em questão tenha sido devidamente resolvido.

No que tange ao princípio da razoável duração do processo e suas implicações, aponta Novelino que:

> A simples garantia formal do dever do Estado de prestar a Justiça não é suficiente, sendo necessária uma prestação estatal rápida, efetiva e adequada. Com esse intuito, a EC 45/2004 acrescentou o inciso LXXVIII ao art. 5.º, objetivando assegurar a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Concomitantemente, a referida Emenda estabeleceu que "o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população" (CF, art. 93, XIII).
>
> Ainda que a consagração deste princípio não seja propriamente uma inovação, uma vez que o direito a uma prestação jurisdicional tempestiva, justa e adequada já estava implícita na cláusula do "devido processo legal substantivo" (CF, art. 5.º, LIV), é certo que ela contribui para reforçar a preocupação com o conteúdo e a qualidade da prestação jurisdicional. (NOVELINO, 2012. p. 582-583.)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Neste ínterim, deve-se ter em vista que o acesso à justiça se refere não somente à suscitação do sistema judiciário, mas também à obtenção da tutela jurisdicional efetiva e de modo cabível.

Contudo, isso não se verifica na realidade do sistema judiciário brasileiro, devido ao assoberbamento das instituições judiciárias, dada a sobrecarga de demanda processual incumbida a este.

O sistema judiciário no Brasil é considerado um sistema moroso, isto é, uma estrutura que não consegue atender às demandas da justiça dentro do ritmo considerado vital. Segundo Cláudia Fabiana Lisboa:

> Enfim, a morosidade da Justiça brasileira é fato e ninguém diz o contrário. Fatores como os inúmeros recursos que abarrotam os Tribunais, o Estado, que é reconhecidamente o maior litigante, a falta de aparelhamento estatal, os julgadores que não conseguem dar vazão aos processos que têm sob sua responsabilidade, são alguns dos principais causadores do congestionamento da Justiça. (LISBOA, 2011).

O excesso de demandas é motivado por inúmeras ações que obrigatoriamente são responsabilidades do judiciário brasileiro, mas que muitas vezes poderiam ser discutidos através de outros meios, sem a necessidade de suscitar a máquina judiciária.

Com a concepção dos Juizados Especiais por meio da Lei 9.099/95, bem como a consolidação dos Procons, foram incluídas outras formas de grande valor para solução de litígios das mais diferentes ordens, que figuram como instrumentos para a efetividade de direitos e acesso à justiça.

Todavia, tais instrumentos não são capazes de sanar a problemática do locupletamento do judiciário, e, o Código de Processo Civil de 2015 inovou ao inserir os meios alternativos de solução de conflitos para incentivar o encurtamento da solução das lides, bem como possui o escopo de estimular que se evite do processo litigioso.

3 A IMPRESCINDIBILIDADE DA DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO

A jurisdição é definida como a função pacificadora e soberana do Estado de solucionar os litígios e decidir o direito material, por meio dos magistrados, solucionando as pretensões e impondo suas decisões às partes.

Assim, depreende-se que o exercício da jurisdição, por definição, consiste em monopólio do Estado, sendo indispensável a necessidade de garantir a todos os indivíduos que tenham acesso ao Poder Judiciário.

Contudo, não há razões para se atribuir apenas ao juiz, e não aos demais sujeitos processuais, a responsabilidade por construir o meio que melhor resolva o caso em litígio.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

É manifesto que não se pode conceber a decisão judicial como sendo unicamente a solução dos litígios, para que ocorra o verdadeiro acesso à justiça. Esse instituto possui a capacidade de contribuir para que esse acesso seja atingido, mas não é o suficiente.

Nas palavras de Carmem Lúcia Antunes Rocha:

> Se para que a Constituição seja garantida é necessário um Poder Judiciário forte em todos os Estados, naquele em que a democracia é um ideal (pouco mais que um sonho) buscado por uma minoria e a cidadania ainda engatinha em sua organização, ele se faz um dado imprescindível, não apenas para a sobrevivência dela, mas para a vivência política dos homens (ROCHA, 1998, p. 239).

É de se perceber que a democratização do processo possui o condão de possibilitar a construção de soluções mais democráticas das lides, adequando-se ao Estado Democrático de Direito.

Desta forma, o Novo Código de Processo Civil utilizou o Estado Democrático de Direito como referencial teórico para dar mais poder às partes para solucionar os conflitos, tais como a mediação, a conciliação e a arbitragem.

É fato que apesar da existência de alternativas para a solução de conflitos, a cultura que se infundiu no Brasil é de utilizar o sistema judiciário como a primeira opção para ter seus litígios solucionados. Portanto, verifica-se a necessidade de estimular a aplicação de tais meios para a pacificação das contendas.

4 OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Para solver essa questão, o legislador trouxe ao ordenamento jurídico os meios alternativos de solução de conflitos, os quais possuem previsão no art. 3º, § 3º, do Novo Código de Processo Civil:

> Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
>
> § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.
>
> § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
>
> § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. (BRASIL, 2015).

Os meios alternativos de solução de conflitos são os meios de resolução de litígios que não são feitos por meio do Poder Judiciário. A decisão acerca da

solução não será feita pelo juiz. Dentre as principais formas de métodos alternativos de solução de conflitos, destacam-se a conciliação, a mediação e a arbitragem.

A grande maioria das questões levadas à justiça poderia ser resolvida de modo prévio, por meio de debates entre as partes. No caso de não ser possível um acordo prévio, a próxima medida seria procurar outros métodos alternativos de solução de controvérsias, tais como a mediação e a arbitragem.

Os processos demoram anos para atingirem uma conclusão no Poder Judiciário, enquanto os processos de mediação ou arbitragem são um caminho muito mais curto para dirimir as controvérsias, onde pode ser atingida a resolução da pretensão de forma tão ou mais efetiva do que quando é levada ao Poder Judiciário.

No geral, o processo possui alto custo financeiro, tanto para os indivíduos envolvidos quanto para o Estado, com o pagamento de advogados, despesas processuais, honorários advocatícios, bem como despesas extraprocessuais, demandando um enorme dispêndio de tempo e recursos financeiros.

A escolha pelos meios alternativos para solucionar os conflitos pode trazer muitos benefícios para os sujeitos envolvidos, tais como a economia de tempo, menos desgastes emocionais, a economia financeira com advogados e por conta de questões envolvidas na lide, tais como as custas processuais, que vale salientar, não são poucas.

O uso de meios alternativos de pacificação social, como forma de suplementar a jurisdição estatal, encaixa-se perfeitamente na sociedade atual, que se encontra em constante movimento.

Para mais, os meios alternativos de resolução de conflitos, além de um mecanismo para aliviar o Judiciário, podem ser vistos como um meio de exercer a cidadania, pois embasa-se na decisão consensual dos cidadãos interessados na solução da demanda, ou seja, aqueles envolvidos no conflito.

Através desses meios, a morosidade da máquina estatal poderá ser reduzida, pois ficarão submetidas a esta somente as causas em que sua atuação seja essencial, otimizando a qualidade das decisões do poder judiciário, bem como sua celeridade.

4.1 A CONCILIAÇÃO

A doutrinadora Maria Helena Diniz conceitua a conciliação no direito processual civil e processual penal como:

> (...) o encerramento da lide feito pelas partes, no processo, por meio da autocomposição e heterocomposição daquela; e como sendo o método de composição em que um especialista em conflito faz sugestões para sua solução entre as partes; não é adversarial e pode ser interrompida a qualquer tempo. (DINIZ, 2005, p. 887).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Deste modo, temos que, na Conciliação há a atuação de um terceiro que participa incentivando as partes em buscar uma solução consensual para o litígio, analisando apenas os aspectos objetivos do conflito, limitando-se a auxiliar na conversação entre as partes e buscando a resolução do conflito através do denominador comum entre estes.

O método da conciliação consiste na intervenção por um terceiro imparcial, que ouve as partes e analisa a situação, auxiliando aqueles estão em litígio para que negociem no sentido de chegarem a um acordo que atenda aos interesses de todos os envolvidos.

Para isso, o conciliador apresenta as vantagens e as desvantagens em relação à cada uma das partes, podendo sugerir alternativas para finalizar as contendas.

O objetivo principal é que, após toda a reflexão e diálogo proporcionado às partes, bem como as possíveis sugestões para pôr fim à lide, elas consigam elaborar soluções por si próprias.

4.2 A MEDIAÇÃO

A mediação também é um meio de resolver um litígio, a fim de facilitar a comunicação e a forma com que as pessoas envolvidas lidarão com a disputa.

O papel do mediador é o de trabalhar a comunicação entre aqueles que estão em conflito, contudo, possui algumas diferenças em relação à atuação do conciliador.

Nesta esteira, Didier postula que o mediador exerce um papel um tanto diverso daquele exercido pelo conciliador, pois:

> cabe a ele servir como veículo de comunicação entre os interessados, um facilitador do diálogo entre eles, auxiliando-os a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam identificar, por si mesmos, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. Na técnica da mediação, o mediador não propõe soluções aos interessados. (DIDIER, 2015)

A principal divergência em relação à conciliação, é que o mediador propicia as condições adequadas ao acordo, porém, sem intervir no conflito. Isto é, as partes possuem liberdade para buscar a solução que acharem mais adequada, com menos interferência, embora a atuação do mediador seja crucial para garantir o diálogo.

A Mediação é conceituada na Lei n.º 13.140/2015, em seu artigo 1º, parágrafo único, *in verbis:*

> Art.1º: [...] Parágrafo único: Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia. (BRASIL. 2015)

Assim, constata-se que na mediação também há a atuação de um terceiro, porém este deve limitar-se a estabelecer o diálogo entre as partes, sem interferência direta no mérito da questão, as administrando para um possível denominador comum que esteja de acordo com ambas as partes.

4.3 A ARBITRAGEM

Diferente da conciliação e mediação, que são métodos autocompositivos, temos a arbitragem, um método heterocompositivo, onde há a figura de um árbitro que solucionará o litígio, fazendo lei entre as partes.

O árbitro é instituído em comum acordo entre as partes, por meio de uma cláusula contratual denominada Compromisso Arbitral, aderida de livre e espontânea vontade. Uma vez sujeitadas a esse compromisso, qualquer conflito resultante entre as partes será dirimido por intermédio da arbitragem, obrigatoriamente vinculando-as.

A Lei n.º 9.307/1996 concedeu à sentença arbitral os mesmos efeitos da sentença judicial, além de ter conferido ao árbitro os mesmos poderes de juiz de fato e de direito. Além disso, passou a ser uma forma de solucionar os conflitos de modo rápido, eficaz, econômico, informal e sigiloso. (CAETANO, 2002, p. 24).

Todavia, não são todas as matérias que podem ser resolvidas em sede de arbitragem, somente questões que envolvam direitos patrimoniais disponíveis, que são aqueles que podem ser avaliados em pecúnia e comercializados, transacionados de forma livre.

Contudo, mesmo com tais limitações, a arbitragem destaca-se na solução de conflitos referentes a disputas como as societárias, referentes à construção civil e à energia, principalmente em relações oriundas de empresas, propiciando uma solução rápida e sem burocracia, pois a tramitação da lide não fica presa ao sistema de prazos e recursos do judiciário.

5 OS CENTROS JUDICIÁRIOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E CIDADANIA

Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSCs, são centros criados com o propósito de proporcionar às partes um atendimento e uma orientação na busca de solução de conflitos, que foram criados a partir das inovações trazidas pelo NCPC/2015.

Previstos em Lei, nos art. 165, NCPC e nos arts. 8 a 11 da Resolução n.º 125 do CNJ, esses centros foram criados com o intuito de propiciar o diálogo e a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

autocomposição das partes, com o escopo de desafogar o Poder Judiciário, solucionando litígios que seriam levados a provocar a máquina estatal.

Com a Resolução n.º 125, de 29 de novembro de 2010, o Conselho Nacional de Justiça deu um importante passo para estimular a Mediação e a Conciliação, ao instituir a Política Judiciária Nacional de tratamento aos conflitos de interesses, incumbindo aos órgãos judiciários o oferecimento de meios de soluções de litígios, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação.

Os CEJUSCs trazem a mediação e a conciliação para o processo em fase anterior à propositura da ação (fase pré-processual), evitando a judicialização de conflitos.

Esses centros realizam audiências de conciliação e mediação, conduzidas por mediadores e conciliadores devidamente capacitados, que são submetidos previamente a cursos de formação, bem como são supervisionados pelos respectivos Tribunais de Justiça.

Nesses estabelecimentos, os litígios são resolvidos de forma célere e autocompositiva, diminuindo os recursos utilizados, os índices de processos pendentes e diminuindo os custos processuais e pessoais para receber uma solução efetiva.

É o início de uma nova era na autocomposição dos conflitos, pois muitas barreiras entre os operadores do direito estão sendo ultrapassadas, a começar pelos advogados, que olham com desconfiança e pelo próprio Poder Judiciário, em que muitos de seus integrantes não se mostram simpatizantes dos novos meios de solução pacífica dos conflitos.

A criação dos centros Judiciários é resultado de uma nova visão acerca do uso do Poder Judiciário, uma manifestação da mudança na cultura do litígio e a libertação da dependência do Judiciário, que contribuem e devem ser estimuladas para que a crise do judiciário brasileiro seja superada.

6 O DEVER/PODER DO JUIZ INCENTIVAR OS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

O Novo Código de Processo Civil dispõe que "o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos" (artigo 3º, §2º) e que "a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial" (artigo 3º, §3º). Isto mostra a importância destes institutos e inflige uma nova forma de atuação jurisdicional.

A audiência de conciliação e/ou mediação não podem ser atos meramente formais antes de ser proferida sentença. É de suma importância a atuação dos juízes para que a conciliação e a mediação sejam utilizadas de forma plena a atingir os objetivos esperados sempre que possível, pois estes possuem um papel central nessa questão.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

É necessário que o Juiz atue de forma determinante a incentivar a adoção destes meios, de forma a não suscitar a burocracia e morosidade do sistema judiciário.

Portanto, uma participação ativa dos Juízes durante estes procedimentos com o reconhecimento de que estes institutos são tão eficazes quanto os institutos jurisdicionais é crucial para que esses instrumentos atinjam a sua totalidade.

Verifica-se a necessidade de ampliar a utilização dos meios alternativos de solução de conflitos, para que ocorra a diminuição da demanda no poder judiciário, e assim, o Princípio do Acesso à Justiça ser aplicado em sua totalidade, tornando-se uma instituição eficiente, rápida e capaz de propiciar a efetiva solução, em tempo razoável, dos litígios incumbidos a ela.

CONCLUSÃO

O Novo Código de Processo Civil representa um avanço no que diz respeito aos Meios Alternativos de Resolução de Conflitos, pois este reconhece que há preferência na resolução do conflito por meio da conciliação e mediação, visando a resolução com efetividade e dando maior celeridade aos processos, ajudando a desafogar o sistema judiciário.

Observa-se que uma das maiores barreiras à efetividade da tutela jurisdicional, ou seja, do acesso à justiça, é a lentidão do Poder Judiciário para julgar as lides que lhe são submetidas, além do custo alto do processo.

Desta feita, para que o processo se torne, de fato, efetivo, deve-se implementar meios que possibilitem que as garantias fundamentais sejam plenamente cumpridas, permitindo a todos o concreto acesso à justiça, para o alcance de uma ordem jurídica justa e de qualidade.

Tendo em vista a garantia constitucional de acesso à justiça e o princípio da duração razoável do processo, bem como a crise que afeta o Poder Judiciário no que tange a morosidade dos processos, verifica-se a necessidade de otimizar o acesso ao poder judiciário, tendo como vicissitudes as formas alternativas de pacificação social, como por exemplo, a conciliação, a mediação e a arbitragem.

Caso os meios alternativos de solução de conflitos tenham sua utilização amplificada, seria possível aliviar a demanda no poder judiciário, e assim, o Princípio do Acesso à Justiça seria respeitado, com a efetiva solução, em tempo razoável, dos litígios em que realmente seja necessário acionar a máquina do poder judiciário

Percebe-se que a solução da crise do sistema judiciário ultrapassa o Estado, e entra no âmbito do indivíduo, que deve optar por solucionar os litígios de modo alternativo, ao invés de provocar a máquina estatal sem que tenha havido uma tentativa prévia de entendimento.

Para que tal mudança ocorra, a atuação ativa do juiz é fundamental em incentivar a solução da lide através dos meios alternativos, de forma a combater a morosidade e a burocracia do sistema atual.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Desta forma, constata-se que a mudança da cultura do litígio e a libertação da dependência do Judiciário é imprescindível para o Brasil ultrapassar a crise do Poder Judiciário brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei nº **13.105, de 16 de março de 2015,** institui **o Novo Código de Processo Civil.** Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 21/02/2019.

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: 21/02/2019.

CINTRA, Antonio Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **A Reforma do Poder Judiciário**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, 1998. p. 239.

CÂMARA, ALEXANDRE FREITAS. **Lições de direito processual civil: volume 1** / Alexandre Freitas Câmara. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BRAZILEIRO, Jhoane Ferreira Fernandes. **Meios alternativos de solução de conflitos.** In: Conteúdo Jurídico. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,meios-alternativos-de-solucao-de-conflitos,57860.html>. Acesso em: 25/03/2019.

GONÇALVES, Bruno José Pedrosa de Arruda. **A relevância de meios alternativos de solução de conflitos**. In: Migalhas. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI269266,91041-A+relevancia+de+meios+alternativos+de+solucoes+de+conflitos>. Acesso em: 26/03/2019.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional.** 11. ed., rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 460.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso avançado de processo civil, volume 1: teoria geral do processo de conhecimento.** 9. Ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NOVELINO, Marcelo. ***Direito constitucional.*** 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 582-583.

LISBOA, Cláudia Fabiana. **Morosidade no Judiciário: afinal, de quem é a culpa?.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI133618,51045-Morosidade+no+Judiciario+afinal+de+quem+e+a+culpa>. Acesso em 24/06/2019.

ABREU, Frederico do Valle. **O custo financeiro do processo.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/4485/o-custo-financeiro-do-processo>. Acesso em: 28/08/2019.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de Direito Público**. 3. Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1998, p. 136.

BARROSO, Thercya. **A função dos princípios e sua aplicabilidade na ordem jurídica.** Disponível em: <https://www20.opovo.com.br/app/jornaldoleitor/noticiassecundarias/artigos/2014/02/18/noticiajornaldoleitorartigos,3208505/a-funcao-dos-principios-e-sua-aplicabilidade-na-ordem-juridica.shtml.> Acesso em: 25/09/2019.

BERTOLO, José Gilmar; RIBEIRO, Ana Maria. **Prática Processual Civil Anotada**. Campinas: Mizuno, 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil - v. 1: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. Salvador: JusPODIVM, 2015.

ARAUJO, Adriano Alves. **Você sabe o que é conciliação e o que é mediação?** Disponível em: <https://alvesaraujoadv.jusbrasil.com.br/artigos/445723984/voce-sabe-o-que-e-conciliacao-e-o-que-e-mediacao>. Acesso em: 30/08/2019.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DANTAS, Flávia. **A Efetividade da Mediação e Conciliação como Meio Alternativo de Solução de Conflitos.** Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/flaviadantas/artigos/a-efetividade-da-mediacao-e-conciliacao-como-meio-alternativo-de-solucao-de-conflitos-3953>. Acesso em: 15/09/2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

AVANÇOS DO PROCESSO DE ADOÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: ENFOQUE NAS INOVAÇÕES ADVINDAS DA LEI N° 13.509/17

MARIA JULIA CAROLINE CLETO FREIRE: Acadêmica de Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA.

MARIA LENIR RODRIGUES PINHEIRO[i]

Resumo: A contar da instauração da Constituição Federal de 1988, as disposições legais no tocante às crianças e adolescentes receberam um prisma mais protetivo, baseado na doutrina da proteção integral e no melhor interesse do menor. Norteada pelo princípio da prioridade absoluta, em 1990 entrou em vigor a Lei nº 8069, a qual detalhou as ações judiciais envolvendo as crianças e adolescentes, como as ações de colocação em família substituta, tal qual a adoção, objeto deste trabalho. A abordagem em tela portanto, trata do instigante tema da adoção no Ordenamento Jurídico Brasileiro, e tem como objetivo, evidenciar sua evolução legal, a partir de uma pesquisa bibliográfica e da utilização do método dedutivo, elucidando os aspectos gerais que regem o referido instituto, assim como expondo as presentes inovações legislativas alusivas ao tema, com enfoque principal nas inovações oriundas da lei n° 13.509/17.

Palavras-chave: Adoção, proteção integral, evolução.

Abstract: Since the introduction of the Federal Constitution of 1988, the legal provisions regarding children and adolescents received a more protective prism, based on the doctrine of integral protection and in the best interest of the child. Based on the principle of absolute priority, Law n°. 8069 entered into force in 1990, which detailed and established legal actions involving children and adolescents, such as substitution family placement actions, such as adoption, object of this work. The approach in question, therefore, deals with the exciting theme of adoption in the Brazilian Legal System, and aims to highlight its legal evolution, from a bibliographical research and the use of the deductive method, elucidating the general aspects that govern this institute, as well as exposing the present legislative innovations alluding to the theme, focusing mainly on the innovations derived from Law N°. 13.509/17.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Keywords: **Adoption, integral protection, evolution.**

Sumário: 1.Introdução. 2.Contextualização do Processo de Adoção 2.1.Considerações iniciais acerca do Instituto da Adoção. 2.2.Breve histórico da Adoção no Brasil. 3.Impasses presentes nos procedimentos adotivos. 3.1.A realidade sobre Adoção no Brasil. 4.Inovações ocasionadas pela Lei n° 13.509/2017. 4.1.Permanência da criança e do adolescente em Programa de Acolhimento Institucional e a Convivência Integral da mãe adolescente com o seu filho. 4.2.Facilitação para a gestante ou mãe que manifesta interesse em entregar seu filho à Adoção. 4.3.Sistema de Apadrinhamento. 4.4.Prevalência dos Direitos do Adotando e o Estágio de Convivência. 4.5.Prazo máximo para conclusão da Ação de Adoção e Adoção Internacional. 4.6.Das medidas de Proteção e dos Serviços Auxiliares. 4.7.Da Perda ou Suspensão do Poder Familiar e Colocação em Família Substituta. 4.8.Da habilitação de pretendentes à Adoção. 4.9.Alterações na consolidação das Leis Trabalhistas e no Código Civil. 5.Considerações Finais. 6.Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O instituto da adoção é uma espécie artificial de filiação, pela qual aceita-se como filho, de forma espontânea e legítima, um desconhecido no seio familiar, pelo vínculo sócio-afetivo e não biológico. Trata-se portanto de um interesse público, visto que possui o objetivo de propiciar à criança e ao adolescente uma infância melhor, concedendo-lhe um lar e o respaldo necessário para o seu crescimento e desenvolvimento.

A adoção dispõe também de caráter social, pretendendo assegurar e proteger os direitos fundamentais presentes na Constituição Federal, relativos à pessoa humana, à vida, à saúde, à educação, ao esporte e lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

O fito da adoção em nosso país passou por diversas mudanças no decurso dos anos, de acordo com sua ressignificação, importância social e finalidade. Dado isso, o aperfeiçoamento legislativo como meio de regulamentar a remodelação do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

escopo do processo adotivo, materializou-se como uma necessidade ininterrupta nos dias atuais.

O trabalho em questão pretende versar acerca das inovações legais no processo adoção, elucidando o progressivo desenvolvimento e as novas configurações da relação adotiva, bem como, salientar alguns dos entraves vigentes que perpassam o referido instituto, por intermédio de fontes bibliográficas doutrinárias e jurisprudenciais, e das atualizações legislativas, analisando as principais modificações e os aspectos positivos das alterações legislativas referentes ao tema proposto, dentre elas o recente diploma legal nº 13.509/2017.

Ademais, o presente estudo visa a orientação dos operadores do Direito que recorrentemente compartem com o tema, para otimizar o referido instituto, tendo como norte o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, e aspira destacar a magnitude da conscientização social concernente a adoção *em sua fase atual,* favorecendo sua prática, trazendo informações e reforçando o conhecimento.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO DO PROCESSO DE ADOÇÃO

O verbo adotar, em sua significação é o ato de acolher, legitimar, atribuir ao filho de outra pessoa os direitos pertencentes ao filho próprio. A adoção é uma escolha consciente e manifesta, mediante uma decisão legal, a partir da qual uma criança ou adolescente não gerado naturalmente pelo adotante torna-se irrevogavelmente seu filho.

Trata-se de instituto muito antigo, que teve seu início antes da positivação do Direito e que avançou conjuntamente com as modificações da tipologia familiar. Na Idade Média por preponderância da Igreja Católica, a adoção findou incorrendo em descostume, sendo somente restabelecida na França, com a publicação do Código Napoleônico de 1804, que foi utilizado anteriormente como modelo para elaboração de demais códigos respectivos a adoção.

Quando incorporada à legislação brasileira, a adoção sofreu profundas alterações em sua regulamentação, sendo as mais relevantes a exigência do atendimento de requisitos para que possa-se ser adotante, e a proteção integral ao adotando. Paulatinamente, as leis passaram a dar notável valor jurídico ao referido processo, defendendo mais o bem estar, a segurança e a qualidade de vida do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

infante que se viu ceifado ao convívio de sua família biológica, oferecendo-lhe a possibilidade de gozar de uma vida normal como integrante de um lar.

À vista disso, percebe-se que a adoção é atitude minada de altruísmo, fundada, no princípio da solidariedade social, bem como na dignidade da pessoa humana e da afetividade.

2.1. Considerações iniciais acerca do instituto da adoção

A adoção é o vínculo jurídico que confere parentesco civil em linha reta de primeiro grau entre adotante e adotando. Pode-se dizer que é categoria de filiação que procura reproduzir a filiação natural, ensejando a substituição dos laços consanguíneos em face dos laços afetivos. A perfilhação natural funda-se sobre o vínculo consanguíneo, enquanto a adoção é um reconhecimento jurídico que sustenta-se sobre uma relação afetiva, entre duas pessoas.

Ao contrário do que possa ser interpretado, a adoção não é uma delegação do poder familiar, haja vista que advém a destituição desse poder, antes de efetivado o procedimento adotivo. É pois, ato jurídico que por sentença judicial, estabelece de forma irrevogável, relação jurídica de filiação.

> Adoção é o ato jurídico pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente lhe é estranha. (DINIZ, 2014. p.284).

Da conceituação ora mencionada pode-se extrair todos os elementos substanciais do instituto da adoção, destarte, a adoção é um ato jurídico, onde se estabelece um liame legal de paternidade, criando verdadeiros laços de parentesco entre os sujeitos do elo, no qual devem ser observados, sem qualquer exceção, todos os requisitos previstos em lei, que se acham elencados no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), Lei n° 8.0699 de 13 de julho de 1990, capítulo III, subseção IV.

Além dos componentes supracitados, as regras estabelecidas para a incidência da adoção respeitam os princípios constitucionais da família, da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

dignidade da pessoa humana, e do melhor interesse da criança e do adolescente, devendo atender em todas as circunstâncias o desígnio das reais vantagens para o adotando.

Com reais vantagens para o adotado não entende-se somente às vantagens patrimoniais, mas acima de tudo as de cunho afetivo, que visam dar às crianças e adolescentes desprovidos de família, um ambiente de convivência mais humana, onde outras pessoas possam atender suas necessidades afetivas e emocionais, provendo o indispensável para seu perfeito desenvolvimento.

No que refere-se a sua natureza jurídica, há divergência na doutrina quanto a estipulação de uma concepção perene acerca de tal entidade. Classificá-la como contratual, ignora a função cujo intenciona cumprir, menosprezando seu caráter afetivo, considerando que as pessoas não amam umas às outras em razão de uma determinação legal. Em contrapartida, o processo de adoção em nosso ordenamento pátrio consuma-se com uma decisão judicial, não bastando apenas a colaboração da vontade das partes envolvidas.

Conclui-se, então, que a natureza do instituto é híbrida, pois embora exista a aspiração das partes, estas não têm liberdade para regularizar seus efeitos, ficando pré-determinados pela lei. No momento de formação do ato adotivo dá-se um contrato de Direito de Família, com a intervenção do juiz revela-se a face solene da adoção, constituída por sentença.

> A adoção é um ato jurídico em sentido estrito, de natureza complexa, visto que a mesma está condicionada a uma decisão judicial para que venha produzir seus efeitos. Não é um negócio jurídico unilateral, e tendo em vista a indisponibilidade do estado de filiação, não pode ser revogado. (LÔBO, 2006. p. 273.)

Por isso, é pertinente acentuar que a adoção constitui-se de parentesco eletivo, decorrendo puramente da vontade dos interessados, porquanto "a verdadeira paternidade tem sua origem na busca de amar e ser amado, a adoção é decorrente de uma espécie de via de mão dupla, na qual adotante e adotando se escolhem e se adotam." (FARIAS E ROSENVALD, 2017, p. 932)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Assim, objetivando compreensão, é importante examinar um pequeno histórico da evolução temporal do instituto em tela em nosso país, até chegar aos dias atuais.

2.2. Breve histórico da adoção no Brasil

A adoção, ainda que presente nos primeiros ordenamentos jurídicos nacionais, não foi tratada de maneira detalhada até o surgimento do Código Civil do ano de 1916. Com o prelúdio do Código já mencionado, o instituto da adoção passou a ser melhor regulamentado, embora possuísse uma faceta inadmissível atualmente, de priorizar os adotantes em prejuízo aos adotandos.

Era compatível aos ditames da época, uma sistemática onde vislumbrava-se como finalidade, proporcionar um sucessor para os casais incapazes de gerá-los naturalmente. Apesar de finalmente um ordenamento legalmente estruturado tratar a adoção, a grande quantidade de requisitos exigidos mostraram-se como um embargo para sua realização, tendo em vista que poucos preenchiam as exigências necessárias.

Além disso, o Código Civil de 1916 não incorporava completamente o adotando na família adotiva, posto que esse permanecia vinculado a sua família natural, que de certo modo, compartilhava o filho com a nova família. Após a adoção, caso os adotantes concebessem filhos biológicos, era-lhes facultado afastar o adotado da sucessão legítima.

Em 1957 foi promulgada a lei n° 3.133, que impôs o prazo de para 30 (trinta) anos como idade mínima exigida ao adotante, contudo, do mesmo modo estabeleceu a exigência de 5 (cinco) anos de constituição do matrimônio. Acompanhando o censo daquele período, a mencionada lei também não equiparava os filhos adotivos aos naturais, pois não havia relação entre a adoção e o seguimento hereditário.

Posteriormente, com a edição da lei n° 4.655 em junho de 1965, sobreveio o requisito da legitimação adotiva pelo Poder Judiciário com a intervenção do Ministério Público, tornando a decisão tomada pelo juiz irrevogável depois de averbada no registro de nascimento do adotando.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Deste modo, entrou em vigor a adoção plena, aniquilando os vínculos do adotando com a família biológica, sendo inscrito em seu registro de nascimento o nome dos ascendentes dos adotantes, e a adoção simples, voltada ao menor que achava-se em circunstância irregular, sujeitando-se a autorização judicial, cuja certidão de nascimento era apenas adulterada.

Percebe-se que o disciplinamento da adoção no Código Civil de 1916 deu-se de maneira demasiadamente rígida, tornando-o pouco aplicável na prática, por essa razão, sobrevieram novas leis que foram conferindo à adoção um contorno mais funcional. Apesar de todas as mudanças, perdurava uma discriminação legal para com os filhos adotados que somente teve fim com o marco da Constituição Federal de 1988.

Mais adiante, com a implantação da Lei Nacional de Adoção, lei nº 12.010/09, houve uma profunda mutação quanto ao tratamento legal, posto que no Código Civil já não vige matéria instituindo a adoção. Nessa concepção, as mudanças introduzidas no Estatuto da Criança e do Adolescente passaram a regular todos os tipos de adoção, inclusive, o processo de adoção dos maiores de 18 anos.

Isto posto, diversas inovações legislativas ocorreram durante a vigência do referenciado Estatuto, no entanto, no que tange à adoção tal qual a colocação da criança e adolescente em família substituta, a mudança mais recente advém do diploma legal nº 13.509/2017.

3. IMPASSES PRESENTES NOS PROCEDIMENTOS ADOTIVOS

O nascimento da Lei Nacional de Adoção, embora objetivasse primordialmente sanar os reveses que envolvem o processo adotivo, não aprimorou, todavia, a adoção, na medida em que, avista-se uma incongruência vultosa entre o enunciado processo e a realidade do judiciário brasileiro. A morosidade exorbitante no prosseguimento da lista de adoção decorrente da falta de estrutura adequada para o atendimento da demanda, bem como a sistemática ultrapassada de institucionalização de infantes, são causas que resultam impasses reiterados no processo de adoção, fazendo-o estender-se de modo estafante no tempo.

3.1. Realidade sobre a adoção no Brasil

De acordo com os dados do Cadastro Nacional de Adoção (CNA), o número de pessoas que procuram adotar é altamente superior ao número de crianças e adolescentes que esperam por uma família, não obstante, as barreiras surgem nas exigências que são feitas por aqueles que buscam a adoção. A maior parte dos adotantes comprovadamente pretendem adotar crianças até 3 (três) anos de idade, contudo, apenas 4,1% dos que estão no cadastro do CNA à espera de uma família têm menos de 4 (quatro) anos.

Por óbvio que pode-se incentivar a chamada adoção tardia, isto é, de crianças que não estejam nesse perfil prioritário, mas antes, é necessário questionar o porquê de o procedimento adotivo ser tão embaraçado. Destaca-se que a duração média de um processo de adoção deveria ser em torno de 1 (um) ano, porém na prática essa extensão é absolutamente discrepante.

Muitas crianças e adolescentes passam sua infância e juventude inteiramente em intuições de acolhimento à espera de uma família que nunca chega. A raiz do problema pode estar em uma compreensão desacertada e preconceituosa da lei, na acepção de que o menor deve ser adotado pela família extensa a todo custo, o que desencadeia uma procura fatigante em busca do adotante preferencial.

Dessa maneira, as concepções retrógradas dos operadores do direito, são claramente contributivas para a morosidade na colocação do infante em uma família substituta. Grande parte dos juízes e membros do Ministério Público, ainda encontram-se paralisados na ideia de que família é da ordem da natureza, assim ignorando toda a evolução do pensamento antropológico, o que por si só, já leva o mecanismo a atrasar anos.

Logicamente, seria insensato o processo adotivo realizar-se em período súbito, mas perdurar ao longo de anos, como tem acontecido na maioria deles, é compactuar com o sistema que mais violenta do que protege as crianças e adolescentes. Tamanha lentidão acaba afastando inúmeros interessados em adotar, e enseja lugar à realização ilegal de adoção à brasileira, que consiste em prática na qual a mãe ou a família biológica entrega a criança para outra pessoa, à margem dos trâmites legais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Além de tudo, a celeuma do processo adotivo fundamenta-se na ausência de condições apropriadas no sistema de justiça para atender as demandas, tendo em conta que, faltam em muitos locais equipes técnicas para auxiliarem os juízes na tomada de decisões, assim como inexiste informatização e equipamentos devidos em diversas varas da infância e da juventude espalhadas pelo Brasil.

Assim sendo, apesar do ECA já prevê a colocação em famílias acolhedoras, as inovações conduzidas pela lei nº 13.509/2017 vieram restabelecer o melhor interesse do infante, coibindo desarrazoadas procrastinações em busca pela família extensa, otimizando a colocação em família substituta e promovendo diversas medidas beneficiárias ao adotando.

4. INOVAÇÕES OCASIONADAS PELA LEI N° 13.509/ 17

O desígnio maior, com a entrada em vigor da lei 12.010/09, foi o de garantir a irreversibilidade na adoção de crianças e adolescentes, a fim de protegê-los e evitar qualquer arrependimento superveniente por parte dos adotantes, o que geraria maior desgaste, além de ser um fator que inibiria o integral desenvolvimento dos adotandos.

Ocorre que a referida rigidez no procedimento de adoção acabou contribuindo para sua inefetividade, causando o desincentivo à adoção, e portanto, a inoperância da lei. Pode-se dizer que, a incessante busca pela perfeição do instituto incorreu no seu crescente desalento, fazendo com que muitas famílias desistissem ou buscassem outros meios para satisfazer seus interesses.

Diante disso, a lei 13.509 de 22 de novembro de 2017, em vigor desde a data de sua publicação, veio através de suas positivas alterações, facilitar o instituto da adoção no Brasil, principalmente viabilizando-o no tempo.

O diploma promoveu modificações no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), lei 8.069/90, na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo decreto-lei 5.452/43, bem como no Código civil, lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

4.1. Permanência da criança e do adolescente em Programa de Acolhimento Institucional e a Convivência Integral da mãe adolescente com o seu filho

De acordo com a redação dada pela lei 13.509/17, a criança ou adolescente que estiver inserido em programa de acolhimento familiar ou institucional terá sua situação reavaliada, no máximo, a cada 3 (três) meses, conforme dispõe o artigo art. 19, §1º, do ECA. Anteriormente o prazo de reavaliação em tais circunstâncias era de, no máximo, 6 (seis) meses.

Também, a criança ou o adolescente não poderá estar sob o acolhimento institucional por mais de 18 (dezoito) meses, e havendo necessidade de prorrogação do prazo, deverá a autoridade judiciária fundamentar a referida situação, segundo a nova composição do art. 19, §2º, do ECA.

O prazo máximo de permanência de criança ou adolescente em programa de acolhimento, que outrora era de 2 (dois) anos, passou a ser de 1 (um) ano e 6 (seis) meses. Esta alteração, bem como as demais, tem por finalidade não apenas a redução do tempo de acolhimento como também acelerar o processo de colocação em família substituta.

Ainda, a Lei nº 13.509/2017 acrescentou o §5° e §6° ao art. 19 do ECA, prevendo que caso uma adolescente esteja em programa de acolhimento institucional e torne-se mãe, deverá ser-lhe assegurada convivência integral com seu filho, além de ser assistida por uma equipe especializada multidisciplinar. Ressalta-se a importância de acompanhamento por equipe especializada para a mãe adolescente, de forma a prepará-la e a minimizar as questões advindas da gestação na adolescência, e ao pleno exercício dos deveres inerentes ao poder familiar.

A referida inclusão é salutar, para indicar que deve-se priorizar o acolhimento conjunto da mãe adolescente e seu filho na mesma entidade, para garantir a manutenção do vínculo biológico e o direito à convivência familiar.

4.2. Facilitação para a gestante ou mãe que manifesta interesse em entregar seu filho para adoção

O artigo 19-A do ECA, incluído pela lei nº 13.509/2017, dispõe ao longo de seus dez parágrafos, sobre os casos em que a gestante ou mãe demonstre interesse em entregar seu filho para adoção, devendo a mesma ser encaminhada à Justiça da Infância e da Juventude, para ser ouvida por equipe interprofissional, que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

apresentará relatório ao juízo competente, para que determinar ou não, o encaminhamento mediante concordância da gestante ou mãe à rede pública de saúde e assistência social.

Com isso, passa-se a criar um fluxo de trabalho para oitiva das mães que tem interesse em entregar seu filho à adoção, levando-se em consideração o estado gestacional e puerperal, e suas implicações na decisão de entrega. Para mais, deve haver preferência para entrega da criança ao pai ou algum membro da família extensa, em diligência que respeitará o prazo máximo de 90 (noventa) dias, prorrogável por período igual.

A criança tem direito à convivência familiar, podendo existir situações em que a família se interesse em acolhê-la quando questionada. A busca por parentes que tenham interesse em receber a criança, seja por guarda ou adoção, deve limitar-se ao parentesco próximo com a mãe ou com os quais haja vínculos de afinidade, objetivando-se maior celeridade na colocação da criança em uma família adotiva.

Contudo, na impossibilidade de localização de representante da família extensa, ou de não indicação do genitor, caberá ao juiz competente decretar a extinção do poder familiar, e determinar a colocação da criança sob guarda provisória de quem estiver habilitado a adotá-la, ou de entidade que desenvolva programa de acolhimento familiar ou institucional.

Essa nova disposição, regulamenta uma sistemática que já vinha sendo adotada para colocação da criança na guarda de casal habilitado à adoção, respeitando-se a ordem legal. Isso tudo, para evitar que a criança venha criar vínculos com quem não passou por devida avaliação técnica, o que também pode resultar em situações de fraude na fila de adoção, ou na devolução da criança em idade mais avançada.

Dispõe ainda o art.19-A do ECA, que após o nascimento da criança, a vontade da mãe ou de ambos os genitores deve ser manifestada em audiência, sendo-lhes assegurado o direito ao sigilo sobre a entrega. Além disso, é facultado o prazo de 15 (quinze) dias aos detentores da guarda para propor ação de adoção, calculado do dia ulterior à data do término do estágio de convivência.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Caso não se façam presentes na audiência, nem o genitor nem representante da família extensa que intencione exercer o poder familiar ou guarda, o juiz competente deverá suspender o poder familiar da mãe, para colocação da criança sob guarda provisória de pessoa habilitada a adotá-la.

Havendo a desistência pelos genitores da entrega da criança após o nascimento, a criança será mantida com os mesmos, acompanhados pela Justiça da Infância e Juventude pelo período de 180 (cento e oitenta) dias. É também garantido a mãe o direito ao sigilo relativo ao nascimento, sendo sem embargo, respeitado o direito do adotado de conhecer sua origem biológica.

No mais, as crianças recém-nascidas e crianças acolhidas não procuradas por suas respectivas famílias, deverão ser cadastradas para adoção em 30 (trinta) dias a partir do início do acolhimento.

4.3. Sistema de Apadrinhamento

A lei 13.509/17, instituiu ainda, a figura do apadrinhamento, aduzida com a inserção do artigo 19-B do ECA, tratando-se de um vínculo jurídico para colaboração do desenvolvimento integral da criança ou do adolescente, com pessoas maiores de 18 (dezoito) anos de idade, não inscritas no cadastro de adoção, para fins de convivência familiar e comunitária.

Há inclusive previsão de apadrinhamento por pessoa jurídica, que diversamente do apadrinhamento afetivo tem uma conotação econômica, dando suporte financeiro para o pleno crescimento do menor apadrinhado.

As crianças ou adolescentes sujeitas ao apadrinhamento são todas aquelas suscetíveis de adoção, com seus perfis definidos no âmbito de cada programa de apadrinhamento, entretanto, gozam de preferência aquelas com remota possibilidade de reinserção familiar ou colocação em família adotiva.

A ideia na presente regulamentação, é assegurar a necessária convivência familiar e comunitária, que a instituição de acolhimento tem dificuldade em suprir, bem como a criação de vínculos afetivos que servirão de suporte para toda a vida, primordialmente naquelas situações onde não se consegue a colocação em família substituta, e o jovem sai do acolhimento para a vida adulta e autônoma.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Outrossim, podem ser executados os programas de apadrinhamento que recebem apoio da Justiça da Infância e da Juventude, por órgãos públicos ou organizações da sociedade civil, deixando de ser, necessariamente, concentrada no Poder Judiciário.

4.4. Prevalência dos Direitos do adotando e o Estágio de Convivência

A lei em comento trouxe para mais, o acréscimo do §3° ao artigo 39 do ECA como importante previsão para substanciar o princípio do superior interesse da criança, estabelecendo que nos casos de conflito entre direitos e interesses do adotando e de terceiros, inclusive os próprios pais deste, deverão necessariamente prevalecer os direitos daquele, para que lhe seja assegurado o melhor interesse como primazia.

Salienta-se igualmente as relevantes mudanças no art. 46 do ECA, no que toca a temática do estágio de convivência, cujo consiste em importante lapso temporal para aferir se a criança ou o adolescente se ajustará à nova família. O dispositivo originário autorizava ao juiz fixar o estágio de convivência sem, contudo, estabelecer um termo final, o que poderia alongar o processo de adoção indefinidamente.

É válido frisar que em matéria de criança e adolescente, há prioridade na tramitação dos feitos, por isso, a nova determinação ofertada pela lei 13.509/17 confere ao juiz o poder de fixar um prazo bem exíguo de 90 (noventa) dias, que a depender das peculiaridades do caso concreto, pode ser postergado até no máximo, 180 (cento e oitenta) dias, necessitando de decisão fundamentada do juízo competente.

Nos casos em que o adotante seja residente ou domiciliado fora do Brasil, o §3° incrementado ao artigo 46 do ECA, estipula que o estágio de convivência será de, no mínimo, 30 (trinta) dias, e no máximo de 90 (noventa) dias, em situação excepcional e por decisão fundamentada da autoridade judiciária, já que o prazo regular é de somente 45 (quarenta e cinco) dias.

Isto tudo no intento de viabilizar a adoção e não onerar sobremaneira o adotante. Ao final do prazo deverá ser apresentado laudo fundamentado pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

recomendação ou não para deferimento da adoção ao juiz, segundo confere o §3°-A do artigo 46.

Além do mais, o artigo em menção delibera agora que o estágio de convivência deve ser cumprido em território nacional, preferencialmente na comarca de residência da criança ou adolescente, ou em cidade limítrofe, para assegurar que o acompanhamento do estágio seja realizado por equipe técnica de confiança do juízo da comarca de residência da criança, que deverá ter sua competência respeitada ante qualquer hipótese.

4.5. Prazo máximo para conclusão da Ação de Adoção e Adoção Internacional

Em momento anterior ao surgimento da Lei 13.509/17, não havia previsão para a conclusão do processo de adoção, o que gerava insegurança entre os pretensos pais. Com a vigente lei, o prazo para o encerramento do trâmite da ação de adoção tornou-se de 120 (cento e vinte) dias, prorrogável uma única vez por igual período, através de decisão fundamentada da autoridade competente, em conformidade com o §10° do art.47 do ECA.

Ressalta-se também a nova composição textual do §10° do art.50 do ECA, cujo texto impõe que, após consultados os cadastros e verificada a ausência de candidatos habilitados residentes no País, com perfil compatível e interesse manifesto pela adoção de criança ou adolescente inscrito nos cadastros existentes, deverá realizar-se o encaminhamento da criança ou adolescente à adoção internacional.

O artigo supracitado trouxe uma outra alteração substancial, com a incorporação do §15°, que passou a assegurar prioridade no cadastro de pessoas que apresentem interesse em adotar criança ou adolescente com deficiência, com doença crônica ou com necessidades específicas de saúde, além de grupo de irmãos, oportunizando-lhes maior celeridade nas habilitações, realização de estudos e avaliações técnicas.

Além disso, conforme dispõe a atual redação do art.51 do ECA, modificado através da lei em análise, presentemente considera-se adoção internacional aquela em que, o pretendente possui residência habitual em país signatário da Convenção

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de Haia, relativa à proteção das crianças e à cooperação em matéria de adoção internacional, e deseja adotar criança em outro país-parte da Convenção,.

Sobre tal, a adoção internacional de criança ou adolescente brasileiro ou domiciliado no Brasil, somente terá lugar quando restar comprovado que foram esgotadas todas as possibilidades de colocação da criança ou adolescente em família adotiva brasileira, com a comprovação, certificada nos autos, da inexistência de adotantes habilitados residentes no Brasil, com perfil compatível com a criança ou adolescente após consulta aos cadastros.

4.6. Das medidas de Proteção e dos Serviços Auxiliares

No que tange a aplicação das medidas específicas de proteção, a disposição concedida pela lei nº 13.509/2017, estabelece que seja dada prevalência às medidas que mantenha ou reintegre a criança e o adolescente, na sua família natural ou extensa ou, se isto não for possível, que promovam a sua integração em família adotiva, e não mais substituta, consoante inovação no inciso X do parágrafo único do art.100 do ECA.

Seguidamente, as alterações no §10° do art.101 reportam que o prazo do Ministério Público para ingressar com a destituição do poder familiar, após o recebimento do relatório, foi convertido de 30 (trinta) para apenas 15 (quinze) dias, salvo se for imprescindível a realização de estudos complementares ou de outras providências indispensáveis ao ajuizamento da demanda.

A redução do prazo vem defronte a necessidade de propiciar-se maior celeridade aos feitos da infância e juventude, principalmente em se tratando de ações de destituição do poder familiar, posto que, esgotadas as possibilidades da manutenção da criança ou adolescente no seio de sua família de origem ou extensa, a colocação em família substituta deve ser agilizada ao máximo.

Uma das inserções mais benéficas da lei em estudo, diz respeito à possibilidade da autoridade judiciária, diante da inexistência ou insuficiência de servidores públicos integrantes do Poder Judiciário, responsáveis pela realização de avaliações técnicas, nomear perito fora dos quadros do Poder Judiciário, nos termos do art. 156 do Código de processo Civil.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Configura-se significativa a previsão vigorante do art.151, parágrafo único do ECA, vez que, na maioria dos Estados o Poder Judiciário não possui equipes técnicas suficientes para assessorar os juízes da Infância e Juventude nos interiores. A lei assim, normatiza um procedimento que na prática já vinha sendo adotado em muitas comarcas de pequeno porte.

De resto, Visando acelerar ainda mais os procedimentos do ECA, ante as inúmeras reclamações da população em face da inegável morosidade, o presente regulamento fixou o §2° ao art.152 do ECA, determinando que os prazos estabelecidos e aplicáveis aos procedimentos, deverão ser todos contados em dias corridos, excluído o dia do começo e incluído o dia do vencimento, vedado o prazo em dobro para a Fazenda Pública e o Ministério Público.

4.7. Da perda ou suspensão do Poder Familiar e Colocação em Família Substituta

Para a comprovação da presença de uma das causas de suspensão ou destituição do poder familiar, a interposição do §1º ao art.157 do ECA passou a admoestar que, quando recebida a petição inicial, a autoridade judiciária deverá determinar, junto ao despacho de citação com ou sem requerimento do interessado, a realização de estudo social ou perícia por equipe interprofissional ou multidisciplinar

Tratando-se de pais provenientes de comunidades indígenas, é ainda obrigatória a intervenção, junto à equipe dantes citada, de representantes do órgão federal responsável pela política indigenista, de acordo com o §2º, igualmente incluído ao art.157 do ECA.

Nota-se que a finalidade em determinada inserção foi a de propiciar celeridade a suspensão do poder familiar, além de tornar clara a necessidade de intervenção obrigatória dos órgãos de proteção indigenistas, fator de extrema importância para esclarecer ao juízo da infância as regras sociais e costumes das comunidades indígenas, e bem assim melhor subsidiar a formação de seu convencimento.

As alterações oriundas do §3º acrescido ao art.158 do ECA, trazem para o procedimento de perda e suspensão do poder familiar a sistemática da citação por

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

hora certa, nos casos de suspeita de ocultação do requerido, conjuntamente com a citação por edital, no prazo de 10 (dez) dias, para aquelas circunstâncias em que os genitores encontrarem-se em local incerto ou desconhecido, estabelecendo meios mais simplificados de localização e citação dos réus.

Destarte, o legislador inovou dispensando a necessidade de nomeação de curador especial em favor da criança ou do adolescente, quando a ação de destituição do poder familiar for proposta pelo Ministério Público, tal como recomenda o §4º do art.162 do ECA, com o intuito de dar presteza aos feitos, haja vista que o Ministério Público quando parte autora na ação de destituição do poder familiar, atua em nome do superior interesse da criança ou do adolescente.

Em referência ao procedimento de colocação em Família Substituta, constatam-se significativos avanços. Na hipótese de os pais concordarem com a adoção, é possível a adesão expressa à colocação do filho em família substituta por requerimento formulado diretamente em cartório, designando o juiz audiência no prazo máximo de 10 (dez) dias, contado da data do protocolo ou da entrega da criança em juízo, consoante ao §1º do art.166 do ECA.

Nesta declarada audiência, devem comparecer o Ministério Público e os requerentes, devidamente assistidos, tomando-se por termo a declaração de anuência para colocação do filho em família substituta. O consentimento em escrito será inválido se não for confirmado na audiência predita, sendo retratável até a realização da mesma, podendo os pais praticarem o arrependimento, até 10 (dez) dias da prolação da sentença de extinção do poder familiar e não mais da sentença constitutiva da adoção.

No mais, a corrente redação do art.166, §7º, delineia que a orientação e acompanhamento intermediados por equipe técnica interprofissional a serviço da Justiça da Infância e da Juventude, devem ser destinadas agora tanto para a família substituta quanto a família natural.

4.8.Da habilitação de pretendentes à adoção

Com a incorporação da lei 13.509/17, o §1º do art.197-C do ECA firmou como obrigatória a participação de grupos de apoio à adoção, devidamente habilitados, nos programas de preparação de pretendentes à adoção, que inclua

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

preparação psicológica, orientação e estímulo à adoção inter-racial, de crianças ou de adolescentes com deficiência, com doenças crônicas ou com necessidades específicas de saúde, e de grupos de irmãos.

A lei impõe agora, a efetivação de procedimentos práticos que já vinham sendo adotados em numerosas comarcas, trazendo para o curso de preparação a experiência de pais adotivos que compõem estes grupos de apoio à adoção. Sempre que possível essa etapa incluirá o contato dos habilitandos e pretendentes com crianças e adolescentes em situação de acolhimento familiar ou institucional.

Referente aos procedimentos adotivos, o §3º do art.197-C do ECA recomenda que seja realizada a preparação da criança e do adolescente, antes de incluí-los em família adotiva, intencionando atenuar os efeitos nocivos na mudança do contexto familiar. Tal dispositivo ratifica orientação técnica em relação a qualquer forma de colocação em família substituta, para que o impacto emocional na criança seja minimizado com a alteração de sua rotina.

Hodiernamente, o art.197-E, §2º do ECA passou a manifestar que a reavaliação dos pretendentes habilitados à adoção, deve ser desempenhada por equipe técnica, no mínimo a cada 3 (três) anos. Esta alteração consiste em medida favorável, já que o tempo perpassado é conveniente para que verifique-se ocorrência de alterações estruturais na família dos pretendentes. Além disso, tornou-se dispensável a renovação da habilitação quando o adotante candidatar-se a uma nova adoção, bastando-lhe a realização de avaliação técnica.

Já era previsto no teor do antigo art.197-E do ECA, que a recusa reiterada poderia ensejar reavaliação da habilitação concedida, todavia, a integração de seu §4º conferiu critério objetivo ao estipular que, essa revisão se dará após 3 (três) recusas injustificadas pelo habilitado, à adoção de crianças ou adolescentes indicados dentro do perfil escolhido.

Seguidamente, de modo a configurar relevante medida na proteção de situação gravosa a saúde psicológica e o bem estar do adotando, a inovação legal no art.197-E, §5º do ECA, decreta que havendo a devolução do adotando após a admissão do pedido de adoção ou depois do trânsito em julgado da sentença de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

adoção, ocorrerá a exclusão do cadastro do pretendente com vedação de posterior habilitação, exceto se suceder decisão judicial fundamentada.

Quanto ao mais, destaca-se que o novo art.197-F do ECA, com vistas a não prorrogar excessivamente o procedimento, fixou o prazo máximo para conclusão da habilitação à adoção em 120 (cento e vinte) dias, prorrogável por igual período, mediante decisão fundamentada da autoridade judiciária. Esta imposição é positiva considerando que não existia qualquer previsão para a duração do procedimento de habilitação.

4.9. Alterações na Consolidação das Leis Trabalhistas e no Código Civil

Cabe evidenciar as alterações feitas na CLT com o propósito maior de fomentar a adoção. Foi acrescentado o parágrafo único ao art. 391-A e modificados os arts. 392-A e 396 da CLT.

O art. 391-A, caput, da CLT garante a estabilidade provisória da gestante no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado. A lei 13.509/17 inseriu o parágrafo único que dispõe ser a regra do caput aplicada de modo igual *ao empregado adotante ou que detenha guarda provisória para fins de adoção*

O art. 392-A da CLT, por sua vez, passou a redigir que a *licença-maternidade* deverá ser concedida a *empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente.* Anteriormente o dispositivo previa apenas a adoção de criança, mas não estabelecia nada sobre a obtenção da guarda de adolescente.

No tocante ao art. 396 da CLT, a referida lei inseriu o descanso da mulher para amamentação de filho advindo da adoção. Durante a jornada de trabalho não só a empregada que conceber um filho, mas também a que adotar, tem direito a dois descansos especiais de meia hora cada, para amamentá-lo, até que complete 6 (seis) meses de idade.

Por fim, a incorporação do inciso "V" ao art. 1.638 do Código Civil, traz a previsão expressa de perda do poder familiar quando o pai ou a mãe entregarem seus filhos diretamente a terceiros, para fins de adoção, sem qualquer processo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

legal e sem o crivo do Judiciário. Constitui portanto importante previsão legal no sentido de desestimular a prática ilícita de adoções direta em tais casos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo acerca dos avanços do processo de adoção no sistema Jurídico Brasileiro, é de lídima importância, pois evidencia o detalhamento de procedimentos que objetivam salvaguardar o melhor interesse do indivíduo em formação. Esta contínua evolução legal concebeu uma fase mais humanitária ao processo, direcionada basicamente a concessão do mínimo existencial as criança e aos adolescentes.

Com o surgimento da lei 13.509/17 pretendeu-se certamente viabilizar a ação de adoção no tempo, promovendo-lhe certa desburocratização, através da fixação de prazos e parâmetros razoáveis aos procedimentos, tornando-os mais proporcionais a realidade do Judiciário Brasileiro.

Tais modificações legislativas, buscaram distanciar a políticas retrógradas de institucionalização de menores, no intento de agilizar o processo de adoção, evitando que a extrema morosidade para colocação do indivíduo em formação em um lar afetivo, prejudique o seu melhor interesse.

Finalmente, a despeito de ainda haver muito a ser aprimorado no sistema adotivo, espera-se que os operadores do Direito efetivem na prática as medidas trazidas pelas debatidas inovações legislativas, ao passo que seja plenamente garantido a criança e ao adolescente, a perspectiva de um futuro digno e seguro ao seu desenvolvimento.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil:** Direito das famílias. p. 932.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 273.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Cadastro Nacional de Adoção**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/cadastro-nacional-de-adocao-cna. Acesso em: 20 de ago. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

BRASIL.LEI Nº 12.010 DE 03 DE AGOSTO DE 2009. Dispõe sobre adoção; altera as Leis nºs 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, 8.560, de 29 de dezembro de 1992; revoga dispositivos da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, e da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 3 de ago. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm. Acesso em: 25 de ago. 2019.

BRASIL. LEI N° 3.071 DE 01 DE JANEIRO de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 01 jan. 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 20 de ago. 2019.

BRASIL. LEI Nº 8.069 DE 13 DE JULHO DE 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 25 de ago. 2019.

BRASIL. LEI N° 4.655 DE 2 DE JUNHO DE 1965. Dispõe sobre a legitimidade adotiva. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 2 de jun. 1965. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4655.htm. Acesso em: 25 de ago. 2019.

BRASIL. LEI N° 3.133 DE 8 DE MAIO DE 1957. Atualiza o instituto da adoção prescrita no Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 08 maio 1957. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3133.htm. Acesso em: 25 de ago. 2019.

BRASIL. LEI Nº 13.509 DE 23 DE NOVEMBRO DE 2017. Dispõe sobre adoção e altera a Lei n° 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n° 5.452, de 1° de maio de 1943, e a Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 nov. 2017. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13509.htm.

Acesso em: 25 de ago. 2019.

NOTAS:

[i] Orientadora, Mestre e Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

POSSIBILIDADE DE AGRAVO DE PETIÇÃO NAS DECISÕES DE EXCEÇÕES TRABALHISTAS DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

MARCOS GABRIEL TINOCO GOMES FRANCHI:
Bacharelando no Curso de Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA

MARCELO DE VARGAS ESTRELLA

(Orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo demonstrar o novo entendimento do Tribunal Superior do Trabalho com relação à possibilidade de recorribilidade das decisões interlocutórias proferidas em fase de execução, principalmente em se tratando de temas que versem sobre matérias de ordem pública – como na possibilidade de oposição da exceção de pré-executividade. Dentro deste contexto, faz-se uma interpretação do artigo 6º, II da recente Instrução Normativa editada pelo Tribunal Superior do Trabalho em 15 de março de 2016 evidenciando que apesar de vedação da Consolidação das Leis do Trabalho quanto à interposição de recursos das decisões interlocutórias, a nova Instrução Normativa dá margem à interpretação acerca da recorribilidade das decisões interlocutórias em fase de execução, mesmo sem a garantia do juízo.

Palavras-chave: Agravo de petição; Exceções trabalhistas; Pré-executividade.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to demonstrate the new understanding of the Higher Labor Court regarding the possibility of appealing the interlocutory decisions handed down during the execution phase, especially when dealing with issues related to matters of public order, such as the possibility of opposition pre-executivity exception. Within this context, there is an interpretation of Article 6, II of the recent Normative Instruction issued by the Superior Labor Court on March 15, 2016 showing that despite the prohibition of the Consolidation of Labor Laws regarding the interposition of appeals from interlocutory decisions, the new Normative Ruling gives scope for the interpretation of the interlocutory decisions in the execution phase, even without the guarantee of the judgment.

Keywords: Aggravation of petition; Labor exceptions; pre exclusive.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca detalhar sobre a interposição de recurso na fase de execução, onde nestas hipóteses aplicando o NCPC, independe de garantia integral do juízo, porém é vedada tal manobra em sede recursal na fase de execução pela Consolidação das Leis do Trabalho.Portanto, o que se denota do exposto é o novo entendimento jurisprudencial sobre a interposição de recursos na fase executória, principalmente no incidente de temas sobre questões de ordem pública.

Desse modo, esta pesquisa é justificada, pelo fato de ser um tema que inexiste legislação específica sobre o tema, e ainda faltam conhecimento e atualizações, principalmente no que tange as normas aplicáveis ao processo do trabalho, em especial o agravo de petição nas exceções de pré-executividade. Nota-se ainda que este recurso vem sendo utilizado com bastante intensidade nos últimos anos, merecendo assim uma atenção jurídica.

Quanto ao Método de Abordagem, utilizado neste trabalho, será o método Hipotético indutivo, com técnica de análise e terá como base pesquisas bibliográficas, com o estudo do posicionamento jurisprudencial e doutrinário nacional, bem como da legislação, com a finalidade de compreender os abarcamentos do tema, assim quanto ao nível de pesquisa esta será exploratória, que são aquelas que habitualmente envolvem levantamento bibliográfico e documental, entrevistas não padronizadas e estudos de caso, com a finalidade de desenvolver e esclarecer os conceitos e ideias.

A revisão de literatura, se dará por meio de análise de documentação Indireta com pesquisas em legislações, artigos especializados e jurisprudências, sobre o tema procurando sedimentar os conceitos e conhecimentos adquiridos. Em relação aos procedimentos técnicos de coleta de dados, foram utilizadas as pesquisas bibliográfica, pois a ciência que já foi produzida e testada, denominada como ciência-disciplina, está disponível nos livros.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Por fim, o escopo deste trabalho busca descrever a fase de execução no Processo do Trabalho, ressaltando a alteração descrita na Instrução Normativa.

1 DO CONCEITO DE DIREITO E ACESSO A JUSTIÇA

1.1 CONCEITO DE DIREITO E ACESSO À JUSTIÇA NO DIREITO DO TRABALHO

De antemão cumpre destacar o conceito de direito e acesso à justiça, para entendermos assim, os recursos cabíveis na execução trabalhista.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) é o que demarca o início do Estado Democrático de Direito, representando grande avanço na democracia do país.

Tudo isso significa permanente sujeição do Estado brasileiro ao ordenamento jurídico vigente, integrado por normas de direito, regras e princípios jurídicos, emanadas da vontade do povo, que se manifesta por meio dos seus representantes eleitos ou diretamente, por meio do plebiscito, do referendo e da iniciativa popular, motivo da menção explícita da Constituição brasileira ao princípio da reserva legal ou princípio da prevalência da lei, como garantia fundamental das pessoas (artigo 5º, inciso II), e ao princípio da legalidade, estruturante do Estado de Direito brasileiro (artigo 37). (DIAS, 2004, p. 653).

Dessa forma importante destacar neste momento a definição do direito, definido por Bergel:

> Como sendo uma disciplina social constituída pelo conjunto de regras de conduta que, numa sociedade com maior ou menor organização, regem as relações sociais e cujo respeito é garantido, quando necessário, pela coerção pública e ao mesmo tempo produto de fatos e da vontade do homem, um fenômeno material e um conjunto de valores morais e sociais, um ideal e uma realidade, um fenômeno histórico e uma realidade (BERGEL, 2006. p.37).

Sobre o acesso à Justiça, Mattos explica que:

> A expressão "Acesso à Justiça" é objeto de várias conceituações, podendo significar desde acesso aos aparelhos do poder judiciário, simplesmente, até o acesso aos valores e direitos fundamentais do ser humano. A segunda, por ser mais completa e abranger a primeira, sugere ser a mais adequada. Trata-se não obstante a importância dos aspectos formais do processo, de um acesso à Justiça que não se esgota no judiciário, mas representa também e primordialmente, o acesso a uma ordem jurídica justa.(MATTOS, 2011, p.60)

Deste modo, os conceitos de Direito e Justiça se entrelaçam, e por este motivo são considerados como sendo uma só coisa pela consciência social.

Isso ocorre devido à ideia de Justiça que envolve valores intrínsecos ao ser humano, como a igualdade, liberdade, fraternidade, equidade, honestidade, moralidade, dignidade e segurança, ou seja, tudo aquilo que tem sido intitulado de direito natural desde a antiguidade. (CAVALIERI FILHO, 2002).

Já o Direito é uma invenção humana, trata-se de um fenômeno histórico e cultural criado para ser utilizado como técnica de pacificação social e para a realização da Justiça. Portanto, entende-se que a Justiça é um sistema aberto de valores em frequente mutação. Enquanto o Direito é um agrupamento de princípios e regras destinadas a realizá-la (CAVALIERI FILHO, 2002).

Destarte, de acordo com o Dicionário Enciclopédico de Teoria e Sociologia do Direito, há três concepções distintas para o termo "Acesso à Justiça":

> 1. Corrente de pensamento que se interroga sobre as condições de passagem de um estado formal a um estado real do direito de ver sua causa ouvida pelas cortes e pelos tribunais; 2. Teoria crítica "vis-à-vis" o centralismo político da primeira acepção, que procura ampliar o campo de investigação e visando principalmente a melhoria do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> regulamento dos litígios e das transações fora das cortes e dos tribunais. 3. Conceito sintético que reúne as diferentes exigências processuais para assegurar a implementação desse direito de acesso às cortes e aos tribunais. (ARNAUD, 1999, p. 447).

Assim, em sua primeira acepção, o acesso à Justiça representa a corrente de pensamento própria das sociedades pós-industriais, consagrada juridicamente por algumas constituições e legislações (ARNAUD, 1999).

Em sua segunda acepção, o termo "acesso à Justiça" significa a "teoria crítica" que se interessa principalmente pela análise dos fatores que afastam os interessados dos tribunais e os impedem de buscar uma solução jurídica para seus conflitos (ARNAUD, 1999).

Já a terceira acepção, "trata do conteúdo mesmo da garantia que o Estado deve oferecer e, mais precisamente, do aparelho judiciário deste, para assegurar a todos os interessados o acesso efetivo" (ARNAUD, 1999, p. 449).

Deste modo, o acesso à Justiça, também denominado princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional ou princípio do direito de ação, nada mais é do que a garantia de que qualquer pessoa pode ter seu conflito analisado pelo Poder Judiciário.

Neves (2011) relata que o acesso à Justiça é:

> Tradicionalmente, interpretado conforme a sua intrínseca relação com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, o acesso à Justiça era encarado apenas como a possibilidade assegurada a qualquer indivíduo de provocar uma resposta jurisdicional, sem que fosse necessária a procura anterior por meios extrajudiciais de resolução de conflitos, como as vias administrativas, por exemplo (NEVES, 2011, p. 21).

Nesta senda, CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, (2010) leciona que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Observa-se que a CF/88 privilegia o acesso à Justiça e dá-lhe uma importância muito grande, a ponto de trazer em três dispositivos diferentes (além da previsão expressa da inafastabilidade da jurisdição) a preocupação com a sua concretização. Inclusive, "pode-se dizer, pois, sem exagerar, que a nova Constituição representa o que de mais moderno existe na tendência à diminuição da distância entre o povo e a Justiça (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2010, p. 88)

Desta maneira, Mauro Cappelletti e Bryant Garth trazem o conceito de Justiça como sendo:

> "O sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos." (CAPELLETTI, GARTH, 1988, p.3)

Desta forma, também é considerado um direito fundamental de primeira dimensão, e, por ser positivado, está previsto no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, que afirma que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito".

Além da prejuízo efetivo, a Constituição previu a cobertura do indivíduo em caso de ameaça, uma tutela preventiva. Assim, o acesso à Justiça, ´um direito fundamental, e como tal, possui as características destes, e é inerente ao ser humano, não podendo dispô-lo, nem renunciá-lo, não havendo ainda nenhuma distinção;

Como é um direito de primeira dimensão, é um direito de cunho negativo, afasta a intervenção do Estado, ou seja, depende do particular para exercer seu direito de ação e, então, demandar uma resolução judicial.

Segundo o art. 8º, 1 da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Artigo 8º - Garantias judiciais
>
> Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Dessa forma, o acesso à Justiça concede o direito ser escutado em juízo e buscar para a proteção de seus direitos, e, ainda, dá a garantia ao sujeito de que a solução de suas lides dar-se-á de forma justa e adequada.

Assim, a finalidade deste direito fundamental de primeira dimensão é, nada mais, do que a efetivação da Justiça. Importante destacar que este direito é diferente do direito de petição, pois o direito a petição regula o interesse popular sobre a conservação da ordem pública, enquanto o direito de acesso à Justiça necessita de um interesse particular de dar início a um processo para proteger seus direitos subjetivos.

1.2 A EXECUÇÃO TRABALHISTA

Após os delineamentos sobre o acesso à justiça, cumpre trazer entendimentos sobre a fase executória, pois é nesta fase que existe a possibilidade da interposição da exceção de pré-executividade, faz-se necessárias algumas considerações sobre o processo de execução em geral e, especialmente, no âmbito da Justiça Especializada do Trabalho.

Como é cediço, uma das funções do poder estatal é a atividade jurisdicional, que consiste em solucionar os conflitos que lhe são apresentados, através de um processo judicial. A jurisdição trabalhista é classificada como especial e tem seu limite fixado pelo artigo 114 da Constituição Federal de 1988, que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

determina à Justiça do Trabalho a conciliação e julgamento das lides advindas das relações de trabalho, bem como dos litígios decorrentes de suas sentenças.

Tem-se, portanto, que a competência da Justiça do Trabalho abrange o processo de conhecimento e sua fase executória, desde que envolvam questões laborais. Especificamente a execução – interessante para nosso estudo – existe para tornar efetiva a satisfação de um direito já reconhecido, sobre o qual não mais se discute.

Para Theodoro Júnior (2016, p.109):

> Há certeza prévia do direito do credor e a lide se resume na insatisfação do crédito, de modo que a atividade do Estado limita-se à coação do devedor para cumprimento da obrigação estipulada, o que recai sobre o patrimônio do devedor, e da vontade deste, realizar a prestação devida ao credor.

Para que isso seja possível, deverá o credor estar munido de título líquido, certo e exigível, em virtude do inadimplemento do devedor, que não cumpriu com sua obrigação no tempo e modo devidos.

No processo do trabalho, o credor, antes de atingir a condição de exequente, passou por um processo de conhecimento, não obstante deva ser o mesmo caracterizado pela celeridade, um dos princípios informadores da jurisdição trabalhista (BORGES, 2003).

Termo de comissão e conciliação prévia, que é um título executivo extrajudicial, constituído entre empresa e sindicato; o termo de ajuste de conduta (TAC):que é documento emitido pelo Ministério Público do Trabalho (MPT), onde após fiscalização havendo irregularidades, a empresa se compromete a ajustar as irregularidade, e não ocorrendo este ajuste o TAC é considerado como título executivo extrajudicial, e por fim com a reforma trabalhista entraram neste rol a nota promissória e o cheque, sendo ambos títulos executivos extrajudiciais.

Quanto a promoção da execução trabalhista, anteriormente a reforma trabalhista poderia ser promovida por qualquer interessado ou de ofício pelo próprio juiz ou Presidente do Tribunal competente. Porém atualmente após a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

reforma, esta somente pode ser promovida pelas partes integrantes no processo, e fica permitida a execução de ofício pelo juiz ou pelo Presidente do Tribunal, somente nos casos onde as partes não estiverem representados por um advogado (Art. 878, CLT).

Assim, para que seja promovida a execução esta deve ser liquida, e a liquidez pode ocorrer por artigos, arbitramentos ou cálculos.

Quanto a impugnação da liquidação, segundo o Art. 879, § 2º, CLT, elaborada a conta e tomada líquida, o juízo deverá abrir as partes prazo comum de oito dias para impugnação fundamentada com a indicação dos itens e valores objetos de discordância sob pena de preclusão.

Em relação ao prazo da União, depois de aberto prazo as partes, o juiz abre para este se manifestar em 10 dias, e assim o juiz proferirá a decisão de homologação dos cálculos.

Isto porque, também na fase de execução deve-se fazer respeitar o contraditório (Constituição Federal, art. 5º, inciso LV), pois este está contido em uma premissa maior, qual seja, a da igualdade, também aplicável e imperativa na fase de execução do julgado.

Salientando que da decisão que homologa os cálculos não cabe recurso de forma imediata, e o art. 884, § 3º, CLT assevera que apenas nos embargos à penhora será aceitável o pedido de impugnação da decisão de homologação dos cálculos.

Quanto a competência para julgar a execução trabalhista, segundo o art. 877 da CLT, é competente o juiz ou presidente do tribunal que tiver conciliado ou julgado originalmente o dissídio.

2. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Para que o devedor possa tomar qualquer medida recursal na fase de execução são necessários os seguintes requisitos: Garantia integral do juízo e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

oposição dos Embargos à Execução para prolação de decisão definitiva. Após o preenchimento destes dois requisitos é possível a interposição do Agravo de Petição, que conforme dito alhures, é o recurso hábil para acatar a decisão que homologa os cálculos do juízo de 1ª instância.

Contudo, existe outra ação, além dos Embargos à Execução. A Exceção de Pré-Executividade, utilizado para impugnar o título executivo judicial versando sobre alguma matéria de ordem pública, sem a necessidade de garantia integral do juízo. A exceção de pré-executividade, também denominada objeção de pré-executividade, constitui uma possibilidade conferida ao devedor para que este, antes mesmo de ter seus bens constritos, ingresse no processo com o objetivo específico de demonstrar a inexigibilidade do título executivo (LEITE, 2015).

Nesta senda, quanto ao instituto da exceção de pré-executividade, cabe destacar que este não possui nenhuma previsão legal, sendo admitida apenas pela jurisprudência, e como forma de atacar execuções que possuem vícios gravíssimos.

Quanto ao surgimento do instituto denominado de "exceção de pré-executividade" este adveio do parecer nº. 95, elaborado por Pontes de Miranda, em solicitação da Companhia Siderúrgica Mannesmann. Onde a aludida companhia foi alvejada com inúmeros processos judiciais argumentando vários títulos lançados no mercado e não pagos.

Assim a Companhia, pediu um parecer para Pontes de Miranda, sobre os pedidos de decretação de sua falência, baseados emtítulos falsos, bem como sobre a execução fundada nos mesmos títulos extrajudiciais que vinha sofrendo.

Desta feita, perante da falsidade dos títulos, Pontes de Miranda orientou a empresa a insurgir-se ante a nulidade da Execução, sem garantir o Juízo, alegando exceções pré-processuais.

Como base advertiu que:

> [...] - Uma vez que houve alegações que importa em oposição de exceção pré-processual ou processual, o juiz tem de examinar a espécie e o caso, para que não cometa a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> arbitrariedade de penhorar bens de que não estava exposto à ação executiva [...].” (MIRANDA, 1975, p.136)

Quanto a natureza jurídica da exceção de pré-executividade, este se comporta como sendo de natureza incidental, uma vez que não existe previsão legal e sua interposição é uma mera faculdade, não fica precluso o processo caso não haja a sua interposição.

Porém não é qualquer forma de vício na execução que pode ser atacado pela exceção de pré-executividade, uma vez que o normal é a apresentação de embargos de execução.

No que tange ao recurso cabível, apenas pode ser utilizado o agravo de petição conforme o art. 897 da CLT, que vale contra decisões em execuções e a exceção de pré-executividade.Dessa forma, a exceção de pré-executividade é usada para exercer a defesa em sede de execução sem a constrição patrimonial.

Assim, no âmbito processual trabalhista, a exceção de pré-executividade é um incidente processual, e a decisão que a denegar tem cunho interlocutório. Todavia, quando acatar a exceção de pré-executividade, o juiz profere sentença e extingue a execução, razão pela qual a parte sucumbente poderá interpor, de imediato, agravo de petição.

2.1 DIFERENÇAS ENTRE EMBARGOS À EXECUÇÃO E EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

utilizada para evitar a análise de execuções inúteis, evitando dano e também colaborando com a celeridade processual.

Assim, a exceção de pré-executividade tem como objetivo atacar a execução que esteja fundada em créditos com a exigibilidade suspensa ou extinta, ou também em títulos sem requisitos de legais de exigibilidade. Uma vez que esta ferramenta é utilizada para o reexame prévio do juízo de admissibilidade e assim revelar máculas q invalidam o prosseguimento do feito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Já o embargos à execução fiscal constituem uma ação autônoma que é incidente aos processo principal, ou seja é uma espécie de ação onde o sujeito passivo visa defender-se com a possibilidade de suspender a exigibilidade do crédito tributário.

Assim a embargos a execução é um meio de defesa mais amplo, uma vez que após a garantia do juízo pela penhora, toda e qualquer maneira podem ser suscitadas, já na exceção de pré-executividade, apenas as matérias de ordem pública basicamente aquelas constante do art. 17 do NCPC, concernentes aos pressupostos processuais e às condições da ação, são passíveis de arguição, podendo ainda ser alegadas a decadência e a prescrição, que dizem respeito ao mérito.

Por fim, sintetiza-se que as principais diferenças são: a exceção tem natureza jurídica incidental, enquanto que os embargos são uma ação autônoma de conhecimento incidental ao processo de Execução; a exceção não necessita de prévia garantia do juízo, os Embargos necessitam.

A Exceção não tem forma específica, os Embargos têm que obedecer aos requisitos do art. 319 do NCPC; a Exceção pode ser oposta em qualquer tempo, os Embargos têm o prazo preclusivo assinado pela legislação de regência; a Exceção não comporta dilação probatória, os Embargos não estão limitados a qualquer espécie de prova.

3 AGRAVO DE PETIÇÃO NA JUSTIÇA DO TRABALHO.

Destaca-se que na Justiça do Trabalho, o agravo de petição tem cabimento submisso a duas restrições: primeiro quanto a natureza da ação; e segundo quanto a natureza do ato recorrido.

No que tange a natureza da ação, a CLT reservou o agravo de petição à ação de execução (alínea "a" do art.879), e em interpretação sistematizada estendeu-se as ações incidentais ou preparatórias ajuizadas no curso, ou antes, da ação de execução.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Porém esta não tem cabimento na ação de liquidação uma vez que a sentença proferida é irrecorrível, apenas impugnáveis nos embargos à penhora ou em impugnação à sentença de liquidação (§ 3º do art. 884 da CLT).

O agravo de petição interposto contra decisão interlocutória, por sua vez, assemelha-se ao agravo de instrumento do processo civil. Logo, a ele se aplicam as regras pertinentes, no que for compatível como processo do trabalho, tal como se aplica ao recurso ordinário ou ao agravo de petição contra decisões definitivas ou terminativas os preceitos pertinentes a apelação do processo civil.

Vale frisar, ainda, que a aplicação dessa regra subsidiária em nada ofende o entendimento sustentado na Instrução Normativa n.º 16, aprovada pela Resolução n.º 113/2002, do TST, já que nesta apenas se cuida de regular o agravo de instrumento interposto contra decisão que nega seguimento a recurso.

Agravo de petição contra decisão definitiva ou de mérito Já o agravo de petição de natureza apelativa seria aquele interposto contra decisão definitiva ou que resolve o mérito, proferida na ação de execução ou nas ações que lhe são incidentais, a exemplo dos embargos.

Assim, caberia a interposição do agravo de petição contra a decisão que extingue a execução (art. 924 do NCPC) ou que julga os embargos à execução, os embargos de terceiros, os embargos à alienação (à arrematação e à adjudicação), nas ações cautelares preparatórias e incidentais à execução e, por analogia, na ação anulatória de ato judicial realizado na execução.

Assim, em resumo, o agravo de petição pode ser interposto contra qualquer decisão proferida na ação de execução e contra as decisões sentenciais proferidas nas suas ações incidentais.

Ao agravo de petição interposto contra decisão interlocutória se aplicam às regras do NCPC atinentes ao agravo de instrumento, desde que compatível com o procedimento laboral, além daquelas específicas previstas na legislação processual trabalhista.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Já ao agravo de petição interposto contra decisão sentencial se aplicam às regras relativas à apelação, regulada pelo NCPC, além daquelas específicas previstas na legislação processual trabalhista.

3.1 AGRAVO DE PETIÇÃO NAS DECISÕES DE EXCEÇÕES TRABALHISTAS DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Quanto à exceção de pré executividade no processo trabalhista, a doutrina majoritária disserta que esta medida não é compatível com os princípios da celeridade e economia processual, que também deveriam nortear o processo do trabalho, por se tratar das relações de trabalho.

No mesmo sentido, a jurisprudência entende não ser cabível o de agravo de petição interposto contra decisão em exceção de pré-executividade.

Entende que o agravo de petição, modalidade própria do processo do trabalho é utilizada para atacar decisões na execução. Uma vez que a exceção de pré-executividade, é considerada mera criação doutrinária introduzida no processo trabalhista, e possui natureza evidentemente interlocutória e não passível de recurso imediato.

Entendimento diverso corresponderia à violação do art. 893, § 1º., da CLT, conforme entendimento da jurisprudência:

> TST - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA AIRR500028820155230096 (TST)Jurisprudência • Data de publicação: 11/04/2017EMENTAAGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. DECISÃO QUE REJEITA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. NATUREZA INTERLOCUTÓRIA. AGRAVO DE PETIÇÃO INCABÍVEL.DESPROVIMENTO. Diante da ausência de violação dos dispositivos constitucionais invocados, nos termos do art. 896 , § 2º , da CLT , não há como admitir o recurso de revista.Agravo de instrumento desprovido.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

E também:

TST - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA AIRR 15766020125030014 (TST) Jurisprudência • Data de publicação: 24/03/2017 EMENTA AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA INETRPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015 /2014 - DESCABIMENTO. EXECUÇÃO. AGRAVO DE PETIÇÃO EM FACE DE DECISÃO QUE REJEITOU EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. Em face da decisão que rejeita a exceção de pré-executividade, não cabe recurso de imediato, nos termos do artigo 893.

E ainda:

TST - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA Ag-AIRR 121001020095150137 (TST) Jurisprudência • Data de publicação: 22/03/2019 EMENTA AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015 /2014. AGRAVO DE PETIÇÃO NÃO CONHECIDO. DECISÃO QUE REJEITA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. IRRECORRIBILIDADE. ARTIGO 893, § 1º, DA CLT . SÚMULA 214 DO TST. APLICAÇÃO DE MULTA. Tal como proferido o acórdão regional encontra-se em consonância com a jurisprudência pacífica desta Corte, segundo a qual decisão que rejeita a exceção de pré- executividade ostenta natureza interlocutória, nos termos do artigo 893, § 1º, da CLT e da Súmula 214 do TST. Precedentes. Nesse contexto, não tendo sido apresentados argumentos suficientes à reforma da r. decisão impugnada, deve ser desprovido o agravo. Considerando a improcedência do recurso, aplica-se à parte agravante a multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC. Agravo não provido, com aplicação de multa.

Porém existem casos, que em que o agravo de petição, em exceção de pré-executividade são aceitos, veja-se julgados recentes:

> TST - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA AIRR 133931020105040000 13393-10.2010.5.04.0000 (TST) Jurisprudência • Data de publicação: 16/12/2011 EMENTA AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA EM EXECUÇÃO. AGRAVO DE PETIÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. RESPONSABILIDADE DE EX-SÓCIO DA EMPRESA EXECUTADA. A admissibilidade do recurso de revista contra acórdão proferido em execução de sentença depende de demonstração inequívoca de violação literal e direta à Constituição Federal, a teor do contido na Súmula nº 266 do TST e no art. 896, § 2º , da CLT. No caso vertente, a decisão do Tribunal Regional que, com arrimo na prova documental, manteve a condenação do sócio-retirante na responsabilidade pelos débitos trabalhistas do exequente, não ofende a literalidade do art. 5º, LV , da Constituição Federal , ante o caráter fático e infraconstitucional da controvérsia . Decisão agravada que deve ser mantida. Agravo de instrumento a que se nega provimento

E ainda:

> TRT-6 - Agravo de Petição AP 01161006720045060014 (TRT-6) Jurisprudência • Data de publicação: 15/08/2017 EMENTA AGRAVO DE PETIÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE REJEITADA. RENOVAÇÃO DA TESE DE INEXISTÊNCIA DE SUCESSÃO TRABALHISTA POR MEIO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECLUSÃO AFASTADA. I - Rejeitada a Exceção de Pré- executividade, sem que emitido pronunciamento judicial a respeito da controvérsia relacionada inexistência de sucessão trabalhista e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> conseqüente ilegitimidade passiva da executada, cabível a renovação das questões, por meio de embargos à execução, não havendo falar, pois, em preclusão. II - Pensar de modo diverso, em casos tais, seria inviabilizar o acesso ao segundo grau, em afronta ao disposto no art. 5º, incisos LIV e LV , da Constituição Federal , na medida em que somente após a oposição de embargos à execução e com a prolação da respectiva decisão meritória é que poderia a parte submeter à matéria examinada ao Juízo ad quem. III - Agravo de Petição provido. (Processo: AP - 0116100-67.2004.5.06.0014 (01161-2004-014-06-00-2), Redator: Valéria Gondim Sampaio, Data de julgamento: 15/08/2017, Primeira Turma, Data de publicação: 23/08/2017)

Assim, conforme visualizado, a jurisprudência possui maioria no entendimento de não ser cabível o agravo de petição contra a exceção de pré-executividade.

CONCLUSÃO

Destaca-se que apesar de não ter previsão legislativa, exceção de pré-executividade encontra-se inserida no cotidiano forense, sendo cada vez mais frequente a sua utilização como forma de defesa na execução.

Fica evidenciado também que o manejo da exceção de pré-executividade só será possível quando for proveniente de medida excepcional e de extrema necessidade. Não sendo imprescindível este instituto, o processo deve seguir seu transcurso normal, evitando atos protelatórios.

Com isso é possível afirmar que na esfera trabalhista, a exceção de pré-executividade poderá estar direcionada exclusivamente à nulidade ou inexistência de título executivo. Seu manejo é por meio de simples petição evocando a nulidade absoluta no processo de execução.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Por fim, restou comprovados que os objetivos foram alcançados, pois foram comprovados por meio de estudos doutrinários e jurisprudenciais, que não é cabível o de agravo de petição interposto contra decisão em exceção de pré-executividade.

Deste modo, a hipótese de não cabimento do agravo de petição contra decisão em exceção de pré-executividade, foi devidamente comprovada, isto porque, não é compatível com os princípios da celeridade e economia processual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

ARNAUD, A. **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BRASIL. **Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: http://wwwa.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso 02 de agosto de 2017.

_____. **Decreto-Lei 5.452, de 01 de maio de 1953**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso 02 de agosto de 2017.

_____. **Lei 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e as Leis nos 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm. Acesso 02 de agosto de 2017.

BERGEL, Jean Louis. **Teoria Geral do Direito**. Martins Fontes. 2. ed. São Paulo. 2006;

BORGES, Leonardo Dias. **Execução Trabalhista**. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 6 ed. rev. aumentada e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

LIMA, Samuel Hugo. **Exceção de pré-executividade no processo do trabalho**. São Paulo: LTR, 2004. p. 109.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários às súmulas do TST**. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MATTOS, F. P. **Acesso à justiça**: um princípio em busca de efetivação. Curitiba: Juruá, 2011.

MIRANDA, Pontes de. **Parecer nº. 95, in Dez Anos de Parece**r, Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1975. p. 136.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Método, 2011.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana de Direitos Humanos** ("Pacto de San José de Costa Rica"), 1969.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

MEDIDA DE SEGURANÇA, E A RESSOCIALIZAÇÃO DE DETENTOS ACOMETIDOS DE TRANSTORNO MENTAL

ISABELLA PICANCO FERREIRA:
Bacharelanda em Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas Curso de Direito - CIESA.

NILCE ELAINE BYRON RAMOS[1]

(Orientadora)

RESUMO: No presente artigo, trataremos as medidas de segurança aplicadas como um meio de penalidade, bem como de proteção social, aos indivíduos portadores de doenças mentais, que se enquadrem em algum tipo penal incriminador. O assunto está em uma linha tênue entre o Direito Penal e a Psicologia Jurídica no que tange a sanção penal e o acompanhamento dos presos em sofrimento psíquico. Por longos anos, os "loucos mentais" estiveram marginalizados na sociedade, mas a modernidade possibilitou o desenvolvimento de estudos e análises mais esclarecedoras sobre essas condições de vida,tornando-os mais compreensíveis e empáticos. No entanto, atualmente, o sistema sancionador brasileiro, esta em desarmonia com as conquistas da Lei de Reforma Psiquiátrica, e a desumanização com a qual esses detentos são tratados, fracassa todos os meios para a ressocialização desses presos.Toda a problemática se desenvolveu através da metodologia de pesquisa bibliográficas em livros e artigos científicos, com afinco no tema.

Palavras-chave: Medida de Segurança; Transtorno Mental; Lei; Sistema Sancionador brasileiro; Ressocialização.

ABSTRACT: In the present article, we will treat the security measures applied as a form of penalty, as well as social protection, to individuals with mental illnesses, who fit in some criminal type incriminating. The subject is in a tenuous line between Criminal Law and Legal Psychology regarding criminal sanctions and the monitoring of prisoners in psychological distress. For long years, the "mental mad" have been marginalized in society, but with the advent of modernity, the studies and analyzes of this condition of life have become more concise and humanized, becoming an

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

achievement for humanity. However, currently the Brazilian sanctioning system is in disharmony with the achievements of the Psychiatric Reform Law, and the dehumanization with which these detainees are treated, fails in all waysof resocialization of these prisoners. The whole problem was developed through the methodology of bibliographical research in books and scientific articles, with focus on the theme.

Keywords: Security Measure; Mental Disorder; Law; Brazilian Sanctioning System; Resocialization.

INTRODUÇÃO

No Brasil, com o decorrer da evolução dos estudos sobre os criminosos acometidos de doença mental, o ensejo para a atuação dos psicólogos brasileiros se deu na área criminal, sendo fundamental para formulação de psicodiagnósticos que pudessem dar orientação necessária aos operadores do Direito, para proceder com os infratores mentalmente doentes.

O Código Penal brasileiro instituiu e sistematizou a aplicação da medida de segurança como meio de penalidade, bem como de proteção social e terapia particularizada, de natureza assistencial e preventiva, aos sujeitos que praticassem algum comportamento previsto no tipo penal incriminador, com base na periculosidade dos agentes inimputáveis e semi-imputáveis.

Dentre os propósitos do trabalho está a demonstração de todo o amparo legal das medidas de segurança, bem como o estudo que é desenvolvido para a identificação dos infratores mentalmente acometidos anteriormente à infração, assim como dos que desenvolvem o transtorno durante a execução da pena, contraditoriamente ao que é vivenciado no atual cenário brasileiro consoante à aplicabilidade da Lei de Execução Penal.

No primeiro tópico será abordado o instituto da medida de segurança em confronto com a aplicação da pena, e ainda sobre a responsabilidade penal imputada ao agente infrator. Oportunamente também serão apontadas as

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

conquistas da sociedade por meio dos estudos desenvolvido, para hoje se possa classificar os sujeitos infratores de acordo com o momento em que deu o inicio do seu transtorno mental. Por fim, será demonstrado um panorama do atual sistema penal brasileiro no que tange a aplicação das medidas de segurança, e sua contribuição para a ressocialização dos detentos acometidos de transtorno mental.

Para tanto, fora necessária a junção dos métodos de pesquisa bibliográfica, descritivo e qualitativo, para que advindo conteúdos de diversas fontes de exploração fosse possível refutar o que está acontecendo no cenário brasileiro no que concerne a aplicação das medidas de segurança e a ressocialização dos apenados.

1. MEDIDA DE SEGURANÇA

O Direito Penal tem como premissa a proteção dos bens e valores jurídicos fundamentais importantes e necessários para a própria sobrevivência da sociedade. Bem jurídico é o bem da vida; é o bem que se destina a satisfação das necessidades humanas, e nessa ordem de idéias o legislador penal busca proteger o direito à vida, à integridade física, à saúde, à honra, ao patrimônio dentre outros.

Para proteção dos bens jurídicos foram criados tipos penais, que estabelecem modelos de condutas sujeitas à imposição de pena. Violando a norma, ou seja, praticando um comportamento conforme previsto no tipo penal incriminador, o autor da ação ou omissão estará sujeito à imposição da pena prevista para a violação. Contudo, se for apurado que ao tempo da ação ou omissão não dispunha da integridade de suas faculdades mentais, em vez de pena sofrerá medida de segurança, ". (MARCÃO, 2019, p. 292)

Conforme dispõe o teor do disposto no Art. 27, *caput*, do Código Penal (BRASIL, 1940):

> Art. 27- É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou omissão, inteiramente incapaz de entender

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Medida de Segurança é o instituto penal imposto ao agente inimputável ou semi-imputável que pratica um fato típico e ilícito tem como pressuposto e princípio de medida a sua periculosidade e visa finalidades de defesa social ligadas à prevenção especial, seja sob a forma de segurança, seja sob a forma de ressocialização. Cabe ao Estado formular medidas adequadas a reintegração social desses indivíduos considerados perigosos para a própria sociedade.

1.1 Responsabilidade Penal

No âmbito do Direto Penal, a agente inimputável é aquele que não pode ser responsável pelo crime que praticou. Embora tenha cometido o ilícito, é isento de pena. Entretanto há divergência no conceito de loucura no campo medicinal, sendo para tanto o "louco" um portador de um sofrimento mental. Para Direito, é o sujeito que não consegue delimitar as fronteiras que a sociedade obriga. Os médicos teriam uma tendência natural de supervalorizar a influência das causas psicopatológicas, enquanto o juiz não aceita a irresponsabilidade penal em todos os casos nos quais foi apontada enfermidade mental.

Ocorre que ao contrário do que acontece com o inimputável, que obrigatoriamente deve ser absolvido, conforme a jurisprudência, o semi-imputável pratica uma conduta típica e ilícita.. O Código Penal prevê situações de semi-imputabilidade para aquele que, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto, não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. O parágrafo único do artigo 26 prevê redução da pena de um a dois terços para os infratores. (HC nº 135604 , 2009)

No sistema vicariante ou unitário adotado no sistema penal vigente, a medida de segurança atua como decorrência do Art.149 do Código de Processo Penal. Para Falconi (1998, p. 297)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> "É uma decisão judicial que substitui a pena convencional por tratamento de saúde ao imputado que sofra, ou venha sofrer, que qualquer distúrbio mental, amparando-o com o não apenamento convencional, que somente é permitido aos mentalmente sãos, ao mesmo tempo em que protege a sociedade da potencialidade criminógena que se presume possua o desajustado mental".

Como preceitua Roxin (2006, p. 104)), com o advento da reforma penal, a Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, previu que a medida de segurança passou a ser aplicada somente aos inimputáveis e aos semi-imputáveis, podendo substituir a pena privativa de liberdade quando for o caso, conforme inteligência dos Art. 97 e Art. 98, ambos previstos no Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940):

> **Art.97** Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.
>
> **Art.98** Na hipótese do parágrafo único do art. 26 deste Código e necessitando o condenado de especial tratamento curativo, a pena privativa de liberdade pode ser substituída pela internação, ou tratamento ambulatorial, pelo prazo mínimo de 1 (um) a 3 (três) anos, nos termos do artigo anterior e respectivos §§ 1º a 4º. (Decreto Lei nº 2.848 de 07 de Dezembro de 1940)

Isto posto, a Súmula. 525 do STF, editada antes da citada reforma, subsiste apenas para vedar *a reformatio in pejus* no caso especifico da medida de segurança:" **Súmula 525, STF** - A medida de segurança não será aplicada em segunda instância, quando só o réu tenha recorrido". (APLICAÇÃO DAS SÚMULAS DO STF, 1969)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Apurada a inimputabilidade do acusado à data do fato delituoso, e presente todos os indicativos que levariam à procedência da ação penal, de rigor seja prolatada a sentença de absolvição imprópria, impondo medida de segurança. São *pressupostos* para a aplicação de medida de segurança: a pratica de fato definido como ilícito penal e a periculosidade do agente, que em relação ao inimputável é presumida, conforme decorre do art. 26 do Código Penal.

1.2 Pena X Medida de Segurança

As medidas de segurança são sanções penais, pois participam da natureza da pena, no entanto existem em função da periculosidade do agente. Penas e mediadas de segurança são, portanto, duas espécies do mesmo gênero: o gênero sanção penal.

Por esta razão o sistema penal brasileiro prevê a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por mediada de segurança, no caso de agentes semi-imputáveis, e também a possibilidade da contagem do tempo de prisão provisório para fins de detração dos prazos mínimos de duração das medidas de segurança. Alem de prever que extinta a punibilidade, não se imporá medida de segurança nem substituirá a execução da que tenha sido imposta. Tais evidências contradizem frontalmente a opinião dos que defendem a diversidade de natureza jurídica de ambos os institutos. (RIBEIRO, 1998)

No intelecto de Rogério Grecco (2011, p. 219), as medidas de segurança têm uma finalidade diversa da pena, pois se destinam à cura ou, pelo menos, ao tratamento daquele que praticou um fato típico e ilícito. Assim sendo, aquele que for reconhecidamente declarado inimputável, deverá ser absolvido.

Diante da necessidade de punir, ou até mesmo inculpar alguém por uma conduta socialmente indesejável representa o risco de não se prevenir futuros danos, pois é necessário ao menos um evento previsível. Por conta desses riscos, o estudo da culpabilidade sofreu alterações, importantes para que a desaprovação da conduta atribuída ao agente do delito devesse ser feita de forma individual, sem comparações o "homem ideal" até porque isso é considerado um grande retrocesso

ao atual conceito de culpabilidade. Temos o Principio da culpabilidade como importante configurador da existência de um crime, como preconiza Bitencourt (1996, p. 35):

> Segundo o princípio da culpabilidade, em sua configuração mais elementar, "não há crime sem culpabilidade".[...] a culpabilidade – como fundamento da pena – refere-se ao fato de ser possível ou não a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico, isto é, proibido pela lei penal. Para isso exige-se a presença de uma série de requisitos – capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta – que constituem os elementos positivos específicos do conceito dogmático de culpabilidade.

Com isto, a punição atingir apenas aquele que cometeu o crime, conforme Principio da Individualização da Pena previsto no art. 5º da Constituição Federal (1988) em seu inciso XLVI, *in verbis*, "a lei regulará a individualização da pena". Deve-se analisar o homem desigualmente.

Um primeiro passo para se verificar se o agente agiu culpavelmente está em mensurar a capacidade psíquica do sujeito; capacidade de culpabilidade que permita o seguinte:

> "Ter consciência e vontade dentro do que se denomina autodeterminação, ou seja, se tem ele [o agente] a capacidade de entender, diante de suas condições psíquicas, a antijuridicidade de sua conduta e de adequar essa conduta à sua compreensão. A essa capacidade psíquica denomina- -se imputabilidade. Esta é, portanto, a condição pessoal de maturidade e sanidade mental". (MIRABETE, 2000, p. 58)

Posteriormente a determinação, ou não da imputabilidade do sujeito, é necessário, em busca de um juízo de reprovação, verificar se o sujeito conhecia o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

fato de estar praticando um crime culpável, ou crime, conforme a teoria do crime considerada. Sendo, portanto, indispensável que ele:

> "[...] possa conhecer, mediante algum esforço de consciência, a antijuridicidade de sua conduta. É imprescindível apurar se o sujeito poderia estruturar, em lugar da vontade antijurídica da ação praticada, outra conforme o direito [...]. Só assim há falta ao dever imposto pelo ordenamento jurídico. Essa condição intelectual é chamada possibilidade de conhecimento da antijuridicidade do fato [...]" (MIRABETE, 2000, p. 60)

Superados estes pressupostos, constata a inimputabilidade de um agente na prática de um delito, o mesmo não recebe pena e sim medida de segurança, consistente em internação em hospital de custódia e tratamento (medida de segurança detentiva) ou tratamento ambulatorial psiquiátrico (medida de segurança restritiva).

Em sentido oposto, quando apurados os mesmo requisitos, e não puderem ser constatados no agente, deve ser o infrator apenado, a variar de acordo como tipo criminal infringido, com base o Código Penal Brasileiro. Consideramos que pena é uma espécie de sanção penal, isto é, resposta estatal ao infrator da norma incriminadora (crime ou contravenção), consistente na privação ou restrição de determinados bens jurídicos do agente.

A aplicação da pena segue um processo de três fases, com fulcro nos Art.59, Art. 61, Art.62, Art. 65 e Art. 66 do Código Penal. Na primeira fase, ocorre a fixação da pena-base, sendo analisadas as circunstâncias judiciais; na segunda, são analisadas as circunstancias agravantes e atenuantes da pena provisória; e por fim, na terceira fase, serão consideradas as causa de diminuição e de aumento da pena definitiva, encontradas na Parte Geral e na Parte Especial do Código Penal.

2. DETENTOS ACOMETIDOS DE TRANSTORNO MENTAL

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Durante a história a preocupação com a avaliação do criminoso, principalmente quando se trata de um doente mental delinquente, é bem anterior à década de 60. Na Europa, durante a Antiguidade e Idade Média, a motivação para a segregação e isolamento dos considerados "loucos" se dava de uma forma bem equivocada, sendo base para a detenção, a questão das raças, a necessidade para o "embraquecimento" e purificação da população. E esses embasamentos científicos chegaram a ser disseminados inclusive na cultura brasileira.

Gradativamente, com o avento da modernidade, as doenças mentais, foram sendo estudadas e respostas, até então improváveis, obtidas. Segundo Ballone (2008), hoje, a doença mental pode ser definida como uma "variação mórbida do normal, variação esta capaz de produzir prejuízo na *performance* global da pessoa (social, ocupacional, familiar e pessoal) e/ou das pessoas com quem convive", sendo, assim, na concepção do autor, resultantes da interação de alguns fatores: o biológico, o psicológico, o social.

No final do século XIX, a ciência havia demonstrado que todo louco era potencialmente perigoso, no entanto, com fundamentos na escola clássica, se podia enxergar um Direito Penal híbrido, de conciliação entre garantias penais liberais e intervenções sobre a "personalidade perigosa" e anormal do delinquente.

A partir desses fundamentos foram criadas as *normas de definição de conduta* que Alessandro Baratta. (2002, p. 161) denominou de *criminalização primária,* que em conjunto com a aplicação das normas, e com os mecanismos de execução da pena e das medidas de segurança, formou um sistema dinâmico e complexo de funções do Direito Penal Moderno.

2.1 Inimputabilidade e semi-imputabilidade

Instituído pelo Código Penal Brasileiro, entende-se que o somente em duas situações a pena aplicada pode ser substituída por medida de segurança (semi-imputabilidade e superveniência de doença mental), e em uma a própria medida de segurança - tratamento ambulatorial – pode ser convertida em internação.

Somente será possível quando se tratar de condenado semi-imputável, que necessitar de especial tratamento curativo, jamais de um imputável. A substituição

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

é exceção, que poderá ocorrer se o condenado necessitar de tratamento especial curativo, *vide* art. 98 do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940). Não se admite que o juiz afirme desde logo a medida de segurança, sem concretizar na sentença a pena aplicável, ainda que a recomendação pericial seja necessidade do tratamento curativo.

Na presença de um agravo a saúde mental, existindo uma condição biológica com a existência de um transtorno mental, agregado a uma condição psicológica – razão pela qual o agente fica totalmente incapaz de compreender o caráter ilícito de sua conduta e da auto-determinação de seus atos –, o indivíduo será isento de pena, uma vez que é inimputável, conforme Art. 26 do Código Penal (BRASIL, 1940).:

> "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".

De outra forma a semi-imputabilidade é a perda parcial da compreensão da conduta ilícita e da capacidade de auto-determinação ou discernimento sobre os atos ilícitos praticados, compreende a redução da imputabilidade. Tem como implicação a atenuação da pena conforme elenca o parágrafo único do Art. 26, do Código Penal (BRASIL, 1940), que diz:

> "Art. 26- 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."

Deste modo para o inimputável a medida de segurança é obrigatória, conforme decorre do disposto no caput do Art. 26, do Código Pena assim como

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

para o semi-imputável é facultativo, podendo o juiz optar entre a redução da pena e a medida de segurança, como consta no parágrafo único do mesmo artigo. (MARCÃO, 2019, p. 295)

Observado disposto no Art. 96 do Código Penal, no sistema penal vigente, as medidas de segurança são e duas espécies: I- internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado; II- sujeição a tratamento ambulatorial. Na primeira hipótese temos a medida de segurança detentiva, na segunda a não detentiva. Por força do disposto no Art.99 do Código Penal (BRASIL, 1940), em ambas as hipóteses o executado deverá ser submetido a tratamento. (MARCÃO, 2019, p. 296)

Para que não se perca o controle sobre quem está internado, por quanto tempo e sob ordem de que autoridade é fundamental a emissão de guia de internamento pela autoridade judiciária competente. Outros documentos podem existir, fornecendo base legal para a internação em Hospital de Custódia e Tratamento. (NUCCI, 2019, p. 283)

Fato é que as regras que determinam a aplicação de uma medida ou outra se dá pela punição que o agente sofreu, se for apenado com reclusão, a medida de segurança aplicável obrigatoriamente é a internação em hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico; se a infração penal for punida com detenção, a medida recuperativa deve ser o tratamento ambulatorial e não internação, pois poderá ter a assistência da família na recuperação.

2.2 Consequência do transtorno mental manifestado durante a execução

A superveniência de doença mental ocorre quando o transtorno metal é manifestado durante o cumprimento da sua penalidade, nada mais consciente e sensato do que adotar medidas que respeitem a condição que o sujeito adquiriu.Uma vez que a pessoa com a sanidade mental afetada, cumprindo a sentença com pessoas com plena consciência com certeza não traria o tratamento adequado ao doente mental e este doente que não pode ficar livre por oferecer

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

riscos a sociedade certamente ofereceria riscos aos outros condenados e também a ele próprio em virtude da sua condição.

A Lei de Execução Penal – LEP – prevê a possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade em medida de segurança, quando do surgimento de doença mental ou perturbação da saúde mental no curso do cumprimento da pena, limitada ao tempo que faltar para completar o término da sanção imposta na condenação, consoante disposto nos Arts. 183 da Lei 7.210/84 e 97, § 1º, do CP. (AGRAVO DE EXECUÇÃO, 2011)

Uma vez constatada a superveniência de doença mental durante o processo penal, deverá o magistrado suspendê-lo até que o acusado se restabeleça, bem como poderá ordenar sua internação em manicômio judiciário ou em outro estabelecimento adequado.

Na hipótese de o condenado restar acometido de doença mental durante a execução da pena, determinar-se-á sua internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico. Desse modo estabelecem os artigos 41 do Código Penal, e 108 da Lei de Execução Penal.

No disposto no Art. 108 da LEP (BRASIL, 1984), "O condenado a quem sobrevier doença mental será internado em Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico.", o imputável, condenado pela prática de um crime, após o fato delituoso, passa a sofrer de doença mental. Por isso, a LEP determina o seu encaminhamento, na condição de internado, a tratamento. Isso não significa, no entanto, que a sua pena privativa de liberdade será convertida em medida de segurança, permanecendo a sentença incólume, e, quando curado, o internado volta à condição de preso.

3. RESSOCIALIZAÇÃO DOS INDIVÍDUOS ACOMETIDOS POR DOENÇA MENTAL INSERIDOS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO.

Em 2001, a Lei 10.216 foi promulgada, conhecida como "Lei Antimanicomial", dispondo sobre "a proteção dos direitos das pessoas em sofrimento psíquico e redireciona o modelo assistencial em saúde menta". A lei se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

fundamentou nos direitos, específicos e difusos, e na cidadania plena dos pacientes, determinando, preferencialmente, os serviços comunitários de saúde mental, bem como a internação em qualquer de suas modalidades, somente quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.

Paulo Amarante (2006) insiste que o debate acabou repercutindo positivamente na opinião publica. Leis do mesmo tipo foram aprovadas em diversos estados. Experiências de desmontagem de estruturas manicomiais passaram a ser implantadas pelos quatro cantos do país. A transformação do modelo virou prática política e social antes mesmo de virar lei, a despeito do fato de muitas das experiências não vingarem no Brasil. A da reforma psiquiátrica veio a reboque das práticas inovadoras que a anteciparam.

Antes de empreender esforços absurdos para responde tais questões e encontrar saídas definitivas e satisfatórias que dê conta do mecanismo, vale ressaltar que a reforma, antes de qualquer analise, garantiu o "direito de existir" dos pacientes, colocando em pauta as questões relacionadas aos sujeitos *invisíveis* submetidos aos tratamentos psiquiátricos axilares tradicionais.

3.1 Panorama atual das medidas adotadas pelo Estado para ressocialização de internos acometidos por doença mental

Em novembro de 2015, foi elaborado no Brasil, um Relatório sobre os Manicômios Judiciários. A Associação Nacional do Ministério Público de Defesa da Saúde (AMPASA), juntamente com o Conselho Federal de Psicologia e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) se aliaram para a realização de inspeção nacional aos manicômios judiciários, hospitais de custódia, alas psiquiátricas e similares

As Comissões de Psicologia Jurídica e de Direitos Humanos do Conselho Federal juntamente com os Conselhos Regionais de Psicologia, deram inicio às articulações nos estados, realizando as inspeções em 17 estados do país e no Distrito Federal, em instituições onde haviam cumprimento/execução de Medida de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Segurança de pacientes judiciários ou pessoas em sofrimento mental em conflito com a lei.

Nesta ampla articulação e definição dos objetivos, evidenciar os impasses encontrados nestas instituições, o desrespeito aos direitos humanos, a falta de tratamento, as condições físicas, técnicas e de trabalho (sempre muito ruins), a ineficácia do dispositivo hospitalar/manicomial (um híbrido do "pior da prisão com o pior do hospital"), o instituto da Medida de Segurança enquanto pena perpétua, o mito da periculosidade presumida (nos exames de cessação de periculosidade, ainda que a presunção de periculosidade tenha sido varrida legalmente desde 1984) e, sobretudo, o descompasso entre as novas formas de abordagem, tratamento e responsabilização do louco infrator, amparadas nos pressupostos da Reforma Psiquiátrica e da Luta Antimanicomial, e outras legislações, portarias, etc.; e também em novos modelos assistenciais exitosos, PAI-PJ (MG)[2] , ligado ao Tribunal de Justiça do Estado e PAILI (GO)[3] , ligado à Secretaria de Estado da Saúde. (2015, p. 15)

Dentre os pontos mais graves, está a questão da *falta de advogados para acompanhamento processual.* Em um meio no qual se reúne o pior da segregação, com o pior do estigma, de todo o universo pesquisado, em apenas três deles (Bahia, Pernambuco e Rio Grande do Sul) temos a presença de um advogado no universo das 18 unidades inspecionadas nos estados. (2015, p. 17)

Essa inspeção revela a precariedade do acesso à justiça por parte das pessoas em sofrimento psíquico submetidas ao Sistema de Justiça Criminal. Além dos fatores biopsicopatológios que consubstanciam a permanência no sistema prisional/manicomial, a ausência de assistência jurídica adequada, torna-se quase totalmente inviabilizado o vetor de saída dessa tecnologia de contenção. (CASTELO BRANCO T. , 2018, p. 142)

Outro ponto relevante é a *escassez de psicólogos* nas unidades visitadas, tanto em números absolutos (45 no total, contabilizando-se as 18 unidades inspecionadas), quanto em percentual frente ao total de trabalhadores. Na unidade em que há a menor relação psicólogo/paciente,

> para cada 21 preso/pacientes existe somente 1 atuante da área de psicologia e, na maior relação temos, inacreditáveis 104 presos/pacientes por profissional da psicologia. É preocupante a ausência de psicólogos nas juntas periciais, igualmente, a inexistência, em 100% dos casos dos exames, de um advogado. (2015, p. 17)

No que tange à avaliação estrutural dos espaços asilares, todos refletem a marca da invalidação do *status* de ser humano, como local repugnante, de tortura e de aniquilamento da liberdade. Como assim descreve o relatório:

> Chuveiros insuficientes e com apenas água fria, os presos/pacientes não têm acesso sequer à válvula de descarga dos banheiros As celas de isolamento possuem um vaso sanitário, mas sem válvula de descarga. Foi-nos informado que, externamente, um funcionário dava descarga três vezes ao dia (por segurança – sic), regra geral "fossa turca" (buraco no chão, como nas cadeias). Além das péssimas condições de limpeza (mesmo quando "preparados" para a inspeção), o cheiro é repugnante em todas as unidades visitadas, não há equipe específica para limpeza, os banheiros e alojamentos são imundos, os pacientes também sofrem com as vestes muito sujas da instituição, pouco dadas a lavagem periódica. Em 70,59% dos manicômios inspecionados não há espaço para convivência íntima e, em 100% deles, não há visita íntima. (2015, p. 19)

O relatório, ainda, revelou que os *registros em prontuário são praticamente inexistentes*, excetuando-se fatos pontuais. A prática diária é registrada em livro ata de passagem de plantão. Muitos prontuários sequer têm os dados completos dos usuários. Os presos/ pacientes são atendidos através da grade, com pouquíssima ou nenhuma frequência. Não têm conhecimento de seu plano terapêutico, nem tampouco qual a previsão de saída da unidade. (2015, p. 19)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Assim, o manicômio judiciário ou hospital de custódia e tratamento psiquiátrico é o reflexo da desumanização do doente e sua mortificação; passa a ser representação de todos os excessos de um sistema penal deslegitimado e genocida: é a junção do pior da prisão com o pior do hospital psiquiátrico. Os dois sistemas disciplinares, isoladamente, já exprimem potencialidades violentas avassaladoras e quando unidos, além de opressivos, são trágicos e exterminadores, em definitivo. (BAGHIM, 2016)

A ausência de perspectiva de futuro, a condição permanente de estar a mercê dos outros sem a mínima iniciativa pessoal, com seus dias fracionados, ordenados e controlados segundos regras de comportamento e horários ditados unicamente por exigências organizacionais que não levam em conta o individuo singular e as circunstâncias de cada um, tudo isso compõe essa estruturas institucionalizante sobre a qual se articula a vida asilar (penal/psiquiátrica). O "preso/doente" é impelido por esse poder punitivo a "objetificar-se" nas próprias regras que o determinam, num processo de diminuição e restrição de si mesmo.

3.2 Medida sugerida para o tratamento dos internos acometidos por doença mental

No Brasil, as pessoas com transtornos mentais em conflito com a lei são abandonadas, presas, inúmeras delas há décadas, esquecidas, submetidas a vários tipos de abuso, ainda presente na triste realidade encontrada no momento das inspeções realizadas em Manicômios, Hospitais de Custódia, Alas de Tratamento Psiquiátrico e Similares.

Historicamente, estas pessoas precisavam ser afastadas do convívio social e os manicômios judiciários funcionavam como verdadeiros depósitos e se transformavam em verdadeiras prisões perpétuas, com a conivência da Justiça e da família.

Como observado anteriormente, a realidade do Brasil, em sua maioria, é muito adversa do que preconiza na Lei Antimanicomial, e não seguem as diretrizes da reforma psiquiátrica que consiste em: a) ampla mudança do atendimento

público em Saúde Mental, garantindo o acesso da população aos serviços e o respeito a seus direitos e liberdade; b) novo modelo de tratamento com pleno convívio familiar e comunitário; c) fortalecimento da rede extra-hospitalar: Centro de Atenção Psicossocial – CAPS, Residências Terapêuticas, Ambulatórios, Centros de Convivência; d) as internações, quando necessárias, são feitas em hospitais gerais ou nos CAPS/24 horas. Os hospitais psiquiátricos de grande porte vão sendo progressivamente substituídos/extintos. (CASTELO BRANCO T. , 2016)

Como podemos observar muitas mediadas para os beneficio desses infratores já estão contextualizada, entretanto para que aja a eficácia propostas pela Lei Antimanicomial, se faz necessária e imperiosa a sua execução. Em alguns Estados como Goiás e Minas Gerais já é possível identificar modelos de sistemas exitosos de atendimento e amparo aos doentes mentais infratores.

No Estado de Goiás, a partir da criação do Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator (PAILI) é verossímil a constatação de que mediante o cumprimento na totalidade das diretrizes da Lei de Reforma Psiquiátrica é possível o avanço em tratamentos humanizados desses doentes mentais. O PAILI foi criado para acolher a demanda judicial dos casos do louco infrator, procedendo a avaliação jurídica, clínica e psicossocial, acompanhando o caso, realizando a mediação entre o ato jurídico, a saúde e a sociedade até a cessação de sua relação com a justiça, visando a não reincidência do ato infracional e sua inserção social. Em seis anos de atendimento às pessoas portadoras de transtornos mentais ou que manifestaram sofrimento mental no transcurso da execução penal, atualmente, 243 pacientes são acompanhados em 77 municípios goianos. (Secretaria de Estado de Saude Goias, 2017)

Já no estado de Minas Gerais, dados extraídos do site Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário Portador de Sofrimento Mental (PAI-PJ) acompanhou 920 pacientes judiciários. Este Programa promove o acompanhamento integral ao portador de sofrimento mental em todas as fases do processo criminal e viabiliza a acessibilidade aos direitos fundamentais e sociais previstos na Constituição da Republica, a responsabilização

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

e a inserção social. Auxilia a autoridade judicial na individualização da aplicação e execução das penas e medidas de segurança, de acordo como previsto na legislação penal vigente. O Programa é funcionalmente ligado aos juízes criminais da comarca de Belo Horizonte e administrativamente vinculado à Corregedoria Geral de Justiça de Minas Gerais. Atua visando constituir uma rede de cuidados e recursos indicados para tratar o sofrimento mental e promover a inserção social, visando efetivar o principio constitucional da dignidade da pessoa humana. (INNOVARE, Instituto, 2009)

Outras saídas estão postas. É fundamental a primazia de que haja total desconstrução, de uma vez por todas, da idéia dos manicômios e similares. A construção de alternativas e soluções como o PAI-PJ (TJ- MG), PAILI (SES- GO) e ainda a ampliação de Serviços Residenciais Terapêuticos já são mais do que uma expectativa,são a realidade concreta, exitosa e viável. Os dados apontados no Relatório Brasil é um largo passo dado em direção a desconstrução da lógica manicomial.

CONCLUSÃO

De fato a medida de segurança é um instituto renovador adotado pelo sistema penal brasileiro. O primeiro tópico do presente artigo, definiu a conceituação da medida de segurança para que se pudesse estipular um cotejo entre pena e a medida de segurança, com o intuito de definir a hipótese de responsabilidade penal aplicável a cada infrator.

No segundo tópico foi abordado o status jurídico de internos acometidos de transtorno mental, se discutiu também os conceitos de inimputabilidade e semi-imputabilidade para apontar as consequências do transtorno mental manifestado antes e durante a execução da pena.

Tudo isto foi importante para que se expusesse o terceiro tópico que tinha como finalidade a discussão da possibilidade de ressocialização dos indivíduos que sejam acometidos de doença mental, e que já estejam inseridos no sistema

penitenciário. Para tanto, foi explanado o panorama atual com as propostas sugeridas para o tratamento desses detentos

Evidente ressaltar as conquistas adquiridas pela sociedade durante a evolução da história, principalmente no que se refere aos avanços da Psicologia Jurídica no âmbito Penal, para o estudo das doenças mentais.

No entanto, o sistema penal brasileiro ainda tem muito o que progredir, para que esse modelo sancionador tenha plena eficácia em incidir, humanamente, sobre os apenados em sofrimento psicológico.

É necessário que o modelo manicomial seja definitivamente extinto, por motivos óbvios de grande custeio e nenhum beneficio a sociedade, pelo contrário, é degradante aos direitos fundamentais de igualdade e dignidade da pessoa humana, por mascarar uma forma de pena perpétua, que curiosamente é inconstitucional pelo nosso ordenamento.

Diante todo o exposto resta claro que o sistema penal tem muito a lapidar, principalmente no que tange ao cumprimento de normas. Soluções para implementação de melhorias eficazes em todo o país, existem, e foram comprovadas pelos trabalhos desenvolvidos nos estados de Goiás e Minas Gerais.

REFERÊNCIAS

AGRAVO DE EXECUÇÃO, 1.0470.08.050315-9/001 (3ª Camara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais 22 de março de 2011).

AMARANTE, P. (setembro de 2006). *Scientific American Mente Cérebro - Psicologia/ Psicanálise/ Neurociência*. Fonte: UOL: http://www2.uol.com.br/vivermente/reportagens/rumo_ao_fim_dos_manicomios.html

APLICAÇÃO DAS SÚMULAS DO STF. (3 de dezembro de 1969). Fonte: Supremo Tribunal Federal: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2595

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

BAGHIM, B. (21 de outubro de 2016). *Que fujam todos: reflexões sobre os horrores do nosso sistema manicomial*. Fonte: Justificando - Mentes inquietas pensam Direito: http://www.justificando.com/2016/10/21/que-fujam-todos-reflexoes-sobre-os-horrores-do-nosso-sistema-manicomial/

BALLONE, G. (2008). *O que são Transtornos Mentais*. Fonte: PisqWeb: http://www.psiqweb.med.br/site/?area=NO/LerNoticia&idNoticia=230

BARATTA, A. (2002). *Criminologia Crítica e crítica do direito penal. Trad. Juarez Cirino.* Rio de Janeiro: Revan.

BASAGLIA, F. (2010). *Escritos selecionados em saúde mental e reforma psiquiátrica.Organização Paulo Amarante.* Rio de Janeiro: Garamond.

BITENCOURT, C. R., & PRADO, L. R. (1996). *Princípios fundamentais do direito penal - v. 15.* São Paulo: Revista de Informação Legislativa vista Brasileira de Ciências Criminais.

CASTELO BRANCO, T. (2018). *A (des)legitimação das medidas de segurança no Brasil.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.

CASTELO BRANCO, T. (18 de maio de 2016). *Dia nacional da luta antimanicomial: luta de todos!* Fonte: Justificando Mentes inquietas pensam Direito: http://www.justificando.com/2016/05/18/dia-nacional-da-luta-antimanicomial-uma-luta-de-todos/

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. (2015). Fonte: Relatório Brasil - Inspeção aos manicômios - Brasília: https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2015/12/CFP_Livro_InspManicomios_web1.pdf

Decreto-Lei N° 2.848. (7 de dezembro de 1940). Fonte: Codigo Penal: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm

FALCONI, R. (1998). *Sistema presidial: reinserção social?* São Paulo: Ícone.

Gerais, T. d. (s.d.). Fonte: Biblioteca Digital do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: (https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/2282/1/0196-TJ-JCr-009.pdf)

GIACOMO, G. D. (2015). *Superveniência de doença mental e as penas privativas de liberdade*. Acesso em 26 de 09 de 2019, disponível em Jus Brasil: https://giooduarte.jusbrasil.com.br/artigos/254216428/superveniencia-de-doenca-mental-e-as-penas-privativas-de-liberdade

GRECO, R. (2011). *Código Penal: comentado.* Niterói, RJ: Impetus.

HC nº 135604 . (8 de maio de 2009). Fonte: Superior Tribunal de Justiça: https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?termo=hc+135.604&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&chkordem=DESC&chkMorto=MORTO

INNOVARE, Instituto. (2009). Fonte: Programa de Atenção Integram ao Paciente Judiciário - PAI - PJ: https://www.premioinnovare.com.br/praticas/l/programa-de-atencao-integral-ao-paciente-judiciario-pai-pj-1781

Lei de Execução Penal. (11 de julho de 1984). Fonte: Planalto: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm

MARCÃO, R. (2019). Curso de Execução Penal 17ª edição. In: R. Marcão. Saraivajur.

Matéria do STJ elenca jurisprudência da Corte sobre casos de inimputáveis. (5 de maio de 2013). Fonte: Migalhas: https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI177730,31047-Materia+do+STJ+elenca+jurisprudencia+da+Corte+sobre+casos+de

MIRABETE, J. F. (2000). *Manual de Direito Penal. 16.* São Paulo: Atlas.

NUCCI, G. d. (2019). *Processo Penal e Execução Penal - Esquemas & Sistemas.* Método; Ed. 5th.

RIBEIRO, B. d. (1998). *Medidas de segurança.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.

ROXIN, C. (2006). *Derecho Penal; parte general; 1ª Edição.* Civitas Edicione.

Secretaria de Estado de Saude Goias. (5 de outubro de 2017). Fonte: PAILI - Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator: http://www.saude.go.gov.br/?biblioteca=paili-programa-de-atencao-integral-ao-louco-infrator

NOTAS:

[1] Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba; Professora do curso de Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas.

[2] O Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário Portador de Sofrimento Mental (PAI-PJ), um programa do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, realiza acompanhamento do portador de sofrimento mental que cometeu algum crime.

[3] O Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator (Paili) conta com seis anos de atendimento às pessoas portadoras de transtornos mentais ou que manifestaram sofrimento mental no transcurso da execução penal, submetidas a medida de segurança no Estado de Goiás

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

PSICOPATIA E O DIREITO PENAL BRASILEIRO: A IMPUTABILIDADE DO SERIAL KILLER

MÁRCIA ERICA FELIPE MARINS, O AUTOR:
Graduanda Em Direito Pelo Centro Universitário De Ensino Superior Do Amazonas - CIESA.

NILCE ELAINE BYRON RAMOS[I]

RESUMO: A PESQUISA TEM POR OBJETIVO DISCUTIR A IMPUTABILIDADE DO SERIAL KILLER, TENDO EM VISTA O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. CONSIDERANDO QUE CRIMES COM ESSAS ESPECIFICAÇÕES TEM SE TORNADO CADA DIA MAIS COMUM NO PAÍS E NO MUNDO. A METODOLOGIA UTILIZADA É A DE COMPILAÇÃO BIBLIOGRÁFICA E ESTUDO DE POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL DOS TRIBUNAIS. LONGE DE SER UM PROBLEMA TIPICAMENTE BRASILEIRO, O PSICOPATA VEM GERANDO VÁRIAS DISCUSSÕES AO REDOR DO MUNDO SOBRE COMO AGIR COM UMA PESSOA QUE É INCAPAZ DE ENTENDER O CARÁTER PUNITIVO DA PENA QUANDO LHE É APLICADA, VOLTANDO A COMETER OS MESMOS DELITOS ASSIM QUE SOLTOS. POR SE TRATAR DE UM ASSUNTO QUE TEM SE TORNADO RELEVANTE E FREQUENTE BUSCAREMOS ATENTAR E CHAMAR ATENÇÃO PARA A NECESSIDADE DE UMA POLÍTICA CRIMINAL ESPECIFICA PARA ESTES CRIMINOSOS, DEMONSTRANDO COMO PODE SER CLASSIFICADO UM ASSASSINO PSICOPATA, QUAIS SÃO OS PROBLEMAS DE UM PSICOPATA PRESO NUMA INSTITUIÇÃO A QUAL NÃO FOI DESENVOLVIDA E PREPARADA PARA RECEBÊ-LO E GARANTIR A EFICÁCIA DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL, E QUAL A SOLUÇÃO MENOS DANOSA PARA O PSICOPATA E PARA A SOCIEDADE. TRATA-SE DE UM TEMA COM INÚMEROS PROBLEMAS EM TODOS OS SEUS ASPECTOS, UMA VEZ QUE AINDA SÃO POUCOS OS ESTUDOS E DISCUSSÕES VOLTADOS A ENCONTRAR UMA SOLUÇÃO, OU MESMO UMA MELHOR RESPOSTA PARA OS CASOS EM CONCRETO.

PALAVRAS-CHAVE: SERIAL KILLER. PSICOPATIA. IMPUTABILIDADE. SEMI-IMPUTABILIDADE. INIMPUTABILIDADE, PENA. MEDIDA DE SEGURANÇA.

ABSTRACT: THE RESEARCH AIMS TO DISCUSS THE IMPUTABILITY OF SERIAL KILLER, IN VIEW OF THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM. CONSIDERING THAT CRIMES WITH THESE SPECIFICATIONS HAVE BECOME INCREASINGLY COMMON IN THE COUNTRY AND THE WORLD. THE METHODOLOGY USED IS THAT OF BIBLIOGRAPHIC COMPILATION AND STUDY OF JURISPRUDENTIAL POSITIONING OF THE COURTS. FAR FROM BEING A TYPICAL BRAZILIAN PROBLEM, THE

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

PSYCHOPATH HAS BEEN GENERATING MANY DISCUSSIONS AROUND THE WORLD ABOUT HOW TO ACT WITH A PERSON WHO IS UNABLE TO UNDERSTAND THE PUNITIVE CHARACTER OF THE PENALTY WHEN IT IS APPLIED TO HIM, AGAIN COMMITTING THE SAME CRIMES ONCE RELEASED. AS THIS IS A MATTER THAT HAS BECOME RELEVANT AND FREQUENT WE WILL SEEK TO DRAW ATTENTION AND DRAW ATTENTION TO THE NEED FOR A SPECIFIC CRIMINAL POLICY FOR THESE CRIMINALS, DEMONSTRATING HOW A PSYCHOPATHIC KILLER CAN BE CLASSIFIED, WHAT ARE THE PROBLEMS OF A PSYCHOPATH IMPRISONED IN AN INSTITUTION? WHICH WAS NOT DEVELOPED AND PREPARED TO RECEIVE IT AND GUARANTEE THE EFFECTIVENESS OF THE JUDICIAL PROVISION, AND WHICH IS THE LEAST HARMFUL SOLUTION FOR THE PSYCHOPATH AND SOCIETY. THIS IS A TOPIC WITH NUMEROUS PROBLEMS IN ALL ITS ASPECTS, SINCE THERE ARE STILL FEW STUDIES AND DISCUSSIONS AIMED AT FINDING A SOLUTION, OR EVEN A BETTER ANSWER TO THE SPECIFIC CASES.

KEYWORDS: SERIAL KILLER. PSYCHOPATHY. IMPUTABILITY. SEMI IMPUTABILITY. UNIMPUTABILITY, PENALTY. SECURITY MEASURE.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. A PSICOPATIA E OS PSICOPATAS HOMICIDAS. 2. IMPUTABILIDADE VERSUS INIMPUTABILIDADE. 2.1 O PSICOPATA DO PONTO DE VISTA PSICOLÓGICO. 2.2 O PSICOPATA DO PONTO DE VISTA JURÍDICO. 3. ANÁLISE JURÍDICA DO INIMPUTÁVEL. 4. DIREITO COMPARADO. 5. SERIAL KILLER NO BRASIL. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O PRESENTE TRABALHO TEM POR FINALIDADE ANALISAR A RESPEITO DA INIMPUTABILIDADE DO PSICOPATA.

O PSICOPATA É O SUJEITO PORTADOR DE UMA DOENÇA QUE NÃO O PERMITE TER SENTIMENTOS, E UM TOTAL "DESPREZO" PELAS REGRAS NORMAIS DE CONVÍVIO ESTABELECIDAS PELA SOCIEDADE, FAZENDO COM QUE COMETAM CRIMES DE MANEIRA CONSCIENTE PELO SIMPLES FATO DELES ACHAREM QUE FICA "MELHOR ASSIM".

PSICOPATAS NÃO SE ARREPENDEM DAQUILO QUE FAZEM, NÃO IMPORTA A SANÇÃO IMPOSTA A ELES, NA MENTE DOENTIA DELES ESTAREM PRESOS EM UMA CELA 4X4 É APENAS UM ATRASO ÀS SUAS ATIVIDADES, SEM FALAR QUE, POR POSSUÍREM UMA LÁBIA AFIADA SÃO EXTREMAMENTES PERSUASIVOS, E ACABAM

SE TORNANDO LÍDERES DENTRO DA CADEIA, ORGANIZANDO REBELIÕES E DANOS SEM QUE NEM MESMO SEJAM COJITADOS POR ESTAREM ENVOLVIDOS, AFINAL SEMPRE ESTARÃO NO MEIO DAQUELES COM BOM COMPORTAMENTO.

HOJE A OCORRÊNCIA DE CRIMES COM ESSAS ESPECIFICAÇÕES TEM SE TORNADO CADA DIA MAIS COMUM NOS PAÍSES E NO MUNDO. ENTENDER AS RAZÕES MORAIS QUE LEVAM O INDIVÍDUO A DELINQUIR, ANALISANDO SUA PERSONALIDADE E TAMBÉM A PERSPECTIVA SOCIOCULTURAL EM QUE ESTÁ INSERIDO, É FUNDAMENTAL PARA A APLICAÇÃO DA LEI PENAL AO CASO CONCRETO. OS JUÍZES NECESSITAM DESTA AVALIAÇÃO PARA QUE POSSAM, CONJUNTAMENTE COM OUTROS INDÍCIOS E PROVAS, ABSOLVER OU CONDENAR, FIXAR A PENA ADEQUADA E PROPORCIONAL.

COM O ADVENTO DOS DEBATES SOBRE AS QUESTÕES PSIQUIÁTRICAS E DOS ESTUDOS QUE ENVOLVEM TRANSTORNOS MENTAIS, A SOCIEDADE PASSOU A DAR MAIS ATENÇÃO À FIGURA DO SERIAL KILLER. DE IGUAL FORMA, AS CIÊNCIAS JURÍDICAS PASSARAM A TENTAR ENTENDER MAIS ESSE TIPO DE ASSASSINO E O PADRÃO DE CRIME PRATICADO PELO MESMO. PARA ISSO, OUTRAS CIÊNCIAS TÊM SURGIDO NO INTUITO DE AUXILIAR A IDENTIFICAÇÃO DE UM PERFIL PSICOPÁTICO, BEM COMO O SEU MODUS OPERANDI, QUE SÃO: PSIQUIATRIA FORENSE; PSICOLOGIA JURÍDICA, MEDICINA LEGAL, A CRIMINOLOGIA, ENTRE OUTRAS. SABE-SE QUE O SERIAL KILLER POSSUI CARACTERÍSTICAS ÚNICAS QUE O DIFERENCIAM DE UM ASSASSINO COMUM. ESTES PRATICAM CRIMES COM PADRÕES DESUMANOS E CRUÉIS, E QUANDO JULGADOS NÃO ASSIMILAM A GRAVIDADE DO CRIME OU MESMO A PUNIÇÃO RECEBIDA.

O PRESENTE TRABALHO FOI ELABORADO, NO QUE DIZ RESPEITO À COLETA DE DADOS, UTILIZANDO O PROCEDIMENTO BIBLIOGRÁFICO. DESSE MODO, O TRABALHO SERÁ ALICERÇADO EM FONTES PRIMÁRIAS (TAIS COMO LEGISLAÇÃO VIGENTE, DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA QUE TRATEM DO ASSUNTO), BEM COMO EM FONTES SECUNDÁRIAS (COMO LIVROS, ARTIGOS, REVISTAS, PUBLICAÇÕES ESPECIALIZADAS, ENTREVISTAS, REPORTAGENS REALIZADAS PELA IMPRENSA ESCRITA E DADOS OFICIAIS PUBLICADOS NA INTERNET). CONSISTE, TAMBÉM, NA ANÁLISE DAS SANÇÕES PENAIS A ELES APLICADAS NA ATUAL JUSTIÇA BRASILEIRA, UMA VEZ QUE TAIS INDIVÍDUOS SÃO ORA CONSIDERADOS IMPUTÁVEIS, SOFRENDO A APLICAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, ORA SEMI-IMPUTÁVEIS, RECEBENDO OU A APLICAÇÃO DA MEDIDA DE SEGURANÇA OU A REDUÇÃO DE UM A DOIS TERÇOS DA PENA, CONFORME DISPOSTO NO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 26 DO CÓDIGO PENAL.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

1. A PSICOPATIA E OS PSICOPATAS HOMICIDAS

A PSICOPATIA, TAMBÉM CHAMADA DE TRANSTORNO DE PERSONALIDADE ANTISSOCIAL, DE ACORDO COM O MANUAL DIAGNÓSTICO E ESTATÍSTICO DE TRANSTORNOS MENTAIS (DSM-IVTR) E COM A CLASSIFICAÇÃO DE TRANSTORNOS MENTAIS E DE COMPORTAMENTO DA CID-10, DESCRIÇÕES CLÍNICAS E DIRETRIZES DIAGNÓSTICAS, DESTACA-SE PELAS SUAS PECULIARIDADES PSIQUIÁTRICAS E NEUROLÓGICAS PREOCUPANTES E ALARMANTES. ESTE TRANSTORNO É MUITO MAIS COMUM EM HOMENS DO QUE EM MULHERES, (ESTIMA-SE QUE A PREVALÊNCIA GERAL, EM AMOSTRAS COMUNITÁRIAS, SEJA DE APROXIMADAMENTE 3% EM HOMENS E 1% EM MULHERES). A TÍTULO EXEMPLIFICATIVO, SALIENTA-SE QUE SÓ NA AMÉRICA DO NORTE EXISTE CERCA DE, NO MÍNIMO, DOIS MILHÕES DE PSICOPATAS.

EM CONTEXTOS PENITENCIÁRIOS, DADOS APONTAM TAXAS BASTANTE SIGNIFICATIVAS, JÁ QUE, NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA DOS ESTADOS UNIDOS, POR EXEMPLO, A PREVALÊNCIA DE PSICOPATAS GIRA EM TORNO DE 20%10, O QUE NÃO MINIMIZA OS RISCOS OFERECIDOS POR ESTES CRIMINOSOS, UMA VEZ QUE, APESAR DA BAIXA INCIDÊNCIA, SÃO ELES OS RESPONSÁVEIS POR 50% EM MÉDIA DOS CRIMES VIOLENTOS COMETIDOS NOS EUA11. NO BRASIL, TAMBÉM HÁ DEMONSTRAÇÃO DE SIGNIFICATIVA PRESENÇA DE PSICOPATAS NA POPULAÇÃO CARCERÁRIA (CERCA DE 20% DOS PRESOS SÃO ACOMETIDOS POR TAL TRANSTORNO).

DENTRO DO QUADRO DA PSICOPATIA, NEM TODOS OS INDIVÍDUOS ACOMETIDOS POR ELA TORNAM-SE CRIMINOSOS E, DENTRE ESTES ÚLTIMOS, SOMENTE UMA PARCELA SÃO HOMICIDAS, ENTRETANTO, OS QUE ESCOLHEM SEGUIR ESTE CAMINHO ACABAM SE TORNANDO VERDADEIRAS MÁQUINAS DO MAL, ESPALHANDO DOR E TRISTEZA POR ONDE PASSAM, DEVIDO AOS ASSASSINATOS MONSTRUOSOS QUE SÃO CAPAZES DE COMETER.

2. IMPUTABILIDADE VERSUS INIMPUTABILIDADE

É NECESSÁRIO ESCLARECER QUE A IMPUTABILIDADE É A POSSIBILIDADE DE SE ATRIBUIR, IMPUTAR FATO TÍPICO E ILÍCITO AO AGENTE. JÁ A INIMPUTABILIDADE É JUSTAMENTE O OPOSTO, SENDO A INCAPACIDADE DO AGENTE EM RESPONDER POR SUA CONDUTA DELITUOSA, OU SEJA, O SUJEITO NÃO É CAPAZ DE ENTENDER QUE O FATO É ILÍCITO E DE AGIR CONFORME ESSE ENTENDIMENTO. NESSE CASO, A IMPUTABILIDADE É REGRA E A INIMPUTABILIDADE É EXCEÇÃO.

NAS PALAVRAS DO RENOMADO DOUTRINADOR CAPEZ (2014, P. 326-327).

> IMPUTABILIDADE É A CAPACIDADE DE ENTENDER O CARÁTER ILÍCITO DO FATO E DE DETERMINAR-SE DE ACORDO COM ESSE ENTENDIMENTO. O AGENTE DEVE TER CONDIÇÕES FÍSICAS, PSICOLÓGICAS, MORAIS E MENTAIS DE SABER QUE ESTÁ REALIZANDO UM ILÍCITO PENAL. MAS NÃO É SÓ. ALÉM DESSA CAPACIDADE PLENA DE ENTENDIMENTO, DEVE TER TOTAIS CONDIÇÕES DE CONTROLE SOBRE SUA VONTADE. EM OUTRAS PALAVRAS, IMPUTÁVEL É NÃO APENAS AQUELE QUE TEM CAPACIDADE DE INTELECÇÃO SOBRE O SIGNIFICADO DE SUA CONDUTA, MAS TAMBÉM DE COMANDO DA PRÓPRIA VONTADE, DE ACORDO COM ESSE ENTENDIMENTO.

CAPEZ (2014) CITA COMO EXEMPLO UM CASO DE UM DEPENDENTE DE DROGAS. ESTE POR CERTO TEM CAPACIDADE DE RECONHECER COMO ILÍCITO O FURTO QUE PRATICA, ENTRETANTO, NÃO CONSEGUE CONTROLAR O INVENCÍVEL IMPULSO DE CONTINUAR A CONSUMIR A SUBSTÂNCIA PSICOTRÓPICA. TAL DEPENDÊNCIA LEVA-O A BUSCAR RECURSOS FINANCEIROS PARA QUE POSSA COMPRAR A DROGA, TORNANDO-O ASSIM UM ESCRAVO DO VÍCIO, NÃO PODENDO, POR ESSA RAZÃO, SUBMETER-S**E** AO JUÍZO DE CENSURABILIDADE.

JÁ PARA SANCHES (2014, P. 324), IMPUTABILIDADE:

> É A CAPACIDADE DE IMPUTAÇÃO, OU SEJA, POSSIBILIDADE DE SE ATRIBUIR A ALGUÉM A RESPONSABILIDADE PELA PRÁTICA DE UMA INFRAÇÃO PENAL. A IMPUTABILIDADE É ELEMENTO SEM O QUAL ENTENDE-SE QUE O SUJEITO CARECE DE LIBERDADE E DE FACULDADE PARA COMPORTAR-SE DE OUTRO MODO, COMO O QUE NÃO É CAPAZ DE CULPABILIDADE, SENDO, PORTANTO, INCULPÁVEL. ASSIM COMO NO DIREITO PRIVADO SE PODE FALAR EM CAPACIDADE E INCAPACIDADE PARA REALIZAR NEGÓCIOS JURÍDICOS, NO DIREITO PENAL, FALA-SE EM IMPUTABILIDADE (CAPACIDADE) E INIMPUTABILIDADE (INCAPACIDADE) PARA RESPONDER PENALMENTE POR UMA AÇÃO DELITIVA PRATICADA.

DESTARTE, É VÁLIDO RESSALTAR QUE TODO AGENTE É IMPUTÁVEL, A NÃO SER QUE ACONTEÇA ALGUMA CAUSA EXCLUDENTE DA IMPUTABILIDADE, CAUSA ESSA QUE PODE SER CHAMADA DE CAUSA DIRIMENTE. A CAPACIDADE PENAL, POR

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

CONSEGUINTE, É OBTIDA POR EXCLUSÃO, OU SEJA, CASO NÃO SE VERIFIQUE A EXISTÊNCIA DE ALGUMA CAUSA QUE A AFASTE.

ATUALMENTE, O BRASIL, COM UMA TAXA DE 27,4 HOMICÍDIOS A CADA 100.000 HABITANTES É O SÉTIMO PAÍS MAIS VIOLENTO DO MUNDO. COM ALTOS ÍNDICES DE VIOLÊNCIA, A SOCIEDADE BRASILEIRA CONVIVE COM A INSEGURANÇA, O MEDO E A CRIMINALIDADE, O QUE SE TORNOU TÃO COMUM QUE NÃO CAUSA MAIS PERPLEXIDADE OU ESPANTO. CONTUDO, NEM SEMPRE A VIOLÊNCIA É VISTA COM INDIFERENÇA. ISSO SE DEVE AO FATO DE QUE MUITAS VEZES ELA É PRATICADA POR MOTIVOS BANAIS, TORPES, QUE NÃO JUSTIFICARIAM TAL CONDUTA, SE É QUE A VIOLÊNCIA PODE SER JUSTIFICADA. MAS HÁ MOTIVOS QUE SÃO SOCIALMENTE MAIS ACEITOS PARA A PRÁTICA DE UM CRIME E OUTROS MENOS.

FICA-SE PERPLEXO QUANDO UM FILHO MATA SEUS PAIS, UM MARIDO AGRIDE A SUA ESPOSA, HOMICÍDIOS SÃO PRATICADOS EM SÉRIE COM VÍTIMAS ALEATÓRIAS, SEM QUALQUER MOTIVAÇÃO APARENTE, CRIANÇAS SÃO TORTURADAS OU EXPLORADAS SEXUALMENTE, DENTRE OUTROS MILHARES DE CRIMES QUE GERAM COMOÇÃO SOCIAL. CRIMES ESTES QUE FOGEM A NOSSA RACIONALIDADE E SE TORNAM UMA INCÓGNITA NO PENSAMENTO DAS "PESSOAS DE BEM" OU, MELHOR DIZENDO, PESSOAS COMUNS. HÁ VÁRIOS FATORES PARA A VIOLÊNCIA E DENTRE ELES A PSICOPATIA SE INSERE COMO UM DOS MAIS ASSUSTADORES, INCONTROVERSOS E ESTUDADOS NAS ÚLTIMAS DÉCADAS. A 15 PALAVRA PSICOPATIA ADVÉM DO GREGO "PSYCHE", QUE SIGNIFICA MENTE E "PATHOS", QUE SIGNIFICA DOENÇA, OU SEJA, "DOENÇA DA MENTE". APESAR DE TRADICIONALMENTE SER VISTA COMO UMA DOENÇA, A PSICOPATIA NÃO É CONSIDERADA COMO TAL.

SEGUNDO SILVA (2008, P. 37):

> EM TERMOS MÉDICO-PSIQUIÁTRICOS, A PSICOPATIA NÃO SE ENCAIXA NA VISÃO TRADICIONAL DAS DOENÇAS MENTAIS. ESSES INDIVÍDUOS NÃO SÃO CONSIDERADOS LOUCOS, NEM APRESENTAM QUALQUER TIPO DE DESORIENTAÇÃO. TAMBÉM NÃO SOFREM DE DELÍRIOS OU ALUCINAÇÕES (COMO A ESQUIZOFRENIA) E TAMPOUCO APRESENTAM INTENSO SOFRIMENTO MENTAL COMO A DEPRESSÃO OU O PÂNICO, POR EXEMPLO.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ASSIM, A GRANDE MAIORIA DOS PROFISSIONAIS DA ÁREA MÉDICA NÃO CONSIDERA A PSICOPATIA COMO UMA DOENÇA, DENTRE ELES, HARE, PROFESSOR EMÉRITO DE PSICOLOGIA NA UNIVERSITYOF BRITISH COLUMBIA, CANADÁ, UM DOS MAIORES ESPECIALISTAS EM PSICOPATIA DO MUNDO, CRIADOR DO PCL-R (PSYCHOPATHYCHECYLIST), OU CHECKLISTE DE PSICOPATIA, TAMBÉM CHAMADA DE ESCALA HARE (2013, P. 38), INSTRUMENTO UTILIZADO PARA A IDENTIFICAÇÃO DE PSICOPATAS.

> 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.

ASSIM, PARA HARE, OS PSICOPATAS NÃO ESTÃO DOENTES E SÃO SERES IMPUTÁVEIS, QUE POSSUEM INTEIRA RESPONSABILIDADE SOBRE AS SUAS AÇÕES. IMPUTABILIDADE PENAL QUE É DEFENDIDA POR BARBOSA E MORANA, GRANDES PESQUISADORAS BRASILEIRAS SOBRE PSICOPATIA. O AUMENTO DA CRIMINALIDADE, EM ESPECIAL DOS CRIMES COMETIDOS COM REQUINTES DE FRIEZA E VIOLÊNCIA, BEM COMO DAQUELES PRATICADOS EM SÉRIE, TEM INTRIGADO PESQUISADORES DO MUNDO INTEIRO SOBRE A ORIGEM DA PSICOPATIA, AS SUAS FORMAS DE MANIFESTAÇÃO E O GRAU DE PREVALÊNCIA DESTE TRANSTORNO NA SOCIEDADE.

PARA MELHOR CONTINUAR ESSA ANÁLISE É NECESSÁRIO CITAR DOIS PONTOS DE VISTA PERTINENTES AO TEMA. O PRIMEIRO ABORDARA O PONTO DE VISTA DA PSICOLOGIA QUANTO AO PSICOPATA, JÁ NUM SEGUNDO PONTO O PONTO DE VISTA EM ANÁLISE SERÁ O DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, TÓPICOS ESSES QUE SERÃO VISTOS NOS SUBCAPÍTULOS SUBSEQUENTES.

2.1 O PSICOPATA DO PONTO DE VISTA PSICOLÓGICO

DE UM PONTO DE VISTA PSICOLÓGICO, O PSICOPATA AINDA NÃO TEM CURA, É AQUELE SER QUE NASCEU INCAPAZ DE TER SENTIMENTOS, MAIS QUE NÃO NECESSARIAMENTE SE TORNARÁ UM ASSASSINO FRIO E CRUEL. TAMBÉM NÃO PODEM SER CONSIDERADOS "LOUCOS", POIS TEM NOÇÃO DE TUDO O QUE

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ACONTECE AO SEU REDOR, E SE MATAM ALGUÉM SABEM EXATAMENTE O PORQUE DE ESTAREM FAZENDO AQUILO.

SÃO SERES QUE ALMEJAM O PODER, A ADRENALINA, E QUE FARÃO TUDO QUE ESTIVER AO SEU ALCANCE PARA CONQUISTA-LOS. SEGUNDO CLECKLEY, APUD. HARE (2013. P. 58):

> ELE [O PSICOPATA] NÃO SE FAMILIARIZA COM OS FATOS OU DADOS PRIMÁRIOS DO QUE CHAMA DE VALORES PESSOAIS E É COMPLETAMENTE INCAPAZ DE COMPREENDER ESSAS QUESTÕES. É IMPOSSÍVEL PARA ELE DESENVOLVER UM MÍNIMO INTERESSE QUE SEJA POR UMA TRAGÉDIA OU DIVERSÃO OU O ANSEIO PELA HUMANIDADE COMO APRESENTADO NA LITERATURA OU ARTE SÉRIA. ELE TAMBÉM É INDIFERENTE A TODAS AS MATÉRIAS DA VIDA EM SI. BELEZA E FEIURA, EXCETO EM UM SENTIDO SUPERFICIAL, BONDADE, MALDADE, AMOR, HORROR E HUMOR NÃO TEM NENHUM SIGNIFICADO REAL, NENHUMA FORÇA QUE O MOVA.

ALÉM DISSO, NÃO TEM CAPACIDADE DE ENTENDER COMO OS OUTROS SÃO TOCADOS POR ESSAS COISAS. É COMO SE FOSSE CEGO A CORES, E ESSE ASPECTO DA EXISTÊNCIA HUMANA, EMBORA TENHA UMA INTELIGÊNCIA AGUÇADA. ELE NÃO PODE ENTENDER NADA DISSO PORQUE NÃO HÁ NADA, EM NENHUM PONTO DA SUA CONSCIÊNCIA, QUE POSSA PREENCHER A LACUNA NECESSÁRIA A UMA COMPARAÇÃO. ELE PODE REPETIR AS PALAVRAS E DIZER COM LOQUACIDADE QUE ESTÁ COMPREENDENDO, MAS NÃO TEM COMO SABER QUE NÃO COMPREENDE. EM OUTRAS PALAVRAS, A PSICOLOGIA DEFINE OS PSICOPATAS COMO SERES FRIOS E PROFUNDAMENTE INCAPAZES DE SENTIR QUALQUER EMPATIA POR QUEM QUER QUE SEJA, DOTADOS DE UMA INTELIGÊNCIA MUITAS VEZES ACIMA DA MÉDIA, E UMA CAPACIDADE TEATRAL INVEJÁVEL A QUALQUER ARTISTA DE CINEMA. SÃO SERES CAPAZES DE INTERPRETAR QUALQUER SENTIMENTO, E INCLUSIVE FAZER COM QUE AS PESSOAS AO REDOR DELE ACREDITEM QUE ESSA DEMONSTRAÇÃO TEATRAL SEJA REAL. PARA OS PSICÓLOGOS, OS PSICOPATAS SÃO SERES EXTREMAMENTE PERIGOSOS.

2.2 O PSICOPATA DO PONTO DE VISTA JURÍDICO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

QUANDO OS PSICOPATAS CHEGAM A INTERAGIR NO MUNDO JURÍDICO MUITAS VEZES SÃO VELHOS CONHECIDOS DOS AGENTES PENITENCIÁRIOS, SÃO INFRATORES NATOS, COMEÇAM A CARREIRA NO MUNDO DO CRIME CEDO E POR ISSO, VELHOS CONHECIDOS DOS AGENTES. POR SUA CONSTANTE BUSCA POR ADRENALINA E PODER, ESTÃO SEMPRE BUSCANDO ALGUMA ESPÉCIE DE GANGUE QUE POSSAM EXTRAPOLAR SEUS IMPULSOS E SER RECONHECIDOS POR ELES, COMETEM OS MAIS BÁRBAROS CRIMES AINDA NA INFÂNCIA E SEUS "AMIGOS" OS INVEJAM, OS EXALTAM COMEÇANDO ASSIM A CRIAR UM MONSTRO. PARA O MUNDO JURÍDICO, PSICOPATAS SÃO MEROS INFRATORES CAPAZES DE COMETER OS MAIS BÁRBAROS CRIMES, E COM ALTA TAXA DE REINCIDÊNCIA VOLTANDO RAPIDAMENTE PARA AS PENITENCIÁRIAS.

A BUSCA POR RESSOCIALIZAÇÃO DE UM PSICOPATA É VÃ, TENDO EM VISTA QUE ELES NÃO SE ARREPENDEM DE SEUS ATOS, PARA ELES PASSAR UM TEMPO PRESO TEM DUAS FINALIDADES, IMPEDIR QUE CONTINUEM FAZENDO O QUE GOSTAM DE FAZER QUANDO ESTÃO FORA, QUER SEJA EXPLORAR PESSOAS INOCENTES QUER SEJA MATAR PESSOAS. E A SEGUNDA FINALIDADE EM ESTAREM PRESOS É SIMPLESMENTE PARA QUE ELES POSSAM APERFEIÇOAR SUAS HABILIDADES EM PESSOAS QUE, ASSIM COMO ELES, GOSTAM DE LEVAR VANTAGEM EM TUDO. QUANDO PRESOS, OS PSICOPATAS COSTUMAM SER VISTOS COMO PRISIONEIRO MODELO EM RESSOCIALIZAÇÃO, SE TORNANDO RAPIDAMENTE MODELOS DE COMPORTAMENTO, AOS OLHOS DOS AGENTES PENITENCIÁRIOS E DIRETORES DE PRESÍDIOS.

CONTUDO, POR TRÁS DESSA MÁSCARA DE, "ESTOU CURADO, JÁ POSSO SER SOLTO NOVAMENTE" ENCONTRAM-SE SERES EXTREMAMENTE MANIPULADORES, CAPAZES DE PROMOVER REBELIÕES, PLANEJAR ASSASSINATOS DE OUTROS PRESOS, CHEFIAR O CONTRABANDO DE CELULARES E DROGAS DENTRO DOS PRESÍDIOS, SEM QUE QUALQUER PESSOA DESCONFIE DE SUAS CONDUTAS. PARA O MUNDO JURÍDICO OS PSICOPATAS NÃO PASSAM DE CRIMINOSOS EXTREMAMENTE PERIGOSOS, MANIPULADORES, FRIOS E CALCULISTAS, QUE FARÃO TUDO QUE ESTIVER AO SEU ALCANCE PARA CAUSAR O SOFRIMENTO DAS PESSOAS AO SEU REDOR.

A MAIOR PARTE DAS JURISDIÇÕES DO MUNDO CONSIDERA OS PSICOPATAS COMO PESSOAS IMPUTÁVEIS E SEM DOENÇA MENTAL. ENTRETANTO, EM UM CASO AUSTRALIANO RECENTE, AS AUTORIDADES DECIDIRAM QUE A ÚNICA MANEIRA DE IMPEDIR QUE GARRY DAVID, "UM PSICOPATA AGRESSIVO", FOSSE

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

LIBERADO DA PRISÃO ERA CRIAR UMA LEGISLAÇÃO QUE DECLARASSE ESSE CRIMINOSO, E OUTROS IGUAL A ELE, COMO MENTALMENTE DOENTE.

DEPOIS DE CONHECER O LONGO HISTÓRICO DE INFRAÇÕES E VIOLÊNCIA DE DAVID, O JUIZ DA PRIMEIRA CORTE QUE EXAMINOU O CASO TERIA DITO O SEGUINTE. "ALGUÉM COM UM HISTÓRICO DESSES COM CERTEZA SOFRE DE UMA DOENÇA MENTAL E, SE OS PSIQUIATRAS NÃO CONSEGUEM VER ISSO, ENTÃO ELES PRÓPRIOS DEVEM ESTAR 'LOUCOS'". APESAR DA EXPRESSA OPOSIÇÃO DA COMUNIDADE PSIQUIÁTRICA, DAVID FOI CONSIDERADO MENTALMENTE DOENTE E ENVIADO A UM HOSPITAL PSIQUIÁTRICO COM ALTO NÍVEL DE SEGURANÇA.

EM CONTRAPOSIÇÃO AO MUNDO DA PSICOLOGIA, NESSE CASO O PSICOPATA FOI CONSIDERADO UM DOENTE MENTAL, E APESAR DE NÃO TER TRATAMENTO FOI ENCAMINHADO À UM HOSPITAL PSIQUIÁTRICO DE ALTA SEGURANÇA PARA QUE NÃO APRESENTASSE RISCO NEM A SOCIEDADE DE UMA MANEIRA GERAL, COMO AOS PRESOS QUE PODERÃO UM DIA VOLTAR A SER CIDADÃOS ÚTEIS À SOCIEDADE.

3. ANÁLISE JURÍDICA DO INIMPUTÁVEL

VISANDO RESTRINGIR O TEMA SERÁ ABORDADO AQUI APENAS A TEORIA ACEITA PELO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO PARA A CLASSIFICAÇÃO DE CULPABILIDADE, VEZ QUE SÓ É POSSÍVEL DETERMINAR A INIMPUTABILIDADE ABORDANDO OS ELEMENTOS NECESSÁRIOS PARA A CULPABILIDADE, MAIS PRECISAMENTE A CULPABILIDADE.

O TÍTULO III DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO TRAZ AQUELE QUE SE CONSIDERA IMPUTABILIDADE, OU SEJA, AQUELE QUE POSSUI CAPACIDADE DE SER PUNIDO PELO ESTADO, CAPACIDADE DE SER CONSIDERADO CULPADO, ASSIM, VEJA-SE:

> TÍTULO III DA IMPUTABILIDADE PENAL
>
> INIMPUTÁVEIS 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. (REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 7.209, DE 11.7.1984) REDUÇÃO DE PENA PARÁGRAFO ÚNICO - A PENA PODE SER REDUZIDA DE UM A DOIS TERÇOS, SE O AGENTE, EM VIRTUDE DE PERTURBAÇÃO DE

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> 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.(REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 7.209, DE 11.7.1984)
>
> MENORES DE DEZOITO ANOS ART. 27 - OS MENORES DE 18 (DEZOITO) ANOS SÃO PENALMENTE INIMPUTÁVEIS, FICANDO SUJEITOS ÀS NORMAS ESTABELECIDAS NA LEGISLAÇÃO ESPECIAL. (REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 7.209, DE 11.7.1984) EMOÇÃO E PAIXÃO. ART. 28 - NÃO EXCLUEM A IMPUTABILIDADE PENAL: (REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 7.209, DE 11.7.1984) - A EMOÇÃO OU A PAIXÃO; (REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 7.209, DE 11.7.1984) EMBRIAGUEZ - A EMBRIAGUEZ, VOLUNTÁRIA OU CULPOSA, PELO ÁLCOOL OU SUBSTÂNCIA DE EFEITOS ANÁLOGOS.(REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 7.209, DE 11.7.1984) § 1º - É ISENTO DE PENA O AGENTE QUE, POR EMBRIAGUEZ COMPLETA, PROVENIENTE DE CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR, 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.(REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 7.209, DE 11.7.1984) § 2º - A PENA PODE SER REDUZIDA DE UM A DOIS TERÇOS, SE O AGENTE, POR EMBRIAGUEZ, PROVENIENTE DE CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR, NÃO POSSUÍA, AO TEMPO DA AÇÃO OU DA OMISSÃO, A PLENA CAPACIDADE DE ENTENDER O CARÁTER ILÍCITO DO FATO OU DE DETERMINAR-SE DE ACORDO COM ESSE ENTENDIMENTO.(REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 7.209, DE 11.7.1984) (BRASIL, 1940)

DESSA FORMA SÓ É CONSIDERADO CULPADO TODO AQUELE QUE NÃO SE ENQUADRA NOS DESCRITOS NESTE TÍTULO. EM OUTRAS PALAVRAS, É CULPADO TODA PESSOA, MAIOR, QUE ESTEJA COM PLENA CAPACIDADE FÍSICA E MENTAL DEFINIDAS POR LEI, QUE ENTENDA E RECONHEÇA A ILICITUDE DO ATO PRATICADO. EXISTEM VÁRIAS CORRENTES DE TEORIAS SOBRE A CULPABILIDADE DO AUTOR OU ATÉ MESMO DO FATO, CONTUDO, CABE AQUI APRESENTAR

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

APENAS A UTILIZADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO ATUALMENTE. CULPABILIDADE, ATUALMENTE, É A CAPACIDADE QUE O ESTADO POSSUI DE REPROVAR O ATO E PUNIR O AUTOR QUE O PRATICOU, SENDO QUE À ÉPOCA DO FATO PODERIA TER PRATICADO ATO DIVERSO E NÃO O FEZ, CAUSANDO LESÃO A ALGUÉM OU A SEU PATRIMÔNIO. NÃO PODE O ESTADO APLICAR PENA A ALGUÉM SEM QUE ESSE ALGUÉM TENHA TOTAL DISCERNIMENTO DAQUILO QUE ESTÁ ACONTECENDO, SEM QUE O AGENTE TENHA CAPACIDADE PARA SOFRER A PENA.

A TEORIA ADOTADA PELO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO É A TEORIA LIMITADA DA CULPABILIDADE. ESSA TEORIA POSSUI COMO PRÉ-REQUISITOS PARA SUA APLICAÇÃO TRÊS SITUAÇÕES: IMPUTABILIDADE; POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE; E EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. SEM QUALQUER DESSES ELEMENTOS TORNA-SE IMPOSSÍVEL A CLASSIFICAÇÃO DO SUJEITO GERADOR DO FATOR SER CONSIDERADO CULPÁVEL.

ANALISANDO BREVEMENTE CADA UM DOS REQUISITOS DA CULPABILIDADE, CAPEZ (2015, P. 327) É CLARO AO CONCEITUAR A IMPUTABILIDADE:

> [...] É A CAPACIDADE DE ENTENDER O CARÁTER ILÍCITO DO FATO E DE DETERMINAR-SE DE ACORDO COM ESSE ENTENDIMENTO. O AGENTE DEVE TER CONDIÇÕES FÍSICAS, PSICOLÓGICAS, MORAIS E MENTAIS DE SABER QUE ESTÁ REALIZANDO UM ILÍCITO PENAL. MAS NÃO É SO. ALÉM DESSA CAPACIDADE PLENA DE ENTENDIMENTO, DEVE TER TOTAIS CONDIÇÕES DE CONTROLE SOBRE SUA VONTADE. EM OUTRAS PALAVRAS, IMPUTÁVEL É NÃO APENAS AQUELE QUE TEM CAPACIDADE DE INTELECÇÃO SOBRE O SIGNIFICADO DE SUA CONDUTA, MAS TAMBÉM DE COMANDO DA PRÓPRIA VONTADE, DE ACORDO COM ESSE ENTENDIMENTO.

IMPUTABILIDADE NADA MAIS É QUE A CAPACIDADE QUE O AGENTE POSSUI DE DETERMINAR-SE DE ACORDO COM A NORMA PENAL INCRIMINADORA, ACEITANDO E CONDUZINDO SUA VIDA COM PLENAS CAPACIDADES DE NUNCA VIR A VIOLAR NENHUMA DAS NORMAS PROIBITIVAS DA LEI. JÁ A POTENCIAL CONSCIÊNCIA DA ILICITUDE DO FATO, NADA MAIS É QUE O PRÉVIO CONHECIMENTO DO ATO TIDO COMO ILÍCITO.

NO BRASIL, NÃO É POSSÍVEL A PUNIÇÃO PELO ATO QUE É TIDO COMO ILÍCITO APÓS A SUA PRÁTICA. O ATO DEVE SER CONSIDERADO COMO ILÍCITO, CULPÁVEL

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

E PUNÍVEL ANTES DA SUA REALIZAÇÃO. E A EXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA TRATA DA POSSIBILIDADE DO AGENTE EM PRATICAR ATO DIVERSO, EM PALAVRAS SIMPLES, NADA MAIS É QUE O AGENTE TER A OPÇÃO DE PRATICAR UM ATO LÍCITO NO LUGAR DE UM ILÍCITO PARA ATINGIR O MESMO RESULTADO. SEM QUALQUER DESSAS CARACTERÍSTICAS NÃO PODE SER CONSIDERADO CULPÁVEL QUALQUER PESSOA.

A IMPUTABILIDADE APRESENTA QUATRO POSSÍVEIS CAUSAS DE SUA EXCLUSÃO. DESENVOLVIMENTO MENTAL INCOMPLETO, SENDO TODO AQUELE QUE NÃO POSSUI O ENTENDIMENTO ADEQUADO DOS ATOS PRATICADOS, SEJA EM VIRTUDE DE ATRASOS MENTAIS, SEJA PELA FALTA DE CONVIVÊNCIA EM SOCIEDADE, COMO POR EXEMPLO ALGUMAS TRIBOS INDÍGENAS.

DESENVOLVIMENTO MENTAL RETARDADO, TRATA-SE DAQUELE DESCONEXO COM A IDADE QUE A PESSOA TEM, ESTANDO ABAIXO DO DESENVOLVIMENTO MENTAL NORMAL DE ALGUÉM. DOENÇA MENTAL É AQUELA QUE IMPORTARÁ PARA O CASO DA PSICOPATIA. TODO O AGENTE QUE POSSUIR DOENÇAS, DISTÚRBIOS OU ALTERAÇÕES EM SUA PERCEPÇÃO MENTAL É CONSIDERADO, DE ACORDO COM O ARTIGO SUPRACITADO, INIMPUTÁVEL.

NAS PALAVRAS DE CAPEZ (2015. P. 326).:

> DOENÇA MENTAL: É A PERTURBAÇÃO MENTAL OU PSÍQUICA DE QUALQUER ORDEM, CAPAZ DE ELIMINAR OU AFETAR A CAPACIDADE DE ENTENDER O CARÁTER CRIMINOSO DO FATO OU A DE COMANDAR A VONTADE DE ACORDO COM ESSE ENTENDI- MENTO. COMPREENDE A INFINDÁVEL GAMA DE MOLÉSTIAS MENTAIS, TAIS COMO EPILEPSIA CONDUTOPÁTICA, PSICOSE, NEUROSE, ESQUIZOFRENIA, PARANOIAS, PSICOPATIA, EPILEPSIAS EM GERAL ETC.

PARA O DIREITO PENAL BRASILEIRO É EXTREMAMENTE COMPLICADO APONTAR QUAL A PENA ADEQUADA PARA O DOENTE MENTAL, E O FATO DESSA DOENÇA MUITAS VEZES SER DE DIFÍCIL CONSTATAÇÃO TORNA AINDA MAIS COMPLICADO A APLICAÇÃO DA PENA AO CASO CONCRETO. COMO BEM APONTOU EM SEU ARTIGO DE MESTRADO, MARIA FERNANDA TOURINHO PERES DEMONSTRA COM CLAREZA ESSA INSEGURANÇA JURÍDICA QUE VIVEMOS AO AFIRMAR QUE PARA A CONDENAÇÃO MUITAS VEZES OS JUÍZES BASEIAM-SE EM SIMPLES RESQUÍCIOS DA DOENÇA, QUANDO QUE PARA OUTROS CASOS, APESAR DE VÁRIAS EVIDÊNCIAS NÃO SE APLICA A PENA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O PRÓPRIO CÓDIGO PENAL (BRASIL, 1940) TRAZ QUE NÃO DEVEM SER JULGADOS CRIMINOSOS OS LOUCOS DE TODO GÊNERO EM SEU PARÁGRAFO SEGUNDO DO ARTIGO 10, NÃO PARA POR AI, VEJA-SE:

> ART. 1º - NÃO HÁ CRIME SEM LEI ANTERIOR QUE O DEFINA. NÃO HÁ PENA SEM PRÉVIA COMINAÇÃO LEGAL. ART. 14 – DIZ-SE O CRIME: I - CONSUMADO, QUANDO NELE SE REÚNEM TODOS OS ELEMENTOS DE SUA DEFINIÇÃO LEGAL; II - TENTADO, QUANDO, INICIADA A EXECUÇÃO, NÃO SE CONSUMA POR CIRCUNSTÂNCIAS ALHEIAS À VONTADE DO AGENTE. PARÁGRAFO ÚNICO - SALVO DISPOSIÇÃO EM CONTRÁRIO, PUNE-SE A TENTATIVA COM A PENA CORRESPONDENTE AO CRIME CONSUMADO, DIMINUÍDA DE UM A DOIS TERÇOS. 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. 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.

RESTA CLARO ASSIM QUE SE A PESSOA É CONSIDERADA DOENTE MENTAL, ESSA NÃO DEVE SER CONSIDERADA CULPÁVEL EM VIRTUDE DA SUA INIMPUTABILIDADE, E PARA DETERMINAR, JURIDICAMENTE, SE UMA DETERMINADA PESSOA É OU NÃO DOENTE MENTAL É NECESSÁRIO O AUXÍLIO DE ESPECIALISTAS, PSIQUIATRAS. PARA O PSIQUIATRA DEFINIR UMA DOENÇA É NECESSÁRIO QUE ESSA DOENÇA ESTEJA RELACIONADA À CLASSIFICAÇÃO INTERNACIONAL DE DOENÇAS, CONHECIDA COMO CID.

POR MEIO DE UMA PERÍCIA O MÉDICO PSIQUIATRA DEFINIRIA SE DETERMINADA PESSOA É OU NÃO PORTADORA DE DOENÇA, EM CASO POSITIVO A PRÓPRIA LEGISLAÇÃO É BEM CLARA AO ISENTAR O DOENTE MENTAL DE CULPA, ELA NÃO COLOCA UMA EXCEÇÃO. SE A PESSOA É COMPLETAMENTE CAPAZ DE DETERMINAR-SE FRENTE AO FATO DELITUOSO ELE É CULPÁVEL, CONTUDO AO

SER DETERMINADO COMO DOENTE MENTAL PASSE A SER CONSIDERADO INIMPUTÁVEL, E INIMPUTÁVEIS NÃO SÃO PASSÍVEIS DE CULPA.

4. DIREITO COMPARADO

FAZ-SE NECESSÁRIO ANALISAR ALGUNS ESTUDOS E CASOS QUE EXISTEM ALÉM DAS FRONTEIRAS BRASILEIRAS, PARA PERCEBER COMO ESTÃO SENDO FEITOS OS ESTUDOS ACERCA DO PSICOPATA, E COMO OS JURISTAS ESTRANGEIROS TRATAM OS MESMOS. O QUE DIZ RESPEITO AO TEMA, CULPABILIDADE DO AGENTE PORTADOR DE PSICOPATIA, ESTÁ LONGE DE SER UNANIMIDADE AO REDOR DO MUNDO, PRINCIPALMENTE PELO FATO DE NÃO SER A PSICOPATIA UMA DOENÇA FÁCIL DE DIAGNOSTICAR E ESTUDAR. CONTUDO, APESAR DO RASO ESTUDO QUE EXISTE A RESPEITO DOS PSICOPATAS, É POSSÍVEL PERCEBER UMA DIMINUIÇÃO DA VIOLÊNCIA QUE GIRA EM TORNO DESSAS PESSOAS QUANDO SE VOLTA PARA A UTILIZAÇÃO DA ESCALA HARE PARA A APLICAÇÃO DE BENEFÍCIOS CONCEDIDOS AOS PSICOPATAS, COMO BEM DEMONSTRA SILVA (2008. P 134):

> NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO NÃO EXISTE UM PROCEDIMENTO DE DIAGNOSTICO PARA A PSICOPATIA QUANDO HÁ SOLICITAÇÃO DE BENEFÍCIOS, REDUÇÃO DE PENAS OU PARA JULGAR SE O PRESO ESTÁ APTO A CUMPRIR SUA PENA EM UM REGIME SEMIABERTO. SE TAIS PROCEDIMENTOS FOSSE UTILIZADOS DENTRO DOS PRESÍDIOS BRASILEIROS, CERTAMENTE OS PSICOPATAS FICARIAM PRESOS POR MUITO MAIS TEMPO E AS TAXAS DE REINCIDÊNCIA DE CRIMES VIOLENTOS DIMINUIRIAM SIGNIFICATIVAMENTE.

5. SERIAL KILLER NO BRASIL

NO BRASIL, O NÚMERO DE ASSASSINATOS EM SÉRIE COMETIDOS NÃO É TÃO ELEVADO COMO EM PAÍSES COMO ESTADOS UNIDOS, GRÃ-BRETANHA, ALEMANHA, ENTRE OUTROS, O QUE NÃO SIGNIFICA QUE TAIS ASSASSINATOS NÃO ACONTEÇAM AQUI, PELO CONTRÁRIO, EXISTEM DIVERSOS CASOS DE ASSASSINOS EM SÉRIE QUE CHOCARAM O PAÍS.

FRANCISCO DE ASSIS PEREIRA, CONHECIDO COMO O "MANÍACO DO PARQUE" , EM 1998, ATRAIU DIVERSAS VÍTIMAS, TODAS DO SEXO FEMININO, COM PROMESSAS DE UM ENSAIO FOTOGRÁFICO PARA QUE ESTAS INGRESSASSEM NA CARREIRA DE MODELO E ENTÃO AS LEVAVA PARA O PARQUE DO ESTADO, ENTRE SP E DIADEMA, AS ESTUPRAVA E EM SEGUIDA AS ESTRANGULAVA, ABANDONANDO SEU CORPO NO LOCAL. DAS 14 VÍTIMAS REGISTRADAS,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

CONSEGUIRAM ESCAPAR, O QUE FACILITOU NA INVESTIGAÇÃO, POIS ATRAVÉS DO SEU RETRATO FALADO, FRANCISCO FOI CAPTURADO NO RIO GRANDE DO SUL. EM GOIÂNIA, THIAGO HENRIQUE GOMES DA ROCHA, CONFESSOU TER COMETIDO 39 ASSASSINATOS, ENTRE HOMENS E MULHERES ENTRE 2011 E 2014. AS INVESTIGAÇÕES SEGUEM EM CURSO.

HÁ AINDA OUTROS EXEMPLOS, JÁ MENCIONADOS, COMO O "MANÍACO DO PARQUE, "FEBRÔNIO ÍNDIO DO BRASIL " E " PEDRINHO MATADOR".

COMO NO RESTO DO MUNDO, A MAIORIA DOS ASSASSINOS EM SÉRIE NO BRASIL É CONSTITUÍDA DE HOMENS BRANCOS, QUE TÊM ENTRE 20 E 30 ANOS, VIERAM DE FAMÍLIAS DESESTRUTURADAS, SOFRERAM MAUS-TRATOS OU FORAM MOLESTADOS QUANDO CRIANÇAS. (...) PESQUISAS INDICAM QUE CERCA DE 82% DOS ASSASSINOS SERIAIS SOFRERAM ABUSOS FÍSICOS, SEXUAIS, EMOCIONAIS OU FORAM NEGLIGENCIADOS E ABANDONADOS QUANDO CRIANÇAS (MARTA E MAZZONI, 2010).

NO QUESITO INVESTIGAÇÃO DE ASSASSINATOS EM SÉRIE, O BRASIL ENCONTRA-SE MUITO AQUÉM DE PAÍSES COMO ESTADOS UNIDOS, VISTO QUE AQUI AINDA NÃO POSSUI NENHUMA ESTRUTURA DE INVESTIGAÇÃO VOLTADA PARA O REFERIDO CRIME. COMO CONSEQUÊNCIA, PODE OCORRER DE CRIMES QUE APESAR DE JÁ SOLUCIONADOS, OU SEJA, JÁ JULGADOS E CONDENADOS COMO HOMICÍDIOS NORMAIS SE TRATAREM DE ASSASSINATO EM SÉRIE. ENTRETANTO, COMO NÃO É DE CONHECIMENTO DAS AUTORIDADES POLICIAIS, NÃO É POSSÍVEL O (RE)CONHECIMENTO DE QUE UM CRIME PODE ESTAR RELACIONADO A OUTRO.

OUTRO FATOR DIFICULTOSO NA INVESTIGAÇÃO É O FATO DO SERIAL KILLER SER UM INDIVÍDUO "NORMAL" AOS OLHOS DE TODOS E COM ISSO CONSEGUE MISTURAR-SE ENTRE OS DEMAIS CIDADÃOS, COMO DESTACA CASOY (2004, P. 36) " O ASSASSINO EM SÉRIE É UM DELINQUENTE INVISÍVEL. É EXTREMAMENTE DIFÍCIL RECONHECÊ-LO, POIS DESENVOLVE UMA PERSONALIDADE PARA CONTATO, OU SEJA, UM FINO VERNIZ DE PERSONALIDADE COMPLETAMENTE DISSOCIADO DO SEU COMPORTAMENTO VIOLENTO E CRIMINOSO".

NO BRASIL, TAL DELITO AINDA NÃO DISPÕE DE UM TRATAMENTO ESPECÍFICO EM SUAS DIVERSAS FACES ASSIM COMO NOS ESTADOS UNIDOS, ONDE ELES SÃO TRATADOS DE MANEIRA PERSPICAZ PELOS INVESTIGADORES E PELOS SERVIÇOS OFERECIDOS PELA "POLÍCIA INVESTIGATIVA". OCORRE QUE TAIS ASSASSINATOS SOLUCIONADOS NO BRASIL FORAM DESCOBERTOS QUASE QUE AO ACASO. HÁ OUTROS EM FASE DE ELUCIDAÇÃO, E OUTROS FORAM ARQUIVADOS DEVIDO À FALTA DE PREPARO DA POLÍCIA BRASILEIRA, TALVEZ PELA FALTA DE ESPECIALISTAS PARA TRABALHAREM COM O TIPO DE CRIMINOSO.

CONCLUSÃO

LONGE DE SER UM PROBLEMA TIPICAMENTE BRASILEIRO, O PSICOPATA VEM GERANDO VÁRIAS DISCUSSÕES AO REDOR DO MUNDO SOBRE COMO AGIR COM UMA PESSOA QUE É INCAPAZ DE ENTENDER O CARÁTER PUNITIVO DA PENA QUANDO LHE É APLICADA, VOLTANDO A COMETER OS MESMOS DELITOS ASSIM QUE SOLTOS. É IMPORTANTE RESSALTAR QUE A PSICOPATIA É CONSIDERADA UMA DOENÇA MENTAL, QUE AFETA DIRETAMENTE O DISCERNIMENTO DE UMA PESSOA QUANTO AOS PRÓPRIOS SENTIMENTOS, DIFICULTANDO ATÉ MESMO A COMPREENSÃO DOS SENTIMENTOS DAS OUTRAS PESSOAS, LEVANDO OS MESMOS A PENSAREM APENAS EM SI, FACILITANDO SUA ATUAÇÃO CRIMINOSA, VALE AINDA LEMBRAR DA APARENTE NECESSIDADE QUE SENTEM EM TESTAR-SE, QUE O COLOCA EM UMA INCESSANTE BUSCA POR ADRENALINA E PODER.

SENDO A PSICOPATIA UMA DOENÇA, E ANALISANDO FRIAMENTE O CÓDIGO PENAL É O PSICOPATA INIMPUTÁVEL. CONDENAR O PSICOPATA A PENAS COMUNS DE NO MÁXIMO 30 ANOS COMO É O PERMITIDO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO ATUAL, NÃO TRAZ BENEFÍCIO ALGUM À SOCIEDADE NEM FORA E NEM DENTRO DA PRISÃO. FORA EXISTEM OUTROS, AFINAL ELES SÃO MUITOS E APARENTEMENTE UMA CRESCENTE, ESTIMULADOS PELO ESTILO DE VIDA DA ATUALIDADE QUE PRIORIZA O INDIVIDUALISMO E FALTA DE EMPATIA. E DENTRO DOS PRESÍDIOS SÃO LITERALMENTE LOBOS DISFARÇADOS DE CORDEIROS, MANIPULANDO TUDO E TODOS E QUASE QUE RARAMENTE SENDO PUNIDOS POR ISSO.

PARA QUE O PSICOPATA RECEBA UMA PENA REALMENTE ADEQUADA À ELE É NECESSÁRIO AINDA MUITAS MUDANÇAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO E NO TRATAMENTO PSICOTERAPÊUTICO. DAÍ A NECESSIDADE DE IDENTIFICAR ESSAS PESSOAS DENTRO DAS CARCERÁRIAS, E APROFUNDAR UM ESTUDO QUE POSSA DESENVOLVER UM TRATAMENTO EFICAZ AOS MESMOS.

O MAIS ADEQUADO AOS PSICOPATAS SERIA UMA CONDENAÇÃO COMO A DADA NO CASO GARRY DAVID, UMA CONDENAÇÃO EM UM HOSPITAL PSIQUIÁTRICO DE ALTÍSSIMA SEGURANÇA, ONDE HOUVESSE CONDIÇÕES DE ESTUDOS CLÍNICOS, E TENTATIVAS DE TRATAMENTOS. UMA BUSCA REAL PELA REABILITAÇÃO DO CONDENADO.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANHA, NATHALIA. **A RESPOSTA DO ESTADO AOS CRIMES COMETIDOS POR PSICOPATAS.** DISPONÍVEL

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

EM:TTP://WWW.AMBITOJURIDICO.COM.BR/SITE/INDEX.PHP?N_LINK=REVISTA_ARTIGOS_LEITURA&ARTIGO_ID=5321. ACESSO DIA: 15/05/2019.

BICUDO, TATIANA VIGGIANI. **POR QUE PUNIR? TEORIA GERAL DA PENA**. 2 ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 2015.

BITTAR, EDUARDO C. B. **METODOLOGIA DA PESQUISA JURÍDICA. TEORIA E PRÁTICA DA MONOGRAFIA PARA OS CURSOS DE DIREITO**. 12 ED. SÃO PAULO: SARAIVA, SÃO PAULO, 2012.

BRASIL. DECRETO-LEI 2848/40 INSTITUI O CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. DISPONÍVEL EM: HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/DECRETO-LEI/DEL2848COMPILADO.HTM. ACESSO EM: 09.05.2019

BRASIL. (CONSTITUIÇÃO 1988**). CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.** DISPONÍVEL EM: <HTTP://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/CONSTITUICAO/CONSTITUICAO.HTM. >. ACESSO EM: 05.05.2019.

CASOY, ILANA. **SERIAL KILLER: LOUCO OU CRUEL?** 6. ED. SÃO PAULO: MADRAS, 2004.

CAPEZ, FERNANDO. **CURSO DE DIREITO PENAL. PARTE GERAL**. 19 ED. SÃO PAULO: SARAIVA, 2015. HARE, ROBERT D. SEM CONSCIÊNCIA. **O MUNDO PERTURBADOR DOS PSICOPATAS QUE VIVEM ENTRE NÓS**. PORTO ALEGRE: ARTMED, 2013.

HORTA, MAURÍCIO. **PSICOPATA S/A**. DISPONÍVEL EM: HTTP://SUPER.ABRIL.COM.BR/COMPORTAMENTO/PSICOPATAS-SA. ACESSO EM: 09 DE OUTUBRO DE 2015.

LUIZ JÚNIOR, JOSÉ. **INIMPUTABILIDADE: ANÁLISE MINUCIOSA SOBRE IMPUTABILIDADE NO UNIVERSO JURÍDICO E O EXAME DE TODAS AS MANIFESTAÇÕES DA CONDUTA DELINQÜENCIAL**. DISPONÍVEL EM: HTTP://WWW.DIREITONET.COM.BR/ARTIGOS/EXIBIR/2005/IMPUTABILIDADE. ACESSO EM 1**6.05.2019**

MARCONI, MARINA DE ANDRADE; LAKATOS, EVA MARIA. **METODOLOGIA CIENTÍFICA**. 6 ED. SÃO PAULO: ATLAS, 2011.

MIRABETE, JÚLIO FABBRINI. **MANUAL DE DIREITO PENAL**. PARTE GERAL. VOL 1. 24 ED. SÃO PAULO: ATLAS, 2007.

OLIVEIRA, MARIANA VASCONCELOS. **O TRATAMENTO DISPENSADO AO CRIMINOSO PSICOPATA PELA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA**. DISPONÍVEL EM: HTTP://JUS.COM.BR/ARTIGOS/18906/O-TRATAMENTO-DISPENSADO-AO-CRIMINOSO-PSICOPATAPELA-LEGISLACAO-PENAL-BRASILEIRA. ACESSO EM 07.06.2019.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **CADASTRO INTERNACIONAL DE DOENÇAS 10(CID 10).**. DISPONÍVEL EM: HTTP://WWW.MEDICINANET.COM.BR/CID10/F.HTM. ACESSO EM: 05/06/2019.

SILVA, ANA BEATRIZ BARBOSA SILVA. **MENTES PERIGOSAS. O PSICOPATA MORA AO LADO**, RIO DE JANEIRO: OBJETIVA, 2008.

SILVA, MÁRIO BEZERRA DA. **PSICOPATOLOGIA NO DIREITO PENAL**. DISPONÍVEL EM: HTTP://WWW.DIREITONET.COM.BR/ARTIGOS/EXIBIR/3007/PSICOPATOLOGIA-NO-DIREITO-PENAL. ACESSO EM 07.06.2019

NOTA:

[I] POSSUI GRADUAÇÃO EM PSICOLOGIA PELO CENTRO UNIVERSITÁRIO LUTERANO DE MANAUS (2001), GRADUAÇÃO EM DIREITO PELO CENTRO UNIVERSITÁRIO NILTON LINS (2002), ESPECIALIZAÇÃO EM CRIMINOLOGIA PELA UNIVERSIDADE NILTON LINS (2005) E MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS PELA UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA (2011). ATUALMENTE É INVESTIGADORA DE POLÍCIA DA POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DO AMAZONAS, PROFESSORA UNIVERSITÁRIA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ENSINO SUPERIOR DO AMAZONAS - CIESA E PSICÓLOGA VOLUNTÁRIA DA ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO AMAZONAS - CENTRO HUMANITÁRIO DE APOIO A MULHER. TEM EXPERIÊNCIA NA ÁREA DE PSICOLOGIA.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O PSICOPATA E A LEI: TRATAMENTO PENAL DO CRIMINOSO PSICOPATA NO BRASIL

FERNANDA CAVALCANTI LINS:
Graduanda em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA.

GUILHERME GUSTAVO VASQUES MOTA

(Orientador)

RESUMO: A psicopatia é uma perturbação da saúde mental do indivíduo, caracterizada como um transtorno de conduta não propriamente como um uma doença mental, mas sim uma zona fronteiriça entre a normalidade e a doença mental. O presente artigo foi realizado por meio de revisão bibliográfica analisando as convergências e divergências de diversos autores a respeito dos criminosos psicopatas, sobretudo quanto ao tratamento que a lei penal adota a respeito do tema. O objetivo deste artigo é apresentar um breve resumo a respeito da psicopatia, suas características e apontar como a lei penal brasileira trata os criminosos psicopatas.

Palavras-chave: Criminologia; Criminoso Psicopata; Psicopatia; Chico Picadinho.

ABSTRACT: Psychopathy is a disorder of the mental health of the individual, characterized as a conduct disorder not as a mental illness, but a borderline between normality and mental illness. This article was conducted through a literature review analyzing the convergences and divergences of various authors regarding the psychopathic criminals, especially regarding the treatment that the criminal law adopts on the subject. The purpose of this article is to present a brief summary about psychopathy, its characteristics and to point out how Brazilian criminal law treats psychopathic criminals.

Keywords: Criminology; Psychopathic criminal; Psychopathy; Chico Picadinho;

INTRODUÇÃO

O estudo da mente criminosa é um ponto importante para entender as razões morais e as motivações que levam o indivíduo a praticar o ato, analisando sua personalidade e a perspectiva sociocultural em que está inserido além de ser de suma importância para a aplicação da lei penal ao caso concreto.

A psicologia forense, ramo da criminologia, determinou conceitos e elencou elementos relevantes para a área da criminologia no intuito de fornecer o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

material específico para que quando necessário seja realizada uma análise apurada do delinquente. Desta forma os juízes podem fazer uma melhor avaliação quando forem absolver, fixar a pena adequada e proporcional ou então aplicar a medida de segurança ao analisar a fundo o caso do delinquente psicopata.

Neste trabalho serão analisados e interpretados os desafios que a justiça enfrenta para julgar os crimes cometidos por psicopatas, apresentado o conceito de psicopata para a psicologia forense e para o direito brasileiro, as características de um indivíduo que possua transtorno psicopático, como estes indivíduos se portam socialmente, apontando as limitações sociais que o indivíduo apresenta ao ser integrado ao contexto social.

Além de apresentar desde a questão histórica da aparição dos primeiros casos de psicopatas no direito brasileiro passando pela culpabilidade, seus elementos e teorias, assim como pela imputabilidade até chegar à recente aplicação da lei brasileira aos casos de psicopatia. Por fim será apresentado o caso do Chico picadinho e de Adélio Bispo que será comparada a aplicação da lei penal brasileira aplicada aos casos conforme a época de cada julgamento.

Tem por objetivo analisar o comportamento do criminoso psicopata que é agente frio, calculista e tem como sua própria satisfação. Ao realizar seus crimes, planeja, fantasia, prepara e executa no momento e no local escolhidos, de forma organizada, com abordagem prévia à vítima, como em ambos os casos abordados no presente trabalho (chico picadinho e Adélio Bispo).

A metodologia foi elaborada por meio de revisão bibliográfica, por meio de pesquisas em sites, análise das legislações pertinentes, analisando teorias psiquiátricas e jurídicas de forma a elucidar o tratamento jurídico que é aplicado ao psicopata na jurisdição penal brasileira.

1. PSICOPATA

O objetivo deste item é exemplificar o comportamento e características de um psicopata, usando breves pilares da psicologia e medicina psiquiátrica, para que se torne mais simples o entendimento a respeito do tema e como a lei pode ser aplicada aos que apresentam esse conjunto de condições.

1.1 psicopatologia

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Psicopatologia é o termo que se refere ao estudo dos estados mentais patológicos e a manifestação de comportamentos e experiências que indicam um estado mental ou psicológico anormal. O termo é de origem grega, psykhé, que significa alma e patologia, que traduzido literalmente seria uma doença da alma.

Em termos médicos-psiquiátricos a psicopatia não se encaixa na visão tradicional das doenças mentais, mas sim como uma perturbação da saúde mental caracterizada pelos transtornos de conduta, ou seja, o indivíduo apresenta um comportamento anormal. O transtorno de comportamento é devido "ao comprometimento de três estruturas psíquicas: a afetividade, a conação-volição (intenção mal dirigida) e a capacidade crítica, mantendo-se íntegras as outras partes mentais." (PALOMBA, 2016, p. 197). Em outras palavras é uma zona fronteiriça entre a realidade e anormalidade mental.

1.2 características de um psicopata

Os psicopatas são altamente egocêntricos e possuem apenas um objetivo: saciar suas necessidades e para alcançar possuem enorme facilidade imitar os padrões sociais, como reproduzir um sentimento ou comportamento, a fim de se camuflar no meio social e ser aceito até que possa atingir o fim especifico e por isso é bastante complexo identificar um criminoso psicopata à primeira vista, ele pode vir a reprimir seus instintos primitivos e se fazer passar por uma pessoa comum ou até mesmo simular um bom comportamento durante o cárcere para que ganhe benefícios como a redução de sua pena.

Esses indivíduos são grandes manipuladores, egocêntricos, apresentam emoção superficial, falta de empatia, falta de ansiedade, impulsividade, apresentam dificuldades para cumprir obrigações, têm envolvimento com criminalidade, entre outras características.

Possuem padrões comportamentais como o a instabilidade, indiferença com os sentimentos de outras pessoas, egoísmo, baixa ou nenhuma capacidade de autocrítica, que surgem no curso de seu desenvolvimento individual, como fruto de suas vivencias pessoais, porem esses padrões comportamentais estão sempre desalinhados com os valores éticos e morais aceitos pela sociedade.

O criminoso psicopata é diferente dos ditos comuns, pois na maioria dos crimes cometidos a característica mais marcante é a violência, além de, normalmente, inicia a vida criminosa muito cedo e é tido como um indivíduo indisciplinado no sistema prisional.

2 CULPABILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

A forma do sistema penal brasileiro de punir é orientada pela teoria da defesa social que visa proteger a sociedade isolando os focos que geradores de problemas sociais. Visando a ressocialização durante o período de afastamento dos indivíduos para que ao voltar para a sociedade se mostrem arrependidos e aptos a seguir as leis.

A definição jurídica da palavra "culpabilidade" se traduz em: violação ou inobservância de uma regra de conduta que vem a resultar em uma quebra do direito alheio. De acordo com Greco "culpabilidade é o juízo de reprovação pessoal que se realiza sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente." (Greco, 2006, P.407).

Desta forma o culpado deve ser responsável pela lesão causada a vítima, devendo reparar o dano causado, sendo penalizado pelo Estado em decorrência de sua ação comissiva ou omissiva, em virtude da conduta reprovável praticada. Ou seja, é necessário que o indivíduo infrator apresente certo nível que consciência para ser punido por sua ação. Que ele entre a opção de praticar ou não praticar o crime tenha escolhido praticar pois após um juízo de valores, enxergou mais benéfico para si, a prática do ato.

Isto posto o Direito brasileiro entende que a culpa é determinante para a aplicação da pena e por isto trata o psicopata como um doente mental pois é um ser sem o filtro da compaixão ou pena, o crime cometido foi apenas um meio para um fim (meio seria o crime e o fim a sensação de poder e satisfação ao ver sua vítima em situação delicada ou em perigo).

2.1 Elementos da culpabilidade

2.1.1 Teoria psicológica

A culpabilidade é inserida como fator subjetivo ou interno do crime, tendo em vista que é necessário realizar uma ligação entre o agente e o fato típico e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

antijurídico por ele praticado, a ser aferido através do dolo ou da culpa em sentido estrito.

É a principal teoria adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, entende por culpabilidade como o elemento importante do crime, na medida que representa o seu enfoque subjetivo, ou seja, dolo(vontade) ou culpa (comportamento descuidado). O agente ao praticar o fato típico e antijurídico, conclui que a noção de infração penal se fez presente, o dolo e a culpa vinculam o agente ao fato por ele praticado.

2.1.2 Teoria psicológica normativa

Enfatiza o conteúdo normativo da culpabilidade e não simplesmente ao aspecto psicológico, acrescenta o juízo de reprovação social ou de censura que deve ser feito com relação ao autor do fato típico e antijurídico ao ser considerado imputável (a imputabilidade passa a ser um elemento da culpabilidade e não mero pressuposto), bem como se tiver agido com dolo ou culpa , além de haver prova da exigibilidade e da possibilidade de atuação conforme as regras do Direito.

Dessa forma a culpabilidade ganhou nova forma que consiste na capacidade de responsabilização do sujeito por sua conduta através da compreensão do caráter ilícito do fato, através da faculdade mental, por meio do dolo e da culpa que moldam a vontade do agente, diante do conhecimento da norma proibitiva daquele; e da exigibilidade de conduta diversa, ou seja, se no momento da ação o Direito poderia exigir uma conduta diversa daquela produzida pelo agente.

Assim, "a culpabilidade não é apenas uma ligação entre um autor e o fato, ou entre o agente e o resultado, mas sim um juízo de valor entre um fato doloso ou culposo.

2.1.3 Teoria normativa pura

Segundo a teoria normativa pura, proveniente do finalismo, a culpabilidade é um juízo de reprovação social que incidente sobre o fato e seu autor. Devendo o agente ser imputável, ao atuar com consciência potencial de ilicitude tendo a possibilidade de e a opção de atuar de outro modo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Porem o psicopata não nutre empatia por suas vítimas, sendo assim ao praticar homicídio ou ao manipular sua vítima não possui juízo de valor para analisar se sua atitude está dentro das normas sociais, apenas o faz para saciar seu instinto primitivo. Pode até mesmo ser comparado a um vampiro que a qualquer custo vai atrás do sangue que lhe vai saciar a sua vontade mesmo que isso custe a vida de um inocente, pois os seus interesses sempre estão em primeiro lugar.

Para Nucci: "a conduta, sob a ótica do finalismo, é uma movimentação corpórea, voluntária e consciente, com uma finalidade" (NUCCI, 2006, p. 272).

A culpabilidade passou a ser compreendida como inerente ao próprio fato, mas dependente de um juízo de valor que é realizado pelo juiz, no momento da aplicação da pena, em face da conduta do agente imputável, realizada com dolo ou culpa, determinantes na produção do resultado. Esta valoração do juiz sobre a conduta é chamada de juízo de culpabilidade.

Desta forma, a culpabilidade é imprescindível ao crime pois sem a vontade do ser humano que motiva a ação criminosa o crime passa a não existir mais. Diante disto no Brasil, esta é a tese adotada pelo legislador, de que a responsabilidade penal é subjetiva, ou seja, para que um crime seja praticado o a gente deve ter vontade durante a execução.

E novo elemento passa a compor a culpabilidade: consciência da ilicitude do fato. Pois para agir em desacordo com o ordenamento jurídico o homem deve ter capacidade de entender a ação ilícita, na qual incide um juízo de valor, trazendo o dolo e a culpa para a conduta, para consequentemente avaliá-la. Daí, a doutrina dominante estabelece como elementos da culpabilidade a imputabilidade, o potencial de consciência sobre a ilicitude do fato e a exigibilidade de conduta diversa.

3 IMPUTABILIDADE

É o conjunto das condições pessoais, como a inteligência e vontade que permite ao agente ter entendimento do caráter ilícito do fato, comportando-se dentro dos padrões exigidos para que a sua má conduta não venha a ser punida. A boa conduta não é premiada, mas a má conduta é punida para que não volte a ocorrer.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Consiste em conferir ao agente de forma consciente a responsabilidade do ato por ele praticado. E para que haja a culpabilidade, é necessário um grau mínimo de conhecimento da realidade do agente no que tange à ilicitude da conduta, critério conhecido como capacidade psíquica do ser humano ou imputabilidade.

A consciência da ilicitude do fato é imprescindível para estabelecer ou não a culpabilidade, já que o agente deve ou poderia ter conhecimento de que seu comportamento contradiz as normas jurídicas. O ordenamento adotou como suficiente para tanto a idade que o agente apresenta no momento do crime, igual ou superior a 18 anos e sua relação social.

O conhecimento da ilicitude do fato não se trata de algo técnico e fundamentado, mas sim da breve noção do homem com senso mediano, que convive em uma sociedade, basta que saiba que se trata de um ato antissocial. Da mesma forma espera-se do agente que haja a exigibilidade de conduta diversa por parte do autor no momento da ocasião da infração. Pois o individuo poderia ter agido de forma diferente. Ocorre que em alguns momentos essa exigibilidade de conduta diversa pode ser suprimida através de aspectos externos durante a conduta do agente, denominando-se causas de exclusão da culpabilidade, previstas na lei como a coação moral irresistível, a obediência hierárquica ou devida e o estado de necessidade exculpante.

3.1 A imputabilidade penal e suas exclusões

Imputabilidade penal é a capacidade que o agente tem de ser responsabilizado criminalmente pelos seus atos, uma vez que o homem possui a vontade (livre-arbítrio) como direção para suas condutas. Para o Direito resta saber se, no momento do crime, o sujeito tinha plenas condições de entender o caráter ilícito do fato para que possa ser apontado como autor do crime e consequentemente ser submetido ao juízo de valor da culpabilidade.

Ausente esta circunstância, capacidade de ser responsabilizado por sua conduta, o agente é inimputável. Para NUCCI (2006, p. 276) a imputabilidade é o "conjunto das condições pessoais, envolvendo inteligência e vontade, que permite

o agente ter conhecimento do caráter ilícito do fato, comportando-se de acordo com esse conhecimento."

Portanto o imputável é o agente que tem noção que está praticando uma conduta criminosa e continua a agir, podendo incidir as sanções penais que a legislação atribui, bem como passível de análise de reprovabilidade de conduta.

Isto posto, destaca-se que a legislação brasileira prevê causas de inimputabilidade para os indivíduos que não dispõem de capacidade psíquica, como os portadores de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (art. 26, CP), os menores de 18 anos (art. 27, CP) e a embriaguez completa e involuntária (§ 1º, art. 28, CP).

Para constatar a inimputabilidade, primeiramente surgiu o critério biológico, no qual bastava que o agente comprovasse através de perícia médica-legal ser portador de doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado para ser inimputável, sem que fosse investigado o nexo causal da anomalia com o crime, tornando-se assim um critério falho. Logo em seguida, surgiu o critério psicológico, porém também limitado, já que bastava a demonstração de que o agente não tinha capacidade de entender e de querer, sob o plano estritamente psicológico, para que fosse admitida a culpabilidade.

A legislação brasileira então optou por recepcionar o critério biopsicológico, presente no art. 26 do Código Penal brasileiro, que une as duas teorias, ou seja, para o agente inimputável é aquele que no momento do crime tinha afastadas as capacidades de entendimento e determinação.

3.1.1. imputabilidade em razão da doença mental e a semi – imputabilidade causas e critérios legais

Como a legislação adota o critério biopsicológico, o caput do art. 26 do CP estabeleceu que haverá exclusão da culpabilidade em decorrência de doença mental ou desenvolvimento mental retardado quando forem atingidos três requisitos, um causal, um cronológico e um consequencial.

Dessa forma é preciso que seja demonstrado que o agente possuía a doença mental ou o desenvolvimento mental incompleto ao tempo do crime e ainda que a doença retire do mesmo a inteira capacidade de entender o caráter ilícito do fato

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ou de comportar-se de acordo com esse entendimento. E o agente o sujeito do crime é absolvido e submetido à medida de segurança,

Deste modo a doença mental ou o desenvolvimento mental de forma isolada no momento do crime não remove a imputabilidade do agente, pois deve ser observado o aspecto de entendimento da ilicitude na ocasião do fato, tendo em vista que há complexidade ao realizar o diagnostico psiquiátrico, pois pessoas com o mesmo diagnostico podem apresentar diferentes graus de comprometimento mental.

Isto posto é possível notar que o legislador trata no art. 26 do CP de forma vaga a doença mental, a qual, para fins de inimputabilidade, pode ser transitória ou crônica. Ainda estão inseridas as doenças mentais orgânicas, toxicológicas e funcionais, nas quais a expressão "doença mental" deve ser tida em sentido amplo, compreendendo as enfermidades que eliminam totalmente a capacidade de compreensão ou de querer.

Ressalta-se que a doença mental será sempre atestada por meio de pericia medica, estando presente a necessidade de estabelecer o nexo causal entre a debilidade e o fato, avaliando o juízo crítico do agente no momento da pratica do ato, assim como a vontade, intenção e o livre-arbítrio que são essenciais para fins de imputabilidade. Vez que o juízo de valor do indivíduo acerca do caráter ilícito de seu ato define sua capacidade de responsabilização do ato.

A perícia realizada na ocasião do procedimento judicial, irá analisar se há comprometimento da consciência ou do aspecto intelectual do indivíduo na ocasião do delito, com a finalidade de elucidar se a vontade do agente estava ou não comprometida. Visto que os casos patológicos são capazes de comprometer significativamente a qualidade da consciência do agente e tratam-se dos estados psicóticos agudos, as oligofrenias (deficiência ou retardo mental), os chamados estados crepusculares, as intoxicações por substâncias com efeito no Sistema Nervoso Central (álcool, cocaína, metais pesados) e os comprometimentos orgânicos cerebrais, como por exemplo, as demências. As vontades ou ações voluntarias somente são exercidas quando há a possibilidade de escolha e reflexão.

4 **SEMI-IMPUTABILIDADE**

Diploma legal ainda apresenta outra forma de averiguação da imputabilidade, presente no parágrafo único do art. 26 do CP, semi-imputável, que prevê a redução de pena ao agente que apresenta perturbação da saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não sendo inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de comportar-se de acordo com esse entendimento.

Semelhante a inimputabilidade no tocante da precisão da existência de anomalia psíquica, em ambas há dano a capacidade de autodeterminação do indivíduo. Porém, na semi-imputabilidade a capacidade do agente apenas está diminuída e existe uma sentença condenatória, porém com a pena obrigatoriamente reduzida (direito público subjetivo do réu) e, se for o caso, com a sujeição do agente a tratamento especial curativo.

Importante ressaltar que para que o agente seja considerado semi-imputável é necessário que a diminuição da capacidade de autodeterminação seja oriunda de uma perturbação da saúde mental.

5 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA APLICADA AOS CASOS DE PSICOPATIA

Como visto até então o indivíduo para ser considerado psicopata pela lei deve possuir laudos produzidos por peritos da área médica que comprovem a sua condição para que o juiz aplique a sanção adequada ao caso conforme o grau de periculosidade do agente.

A sanção que será aplicada dependerá do seu grau de entendimento do agente perante os efeitos ato praticado e responsabilizará o individuo de acordo com a sua compreensão acerca da conduta praticada.

Visto que a pena será determinada de acordo com o entendimento do agente, observando se ao tempo da ação o agente foi inteiramente ou parcialmente incapaz de entender o caráter ilícito do fato de acordo com o art. 26 do Código Penal Brasileiro.

A psicopatia declarada pela perícia técnica significa dizer que o psicopata entende o que é crime pois possui capacidade cognitiva preservada, mas não tem controle sob seus estímulos à prática criminosa em razão disso capacidade do autor

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de optar pelo controle dos impulsos no momento do fato é reduzida cabendo então a aplicação da semi-imputabilidade.

5.1 Medidas de segurança

A finalidade da medida de segurança é aplicada aos doentes mentais que pratiquem fatos típicos e ilícitos, como objetivo de garantir que o imputável ou semi-imputavel não volte a delinquir.

O sistema penal brasileiro adota o sistema vicariante, proíbe que a pena seja aplicada cumulativamente a medida de segurança, por isso aos inimputáveis aplica-se a medida de segurança e aos semi-imputáveis a pena ou a medida de segurança.

Desta forma, no caso do agente inimputável, a periculosidade é presumida, ou seja, se o laudo atestar a perturbação mental, a medida de segurança será imposta obrigatoriamente. Já na semi-imputabilidade, a periculosidade é real, depende de constatação do juiz, ou seja, mesmo que o laudo ateste a falta de saúde mental, dependerá de investigação para avaliar se seria o caso de aplicar a pena ou a medida de segurança.

As medidas de segurança podem ser detentivas e restritivas, sendo que a internação equivale ao regime fechado da pena privativa de liberdade, inserindo o sentenciado no hospital de custodia e o tratamento ambulatorial que corresponde a pena restritiva de direitos, obrigando o sentenciado a comparecer periodicamente ao médico para acompanhamento.

Onde a detentiva, ocorre em regime aberto ou semi-aberto, salvo em necessidade de transferência ao regime fechado, ou seja é a internação do agente em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico sendo obrigatória quando a pena for de reclusão, ocorre na fase de averiguação, por tempo indeterminado até que seja avaliada ou definida a cessação da periculosidade do agente, a cessação pode averiguada após um prazo mínimo variável entre um e três anos podendo a averiguação ocorrer a qualquer tempo mesmo antes de terminado o prazo mínimo caso o juiz da execução tenha determinado. Com desinternação condicional, podendo ser convertida caso antes do período de um ano o agente pratique fato que abone a sua periculosidade. O agente deve ser recolhido em estabelecimento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

com características hospitalares, onde será submetido a tratamento e caso não haja vagas ou o estabelecimento esteja inacessível o agente deverá ser internado em estabelecimento comum ou particular, não podendo ser mantido em cadeia pública, visto que caso fosse colocado em cadeia pública.

Já a restritiva deve ser cumprida em regime fechado, ocorre quando a pena é de detenção durante a fase de constatação e o prazo para a constatação da perícia médica ocorre após o decurso do prazo mínimo que varia de 1 a 3 anos. Com desinternação condicional, podendo ser convertida no caso de antes do período de um ano o agente tenha praticado fato que abone a sua periculosidade.

Acerca da conversão da pena em medida de segurança, é possível caso haja perturbação da saúde mental do condenado, de acordo com o artigo 183 da LEP, sendo o juiz autorizado, de ofício ou a requerimento do Ministério Público ou de autoridade administrativa, a converter a pena privativa de liberdade em medida de segurança, ocorrendo, enquanto o agente for considerado perigoso, somente, durante o prazo do cumprimento da pena, de acordo com perícia médica, não devendo ultrapassar o tempo de duração do restante da pena. Encerrando-se o cumprimento da pena, havendo necessidade de tratamento, o condenado deverá ser encaminhado ao juízo cível, para que ocorra a interdição, conforme o artigo 682, parágrafo 2º, do CPP.

5.2 Sanção penal

Não havendo declaração técnica do perito comprovando a psicopatia do indivíduo, o agente responde como imputável, permanecendo em presídios comuns. Desta forma comprometendo sua integridade, pois com seus atos pode ter gerado ódio à população, e colocando em risco a própria população carcerária pois não estará tendo o tratamento adequado para que deixe de praticar crimes e estará em um ambiente cheio de possíveis novas vítimas que se encontram em posição vulnerável em razão do encarceramento.

Como no caso de Francisco da Costa Rocha, o Chico Picadinho, considerado um preso comum e condenado a quase 20 anos de reclusão, por assassinar e esquartejar uma mulher, em 1966. Cumpriu 1/3 da pena, o equivalente há 10 anos e foi posto em liberdade e 10 anos depois cometeu outro crime

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

semelhante. Caso tivesse tido o tratamento e identificação da condição psicopática a tempo não houvesse ocorrido a reincidência, como será analisado a fundo no próximo tópico.

6 CASO "CHICO PICADINHO"

Francisco Costa Rocha, nasceu em 27/04/1942, em agosto de 1966, Francisco foi preso por asfixiar, esquartejar e se desfazer dos restos mortais do corpo de Margareth Suida, bailarina austríaca, com 38 anos de idade.

Nos autos do processo, as primeiras falas de Francisco indicavam que a motivação do crime fora a semelhança da vítima com sua mãe.

Francisco foi condenado a 18 anos de reclusão por homicídio qualificado, somados a mais 2 anos e 6 meses pela destruição do cadáver. Posteriormente, teve a pena reduzida para 14 anos e 4 meses de reclusão. Durante o período de cárcere, estudou, trabalhou diretamente com a diretoria da cadeia e, contraiu matrimonio e em 1974, oito anos após o crime, obteve a liberdade.

No parecer realizado pelo Instituto de Biotipologia Criminal não foi apontado o diagnóstico de personalidade psicopática.

Dez anos depois, em 1976, Francisco cometeu o segundo crime nos mesmos moldes do primeiro. Conheceu a vítima, a estrangulou e esquartejou, o corpo da vítima foi colocado em sacos plásticos e malas. Francisco tentou fugir, mas foi encontrado pela polícia, que logo desvendou o crime.

Durante o segundo julgamento, a defesa alegou que o motivo do crime não seria torpe, enfatizando que Francisco sofria de transtorno psicóticos e foi submetido a exames periciais que constataram que o examinado seria semi-imputável, por se tratar de portador de personalidade psicopática de tipo complexo.

Prosseguindo a condenação do segundo crime, o Conselho de Sentença condenou Francisco, por quatro votos a três, há 22 anos e 6 meses de reclusão.

Em 1994, Francisco foi submetido a exame psiquiátrico detalhado, que constatou um incidente de insanidade mental que resultou na remoção do agente para a Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté, para que recebesse o tratamento médico direcionado a patologia. O Ministério Público, por sua vez, pediu a decretação de internação em estabelecimento psiquiátrico de regime fechado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em 07 de junho de 1998 mesmo após a extinção da punibilidade e com alvará de soltura concedido nos autos do pedido de interdição formulado pelo MP, que foi julgado procedente em 14 de dezembro de 1998, decretando-se a interdição de Francisco Rocha. A defesa pleiteou a liberdade, em razão do cumprimento total da pena, mas o STF, no julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 82.924-4/SP, negou provimento, por unanimidade de votos.

O tribunal de Justiça de São Paulo, entendeu que a interdição do doente mental com gravíssima patologia não se iguala à prisão perpétua, vez que não visa punir a prática da infração, mas sim privar o autor, com grave distúrbio comportamental, do convívio social. Os magistrados entenderam que haveria comprovação da personalidade dissocial do interditando, bem como grave histórico de violência, mantendo a internação.

7 CASO ADÉLIO BISPO DE OLIVEIRA

Adélio Bispo de Oliveira nascido em Montes Claros no dia 6 de maio de 1978, autor da tentativa de homicídio do então presidente da república, foi preso em flagrante pela Polícia Federal no dia 6 de setembro de 2018, e transferido dois dias depois de Juiz de Fora, onde ocorreu o crime, para o presídio de Mato Grosso do Sul, por esfaquear o então presidente da república. Em depoimento afirmou ter cometido o crime "a mando de Deus" e respondia a um processo por lesão corporal, que teria ocorrido em 2013.

Em maio de 2019 o juiz da 3º Vara da Justiça Federal da comarca de Juiz de Fora – MG, concluiu que Adélio possui transtorno delirante persistente, de acordo com os laudos psiquiátricos, tornando-o inimputável.

Não houve recurso da decisão e por isso o juiz converteu a prisão preventiva em internação por tempo indeterminado. O transtorno delirante persistente é uma doença na qual a pessoa não se reconhece doente, por isso o tratamento ocorre de forma involuntária, com base na Lei 10.216/2001 que autoriza cuidados psiquiátricos sem que haja o consentimento da pessoa, mediante determinação judicial.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em sentença o juiz estabeleceu que após três anos deve ser realizada uma nova perícia médica para avaliar avalie as condições psíquicas de Adélio para verificar se há necessidade da permanência da internação.

CONCLUSÃO

Ao comparar os casos narrados anteriormente, deve ser levado em consideração que as patologias apresentadas são diferentes visto que Adélio, portador de transtorno delirante persistente e Francisco, diagnosticado com personalidade psicopática de tipo complexo.

Porém em ambos os casos a Lei penal Brasileira aplica as mesmas sanções, em razão disso caso a psicopatia grave de Francisco, houvesse sido constatada durante o primeiro julgamento e o sentenciado tivesse recebido o tratamento adequado as suas condições mentais ao invés de ter sido tratado como um criminoso comum, as chances de o infrator psicopata ter sido colocado em liberdade e voltado a cometer o mesmo delito seriam relativamente menores.

Como ocorreu no caso de Adélio, onde a lei cumpriu o seu papel, oferecendo ao agente um tratamento focado e pessoal, importando-se com a saúde mental do preso, para que a insanidade seja ao mínimo observada e estudada, entendendo o criminoso e suas necessidades.

No caso de Francisco o tratamento adequado ocorreu quando o agente realizou o segundo assassinato idêntico ao primeiro e foi diagnosticado só então foi removido para a Casa de Custódia e Tratamento de Taubaté. A pedido do MP que solicitou que o sentenciado fosse internado no Hospital Psiquiátrico em regime fechado, após 30 anos, limite máximo para responder a um crime no Brasil, não recebeu a liberdade e visto que não estava devidamente curado foi interditado civilmente e seguiu com o tratamento psiquiátrico.

Medida aplicada corretamente visto que a medida de segurança tem o propósito curativo e terapêutico, desta forma, enquanto o agente não for devidamente curado ou deixar de oferecer riscos a sociedade, deve permanecer em tratamento até que deixe de oferecer riscos sociais.

Isto posto deve ser relembrado que na primeira condenação de Francisco, na qual foi condenado a 14 anos e 4 meses de reclusão que cumpriu em presidio

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

comum pois até então não foi apontado o diagnóstico de personalidade psicopática pelo instituto de Biotipologia Criminal.

Desta forma como característica do transtorno psicopático Francisco conseguiu facilmente se camuflar ao sistema e realizar os feitos necessários para que fosse visto como um preso com comportamento exemplar e receber os benefícios de diminuição de sua pena e apenas 8 anos após sua condenação foi posto em liberdade e voltou a delinquir.

Ante o exposto ressalta-se a importância de fornecer o tratamento adequado aos criminosos psicopatas desde o inicio do processo, da identificação eficaz e da apresentação do criminoso ao tratamento que será eficaz para que não haja reincidência e proporcione maior segurança a sociedade. Visto que não são todos os psicopatas que são criminosos, mas os criminosos psicopatas, que cometem crimes bárbaros e ferem a segurança social devem ser contidos e tratadas a medida de seu descontrole até que sejam inofensivos a sociedade.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

FOUCAULT, Michel. **História da loucura na idade clássica** (*Historie de La Folie à l' Áge Classique*). Coleção Estudos. Dirigida por J. Guinsburg. 3 ª. ed. Estudos 61. São Paulo: Perspectiva, 1993.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de Direito Penal:** parte geral, parte especial. 2 ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** ed.12. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

MORANA, Hilda C P. **Tese de doutorado** Identificação do ponto de corte para a escala PCL-R (Psychopathy Checklist Revised) em população forense brasileira : caracterização de dois subtipos da personalidade; transtorno global e parcial. São Paulo. 2003. Disponível em:<http://www.hildamorana.med.br/tese-de-doutorado.html> Acesso em: 03 agosto. 2019.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. **Mentes perigosas: O psicopata mora ao lado**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Principium, 2014.

PALOMBA, Guido Arturo. **Perícia na psiquiatria forense**. 1 ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1: parte geral (art. 1º a 120).** 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

JESUS, Damásio de. **Direito penal, volume 1: parte geral**. 32ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2011.

LYRA, Roberto. **Criminologia.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

MIRABETE, Julio Fabbrini & FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BARROS, Flavio Augusto Monteiro de. Direito Penal, volume 1**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.**

MORANA, Hilda C P. STONE, Michael H. Abdalla-filho, Elias. **Transtornos de personalidade, psicopatia e serial killers.** (Personality disorders, psychopathy and serial killers). Revista Brasileira de Psiquiatria. 2006; 28 (Supl II):S74-9. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rbp/v28s2/04.pdf . Acesso em: 04 de agosto 2019.

Canal ciências criminais. **Chico picadinho o que o seu caso demonstra**. Jus Brasil: 2011, disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/361632221/chico-picadinho-o-que-seu-caso-demonstra> Acesso em: 04 de agosto de 2019.

Significado de Culpabilidade. Dicionário do Aurélio Online, 2019. Disponível em: <https://dicionariodoaurelio.com/culpabilidade>. Acesso em: 12 de Aug. de 2019.

DINIZ, Laura. Psicopatas no divã. Entrevista concedida por Robert Hare. **VEJA Edição 2106 1º de abril de 2009 – Laura Diniz.** Disponível em: <http://www.psicologoroberte.com.br/psicopatas-no-diva/>. Acesso em: 30 de Set. de 2019

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O SISTEMA BACENJUD NAS EXECUÇÕES TRABALHISTAS, EM DESFAVOR DO EMPREGADOR DOMÉSTICO

GEORGIA BARBOSA DA CUNHA:
Graduanda em Direto.

ESTRELLA, MARCELO DE VARGAS
(Orientador)

RESUMO: O presente artigo se propõe a um estudo sobre o Sistema BACENJUD e sua eficácia enquanto ferramenta de penhora nos processos trabalhistas e o desfavor do empregador doméstico nas execuções trabalhistas. Sendo o objetivo geral fazer uma análise da nova lei dos empregados domésticos, bem como analisar os possíveis efeitos perante a sociedade e o judiciário. Para tanto foi realizada pesquisa bibliográfica no acervo da literatura pertinente, com uma abordagem exploratória do tema. O trabalho foi dividido em três capítulos, onde são abordados conceitos, execução trabalhista, sua jurisprudência e por fim a efetividade do sistema e o desfavor do empregador doméstico. A metodologia utilizada e conteúdo abordado agregam ao trabalho importância acadêmica e fomentam a discussão do tema em seus aspectos jurisprudenciais.

Palavras-chave: Empregador Doméstico.Sistema Bacenjud. Justiça do Trabalho.

ABSTRACT: *This paper proposes a study on the BACENJUD System and its effectiveness as a tool for attachment in labor lawsuits and the unfavorability of the domestic employer in labor executions. The general objective being to analyze the new law of domestic workers, as well as to analyze the possible effects on society and the judiciary. To this end, a bibliographic search was performed in the relevant literature collection, with an exploratory approach to the subject. The work was divided into three chapters, which dealt with concepts, labor execution, its jurisprudence and finally the effectiveness of the system and the disadvantage of the domestic employer. The methodology used and the content approached add academic importance to the work and encourage the discussion of the theme in its jurisprudential aspects.*

Keywords*: Domestic Employer. Bacenjud system.work justice*

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. A PENHORA NA JUSTIÇA DO TRABALHO. 1.1 Penhora Online e o Sistema BACENJUD. 1.2 Diferença entre Bloqueio judicial e Penhora. 1.3

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Penhora On-line. 1.4 Lei Complementar 150/2015. 1.4.1 Conceito de empregado doméstico. 2. EXECUÇÃO TRABALHISTA. 2.1 Das sentenças e fases. 2.2 Da Credibilidade DAS Execuções Trabalhistas. 3. DA EFETIVIDADE DO SISTEMA BACEJUD. 3.1 Execuções Trabalhistas em desfavor do Empregador. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Adotado em 2002 pela Justiça do Trabalho, por meio de convênio entre o Tribunal Superior do Trabalho e o Banco Central, o "Bacen-Jud" nasceu com a finalidade de tornar mais rápida a execução dos débitos trabalhistas. Esta garantia de efetividade das decisões é fundamental nesta Especializada, pois seus créditos têm natureza alimentar, ou seja, de vital importância para o sustento do credor, bem como, de sua família.

Pelo sistema, os diversos órgãos do Poder Judiciário, em convênio com o Banco Central, encaminham ofícios eletrônicos aos Bancos para a localização e bloqueio de contas-correntes e aplicações dos devedores, sejam eles pessoas físicas ou jurídicas. Os valores bloqueados são, posteriormente, convertidos em penhora para garantir os créditos devidos no processo.

A "penhora on-line"é compreendida como a determinação judicial para o bloqueio de contas bancárias via sistema "Bacen-Jud", não pode interferir nas regras de procedimento do processo de execução e a ele deve se subsumir integralmente. As adaptações da versão 2.0 do sistema "Bacen-Jud", deram maior agilidade ao processo de desbloqueio de contas bancárias, em caso de penhora excessiva, evitando a possibilidade de prejuízos ao devedor e afastando a principal crítica da versão 1.0.

A "penhora on-line" é um instrumento que não pode ser desprezado e decorre do inegável avanço tecnológico que traz maior rapidez ao processo executório, desestimula às medidas protelatórias na execução, aumenta o prestígio e confiabilidade das decisões judiciais, além do que moderniza a burocracia judiciária.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O sistema do "Bacen-Jud", é um procedimento, que no mundo jurídico tem ligação direta com a efetividade das execuções trabalhistas. É um instrumento em que a modernidade e os avanços tecnológicos podem nos proporcionar, eficaz para o cumprimento das decisões proferidas pelos órgãos jurisdicionais trabalhistas, trazendo com isso mais credibilidade e agilidade nas decisões judiciais.

Porém tem trazido alguns desconfortos ao empregador doméstico, nas execuções trabalhistas, principalmente com relação à indenização nos casos de demissão sem justa causa, onde o empregador doméstico deverá desembolsar 40% do valor já depositado no FGTS, porém o recolhimento deverá ser feito mensalmente ao longo da vigência de todo o contrato de trabalho, diferentemente do que ocorrem nas demais relações de emprego, onde a referida multa é recolhida apenas quando há a rescisão contratual, entre outros que será mencionado no decorrer do estudo. (SANTOS, 2018, p.1).

1 A PENHORA NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Em sentido lato, penhora é a individualização de bens do executado e sua constrição, que tem por objetivo satisfazer o crédito do exequente, sendo, portanto, o meio pelo qual se realiza a expropriação judicial física dos bens do executado, que ocorre nas execuções por quantia certa contra devedor solvente, quer seja de título extrajudicial, quer seja em cumprimento de sentença, no processo sincrético, nos casos de a obrigação ser representada por título judicial.

Para Santos (2009, p. 118):

> A penhora, em princípio, consiste na apreensão, pelo juízo, de bens que vão responder pela execução, mas ela só se considera efetivamente feita, quando se tratar de coisa, com o depósito (art. 664). Isto equivale a dizer que penhora sem depósito é ato incompleto, ainda sem os efeitos específicos que dela decorrem.

Compreende-se que a penhora é a individualização de bens do executado e um meio pelo qual se realiza a expropriação judicial física dos bens do executado.

1.1 Penhora On-line e o Sistema BACENJUD

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O poder judiciário está utilizando um sistema de penhora de ativos financeiros por meio do Banco Central que se chama BACENJUD, que nos dias de hoje recebe ordem de bloqueio com efeito de vinte e quatro horas, o que antes era de modo instantâneo, ou seja, bloqueava o saldo disponível do indivíduo no mesmo momento do cumprimento da determinação. Sabe-se ainda que por meio do BACENJUD, se for a nome de pessoa jurídica, se torna ainda mais eficiente esse bloqueio porque recai sobre os primeiro oito dígitos do CNPJ, perfazendo um bloquei tanto da matriz, como das filiais. (CAMPOS, 2017, p.1).

A penhora on-line propriamente, nas palavras de Bueno (2014, p. 255):

> Nada mais é do que a possibilidade de o magistrado, devidamente cadastrando perante o Banco Central do Brasil – que é obrigatório de acordo com o art. 2º da Resolução n. 61/2008 do CNJ, que disciplina o procedimento de cadastramento de conta única para efeito de constrição de valores em dinheiro por intermédio do Convênio BACENJUD e dá outras providências, ter acesso a informações que, por serem sigilosas, não seriam de seu conhecimento se não expressamente autorizada.

Tais informações dizem respeito à Resolução Nº 61 de 07/10/2008, DO Conselho Nacional de Justiça, que disciplina o procedimento de cadastramento de conta única para efeito de constrição de valores em dinheiro por intermédio do Convênio BACENJUD. (BRASIL, 2008, p.1)

A penhora online em sentido estrito, não se trata de penhora segundo Puchta (2010, p.39) que diz que se trata de:

> Bloqueio de bens efetuados eletronicamente, ou seja, pré-penhora, sua indisponibilidade para posterior penhora, salutar procedimento prévio para efetiva constrição. Concluindo, assim, que o bloqueio eletrônico é a essência da penhora on-line, mas também é necessária a lavratura do auto.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O que se busca com a penhora on-line são uma maior agilidade e efetividade da tutela jurisdicional, a fim de evitar a possível ocorrência de prática fraudulenta por parte do devedor, o qual, tendo conhecimento da tramitação do processo que busca a satisfação dos haveres de seu credor, poderia praticar atos visando frustrar o sucesso do processo.

A penhora online surgiu a partir de uma observação pelo Banco Central do Brasil, de uma excessiva demanda de ofícios recebidos de magistrados, oriundos dos diversos Tribunais, não são só estaduais, mas também federais. Desta forma viu-se à necessidade de criação de um mecanismo a fim de instituir um sistema eletrônico que não só facilitaria para ambos os órgãos, quais sejam, Banco Central e Tribunais, como também atenderia a um dos preceitos constitucionais disposto no artigo 37, da Constituição Federal, qual seja, a eficiência dos serviços públicos (SILVA JUNIOR, 2014, p.1).

Assim, visando aprimorar a efetividade da penhora e sua eficiência, no ano de 2001, por meio do Comunicado BACEN nº 8.422, o Banco Central do Brasil criou a versão BACENJUD 1.0, que permitia que os magistrados requisitassem informações diretamente aos bancos, de forma eletrônica, cujas informações, todavia, eram prestadas ao Poder Judiciária, por meio de ofícios, em papel, salientando que a Justiça do Trabalho foi pioneira na utilização dessa ferramenta. (BCB, 2001, p.1).

Em 2005 foi desenvolvida uma nova versão do BACENJUD, qual seja, a versão 2.0. Essa ferramenta expandiu as funcionalidades do sistema BACENJUD, possibilitando o bloqueio de valores, o desbloqueio, a transferência para a conta de depósito judicial e o controle pelo magistrado das respostas emitidas pelas instituições financeiras ao Banco Central.

O instituto da penhora on-line ganhou corpo no cenário jurídico de tal maneira, que o legislador, por meio da Lei nº 11.382/2006, acrescentou ao Código de Processo Civil o artigo 655-A, que dispõe acerca do caráter preferencial de a penhora ser realizada por meio eletrônico. E no novo CPC podem ser verificados a partir dos Art. 837 ao art. 844.

1.2 Diferença entre Bloqueio Judicial e Penhora.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A diferença entre os institutos do bloqueio e da penhora on-line nas execuções trabalhistas não é somente conceitual, mas também na prática, conforme se verá mais adiante, sem pretender exaurir o tema.

O legislador, diante da morosidade na prestação jurisdicional, em conjunto com os embaraços criados pelo devedor para a quitação do débito trabalhista e o rigor dos procedimentos executivos, vem buscando inovações, mecanismos e ferramentas processuais para uma ordem jurídica justa e célere.

Com o avanço processual, notadamente no processo civil e trabalhista, tornou-se possível se bloquear e penhorar as contas nos bancos dos devedores através da penhora on-line, através do sistema BACENJUD, que é um convênio firmado entre o Banco Central do Brasil e o Tribunal Superior do Trabalho.

Segundo Saraiva (2016, p. 595):

> Sem dúvida, a penhora online possibilitou ao juiz da execução o cumprimento dos seus julgados com maior agilidade e efetividade, atuando a evolução tecnológica a serviço da Justiça e dos jurisdicionados, em especial ao trabalhador hipossuficiente, vindo a minorar a detestável demora na execução do julgado.

O bloqueio on-line é o procedimento por meio do qual os magistrados, e exclusivamente eles, determinam o bloqueio imediato dos ativos do executado, tornando indisponíveis os créditos na conta bancária do devedor até o limite suficiente para garantir a execução, o que se faz através de uma solicitação eletrônica. Equivocadamente é chamado de penhora on-line, o que configura uma atecnia, já que bloqueio é o ato de "congelar aquele montante", ao passo que "penhora" é o ato de "expropriar" (MARTINS, 2011, p.42).

Para que se viabilize o bloqueio, é feita uma espécie de "varredura" nas contas do devedor, e esta busca pode ser através do CPF (Cadastro de Pessoas Físicas), em e tratando de pessoas físicas; ou através do CNPJ (Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas), em se tratando de pessoas jurídicas.

Vale registrar que o bloqueio não torna indisponível a conta como um todo, mas tão somente o valor suficiente para garantir a execução. Desse modo, o

bloqueio não impede que o executado movimente o saldo residual. Na prática, o bloqueio on-line é uma fase que antecede a penhora, quando realizada por meio eletrônico, através do sistema BACEN-JUD, tornando indisponíveis os créditos nas contas bancárias do devedor até que o valor nelas contido alcance o valor da execução trabalhista.

Já a penhora se refere à sujeição de bens do devedor, tornando-os disponíveis ao juiz, o que não há no bloqueio on-line, já que neste a indisponibilidade atinge somente o executado. A penhora ocorre em momento diverso, quando o magistrado determina que aquele valor anteriormente bloqueado seja transferido para uma conta judicial, passando assim a ficar disponível ao órgão judicial.

No bloqueio o valor permanece na mesma conta do executado, entretanto, o valor bloqueado fica "imobilizado", não podendo ser utilizado, ao passo que na penhora online há a efetiva expropriação do bem do devedor, que é retirado da sua esfera patrimonial e transferido para conta judicial.

Dessa forma, não há como tratar de penhora online, mas, sim, de bloqueio online como antecessor à penhora. A partir da confirmação no sistema online do BACENJUD em relação ao valor devido, o Juiz prolata uma decisão determinando a transferência para uma conta judicial à disposição do Juízo que solicitou da ordem. Concluída esta etapa, profere-se uma decisão convolando o bloqueio online em penhora, ou seja, o valor que estava "imobilizado" é convertido em pagamento do débito, ou pelo menos parte dele e dá prosseguimento às etapas processuais subsequentes (PINTO, 2003, p.23).

Há que se concluir que os dois institutos, embora caminhem lado a lado, não se confundem, seja por que o bloqueio online sempre antecede a penhora, seja por que o bloqueio tem o condão de imobilizar/congelar o montante e a penhora de expropriar o bem.

1.3 Penhora On-line.

O novo CPC não foi capaz de corrigir algumas falhas do sistema de penhora online, mas avançou em certos aspectos,visto que o processo de execução, como vários institutos, sofreu algumas modificações com o advento do novo CPC. Dando

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

continuidade à análise do processo de execução, aborda-se, então, a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira. (TIBURCIO, 2017, p.1)

A penhora on-line consiste em ordem expedida pelo juiz, por meio de sistema eletrônico gerido pelo Banco Central, às instituições financeiras para que estas tornem indisponíveis ativos financeiros existentes em nome do executado, até o valor indicado na execução. Apesar desta última ressalva, é comum que a ordem seja expedida a todas as instituições financeiras, até por não se conhecer a agência e conta em que o executado possui recursos. Resultado é o bloqueio de valor superior ao da execução. O antigo CPC não tratava do problema.

O novo CPC procura resolver a questão, exigindo que o juiz determine de ofício o cancelamento de eventual indisponibilidade excessiva em 24 horas a contar da resposta recebida. Igual prazo deve ser observado pela instituição no cumprimento do cancelamento. (SALOMÃO, 2015, p.5).

O artigo 845 inovou ao dispor que a ordem de penhora online será efetuada onde se encontrem os bens, ainda que sob a posse, a detenção ou a guarda de terceiros. Neste ponto a nova regra parece correta. Tanto porque a ciência prévia da penhora ao executado esvaziaria seus efeitos, quanto porque foi especificado que o ato do qual não se deve dar ciência prévia é a ordem de penhora online – e não a própria execução. O § 2º diz: Se o executado não tiver bens no foro do processo, não sendo possível a realização da penhora nos termos do § 1º, a execução será feita por carta, penhorando-se, avaliando-se e alienando-se os bens no foro da situação.Pode parecer absurdo, mas alguns juízes têm determinado a penhora online antes mesmo da citação do executado. (SALOMÃO, 2015, p.5).

Tornados indisponíveis os ativos financeiros, o executado será intimado e terá prazo de cinco dias para comprovar que as quantias indisponibilidades são impenhoráveis, ou que ainda remanesce indisponibilidade excessiva. Acolhida qualquer dessas alegações, o juiz determinará o cancelamento de eventual indisponibilidade irregular ou excessiva. As instituições financeiras terão, novamente, 24 horas para cumprir a determinação, entretanto o novo CPC não estabeleceu qualquer prazo para que o juiz aprecie as alegações do executado e determine o desbloqueio.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Rejeitada ou não apresentada qualquer alegação do executado, a indisponibilidade será convertida em penhora, determinando-se à instituição financeira que transfira o montante penhorado para conta à disposição do juízo. Finalmente, o artigo 854 do novo CPC atribuiu (apenas) à instituição financeira a responsabilidade por prejuízos causados ao executado em decorrência de bloqueio de ativos em valor superior ao indicado na execução ou pelo juiz (pergunta-se: a instituição financeira estaria obrigada a consultar os autos da execução?), ou ainda em razão do não cumprimento em 24 horas de eventual ordem de desbloqueio. (ABELHA, 2016, p.1).

1.4 Lei Complementar 150/2015

A Lei Complementar 150, de 1º/06/2015 entrou em vigor na data de sua publicação e dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico e regulamenta o emprego doméstico e os novos direitos aprovados pela Proposta de Emenda Constitucional 72, também conhecida como PEC das Domésticas. A referida Lei altera leis (Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991 eLei no 8.213, de 24 de julho de 1991), e dá outras providências (art. 36 e 37)E fez inovação em um aspecto, garantindo completamente a satisfação dos créditos trabalhistas, em fase da execução. Inclusive Borges Neto (2015, p.1) comenta sobre o art. 3º da lei 8009/90, que assim diz:

> Art. 3º. A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:
> I - em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias; (Revogado pela LC 150/2015). (BRASIL, 1990, p.1).

A LC 150, no seu art. 46 anulou explicitamente o inciso I, do art. 3º, da lei 8.009/90, conhecida como "Lei do Bem de Família." o que vem trazendo debates no Congresso Nacional. (BORGES NETO, 2015, p.1).

A partir da vigência da LC 150/2015, em face da revogação do dispositivo em apreço, o imóvel habitado pelo devedor, ou sua família, torna-se absolutamente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

impenhorável por dívidas oriundas de créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias.

Com efeito, desde 1º/06/2015, é assegurado ao empregador doméstico devedor, executado em execução trabalhista, opor a objeção de impenhorabilidade (agora) absoluta do bem de família legal, com relação a ditos créditos, haja vista que, por definição e incorporação da extensão dada pelos tribunais, bem de família é, na lição de Azevedo (1984, p.76); é

> Um meio de garantir-se um asilo à família, tornando-se o imóvel, onde a mesma se instala domicílio impenhorável e uma porção de bens definidos que a lei ampara e resguarda em benefício da família e da permanência do lar, estabelecendo a seu respeito à impenhorabilidade limitada.

Ressalvados os casos de concorrência de penhora e/ou existência de créditos privilegiados (arts. 612 e 613, 957 e seguintes do CPC/2002), infere-se que a revogação do inciso I do art. 3º da lei 8.009/90, não mais permitirá que o empregado doméstico, em sede de execução trabalhista, ingresse no patrimônio do empregador devedor para promover a excussão do único bem imóvel.

Neste cenário, fragiliza-se o efeito prático a execução trabalhista. Surge, assim, o conflito entre o princípio da máxima utilidade da execução e o do menor sacrifício do executado. Agora, com a subtração do bem imóvel familiar à execução trabalhista, os empregados domésticos terão ainda maiores dificuldades para cobrar seus créditos. Em especial, se antes o percurso para a satisfação do crédito trabalhista inadimplido era longo e tormentoso, por vários motivos, incluindo a ausência de bens penhoráveis do devedor, de ora em diante se tornará ainda mais atribulado.

Logo, se, por um lado, a norma trouxe um alívio para o empregador devedor não mais viver sob a iminência de ter seu imóvel penhorado e levado à hasta pública de outra banda foi demasiadamente alargado o rol de bens absolutamente impenhoráveis, situação que, de certo, causará enormes dificuldades aos trabalhadores para conseguirem, judicialmente, a satisfação de seus créditos (MADALENO, 2008).

Desta forma, ou justiça laboral passará a acatar a impenhorabilidade do bem de família legal, revertendo a sua sólida e histórica jurisprudência, ou tentará enquadrar, ainda que forçosamente, o crédito trabalhista, dada sua natureza alimentar, na hipótese, por exemplo, do § 2o, do art. 649 do CPC (que fala em "penhora sobre créditos para pagamento de pensão alimentar"), o que, de toda forma, não afeta o bem imóvel do devedor e, certamente, atrairá acesos debates nos tribunais.

1.4.1 Conceito de empregado doméstico.

A Lei Complementar 150, que definiu empregado doméstico como: "aquele que presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana, aplica-se o disposto nesta Lei."

Considere que para ser um empregado doméstico, a pessoa além de preencher os requisitos mencionados, deverá exercer suas atividades mais de dois dias na semana para o mesmo empregador e ser maior de dezoito anos. Como exemplos são:vigias de casa, jardineiros, motorista particular, também são considerados empregados domésticos, além daqueles que fazem limpeza, faxina e cozinheiros, cuidadores de crianças e ou idosos. (SILVA, 2017, pp.17-20).

2. EXECUÇÃO TRABALHISTA

2.1 Sentenças e fases

Para uma melhor analise do convênio firmado entre o Banco Central do Brasil e o Tribunal Superior do Trabalho, mais conhecido como "Bacenjud", necessário se faz tecermos alguns considerações sobre a execução trabalhista.

A fase de execução inicia-se após o trânsito em julgado da sentença condenatória, das sentenças das quais não tenha havido recurso com efeito suspensivo, dos acordos, quando não cumpridos, dos termos de ajuste de conduta firmados perante o Ministério Público do Trabalho, dos termos de conciliação firmados perante as Comissões de Conciliação Prévia, das custas processuais, das despesas processuais e as multas.

Cabe aqui ressaltar a questão dos acordos extrajudiciais homologados como explicita Dubugras (2018, p.1):

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Contudo, para que o instituto da conciliação extrajudicial, como forma adequada à solução de alguns tipos de conflito não seja prejudicado pelo seu mau uso e abuso, ou venha a ser refutado por receios, medos e preconceitos generalizados, há necessidade de se estabelecer requisitos, limites e procedimentos padronizados que visem à seriedade e a segurança na utilização do mesmo.

A liquidação de sentença tem lugar, quando a sentença que põe fim ao processo é ilíquida, artigo 879 da CLT. Dizemos que uma sentença é líquida, quando determina no seu dispositivo o "quantum debeatur" da obrigação, permitindo com isso, sua imediata execução e ilíquida aquela em que sabe qual a condenação, mas não o montante nem o objeto que será individualizado.

Nesta fase, a sentença não pode ser alterada, nem devem ser incluídas verbas não mencionadas na condenação, em respeito à coisa julgada, conforme dispõe o § 1º do artigo 879 da CLT. A liquidação será realizada através de cálculo do contador, quando não houver necessidade de promover operações matemáticas de elevado grau de complexidade, tais como a simples atualização da moeda, a contagem de juros, etc.

O magistrado poderá abrir prazo sucessivo de dez dias para impugnação fundamentada, com a indicação dos itens e valores objeto da discordância. Outra forma de liquidação será através de artigos de liquidação, que irá ocorrer quando para determinar o valor da condenação, precisar de alegações e prova de fato novo (Pessoa, 2005).

Por último, temos a liquidação por arbitramento, que é o procedimento hábil para a apuração do valor do direito quando a natureza do objeto exigir, quando determinada pela sentença, ou quando convencionada pelas partes. Tanto a segunda quanto a terceira são obrigatórias, já a primeira não.

O ideal é que todas as sentenças sejam líquidas, o que traria como conseqüência uma economia processual e a tão requerida celeridade na prestação jurisdicional. A "penhora online" está inserida na fase de constrição, somente podendo ser realizada após a expedição judicial de mandado de citação e penhora

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

para que o devedor pague a dívida trabalhista em quarenta e oito horas, ou garanta a execução sob pena de penhora, conforme dispõe o artigo 880 da CLT.

A finalidade da penhora no processo, é que o bem não seja subtraído da execução, sendo irrelevante que permaneça no patrimônio do devedor, pois qualquer alienação feita pelo executado a terceiro, após a penhora, torna-se ineficaz pelo fato do bem já estar vinculado ao processo e, portanto, sujeito ao poder sancionatório do Estado (DINAMARCO, 2009).

Estando o bem penhorado, é preciso sua alienação, para conversão em pecúnia do valor devido ao exeqüente. Sendo o bem adquirido por terceiro, que deposita o valor arbitrado, após ocorrer a praça, há arrematação. Entretanto, quando o próprio exeqüente prefere receber os bens como forma de pagamento de seu crédito ocorre a adjudicação. Já a remição ocorrerá quando o executado, visando impedir a alienação dos bens penhorados, deposita o valor da condenação, em numerário.

Portanto, o princípio básico que norteia o processo de execução é do Devido Processo Legal insculpido na Constituição Federal. Assim, a "penhora online" para que seja utilizada como instrumento processual adequado para minimizar os problemas existentes na fase de execução, o juiz deve observar sempre as regras e os princípios que norteiam o processo como um todo.

2.2 Credibilidade das Execuções Trabalhistas.

A execução das sentenças trabalhistas transitadas em julgado constitui um dos maiores problemas da nossa Justiça do Trabalho. Isto se deve ao fato de que em muitas das execuções dos julgados, o Juiz não consegue penhorar bens do devedor/executado, principalmente porque este se utiliza de artifícios para deixar de cumprir as obrigações trabalhistas.

Para Theodoro Júnior (2006) a não satisfação dos créditos trabalhistas reconhecidos judicialmente,

> É péssimo para a imagem da Justiça do Trabalho, importando com isso em prejuízos diretos não apenas aos credores, mas à toda classe de advogados que militam nesta especializada e também, sobretudo, ao próprio erário público, que deixa de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

arrecadar os impostos e as contribuições previdenciárias incidentes sobre essas dívidas.

É justamente visando resgatar a credibilidade de nossa Justiça, que levou o Tribunal Superior do Trabalho a firmar este convênio com o Banco Central do Brasil, sempre em busca da efetividade e da celeridade em cumprir a prestação jurisdicional. Apesar de ainda ser uma evolução desconhecida para alguns operadores do direito, informamos com base em dados estatísticos anexos, fornecidos pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelo Banco Central, que o sistema "Bacenjud" vem sendo aplicado de forma crescente em nossa Especializada. Observar-se ainda, nos dados apresentados pelo TST, que houve uma grande aceitação por parte dos Tribunais Regionais quanto ao sistema de "penhora online".

Ao magistrado, de acordo com o que dispõe o art. 765 da CLT, cabe velar pelo andamento rápido das causas, autorizando as diligências essenciais e necessárias, bem como rejeitando aqueles inúteis e prejudiciais, capaz de procrastinar o fim do resultado de tal processo, qual seja, asatisfação dos créditos do exeqüente com a entrega da prestação jurisdicional (LENZI, 2007).

Diante disso, toda e qualquer medida tomada pelo Juíz, que torne a entrega da prestação jurisdicional mais célere, desde que não traga prejuízo às partes, será tido como válido em nosso ordenamento jurídico.

3 DA EFETIVIDADE DO SISTEMA BACENJUD

A atual versão do Bacenjud possibilita ao juiz: emitir ordens judiciais de bloqueio e desbloqueio; solicitar informações bancárias, saldos, extratos e endereços de pessoas físicas e jurídicas clientes do Sistema Financeiro Nacional, de forma instantânea. (REINALDO FILHO, 2012, p.1).

Assim como existe a possibilidade de respostas das instituições financeiras que são incluídas automaticamente no sistema, para consulta pelo Juiz. O Juiz poderá realizar, no próprio site do Bacenjud, a transferência de valores bloqueados para contas judiciais. Outra possibilidade é que o sistema permite maior agilidade para o desbloqueio (total ou parcial) de contas, o que ameniza os efeitos de um eventual bloqueio maior do que o valor da dívida executada. E finalmente essa nova versão Bacenjud facilitará o juiz acessar o sistema, que agora conta com um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

cadastro atualizado de todas as Varas e Juízos cadastrados. (REINALDO FILHO, 2012, p.1).

Entretanto, ainda não é possível aniquilar totalmente a possibilidade de o bloqueio atingir várias contas, superando o valor da dívida executada. A ordem para que se efetive o bloqueio é repassada automaticamente a todas as instituições bancárias integrantes do Sistema Financeiro Nacional. Logo, se o executado tiver mais de uma conta, ainda que em bancos diferentes, com saldo disponível, o bloqueio poderá sobrepor o valor da execução.

Isso ocorre porque o valor repassado a cada banco é único e, por ser feito de forma automática, a mesma informação é repassada a todos os integrantes do sistema; assim, se em um banco já houve o bloqueio, o outro não terá acesso a esta informação, pois eles não têm informações sobre a situação do correntista em outras instituições bancárias.

A garantia do sigilo bancário conferida ao cliente impede que os bancos troquem informações entre si, daí se explica a possibilidade da ocorrência dos excessos no cumprimento de ordens judiciais de bloqueio (REINALDO FILHO, 2010).

A Justiça do Trabalho está sempre buscando formas de viabilizar e agilizar as execuções trabalhistas (BARROSO,TRT/MG, 2016, p.1)e o Banco Central, em seu sítio, informa que o sistema continua em constante aperfeiçoamento e que seus técnicos estariam desenvolvendo um software que permitirá ao sistema eletrônico do Banco Central realizar o bloqueio do valor exato da execução, depois de recebida a determinação do juiz. O próprio sistema do Bacenjud comunicará o bloqueio à agência onde o devedor tem conta, observandose o valor da execução.

Desta forma, se a penhora for feita em mais de uma conta e em valor que exceda ao da condenação, a correção deverá ser feita no prazo máximo de 01 (um) dia. Resta, portanto, aguardar que haja a implementação de novas ferramentas no Sistema, capazes de sanar os atuais problemas operacionais, que de certa forma prejudicam em demasia o devedor, principalmente quando há excesso de bloqueio em suas contas. Eliminado este problema, o Sistema ganhará em prestígio, pois como ferramenta essencial no auxílio pela efetividade no processo de execução sua utilização somará cada vez mais adeptos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

"Esse sistema tem apresentado um ponto falho", segundo Barroso (2016, p.1) e complementa explicando: "por ser um sistema muito conhecido, tem sido burlado por alguns devedores: se o dinheiro entra na conta na parte da manhã, é logo sacado até o final do dia.

3.1 Desfavor do Empregador Doméstico.

A execução trabalhista é uma fase do processo, imposta ao empregador doméstico, do que foi determinado pela justiça, garantindo os pagamentosdos empregados domésticos. É uma fase que tem início quando é comprovada a condenação, ou ainda por acordo não cumprido na fase de conhecimento, em que se discutiu ou não a existência de direitos. (TRT, 2019, p.1)

Já como foi visto na Lei Complementar 150/2015, os direitos dos trabalhadores domésticos estão garantidos, porém vem trazendo desfavor para sociedade de modo geral, isto é, a lei está trazendo impactos negativos, pois as contratações dos domésticos vêm ocasionando despesas ao empregador doméstico, inda mais diante o momento atual do país, crises financeiras. (SOUZA, 2015, p.1).

Hoje se vê a equiparação dos direitos de empregados domésticos com os outros trabalhadores, o que na verdade é um desfavor ao empregador doméstico, que tem a obrigatoriedade de gastar bem mais pelos serviços contratados, gastos esses que serão somados, ao pagamento de aluguel, mensalidade das escolas dos filhos, contas de água, luz, telefone e outros. Tudo isso, em um país de terceiro mundo, com renda per capta média de R$ 1.113,00, segundo dados do IBGE, faz com que muitos brasileiros repensem se ainda é possível ter alguém para cuidar das tarefas domésticas de suas residências. (ALENCAR, 2016, p.1).

O desfavor é grande para o empregador doméstico, de forma a modificar o panorama da relação entre empregado-empregador, que desde o período colonial vêm se mantendo, o que é considerada uma quebra de paradigma. Uma desses desfavorecimento é a ação trabalhista de má-fé, ou seja, quando a testemunha dá um depoimento falso. E pode ser caracterizado como ação trabalhista de má-fé, todas que estiverem enquadradas no Artigo 793-B, da Reforma Trabalhista. (BRASIL, 1943, p.1).

Apenas para nota ao empregador doméstico, que tem o dever de recolher eletronicamente por meio de um documento único de arrecadação:

> de oito a onze por cento de Contribuição Previdenciária, a cargo do segurado empregado doméstico;
> ·oito por cento de Contribuição Patronal Previdenciária (CPP) para a Seguridade Social, a cargo do empregador doméstico;
> ·oito décimos por cento de Contribuição Social para financiamento do seguro contra acidentes do trabalho;
> ·oito por cento de recolhimento para o FGTS;
> ·três inteiros e dois décimos por cento, também a título de FGTS (multa); e
> ·imposto sobre a renda retido na fonte, se incidente. (CAIRO JÙNIOR, 2015, p.1)

O empregador doméstico tem outra obrigação mensal que é de fornecer ao seu empregado uma cópia dos recolhimentos mencionados acima.

Ainda tem, que desfavoreça o Empregador Domésticos vários itens apontados por Mothé (2019, p.1) a seguir\;

> 1) as ordens de penhora são expedidas em valores superiores aos devidos pelos executados; 2) que existe demora no desbloqueio dos valores retidos indevidamente; 3) que a penhora on-line fere o sigilo bancário; 4) que o convênio só teria validade jurídica se tivesse sido estabelecido por meio de lei ordinária, já que a Constituição Federal reserva competência exclusiva à União, para legislar sobre direito processual e do trabalho; e que 5) o TST teria usurpado competência do Legislativo ao definir por meio de provimento que o sistema da penhora on-line deve ser utilizado com prioridade sobre outras modalidades de constrição.

As execuções trabalhistas em convênio com o BACENJUD realmente tem trazido alguns desfavorecimentos aos Empregadores Domésticos, devido a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

execução não ter um equilíbrio entre o direito do devedor se defender e o direito do empregado doméstico em receber, assim como, por exemplo, rege a Constituição Federal em seu art 5º, inciso X, porque:

> A penhora on-line ofenderia a dignidade do devedor, na medida em que exporia a sua intimidade e vida privada, sem prévio aviso, com a divulgação de seus dados cadastrais e das suas contas-correntes, noticiando os respectivos valores, violando, assim, os dispositivos constitucionais da intimidade e da vida privada. (MOTHÉ, 2019, p.1)

Outra forma de desfavor ao Empregador está em quando é feito o bloqueio, pela execução no Bacenjud, na conta corrente, visto que no artigo n.º 620 do Código Processo Civil – CPC/73a execução deve se dar da forma menos gravosa para o empregador, pois esse tipo de medida é considerada severa e pode causar danos de difícil reparação para o mesmo, assim como o valor bloqueado na conta corrente poderia pertencer a terceiros, trazendo ao Empregador doméstico um outro transtorno.(MOTHÉ, 2019, p.1)

CONCLUSÃO

BACENJUD e penhora on-line é tema exaustivamente tratado na doutrina pátria e jurisprudência brasileira, tendo aqueles que são contra o instituto, defendendo a ideia de que afronta preceitos legais e direitos fundamentais garantidos pela Carta Magna, pelo Código do Processo Civil, posicionamento que, conforme pesquisa realizada no decorrer do trabalho não é predominante, haja vista que se notoutambém a existênciado posicionamento majoritário, que é no sentido de não haver afronta a legislação civil ou constitucional em vigor no Brasil, mas sim uma evolução processual com o fito de dar maior aplicabilidade à tutela jurisdicional.

Estudou-se a Lei complementar 150/2015 que é uma das bases desse estudo, onde foi possível cumprir o objetivo geral desse estudo que foi fazer uma análise da nova lei dos empregados domésticos, bem como analisar os possíveis efeitos perante a sociedade e o judiciário. Quando se viu a necessidade de tecer

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

algumas considerações sobre a execução trabalhista para esquadrinhar o convênioentre o BCB e o TST, mais conhecido como BACENJUD.

Conclui-se que a penhora on-line, assim entendida a determinação judicial para o bloqueio de contas bancárias via sistema BACENJUD,é uma eficaz, importante e ágil ferramenta que trouxe avanço no cenário processual civil, entregando ao jurisdicionado uma maior celeridade processual e garantia de eficiência, haja vista que nos moldes antigos, por muitas vezes o credor tinha frustrado o seu direito, diante da lentidão da tramitação processual, o que possibilitava ao devedor dilapidar ou desaparecer com seus bens, visando assim não adimplir um débito, o que permitia o seu enriquecimento ilícito em detrimento do patrimônio de outrem.

Mas também se conclui que esse sistema BACENJUD nas execuções trabalhistas pede trazer desfavorecimentos ao Empregador Doméstico, como: a ação trabalhista de má-fé, bem como a ofensa à dignidade do empregador e ainda a execução de forma gravosa. Até casos em que, o valor existente na conta corrente e eventualmente bloqueado não pertenceria ao executado, mas a terceiros.

Para que todas essas situações desfavoráveis não aconteçam, ficam as seguintes sugestões: Empregador doméstico assine a carteira de trabalho de seu empregado, mantendo suas obrigações como empregador e ainda faça um contrato especificando as obrigações do empregado doméstico, evitando assim, possíveis ações trabalhistas. Mantenha um controle de cartão de ponto. Estas ações ajudarão cumprir a Lei complementar 150/2015

Assim sendo e finalizando a ideia proposta nesse estudo, fica a proposta de uma sequência posterior, com pesquisas mais aprofundadas com relação ao desfavor para o Empregador Doméstico.

REFERÊNCIAS

ABELHA, M. **Penhora eletrônica de ativos financeiros no NCPC e Defesa do Executado.** (2016). Disponível em <http://genjuridico.com.br/2016/04/19/penhora-eletronica-de-ativos-financeiros-no-ncpc-e-defesa-do-executado/> Acesso em 09.09.19, 14:05h.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ALENCAR, L. **Considerações acerca da Lei Complementar nº 150/2015. A importância de regulamentar o trabalho doméstico no Brasil.**Disponível em <https://alencarluan.jusbrasil.com.br/artigos/413235521/consideracoes-acerca-da-lei-complementar-n-150-2015> Acesso em 09.09.19, 20:18h.

AZEVEDO, Á. **Villaça. Bem de família**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1984.

BCB. Banco Central do Brasil. **Comunicado n° 8.422 de 8/5/2001.**Disponível em <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/exibenormativo?tipo=Comunicado&numero=8422> Acesso em 09.09.19, 11:15h.

BARROSO, M.V. do TRT/MG. **Ferramentas utilizadas pela justiça do trabalho na efetividade da execução trabalhista**. (2016). Disponível em <http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/Efetividade-execucao-trabalhista.htm> Acesso em 09.09.19, 18:29h.

BORGES NETO, A.L. **Lei Complementar 150/2015 revoga o inciso i, do art. 3º da Lei 8.009/90 (bem de família legal).** (2015).Disponível em <https://jus.com.br/artigos/40480/lei-complementar-150-2015-revoga-o-inciso-i-do-art-3-da-lei-8-009-90-bem-de-familia-legal > Acesso em 09.09.19, 21:55h.

BRASIL, CLT - DECRETO LEI Nº 5.452 DE 01 DE MAIO DE 1943.**Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.**Art. 793B Consolidação das Leis do Trabalho.Disponível em <https://jus.com.br/artigos/40480/lei-complementar-150-2015-revoga-o-inciso-i-do-art-3-da-lei-8-009-90-bem-de-familia-legal> Acesso em 10.09.19, 08:25h.

_____, LEI Nº 8.009, DE 29 DE MARÇO DE 1990.**Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família.**Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8009.htm> Acesso em 09.09.19, 21:15h.

_____, 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 09.09.19, 17:11h

_____, LEI COMPLEMENTAR Nº 150, DE 1º DE JUNHO DE 2015. **Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico; altera as Leis no 8.212, de 24 de julho de 1991, no 8.213, de 24 de julho de 1991, e no 11.196, de 21 de novembro de 2005; revoga o inciso I do art. 3o da Lei no 8.009, de 29 de março de 1990, o art. 36**

da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, a Lei no 5.859, de 11 de dezembro de 1972, e o inciso VII do art. 12 da Lei no 9.250, de 26 de dezembro 1995; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp150.htm> Acesso em 09.09.19, 10:45h.

_____, 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 09.09.19, 10:45h.

_____, CNJ, Conselho Nacional de Justiça. RESOLUÇÃO Nº 61 DE 07/10/2008. **Disciplina o procedimento de cadastramento de conta única para efeito de constrição de valores em dinheiro por intermédio do Convênio BACENJUD e dá outras providências.** (2008). Disponível em <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=126> Acesso em 09.09.19, 10:45h.

BUENO, C. S. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil.7.ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAIRO JÚNIOR, J. **Comentários à nova lei do doméstico**. Disponível em <http://www.regrastrabalhistas.com.br/artigos/48-empregado/3825-comentarios-ao-projeto-de-lei-dos-domesticos#ixzz5zFGda7by> Acesso em 10.10.2019. 15, 18h.

CAMPOS, D.D. **Mudanças no sistema de penhora online – BACENJUD.** (2017).Disponível em <https://jus.com.br/artigos/62979/mudancas-no-sistema-de-penhora-online-bacenjud> Acesso em 10.10.2019. 16:13h.

DINAMARCO, C. R. **Instituições de Direito Processual**. São Paulo: Malheiros, 2009.

DUBUGRAS, R. **Formas Extrajudiciais de solução de conflitos trabalhistas - homologação de acordos extrajudiciais.** Disponível em <http://www.csjt.jus.br/web/csjt/conciliacao-artigos/-/asset_publisher/K9ip/content/formas-extrajudiciais-de-solucao-de-conflitos-trabalhistas-homologacao-de-acordos-extrajudiciais?inheritRedirect=false> Acesso em 09.09.19, 13:59h.

LENZI, C. A. S. **O processo de execução no C.P.C.** Florianópolis: Conceito, 2007.

MADALENO, R. **Curso de direito de família**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MARTINS, S. P. **Direito do Trabalho**. 27ª ed. – São Paulo: Atlas, 2011.

PESSOA, V.O **BACENJUD e o princípio da razoabilidade**. São Paulo: Ed. LTr, 2005.

MOTHÉ, C.B. **A penhora "on-line" na Justiça do Trabalho.** Disponível em <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI12823,51045-A+penhora+on+line+na+Justica+do+Trabalho> Acesso em 10.09.19, 15:38h.

PINTO, A. P. **Penhora eletrônica**. São Paulo: Sindeprestem, 2003.

PUCHTA, A. C. **Penhora de dinheiro on-line.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

RE-TRT, Revista Eletrônica. **Execução Trabalhista.** (2012). 8ª Ed. TRTPR. Disponível em <https://juslaboris.tst.jus.br › bitstream › handle › 2012_rev_trt09_v01_n008> Acesso em 09.09.19, 19:37h.

REINALDO FILHO, D. **A utilização do Bacen-Jud para constrição judicial de contas bancárias e sua legalidade**. Jus Navigandi, Teresina. 2010.

_____, D. **A "Penhora on-line" - A utilização do sistema Bacen-Jud para constrição de contas bancárias e sua legalidade.** (2012). Disponível em <https://egov.ufsc.br/portal/conteudo/penhora-line-utiliza%C3%A7%C3%A3o-do-sistema-bacen-jud-para-constri%C3%A7%C3%A3o-de-contas-banc%C3%A1rias-e-sua-lega> Acesso em 09.09.19, 16:33h.

SANTOS, E. F. dos. Manual de Direito Processual Civil: Execução e Processo Cautelar. Vol. 2. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTOS, L.M.G.M. dos. **FGTS - Fundo de Garantia - Revisão de Expurgos Inflacionários.** (2018). Disponível em <https://luanmesan.jusbrasil.com.br/artigos/535699276/fgts-fundo-de-garantia-revisao-de-expurgos-inflacionarios?ref=serp> Acesso em 01.10.19, 10:19h.

SALOMÃO, L. **A penhora online no novo Código de Processo Civil.** Disponível em <http://www.levysalomao.com.br/publicacoes/Boletim/a-penhora-online-no-novo-codigo-de-processo-civil> Acesso em 09.09.19, 13:59h.

SARAIVA, R. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 12ª ed. Bahia: JusPodivm, 2016.

SILVA, D.F. da.**Trabalho doméstico: as implicações da nova lei daEmpregada doméstica sobre o sentido, significado e qualidade de vida no trabalho.** (2017).Disponível em

<https://www.locus.ufv.br/bitstream/handle/123456789/11832/texto%20completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em 12.09.19, 13:19h.

SILVA JÚNIOR, L.F. **A efetividade da penhora online na Justiça do Trabalho.** (2014). Disponível em <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8725/A-efetividade-da-penhora-online-na-Justica-do-Trabalho> Acesso em 09.09.19, 13:59h.

THEODORO JÚNIOR, H. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

TIBURCIO, F.C. **A indisponibilidade de ativos: visão de efetividade ao art. 854 do CPC.** Disponível em <https://jus.com.br/artigos/56944/a-indisponibilidade-de-ativos-visao-de-efetividade-ao-art-854-do-cpc> Acesso em 09.09.19, 13:50h.

TRT, 17ª Região. **Execução trabalhista.** (2019).Disponível em <http://www.trtes.jus.br/principal/atividade-judiciaria/execucao-trabalhista> Acesso em 09.09.19, 13:50h.

www.conteudojuridico.com.br

IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR PRÁTICA DE PROPAGANDA ELEITORAL IRREGULAR

JOSYNEIVA ALVES DE ALENCAR:
Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA

LELAND BARROSO DE SOUZA
(Orientador)

RESUMO: Esse é um estudo voltado para a área de direiro eleitoral, que buscou analisar a improbidade administrativa por prática de propaganda eleitoral irregular. Uma vez que a propaganda eleitoral irregular é considerada aquela que a legislação eleitoral constituiu limites, interdita, restringe, sem caracterizá-la como crime eleitoral, ou seja, está sempre sujeita a pena que corresponde à violação da lei, de natureza administrativo-eleitoral. E ao memo tempo a Improbidade administrativa que é o ato ilegal ou contrário aos princípios básicos da Administração Pública no Brasil, cometido por agente público, durante o exercício de função pública ou decorrente desta. Diante disto será analisado o cabimento da interposição de ação eleitoral tendo como causa de pedir a cassação do registro ou do diploma, com fundamento em improbidade administrativa por propaganda eleitoral irregular, que será realizada por meio do método dedutivo, em pesquisas bibliográficas. Assim, a possibilidade levantada é plausível, sendo que a prática em comento, é passível de ação, que pode levar a cassação do mandato político.

Palavras-chave: Propaganda eleitoral irregular. Improbidade administrativa. Cassação de Mandato.

ABSTRACT: This is a study focused on the area of electoral law, which sought to analyze the administrative misconduct for practicing irregular electoral propaganda. Since irregular electoral propaganda is considered to be the one that the electoral legislation constituted limits, prohibits, restricts, without characterizing it as an electoral crime, that is, it is always subject to penalty that corresponds to the violation of the law, of an administrative-electoral nature. At the same time, administrative misconduct, which is an illegal act or contrary to the basic principles of public administration in Brazil, committed by a public agent during the exercise of public function or arising from it. In view of this, it will be analyzed the

appropriateness of the filing of an electoral action in order to request the cancellation of the registration or the diploma, based on administrative misconduct for irregular electoral propaganda, which will be carried out through the deductive method, in bibliographic research. Thus, the possibility raised is plausible, and the practice under discussion is actionable, which may lead to the withdrawal of the political mandate.

Keywords: Irregular political propaganda. Administrative misconduct. Registration Cassation.

INTRODUÇÃO

A propaganda eleitoral é, por acaso, tanto como o ato de consagrar o voto, uma importante ferramenta democrática. Sem este dispositivo, pouco sentido há no processo eleitoral, considerando-se que a soberania manifesta popular unicamente poderá ser cumprida em sua totalidade quando consentida a máxima informação, a altercação de ideias, a criação e a exposição de propostas, a exposição de candidatos e, por que não, a crítica aos sujeitos do processo eleitoral

O presente trabalho versa sobre a improbidade administrativa por prática de propaganda eleitoral irregular. A propaganda eleitoral é uma comunicação entre os partidos políticos e ou candidatos para os eleitores, porém quando essa sai dos parâmetros exigidos por lei é chamada de propaganda eleitoral irregular.

É do conhecimento geral que existem excessos de abuso de poder executados por candidatos para alterar o padrão característico dos resultados verídicos das eleições, assim como uso impróprio, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício próprio ou de partido político. Sucintamente gerou a dúvida, se é cabível a interposição de ação eleitoral tendo como causa de pedir a cassação do registro ou do diploma, com fundamento em improbidade administrativa por propaganda eleitoral irregular?

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

E por proposição se admite, independentemente do fato de ser verdadeira ou falsa, a ofensa praticada na propaganda eleitoral, que desvirtua a finalidade da propaganda, e desperdiça verba pública, além de ofender princípios como da honestidade, imparcialidade e lealdade às instituições, sendo cabível a ação com fundamento na improbidade administrativa.

As contribuições teóricas que a pesquisa vai trazer são significativas, uma vez que será possível encontrar a resposta para a problemática apresentada, levando em consideração a hipótese, principalmente no que tange ao desperdício das verbas públicas, bem como alguns princípios do Direito e ainda conhecer que tipo de ação é cabível no caso da improbidade administrativa.

Assim sendo o trabalho se desenvolverá mediante a exposição de conceitos em torno da propaganda eleitoral e sua irregularidade, o funcionamento do financiamento de campanha e a ação de improbidade administrativa por prática de propaganda eleitoral irregular.

1. PROPAGANDA ELEITORAL

Objetivando o início de uma descrição sobre a propaganda eleitoral, se faz necessário sua inserção no contexto de expressão pública, que segundo Coneglian (2012, p. 44) por seu entendimento, as propagandas eleitorais, institucionais e políticas seriam gênero da propaganda pública. Por conseguinte, a categorização adotada acaba por distinguir a propaganda eleitoral de outras formas de expressão públicas, o que se considera cogente para esclarecer a compreensão da presente análise.

É importante se conhecer os conceitos e finalidade da propagada eleitoral para entender quando ela se torna irregular.

A mensagem, cuja criação é realizada pelos candidatos e ou partidos políticos e conduzida aos eleitores é conhecida como propaganda eleitoral e tem por intenção motivar as pessoas a votar em si. “O teor de uma propaganda eleitoral consiste de vários assuntos de interesse das agremiações partidárias, que são transmitidos aos eleitores de modo a convencê- los de que a mensagem apresentada é a mais coesa e interessante”. (SANTIAGO, 2019, p.1).

A propaganda político-eleitoral constitui uma essência presa no que só existe ou venha do Estado democrático de direito. E o TSE (2008, p.25) completa:

> A verdadeira observância à pluralidade de opiniões políticas e à legitimidade de um governo representativo pressupõe o enriquecimento do debate eleitoral e a participação consciente dos cidadãos, o que se conquista também mediante propaganda política, que fará, por sua vez, com que o eleitor tenha acesso às ideologias e propostas do candidato.

O candidato para se tornar conhecido fica na dependência da propaganda eleitoral e, por consequência, para conquistar votos; assim, as capacidades eleitorais: ativa e passiva dependem da propagada política para serem plenamente exercidas e os estudos sobre o assunto são importantes para se entender o funcionamento das democracias na atualidade. (TSE, 2008, p.25).

Outro modo de definir a propaganda eleitoral é caracterizar a mensagem como a utilização de meios impessoais de comunicação, o que muitos conceituam como mídia de massa, compreendida pela população como esforço intencional e oneroso, identificada seu emissor que é o candidato ou o partido político. (TORRES, 2011, p.19).

A propaganda eleitoral é uma das formas da publicidade política, que "leva ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura, mesmo que apenas postulada, a ação política que se pretende desenvolver ou razões que induzam a concluir que o beneficiário é o mais apto ao exercício da função pública. " (FREITAS, 2011, p.10).

De acordo com as características podem ser a propaganda política: partidária, não partidária para políticos, não partidária informal e Freitas, (2011, p.11) explica: A Propaganda Política Partidária é aquela que trabalha em favor de conquistar a simpatia do povo para o partido. A propaganda não partidária para políticos trata-se de uma reunião organizada para discutir a recuperação de algo. E a propaganda não partidária informal é aquela realizada por não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

políticos, como por exemplo, um jornal que propõe uma discussão sobre o que o povo (leitor) espera do governo. (FREITAS, 2011, p.11).

A propaganda eleitoral é procedente da Lei 9.504/97, que estabelece normas para as eleições e que foi alterada pela Lei 9.840/99, que altera dispositivos da Lei no 9.504, de 30 de setembro de 1997, e da Lei no 4.737, de 15 de julho de 1965, Código Eleitoral, que permitiu ao TSE – Tribunal Superior Eleitoral despachar a Resolução 20.562/2000, que regulamentou a propaganda eleitoral para as eleições municipais de 2000, dando alicerce às próximas resoluções, como Resoluções do TSE 20.988/2002 e 21.610/2004, que dispõe sobre a propaganda eleitoral e as condutas vedadas aos agentes públicos em campanha eleitoral nas eleições de 2002 e de 2004. Do mesmo modo, a Resolução do TSE 22.158/2006 manteve as mesmas disposições das anteriores, ditando as regras para as eleições de 2006 e outras resoluções até a Resolução nº 23.546, de 18 de dezembro de 2017, que regulamenta o disposto no Título III - Das Finanças e Contabilidade dos Partidos - da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. (FERREIRA, 2019, p.1).

A propaganda política tem princípios a serem seguidos, que são: o da legalidade previsto no art. 22, CF, art. 243, inciso VIII, CE. O da Liberdade predito no art. 331, CE. O da responsabilidade antevisto no art. 241, CE. O igualitário ou princípio da igualdade, previsto no artigo 4º, inciso VIII, que dispõe sobre a igualdade racial; do artigo 5º, inciso I, que trata da igualdade entre os sexos; do artigo 5º, inciso VIII, que versa sobre a igualdade de credo religioso; do artigo 5º, inciso XXXVIII, que trata da igualdade jurisdicional; do artigo 7º, inciso XXXII, que versa sobre a igualdade trabalhista; do artigo 14, que dispõe sobre a igualdade política ou ainda do artigo 150, inciso III, que disciplina a igualdade tributária. O da disponibilidade antevisto no art. 256, CE e finalmente no controle judicial da propaganda. (FREITAS, 2011, p.12).

É muito importante também saber diferenciar a propaganda partidária, da propaganda eleitoral, pois existem determinações demarcadas na Lei das Eleições que é a Lei nº 9.504/1997, na Lei dos Partidos Políticos, ou seja, Lei nº 9.096/1995 e no Glossário Eleitoral Brasileiro.

Posto que a propaganda partidária estabelece o tipo propaganda política, podendo ainda reunir as propagandas eleitoral, intrapartidária e institucional. Desse modo a propaganda partidária diferencia-se das outras pela sua finalidade que é específica, a difusão da ideologia do partido político. Por outro lado, a propaganda eleitoral busca apenas captar votos e podem ser realizadas pelos candidatos, ou partido e ou coligações de modo a influenciar os eleitores. (BUENO, 2019, p.1).

Lembrando que a Propaganda política somente é realizada no ano em que se tem

eleições.

1.1 FINALIDADE E TEMPO DA PROPAGANDA ELEITORAL

Após ter conhecimento sobre o conceito, normas e princípios referentes à propaganda política julga-se importante conhecer para que fins foi criada essa propaganda, bem como a forma de definição do tempo da mesma.

Segundo Velloso, (2009, p.149) a propaganda política eleitoral tem a finalidade de: "interferir nas decisões tomadas pela organização política institucionalizada, atinge todo o território brasileiro, encontra-se absolutamente regulamentada por legislação específica e é veiculada de forma gratuita".

De acordo com o TSE, (2019, p.1) a propaganda eleitoral "tem a finalidade específica de convencer o eleitor de que este ou aquele candidato seria o melhor para ocupar o cargo em disputa".

O tempo da propaganda eleitoral é definido pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) e conforme apresentado na última eleição a presidência do Brasil: "O horário eleitoral começa no dia 31 de agosto, mas a propaganda eleitoral dos presidenciáveis no rádio e na televisão se inicia no sábado, 1º de setembro, esclareceu a Corte Eleitoral". A ordem de fala para cada candidato em programa eleitoral dos presidenciáveis é feito por meio de audiência pública. (MOURA, 2018, p.1). E o TSE ainda assim determinou:

> As propagandas dos presidenciáveis serão veiculadas às terças, quintas e sábados. No mesmo dia, são veiculadas as peças dos deputados federais. A ordem de aparição dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> candidatos a presidente da República nos blocos de propaganda vai se alterando ao longo desses três dias: por exemplo, o primeiro candidato do bloco dos presidenciáveis na terça-feira será o último da próxima vez (ou seja, quinta-feira), e assim por diante. (MOURA, 2018, p.1).

Com relação ao tempo, as coligações e candidatos que tem menos de trinta segundos para apresentação de suas propagandas, receberam permissão do TSE para entrar em acordo para compensação de tempo, com a condição dos acordos serem protocolados no tribunal. (D'AGOSTINO, 2018, p.1).

O tempo aprovado de cada partido no horário eleitoral de rádio e televisão varia conforme o tamanho da bancada eleita para a Câmara dos Deputados na última eleição e é um horário fixo, porem os candidatos também tem direito às inserções, que são períodos de 30 segundos ou 60 segundos, veiculadas ao longo da programação. No total, são 70 minutos de inserções por dia, de segunda a domingo. As inserções, por não terem horários fixados pegam os eleitores de surpresa. (BORGES, 2018, p.1).

1.2 PROPAGANDA ELEITORAL IRREGULAR

Uma vez compreendida a Propaganda Eleitoral, viu-se a necessidade de conhecer a propaganda Eleitoral Irregular, assim buscaram-se autores que identificaram que é aquela que não é criminosa, e se for realizada de acordo com o Art. 248, da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, que diz: "Ninguém poderá impedir a propaganda eleitoral, nem inutilizar, alterar ou perturbar os meios lícitos nela empregados". Assim ela não pode ser vedada e ou proibida, porém sofre condição restritiva. (BORGES, 2009, p.32).

A propaganda eleitoral irregular configura-se, portanto, naquela que desobedece às regulações eleitorais, como por exemplo: o painel que ultrapassa 4 m² de área. São sanções do ato ilegal elencadas por Gomes (2010): a multa (artigos 36, § 3º; 37, §§ 1º e 2º; 39, § 8º; 43, § 2º; todos da LE), o reparo do bem atingido pela propaganda eleitoral irregular (artigo 37, §§ 1º e 2º, da LE), a remoção do outdoor que esteja fora dos padrões estabelecidos (artigo 39, §8º,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

da LE), a perda do direito à veiculação de propaganda (artigo 53, § 1º, da LE), o impedimento de reapresentação de propaganda (artigo 53, § 2º, da LE), a perda do tempo eleitoral gratuito (artigo 55, Parágrafo único, da LE), interrupção da programação normal da emissora (artigo 56, caput, da LE) e adequação ou retirada da propaganda (artigo 37, § 2º, da LE).

Com relação à propaganda eleitoral irregular e improbidade administrativa, a Lei nº 8.429/92, institui algumas condutas caracterizadoras de improbidade administrativa em seus arts. 9º, 10 e 11, porém, não presume referências quanto aos atos de improbidade praticados durante o período eleitoral. Essa brecha na Lei torna complicado responsabilizar agentes públicos que se utilizam da máquina administrativa para obter vantagens em seu próprio proveito. (BERTONCINI & KLOSS, 2009, p.1).

Pelo contexto do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), evidencia-se propaganda irregular quando é feito pelo candidato, ou pelo comitê do mesmo, o uso e distribuição de camisetas, os showmícios, confecção, brindes, como: chaveiros, bonés e outros, durante a campanha eleitoral. Também as propagandas em outdoors, ou, salvo as exceções previstas em lei, as veiculadas em bens públicos. (TRE, 2018, p.1)

A propaganda irregular desestabiliza o pleito eleitoral e causa desequilíbrio à isonomia entre os candidatos, desta feita, deve ser combatida.

Compreendem duas maneiras de se procederem o combate a esta prática que dependem do meio utilizado na propaganda irregular: o direito de resposta, quando a irregularidade for praticada por meio da mídia ou veículo de comunicação social e a reprodução por propaganda irregular nas demais hipóteses.

O direito de resposta, inserido no art. 58 da lei nº 9.504/97, permite a defesa do candidato, partido ou coligação atingido por conceito, imagem ou afirmação caluniosa, difamatória, injuriosa ou sabidamente inverídica decorrido em propaganda eleitoral em qualquer mídia ou meio de comunicação social.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Autorizam ao candidato, partido ou coligação o direito de resposta as propagandas eleitorais em rádio, televisão, imprensa escrita, horário eleitoral gratuito e internet.

O pedido deste direito deve ser anexado com início de prova da propaganda irregular, o que, na imprensa escrita, é representado pela cópia do exemplar e nas mídias sociais como rádio e televisão com a cópia da gravação de transmissão do programa. A cópia do site ou do e-mail utilizado na internet também deverá ser acostada aos autos.

Os prazos para se solicitarem o direito de resposta são diferenciados e rigorosamente exíguos – 24 horas para horário eleitoral gratuito; 48 horas para programação normal de rádio e televisão e 72 horas para imprensa escrita – e visam dificultar com mais celeridade a propaganda irregular e fazer reparos aos seus efeitos nocivos.

No tocante a propaganda eleitoral, na Internet, não existe prazo expressamente previsto, porém tratando-se de propaganda escrita entendo ser possível considerar o mesmo prazo da propaganda a imprensa escrita, ou seja, 72 horas e o direito de resposta dada, será no mesmo meio de comunicação utilizado para a ofensa e com semelhança de espaço e tempo.

A repressão a propaganda eleitoral irregular fora dos meios de comunicação social possibilitará a propositura da representação por propaganda irregular prevista no art. 40 B da lei nº 9.504/97.

2. FINANCIAMENTO PÚBLICO DE CAMPANHA

Com relação ao financiamento público de campanhas políticas, aconteceram mudanças nas eleições e para descobri-las, há de se mencionar a Emenda Constitucional nº 97, de 4 de outubro de 2017, que altera a Constituição Federal para vedar as coligações partidárias nas eleições proporcionais, estabelecer normas sobre acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e ao tempo de propaganda gratuito no rádio e na televisão e dispor sobre regras de transição. (BRASIL, 2017, p.1).

Aconteceram mudanças nas eleições que podem ser conferidas no novo texto constitucional, as cláusulas de desempenho eleitoral começaram a valer já

a partir das eleições do ano 2018. A emenda terminou com as coligações para eleições proporcionais para deputados e vereadores, nesse caso a partir das eleições de 2020. E para reduzir os limites de aproximação aos recursos do Fundo Partidário e ao tempo de rádio e TV, Cers (2017, p.1) diz:

> A proposta cria uma espécie de cláusula de desempenho. Só terá direito ao fundo e ao tempo de propaganda neste ano de 2019 o partido que tiver recebido ao menos 1,5% dos votos válidos nas eleições de 2018 para a Câmara dos Deputados, distribuídos em pelo menos 1/3 das unidades da federação (9 unidades), com um mínimo de 1% dos votos válidos em cada uma delas. As regras vão se tornando mais rígidas, com exigências gradativas até 2030.

Então se compreende que em 2020, nas eleições, os partidos não poderão mais se coligar na disputa das vagas para vereadores e deputados. Em 2018 foi liberado para as coligações. A intenção é acabar com a votação expressiva de um candidato ajudar a eleger outros do grupo de partidos que se juntaram.

2.1 FUNDO PARTIDÁRIO

É também função do estudo entender o que é o Fundo partidário, que conforme TSE (2018, p.1) é "Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos, constituído por dotações orçamentárias da União, multas, penalidades, doações e outros recursos financeiros que lhes forem atribuídos por lei. "

Compreende-se, portanto que oficialmente o nome do fundo partidário é Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos e que está submetido à Lei 9.096/1995 (Lei dos Partidos Políticos), Lei 9.504/1997 (Lei das Eleições), bem como na Resolução nº 23.546, de 18 de dezembro de 2017, que regulamenta o disposto no Título III – Das Finanças e Contabilidade dos Partidos – da Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. Basicamente é um fundo de valores repassados aos partidos políticos, composto por doações ou contribuições de pessoas físicas, sobras financeiras de campanha, recebidas de candidatos,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

dotações orçamentárias da União, entre outras fontes de receitas. Possuindo sanções e punições para o descumprimento de seus requisitos e obrigações.

Já Cavalcante (2018, p.1) conceituou dizendo que: "Trata-se de um Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos que tenham seu estatuto registrado no Tribunal Superior Eleitoral e prestação de contas regular perante a Justiça Eleitoral." Mas justificou expondo que o mesmo é "constituído por dotações orçamentárias da União, multas, penalidades, doações e outros recursos financeiros previstos no art. 38 da Lei nº 9.096/95" e complementa dizendo que os valores contidos no Fundo Partidários "são repassados aos partidos políticos por meio de um cálculo previsto no art. 41-A, da Lei nº 9.096/95". Ocorre que o partido que não estiver em dia com suas prestações de contas e não estiver registrado no TSE não poderá recebê-lo.

2.2 FUNDO ESPECIAL DE FINANCIAMENTO DE CAMPANHA

De acordo com o TSE; financiamento público de campanha é a destinação de recursos públicos a campanhas eleitorais e a partidos políticos, proporcionalmente à representatividade desses partidos no parlamento e é conhecido como FEFC - Fundo Especial de Financiamento de Campanha, o valor disponibilizado é feito pelo Tesouro Nacional ao TSE em 1º de junho de cada ano eleitoral, nos termos da Lei nº 9.504/1997, art. 16-C, § 2º. (TSE, 2018, p.1).

Do mesmo modo é relevante informar que o FEFC tem um destaque, que conforme Santana (2018, p.1) expõe: "é a obrigatoriedade da aplicação dos recursos de acordo com a cota de mulheres nas chapas proporcionais. " E esse fundo foi criado por se tratar de "uma alternativa para o custeio de campanhas eleitorais depois que o Supremo Tribunal Federal entendeu inconstitucional a doação de empresas privadas para partidos e candidatos". (SANTANA, 2018, p.1).

Seguidamente Macedo (2018, p.1) explica que existem dois pontos de relevância no FEFC: "sua principal fonte de arrecadação vem das doações de pessoas jurídicas, o que não registra nada de ilegal ou imoral. " O FEFC é formado, "em sua maior parte, com transferências das verbas dedicadas às emendas parlamentares, que são valores destinados a propostas de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

investimento nas áreas de infraestrutura, saúde e educação nos Estados e nos municípios; que significa ser dinheiro do povo. " (MACEDO, 2018, p.1).

Em poucas palavras o Fundo Especial de Financiamento de Campanha é um instituto novo que está ligado com a reforma política, que foi sancionada em 2017. Pode ser encontrada na Lei 13.487/2017, informações úteis, pois ela alterou a Lei das Eleições e a Lei dos Partidos Políticos, instituindo o que ficou conhecido como fundo eleitoral.

2.3 A UTILIZAÇÃO DE VERBA PÚBLICA NA PROPAGANDA

Depois de conhecer a respeito da propaganda eleitoral, é de interesse saber como se dá a utilização da verba pública para fazer a propaganda eleitoral.

Viu-se que aconteceram mudanças com o projeto do Senado que criou o Fundo Eleitoral para as eleições. O financiamento público gera um fundo de aproximadamente dois bilhões e com as prevenções das regras de distribuição dos recursos. Da mesma forma a utilização de verba pública na propaganda eleitoral pode ser conhecido por material divulgado pela Procuradoria Geral Eleitoral do Ministério Público Federal, sobre tudo que pode, ou não ser feito e é possível saber tudo que é permitido ou proibido fazer na propaganda eleitoral. (MPF, 2018, p.1).

Foi no ano de 2018, que pela primeira vez houve a aplicação da chamada cláusula de desempenho para que os partidos tenham direito a verba pública na propaganda e os candidatos só poderão gastar nas suas divulgações o mínimo.

Não poderão mais receber verba doada de empresas particulares, o Congresso Nacional definiu novas normas para financiar a propaganda antes das eleições, e sua distribuição será definida em lei: parte da parcela é dividida entre todos os partidos e o restante de acordo com a votação dos partidos e a sua representação no Congresso. Existe um teto limite a ser respeitado que vai de R$ 70 milhões para candidato a presidente da República a R$ 1 milhão para campanhas de candidatos a deputado estadual e distrital. (SIQUEIRA, 2018, p.1). Neste cenário, existem motivos pelos quais acontecem essas proibições, não apresentar diferenças quantitativas de oportunidades entre um e outro candidato nos pleitos eleitorais, também para reprimir abusos do poder de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

administração, nos períodos de campanhas eleitorais, pelos agentes públicos que acabam por beneficiar mais um do que a outro candidato ou partido. (DECOMAIN, 2000, p.1)

3. A AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA EM MATÉRIA ELEITORAL

Visto que o assunto é a propaganda eleitoral irregular e improbidade administrativa, é pertinente estudar a ação de improbidade administrativa em matéria eleitoral por violação aos princípios da moralidade e probidade.

Os princípios são considerados presunções básicas e essenciais que dão condição a toda a estrutura e analogia das diretrizes de uma ciência. Os dicionários frequentemente caracterizam a figura do princípio como "aquilo que vem antes, o início, o começo" e nesse sentido, para o Direito como ciência, princípios são juízos abstratos de valor, fontes que orientam a interpretação e a aplicação do Direito por serem justamente preceitos basilares.

O princípio da Moralidade segundo Mazza (2015, 18) tem fundamentos no Artigo 5º, LXXIII, 37, 85, V, da Constituição Federal e é um princípio que:

> Impõe aos agentes públicos o dever de observância da moralidade administrativa. Nota-se que, quando a Constituição de 1988 definiu a moralidade como padrão de comportamento, não houve juridicização de todas as regras morais vigentes na sociedade, assim, cumprindo a lei, automaticamente a moralidade seria atendida. Importante destacar ainda que a moralidade administrativa é diferente da moral comum. O princípio jurídico da moralidade exige respeito a padrões éticos, de boa-fé, decoro, lealdade, honestidade e probidade na prática diária de boa administração.

A sociedade como um todo, anseia por preceitos que permitam o convívio harmônico seus pares. Desta feita, são esperados padrões morais das pessoas que fazem parte dessa sociedade, de maneira que se viabilize uma convivência harmônica. Há, contudo, um fundamento ético e moral que preside

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

as relações sociais. No entanto, espera-se daqueles que pretendem se fazer representantes do povo, através do sufrágio, padrões ainda mais elevados.

E o princípio da probidade e boa-fé, nas palavras de Camargo (2010, p. 1) são aqueles

que:

> Encontram abrigo na própria essência da sociedade humana, pois tutelam todas as relações decorrentes do convivo social. Este princípio é basilar à própria dignidade da pessoa humana sob o qual se abriga todo o ordenamento jurídico pátrio que se centra na autonomia limitada da vontade.

Uma vez, tendo a base sobre os princípios da probidade e moralidade, o próximo passo será entender a improbidade administrativa em matéria eleitoral. A CF/1988 prevê graves sansões para os atos de improbidade administrativa a partir do art. 37, § 4º:

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)
>
> § 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Sucintamente improbidade administrativa é o "ato ilegal por dano erário ou contrário aos princípios básicos da Administração Pública no Brasil, como enriquecimento ilícito e violação aos princípios administrativos cometidos por agente público, durante o exercício de função pública ou decorrente desta". (CNJ, 2019, p.1).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A maioria dos autores entende a Improbidade Administrativa como uma imoralidade administrativa qualificada, pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem. (SILVA, 2001, p.41), outro que vê como uma espécie de má gestão pública, ou seja, uma imoralidade administrativa qualificada. (MEDINA 2012, p.1).

Por meio deste vê-se que moralidade e probidade estão muito juntas e se visto pelo direito passivo políticos a violação causará inelegibilidade. Mas não é só a imoralidade que identifica a improbidade administrativa, ainda pela CF/88, art. 15, ". É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º", já mencionado acima qualquer ato ímprobo.

Assim, entende-se que é um ato de deslealdade para com o povo, titular do poder na democracia e se comprovado o ato deve-se justificar o afastamento do político que tenha praticado. É considerado desonestidade em função do cargo. (PINTO, 2003. p.203). Mas não é só a CF/88 que sanciona os atos de improbidade, tem a Lei 9504/97, art. 73, § 7º, assim como a Lei 8429/92 art. 11, inciso I e art.12, inciso III, ainda a Lei complementar 135/2010 que traz novas hipóteses de inelegibilidade, que podem ser comprovadas nas alíneas g e l que mostram possibilidades de aplicação da improbidade administrativa em matéria eleitoral.

Também é propósito deste trabalho conhecer que ação é cabível no caso da improbidade administrativa e Siqueira Júnior, Martins, Abras e Ruggio (2011, p.2) após diversas pesquisas relata que:

> Para que se vislumbre a hipótese de punição, a prova apresentada pelo Ministério Público, órgão legítimo na propositura da ação civil pública por improbidade administrativa, tem que demonstrar o nexo de causalidade e o dano ocorrido pela ação maliciosa do agente político. O dolo é elemento fundamental para configuração da tentativa de enaltecimento da própria imagem e sem a sua presença a ação apontada torna-se insustentável.

Assim sendo dependerá do bom senso do juiz, sendo que o mesmo buscará dentro dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade para a situação.

Com relação às propagandas eleitorais irregulares não previstas na lei os Tribunais têm procurado instituir discernimento de proporcionalidade na aplicação das sanções, como forma de discernir e de identificar a verdade. (SERRA, 2013. p.2).

Com o objetivo de buscar resposta menciona-se texto de Martins Júnior (2017, p.1) explicando que:

> A Constituição não projetou nesse preceito tão somente as sanções contra a improbidade administrativa, senão em sentido mais amplo enumerou algumas das consequências jurídicas da prática desse ato ilícito, indicando sanções (perda da função pública, suspensão dos direitos políticos etc.) e providências cautelares (indisponibilidade de bens). Tampouco é possível afirmar que a norma constitucional esgota todas as perspectivas de repressão aos atos de improbidade administrativa.

E assim considerando é possível aplicar a improbidade administrativa em matéria eleitoral.

A Lei 9.504/97 traz em seu art. 73, as condutas vedadas pela lei aos agentes públicos em campanhas eleitorais e no § 7º as condutas enumeradas no caput caracterizam, ainda, atos de improbidade administrativa, a que se refere o art. 11, inciso I, da Lei nº 8.429/92. Lei esta que "define enriquecimento ilícito o ato de auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades públicas. " (CNJ, 2019, p.1). E neste caso o Boletim Informativo nº 48 do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Eleitorais (2013, p.1) diz o seguinte:

> As sanções são aplicadas de acordo com a modalidade de ato de improbidade administrativa praticado. Assim, será maior a intensidade nos atos de improbidade que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> importam em enriquecimento ilícito (artigo 9º); será média nos atos de improbidade que causam lesão ao erário (artigo 10); e será menor nos atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração Pública (artigo 11).

A Lei complementar 135 dá a possibilidade de aplicação da improbidade administrativa:

> g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa, e por decisão irrecorrível do órgão competente, salvo se esta houver sido suspensa ou anulada pelo Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes, contados a partir da data da decisão, aplicando-se o disposto no inciso II do art. 71 da Constituição Federal, a todos os ordenadores de despesa, sem exclusão de mandatários que houverem agido nessa condição;
>
> l) os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena;

Tem também a Lei Complementar nº 64/1990, art. 1º, inciso I, alínea l, dispondo que são inelegíveis para qualquer cargo:

> [...] os que forem condenados à suspensão dos direitos políticos, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, por ato doloso de improbidade administrativa que importe lesão ao

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> patrimônio público e enriquecimento ilícito, desde a condenação ou o trânsito em julgado até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena.

A Lei de Improbidade Administrativa traz discussões com relação ao alcance para os agentes políticos, com relação à aplicação das sanções previstas na lei, em razão da prerrogativa de foro que gozam determinados agentes políticos. Então em 2002 o Congresso Nacional editou a Lei nº 10.628, cujo art. 84, § 1º e 2º demonstra os resultados da competência especial de foro pela prerrogativa de função dos agentes públicos no âmbito penal, estabelecidos pela Carta Magna. Com essa nova redação o entendimento foi restabelecido de que após o mandato ou terminado o motivo de prova de inocência com relação ao foro em virtude da função, o agente público ainda estava sobre domínio da competência em razão da pessoa, se o crime atribuído tivesse acontecido durante o exercício do cargo ou função. (BATISTI & PIMENTA, 2015, p.120).

Só que esse pensamento foi dado como Inconstitucionalidade da Lei nº 10.628/02 que acrescentou os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do Código de Processo Penal pela súmula 394, então em 2006 o STF declarou inconstitucional a Lei nº 10.628/2002 (ADIN nº 2.797-2), nesse período houve conflito e assim que superada a fase o ato de improbidade administrativa será reconhecido quando estiver declarado como crime de responsabilidade. (BATISTI & PIMENTA, 2015, p.121).

Considerando que os crimes de responsabilidade são regulados pela Lei nº 1.079/1950, Batisti e Pimenta (2015, p.137) explicam que:

> E seu processo de apuração, denominado impeachment, tem a finalidade de responsabilizar politicamente o agente político pelas condutas que atentem contra a segurança nacional, a estrutura e forma do Governo e a separação dos poderes. Este processo é um instrumento colocado à disposição do Poder Legislativo para apurar condutas ilícitas no âmbito político administrativo, o qual tem como fim único a retirada do poder do agente político infiel.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O que se conclui que a aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa faz uma separação entre os agentes políticos relatados com circunstâncias características nos artigos 52, incisos I e II, e 102, inciso I, alínea "c", ambos da CF/88, dependendo da alçada especial de foro por prerrogativa de função que estiver o agente político.

3.1 A PERDA DO MANDATO POR DESVIRTUAMENTO DA PROPAGANDA EM AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

O agente político pode perder o mandato por desviar-se do que se pode ser realizado na propaganda eleitoral, a partir do momento que se torna uma propaganda irregular e vê-se a improbidade administrativa.

Nesse ponto se faz necessário combater de forma severa o agente político que por natureza e respeito aos seus eleitores, deveria ter de fazer tudo com objetivos públicos e não particulares, de forma a ter sempre atos pautados na ética e legalidade e também para proteger os atos de probidade. (FREITAS, 2016, p.1).

Assim sendo, o descumprimento às normas inerentes à propaganda eleitoral é conveniente a justificar consequências das mais distintas. Além das medidas que mantém relação com o poder de polícia da Justiça Eleitoral, já comentadas nos estudos anteriores, poderá haver repercussão no campo penal ou no que tenha relação à legitimidade da eleição, ou seja, a perda do mandato. (NOBRE JR, 2016, p.30).

O pensamento do autor não para neste texto, pois se argumentando a ação de influir que a propaganda eleitoral poderá provocar no eleitorado, o comprometimento do agente político como um desobediente em seu exercício, assim como poderá ser reconhecido como um político que abusa do poder econômico, assim como já evidenciara a jurisprudência, a ser reconhecido em investigação judicial. (NOBRE JR, 2016, p.31). E declara: "a qual, se julgada antes do pleito, poderá implicar na cassação do registro e na inelegibilidade para as eleições a se realizarem nos três anos seguintes (art. 22, LC 64/90)." Mas, se a investigação judicial for realizada após a eleição, como fica? Nobre, (2-016, p.31) responde que "Caso a investigação judicial venha a ser julgada após a eleição,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

cabível, para fins de declaração da perda do mandato, o uso da ação de impugnação prevista no art. 14, §10º, da CF."

CONCLUSÃO

No decorrer do processo eleitoral, busca-se contemplar ao cidadão e ao candidato que o representará, o direito à voz, objetivando a expressão de suas opiniões e suas preferências a respeito de quem deve ser o representante político do povo. Este instrumento de efetivação da soberania popular que tem como pressuposto norteadora garantia do pleno exercício da democracia que atua como balizadora desse processo a legislação eleitoral.

Portanto, o presente estudo revelou que a propaganda eleitoral irregular não é considerada conduta criminosa, no entanto, é o que a Lei Eleitoral restringe, ou torna ilegal, ou traça limites. Enfim, é a propaganda eleitoral que fica nas sedes para apuração judicial em conformidade com o direito administrativo-eleitoral e que geralmente são promovidas por candidatos eleitorais, partidos políticos, e movidas pelo Ministério Público.

O interesse pelo tema abordado deu-se por razão de sua atualidade e pela diversidade com que vem sendo discutido no cenário nacional.

Fora identificada as contribuições do Direito Eleitoral frente a propaganda eleitoral irregular e improbidade administrativa, por meio do conhecimento adquirido nos conceitos, funções e finalidade da propaganda eleitoral irregular, bem como pelo entendimento de como se dá o financiamento para a propaganda eleitoral e compreensão da ação de improbidade administrativa em matéria eleitoral.

O desempenho da justiça eleitoral frente a propaganda eleitoral irregular tem se destacado nas últimas eleições, este fato vem apenas corroborar a importância do tema, uma vez que o mesmo tem por objetivo influenciar e direcionar o eleitor a votar em determinados candidatos.

A problemática a princípio trouxe a dúvida quanto o cabimento da interposição de ação eleitoral tendo como causa de pedir a cassação do registro ou do diploma, com fundamento em improbidade administrativa por propaganda eleitoral irregular e viu-se que é cabível a ação com fundamento na

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

improbidade administrativa, uma vez que a ofensa praticada na propaganda eleitoral irregular desvirtuou a finalidade da propaganda, e desperdiçou verba pública, além de ofender princípios como da honestidade, imparcialidade e lealdade às instituições.

Não restam dúvidas de que o processo de decisão influenciado pela propaganda eleitoral irregular, no Brasil, culmina no voto em determinado candidato que por possuir mais tempo de TV, que tem melhor oratória e que faz uso de "brindes". Este candidato não é, necessariamente o melhor, contudo, acaba por tornar-se o mais popular e muitas vezes o mais votado.

Destaca-se que o presente estudo não buscou esgotar o tema em epigrafe, mas, teve como finalidade, tão-somente, em focar o uso da propaganda eleitoral irregular com base na legislação eleitoral, destacando-se, todavia, que a presente investigação bibliográfica é apenas o início de um estudo que certamente merece maior aprofundamento perante as opiniões contraditórias, principalmente em nossa doutrina pátria.

REFERÊNCIAS

BATISTI, N.E.M.; PIMENTA, J.A. A aplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos. Disponível em <file:///D:/Users/Jafra02/Downloads/ 23910-107627-1- PB%20(2).pdf> Acesso em 09.05.2019; 19:35h.

BERTONCINI, M.E.S.N.; KLOSS, R. Improbidade administrativa eleitoral. (2010). Disponível em <www.mppr.mp.br/arquivos/File/.../Tese_Improbidade_EleitoraL_Congresso_ MP.doc> Acesso em 01.03.2019; 9:21h.

BORGES, F.L.A. Propaganda Eleitoral Irregular. (2009). Disponível em <http://www.fespfaculdades.com.br/painel/uploads/arquivos/trabArquivo_11052010060545_ FRANCISCO%20LEONARDO%20DE%20ANDRADE.pdf> Acesso em 01.03.2019; 9:21h.

BORGES, D.S. Horário eleitoral: Como é feita a divisão do tempo de TV. (2018). Disponível em <https://www.huffpostbrasil.com/2018/07/20/entenda-como-e-

feita-a-divisao- do-tempo-de-tv-no-horario-eleitoral_a_23485856/> Acesso em 06.05.2019; 17:31h.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http:// www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 09.05.2019; 09:35h.

Lei complementar nº 64, de 18 de maio de 1990. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm> Acesso em 11.05.2019; 14:32h.

Lei complementar nº 135, de 4 de junho de 2010. Altera a Lei Complementar no 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece, de acordo com o § 9o do art. 14 da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação e determina outras providências, para incluir hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato. **Disponível em** <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm> Acesso em 09.05.2019; 14:43h.

Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral. (1965). Disponível em <http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/codigo-eleitoral-1/codigo-eleitoral-lei-nb0- 4.737-de-15-de-julho-de-1965> Acesso em 09.03.2019; 11:11h.

Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as Sanções Aplicáveis aos Agentes Públicos nos Casos de Enriquecimento Ilícito no Exercício de Mandato, Cargo, Emprego ou Função na Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional e dá outras providências.(1992).Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoes Web/prop_mostrarintegra;jsessionid=2D434A6C73097403AF34BBD297333653.node1?codteor=422375&filename=LegislacaoCitada+-PL+7528/2006> Acesso em 09.03.2019; 14:10h.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9096.htm> Acesso em 08.04.2019; 11:35h.

Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm> Acesso em 07.03.2019; 22:25h.

Lei nº 13.487, de 6 de outubro de 2017. Altera as Leis n º 9.504, de 30 de setembro de 1997, e 9.096, de 19 de setembro de 1995, para instituir o Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) e extinguir a propaganda partidária no rádio e na televisão. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L 13487.htm> Acesso 07.05.2019; 13:25h.

BUENO, R. Fim da propaganda política??? Entenda! Disponível em <https://raphaela bueno.jusbrasil.com.br/artigos/523773792/fim-da-propaganda-politica-entenda> Acesso 06.05.2019; 17:28h.

CONEGLIAN, Olivar. Propaganda Eleitoral: de acordo com o código eleitoral e com a Lei 9.504/97, modificada pelas leis 9.840/99, 10.402/02, 10.740/03, 11.300/06, 12.034/09 e Lei Comp. 135/10 (Lei da Ficha Limpa). 11. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

CNJ, Conselho Nacional de Justiça. Entenda os conceitos de improbidade administrativa, crimes contra a administração pública e corrupção. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/ noticias/cnj/62434-entenda-os-conceitos-de-improbidade-administrativa-crimes-contra-a- administracao-publica-e-corrupcao> Acesso em 19.03.2019; 17:44h.

D'AGOSTINO, R. TSE aprova resolução com tempos de propaganda dos candidatos a presidente. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/2018/08/28/ tse-aprova-resolucao-com-tempos-de-propaganda-dos-candidatos-a-presidente.ghtml> Acesso 06.05.2019; 18:56h..

FREITAS, J. de. Propaganda política e Meios de comunicação. Disponível em <https://www.infoescola.com/direito/ propaganda-eleitoral/> Acesso 06.05.2019; 09:48h.

FREITAS, J.P. de. A questão da improbidade administrativa por fraude a licitação. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_ leitura&artigo_id=18285&revista_caderno=4> Acesso 10.05.2019; 12:58h.

GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

MACEDO, E.H. O Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) é dinheiro do povo! (2018). Disponível em <https://www.espacovital.com.br/publicacao-36180-o-fundo- especial-de-financiamento-de-campanha-fefc-e-dinheiro-do-povo> Acesso em 19.03.2019; 16:54h.

MARTINS JÚNIOR, W.P. Sanções por ato de improbidade administrativa. (2017). Disponível em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/29/edicao-1/sancoes-por-ato-de- improbidade-administrativa> Acesso em 13.05.2019; 11:32h.

MEDINA, F.O. Improbidade Administrativa. Disponível em <www.amprs.org.br/arquivos /comunicacao_noticia/improbidade-administrativa.pdf> Acesso em 09.05.2019; 11:32h.

MOURA, R.M. Veja qual o tempo de cada candidato na propaganda eleitoral. (2018). Disponível em <https://politica.estadao.com.br/noticias/eleicoes,marina-abre-bloco-de-propaganda-dos-presidenciaveis-em-1-de-setembro,70002470073> Acesso em 19.03.2019; 14:43h.

MPF, Procuradoria-Geral Eleitoral. Proibido x Permitido. Disponível em <http://www.mpf. mp.br/pge/servicos-1/proibido-x-permitido> Acesso em 07.05.2019; 16:55h.

NOBRE JÚNIOR, E.P. O novo regramento da propaganda eleitoral. Disponível em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

<https://www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca-old/doutrina/doutrina73.doc> Acesso em 10.05.2019; 21:52h.

OLIVEIRA, N. Qual a diferença entre fundo partidário e fundo eleitoral? . Disponível em <https://nataliafoliveira.jusbrasil.com.br/artigos/564789141/qual-a-diferenca-entre-fundo- partidario-e-fundo-eleitoral> Acesso em 07.05.2019; 13:35h.

PINTO, D. Direito Eleitoral: Improbidade Administrativa e responsabilidade fiscal: noções gerais. São Paulo: ATLAS: 2003.

SANTANA, L.L. Fundo especial de financiamento de campanha. (2018). Disponível em <http://domtotal.com/noticia/1288995/2018/09/fundo-especial-de-financiamento-de- campanha/> Acesso em 19.03.2019; 16:25h.

SANTIAGO, E. Propaganda eleitoral. Disponível em <https://www.infoescola.com/direito/ propaganda-eleitoral/> Acesso 05.05.2019; 09:05h.

SERRA, G. BI 48, Centro de Apoio Operacional das Promotorias Eleitorais. Improbidade Administrativa Eleitoral. (2013). Disponível em <http://www.fespfaculdades.com.br/ painel/uploads/arquivos/trabArquivo_110 52010060545_FRANCISCOLEONARDODEAND RADE.pdf> Acesso em 05.03.2019; 14:21h.

SILVA, J.A. da. Aplicabilidade da Normas Constitucionais. 5ª ed. São Paulo: 2001.

SIQUEIRA, C. Eleição de 2018 será a primeira disputa com fundo público para campanhas. (2018). Disponível em <https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ POLITICA/551780-ELEICAO-DE-2018-SERA-A-PRIMEIRA-DISPUTA-COM-FUNDO- PUBLICO-PARA-CAMPANHAS.html> Acesso 08.05.2019; 14:42h.

TORRES, A. A eficácia da propaganda eleitoral e o seu efeito de persuasão sobre a intenção de voto. Estudo de metodologias para a definição de indicadores. Disponível em

<http://www2.eca.usp.br/pospesquisa/monografias/Alexandre%20Torres.pdf>
Acesso 05.05.2019; 11:15h.

TRE, Assessoria de Imprensa e Comunicação Social. Propaganda eleitoral irregular x propaganda antecipada, saiba a diferença. Disponível em <http://www.tre-se.jus.br/ imprensa/noticias-tre-se/2018/Maio/propaganda-eleitoral-irregular-x-propaganda-antecipada- saiba-a-diferenca> Acesso 07.05.2019; 21:15h.

TSE, Tribunal Superior Eleitoral. Estudos eleitorais. - Vol. 1, n. 1. (1997). Brasília: Tribunal Superior Eleitoral, 1997, ISSN 1414-5146. 2008. Disponível em <http://www.tse.jus.br/ hotsites/catalogo-publicacoes/pdf/estudos_eleitorais/estudos_eleitorais_v12-n3.pdf> Acesso 05.05.2019; 09:05h.

TSE, Tribunal Superior Eleitoral. Propaganda política e suas espécies. Disponível em <http://www.tse.jus.br/o-tse/escola-judiciaria-eleitoral/publicacoes/revistas-da-eje/artigos/ revista-eletronica-eje-n.-4-ano-4/propaganda-politica-suas-especies> Acesso 05.05.2019; 09:05h.

TSE, Tribunal Superior Eleitoral. Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC). (2018). Disponível em < http://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-2018/prestacao-de-contas- 1/fundo-especial-de-financiamento-de-campanha-fefc> Acesso em 19.03.2019; 15:00h.

VELLOSO, C.M.S.; AGRA, W.M. Elementos de Direito Eleitoral. São Paulo: Saraiva, 2009.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DIREITO DE DESCONEXÃO DO TRABALHO: UMA ANÁLISE DO IMPACTO DA CONEXÃO EXCESSIVA NA SAÚDE MENTAL DO TRABALHADOR À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

AMANDA REBOUÇAS LOPES FREITAS:
Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA

MARIA LENIR RODRIGUES PINHEIRO[1]

(Orientadora)

RESUMO: O presente artigo tem como escopo a análise do direito de desconexão do trabalho com enfoque no impacto na saúde do trabalhador e na violação de direitos fundamentais. Trata-se de um projeto de pesquisa bibliográfica, utilizando o método de abordagem dedutivo e técnica de documentação indireta, de tema atual detentor de relevante importância jurídica e social. O direito de desconexão do trabalho é um meio de priorizar a saúde do trabalhador, uma vez que a conexão excessiva ao trabalho decorrente do uso indiscriminado da tecnologia, a qual permite o trabalho a qualquer hora, em qualquer lugar e por qualquer meio, tal como smartphones, tablets, e-mail e aplicativos de mensagens instantâneas, pode trazer consequências graves à saúde do trabalhador, principalmente na sua saúde mental, em razão de stress elevado, constante pressão, ausência de descanso e de lazer. Pretende-se comprovar a hipótese de que em decorrência da conexão excessiva, a saúde mental do trabalhador é afetada, desencadeando doenças como estresse, depressão e Síndrome de Burnout, bem como, alguns direitos fundamentais são violados, impactando diretamente na saúde.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Direito de Desconexão do Trabalho. Direitos Fundamentais. Conexão Excessiva. Saúde Mental do Trabalhador.

ABSTRACT: This article proposes as a scope an analysis of the work disconnection right, focusing on the impact on workers' health and the violation of fundamental rights. It is a bibliographical research project, using deductive approach method and indirect documentation technique, of current subject matter of significant juridical and social importance. The work disconnection right is a way of prioritizing worker's health, since the excessive connection to work resulting from the indiscriminate use of technology, which allows work anytime, anywhere and by any

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

means, such as Smartphones, tablets, email and instant messaging applications, can have serious consequences for the worker's health, especially for his mental health, due to high stress, constant pressure, lack of rest and leisure. It is been tried to prove the hypothesis that the due to excessive connection, the worker's mental health is affected, triggering diseases such as stress, depression and Burnout Syndrome, as well as that some fundamental rights are violated, directly impacting on health.

Keywords: .Labor Law. Work Disconnection Right. Fundamental Rights. Excessive Connection. Worker's Mental Health.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 DIREITO DE DESCONEXÃO DO TRABALHO. 1.1 Histórico e Evolução. 1.2 Conceito. 1.3 Importância do Direito à Desconexão do Trabalho na atualidade. 2 IMPACTO DA CONEXÃO EXCESSIVA NA SAÚDE MENTAL DO TRABALHADOR. 2.1 Estresse Decorrente do Trabalho. 2.2 Depressão Decorrente do Trabalho. 2.3 Síndrome de Burnout. 3 DA VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM RAZÃO DA CONEXÃO EXCESSIVA. 3.1 Violação do Direito ao Lazer. 3.2 Violação do Direito à Limitação de Jornada. 3.3 Violação do Direito à Saúde do Trabalhador. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O Direito de Desconexão do Trabalho é uma garantia ao trabalhador de que ele terá seu tempo de descanso e lazer respeitados, bem como seu tempo com a família, sem ficar fisicamente, mentalmente e eletronicamente atrelado ao trabalho.

De forma geral o direito de desconexão do trabalho é um meio de priorizar a saúde do trabalhador visto que a conexão excessiva ao trabalho, ou seja, continuar trabalhando durante o tempo que deveria ser de não trabalho, pode trazer consequências graves à saúde do trabalhador, principalmente na saúde mental em razão de stress, pressão, ausência de descanso e de lazer.

Desde que se fala em organização do trabalho se fala também acerca da necessidade do tempo de não trabalho, todavia, a temática do direito de desconexão do trabalho ficou em maior evidência com o advento e constante

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

incremento das tecnologias no ambiente de trabalho, especialmente a partir da era da internet com as ferramentas de e-mail e mensagens instantâneas, bem como os aparelhos smartphones e tablets, os quais possibilitam sobremaneira o trabalho fora da sede física da empresa e em horário diverso daquele pactuado.

O objetivo do presente trabalho é analisar o Direito de Desconexão do Trabalho, verificando os impactos da conexão excessiva à saúde mental do trabalhador, bem como destacar a importância da observância desse direito de forma a ampliar a tutela do direito à sadia qualidade de vida no meio ambiente de trabalho e nos momentos de descanso e lazer e, ainda, abordar os direitos fundamentais que estão sendo violados em razão conexão excessiva do trabalho.

Com a introdução das tecnologias no ambiente de trabalho houve a facilidade de comunicação e de realização do trabalho em outros ambientes que não seja o ambiente de trabalho em si e em qualquer horário, trazendo com isso a conexão excessiva do trabalhador com seu trabalho e a violação de direitos fundamentais. Diante disso, necessário se faz a abordagem do Direito à Desconexão do ambiente de trabalho em prol da saúde física e mental do trabalhador, pois tudo o que há para se descobrir e melhorar a saúde, a condição prática e a vida do homem é algo relevante e nobre a ser estudado.

Para o desenvolvimento do presente trabalho foi utilizado o método de abordagem dedutivo, procedimento descritivo, utilizando técnica da documentação indireta, englobando a pesquisa documental (jurisprudências, Leis, normas) e bibliográfica (livros e artigos científicos).

O presente artigo estrutura-se em três capítulos, apresentando-se no primeiro a história, evolução, conceito e importância do Direito de Desconexão do Trabalho na atualidade. No segundo capítulo é verificada a saúde mental do trabalhador, envolvendo o impacto causado pela conexão excessiva. O terceiro capítulo aborda os direitos fundamentais que estão sendo violados em decorrência da conexão excessiva do trabalhador.

1 DIREITO DE DESCONEXÃO DO TRABALHO

1.1 Histórico e Evolução

Trabalho e não trabalho são dois assuntos conexos, não há como falar de um sem se remeter ao outro. A necessidade à desconexão do trabalho é assunto tão antigo quanto o surgimento do trabalho organizado pelas primeiras civilizações humanas, não há como falar sobre trabalho sem falar sobre a necessidade humana de descanso, ou seja, não trabalho, e vice-versa. Através dos tempos, trabalhadores e empregadores travaram longa luta para determinar o tempo que deveria ser dedicado ao trabalho e ao não trabalho, passando por diferentes enfoques de acordo com cada época. Essa luta, que perdura até os dias de hoje, e perdurará enquanto houver organização humana para o trabalho, eterna dialética, resultou em várias legislações sobre jornada de trabalho e redução de jornada de trabalho, imprescindível para produzir maior equilíbrio entre tempo de trabalho e tempo de não trabalho. No decorrer da história o homem vem buscando soluções para esse problema, criando jornada de trabalho, códigos de conduta, repouso semanal remunerado, intervalo entre jornadas, intervalo para almoço, férias, relógio de ponto, convenções coletivas, códigos de éticas, até chegarmos às Leis e ao contínuo aprimoramento delas.

"Em meio às disputas pelos tempos de trabalho e de não trabalho, os empregadores, por sua vez, continuam a criar maneiras para apoderar-se do tempo livre já conquistado" (CARDOSO, 2016, p. 66). Os empregadores, por seu turno, movidos pela força da produção de capital, vieram buscando meios para intensificar, flexibilizar e/ou estender o tempo de trabalho dos trabalhadores, tentando invadir o tempo livre conquistado. Paralelamente a tudo isso, entendimento de Cardoso (2009), o tempo de trabalho também veio sofrendo forte e longo processo de inovação tecnológica e organizacional. Segundo Cardoso (2016), a partir da década de 90 o mundo viu a grande "explosão" tecnológica, o surgimento de novas formas de trabalho, a necessidade da flexibilização do ambiente do trabalho, do tempo de trabalho e novas formas de disponibilidade do trabalhador num momento em que a produção de capital assim exige. Resultado de todas essas transformações, observa-se na sociedade contemporânea crescente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

segmentação e personalização do tempo de trabalho e surgimento de novas formas de trabalho.

Até então, segundo Dal Rosso (2008), costumava-se pensar que o tempo de trabalho era apenas aquele tempo em que o trabalhador estava confinado no local de trabalho apto a produzir diretamente ideias, serviços ou mercadorias. Esse pensamento mudou:

> Ao contrário, "tempos dedicados" ao trabalho definem as atividades relacionadas ao trabalho, diretamente ou indiretamente, que causam desgaste para o trabalhador, que desorganizam sua vida social e que, além de tudo, não são contabilizadas como trabalho e, consequentemente, não são objeto de remuneração ou compensação. (CARDOSO, 2016, p. 67)

Vive-se um momento da sociedade em que se pode afirmar - inúmeros autores declaram - que o tempo do trabalho se estende além do trabalho. Cardoso (2009) reconhece que se conviveem tempos dedicados ao trabalho,tempos esses de trabalhos que, conforme Dal Rosso (2008), são executados de forma intensa, tensa, extensa, flexível e imprevisível, resultando assim no abalo, cada vez mais crescente, da saúde do trabalhador.

Diante desse contexto, surgiram novas reivindicações, dentre as quais o Direito à Desconexão do Trabalho, como bem retrata Souto Maior (2003), pois trata-se da antiga luta da classe trabalhadora pelo tempo de não trabalho, pela retomada do tempo livre duramente conquistado. Juristas ao redor do mundo vêm trazendo o tema à tona e, no Brasil, Souto Maior, desde 2000, vem falando sobre o tema, lançando luzes e debates sobre o direito à desconexão do trabalho, ou luta contra o aumento do tempo de trabalho, de forma que esse direito, segundo o jurisconsulto, só será efetivo quando o trabalhador realmente, após o tempo "legal" de trabalho, desvincular-se totalmente dele, físico e mentalmente.

Em 2010, na França, segundo Cardoso (2016), novos termos foram criados e debatidos na seara trabalhista, tais como: assédio numérico, grande número de solicitações informacionais gerando uma sobrecarga informacional, tempo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

escolhido, conexão em todos os espaços e tempos, hiper conexão, agonia de estar desconectado, entre outros. A partir da introdução desse debate, os franceses reivindicaram normas para tutela do direito de desconexão.

Em decorrência disso, um dos primeiros países a criar uma Lei que prevê o direito aos trabalhadores a se desconectarem do trabalho foi a França, em 2016. Antes da criação dessa Lei ocorreu a composição de um acordo em meados de 2013, também na França, que abordou o tempo de desconexão do trabalho:

> Na França, o acordo de abrangências nacional e interprofissional chamado "Em Direção de uma Política de Melhora da Qualidade de Vida no Trabalho e da Igualdade Profissional", de meados de 2013, também aborda a questão do "tempo de desconexão". Em seu artigo 17, "Promover uma Gestão Inteligente das TIC's ao Serviço da Competitividade das Empresas Respeitando a Vida Privada dos Trabalhadores", a avaliação é que as TIC's podem destruir os limites entre lugar e tempo de trabalho e de não trabalho, gerando impactos negativos para a vida do trabalhador. Assim, entre as ações previstas no acordo, merece destaque aquela que determina às empresas que, após sondarem dos trabalhadores o que eles acham do uso das TIC's, criem meios para possibilitar a conciliação entre vida profissional e vida pessoal, bem como para a possibilidade de efetivos "tempos de desconexão". (METTLING apud CARDOSO, 2016, p. 78)

Após o referido acordo, houve a ediçãoda Lei francesa de n. 2016-1088 de 08 de agosto de 2016 que, consoante Melo e Rodrigues (2018), apresentou a possibilidade de acordo entre trabalhadores e empregadores. Havendo acordo, a lei regulamenta como deverão se comportar as partes envolvidas, por meio de indicações de procedimentos que permitam asseverar o direito à desconexão do trabalho, bem como orienta a capacitação de funcionários e dispositivos capazes de regular o uso razoável de ferramentas digitais fora do expediente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No Brasil, apesar de não haver uma legislação específica, a Carta Magna prevê como Garantia Fundamental o descanso, a fim de que o trabalhador restaure sua energia, mantenha preservada sua saúde e garanta a convivência familiar e social. Em seus artigos 6º e 7º a Lei Maior traz mecanismos que visam proteger a vida, o descanso e a saúde do trabalhador, bem como a melhoria de sua condição social, pois estão entre os direitos sociais a saúde e o lazer.

> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.
>
> Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
>
> XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;
>
> [...]
>
> XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;
>
> [...]
>
> XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
>
> [...]
>
> XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

Em que pese já haver bastante informação a respeito deste tema no Brasil, além de debates sobre o assunto, julgados do TST, e implicitamente o direito estar contido na Constituição, ainda não há uma Lei específica que garanta o direito à desconexão do trabalho.

De forma ampla, em concordância com Cardoso (2016) e Dal Rosso (2008), a preocupação dos atores sociais é que as mudanças referentes ao tempo do trabalho

reduzam direitos já conquistados, ampliem as possibilidades de flexibilização com obrigações que extrapolem os limites diários da jornada do trabalho, provoquem o aumento da demanda de trabalho físico, mental ou emocional, fracionem o tempo de repouso, prejudiquem a saúde mental e física do trabalhador, diminuam as responsabilidades do empregador pelos danos oriundos da imposição ao empregado à conexão excessiva, piorem a qualidade de vida no trabalho, causem desigualdades profissionais, permitam descaso com a vida privada e os tempos de repouso do trabalhador. Essa pressão ávida, forte, longa e histórica sobre o trabalhador vem da busca desenfreada pela obtenção de lucro e diminuição de gastos que os empregadores demandam. De tal forma que desencadeou a necessidade da tutela do Direito à Desconexão do Trabalho, surgindo para garantir ao trabalhador qualidade de vida dentro e fora de seu ambiente do trabalho e proporcionar o seu descanso com total desconexão ao trabalho.

1.2 Conceito

O Direito de Desconexão do Trabalho nada mais é que o direito de não trabalho. As normas de limitação de jornada, de fruição de intervalos interjornadas e intrajornadas, de gozo de repouso semanal, bem como as normas de garantia de lazer e descanso, todas expressas na CLT e na Constituição Federal de 1988, definem, de certa forma, porém limitadamente, o Direito de Desconexão do Trabalho.

Todavia, o Direito de Desconexão do Trabalho tem uma abrangência muito maior quando se considera a atualidade em que vivemos, qual seja, a era da tecnologia que proporciona a realização do trabalho em qualquer hora e em qualquer lugar, sem limitações, visto que as consequências da conexão excessiva implicam diretamente na vida do trabalhador, a qual se encontra comprometida pelo uso indiscriminado das ferramentas telemáticas no ambiente laboral.

Para Silva (2011), o direito à desconexão do ambiente de trabalho é inerente a todo e qualquer empregado e consiste no desligamento físico e mental do empregado ao ambiente de trabalho.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Melo e Rodrigues (2018) conceituam o direito de desconexão como sendo um limite ao excesso de conectividade ao trabalho a fim de garantir a sadia qualidade de vida ao trabalhador. "É o direito que o trabalhador tem de não estar à disposição do empregador em seus momentos de folga, férias, feriados, com a finalidade de descansar e se revigorar física e mentalmente" (MELO E RODRIGUES, 2018, p.76).

Souto Maior (2003, p.1) além de definir o Direito de Desconexão ressalta sua importância do seguinte modo:

> A pertinência situa-se no próprio fato de que ao falar em desconexão faz-se um paralelo entre a tecnologia, que é fator determinante da vida moderna, e o trabalho humano, com o objetivo de vislumbrar um direito do homem de não trabalhar, ou, como dito, metaforicamente, o direito a se desconectar do trabalho. Mas, esta preocupação é em si mesma um paradoxo, revelando, como dito, as contradições que marcam o nosso mundo do trabalho. A primeira contradição está, exatamente, na preocupação com o não trabalho em um mundo que tem como traço marcante a inquietação com o desemprego. A segunda, diz respeito ao fato de que, como se tem dito por aí à boca pequena, é o avanço tecnológico que está roubando o trabalho do homem, mas, por outro lado, como se verá, é a tecnologia que tem escravizado o homem ao trabalho. Em terceiro plano, em termos das contradições, releva notar que se a tecnologia proporciona ao homem uma possibilidade quase infinita de se informar e de estar atualizado com seu tempo, de outro lado, é esta mesma tecnologia que, também, escraviza o homem aos meios de informação, vez que o prazer da informação transforma-se em uma necessidade de se manter informado, para não perder espaço no mercado de trabalho.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> E, por fim, ainda no que tange às contradições que o tema sugere, importante recordar que o trabalho, no prisma da filosofia moderna, e conforme reconhecem vários ordenamentos jurídicos, dignifica o homem, mas sob outro ângulo, é o trabalho que retira esta dignidade do homem, impondo-lhe limites enquanto pessoa na medida em que avança sobre a sua intimidade e a sua vida privada.

Portanto, o Direito de Desconexão do Trabalho é uma garantia ao trabalhador de que ele terá seu tempo de descanso e lazer respeitados, bem como seu tempo com a família, sem ficar fisicamente, mentalmente e eletronicamente atrelado ao trabalho.

De forma geral o direito de desconexão do trabalho é um meio de priorizar a saúde do trabalhador visto que a conexão excessiva ao trabalho, ou seja, continuar trabalhando durante o tempo que deveria ser de não trabalho, pode trazer consequências graves à saúde do trabalhador, principalmente na saúde mental em razão de stress, pressão, ausência de descanso e de lazer, todos frutos do trabalho a qualquer hora e em qualquer lugar proporcionado pelo uso indiscriminado da tecnologia, tal como smartphones, tablets, e-mail e aplicativos de mensagens instantâneas.

1.3 Importância do Direito à Desconexão do Trabalho na atualidade

Nunca antes se falou tanto sobre direito à desconexão do trabalho.A tecnologia moderna celebra "acrítico namoro com as máquinas, combinado com o profundo distanciamento do povo" (BERMAN, 2007, p. 37). Segundo Berman (2007), que cita Lawrence e Lukács, o desenvolvimento da indústria é radical negação do desenvolvimento emocional.Infelizmente a energia humana não está centrada na boa construção social, capacidade tem, mas o dinheiro aparece como extensão humana e poder sobre outros homens e circunstâncias. A busca insaciável pelo desenvolvimento deixa uma devastação sem precedentes, poucas organizações do trabalho funcionam como gostaríamos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Relata De Masi (2006) que com o desenvolvimento da tecnologia também surgiram outras formas de trabalho movidas pela rapidez instantânea da internet, informática e telecomunicação. Tudo ficou mais fácil:

> Telecomunicações por alta frequência, transmissão de dados e da voz, novos instrumentos para os quais convergem todos os meios de comunicação e que permitem gerir com um único eletrodoméstico tanto o trabalho quanto a diversão, tanto a informação quanto a formação. Tudo a custos cada vez menores. (DE MASI, 2006, p. 178)

Não só o computador, a internet sem fio, o leitor de livros eletrônicos, o compartilhamento de arquivos online, mas especialmente não se pode deixar de falar do agora imprescindível smartphone.Toda vida humana ganhou incrível velocidade e conectividade na palma das mãos. O mundo não é mais o mesmo, de acordo com o famoso instituto citado por De Mais (2006, p. 179):

> O Stanford ResearchInstitute registrou que a revolução eletrônica "mudou o modo de cobrar impostos, de gerir negócios, de empregar as próprias economias, de ensinar (e de aprender) na escola, de trabalhar na fábrica e no escritório; tem influenciado a maneira de se comunicar e de se divertir dos jovens, com o *boom* dos videojogos. Inovou o modo de escrever livros e jornais, de fazer cinema e espetáculos. Criou novas profissões e aposentou outras; desordenou setores econômicos inteiros, redesenhando o território competitivo das empresas".

Talvez já não existam empresas que não dependam de tecnologia e, se alguns trabalhos ainda coexistem sem a informática, ser digital já virou quase uma característica humana.

Não só a tecnologia produziu profundas mudanças, do mesmo modo, afirma De Masi (2006), a forma organizacional do trabalho mudou como os seres humanos se relacionam, organizam seus próprios recursos e aumentam seu rendimento. No mesmo sentido:

> A propagação de informações abertas acessíveis por qualquer um a partir de qualquer lugar, em velocidade nunca antes vista, continua mudando o comportamento das pessoas, das empresas, dos sindicatos, dos governos, de grupos e subgrupos sociais. A nova sociedade é marcada pela produção, transmissão e gestão da informação e do conhecimento. As novas tecnologias estão revolucionando as estruturas sociais. (MELO; RODRIGUES, 2018, p. 50)

De Masi (2006) retrata ainda que o trabalho agora pode ser realizado em qualquer lugar, em qualquer horário, a formação do trabalhador é contínua, o que pode ser considerado tanto uma benção quanto uma maldição, pois: o trabalhador pode ser mortificado ou gratificado, o trabalhador pode ser um colaborador ou um antagonista, pode agir com medo ou ser um entusiasta, pode dar orgulho ou decepção.Nunca, até então, o trabalhador havia sido tão pressionado, forçado a realizar enorme demanda, estar disponível em tempo integral, prestar solicitações permanentes e desassistido de políticas que garantam sua saúde e sua qualidade de vida nessas condições.

Ao mesmo tempo que a tecnologia trouxe uma liberdade (aparente) e flexibilidade no modo de trabalhar, ela aprisionou o empregado na medida que o volume de trabalho aumenta proporcionalmente com o volume da conexão.

Numa era em que se fala muito de dependência das tecnologias, no meio ambiente de trabalho a dependência tecnológica é imposta por exigência do emprego: um email que tem que ser respondido na hora, um documento compartilhado online que precisa ser analisado naquele exato momento, dúvidas da chefia que precisam ser tiradas por meio de aplicativo de mensagem instantânea. Tudo se tornou urgente, sem dar chance ao empregado de se desconectar.

Sabe-se não ser novidade o objeto de estudo a desconexão do trabalho - proteção ao lazer ou descanso, ao não trabalho -, todavia, jamais na história a sociedade precisou tão urgentemente pensar profundo sobre o assunto. Como é visto, o mundo mudou e continua mudando em ritmo acelerado, impondo ao trabalhador extrema conexão ao trabalho, sobrecarga e estresse. O trabalhador

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

encontra-se desamparado de uma gestão humana e inteligente, de meios que possibilitem a conciliação entre vida profissional e pessoal, medidas positivas de proteção ao sofrimento, à saúde e ao repouso, enfim, desprotegido, sem uma legislação que garanta dignidade e verdadeira desconexão. Daí a atualidade do tema e sua importância. Necessário se faz pensar, promover debates públicos, e em sintonia com Cardoso (2016), não basta pensar apenas as consequências, mas se deve pensar as causas diretas e indiretas e, politicamente, criar uma legislação que promova condutas éticas de empregado e empregador.

Ressalta-se que a tecnologia não é a vilã, pelo contrário, o avanço tecnológico otimizou os recursos, aumentou a produtividade, maximizou os lucros e expandiu os negócios. Todavia, o que se frisa aqui é que o avanço tecnológico não pode, em contrapartida, fazer com que os direitos dos trabalhadores retrocedam, especialmente no que concerne ao direito social de saúde. Daí a importância de garantir ao trabalhador o seu direito de desconexão do trabalhado.

Fundamental se faz, portanto, compatibilizar o avanço tecnológico com um meio ambiente sadio para o trabalhador, pois enquanto não houver limitações à conexão, ou seja, enquanto o seu direito à desconexão estiver sendo suprimido, o trabalhador continuará sofrendo abalos contínuos na saúde.

2 IMPACTO DA CONEXÃO EXCESSIVA NA SAÚDE MENTAL DO TRABALHADOR

A higidez mental e atenção psicossocial no trabalho merecem destaque no contexto atual devido as tendências das políticas mundiais no sentido de compreender as dimensões da saúde humana de uma maneira mais global, pois tais fatores têm o potencial de contribuir ou afetar o bem-estar físico e mental e produzir doenças. Nesse sentido:

> Em um momento global de aumento dos índices de casos relativos aos transtornos mentais manifestados entre os trabalhadores, pensar a saúde mental no contexto da relação de trabalho é imprescindível, principalmente porque, inobstante suas causas possam também estar associadas a fatores extralaborais, inafastável a premissa ordinária

> segundo a qual parte importante do tempo diário da pessoa humana se faz envolvida com o labor (PEREIRA, 2019, p. 100)

O quadro de transtornos mentais no trabalho surge da exigência cada vez mais acentuada pela alta produtividade, pelo modo desmedido de cobrança gerencial, em um cenário em que os trabalhadores precisam manter o seu trabalho e os empregadores exercem grande controle da jornada, decidindo os horários de trabalho, objetivos e metas a serem cumpridos, determinando prazos e, consequentemente os horários de não trabalho, utilizando-se para isso da tecnologia, portanto, conforme menciona Cardoso (2016, p. 70):

> Não é difícil entender por que os trabalhadores dizem que continuam a trabalhar no tempo livre, que continuam preocupados com o trabalho, que se sentem cansados e sem tempo para a família. Sem contar o fato de perderem, cada vez mais, a possibilidade de programar seus tempos de não trabalho.

O excesso de trabalho e sua conexão causam o sentimento de incapacidade para realizá-lo, medo do fracasso, decepção, aflição, impotência diante de tantas exigências e cobranças.

Inicialmente, em um mundo que gira em torno do capital, é bastante natural que se exija a não desconexão e requeira do trabalhador que trabalhe mesmo fora do ambiente de trabalho. A princípio a conexão pode até ser vista como reconhecimento pelos bons serviços prestados e garantia de um emprego que se torne permanente, instrumentos de trabalho, tais como celulares e notebooks, para uso fora da jornada, também podem ser vistos como uma forma ou possibilidade de se diferenciar dos colegas de trabalho (CARDOSO, 2016, p. 71). Todavia, Cardoso (2016, p. 71), aponta que "com o tempo, os impactos negativos para a vida pessoal e para a saúde vão se manifestando e ficando mais evidentes".

Souto Maior (2003, p. 2), esclarece- como culturalmente o trabalho aparece como identificador da própria condição humana:

> Não é simples essa tarefa, na medida que remexe com conceitos jurídicos e culturais que estão há muito arraigados

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> à nossa tradição. Fruto de uma concepção formada na sociedade dita industrial, embora, filosoficamente já se diga que estamos na era pós-industrial, o trabalho aparece como identificador da própria condição humana. Como diria o cantor Fagner: "...e sem o seu trabalho, o homem não tem honra..." Durante muito tempo, portar a Carteira de Trabalho era a demonstração cívica de não ser um "vagabundo", o que embora não fosse um crime, já era suficiente para marginalizar a pessoa.
>
> [...]
>
> O trabalho, mesmo com todo o quadro que se desenha no mundo do trabalho e que nega por si só o seu valor (e a prova disso é a constante diminuição dos 3 níveis salariais), ainda é extremamente significativo para as pessoas, a ponto de se manter uma postura social discriminatória com relação a quem não trabalha, mesmo sabendo-se, como se sabe, das extremas dificuldades para encontrar uma ocupação. Por isto, nos vemos forçados ao trabalho até mesmo para não sermos discriminados pela sociedade. (SOUTO MAIOR, 2003, p. 2-3).

Diante desse panorama, os sintomas das enfermidades mentais começam a surgir e a primeira manifestação é o estresse, podendo evoluir à depressão e até à síndrome de burnout, considerada por médicos e especialistas da doença como a doença do trabalho do século XXI.

2.1 Estresse Decorrente do Trabalho

Segundo a Biblioteca Virtual em Saúde o estresse é uma reação natural do organismo diante de uma situação de perigo ou ameaça, colocando o organismo em estado de alerta, provocando alterações físicas e emocionais. Quando o organismo consegue voltar ao seu estado de equilíbrio ou se adaptar ou eliminar o problema, este não é diagnosticado como patologia, entretanto, quando há comprometimento físico ou mental é identificado como doença.

O estresse laboral mental "instala-se quando as tensões física, mental ou emocional excedem a capacidade física e social que o indivíduo mobiliza para a superação das resistências". (PEREIRA, 2019, p. 120)

A conexão excessiva provoca situações de tensão a medida que o trabalhador se vê obrigado, em razão do medo de perder o emprego, a estar disponível 24 horas por dia para realizar alguma atividade relacionada a trabalho. Em decorrência disto:

> Como efeitos do quadro de estresse ocupacional, a doutrina médica aponta a diminuição da autoestima por parte do trabalhador vítima da situação estressora, passando à desmotivação e ao isolamento, porquanto o sujeito desconstrói suas relações de convívio sociolaboral. A agressão psíquica continuada produz alterações imunitárias, diminuindo ainda a resistência a processos infecciosos. Aumentam os casos de acidente do trabalho típico e de doenças ocupacionais, gerando reflexos danosos também à instituição em que atua e à sociedade. Para a organização, identificam-se a baixa na produtividade, o aumento de custos com a contratação de novos trabalhadores e treinamento; em casos eventuais - principalmente no contexto de micro e pequenas empresas, verifica-se até mesmo a falência. Na esfera mais ampla da sociedade, verificam-se repercussões na família, no convívio social; para o Estado, registram-se o aumento de benefícios previdenciários concedidos e de custos com o Sistema Único de Saúde. (PEREIRA, 2019, p. 122-123)

2.2 Depressão Decorrente do Trabalho

A depressão é chamada por vários especialistas de "a doença do século", sendo, no Brasil, a segunda maior causa de afastamentos do trabalho. A Organização Mundial da Saúde define a depressão como transtorno mental comum caracterizado pela tristeza persistente, falta de interesse em realizar atividades,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ausência de prazer, oscilações entre sentimentos de culpa e baixa autoestima, distúrbios do sono ou do apetite, além de sensação de cansaço e falta de concentração.

O trabalhador submetido à conexão excessiva de trabalho passa por pressão da chefia, carga horária excessiva, ausência de lazer, ritmo intenso de trabalho, o que, consequentemente, abala a sua saúde psíquica, podendo desencadear um quadro de depressão.

Conforme Almeida (2016), o excesso de jornada, uma das consequências da conexão excessiva,é um dos maiores motivos para a depressão.

A jurisprudência entende que os quadros depressivos podem ser plenamente enquadrados no conceito de acidente do trabalho, mesmo que por equiparação, conforme definido pelo art. 21, I, da Lei 8.213/91, visto que, ainda que o trabalho não tenha sido a única causa, os eventos traumáticos vivenciados pelo trabalhador em função do seu trabalho podem colaborar, efetivamente, para o desenvolvimento da depressão. (BRASIL, Acórdão. TRT 3ª Região. Sétima Turma. 25 jun. 2018).

2.3 Síndrome de Burnout

Síndrome de Burnout ou Síndrome do Esgotamento Profissional é o pior mal que um trabalhador pode adquirir. É um distúrbio emocional em que a principal causa é o excesso de trabalho. Ainda conceituando:

> O primeiro a manejar a denominação foi Hebert Freudenberger, (psicanalista alemão naturalizado americano), em 1974, quando elaborou o artigo denominado Staff Burn-Out para descrever uma síndrome composta por exaustão, desilusão e isolamento em trabalhadores da saúde. Nos EUA foram realizados os primeiros estudos na área, incidindo sobre a população de profissionais da área de saúde, educação e serviços humanos.
>
> [...]
>
> O sentido da expressão burn-out ou burnout, proveniente do inglês, faz referência ao que deixou de funcionar por absoluta

> falta de energia; ou seja, metaforicamente, retrata a condição daquela pessoa que ultrapassou seu limite de resiliência, acarretando prejuízos diretos em seu desempenho físico e mental. (PEREIRA, 2019, p. 126)

Trabalho desgastante, competitividade excessiva, atividades exigidas fora do horário de trabalho, cobrança em demasia sob forma de pressão, atividades laborais que exigem responsabilidade constante e excesso de conexão podem levar ao desequilíbrio entre a vida privada e de trabalho e contribuir para o aparecimento da Síndrome de Burnout. Em complemento:

> A exaustão emocional implica na sensação de esgotamento físico e emocional. Decorre da constatação quanto a inexistir energia para a continuidade do trabalho, o que conduz o cotidiano laborativo à penosidade e ao sofrimento patológico. Tem-se a manifestação de sentimentos de desesperança, solidão, raiva, impaciência, irritabilidade, tensão, diminuição de empatia, sensação de baixa energia, fraqueza etc. A desumanização se revela pelo comportamento de isolamento emocional no que toca aos destinatários do trabalho e aos próprios colegas de labor. Os contatos ficam impessoais, desprovidos de afetividade, desumanos. Desenvolve-se uma sensação de alienação em relação aos outros, convolando, a sua própria presença, em algo indesejado e desagradável. Essa etapa vem, até mesmo, a ser considerada como um mecanismo defensivo da síndrome. Por fim, a realização pessoal no trabalho decresce, não mais se apresentando a satisfação, ocorrendo a redução da eficiência no trabalho. Há um descontentamento pessoal e o trabalho passa a ser um fardo. (PEREIRA, 2019, p. 127)

As causas podem ser variadas, é necessário verificar características pessoais da personalidade, atividades exercidas, meio ambiente do trabalho, fatores estressantes e o que de fato contribui para o aparecimento da patologia, não se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

pode deixar de refletir sobre uma doença tão devastadora da saúde mental. Nesse sentido:

> A síndrome de burnout produz consequências correspondentes para o indivíduo vitimado, para a organização em que trabalha, para o próprio trabalho/atividade e para a sociedade. Para os enfermos, seus impactos são distribuídos em 4 categorias: físicos (fadiga constante, distúrbios do sono, cefaleias, perturbações gastrointestinais, transtornos gastrointestinais, disfunções sexuais etc.), psíquicos (falta de atenção, alterações de memória, sentimento de alienação, de solidão, de insuficiência, impaciência, baixa autoestima, instabilidade emocional, depressão etc.), comportamentais (negligência ou excesso de escrúpulos, irritabilidade, aumento da agressividade, incapacidade para relaxar, dificuldade em aceitar mudanças, perda e iniciativa, comportamento de alto risco, suicídio) e defensivos (isolamento, perda de interesse no trabalho absenteísmo, ironia, cinismo) (502). No que tange ao trabalho/atividade e à organização, constata-se a redução da qualidade laborativa e a predisposição para acidentes; os indivíduos com a síndrome são tendentes a largar o trabalho, tanto fisicamente como psicologicamente; investem menos tempo e energia no labor, realizando o estritamente necessário e faltando com mais frequência. Trabalham menos e não trabalham bem. Diminuem a qualidade e a quantidade do trabalho, o que não atende à exigência de desempenho em alta qualidade com dispêndio de tempo, esforço, compromisso e criatividade. Na dimensão social, o paciente acometido pela síndrome tem por comprometidas as suas relações interpessoais com os colegas de trabalho, o cônjuge e os filhos; os clientes que lhe acessam são mal atendidos,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> assimilando prejuízos físicos, emocionais ou financeiros que, sucessivamente, podem se estender aos seus familiares e ao seu ambiente de trabalho. (PEREIRA, 2019, p. 128-129)

A materialização da saúde psíquica do trabalhador depende de meio ambiente de trabalho saudável e respeito à desconexão, esse é o desafio.

3 DA VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS EM RAZÃO DA CONEXÃO EXCESSIVA

Direitos fundamentais são os direitos considerados básicos, necessários, essenciais, imprescindíveis, indispensáveis e vitais à vida da pessoa, de tal forma que estão intimamente vinculados ao super princípio da dignidade da pessoa humana.

No Brasil, tais direitos estão elencados na Constituição Federal de 1988 a partir do artigo 5º até o artigo 17, além de outras partes do texto constitucional, bem como nos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja signatário.

Os direitos fundamentais são classificados classicamente em 3 gerações (1ª geração: direitos da liberdade, 2ª geração: direitos sociais, 3ª geração: direitos da fraternidade ou solidariedade humana) e modernamente em 5 (4ª geração: direitos da biotecnologia, da bioética, da informática; 5ª geração: direito à paz).

Os direitos sociais, dentre eles o do trabalho, lazer, descanso e saúde – os quais serão assuntos específicos deste capítulo – são direitos de 2ª geração. Os direitos de 2ª geração surgiram da busca do indivíduo por qualidade de vida prestada e garantida pelo Estado/empregador.

> A relação dos direitos fundamentais de segunda dimensão se inicia com a Revolução Industrial, que favoreceu movimentos da classe operária, na busca pela conquista de direitos, fazendo desenvolver o bem-estar social, o Welfare State, através do qual o Estado passa a desenvolver políticas que visam à prestação aos cidadãos, para a melhoria da qualidade de vida e a ratificação da dignidade. Nesse ponto, é insuficiente um Estado que não serve seu povo, devendo estar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> ele sempre atento às demandas de feição social. (SOARES, 2017, p.27)

Tais direitos buscam dignificar o homem enquanto indivíduo visando garantir a tutela do seu direito à educação, moradia, trabalho, saúde, lazer, segurança, transporte, dentre outros que dignifiquem sua existência. Nesse sentido:

> [...] os direitos de segunda geração possuem um objeto diferente. Eles impõem diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, no intuito de possibilitar aos seres humanos melhor qualidade de vida e um nível razoável de dignidade como pressuposto do próprio exercício da liberdade. Nessa acepção, os direitos fundamentais de segunda geração funcionam como uma alavanca ou uma catapulta capaz de proporcionar o desenvolvimento do ser humano, fornecendo-lhe as condições básicas para gozar, de forma efetiva, a tão necessária liberdade (MARMELSTEIN, 2008, p. 51).

Observa-se que, incluído no conceito de vida digna, os direitos sociais englobam também as questões relativas ao trabalho digno, inferindo-se que para a pessoa ter uma vida digna, ela necessita conjuntamente de um trabalho e mais, que o seu trabalho seja digno, a exemplo, um trabalho que seja remunerado, com duração razoável, intervalos de descanso e ambiente sadio.

> (...) as denominadas "liberdades sociais", do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como do reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso semanal remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação de jornada de trabalho, apenas para citar alguns dos mais representativos. (SARLET, 2001, p.52)

Quando o trabalhador não tem garantido o seu direito de desconexão do trabalho, alguns dos seus direitos sociais, fundamentais, são violados, tais como seu

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

direito fundamental ao lazer, seu direito fundamental de limitação de jornada e seu direito fundamental à saúde, os quais serão abordados a seguir.

3.1 Violação do Direito ao Lazer

No ordenamento jurídico brasileiro, o lazer está elencado como um dos direitos sociais fundamentais expressos no artigo 6º da Constituição Federal de 1988.

Seu conceito é muito mais amplo do que uma simples oposição ao conceito de trabalho, ou seja, lazer, além de ser o tempo de não trabalho, é também tempo para favorecer qualidade de vida para o homem, seja individual, social ou familiar.

> (...) o lazer é um conjunto de ocupações às quais o indivíduo pode entregar-se de livre vontade, seja para repousar, seja para divertir-se, recrear-se e entreter-se ou, ainda para desenvolver sua informação ou formação desinteressada, sua participação social voluntária ou sua livre capacidade criadora após livrar-se ou desembaraçar-se das obrigações profissionais, familiares e sociais. (DUMAZEDIER apud CALVET, 2006, p. 28)

Contudo, com o avanço da tecnologia e a falta de limitação do seu uso fora do ambiente do trabalho, após a jornada "normal" de trabalho, o direito social fundamental de lazer acaba sendo violado.

A partir do momento que, estando fora da jornada de trabalho, gasta-se tempo para responder uma mensagem instantânea do chefe, para enviar um e-mail com uma planilha de projeto, para solucionar dúvidas do colega de trabalho por telefone, dentre outras atividades correlatas ao trabalho, ou seja, conexão excessiva com o trabalho, gasta-se o tempo que deveria ser dedicado ao lazer.

Ao gastar o tempo de lazer com atividades de trabalho, o trabalhador perde seu tempo de descanso e seu tempo de diversão, atos que impactam diretamente na saúde do trabalhador.

Segundo Melo e Rodrigues (2018, p. 76), "o direito ao lazer está ligado diretamente à dignidade da pessoa humana e o próprio direito a saúde, vez que a ausência de descanso prejudica a saúde física e mental do ser humano".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Tempo para o lazer, englobando o descanso, a diversão e o desenvolvimento pessoal e social, é uma necessidade biológica, fisiológica, além de social, do homem.

> A função do descanso encontra-se ligada à questão biológica do ser humano, uma vez que tem por escopo proporcionar a reposição da energia gasta no trabalho, seja do ponto de vista físico, seja do psicológico. Já a função do divertimento, recreação e entretenimento funcionaria para evitar a fadiga, que seria o efeito nefasto da monotonia das tarefas parcelares sobre a personalidade do trabalhador no sentido de viabilizar uma ruptura com a disciplina da vida cotidiana, uma fuga por meio do divertimento, o que acaba viabilizando que o indivíduo possa, após, continuar suportando o fardo da vida rotineira. Quanto à função do desenvolvimento da personalidade, permite o lazer uma participação social maior e mais livre, a prática de uma cultura desinteressada do corpo, da sensibilidade e da razão, além da formação prática e técnica, suscitando no indivíduo libertado de suas obrigações profissionais, comportamentos livremente escolhidos e que visem ao completo desenvolvimento da personalidade, dentro de um estilo de vida pessoal e social. (CALVET, 2006, p. 28)

Quando as necessidades biológicas, fisiológicas e sociais do trabalhador são usurpadas, as consequências impactam diretamente na sua saúde.

> O direito fundamental à saúde é direito básico diretamente ligado à vida e à integridade física, e pressupõe não apenas a ausência de doenças, mas importa em qualidade de vida, completo bem-estar físico e mental. Assim o descanso e o lazer são fundamentais ao cuidado com a saúde e a dignidade da pessoa humana. [...] O legislador constituinte, ao colocar o lazer como direito social ao lado do direito ao trabalho,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> demonstrou reconhecer a necessidade de lazer e desconexão, reconhecendo igualmente a dimensão social e humana do trabalhador, possibilitando seu completo bem- -estar físico e mental. (MELO; RODRIGUES, 2018, p. 77)

3.2 Violação do Direito à Limitação de Jornada

No ordenamento jurídico brasileiro, a limitação de jornada está estabelecida no rol dos direitos fundamentais dos trabalhadores urbanos e rurais expressos no artigo 7º da Constituição Federal de 1988.

> O objetivo da Constituição ao limitar a jornada de trabalho (inc. XIII, art. 7º) foi conferir ao trabalhador tempo para seu lazer e descanso em contraponto ao trabalho em tempo integral estimulado pelo uso das novas tecnologias. Os direitos sociais visam possibilitar melhores condições. (MELO; RODRIGUES, 2018, p. 77)

A ideia de limitação de jornada surgiu por meio de lutas da classe operária em face da extensa e sacrificante duração da jornada de trabalho exigida pelo mundo capitalista, após várias constatações do alto número de acidentes do trabalho relacionados diretamente com a duração da jornada.

> A limitação da jornada de trabalho no Estado Social e Democrático de Direito é fruto de diversas constatações médicas associadas à questão da saúde da pessoa humana, pois cientificamente comprovado está a necessidade de que o tempo laboral seja distribuído de modo adequado, a fim de ser preservada a saúde do indivíduo trabalhador que, já pela sua condição de hipossuficiência econômica, tende a transigir mesmo com suas necessidade fisiológicas mais básicas, em busca de um lugar ao sol que se abre, normalmente, para um grupo seleto de pessoas que fazem parte da elite do mercado global. (BRANCO, 2007, p. 131)

Diante deste cenário, houve a conquista pelos trabalhadores do direito de limitação da jornada, classicamente, para oito horas diárias e quarenta e quatro

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

horas semanais, tendo inclusive um pagamento adicional pelas horas extraordinárias laboradas.

Todavia, com o advento da tecnologia possibilitando a conexão com o trabalho a qualquer hora e qualquer lugar, o trabalhador que, após cumprir sua jornada "padrão" de 8 horas, vai embora do trabalho, mas continua trabalhando, está tendo o seu direito de limitação de jornada violado.

Responder a um e-mail que o fornecedor mandou, levar expediente para fazer em casa, providenciar uma planilha que o chefe pediu de última hora para apresentar na reunião do dia seguinte, atender e fazer ligações para resolver questões do trabalho, por exemplo, são atividades que caracterizam uma conexão com o trabalho, ainda que fisicamente fora dele. Ao continuar conectado com o trabalho por qualquer outro meio, tecnológico ou não, o trabalhador está ultrapassando o seu limite de jornada, ensejando horas extraordinárias de trabalho.

Souto Maior (2013), adverte que a prática de horas extraordinárias prestadas de forma regular é uma prática que requer preocupação do direito de desconexão do trabalho, visto que além de não haver o pagamento do adicional correspondente, interfere na saúde do trabalhador.

Klippel (2016) menciona que a observância do direito à limitação de jornada é capaz de reduzir os números negativos de casos de adoecimento do trabalhador brasileiro, uma vez que o excesso de jornada muitas das vezes é o grande causador desse adoecimento.

3.3 Violação do Direito à Saúde do Trabalhador

No ordenamento jurídico brasileiro, a saúde está elencada como um dos direitos sociais fundamentais expressos no artigo 6º da Constituição Federal de 1988.

Seu conceito é muito mais amplo do que a ausência de doença ou enfermidade. Segundo definição da Organização Mundial de Saúde, a qual também é adotada pela legislação brasileira, saúde é um estado de completo bem-estar físico, mental e social.

Logo, para que a saúde do homem esteja em seu estado completo, é necessário observar inclusive a saúde do homem enquanto trabalhador.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Melo e Rodrigues (2018) mencionam que o direito de desconexão está ligado ao exercício do direito à saúde.

A conexão excessiva ao trabalho, a qual enseja a realização do trabalho a qualquer hora, qualquer lugar e por qualquer meio, aumenta sobremaneira a jornada do trabalhador, proporcionalmente diminuindo seu tempo de lazer e descanso. Pressão para terminar logo um trabalho, cansaço por exceder sua jornada, horas na mesma posição, dentre outras, são condições que ao final impactam diretamente e profundamente na saúde do trabalhador.

> [...] o trabalho em excesso prejudica a saúde mental, gerando, dentre outras doenças, a síndrome de fadiga crônica, relacionada ao estresse, depressão e outros distúrbios psiquiátricos. Além disso, tal excesso impede o descanso necessário ao corpo, que deve valer-se dos intervalos intrajornada e interjornada para uma recuperação adequada, que são suprimidos ou reduzidos ilegalmente diante do trabalho em demasia. Tal preocupação é crescente, já que os trabalhadores brasileiros estão trabalhando e adoecendo cada vez mais. (KLIPPEL, 2016, p.55)

Como visto, proporcionar ao trabalhador efetivas horas de lazer e descanso, bem como limitar a jornada de trabalho, garantindo seu direito de desconexão, são medidas de proteção indispensáveis à saúde do trabalhador.

CONCLUSÃO

Com a introdução das tecnologias no ambiente de trabalho houve a facilidade de comunicação e de realização do trabalho em outros ambientes que não seja o ambiente de trabalho em si, e em qualquer horário, trazendo com isso a conexão excessiva do trabalhador com seu trabalho.

Sabe-se não ser novidade o direito à desconexão do trabalho, todavia, jamais na história a sociedade precisou tão urgentemente pensar profundo sobre o assunto.

Como é visto, o mundo mudou e continua mudando em ritmo acelerado, impondo ao trabalhador extrema conexão ao trabalho, sobrecarga e estresse. A era

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

da tecnologia proporciona a realização do trabalho em qualquer hora e em qualquer lugar, sem limitações. O trabalhador encontra-se desamparado de meios que possibilitem a conciliação entre vida profissional e seu descanso, lazer, vida social.

Daí a atualidade do tema e sua importância, pois, necessário se faz a abordagem do Direito à Desconexão do ambiente de trabalho, à luz dos direitos fundamentais, em prol da saúde mental do trabalhador, pois tudo o que há para se descobrir e melhorar a saúde, a condição prática e a vida do homem é algo relevante e nobre a ser estudado, de forma a garantir ao trabalhador qualidade de vida dentro e fora de seu ambiente do trabalho e proporcionar o seu descanso com total desconexão ao trabalho.

Além de viver atualmente na era da tecnologia, vive-se também na era da preocupação com a saúde mental, por isso foi especificamente abordado no presente trabalho enfermidades mentais decorrentes da conexão excessiva do trabalhador.

Conforme visto, diante da conexão excessiva do trabalhador, a qual traz pressão, excesso de jornada, ausência de lazer e descanso, os sintomas das enfermidades mentais começam a surgir nos trabalhadores, sendo a primeira manifestação o estresse, podendo evoluir à depressão e até à síndrome de burnout, considerada por médicos e especialistas da doença como a doença do trabalho do século XXI.

Diante da conexão excessiva, foi visto no presente artigo que alguns direitos fundamentais do trabalhador estão sendo violados, tais como o direito ao lazer, o direito à limitação da jornada e, consequentemente, o direito à saúde. Frisa-se que o avanço tecnológico não pode, em contrapartida, fazer com que os direitos dos trabalhadores retrocedam, especialmente no que concerne ao direito social de saúde. Daí a importância de garantir ao trabalhador o seu direito de desconexão do trabalhado.

Com o advento da tecnologia necessário se faz a adaptação e atualização da legislação brasileira às mais recentes modalidades de trabalho e enfermidades mentais, resultado da nova realidade social contemporânea, que já afeta

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

negativamente a atividade laboral de inúmeros brasileiros, bem como criar mecanismos e boas práticas para conciliar a vida laboral e pessoal, a fim de respeitar efetivamente o tempo de desconexão.

Nessa conjuntura de desrespeito a direitos fundamentais: violação ao lazer, ao descanso, à saúde e ao convívio social, torna-se imprescindível a materialização prática do Direito à Desconexão do Trabalho, fundamental para a garantia de vários outros direitos ao trabalhador brasileiro.

É importante frisar que, o impacto do excesso de trabalho sobre a saúde dos trabalhadores não é um problema apenas do trabalhador mas um dos mais graves problemas que as empresas enfrentam, pois afeta profundamente a eficiência e a produtividade da empresa. O não afastamento das condições que podem trazer risco à saúde dos trabalhadores passa a ser um ato contra a própria empresa. Apesar de muitas empresas já estarem sabendo lidar com alguns dos problemas, proporcionando a seus empregados momentos de lazer, espaços para meditação, áreas de entretenimento, ainda não sabem como proceder com os problemas psíquicos gerados pelo excesso de trabalho.

Considerando que ser digital já virou uma característica humana, necessário se faz limitar o uso indiscriminado das tecnologias a fim proteger o direito de desconexão do trabalho, visando, consequentemente, proteger a saúde mental do trabalhador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Almiro Eduardo de.**Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho** – 2. ed. São Paulo: LTr, 2016.

BERMAN, Marshall. **Tudo que é sólido desmancha no ar**: a aventura da modernidade/Marshall Berman; tradução Carlos Felipe Moisés, Ana Maria L. Ioriatti, São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

BRANCO, Ana Paula Tauceda. **A colisão de princípios constitucionais no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Casa Civil. Disponível em:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jun. 2019.

_____. Decreto-leinº 5.452, de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 20 jun. 2019.

_____. Ministério da Saúde do Brasil. Organização Pan-Americana da Saúde/Brasil. Manual de Procedimentos para os Serviços de Saúde. Série A. Normas e Manuais Técnicos. n. 114. Brasília, DF – Brasil, 2001. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/doencas_relacionadas_trabalho_manual_procedimentos.pdf>. Acesso em 20 set. 2019

_____. Tribunal Regional do Trabalho (3ª Região). Acórdão processo nº 0010267-43.2014.5.03.0095. Relator: Sétima Turma. 25 jun. 2018. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br;justica.trabalho;regiao.3:tribunal.regional.trabalho;turma.7:acordao:2018-06-25;0010267-43.2014.5.03.0095>. Acesso em 20 set. 2019.

CALVET, Otavio Amaral. **Direito ao Lazer nas Relações de Trabalho**. –São Paulo: LTr, 2006.

CARDOSO, A. C. M. **Direito e dever à desconexão**: disputas pelos tempos de trabalho e não trabalho, Rev UFMG, Jan/Dez 2016, vol.23, n.1 e 2.

_____. **Tempos de trabalho, tempos de não trabalho**: disputas em torno da jornada do trabalhador. São Paulo: Annablume, 2009.

DAL ROSSO, S. **Mais trabalho**: a intensificação do labor na sociedade contemporânea. São Paulo: Boitempo, 2008.

DE MASI, Domenico. **O futuro do trabalho**: fadiga e ócio na sociedade pós-industrial / Domenico De Masi; tradução de Yadyr A. Figueiredo. – 9ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006.

KLIPPEL, Bruno.**Jornada de trabalho e direitos fundamentais**. – São Paulo: LTr, 2016.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2008.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

MELO. Sandro Nahmias. RODRIGUES. Karen Rosendo de Almeida Leite. **Direito à desconexão do trabalho**: com análise crítica da reforma trabalhista (Lei n. 13.467/2017) – São Paulo: LTr, 2018.

PEREIRA, Andre Souza. **Meio ambiente do trabalho e o direito à saúde mental do trabalhador**: uma abordagem construtiva do meio ambiente do trabalho psicologicamente hígido a partir da relação entre os riscos psicossociais laborais e os transtornos mentais ocupacionais. – São Paulo: LTr, 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. – 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA. Camila Marques de Araújo. **Desconexão do ambiente de trabalho**: a aplicação desse direito no que tange ao teletrabalho. Rio de Janeiro: webartigos, 2013. Disponível em: <http://www.webartigos.com/artigos/desconexao-do-ambiente-de-trabalho-a-aplicacaodesse-direito-no-que-tange-ao-teletrabalho/110669/>. Acesso em 21 de jun. 2019.

SOARES, Saulo Cerqueira de Aguiar.**Direitos fundamentais do trabalho**– São Paulo: LTr, 2017.

SOUTO MAIOR, J. L. **Do direito à desconexão do trabalho**. 2003. Disponível em: <https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_%C3%A0_desconex%C3%A3o_do_trabalho..pdf>. Acesso em 20 jun. 2019.

Nota:

---

[1] Professora MSc e Orientadora do artigo.

www.conteudojuridico.com.br

MEIO AMBIENTE DO TRABALHO: A CARACTERIZAÇÃO DA DEPRESSÃO COMO DOENÇA OCUPACIONAL

ADILSON OLIVEIRA DE SOUZA:
Bacharelando em Direito pelo Centro de Ensino Superior do Amazonas - CIESA.
IZA AMÉLIA DE CASTRO ALBUQUERQUE
(Orientadora)

RESUMO: O índice de doenças ocupacionais vem crescendo no meio ambiente de trabalho e uma das doenças que mais os trabalhadores são acometidos é a depressão, assim, o objetivo geral desta pesquisa é sinalizar o Meio ambiente do trabalho e a Caracterização da Depressão como Doença Ocupacional no trabalhador e como objetivos específicos: Contextualizar o meio ambiente de trabalho; mostrar os tipos de doenças ocupacionais; caracterizar a Depressão como Doença Ocupacional no trabalhador; Destacar as intervenções para a reabilitação do trabalhador. Metodologia, trata-se de uma pesquisa bibliográfica e qualitativa. Pode-se constatar que o meio ambiente de trabalho pode sim afetar a saúde do trabalhador diretamente, bem como mantê-lo afastado de suas atividades. Também ficou evidente que os trabalhadores estão sendo acometidos de doenças ocupacionais como: transtornos psicológicos, depressão entre outras. Sugere-se que o profissional da saúde ocupacional pudesse realizar diagnósticos e medidas preventivas ou soluções nos ambientes do trabalho, ou seja, a participação de psicólogos do trabalho nas perícias judiciais realizadas com o objetivo de se averiguar a existência ou não do nexo causal entre depressão e trabalho.

Palavras-chave: Meio ambiente do trabalho, Doenças ocupacionais, Saúde do trabalhador.

ABSTRACT: The index of occupational diseases has been growing in the work environment and one of these illness that most workers are stricken is the depression, thus, the general objective of this research is signalize the work environment and the characterization of depression as occupational disease on the worker and as specific objectives: Contextualize the work's environment; show the occupational diseases' types; characterize depression as occupational disease in the worker; to highlight the interventions for worker rehabilitation. Methodology, this is a bibliographical and qualitative research. It can be seen that yes, the work environment can affect workers' health directly, as well as keep them away from their activities. It was also evident that workers are being stricken by occupational' diseases, such as: psychological disorders, depression among others. It is suggested that the health occupational professional may perform diagnoses and preventive measures or solutions in the work environments, i.e., the participation of work occupational psychologists during the judicial expertise carried out with the purpose of verifying the existence or not of the causal link between depression and work.

Keywords: Work environment, occupational disease, workers health.

INTRODUÇÃO

Apesar da existência de um conjunto normativo acerca da prevenção e reparação dos danos decorrentes do acidente do trabalho, observa-se, um crescente quantitativo de doenças ocupacionais, principalmente de trabalhadores acometidos pela morbidade depressão, que é o enfoque inovador do presente trabalho.

Dessa forma, pretende-se demonstrar as diversas formas de influência do meio ambiente do trabalho na saúde do trabalhador, no que concerne a afetação por depressão.

Nesse sentido, a tarefa é desafiadora posto que, na realidade, o estabelecimento do nexo de causalidade entre a atividade e a doença ocupacional desenvolvida, no caso da depressão, é de difícil realização face aos agentes nocivos de origens exógenas.

O ambiente do trabalho foi mudando gradativamente de acordo com o tempo e com os novos meios de desenvolvimento das atividades laborais. Do campo para as indústrias houve mudanças que transformaram a vida do trabalhador como um todo, influenciando não só nas atividades, mas também no convívio social e familiar.

O meio ambiente do trabalho é um tema de grande relevância na atualidade, cuja sistematização e construção normativa foram dadas pela Constituição Federal de 1988, em decorrência da ampla e abrangente proteção constitucional dada ao meio ambiente,

A necessidade de proporcionar ambientes de trabalho seguros e saudáveis, reduzindo ou eliminando a probabilidade de doenças ocupacionais no meio ambiente do trabalho, gerenciando riscos de forma preventiva garantindo a proteção e saúde do trabalhador, ainda é um desafio para os empregadores.

É no meio ambiente do trabalho que o homem passa a viver significativa parcela de sua vida, merecendo, portanto, que o ambiente do trabalho seja pensado como condição fundamental para a saudável qualidade de vida.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O trabalho em um meio ambiente hígido, é um direito fundamental do trabalhador, pois a agressão a esse direito provoca muitos danos à saúde do trabalhador. Como se sabe, mesmo existindo legislação que regulamente essas relações, é cada vez maior o número de doenças ocupacionais causadas pelo descumprimento das normas ambientais.

Assim, as hipóteses levantadas são: De que forma o meio ambiente do trabalho pode influenciar na saúde do trabalhador?

Por que muitos trabalhadores estão sendo acometidos de doenças de depressão no meio ambiente do trabalho?

Assim, o objetivo geral desta pesquisa é sinalizar o meio ambiente do trabalho e caracterização a depressão como doença ocupacional sendo os objetivos específicos: Contextualizar o meio ambiente de trabalho; mostrar os tipos de doenças ocupacionais; caracterizar a depressão como doença ocupacional; destacar às intervenções para a reabilitação do trabalhador.

Por conseguinte, é difícil a tarefa de caracterização de uma doença, como a depressão proveniente do trabalho. Assim, esta pesquisa irá contribuir tanto para a sociedade quanto para a academia, pois se trata de uma problemática de alta relevância e atualidade.

Para alcançar os objetivos propostos, o estudo adotou como como metodologia a pesquisa bibliográfica e qualitativa, com base em livros, artigos e revistas já publicados, bem como autores que retratam a temática.

1 MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

O meio ambiente do trabalho tem diversos espaços que proporcionam ou não ao trabalhador. Assim, serão expostos diversos contextos que demonstram como o meio ambiente do trabalho está sendo configurado nos dias atuais.

O trabalho ao longo da história sofreu diversas mudanças, bem como novas configurações e metodologias em sua execução, isso se deu devido a nova reestruturação produtiva, a globalização entre outros fatores que deram ao trabalho um novo sentido e um novo conceito.

Nos estudos de Tolfo e Piccinini (2007, p.38), "o contexto do trabalho contemporâneo está associado a uma série de alterações das mais diversas ordens. Essas mudanças incluem fenômenos tais quais a globalização dos mercados", ainda segundo as autoras, o aumento da competitividade entre países ou empresas, a reestruturação produtiva, as inovações tecnológicas e/ou sócio-organizacionais, a flexibilização das relações de trabalho, dentre outras.

Para Tolfo e Piccinini (2007, p3), o trabalho é compreendido como um componente da realidade social construída e reproduzida, que interage com diferentes variáveis pessoais e sociais e influencia as ações das pessoas e a natureza da sociedade num dado momento histórico.

Na visão marxista o trabalho pode ser compreendido, de forma genérica, como uma capacidade de transformar a natureza para atender necessidades humanas (MARX, 1993). Nesse sentido, o homem transformará a natureza para suprir suas necessidades básicas, ou seja, o seu sustento.

Segundo Tolfo e Piccinini (2007, p.8), se o homem reconhecer o trabalho somente como algo obrigatório e necessário à sobrevivência e aquisições deixa de perceber esse mesmo trabalho como a categoria integradora, pela qual pode criar e reconhecer-se enquanto indivíduo e ser social.

O homem não é só responsável por transformar a natureza no que se refere ao seu trabalho e sustento, mas também como algo obrigatório para seu desenvolvimento social.

Para Dejours (1987), o trabalho precisa fazer sentido para o próprio sujeito, para seus pares e para a sociedade. Segundo o autor, o sentido do trabalho é formado por dois componentes: o conteúdo significativo em relação ao sujeito e o conteúdo significativo em relação ao objeto.

Assim, "o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia" (DELGADO, 2017,p.214). Nesse sentido, visando retificar, no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho, bem como o meio ambiente de trabalho.

Para Feliciano (2013) conceitua o meio ambiente do trabalho (partindo da descrição legal do art. 3º, I, da Lei n. 6.938/81): é o conjunto (= sistema) de condições, leis, influências e interações de ordem física, química, biológica e psicológica que incidem sobre o homem em sua atividade laboral, esteja ou não submetido ao poder hierárquico de outrem.

Saliente-se, de saída, que há distinção entre a proteção do direito do trabalho e a proteção ao meio ambiente do trabalho. Enquanto o direito do trabalho liga-se as relações unicamente empregatícias, com vínculos de subordinação, a proteção ao meio ambiente do trabalho tem por objeto jurídico a saúde e a segurança do trabalhador (LUSTRE e NETO, 2016, p.228). Nesse sentido, através de processos adequados, evitando qualquer forma de degradação da existência humana no ambiente do trabalho.

Nos estudos de Nascimento (2017), o meio ambiente surge como uma preocupação mundial, pós-segunda guerra mundial, ao lado da busca de uma melhor qualidade de vida, e que o mesmo advém de uma evolução histórica dos direitos fundamentais, ainda segundo a autora, são conhecidos atualmente como de terceira geração, direitos estes cujos sujeitos não são singulares, mas coletivos, ou seja, reflexos a própria humanidade.

O ambiente laboral inclui, além das técnicas e tecnologias de produção, instalações físicas, e a estrutura organizacional, a atuação de uma cultura organizacional, definida como um conjunto axiológico de crenças, compreensões e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

regras compartilhadas pelos membros da empresa (VASQUES; ALVES; PETINARI, 2012, P.276). Nesse sentido, sendo impossível num prazo comum de investigação determinar os valores culturais de um grupo social, bem como de todos os trabalhadores que executam diversas atividades.

Segundo Camargo (2013), realizam algumas análises a respeito do meio ambiente do trabalho: primeiro, que ele está embasado em toda relação jurídico-laboral que tenha uma "dinâmica produtiva", logo independe do tipo de trabalhador, autônomo, terceirizado, empregado, entre outros. Sendo assim, o ambiente do trabalho existe com embasamento em toda relação jurídica de trabalho, bem como sua produção. Assim, pode se considerar o meio ambiente como um direito de natureza jurídica:

Sobre meio ambiente do trabalho pode-se destacar:

> Em síntese, portanto, meio ambiente do trabalho é um direito de natureza jurídica meta individual, conceitualmente difuso, devido a titularidade indeterminada ligada pela condição de ser humano, podendo, no entanto, tutelar outros interesses, o qual regula as interações físicas, químicas, biológicas, interpessoais e psicológicas que incidem sob o homem em seu meio laboral, embasadas em toda relação jurídico-laboral com dinâmica produtiva, cujo equilíbrio está na salubridade do meio e na ausência de agente que o comprometa, não se restringindo a um espaço laboral delimitado e estático. (NASCIMENTO, 2017, p.20).

O meio ambiente equilibrado dispõe o Art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil "todos tem direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial a sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações" Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988, p 156).

Ainda segundo Nascimento (2017), restando analisar a quem ou a quê condiz o Meio Ambiente e a sua tutela, se o mesmo se presta a ser um fim em si mesmo, por meio de seus elementos naturais e limitados somente a estes (visão egocêntrica), ainda segundo a autora, ao homem como objeto de proteção e último alvo da tutela do bem ambiental (visão antropocêntrica).

Nascimento também sinaliza que:

> Conforme aludido, o meio ambiente do trabalho, aspecto integrante e indissociável do meio ambiente, agora é visto como direito fundamental de terceira geração, relativo a coletividade e inerente ao homem-trabalhador em todas as variáveis em torno do trabalho, sendo, portanto, elevado à categoria internacional, após longo período de deterioração

> das condições dignas de trabalho e indignação no meio laboral, demonstrando, agora, a tendência mundial pela proteção e melhoria das condições de trabalho, por meio da criação da OIT (Organização Internacional do Trabalho) em 1919, por meio do Tratado de Versalhes, organização a qual apresenta diretrizes internacionais de uniformização de tratamento das questões trabalhistas, proteção e tutela para resguardar a saúde e o trabalho digno dos obreiros (2017, p.15).

Por fim, nota-se que o meio ambiente do trabalho, como ciência autônoma interdisciplinar, busca a proteção da saúde do trabalhador, e esta ocorreu, de forma paulatina. O homem vê seus direitos fundamentais reconhecidos, nesse sentido, adquirindo viés constitucional e tutela por intermédio do Art. 200, VIII, CF/1988. Como um direito o meio ambiente de trabalho precisa ser bem organizado de forma que proporcione bem estar ao trabalhador. Assim:

Ainda sobre o meio ambiente e sua classificação:

> Classifica-se didaticamente o meio ambiente da seguinte forma: Meio Ambiente Natural (constituídos pelos elementos naturais: solo, água, ar, ou seja, recursos naturais, bens ambientais ecológicos. Exemplo de Legislação tutelar: Lei 12.651/2012 que dispõe sobre a proteção da vegetação nativa), Meio Ambiente Artificial (constituído pelo espaço urbano ou rural, com modificações realizadas pela ação humana. Exemplo de Legislação tutelar: Lei 10.257/2001 que dispõe sobre a política urbana e Lei 4.504/64 que dispõe sobre o estatuto da Terra), Meio Ambiente Cultural (constituído pelo patrimônio histórico, estético, arqueológico, paisagístico, construído pelo homem por meio de sua expressão cultural. Exemplo de Legislação tutelar: Lei 3.924/61 que dispõe sobre os monumentos arqueológicos e pré-históricos) e Meio Ambiente do Trabalho (NASCIMENTO, 2017 p.17).

Nos estudos de Rocha (1996) "inicia sua obra Direito Ambiental e Meio Ambiente do Trabalho: Dano, Prevenção e Proteção Jurídica, apontando que o Direito Ambiental pode ser compreendido em dois aspectos: Disciplina jurídica ou conjunto de normas jurídicas".

O primeiro aspecto tem como objeto o conhecimento sistematizado das normas e princípios protetores do meio ambiente, e o segundo aspecto disciplina a tutela dos bens ambientais em todas as suas formas com vistas à qualidade de vida. Coadunando, assim, com o entendimento construído pela doutrina já apresentada. De que esta é a visão holística do Meio Ambiente: a sua tutela

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

constitucional da essencial sadia qualidade de vida para as presentes e futuras gerações.

Sobre os reflexos do meio ambiente equilibrado: Os apontamentos quanto a natureza jurídica do direito ao meio ambiente equilibrado, e a consequente essencial qualidade de vida, constituindo direito eminentemente meta individual, podendo ser difuso, conceituado no Art. 81, I, do Código de Defesa do Consumidor: "interesse transindividuais, de natureza indivisível, cujos titulares sejam pessoa indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato" ou coletivo, conceituado no Art. 81, II, do Código de Defesa do Consumidor: "transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base" (ROCHA, 1996,p.32).

Conforme Romar, (2014, p. 47), "o princípio protetor é o critério que orienta todo o Direito do Trabalho e com base no qual as normas jurídicas devem ser elaboradas, interpretadas e aplicadas e, as relações jurídicas trabalhistas devem ser desenvolvidas". A autora sinaliza ainda, que este princípio tem por fundamento a proteção do trabalhador enquanto parte economicamente mais fraca da relação de trabalho e visa assegurar uma igualdade jurídica entre os sujeitos da relação, permitindo que se atinja uma isonomia substancial e verdadeira entre eles.

2 TIPOS DE DOENÇAS OCUPACIONAS CAUSADAS PELO O MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

Diversos conflitos no meio ambiente de trabalho causam aos trabalhadores várias doenças, assim será destacado a seguir diversas doenças que podem ser acometidas pelos trabalhadores devido ao meio ambiente de trabalho.

Os conflitos existentes no ambiente de trabalho podem levar os funcionários ao estresse, porém o próprio causador de tudo pode ser apenas a própria pessoa, dependendo de sua personalidade que estará em evidência através de suas atitudes (CARVALHO, 1995, p. 124). Nesse sentido, observa-se que o estresse pode ser motivado muitas vezes pelo comportamento do trabalhador e acabando prejudicando ele próprio.

"As doenças ocupacionais são consequências da execução da atividade laboral devido às más condições do ambiente de trabalho, à exposição a produtos maléficos à saúde e às pressões psicológicas existentes na relação de trabalho". (SILVA, 2010, p. 26). O autor ainda afirma que a legislação previdenciária brasileira equiparou as doenças ocupacionais aos acidentes de trabalho.

Para Rangel (2009), as emoções que afetam o indivíduo no ambiente de trabalho decorrentes do choque com a organização do trabalho e que podem gerar doenças vem a ser definidas como doenças psicossomáticas. Ainda conforme o autor, A palavra psicossomática é um termo tirado de psique (denotando mente, processos mentais, e atividades emocionais) e somático (soma, significando corpo e algo distinto da mente).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

De acordo com Minayo e Thedim (1997), a Saúde do Trabalhador é, por natureza, um campo interdisciplinar e multiprofissional, com características que repercutem na saúde. Assim, entende-se por Saúde do Trabalhador, as práticas e as teorias que preveem o estudo da prevenção, assistência e a vigilância aos agravos da saúde, relacionados ao trabalhador, de acordo com as condições sociais e humanas, que são desenvolvidas conforme as necessidades de lugares e instituições distintas, visando perspectivas comuns.

GANIME (2010, p.2) ao falar de riscos ocupacionais diz que:

> A exposição aos riscos ocupacionais pode trazer perda na qualidade de desempenho do trabalho do empregado, que resulta, inclusive, no comprometimento da sua qualidade de vida e saúde, incluindo-se os acometimentos por adoecimentos e acidentes de trabalho.

Nesse sentido, a qualidade de vida, bem como suas condições de trabalho, torna-se vulnerável as condições de trabalho do trabalhador.

Os primeiros estudos sobre a saúde dos trabalhadores datam do século XVI, mas o principal marco ocorreu em 1700 com a publicação da obra De *morbis artificum diatriba,* de Bernardino Ramazzini (PACHECO,1995).

Desde então, os estudos evoluíram, principalmente após a Revolução Industrial, quando surgiram as primeiras leis trabalhistas visando proteger o trabalhador de acidentes e possíveis doenças ocupacionais em suas relações de trabalho.

Nos estudos de Krein (2018), todas as mudanças afetam as condições de trabalho e a saúde dos trabalhadores, especialmente as que se referem à jornada de trabalho e ao descanso, porque a relação direta com as doenças profissionais, nesse sentido, o meio ambiente também contribui para o aparecimento das doenças ocupacionais.

Segundo Neves (2006), sinaliza que a intensificação da forma de produção, as longas jornadas sem pausas, o trabalho repetitivo e o uso de ferramentas vibratórias, agravados pela sobrecarga de trabalho e a pressão constante têm ocasionado o aumento de doenças relacionadas ao trabalho, ao mesmo tempo em que criam condições para a maior probabilidade de acidentes causadores de incapacidade temporária ou permanente, evidenciando assim o vínculo causal entre saúde e trabalho.

Nos estudos de Oliveira (2014, p.51) "O acidente caracteriza-se pela ocorrência de um fato súbito e externo ao trabalhador, ao passo que a doença ocupacional normalmente vai se instalando insidiosamente e se manifesta internamente com tendência de agravamento".

A diferença de um acidente de trabalho para a doença ocupacional é bastante clara, pois o acidente de trabalho pode acontecer a qualquer momento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

com funcionário em boas condições de trabalho e saúde, a doença ocupacional, não, ela vai se instalando ao longo dos anos e desenvolvendo diversos sintomas.

A intensificação do trabalho, ocasionada pelo aumento do ritmo das jornadas, das responsabilidades e da complexidade das tarefas, vem produzindo tensões que afetam sobremaneira a relação saúde-doença, colocando o estresse como uma das principais causas de adoecimento laboral (ANDRADE; CARDOSO, 2012).

Segundo Cerqueira (2015), o trabalho extenuante e o baixo salário eram responsáveis por problemas de saúde frequentes na categoria a ponto de se permitir que o estabelecimento de nexo causal entre as atividades desempenhadas e as moléstias desenvolvidas. Alguns fatores como baixos salários, entre outros, também fazem com que os trabalhadores adoeçam.

Conforme Oliveira (2014, p.49), "é aquela peculiar a determinada atividade ou profissão, também chamada de doença profissional típica, tecnopatia ou ergopatia. O exercício de determinada profissão pode produzir ou desencadear certas patologias". Sendo que, nessa hipótese, o nexo causal da doença com a atividade é presumido, ou seja, certas atividades laborais podem com o tempo desencadear diversas doenças típicas do trabalho.

De acordo com Rodrigues et al. (2013), "dentre as doenças que acometem esta população, pode-se destacar o constante crescimento das Lesões por Esforços Repetitivos (LER), conhecidas no Brasil também como Distúrbios Osteomusculares Relacionadas ao Trabalho (DORT) e Transtorno Traumático Cumulativo (TTC)". Nesse sentido, atinge categoria mais comum de doenças do trabalho, podendo afetar trabalhadores dos mais diversos segmentos da atividade econômica, ocupações profissionais e níveis de escolaridade como um todo.

Ainda sobre a LER E O DORT, Neves R. (2010), sinaliza "as LER/DORT são doenças que possuem, como características comuns, a dor crônica e o desgaste de estruturas do sistema musculoesquelético, afetando predominantemente os membros superiores, manifestando-se como resultado da repetição do mesmo movimento em alta frequência". Estas doenças são acometidas através de movimentos repetitivos, ou seja, o trabalhador precisa se afastar de tal atividade para que este possa realizar um tratamento eficiente e consequentemente mudar de atividade laboral.

Para Krein (2018), as mudanças no manejo do tempo de trabalho indicam quatro alterações substantivas: (1) a maior liberdade para a empresa utilizar o tempo de vida do trabalhador; (2) a possibilidade de extensão da jornada; (3) o não pagamento de horas à disposição da empresa; e (4) a ampliação da intensidade do labor. A organização da jornada apresenta efeitos diretos sobre a vida social, bem como o aparecimento de diversas doenças ocupacionais.

Segundo Kamimura e Tavares (2012), os transtornos psicológicos como estresse e depressão impactam na produtividade dos funcionários, e são

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

considerados fatores que influenciam na ocorrência de acidentes de trabalho e doença ocupacional.

Relacionado aos transtornos no trabalho, Maeno e Paparelli sinalizam que:

> Os transtornos mentais relacionados ao trabalho representam atualmente um problema de proporções consideráveis, dadas a sua alta prevalência e diversidade de categorias profissionais em que incidem. Identificamos inúmeras tentativas de enfrentamento dessa realidade, movidas por diversos atores sociais envolvidos, quais sejam, órgãos do setor público, trabalhadores, sindicatos e empresas. Uma intervenção que traga resultados positivos deve se basear no conhecimento acumulado acerca da produção do desgaste mental no trabalho, conhecimento esse produzido no encontro entre os saberes técnicos e aqueles exclusivos dos trabalhadores, forjados no cotidiano do adoecimento no trabalho. A maioria das doenças ocupacionais, no entanto, é constituída de quadros clínicos, cujos fatores causais existentes nos ambientes de trabalho integram-se a outros, extralaborais, desencadeando, agravando ou propiciando o surgimento precoce de uma ou várias formas de adoecimento. Como exemplo, citamos as doenças musculoesqueléticas, cardiovasculares, psíquicas, neoplásicas, entre tantas outras. São agravos, portanto, para cuja ocorrência concorrem múltiplos fatores produzindo quadros clínicos variados, que se interpõem com frequência (2013,p.149).

Os transtornos mentais são doenças que acometem os trabalhadores no ambiente de trabalho, ou seja, este tipo de doença pode estar relacionado as atividades laborais deste trabalhador.

O trabalho exerce sobre o homem uma ação e seu impacto é o aparelho psíquico, segundo Lima (2005), em certas condições, emerge um sofrimento, dificultando a relação homem-trabalho, levando o trabalhador a estados de doença, dentre elas, encontram-se a fadiga, distúrbios do sono, alcoolismo, depressão, estresse e a síndrome de Burnout.

Conforme Braz e Fêo (2017), o Bournout é a exaustão emocional, é a pessoa sentir falta de sua própria personalidade e apresentar um baixo nível de satisfação no trabalho. Assim, o trabalhador pode realizar suas atividades, porém exercerá com baixa autoestima e como consequência um baixo rendimento na atividade realizada.

Esse desequilíbrio na saúde do trabalhador pode ocasionar o aparecimento de diversos outros sintomas psíquicos como a Síndrome da Fadiga Crônica, a depressão, a Síndrome de Burnout (ANDRADE e CARDOSO, 2012).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Para Carlotto (2002), Burnout é uma forma de estresse emocional, que demonstra o quanto o trabalho é intenso e há muito envolvimento entre ambas as partes, o profissional e quem estão recebendo a prestação de serviço. Assim, pode-se dizer que é uma síndrome de sobrecarga e pressão exigida desses profissionais, que precisam estar muito ligados às novidades e as informações absorvidas em seu tempo de estudo e até mesmo de descanso.

Também pode causar distúrbios inespecíficos, ainda pouco conhecidos. Em relação às consequências fisiológicas, aumentam os índices de adoecimento e de morte por doenças cardiovasculares e doenças crônico-degenerativas, como as osteomusculares.

2.1 DEPRESSÃO COMO DOENÇA OCUPACIONAL NO TRABALHADOR

A depressão encontra-se em processo de reconhecimento jurídico, porém é uma doença em evidência, devido ao seu número expressivo, no entanto é uma doença que vem acometendo diversas pessoas e causando até mesmo afastamento do ambiente de trabalho.

O psiquiatra e psicanalista francês Jacques Lacan é radical em sua crítica à postura depressiva. Para o psiquiatra e psicanalista francês, depressão é "covardia moral" (LACAN, 2003, p. 524), porque a pessoa afetada não consegue encarar a perda ligada à castração, isto é, aos limites que a civilização impõe.

Os problemas relacionados ao aumento da depressão, pode estar ligado as transformações do mundo contemporâneo, como sinaliza Rudiger (2014, p.6), "o problema da proliferação da depressão e de outras doenças mentais, como doenças ocupacionais está intimamente ligado às transformações gerais dos laços sociais na contemporaneidade, dos quais as relações de trabalho fazem parte". Passamos, nas últimas décadas, por transformações, não somente do cenário político global, como também na vida cotidiana, da qual os laços sociais e afetivos são parte fundamental deste processo.

O que preocupa, segundo dados da Organização Mundial da Saúde (OMS), atualmente, 350 milhões de pessoas no mundo sofrem de depressão. A OMS estima que essa doença já seja, em escala mundial, a quarta maior causa de invalidez. Projeta que, em 2020, a depressão será a maior causa de incapacidade para o trabalho (BROMET, et al., 2011).

Em muitas empresas, as relações de trabalho deixaram de ser hierarquizadas, introduziram-se novas técnicas de gestão do trabalho, mas nem por isso os trabalhadores tornaram-se mais contentes e felizes (RUDIGER, 2014, p.2). Segundo órgãos internacionais, tais como a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a Organização Mundial da Saúde (OMS), há indícios de que a busca por competitividade leva ao estresse, que causa depressão em milhões de trabalhadores no mundo (OIT, 2013, p. 8).

Segundo (BRASIL, TRT 3ª Região, 2013:), sinaliza que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Por consequência, a posição da jurisprudência era, até o final do ano de 2013, de rejeitar o reconhecimento da depressão como doença profissional. No entanto, essa posição mudou. O acórdão da 8ª turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (Minas Gerais) que reconheceu a depressão como doença ocupacional no sentido do art. 20 da Lei nº 8.213/1991 e concedeu à trabalhadora recorrente, dentre outros direitos, estabilidade provisória de acordo com o artigo 118 da mesma, já que havia um nexo causal entre os sintomas da depressão e as condições de trabalho: a sobrecarga de trabalho e os excessos na cobrança de serviços tinham afetado a vida familiar da empregada e causado a doença.

Nos estudos de Garcia (2007), afirma que a depressão ainda encontra sérias dificuldades para ser reconhecida como doença do trabalho, avaliando que existe um "nítido descompasso entre o acentuado avanço médico-científico nessa área, o autor sinaliza ainda que, ainda é insuficiente desenvolvimento jurídico legislativo no tratamento do tema".

Conforme OIT, (2013, p. 8), sinaliza que:

> O estresse relacionado com o trabalho e as suas consequências para a saúde tornaram-se numa questão extremamente preocupante. As empresas estão cada vez mais a ser confrontadas com casos de assédio psicológico, intimidação, assédio moral, assédio sexual e outras formas de violência. Numa tentativa de lidar com o estresse, os trabalhadores poderão recorrer a comportamentos pouco saudáveis, tais como o abuso de álcool e drogas. Foram identificadas relações entre o estresse e doenças músculo-esqueléticas, cardíacas e do sistema digestivo. Se prolongado, o estresse relacionado com o trabalho pode contribuir para o surgimento de doenças cardiovasculares graves. Além disso, a crise econômica e a recessão levaram a um aumento do estresse relacionado com o trabalho, da ansiedade, da depressão e de outros distúrbios mentais, tendo mesmo conduzido algumas pessoas ao extremo do suicídio.

No que tange o campo do direito, constataremos que não há legislação específica sobre a depressão no meio ambiente do trabalho. "Há leis esparsas, portarias e normas regulamentadoras, tais como a Lei nº 8.213/1991, a Lei de Benefícios da Previdência Social, a Portaria nº 3.214/1978 do Ministério do Trabalho e Emprego com suas Normas Regulamentadoras nº 1 a 37 e a Portaria do Ministério da Saúde nº 1.339/1999" (RUDIGER, 2014, p.7).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Todas essas normas fazem chegar à conclusão de que as doenças mentais, em geral, e a depressão, em especial, não figuram entre as doenças profissionais, isto é, entre as doenças de determinada atividade ou profissão.

Há necessidade de pesquisar profundamente as consequências das novas formas de gestão em rede para as relações de trabalho individuais e coletivas com a finalidade de fornecer ao legislador, aos sindicatos e aos próprios trabalhadores subsídios para um amplo debate sobre as medidas jurídicas a serem tomadas no combate à depressão no trabalho (RUDIGER, 2014, p.10).

Proporcionar ao trabalhador um ambiente de trabalho que não o deixe doente, é um desafio para os empregadores nos dias atuais, contudo precisa-se pensar em qualidade e condição de trabalho mais tranquilo, caso contrário teremos muitos trabalhadores adoecidos devido as suas atividades laborativas.

2.2. MEIOS DE PREVENÇÃO AS DOENÇAS OCUPACIONAIS NO QUE TANGE A SAÚDE DO TRABALHADOR NO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

Os meios de prevenção no que tange as doenças ocupacionais precisam ser observadas com mais comprometimento por parte dos responsáveis pelos trabalhadores, assim será exposto nesta seção os meios de prevenção a estas doenças que acometem cada vez mais os trabalhadores no meio ambiente de trabalho.

O ambiente do trabalho pode fazer com que o trabalhador seja acometido de doenças ocupacionais, nesse sentido as empresas precisam criar meios para a prevenção destas doenças, bem como proporcionar um ambiente mais tranquilo e boas condições de trabalho.

O meio ambiente de trabalho é "o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores" (MELO, 2013, p.28).

Assim, independentemente da condição que ostentem homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos etc. os mesmos precisam estar inseridos em um ambiente favorável à sua atividade laboral.

Segundo Teixeira (2007), diversos estudos têm revelado uma gama de variáveis organizacionais, que acarretam situações provocadoras de reações psicológicas e psicossomáticas, apontando que os distúrbios psíquicos no trabalho constituem uma das dez frequentes categorias de doença ocupacional, ainda segundo a autora, representando inclusive um alto custo para as empresas, considerando que à medida que o trabalhador se insere no contexto organizacional, para que atinja melhor desempenho e qualidade, é preciso ser saudável, ter satisfação e motivação.

VASQUES; ALVES e PETINARI, (2012, p.261). fazendo análise da Lei nº 8.213/1991:

> Pelo conceito restritivo adotado pela Lei n. 8.213/91 exigir-se-ia a presença do rol de requisitos para a configuração de um acidente de trabalho, fórmula adotada propositadamente para impor rigor na concessão de benefícios previdenciários, existindo, no inciso I do art. 20 da mesma Lei, definição da doença profissional, equiparada ao acidente de trabalho, figurando no inciso II, do mesmo art. 20, doenças do trabalho *strictu sensu*.

As doenças ocupacionais ganham a partir desta Lei uma ênfase na sua caracterização, ou seja, equipara ao acidente de trabalho, o que fortalece e garante o direito deste trabalhador.

3 INTERVENÇÃO PARA REABILITAÇÃO DOS TRABALHADORES EM OUTRO POSTO DE TRABALHO, UM DESAFIO PARA OS EMPREGADORES NO QUE TANGE A DEPRESSÃO.

Nesta seção será apresentado o processo de reabilitação aos trabalhadores que são acometidos pelas doenças ocupacionais, em destaque a depressão, pois ainda se trata de um grande desafio para os empregadores.

A saúde do trabalhador é um conjunto de atividades que se destina, através das ações de vigilância epidemiológica e vigilância sanitária, à promoção e proteção da saúde dos trabalhadores, assim como visa à recuperação e reabilitação da saúde dos trabalhadores submetidos aos riscos e agravos advindos das condições de trabalho (SANTOS, 2013, p. 102).

Em se tratando de meio ambiente laboral, a análise dos riscos à saúde e segurança dos trabalhadores é uma das grandes precariedades em muitas empresas na atualidade. Desta forma, o estudo e implantação de sistemas e normas que vão além da legislação vigente fazem parte da melhoria contínua no processo de prevenção de acidentes do trabalho / doença ocupacional (REZENDE; VALLE; COELHO, 2018,p.2).

Diante ao processo de reabilitação, a necessidade fará o trabalhador muitas vezes permanecer no trabalho mesmo adoecido, dada as novas condições para assegurar o emprego e o pagamento das horas trabalhadas. Assim, a nova lei cria maiores dificuldades de estabelecer uma relação entre o ambiente de trabalho e os adoecimentos, pois é suprimida a responsabilidade do empregador sobre os seus assalariados, "seja ampliando as modalidades precárias de contratação, ou facilitando a fraude de vínculos" (GALVÃO et al., 2017, p. 53).

Para Teixeira (2007), torna-se imprescindível a atuação dos profissionais da saúde ocupacional para realizar diagnósticos, sugerir medidas preventivas ou soluções nos ambientes do trabalho, a autora sinaliza ainda que, a participação de psicólogos do trabalho nas perícias judiciais realizadas com o objetivo de se averiguar a existência ou não do nexo causal entre depressão e trabalho, porquanto é preciso compreender cada caso dentro do seu contexto humano e cultural.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Para Rezende; Valle; Coelho (2018,p.2), em quatro de maio de 2018, a ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas, publicou a ISO 45001:2018 - Sistemas de gestão de saúde e segurança ocupacional, que foi lançada em março deste ano. Representando um marco para a questão da segurança ocupacional dos trabalhadores. A (INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION) - ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION) –ISO, foi criada por um comitê, assim:

> A ISO 45001:2018 foi desenvolvida por um comitê de especialistas em saúde e segurança do trabalho e segue abordagens extensivas de sistema de gestão, como a ISO14001:2015 (Gestão Ambiental) e a ISO9001:2015 (Gestão da Qualidade). Esse sistema da ISO45001:2018 considera diversas normas internacionais da área de saúde e Segurança (SST), como a OHSAS 18001 e as Diretrizes da OIT – Organização Internacional do Trabalho, além de várias normas e convenções internacionais e nacionais (ISO 45001:2018, p.4).

Esse sistema pode proporcionar um meio ambiente organizado e evitar diversos tipos de doenças, bem como evitar acidentes no trabalho. Contudo precisa ser monitorado e avaliado para que tenha sucesso. Além de proporcionar um novo posto de trabalho para quem está em processo de reabilitação de alguma doença ocupacional entre outros.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa apresentou o trabalho ao longo da história, bem como suas diversas mudanças e novas configurações e metodologias em sua execução, diante a nova reestruturação produtiva, a globalização entre outros fatores que deram ao trabalho um novo sentido e um novo conceito.

No que se refere ao meio ambiente do trabalho, surge como uma preocupação mundial, pós-segunda guerra mundial, ao lado da busca de uma melhor qualidade de vida do trabalhador, pois se observou que alguns ambientes laborais estavam deixando os trabalhadores doentes e também os afastando de suas funções.

No que tange as hipóteses levantadas pode-se constatar que o meio ambiente de trabalho pode sim afetar a saúde do trabalhador diretamente, bem como mantê-lo afastado de suas atividades. Também ficou evidente que os trabalhadores estão sendo acometidos de doenças ocupacionais como: transtornos psicológicos entre outros.

No que tange ao processo de reabilitação, percebeu-se a necessidade que faz o trabalhador muitas vezes permanecer no trabalho mesmo adoecido, dada as novas condições para assegurar o emprego e o pagamento das horas trabalhadas. Assim, a nova lei cria maiores dificuldades de estabelecer uma relação entre o

ambiente de trabalho e os adoecimentos, pois não fica esclarecido diante da Lei que o trabalhador adquiriu a doença no ambiente laboral.

Assim, através do estudo sugere-se que o profissional da saúde ocupacional pudesse realizar diagnósticos e medidas preventivas ou soluções nos ambientes do trabalho, ou seja, a participação de psicólogos do trabalho nas perícias judiciais realizadas com o objetivo de se averiguar a existência ou não do nexo causal entre depressão e trabalho.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. ISO 45.001:2018. **Sistema de Gestão de Segurança e Saúde Ocupacional**.2018.

ANDRADE, P.; CARDOSO, T. **Prazer e Dor na Docência: revisão bibliográfica sobre a Síndrome de Burnout.** Saúde Soc. São Paulo, v.21, n.1, p.129-140, Jan/Mar 2012. Disponível em: . Acesso em: 12 ago. 2014.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, 51ª Edição, Ano 2015, São Paulo.1998

_____ Lei nº 6.938/81 de 31 de agosto de 1981. **Dispõe sobre a Política Nacional de Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm>. Acesso em 14 de maio de 2019.

_____. Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais. **Depressão pode ser considerada doença ocupacional**. Jus Brasil. s.d. Disponível em:< http://www.trt-3.jusbrasil.com.br/noticias/100699056/depressao-pode-ser-considerada-doenca-ocupacional>. Acesso em: 23 jun. 2019.

BRAZ, Juliana Silva; FÊO, Eliana Alves. **O estresse e a profissão do professor: avaliação da existência da Síndrome de Bournout em professores da Estácio de Sá de Ourinhos**. **HÓRUS**, v. 3, n. 1, p. 198-214, 2017.

BROMET, E et al. **Cross-national epidemiology of DSM-IV major depressive episode. BMC Medicine,** 2011. Disponível em: http://www.biomedcentral.com/1741- 7015/9/90. Acesso em: 24 jun. 2019.

CAMARGO, Thaísa Rodrigues Lustosa de; MELO, Sandro Nahmias. **Princípios de Direito Ambiental do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2013, p.26

CARVALHO, Antônio Vieira de, 1932 – **Adm. de Recursos Humanos, v.2** / Antônio Vieira de Carvalho, Ozília Clen Gomes Serafim. Biblioteca Pioneira de Adm. e Negócios. São Paulo, 1995.

CARLOTTO, P. **O Estresse**. Ciência & Saúde Coletiva, Feira de Santana – BA, v. 10, fev, 2004.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira. **Manual de Direito Previdenciário**, Editora Forense, 20ª Edição, Ano 2017, São Paulo

CERQUEIRA, Vinicius da Silva. **Assédio Moral Organizacional nos Bancos**. São Paulo: LTr, 2015.

DEJOURS, C. **A loucura do trabalho**. São Paulo, SP: Oboré. (1987).
DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho** . — 16. ed. rev. e ampl. — São Paulo : LTr, 2017, pág. 214 e 215.)
FELICIANO, Guilherme Guimarães. **O Meio Ambiente do Trabalho e a Responsabilidade Civil Patronal: Reconhecendo a Danosidade Sistêmica. Direito Ambiental do Trabalho. v.1: Apontamentos para uma teoria geral: saúde, ambiente e trabalho**: novos rumos da regulamentação jurídica do trabalho. São Paulo: LTr, p. 11-26, 2013.
GALVÃO, A.et al. (2017), **Dossiê reforma trabalhista**. Campinas, Cesit/ie/Unicamp. Disponível em <http://www.cesit.net.br/dossie-reforma-trabalhista/>, consultado em 13/05/2019.
GANIME, J. F. et al. **O ruído como um dos riscos ocupacionais: uma revisão de literatura. Enferm Global**, v. 9, n. 2, p. 1-15, 2010.
GARCIA, G. F. B. **Acidentes do trabalho, doenças ocupacionais e nexo técnico epidemiológico**. São Paulo: Método, 2007.
ISO 45001:2018 **já tem versão em português. Associação Brasileira de Normas Técnicas. 2018.** Disponível em: <http://www.abnt.org.br/imprensa/releases/5898-iso-45001>- 2018-ja-tem-versao-em-portugues. Aceso em 3 jun. 2019.
KAMIMURA, Quésia Postigo; TAVARES, Renata Silva Cardoso Rocha. Acidentes do trabalho relacionados a transtornos psicológicos ocupacionais. **Revista de Gestão em Sistemas de Saúde**, v. 1, n. 2, p. 140-156, 2012.
KREIN, José Darin. **O desmonte dos direitos, as novas configurações do trabalho e o esvaziamento da ação coletiva: consequências da reforma trabalhista**. Tempo social, v. 30, n. 1, p. 77-104, 2018
LACAN, J. Televisão. In: LACAN, J. Outros escritos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.
LIMA, M.E.A. **A polêmica em torno do nexo causal entre transtorno mental e trabalho**. Relatório de Pesquisa, 2005. Núcleo de Estudos em Saúde Mental e Trabalho/UFMG.
LUSTRE, Paola Stolagli; NETO, Silvio Beltramelli**. O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE E O ACIDENTE DE TRABALHO: por uma investigação mais precisa do nexo causal.** Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, n. 48, 2016.
MARX, K. **Os manuscritos econômicos e filosóficos**: Vol. 22. Textos filosóficos. Lisboa, Portugal: Edições 70. (1993).
MAENO, Maria; PARARELLI, Renata. O trabalho como ele é e a saúde mental do trabalhador. **Inovação para o desenvolvimento de organizações sustentáveis: trabalho, fatores psicossociais e ambiente saudável. Campinas, Centro de Tecnologia da Informação Renato Archer (CTI)**, p. 145-166, 2013.
MELO, Raimundo Simão de. **Direito ambiental do trabalho e saúde do trabalhador: responsabilidades legais, dano material, dano moral, dano estético, indenização pela perda de uma chance, prescrição**. 5. Ed. São Paulo: LTr, 2013. P. 28.

MINAYO, GC; THEDIM, CSMF. **A construção do campo de saúde do trabalhador: percurso e dilemas. Cadernos de Saúde Pública** [periódico online]. 1997.
NASCIMENTO, Lídia Andrade do. **Meio ambiente de trabalho do bancário: assédio moral coletivo pela exigência de metas**. Manaus. 2017.
NEVES IR. LER: **trabalho, exclusão, dor, sofrimento e relação de gênero. Um estudo com trabalhadoras atendidas num serviço público de saúde**. Cad Saúde Pública. 2006; 22(6):1257-65
NEVES RF, Nunes MO. Da legitimação a (res)significação: o itinerário terapêutico de trabalhadores com LER/DORT. Ciênc Saúde Coletiva. 2010; 15(1):211-20.
PACHECO, Waldemar Júnior. **Qualidade na segurança: Série SHT 9000, normas para a gestão e garantia da segurança e higiene do trabalho**. São Paulo: Atlas, 1995.
OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Indenizações por Acidente do Trabalho ou Doença Ocupacional**. São Paulo: LTR, 2014. p. 49.
OIT – ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **A prevenção das doenças ocupacionais. Lisboa: Organização Internacional do Trabalho**. 2013. Disponível em:
<http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/safeday2013_relatorio.pdf.> Acesso em: 23 jun. 2019.
Rangel, F. B. **Sintomas psicossomáticos e a organização do trabalho: um estudo em uma IES**. Anais do Encontro Nacional da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração, São Paulo, SP, Brasil, 33.2009.
ROCHA, Julio César Sá da. **Direito Ambiental e Meio Ambiente do Trabalho: Dano, Prevenção e Proteção Jurídica**. São Paulo: LTr, 1996.
REZENDE, Stefany Jaqueline; VALLE, Luciano do; COELHO, Marcus Vinícius Silva. **Sistema de Gestão de Saúde e Segurança Ocupacional (ISO 45001: 2018) como instrumento útil na prevenção de acidente de trabalho**. 2018.
RODRIGUES, Bruna Caroline et al. Limitações e consequências na vida do trabalhador ocasionadas por doenças relacionadas ao trabalho. **Revista da Rede de Enfermagem do Nordeste**, v. 14, n. 2, p. 448-457, 2013.
ROMAR, Carla Tereza Martins. **Direito do Trabalho Esquematizado**. 2ª edição. Editora Saraiva, 2014.
RUDIGER, Dorothee Susanne. **Globalização e melancolia: a depressão como doença ocupacional. Cadernos de Direito**, v. 14, n. 27, p. 139-150, 2014.
SANTOS, Marisa Ferreira dos, **Direito Previdenciário**, Editora Saraiva, 3ª Edição, Ano 2013
SILVA, G. G. J., Souza, M. L. P., Goulart Júnior, E., Canêo, L. C., & Lunardelli, M. C. F. (2009). **Revista Brasileira de Saúde Operacional**, 34(119), 79-87. (2010).
TEIXEIRA, Sueli. **A depressão no meio ambiente do trabalho e sua caracterização como doença do trabalho**, 2007.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

TOLFO, Suzana da Rosa; PICCININI, Valmiria Carolina. **Sentidos e significados do trabalho: explorando conceitos, variáveis e estudos empíricos brasileiros**. **Psicologia & sociedade. São Paulo. Vol. 19, ed. esp. 1 (2007), p. 38-46**, 2007.

VASQUES, Alexandre Copiano; ALVES, Milton Ferandes; PETINARI, Silvia Cristina Bontempi .**Anuário da Produção de Iniciação Científica Discente** š Vol. 13, N. 18, Ano 2012 p. 259-279.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DIREITO CONSTITUCIONAL: A INTERVENÇÃO JUDICIAL DO ESTADO NA SAÚDE SUPLEMENTAR.

ANTONIO WEMENSON DA CRUZ RODRIGUES:
Aluno concludente do Curso de Direito 2019 no CIESA/AM.

LELAND BARROSO DE SOUZA, ME.
(Orientador)[1]

RESUMO: É comentado neste estudo o efeito de interferir com processo em juízo movido pelo Estado nos casos da atividade que envolve a operação de planos e seguros privados de assistência médica à saúde, portanto o objetivo é analisar as consequências da intervenção do Estado na saúde suplementar. Sendo possível por meio do método dedutivo e pesquisas exploratória, bibliográfica e qualitativa. Verifica-se que existe o desequilibrio das operadoras de saúde particular quando é feita a intervenção judicial do Estado, devido muitas decisões judiciais não rever o que foi acordado em contrato com o consumidor. Consoante entendimento que se for dado a razão mediante os acordos assinados em contrato e optando-se pelas novas tabelas de preços pagas pelos beneficiários a título de contraprestação pecuniária, não haverá mais desiquilibrios nas operadoras de planos de saúde.

Palavras-chave: Saúde. Intervenção judicial. Saúde suplementar. Planos de saúde.

ABSTRACT: In this study, the effect of interfering with a lawsuit filed by the State in cases of the activity that involves the operation of health insurance plans and private health insurance is discussed, so the objective is to analyze the consequences of State intervention on supplementary health. It is possible through the deductive method and exploratory, bibliographical and qualitative research. It is verified that there is the imbalance of the private healthcare operators when the judicial intervention of the State is made, because many judicial decisions do not review what was agreed in contract with the consumer. Concluding that if the reason is given by the agreements signed in contract and opting for the new price lists paid by the beneficiaries as a monetary consideration, there will be no further imbalances in the health plan operators.

Key words: Health. Judicial intervention. Supplementary health. Health insurance.

INTRODUÇÃO

O presente estudo versa sobre o Direito Constitucional, abordando o assunto da intervenção judicial do estado na saúde suplementar, que é a ação de intervir e ou realizar uma intercessão que se processa em juízo diante dos atos de assistência à saúde prestada pela iniciativa privada, seja por profissionais de saúde de forma liberal ou por empresas operadoras de planos de saúde, sob regulação do Estado.

A intervenção do Estado na saúde particular passou a se dar de forma mais intensa a partir da promulgação da Lei nº. 9.656/1998, e essas ações de intervencionismo no plano da saúde privada se tornou mais vigorosa com a criação

da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) pela Lei 9.961/2000. Os planos de saúde visam ao lucro, o qual é inescusável para a precursão econômica da atividade. No entanto, parte da doutrina jurídica considera a existência de cláusulas restritivas de cobertura como abusivas, entendendo que o Judiciário deve obrigar as seguradoras a incluir procedimentos médicos não previstos contratualmente. E isto gera um impacto na operação dos planos de saúde, fazendo com que essa despesa não prevista prejudique a operação econômica de custeamento de toda a cadeia de contratantes. Assim sendo pergunta-se: quais as consequências da intervenção estadual na saúde suplementar?

Visto que a intervenção tem por visão modificar a ação humana com o intuito de melhores resultados na justiça social é possível que empreendedores possam se adaptar a mudanças institucionais, ou não trazendo a esse mercado uma grande crise.

Considerando o que já visto, justifica-se estudar as consequências da intervenção do Estado na saúde suplementar, primeiro para entender porque a judicialização vem se arrastando por vários anos, com relação às decisões judicias reversas nos processos da Agência nacional de Saúde suplementar. Em segundo lugar por entender que analisar os resultados de tal fenômeno com relação a viabilidade econômica das operadoras de saúde suplementar possa trazer contribuições teóricas.

Acredita-se ainda, na relevância da discussão do assunto, de modo geral, para compreender os fundamentos do poder judiciário e também os prejuízos para as operadoras de saúde suplementar. Além de restituir a justiça e descobrir novas soluções para esse tema ser relevante de modo geral. Tendo a visão da importância do tema de forma particular para conhecer o máximo, para defender as consequências dessa intervenção, de modo a acabar com a insegurança jurídica para as operadoras de saúde suplementar.

Para atender ao objetivo geral deste estudo de analisar as consequências da intervenção do Estado na saúde suplementar foi necessário conhecer os direitos e deveres das operadoras de saúde. Identificar aspectos fundamentais do Direito Constitucional, para poder viabilizar defesa, seja para as operadoras de saúde, assim como para os conveniados e estudar a divergência do Estado Juiz e Estado Regulador com referência a saúde suplementar.

Concluindo-se que existem conflitos de interesses entre os beneficiários e os planos de saúde, de forma que quando o juiz opta pelo beneficiário faz com haja um desiquilíbrio nas contas das operadoras de planos de saúde. Portanto é possível evitar o desiquilíbrio nas empreendedoras de saúde optando-se pelas novas tabelas de preços pagas pelos beneficiários a título de contraprestação pecuniária

1 DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE

O direito à saúde está gravado na Constituição Federal e está inserido na trajetória descrita dos direitos sociais constitucionalmente garantidos. O direito

Constitucional à saúde é um direito de característica individual, ou seja, trata-se de uma prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas. In verbis: (PRETEL, 2010, p.1).

Com isso verifica-se que o direito e a saúde criou uma relação entre ambos, que no Brasil foi salientada pela Constituição Federal que firmou no artigo 196.

Ao estudar os artigos 196 a 200 da Constituição federal, saber-se-á que "a saúde é direito de todos e dever do Estado", mas também é relevante compreender que o Direito Constitucional à saúde é um direito público subjetivo, fundamental, assegurado à generalidade das pessoas. Assim como o direito fundamental que passou a ser previsto na Constituição Federal de 1988. (GUBERT, 2017, p.11) e neste contexto Soares (2014, p.1) diz:

Os limites da atuação do Judiciário na garantia do direito fundamental social à saúde se dão apenas dentro da perspectiva do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, a fim de, em agindo não prejudique diretamente outro que tem preferência legal (idade) ou de oportunidade como o da fila de espera para transplante de órgãos, por exemplo.

Este trabalho está em busca de respostas para as consequências da intervenção do Estado na saúde suplementar e segundo Sperandio (2017, p.1): "Embora seja negligenciado pelo debate público, o intervencionismo no setor de saúde privada tem causado perversos reflexos econômicos e sociais.". Mas Silva, Bezerra e Tanaka (2012, p. 249) comentam que o:

O principio da integralidade representa o reconhecimento da complexidade e das necessidades de cada indivíduo, demonstrando que o direito à saúde no Brasil não está restrito a uma "cesta-básica" de serviços, mas deve contemplar o essencial para um cuidado à saúde com dignidade.

Com relação ao que diz no art. 196 da Constituição verifica-se que existe uma complementação pela Lei 8080/90, art. 2º, que diz: "a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício" (BRASIL, 1990a).

Vê-se que desde a publicação da Constituição Federal, a partir do art. 196, muitas mudanças aconteceram na saúde, houve algumas vantagens importantes, porém ainda se vê problemas sem solução e outros que começaram a surgir, contudo também se constata o direito universal à saúde.

A partir da Lei nº. 9.656/1998 observou-se uma intervenção maior por parte do Estado com relação à saúde privada. Essa é a Lei que "Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde.". Então veio a Lei 9.961/2000 que "Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências." E o intervencionismo no plano da saúde privada se intensificou pela Agência Reguladora. Então vem o intervencionismo nos contratos de plano de saúde no Judiciário, de forma indireta, ou seja, pelo Código de Defesa do Consumidor e da Lei dos Planos de Saúde, que permitiu ao Poder Judiciário relativizar contratos,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

mitigando o dogma da autonomia da vontade, princípio clássico da teoria contratual. (SPERANDIO, 2017, p.1).

Voltando à Constituição Federal de 1988, vê-se que esta não faz qualquer separação no que diz respeito ao direito à saúde, conglomerando especialmente a aproximação universal a ações de promoção, proteção e recuperação de saúde, nos âmbitos individual e genérico. Veja que o art. 197 identificou que os atos e serviços de saúde são de relevância pública, de modo que é o Poder Público que vai dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle. (PAULA & NETO, 2016, p.69). E o mesmo diz:

Devendo sua execução ser feita diretamente ou por intermédio de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. Ressalve-se que o art. 129, inc. II, da CF/88, atribui ao Ministério Público a função de zelar pelo efetivo respeito aos serviços de relevância pública executadas com vistas a atender aos direitos garantidos na Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia, o que denota a preocupação do constituinte em dar efetividade ao direito à saúde, já que o considerou expressamente como um serviço de relevância pública

Já o art. 198 redigiu a estrutura geral do Sistema Único de Saúde. O art. 199 permitiu "a iniciativa privada a assistência à saúde, podendo as instituições privadas participar de forma complementar do Sistema Único de Saúde", desde que seguissem as "diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência às entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos". Lembrando que as operadoras de planos de saúde se baseiam no art. 199 para realizarem suas atividades econômicas e é por esse artigo também que ficam submetidas à fiscalização e controle do agente regulador e normativo, para atender as exigências da própria Constituição, em seu art. 174. (PAULA & NETO, 2016, p.69).

Como consequência destaca-se as condições necessárias para se executar ações e serviços de saúde por empresas privadas, assim como a atividade reguladora do Estado nesse âmbito encontram-se, sem dúvidas previstas nos artigos 197 e 199, da Constituição.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado. [...] Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada (BRASIL, 1988)

Vê-se, portanto, que a própria Constituição de 1988, na sua redação originária já previa a regulação na área da saúde e a possibilidade de prestação de serviços privados nesse domínio, ao mesmo tempo em que instituiu a saúde como um direito social universal e dever do Estado de direito, também reconheceu a possibilidade da atuação estatal realizar-se por meio da atividade reguladora e fiscalizadora do mercado, que hoje é a ANS. Cientifica-se, desta forma, que a Constituição em nenhum momento estatuiu a exclusividade da prestação de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

serviços públicos e estatais de saúde; diversamente, mencionou também a possibilidade de serviços privados à saúde, para o atendimento e assistência. (VITALIS, 2015, p.274)

2 SAÚDE SUPLEMENTAR

Primeiro é importante saber o que vem a ser Saúde Suplementar, e pode-se dizer que é a atividade com fins lucrativos, que mantem a operação de planos e seguros privados de assistência médica à saúde.

E também toda assistência médica e hospitalar, que não vem do sistema público, ou seja, acontece no subsistema privado e é composta pelos serviços financiados pelos planos e seguros de saúde, possuindo um financiamento privado, mas com subsídios públicos, gestão privada regulada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar. (BRASIL, 2007).

Pode-se dizer também que é um mercado de serviços privados em saúde, onde existe uma natureza mercantil-contratual com clientela restrita, que paga pelo uso dos serviços ao prestador dos serviços, ou para terceiros (especialistas). (PAULA & NETTO, 2016, p.73).

Resumindo, a Saúde Suplementar é uma atividade que encoberta atos ou medidas em que se combinam os meios para a obtenção de determinados resultados dos planos ou seguros de saúde, cuja regulamentação é feita pelo poder público, representado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e as operadoras compreendem seguradoras especializadas em saúde, medicinas de grupo, cooperativas, instituições filantrópicas e autogestões. (CARVALHO, 2010, P.1).

Não esquecendo que a saúde é de garantia fundamental do ser humano, como previsto no art. 6º da Constituição Federal de 1988, que depende da atuação do Estado, isto é, dever do Estado. E é neste momento que a Saúde Suplementar conquista oficialmente o seu espaço, mas o seu marco regulatório foi estabelecido em 1998 pela Lei n. 9.656.

No Brasil, é um importante setor de planos de saúde que se pode definir como saúde suplementar, isto porque existe a opção de se pagar por um seguro privado para ser assistido pela assistência médica, a despeito da manutenção da contribuição compulsória para a seguridade social, que inclui o direito ao acesso ao serviço público (BAHIA, 2002).

Sim, é de relevada importância a cadeia de saúde suplementar, chega mesmo a exceder o seu já único papel na oferta de serviço tão essencial à população, ou seja, a saúde. Como já visto anteriormente é um setor econômico de relevada importância e isso não se discute, também vem crescendo com relação aos seus beneficiários e com relação aos prestadores de serviços. Simultaneamente crescem os problemas nessa trajetória, os custos começam a aumentar e começam a ser pressionadas as condições de financiamento do sistema e iniciam as necessidades,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

principalmente de medidas para o aumento da eficiência desta cadeia produtiva. (AZEVEDO et.al., 2016, p.114).

3 JUDICIALIZAÇÃO NO SETOR DE SAÚDE

Neste estudo por diversas vezes é utilizado o termo judicialização, que nada mais é do que um fenômeno mundialmente conhecido quando questões diversas e importantes são resolvidas pelo poder judiciário, mesmo sendo de competência do Poder Executivo e ou Legislativo. (MANSUR, 2017, p.1).

Assim, neste trabalho é delimitado o estudo sobre a judicialização na saúde, que é um processo judicial que alguns pacientes fazem para recorrer a tratamentos não oferecidos pela rede pública (SUS), contra o governo, já que o acesso universal e igualitário à saúde é um direito garantido pela Constituição. (FEMANA, 2019, p.1).

Existe um processo de crescimento na judicialização do direito à saúde, conforme estudos feitos nos últimos trinta anos. O direito constitucional é garantido pelo judiciário e este tem sido clamado por diversas demandas para que a população possa ter acesso a medicamentos, leitos nos hospitais, até mesmo para garantir as políticas públicas.

Segundo Costa (2016, p.1)

Se direitos são afrontados, obviamente, é merecedor que haja reparo pelo agente causador do dano. Entretanto, o que estamos assistindo no momento é a uma enxurrada de ações judiciais sem a vinculação a efetivos direitos, o que, por sua vez, apresentam-se como meras aventuras processuais, por muitas vezes se encontrarem ausentes de respaldo legal. A judicialização da matéria em tela pode ser minimizada se os prestadores do serviço de assistência à saúde suplementar adicionarem aos seus valores institucionais a prevenção e resolução do conflito.

Os beneficiários dos contratos de planos de saúde se utilizam das vias judiciais para buscar seus tratamentos e medicamentos, muitas vezes sem ter conhecimento de seu real direito, fazendo com que inúmeras contendas litigiosas apareçam. Visto que tudo poderia ser evitado se houvesse uma política de prevenção. Com isso o poder judiciário, muitas vezes, acaba impondo às operadoras de saúde responsabilidades que não foram previstas no contrato com o consumidor, ou mesmo impõe a estes fazer o que o Estado é obrigado a fazer. Assim, trazendo as operadoras onerações irreparáveis. "Muitas destas determinações ocorrem sem cobertura contratual ou sem previsão no rol determinado pela ANS, comprometendo a vitalidade das operadoras". (COSTA, 2016, p.1).

Para Dresch (2019, p.1) é importante gerar interlocução entre os gestores de saúde e os membros do Judiciário, através da existência de Núcleos de Apoios Técnicos (NATs) nos Estados, com a disposição de notas técnicas que deixem à disposição conteúdos de base informativa. "Os secretários precisam informar aos juízes quando houver incapacidade de cumprir determinada decisão e demonstrar quais são as dificuldades que existem na gestão, porque nós não temos essas informações facilmente disponíveis".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Rosa (2019, p.1) relata que nas palavras de Gabbardo, "o principal desafio é conseguir distinguir uma ação judicial justa, em que o Estado deveria efetivamente fornecer determinado medicamento ou procedimento e não o fez por alguma razão, daquela ação considerada como uma solicitação fora da normalidade". Porém a intervenção judicial, na saúde suplementar, é entendido como uma externalidade do negócio, uma vez que o juiz ao decidir, age como um terceiro, cujas ações trarão consequências para a relação entre a operadora e o usuário previamente firmada. O problema envolvendo essa externalidade é a impossibilidade dela ser internalizada pelas partes, vez que a relação já se encontra devidamente formalizada (RODRIGUES, 2018, p.1).

Nas plataformas de pesquisa são vários os debates e discussão sobre a judicialização na saúde e o que mais se percebe é a busca pelo aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, o desejo é de como fazer que o processo judicial fosse mais ligeiro. Estes debates são importantíssimos porque existe a necessidade de se verticalizar a análise e discutir o que se entende por direito universal à saúde.

Um rico trabalho de pesquisa apresentado por Viana (2013, pp.111,112) mostra que a judicialização é um fenômeno eventual, cujas questões são de larga reflexão política ou social: "Estão sendo decididas mais de cento e doze questões pelo Judiciário ao invés de pelas instâncias políticas tradicionais, ou seja, o Legislativo e o Executivo."

Atualmente se tem visto comentários relevantes sobre a judicialização e Gregori (2019, p.1) comenta:

O atual cenário da judicialização da saúde é desanimador. Recentemente, foi divulgada uma pesquisa, encomendada pelo Conselho Nacional de Justiça ao Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER, sobre o direito à saúde em primeira instância, apontando um crescimento de aproximadamente 130% nas demandas entre 2008 e 2017, e em segunda instância, um aumento de 85%, entre 2009 e 2017. Cabe destacar que, no mesmo período, a quantidade de ações sem distinção de tema subiu 50%.

A pesquisa divulgada que a autora se refere é III Jornada da Saúde, realizada em 18 de março de 2019, no Hospital Sírio Libanês, em São Paulo. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ – Relatório Analítico Propositivo Justiça – Pesquisa Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução, Brasília, 2019. (GREGORI, 2019, p.1).

Algo deve ser feito. No texto brasileiro que precede ou se segue, em boa hora algumas razões possam ser apontadas, a judicialização tem como motivo principal a crise da democracia representativa, assim como explica Viana (2013, p.112):

[...] caracterizada por uma assimetria entre a vontade manifestada pelo Parlamento e a vontade do povo, pela omissão no tratamento de questões polêmicas e divergentes e pela inércia ou ineficiência da realização de políticas públicas pelo Governo. Observamos que o problema da judicialização se agrava

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

diante da atitude ativista de juízes e tribunais, pois resulta numa mais ampla e intensa participação do Judiciário na tentativa de concretização dos objetivos que, pela Constituição e pela nossa tradição, são atribuições dos demais poderes (Legislativo e Executivo), e que deveriam ser realizados mediante políticas públicas. A partir daí, já se tornou possível concluir pela necessidade de uma teoria da decisão judicial que pudesse romper com o positivismo jurídico, superando o problema da discricionariedade judicial, sem, contudo, precisar retornar ao antigo problema, não menos grave, da aplicação exegética da lei.

O tempo todo de pesquisa nota-se o desiquilíbrio, pois existem opiniões contrárias sobre o assunto e Ribeiro & Hartmann (2016, p. 234), relata que no Brasil a judicialização do direito à saúde vem criando inovações institucionais no sistema e completa afirmando que:

Essa judicialização teve efeitos inesperados, tal como interromper a contingenciação orçamentária de recursos públicos da saúde. Para lidar com tais efeitos, muitas autoridades públicas envolvidas direta ou indiretamente com o sistema público de saúde brasileiro criaram uma série de inovações institucionais. Essas inovações buscam minimizar os efeitos orçamentários da judicialização e/ou diminuir o número de litígios envolvendo o sistema público de saúde.

De tudo que foi visto, neste contexto, o que é necessário ter consciência é que no Brasil a judicialização na saúde é usual para narrar a reivindicação judicial de um direito que é constitucional daqueles que não tem condições financeiras para obter os serviços de saúde.

4 DIVERGÊNCIA DO ESTADO JUIZ E ESTADO REGULADOR COM REFERÊNCIA A SAÚDE SUPLEMENTAR.

Para entender essa divergência é ideal entender que no Brasil tem duas agências reguladoras conectadas com o setor da saúde. Que são a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), criada em 1999, que é a agência reguladora governamental que lida com medicamentos e alimentos (Lei n. 9.782/1999) e a Agência Nacional de Saúde (ANS) gerada no ano 2000, que é a Agencia responsável por regular o setor privado de saúde, especialmente os planos e seguros privados de saúde. (Lei n. 9.961/2000).

E são estas agências que tem por finalidade amparar o direito à saúde no Brasil por meio da regulação de serviços privados de saúde e a fiscalizar os produtos e serviços que podem ter um impacto nos indicadores de saúde. (AITH, 2016, pp.209-210)

Mesmo existindo estas Agências regulamentadoras, este estudo se delimitará à Agência Nacional de Saúde (ANS), pois existem conflitos entre a judicialização à saúde suplementar e as normas regulamentares expedidas pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS). Nesse Sentido Pereira (2014, p.97) explana:

Para a correta compreensão de decisões judiciais emanadas da judicialização da saúde suplementar, [...] os fundamentos dizem respeito ao reconhecimento da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

saúde como direito fundamental, e por isso devendo ser tutelada com prevalência aos demais direitos envolvidos; ao reconhecimento da existência da relação de consumo entre beneficiários e operadores de planos de saúde, aplicando-se as normas protetivas do código de defesa do consumidor, de forma a favorecer aqueles; a consideração da intangibilidade da prescrição médica, aliado ao fato de o rol de procedimentos da ANS ser considerado meramente explicativo; e o entendimento de que a operadora pode limitar as doenças a serem cobertas, mas não o tratamento correlato. (TARTUCE, 2016, p.1)

Com o grande aumento de ações judiciais contra os planos de saúde, algumas decisões são dadas positivas para o consumidor, por falta de conhecimento dos regulamentos específicos e da lei e ainda demanda de argumentos vagos e subjetivos, fazendo com que as operadoras de plano de saúde se obriguem a contrair obrigações que vão além de suas previsões legais e contratuais. Também é possível encontrar decisões judiciais tímidas, que violam a lei e o próprio contrato praticado pelas operadoras em detrimento dos seus consumidores. (PAULA & NETO, 2016, p.87).

O que se percebe é que embora nesse sentido seja a Agência Nacional de Saúde a regulamentar todo serviço de saúde suplementar, o estado juiz é quem julga nas decisões proferidas pelo judiciário e existe uma grande divergência entre estes dois estados, embora os dois sejam as mesmas pessoas, os dois são estados causando uma insegurança jurídica.

Isso vai fazer com que sinistralidade dos planos aumentem, diminuindo o acesso das pessoas à saúde privada e tendo que procurar a saúde pública (SUS).

Segundo dados da ANS e de Wei (2019, p.1), o quadro atual de beneficiários de planos de saúde contabiliza aproximadamente em:

[...] 47.000.000.000 (quarenta e sete milhões de usuários). A quantidade de Operadoras equivale a quase 740 (setecentos e quarenta) empresas. A receita destas pessoas jurídicas alcançou em 2018, algo em torno de R$ 195.000.000.000.000 (cento e noventa e cinco bilhões de reais) contra quase R$ 161.000.000.000.000 (cento e sessenta e um bilhões de reais) de despesas.

E é neste cenário que o Poder Judiciário atua; um cenário cheio de complexidades e bastante regulamentado.

E pesquisando nesse sentido, vem Martins (2018, p.1) declarar que:

Os direitos de proteção do consumidor em face do Estado — hipoteticamente já equidistante da postura da ANS — soa tranquilo que a opção constitucional brasileira talvez seja uma das mais avançadas no mundo. É que os "direitos de proteção", quando oponíveis ao Estado, alcançam todos os poderes e órgãos públicos autônomos que compõem o aparelho estatal, inclusive o Judiciário em inúmeras situações normativas que vinculam o juiz nos seguintes exercícios hermenêuticos: i) interpretação favorável ao consumidor; ii) aplicação obrigatória

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

do CDC, quando se tratar de relação de consumo; iii) exercício de colaboração na relação processual; iv) vedação de proteção insuficiente.

Essa é uma situação conflitante, pois a interpretação do juiz que estiver julgando a causa é que vai ser relevante, para as operadoras de saúde traz realmente uma insegurança, afetando o financeiro das prestadoras, por serem obrigadas a pagar, por decisão do estado juiz, procedimentos e atendimentos não previstos no rol da ANS.

Para um bom entendimento é bom compreender que quando se menciona estado juiz, está-se falando de quem diz o direito e ao se mencionar estado regulador, estar-se-á falando de quem regulamenta, ou seja, nesse estudo é a ANS.

Assim sendo é possível conceituar regulação econômica como "toda e qualquer ação do governo que imponha restrições às determinações individuais dos agentes econômicos", geralmente "suportada por alguma ameaça de sanção" (SAINTIVE; CHACUR, 2006, p. 6), com vistas à indução de resultados desejados pelo Estado. (BRASIL, 2019, p.12).

Com referência a saúde suplementar, a intervenção do regulador, por exemplo: em relação ao reajuste anual das mensalidades dos planos de saúde se faz indispensável, principalmente, devido a não flexibilidade da demanda em relação ao preço, à tendência aos "preços monopolísticos" (OCKÉ-REIS E CARDOSO, 2011, p. 457), e à "evolução dos custos em saúde" (STIGLITZ, 1989 apud ANS, 2011b, p. 2; OCKÉ-REIS; ANDREAZZI; FIGUEIRA, 2006).

A discussão sobre as questões de desigualdades relativas à renda na utilização de serviços de saúde entre beneficiários de planos privados de saúde no Brasil são alvo de discussões a muito tempo (BRASIL,ANS, 2019, p.6), pois é conflitante o teor de algumas decisões da justiça brasileira, fazendo-se captar a intenção que o serviço de cobertura dos planos privados de saúde tem se ampliado de tal modo que a assistência à saúde suplementar, mesmo sendo de natureza contratual, o Estado Juiz o torna a prestação de saúde para todos, fato que caracteriza uma superposição de funções. (WEI, 2019, p.1).

A divergência vista até o momento entre o Estado Juiz e o Estado regulador é preocupante. Ao mesmo tempo em que as prestadoras de serviços de saúde têm que se moldar ao rol de procedimentos da ANS e já passou a ser universal esse desafio e um dos principais problemas sociais.

Essa divergência vem trazendo comentários e notícias, o presidente do Superior Tribunal de Justiça vem solicitando para que seja discutido o modelo de saúde suplementar adotado atualmente no Brasil, afirmando que "Este modelo, a economia brasileira não suporta. O modelo é caríssimo", explanou João Otávio de Noronha, 2019. Em busca de uma resposta para essa divergência aconteceu o 9º Congresso Jurídico de Saúde Suplementar, em Brasília. Conforme informa (CONJUR, 2019, p.1). "A matemática dos planos de saúde" foi o tema debatido pelo presidente do STJ e pela professora Luciana Yeung, do Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper).

O mediador do painel foi o superintendente executivo do Instituto de Estudos de Saúde Suplementar (IESS), José Cechin. (CONJUR, 2019, p.1).

CONCLUSÃO

O estudo realizado vem de revisão bibliográfica, organizado cuidadosamente por meio de abordagem qualitativa, cujas analises e pesquisas foram feitas por meio das produções acadêmicas, dissertações e teses, presentes na Biblioteca Digital.

É importante destacar que o entendimento dos estudos mencionados nas pesquisas e pelo julgamento jurisprudencial vigente, mostrou a ocorrência de conflito entre as normas aplicáveis à problemática, podendo se optar pela prevalência do direito fundamental à saúde de forma ampla, somado aos princípios protetivos do Código de Defesa do Consumidor, em detrimento das normas regulamentares do sistema de saúde suplementar brasileiro.

A partir da análise dos estudos acadêmicos foram identificados quatro grandes temas: o direito constitucional à saúde, saúde suplementar, judicialização no setor de saúde e a divergência do estado juiz e estado regulador com referência a saúde suplementar. Estes assuntos desenvolvidos não se excluem mutuamente, mas trabalham como direcionadores da análise realizada, que permitiram discutir, compreender os muitos desafios da saúde suplementar, os quais mantem relação com as questões regulatórias econômicas, político-jurídicas e de saúde.

Lembrando que o grande objetivo do presente estudo foi analisar as consequências da intervenção do Estado na saúde suplementar, chegou-se a conclusão de que em relação à parte econômica, vista pela atividade regulatória que é o equilíbrio entre oferta e demanda, existe ainda, uma grande necessidade de conciliação em defesa do interesse público para que haja um equilíbrio e que existe realmente impactos na saúde suplementar com a judicialização da saúde no Brasil.

Também, existia a princípio uma problemática onde a intervenção jurídica está gerando um impacto na operação dos planos de saúde, fazendo com que essa despesa não prevista prejudique a operação econômica de custeamento de toda a cadeia de contratantes e ficou por descobrir quais as consequências da intervenção estadual na saúde suplementar e conclui-se a evidencia da impossibilidade do SUS em oferecer a assistência à saúde da população, também que os planos de saúde suplementam o que seria dever do SUS. Mas também ficou claro que essas empresas particulares possuem regras, contratos e normas próprias que precisam ser respeitadas e que são regulados pela ANS, que determina aquilo que deve ser obrigatoriamente coberto aos seus associados.

Diante de todos esses aspectos e com a exigência dos associados, os questionamentos e constatações dos mesmos nos mostram que na maioria das vezes a empresa de plano ou seguro de saúde serão a parte prejudicada e não possui nenhuma entidade pública ou privada que possa defendê-lo mesmo diante das normas e contratos assinados, assim ficando claro que a divergência existente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

entre o Estado e o judiciário, visto que um determina algo que não é levado em consideração pelo outro.

Porém existe uma visão de que a intervenção tem por meta modificar a ação humana com o intuito de melhores resultados na justiça social, portanto é possível que empreendedores possam se adaptar a mudanças institucionais, ou não trazendo a esse mercado uma grande crise.

Já são vinte e um anos que a Lei 9.656/1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde vem regulamentando as empresas privadas de planos de saúde, juntamente com a Constituição Federal de 1988 e também com CDC e ainda tem a fiscalização feita pela ANS, porém ainda não é possível se ver avanços com relação ao direito, pois pontos de dissonância ainda são visíveis.

Mas há esperanças de encontrar uma saída para os desafios, até porque o presidente do STJ, recentemente demonstrou a necessidade de diferenciar o impacto de uma decisão tomada em um tribunal do impelido que a ordem jurídica exerce sobre a economia, palavras de Noronha: "Quando começamos, no Judiciário, a condenar a operadora a prestar serviço para o usuário que não pagou o plano, estamos colocando em risco todo o sistema, além de aumentar o custo do serviço".

Aqui não será o fim de uma conclusão, até porque se vê a necessidade de tornar mais amplo o debate, porque é indispensável encontrar solução imediata para a saúde suplementar.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABNT/CB-14 - Esta Norma foi baseada nas ISO 690:1987 e ISO 690-2:1997. E substitui a NBR 6023:2000. (2002). Disponível em <https://www.usjt.br/arq.urb/arquivos/abntnbr 6023.pdf> Acesso em 25.02.2019; 14:51h.

AITH, F. Agências reguladoras de saúde e poder judiciário no brasil: uma relação conflituosa e necessária para a garantia plena do direito à saúde. (2016). Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17700/O-judiciario-e-o-estado-regulador.pdf> Acesso em 16.06.2019; 15:15h.

AZEVEDO, P.F. d; ALMEIDA, S.F. de; ITO, N.C.; BOARATI, V.; MORON, C.R.; INHASZ, W.; ROUSSET, F.; A cadeia de saúde suplementar no Brasil: Avaliação de Falhas de Mercado e Propostas de Políticas. (2016). Disponível em <https://www.insper.edu.br/wp-content/uploads/2018/09/estudo-cadeia-de-saude-suplementar-Brasil.pdf> Acesso em 20.05.2019; 14:54h.

BAHIA, L.; VIANA. A. Breve histórico do mercado de planos de saúde no Brasil. In: BRASIL. Ministério da Saúde. Regulação e saúde: estrutura, evolução e perspectivas da assistência médica suplementar. Rio de Janeiro: ANS, 2002.

BITTAR, C. A. Os direitos da personalidade. (1989). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em 12.03.2019; 9:09h.

_____. Lei nº 8.080, DE 19 DE SETEMBRO DE 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto. gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm > Acesso em 04.06.2019; 17:55h.

_____, Lei nº. 9.656 DE 03 DE JUNHO DE 1998. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em <http://www.planalto.gov.br /ccivil_03/Leis/L9656.htm> Acesso em 12.03.2019; 9:51h.

_____, Lei nº 9.782, DE 26 DE JANEIRO DE 1999. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9782.htm> Acesso em 15.03.2019; 09:01h.

_____. Lei nº 9.961 DE 28 DE JANEIRO DE 2000. Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/LEIS/L9961.htm> Acesso em 13.03.2019; 10:11h.

_____. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. Saúde Suplementar. Brasília: CONASS, 2007.

CARVALHO, L.M.C. A saúde suplementar no Brasil: entenda um pouco. (2010). Disponível em < https://limc.jusbrasil.com.br/artigos/208442559/a-saude-suplementar-no-brasil-entenda-um-pouco> Acesso em 19.05.2019; 09:33h.

CONJUR, Saúde Suplementar. Decisão jurídica não pode inviabilizar operadora de saúde, diz Noronha. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-ago-19/decisao-juridica-nao-inviabilizar-operadora-saude> Acesso em 19.09.2019; 09:19h.

COSTA, F.H.S. da. A Judicialização da Saúde Suplementar e seus Impactos nos Planos Privados de Assistência à Saúde. (2016). Disponível em <https://gama-ca.com.br/artigos-gama/a-judicializacao-da-saude-suplementar-e-seus-impactos-nos-planos-privados-de-assistencia-a-saude/> Acesso em 04.06.2019; 09:22h.

DRESCH, R. CONASS e Conselho Nacional de Justiça debatem a questão das ações judiciais na saúde. Disponível em <https://www.conass.org.br/consensus/judicializacao-na-saude/> Acesso em 04.06.2019; 19:21h.

FEMANA, Federação Brasileira de Instituições Filantrópicas de Apoio à Saúde da Mama. O que é judicialização em saúde? Disponível em

<http://www.femama.org.br/ pacientesnocontrole/o-que-e-judicializacao-em-saude/> Acesso em 11.03.2019; 09:01h.
FONTELLES, M.J.; SIMÕES, M.G; FARIAS, S.H; FONTELLES, R.G.S. Metodologia da pesquisa científica: diretrizes para a elaboração de um Protocolo de pesquisa. (2009). Disponível em <https://cienciassaude.medicina.ufg.br/up/150/o/Anexo_C8_NONAME.pdf> Acesso em 08.03.2019; 16:01h.
GUBERT, A.C. A intervenção do judiciário no setor de saúde suplementar. (2017). Disponível em <https://tcconline.utp.br/media/tcc/2017/09/A-INTERVENCAO-DO-JUDICIARIO-NO-SETOR-DE-SAUDE-SUPLEMENTAR.pdf> Acesso em 29.02.2019; 16:31h.
MANSUR, S.L. O Fenômeno da Judicialização na Sociedade Contemporânea. (2017). Disponível em <https://samealuz.jusbrasil.com.br/artigos/389418859/o-fenomeno-da-judicializacao-na-sociedade-contemporanea> Acesso em 09.03.2019; 17:36h.
OCKÉ-REIS, C.O.; ANDREAZZI, M.F.S., SILVEIRA, F.G. O mercado de planos de saúde no Brasil: uma criação do Estado? Revista de Economia Contemporânea. Rio de Janeiro, v.10, n.1, p.157-185, jan./abr. 2006. Disponível em: <http://www.CONHECIMENTO CIENTÍFICO E REGULAÇÃO - CONTRIBUIÇÕES PARA A SAÚDE SUPLEMENTAR 19scielo.br/pdf/rec/v10n1/07.pdf>. Acesso em: 11.09.2019. 15:21h.
OCKÉ-REIS, C.O.; CARDOSO, S.S. A regulamentação dos preços dos planos individuais de saúde. Revista de Economia Política da Scielo. São Paulo, v. 31, n.3, p. 455-470, jul./set. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rep/v31n3/08.pdf>. Acesso em: 12.09.2018, 13:36h.
PAULA, A.C.A. de. NETTO, J.P.P. A judicialização da saúde suplementar e seus impactos na atividade das operadoras de planos de saúde. (2016). Disponível em <file:///D:/Users/Jafra02/Downloads/403-1291-1-PB%20(2).pdf> Acesso em 05.06.2019; 09:46h.
PEREIRA, J.R. Os reflexos da judicialização da saúde suplementar na atividade das operadoras de Plano de Saúde. (2014). Disponível em <https://www.univates.br/bdu/ bitstream/10737/664/1/2014JhonyRodriguesPereira.pdf> Acesso em 13.03.2019; 14:27h.
PRETEL, M. O direito constitucional da saúde e o dever do Estado de fornecer medicamentos e tratamentos. (2010). Disponível em <http://www.oabsp.org.br/subs/ santoanastacio/institucional/artigos/O-direito-constitucional-da-saude-e-o-dever-do> Acesso em 16.07.2019; 19:14h.
RIBEIRO, L.M.; HARTMANN, I.A. A judicialização do direito à saúde e as mudanças institucionais no Brasil. (2016). Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/ bitstream/handle/10438/17700/O-judiciario-e-o-estado-regulador.pdf> Acesso em 16.06.2019; 16:26h.

RODRIGUES, N. A judicialização da saúde suplementar no Brasil. Disponível em <https: //jus.com.br/artigos/70375/a-judicializacao-da-saude-suplementar-no-brasil> Acesso em 04.06.2019; 18:48h.
ROSA, T. Judicialização na Saúde. Disponível em < https://www.conass.org.br/consensus /judicializacao-na-saude/> Acesso em 04.06.2019; 16:28h.
SAINTIVE, M.B; CHACUR, R.S. A regulação tarifária e o comportamento dos preços administrados. Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. Documento de Trabalho nº 33 SEAE/MF. Brasília, (2006). Disponível em: <http://www. seae.fazenda.gov.br/central-de-documentos/documentos-de-trabalho/ documentos-detrabalho-2006/DT_33.pdf>. Acesso em: 07.09.2019, 13:55h.
SILVA, K.B.; BEZERRA, A.F.B.; TANAKA, O.Y. Direito à saúde e integralidade: uma discussão sobre os desafios e caminhos para sua efetivação. Disponível em < http://www.scielo.br/pdf/icse/v16n40/aop1812> Acesso em 13.03.2019; 14:27h.
SPERANDIO, L. Como o intervencionismo estatal está destruindo o mercado de saúde privado brasileiro. Disponível em <https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=2699> Acesso em 13.03.2019; 14:27h.
TARTUCE, F. Resumo. Informativo 588 do STJ. (2016). Disponível em <https:// flaviotartuce.jusbrasil.com.br/noticias/386418890/resumo-informativo-588-do-stj> Acesso em 13.03.2019; 14:27h.
VIANNA, G.L. Judicialização da saúde suplementar: a concepção do "direito como integridade" contra a discricionariedade judicial. (2013). Disponível em <https://iess.org.br/cms/rep/1lugardireito_raxdb8gh.pdf> Acesso em 21.09.2019; 08:58h.
VITALIS, A. Estado prestador versus Estado regulador: Um diagnóstico do direito social à saúde no Brasil. (2015). Disponível em <https://www12.senado.leg.br/ril/ edicoes/53/210/ril_v53_n210_p267.pdf> Acesso em 21.09.2019; 08:58h.
WEI, E.Q.S. Natureza suplementar do serviço de assistência privada dos planos de saúde. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-set-17/natureza-suplementar-assistencia-privada-planos-saude> Acesso em 19.09.2019; 11:47h.
NOTA:

[1] Orientador: Disciplina –E-mail:

www.conteudojuridico.com.br

PRÓS E CONTRAS DA PROPAGANDA ANTECIPADA NO DIREITO ELEITORAL

WANDERLEY PINHEIRO DA SILVA JUNIOR:
Bacharelando no Curso de Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA

LELAND BARROSO DE SOUZA

(Orientador)

RESUMO: O presente artigo apresenta como temática uma Análise dos prós e contras da Propaganda Antecipada no Direito Eleitoral, com enfoque nas mudanças e regras propostas a partir de 2015 com a promulgação da Lei 13.165/2015. Para o alcance dos seus objetivos, foi elaborada uma pesquisa monográfica, com coleta de dados indireta no acervo da literatura pertinente, a partir de uma abordagem Dedutiva. O objetivo principal analisar os Prós e Contras da Propaganda Eleitoral antecipada. A metodologia aplicada visa também, a produção de resultados qualitativos acerca do tema proposto.

Palavras-chave: Propaganda Eleitoral Antecipada; Direito Eleitoral; Prós e Contras.

ABSTRACT: This article presents as its theme an Analysis of the pros and cons of Early Advertising in Electoral Law, focusing on the changes and rules proposed from 2015 with the promulgation of Law 13.165 / 2015. To achieve its objectives, a monographic research was elaborated, with indirect data collection in the relevant literature collection, from a Deductive approach. The main objective is to analyze the Pros and Cons of early Electoral Propaganda. The applied methodology also aims to produce qualitative results about the proposed theme.

Keywords: Anticipated Advanced Propaganda; Electoral Law; Pros and Cons.

INTRODUÇÃO

O termo propaganda define-se de forma genérica como um conglomerado de técnicas de divulgação de ideias, com caráter informativo e persuasivo, cujo objetivo e influenciar pessoas a tomar uma decisão. Por intermédio da propaganda, ideias, informações e crenças são difundidas, tendo como fito a adesão de destinatários, fazendo com que os espectadores se tornem propensos ou inclinados a aceitação de referida ideia.

A Lei 13.165/2015, também conhecida como Reforma Eleitoral 2015, alterou diversos pontos da legislação eleitoral. Segundo a redação dada ao artigo 240 do Código Eleitoral, a propaganda de candidatos a cargos eletivos somente é permitida após o dia 15 de agosto do ano da eleição. Entretanto, algumas ações não configuram propaganda eleitoral antecipada, prática passível de multa e, quando exorbitante, pode resultar até na cassação do registro ou do diploma.

Com base nesse contexto, o proposito do presente trabalho é identificar de forma clara e sucinta os prós e contras da prática de propaganda antecipada, sob a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ótica jurídica, assim como, os impactos das alterações propostas pela Lei 13.165/2015, a qual trouxe mudanças ao direito eleitoral.

Para tal o mesmo foi estruturado em três seções onde são abordados tópicos de importância para o desenvolvimento do tema, a saber: a Propaganda Eleitoral Antecipada, o Direito Eleitoral Brasileira e implicações após a reforma de 2015. O trabalho se justifica em seu aspecto social e acadêmico, pela importância do tema para a sociedade e sua contribuição para a literatura bibliográfica pertinente ao tema.

1 PROPAGANDA ELEITORAL NO BRASIL

Segundo os léxicos propaganda é um "conjunto de atos que tem por fim propagar uma ideia, opinião ou doutrina". Ribeiro (1988, p.86) conceitua como "um conjunto de técnicas empregadas para sugestionar pessoas na tomada de decisão, que prescinde de argumentos persuasivos em busca de uma reação emocional".

No âmbito político, este fim se resume a disseminar um determinado posicionamento sobre um assunto a fim de persuadir o eleitor. Com a propaganda, os partidos e candidatos objetivam convencer os eleitores que são a melhor opção para ocupar determinado cargo eletivo. A propaganda política se caracteriza por veicular concepções ideológicas com vistas à obtenção ou manutenção do poder estatal (GOMES, 2015).

No mundo, a propaganda foi utilizada mesmo antes da instalação da democracia moderna. O Rei francês Luís XIV, que era mais conhecido como "Rei do Sol", gostava de atrelar sua imagem aos heróis da mitologia grega em esculturas e pinturas a fim de construir a imagem de um monarca divino e invencível. No entanto, a propaganda não é utilizada apenas para motivos nobres, mas também para desencadear ações levianas.

Nos regimes extremistas e totalitários a propaganda foi muito utilizada a fim de distorcer a realidade e manipular o povo, sendo que a marcante frase de Joseph Goebbels, Ministro da Propaganda do III Reich é atual: "uma mentira repetida mil vezes torna-se verdade".

A propaganda eleitoral no mundo tem suas peculiaridades e se amolda a realidade social de cada país. Na Bélgica a campanha é discreta, com poucas formas de propaganda, onde os candidatos com quantia irrisória de "santinhos" disputam o cargo. Na França o mesmo tom discreto marca as eleições. Trata-se de uma questão cultural, que não quer dizer que é melhor ou pior que a nossa, mas apenas diferenciada.

Veja o contraponto nas eleições americanas, onde se aproxima muito da brasileira, com reuniões que mais parecem "shows" de pirotecnia. Nesse caso, a forma vai além da nossa, com possibilidade de propaganda "paga" nos meios de comunicação em massa (televisão). As doações também são um traço marcante em relação à brasileira, já que é prática comum naquele país.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No Brasil, a evolução da propaganda aplicada nas campanhas eleitorais não foi diferente, sendo memoráveis os jingles de campanhas veiculados por Getúlio Vargas e Jânio Quadros em 1950 e 1960, respectivamente, em suas campanhas vitoriosas. Atualmente encontram-se vigentes a Lei 4.737/1965 (BRASIL, 1965), a Lei 9.096/1995 (BRASIL, 1995) e a Lei 9.504/1997 (BRASIL, 1997), que tiveram modificações substanciais ao longo dos anos.

A propaganda política possui seus delineamentos temporais, sendo que a propaganda partidária ocorre nos semestres em que não ocorram eleições (art. 36, § 2.º, da Lei das Eleições). A propaganda institucional é feita pelos poderes públicos a fim de evidenciarem o trabalho executado no exercício do mandato. Já a propaganda intrapartidária é restrita ao recôndito da agremiação partidária com a finalidade dos pré-candidatos se colocarem à disposição para representar os partidos nas eleições (CÂNDIDO, 2010).

Por fim, a propaganda eleitoral, que tem como finalidade convencer o eleitor a votar em determinado candidato nas eleições, que ocorrem de dois em dois anos e tem início no dia 06 de julho do ano da eleição. Assim, podemos constatar que a propaganda política é subdivida em: propaganda partidária, propaganda institucional, propaganda intrapartidária e propaganda eleitoral, que veremos de forma mais detida e verticalizada a seguir.

Para Mendes (2014) a propaganda eleitoral é a que visa à captação de votos, facultada aos partidos, coligações e candidatos. Busca-se, através dos "meios publicitários" permitidos na legislação eleitoral, influir no processo decisório do eleitorado, divulgando-se o "currículo" dos candidatos, suas propostas e mensagens no período denominado de "campanha eleitoral".

A sua disciplina normativa vem desenhada nos arts. 36 a 57-I da Lei 9.504/1997 (BRASIL, 1997). A última alteração foi feita pela Lei 12.891, de 13.12.2013, que será aplicada pela primeira vez nas eleições de 2016, já que no processo eleitoral passado prevaleceu o princípio da anualidade previsto no art. 16 da CF/1988 (MENDES, 2014).

A propaganda eleitoral pode ser regular ou irregular. A regular ou lícita é aquela que atende o comando normativo, observando assim todos os requisitos. Já na irregular podemos enquadrar a propaganda antecipada, pois ofende o texto normativo e acaba por desnivelar a disputa entre os candidatos, uma vez que aquele que afronta a norma larga na frente na corrida eleitoral.

Assim, a partir do dia 06 de julho do ano das eleições, é permitida a propaganda eleitoral até a véspera da eleição, com algumas exceções, pois hoje é permitida a propaganda eleitoral na Internet no dia da eleição, haja vista que a reforma eleitoral realizada pela Lei 12.034/2009, excepcionou a aplicação do parágrafo único do art. 240 do Código Eleitoral.

Portanto, o marco temporal da propaganda eleitoral recorta por exclusão o período em que fica vedada a sua disseminação. Este momento pré-eleitoral acaba

por levar demandas à justiça especializada, haja vista que provoca um desequilíbrio entre os aspirantes a candidato.

1.1 Princípios da Propaganda eleitoral

O direito eleitoral é um microssistema e por isso alguns princípios próprios se

Irradiam sobre ele. Na propaganda eleitoral alguns princípios são aplicados a fim de disciplinar as condutas dos candidatos durante as eleições. Sinteticamente podemos afirmar que princípio é "um preceito que governa um conjunto de normas" ou nas palavras de Bandeira de Mello (2004) "mandamento nuclear de um sistema".

Princípio da legalidade

Um dos esteios do Estado Democrático de Direito, previsto como direito fundamental no art. 5.º, II, da CF/1988, ao afirmar que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". No direito eleitoral sua irradiação é imposta. Assim, qualquer ato de propaganda deverá estar estabelecido em espécie normativa, devidamente aprovada por processo legislativo, nos termos dos arts. 59 e ss. da CF/1988.

A competência legislativa em matéria eleitoral pertence privativamente à União nos termos do art. 22, I, da CF/1988. Assim, qualquer norma editada por ente federativo diferente padecerá de inconstitucionalidade. Vale ressaltar que a justiça eleitoral possui função diferenciada dos demais órgãos do Poder Judiciário já que é revestida de viés normativo ao editar as Resoluções até o dia 05 de março do ano das eleições, a fim de operacionalizar o processo eleitoral (LUCON, 2013).

Em tese, as resoluções não têm o condão de inovar no mundo jurídico, servindo apenas para explicitar os comandos normativos, dando efetividade ao princípio da celeridade, que hoje possui revestimento constitucional (art. 5.º, LXXVIII, da CF/1988), mas que sempre esteve incrustado no direito eleitoral, por conta de suas peculiaridades

Princípio da liberdade

Como nem o direito à vida é absoluto, o princípio em estudo encontra limite nos demais princípios aplicáveis ao tema. Assim, o direito do candidato realizar propaganda eleitoral durante a campanha é lícito, desde que não viole outros princípios ou normas legais. Este princípio pode ser lido na ótica do direito à informação dos eleitores prevista no art. 220 da CF/1988.

Tomemos como exemplo a contrapropaganda. É permitido ao candidato expor as fraquezas dos seus adversários, desde que sejam fatos verídicos. Algum deslize, escândalo ou ato praticado no passado que possa macular o adversário pode ser trazido à tona para atrapalhar a campanha (MENDES, 2014).

No entanto, há sempre o limite do bom senso. Imputar ao adversário algo que sabe não ter acontecido ou expor a situação degradante pode ser censurado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

pela justiça eleitoral. Portanto, a liberdade deve ser vista com parcimônia a fim de não violar outros princípios de igual magnitude no ordenamento jurídico.

Princípio da igualdade

Uma leitura açodada do princípio poderia nos levar a interpretação equivocada. Todos terem as mesmas oportunidades na propaganda eleitoral é apenas formal, já que os mais abastados expõem de forma mais agressiva sua real intenção de assumir o poder.

Na propaganda eleitoral gratuita se faz a divisão de acordo com critérios de representatividade e por isso alguns partidos possuem mais tempo do que outros. Plenamente comum, já que os desiguais devem ser tratados de forma desigual e por isso, em situações díspares, o mesmo direito não poderá ser concedido na mesma intensidade, sob pena de violação ao princípio em comento. Portanto, quando se fala em igualdade devemos ter em mente àquela igualdade formal mencionada alhures, a fim de que se prestigie o princípio.

Princípio da veracidade

Este princípio veda que se exponham inverdades na propaganda. Muito comum na propaganda eleitoral é o candidato se intitular como autor de determinada lei ou benefício e assim incutir na mente do eleitor como merecedor de seu crédito. Sob outro aspecto está a divulgação de sons e imagens dos adversários em situações não concretizadas, como "exemplo" a edição de áudio, vídeo ou mesmo montagem de fotos que tentam fazer crer que o candidato praticou algo que prejudique sua imagem.

O Código Eleitoral tipifica como crime tal conduta no art. 323 ao preconizar que "divulgar, na propaganda, fatos que sabe inverídicos, em relação a partidos ou candidatos e capazes de exercerem influência perante o eleitorado (...)".

Em uma questão interessante julgada pelo TRE do estado de São Paulo que considerou como lícita a divulgação de imagem de um candidato que era Delegado Federal e divulgou na propaganda eleitoral gratuita na televisão imagens onde prende importante político conhecido nacionalmente (GOMES, 2015).

A corte entendeu que as imagens eram conhecidas de todos, já que divulgadas por todos os meios de comunicação e que por isso nada tinha de ilegal. Assim, podemos constatar que a mera reprodução de fatos notórios divulgados pela mídia não afronta ao princípio, pois por pior que seja o golpe, o fato é verídico e por isso não se tem censurado tal prática.

Princípio da responsabilidade/solidariedade

Inicialmente há de se perquirir a responsabilidade por toda e qualquer propaganda. De fácil constatação quando confeccionada nos termos da legislação eleitoral, já que há necessidade de constar a legenda partidária, coligação e CNPJ de quem está financiando o material.

Questão que nem sempre na prática é de fácil solução é a propaganda apócrifa, ou seja, sem constar quem realmente confeccionou o material. No tocante

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

à solidariedade, o princípio vem insculpido no art. 241 do Código Eleitoral e prevê a responsabilidade do partido pelo material oriundo dos candidatos, responsabilizando os últimos nos casos de excesso.

Assim, a recente reforma operada delineou bem a responsabilidade ao partido ao qual pertence o candidato que transgrediu a norma. Noutro giro, este será responsável de forma solidária quando houver excesso. Por fim, a lei atribuiu a responsabilidade pelas irregularidades apenas às agremiações dos candidatos que violarem as normas, não sendo mais possível responsabilizar os demais partidos integrantes da coligação.

Princípio da proporcionalidade

Se tivéssemos que desenhar um conceito em poucas palavras para este princípio seria: princípio do bom senso. A doutrina subdivide este princípio em: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Normalmente os preceitos cominatórios de penalidades, seja pecuniário ou restritivo de liberdade vem com balizas limitadoras, cabendo ao magistrado fixar dentre elas, o patamar ideal de acordo com a gravidade da conduta. Ser razoável e proporcional é indagar se a pena punirá o transgressor a ponto de reeducá-lo a não mais cometer a mesma infração, ao mesmo tempo em que sirvam de exemplo aos demais candidatos como "recomendação" para que não cometam este tipo de conduta.

Para Bandeira de Mello (2004) reprimir um candidato mais abastado e que comete um ilícito mais grave com multa pecuniária exacerbada às vezes é o caminho mais adequado a fim de que sirva como "lição". Por outro lado, punir candidato que comete um pequeno deslize na campanha, às vezes por falta de orientação, com multa muito alta não se mostra razoável. Os tribunais têm corrigido decisões que não buscam a real dimensão da ilicitude, levando em conta a capacidade econômica do candidato e também sua primariedade, ou seja, que o candidato não seja um frequentador contumaz da justiça eleitoral.

2. PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA

2.1 Conceito e caracterização

A propaganda eleitoral vem sendo desvirtuada por vários candidatos que se sentem livres para adotar práticas que se configuram campanha eleitoral antes do prazo estabelecido pela legislação. A principal razão reside no fato de que a multa pecuniária atualmente fixada pela legislação se revela irrisória frente aos elevados recursos disponibilizados pelos candidatos, notadamente no que tange às eleições presidenciais.

Esse tipo de propaganda antecipada, também denominada propaganda fora de época ou extemporânea, tem seus limites regulamentados pelo caput do artigo 36 da Lei nº. 9.504/97, que versa, ipsis litteris: Art. 36. A propaganda eleitoral somente é permitida após o dia 5 de julho do ano da eleição.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nesses termos, a propaganda eleitoral é considerada extemporânea quando ela é veiculada antes do dia 6 de julho do ano em que ocorre o pleito eleitoral. Podemos afirmar que, nesse aspecto, doutrina e jurisprudência coadunam em um mesmo sentido.

Segundo Costa (2006, p. 132):

> Ao permitir a propaganda eleitoral apenas após o dia 05 de julho, a contrario sensu, o preceito proibiu a realização de propaganda eleitoral antes dessa data, cuja realização seria ilícita e passível de sanção legal (COSTA, 2006, p. 132)

Faz-se mister salientar que a vedação da propaganda eleitoral fora do interstício legalmente admitido, não interfere na liberdade de expressão constitucionalmente consagrada. Isto porque a isonomia entre os candidatos e a busca do equilíbrio no pleito, também são princípios com fincas em nossa Carta Magna, e, em se tratando de tema eleitoral, sobrepõem-se à liberdade de expressão.

Deve-se observar, nesse momento, que não é toda espécie de propaganda realizada antes do período permitido legalmente que pode ser considerada propaganda antecipada. Não raras vezes, a linha entre a propaganda institucional ou partidária e a eleitoral é deveras tênue. Nesse sentido, por vezes, o julgador pode ser levado a situações esdrúxulas: de um lado, à censura de uma propaganda lícita, ou, de outro, à complacência diante de um ilícito.

Portanto, para a configuração da propaganda fora de época deve haver uma mensagem, expressa ou subentendida, dirigida ao pleito vindouro, pelo que se estabelece a teoria do gancho, segundo a qual, de acordo com há a necessidade de que a propaganda seja vinculada à eleição para que se configure efetivamente como propaganda eleitoral. Nesse sentido, faz-se necessário que o conteúdo da propaganda traga uma menção, explícita ou implícita, à eleição vindoura (CONEGLIAN, 2006, p.87)

Existindo uma relação entre a propaganda e o pleito, resta configurada a propaganda extemporânea. No entanto, caso o período da veiculação e o objetivo invocado sejam outros, fica descaracterizada a extemporaneidade da propaganda. Nesse viés, a publicidade da imagem ou do nome de alguém que pretenda ser candidato, por exemplo, não configura propaganda eleitoral, ainda que possa ser considerada mera promoção pessoal e, em havendo excesso, abuso de poder

Deve-se lembrar, ainda, que a partir das Eleições 2010 ficou permitido aos candidatos realizarem suas campanhas eleitorais na Internet, não somente em páginas pessoais, mas através dos sítios de relacionamento, como orkut, blogs, facebook, youtube e twitter, ressalvando o direito de resposta e a proibição do anonimato nas reportagens.

Esta nova possibilidade de propaganda eleitoral surgiu com a Lei n.º 12.034/09, conhecida como Mini Reforma Eleitoral. Para que haja esse tipo de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

propaganda, faz-se necessário que o endereço da internet seja comunicado à Justiça Eleitoral e hospedado, direta ou indiretamente, em provedores estabelecidos no Brasil.

Pelas novas regras, a propaganda gratuita pela rede mundial de computadores foi permitida tanto nas páginas como em blogs e em outros meios eletrônicos de comunicação nas 48 (quarenta e oito) horas que antecedem as eleições ou nas 24 (vinte e quatro) horas posteriores.

Ficou decidido também que o prazo para o provedor da internet retirar propaganda considerada irregular por decisão da Justiça Eleitoral será determinado pela própria Justiça. Mais uma inovação que referida legislação trouxe foi o acréscimo do art. 36-A à Lei no 9.504, de 30 de setembro de 1997, ao destacar os seguintes casos em que não se consideram propaganda eleitoral antecipada:

> Art. 36-A. Não será considerada propaganda eleitoral antecipada:
>
> I - a participação de filiados a partidos políticos ou de pré-candidatos em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na internet, inclusive com a exposição de plataformas e projetos políticos, desde que não haja pedido de votos, observado pelas emissoras de rádio e de televisão o dever de conferir tratamento isonômico;
>
> II - a realização de encontros, seminários ou congressos, em ambiente fechado e a expensas dos partidos políticos, para tratar da organização dos processos eleitorais, planos de governos ou alianças partidárias visando às eleições;
>
> III - a realização de prévias partidárias e sua divulgação pelos instrumentos de comunicação intrapartidária; ou

IV - a divulgação de atos de parlamentares e debates legislativos, desde que não se mencione a possível candidatura, ou se faça pedido de votos ou de apoio eleitoral (BRASIL, 1997).

Insta ressaltar que a divulgação de candidatura em sítios de relacionamento em data anterior a permitida pela legislação de regência também configura a propaganda eleitoral extemporânea.

2.2 Classificação

A propaganda eleitoral extemporânea pode surgir no meio social de duas formas: direta, que pode ser informal ou elaborada; e indireta.

- A propaganda eleitoral direta é aquela que se utiliza do nome do candidato, apelido, foto, ou algo que o identifique face aos eleitores, além de conter o cargo a que concorre, o ano da eleição ou qualquer circunstância que indique a eleição e o cargo eletivo pretendido pelo candidato. Esta propaganda eleitoral vem de forma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

expressa, sem dissimulações ou rodeios, estando sob a forma denotativa, vez que a mensagem é clara a respeito da eleição.

- A propaganda direta pode ser informal, e ocorre quando não se sabe de quem é a sua autoria, sendo realizada de forma amadora, como por meio de pichações em bens de uso comum, ou particulares sem autorização – inobstante sua ilegalidade, é de difícil enquadramento; ou de forma elaborada, quando realizada através de cartazes, panfletos, adesivos, outdoors, entrevistas, placas, sítios da internet, ou seja, é realizada de forma mais precisa, sendo mais fácil encontrar o seu autor.

A propaganda eleitoral indireta, ou disfarçada, ou ainda sugerida, é aquela que vem de modo implícito, escondido, onde há utilização de meios dissimulados para burlar a lei, em que o apelo eleitoral está sempre disfarçado. Como o reclame eleitoral está amiúde dissimulado, a utilização da teoria do gancho - já mencionada anteriormente – é indispensável para a verificação de ofensa à lei, tendo em vista que somente assim pode-se identificar se a veiculação é de mera promoção pessoal ou se consiste efetivamente em propaganda eleitoral.

O que corriqueiramente ocorre são peças publicitárias com duplo sentido, um expresso e outro implícito (eleitoral), como, por exemplo, no caso de agradecimentos feitos a futuros candidatos em outdoors por alguma obra ou feitos realizados, ou ainda quando o candidato tem outra atividade e associa seu nome profissional a uma propaganda de cunho eleitoral disfarçado.

2.3 Exceções Normativas

Faz-se oportuna uma avaliação do art. 36-A da Lei das Eleições que regulamenta as exceções criadas pelo legislador a fim de não engessar algumas condutas daqueles que almejam algum cargo eletivo em 2016, haja vista que a reforma fez alterações sutis na redação, mas que terão grandes efeitos práticos.

Mesmo com a legislação sendo reformada com certa frequência, a propaganda antecipada costuma ser um tema intrincado para a comunidade eleitoral em geral, pois o enquadramento oscila a cada eleição e nem sempre é fácil garantir aos pré-candidatos que saiam ilesos deste período nebuloso.

Assim, o limite temporal faz com que possamos extrair da jurisprudência o conceito de propaganda antecipada como qualquer manifestação que, antes dos três meses anteriores ao pleito, leve ao conhecimento geral, ainda que de forma dissimulada, a candidatura, mesmo que somente postulada, a ação política que se pretende desenvolver ou as razões que levem a inferir que o beneficiário seja o mais apto para a função pública (MENDES, 2014).

A fim de minimizar os impactos financeiros com pagamento de multas, a minirreforma eleitoral introduzida pela Lei 12.034/2009 e pela Lei 12.891/2013, normatizou algumas situações corriqueiras nos tribunais eleitorais, dulcificando os entraves encontrados pelos operadores do direito. A criação e recente atualização do art. 36-A acabou com algumas polêmicas.

Vamos analisar as hipóteses legais que não caracterizam propaganda eleitoral antecipada. Logo na cabeça do artigo, a reforma eleitoral inseriu a permissão para que os meios de comunicação social possam fazer a cobertura das situações elencadas nos incisos. Na antiga redação, não havia qualquer menção à possibilidade, o que acabou com a judicialização de algumas questões, principalmente nos meios mais conhecidos como: Facebook e Twitter. Portanto, a norma acaba com essa discussão trazendo uma regra mais permissiva.

O inciso "I" traz a seguinte redação:

> A participação de filiados a partidos políticos ou de pré-candidatos em entrevistas, programas, encontros ou debates no rádio, na televisão e na internet, inclusive com a exposição de plataformas e projetos políticos, observado pelas emissoras de rádio e de televisão o dever de conferir tratamento isonômico (BRASIL, 2013).

A possibilidade de aparição dos aspirantes a candidatos em programas nos meios de comunicação fez com que se pudessem discutir temas de interesse comum, sem caracterização de propaganda irregular. A permissão é salutar para a população em geral, que consegue visualizar como determinados políticos se posicionam sobre assuntos de grande repercussão, antecipando assim, a análise e escolha em quem depositará sua confiança nas urnas.

Por outro lado, essa antecipação na prática acaba por escandalizar alguns episódios críticos, enterrando alguns possíveis candidatos, já que se posicionam de forma radical contra algum segmento da sociedade ou assunto polêmico e que cada vez mais consegue a rapidez da disseminação nas redes sociais. Vale ressaltar que a expressão "desde que não haja pedido de votos" foi extirpada do texto, permanecendo apenas que seja assegurada a igualdade de condições aos demais.

A proibição de conclamar os eleitores a aderirem às propostas daquele que foi entrevistado parece óbvia, já que qualquer pedido, ainda que implícito, caracterizará propaganda eleitoral irregular.

Assim, ainda que fora texto vigente, devemos continuar interpretando a norma a fim de que os entrevistados não façam qualquer pedido de votos aos eleitores antes do período permitido, sob pena de violação a isonomia que deve permear o processo eleitoral. No tocante a participação, conseguir dar tratamento isonômico a todos os demais, nas eleições majoritárias é possível e salutar.

No entanto, em se tratando de eleições proporcionais, fica inviável conceder o mesmo espaço a todos àqueles que sinalizam como "candidatos", tal é a quantidade de cidadãos que almejam uma cadeira no Legislativo. Assim, deve-se buscar uma solução equânime entre os partidos a fim de que todos possam ter o mesmo espaço, prestigiando a isonomia.

O inciso "II" do Art.36 da Lei 9.504/1997 preconiza que não será considerada propaganda antecipada:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> A realização de encontros, seminários ou congressos, em ambiente fechado e a expensas dos partidos políticos, para tratar da organização dos processos eleitorais, discussão de políticas públicas, planos de governo ou alianças partidárias visando às eleições, podendo tais atividades ser divulgadas pelos instrumentos de comunicação intrapartidária (BRASIL, 1997).

E nem poderia ser diferente, já que o normal é que esses encontros sejam frequentados por filiados e simpatizantes que pensam em disputar as eleições. Assim, a finalidade desses eventos parece ser unicamente a arregimentação de filiados e convencimento de disputarem um cargo eletivo, mostrando assim força perante a "bolha política local".

A mudança legislativa operada pela última reforma eleitoral cingiu-se a acrescer "podendo tais atividades ser divulgadas pelos instrumentos de comunicação intrapartidária". A alteração não tem qualquer efeito prático, pois a divulgação intrapartidária nunca caracterizou propaganda eleitoral, já que se resume ao aconchego da agremiação partidária.

O inciso. "III" do Art.36 da Lei 9.504/1997 trata da realização de prévias partidárias e sua divulgação pelos instrumentos de comunicação intrapartidária e pelas redes sociais. Este inciso não nos traz grandes problemas, já que esta comunicação sempre existiu sem que se caracterizasse propaganda eleitoral antecipada sujeita à sanção pecuniária.

A grande novidade foi permitir que se fizesse essa divulgação nas redes sociais, o que pode, em princípio, caracterizar propaganda irregular a depender de seu conteúdo. Ora, se o inciso cuida de divulgação intrapartidária, ao dar ampla divulgação nas redes sociais, o que era "endógeno" passa a ter efeito "exógeno", já que atingirá eleitores. Talvez este tenha sido o motivo da inserção da ressalva. Assim, a norma (no âmbito do "dever ser") diz que não será considerada propaganda eleitoral antecipada aquilo que na realidade (no âmbito do "ser") não tem outro destino se não consideramos como propaganda eleitoral irregular se houver algum elemento caracterizador.

Teremos que aguardar a judicialização da questão para que os tribunais desenhem a interpretação. O inc. "IV" traz a permissão da "divulgação de atos parlamentares e debates legislativos, desde que não se faça pedido de votos". Outro inciso com sútil mudança, pois retirou a expressão "desde que não se mencione a possível candidatura".

Antes do advento do artigo em comento, muito se questionava e sempre era objeto de sanção a divulgação do parlamentar através dos boletins informativos de suas atividades. Hoje temos recursos tecnológicos mais avançados que podem ser utilizados pelos parlamentares, sem que isso caracterize sanção.

Outro mecanismo que vem sendo utilizado pelos representantes do povo é o disparo de "SMS" e "Whatsapp" aos eleitores a fim de divulgarem suas atividades. Desde que não haja pedido de voto, entendemos que o mecanismo facilita ainda mais a comunicação, já que ao contrário da mensagem eletrônica por "E-mail", o "SMS" e "Whatsapp" são lidos instantaneamente pelo destinatário.

Por fim, o inc. "V" trata da "manifestação e o posicionamento pessoal sobre questões políticas nas redes sociais". Mais um inciso que cuida de afastar qualquer irregularidade no período pré-eleitoral na "Internet". Esse é um terreno fértil para captação de novos eleitores, principalmente entre a faixa etária de 16 a 35 anos. Assim, cada vez mais se permitirá a discussão sobre temas de interesse da sociedade nas redes sociais, fora do marco temporal delimitado pela norma.

3. A PROPAGANDA ELEITORAL ANTECIPADA À LUZ DO NOVO DIREITO ELEITORAL

A questão da propaganda eleitoral antecipada sempre foi um ponto tormentoso no Direito Eleitoral brasileiro, por representar uma limitação à liberdade de expressão dos pretensos candidatos e, por via indireta, uma limitação ao direito à informação dos eleitores. Entretanto, justifica-se a existência de um marco temporal para a veiculação da propaganda eleitoral como uma forma de observar a igualdade de condições entre os postulantes aos cargos eletivos (MENDES, 2018).

No caso brasileiro, a legislação nunca definiu o que seria uma "propaganda eleitoral", mas tão somente fixou o termo a partir do qual sua veiculação seria permitida, de modo que a definição coube ao Tribunal Superior Eleitoral (PECCININ, 2013).

Esse conceito tripartite, apesar de bastante abrangente, foi ainda mais dilatado pela jurisprudência do TSE, que evoluiu para entender que também seria possível uma *propaganda eleitoral antecipada subliminar*, de modo que, para que fosse configurada, não deveria ser observado tão somente o texto dessa propaganda, "mas também outras circunstâncias, tais como imagens, fotografias, meios, número e alcance de divulgação.

Assim, observa-se que um conceito demasiadamente abrangente de propaganda eleitoral antecipada, somado à possibilidade de configuração de propaganda implícita ou subliminar, praticamente engessou o rol de ações permitidas aos políticos fora do marco temporal fixado.

Coneglian (2014) afirma que o tema da propaganda eleitoral antecipada estaria "coberto pelo manto da insensatez". Para ele é certo que existe um tempo legal para se fazer propaganda, mas também é certo que o político precisa se expor, deve se mostrar aos eleitores para se fazer conhecido. Proibir isso é como proibir o político de existir.

Sendo assim, a consequência de tantas restrições ao tema da propaganda eleitoral antecipada foi reservar qualquer debate sobre a política e as eleições para o antigo período de apenas três meses antes do pleito. Não parece crível que o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

sujeito decida o futuro da sua nação, estado ou município em três meses. E tampouco seria crível que o fizesse em 45 dias, com a atual mudança legislativa (art. 36, Lei 9.504/97, com redação dada pela Lei 13.165/2015).

Diante deste cenário restritivo, o legislador começou a flexibilizar o tema da propaganda eleitoral extemporânea já com a Lei 12.034 de 2009, que incluiu o art. 36-A na Lei das Eleições, a fim de indicar condutas que, ainda que praticadas antes do termo legal, não caracterizariam propaganda eleitoral antecipada. Entretanto, as alterações introduzidas ainda foram insuficientes frente à necessidade de ampliação do debate político.

Dessa forma, a Lei 13.165 de 2015 veio lapidar o raciocínio inaugurado pela 12.034/2009, ampliando ainda mais as condutas específicas que não configuram propaganda extemporânea e aumentando o leque de possibilidades dos pré-candidatos, representando um verdadeiro rompimento com o conceito tripartite de propaganda trazido pela jurisprudência.

3.1 Novo conceito inaugurado

A Lei 13.165, promulgada pela então presidente Dilma Roussef em agosto de 2015, alterou diversos institutos do Direito Eleitoral e, especialmente, o art. 36-A da Lei 9.054/97, para afirmar categoricamente que a *menção à pretensa candidatura e a exaltação das qualidades pessoais do pré-candidato não configuram propaganda antecipada,* ***desde que não envolva pedido explícito de votos***.

Ainda, o seu parágrafo 2º afirma ser permitido, nas ações das hipóteses dos incisos I a IV, "o pedido de apoio político e a divulgação da pré-candidatura, das ações políticas desenvolvidas e das que se pretende desenvolver".

Há posicionamento doutrinário no sentido de que essa ampliação nas formas de expressão permitidas antes do marco legal se deve à redução do prazo da campanha em 40 dias, o que se mostra perfeitamente razoável dentro do ideário de que a propaganda eleitoral e a pluralidade de ideias no debate eleitoral são essenciais para o processo democrático (ROLLO, 2004).

Assim, uma redução tão considerável no tempo de campanha e, consequentemente, de propaganda, não poderia deixar de vir acompanhada de medidas que promovessem o debate e a ampla circulação de ideias. De todo modo, com a nova redação do *caput* do art. 36-A e parágrafos, parece correto entender que toda a jurisprudência dos tribunais acerca do conceito de propaganda extemporânea está superada. A lei, ao afirmar que a menção à pretensa candidatura e a exaltação das qualidades pessoais não configuram propaganda antecipada, consequentemente entende que tais práticas caracterizam, portanto, atos de promoção pessoal.

A Lei 13.195/2015 propõe ampla flexibilidade da promoção pessoal na fase da pré-campanha, cuja única vedação passa a ser o pedido *expresso de votos*. Por

sua vez, a figura do pedido implícito de votos deixa de ser observada para a caracterização de propaganda extemporânea, uma vez a legislação passa a permitir o pedido de apoio político e, como bem definiu Rollo (2004, p.134), "o pedido de apoio político acaba sendo um pedido implícito de voto".

Esse, inclusive, foi o entendimento adotado pelo TSE recentemente, quando da análise da representação por propaganda eleitoral antecipada 11541 (julgada em 5 de dezembro de 2017). Segundo o acórdão, a temática da propaganda tida por implícita foi substancialmente mitigada, "ante a vedação apenas ao pedido explícito de votos e com permissão da menção à pré-candidatura, exposição de qualidades pessoais e até mesmo alusão a plataforma e projetos políticos (art. 36-A, I)". Ultrapassada a caracterização de propaganda eleitoral antecipada, ainda devem ser respondidas outras questões fundamentais.

Como dito, a Lei 13.165/2015 aumentou consideravelmente o leque de ações que, realizadas no período pré-eleitoral, não caracterizam a prática de propaganda eleitoral extemporânea, mas sim atos de mera promoção pessoal. Diante de tamanha inovação, surge na academia o questionamento acerca dos custos que esses atos de promoção pessoal poderiam importar e se deles caberia algum controle por parte da Justiça Eleitoral, vez que, como não são atos de campanha, não estão sujeitos à prestação de contas eleitoral.

Notadamente, houve apenas uma hipótese em que o legislador da minirreforma de 2015 se referiu aos custos de atos do período pré-eleitoral (art. 36-A, VI), na qual prevê a possibilidade do pré-candidato participar "de reuniões de iniciativa da sociedade civil, de veículo ou meio de comunicação ou do próprio partido, em qualquer localidade, para divulgar ideias, objetivos e propostas partidárias", e delimita que estas devem ser "*a expensas de partido político*" (grifo nosso).

Portanto, essas tais reuniões deveriam ingressar na prestação de contas do contas do partido. Por um lado, a problemática desses gastos recebeu uma solução, mas, por outro, pode continuar a engessar a atividade do pré-candidato, principalmente daquele que disputa o pleito por meio do sistema proporcional, vez que a verba partidária raramente o contempla.

O homem público pode escolher gastar os seus recursos como bem entender, desde que não sejam atividades ilícitas, inclusive com atos para promover e projetar a sua imagem. Entender de maneira diversa é esvaziar o conteúdo da norma e, mais uma vez, trazer para o âmbito da propaganda eleitoral um ativismo judicial infundado e que o legislador vem, sucessivamente, rechaçando (MENDES, 2018).

Não se propõe aqui que os atos de promoção pessoal sejam alheios ao controle jurisdicional. Acredita-se, apenas, que os atos de promoção pessoal são livres, em todas as suas formas, desde que não contenham pedido explícito de voto.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Por outro lado, caso se constate que recursos financeiros foram gastos em abundância, de modo a verdadeiramente desequilibrar o pleito, caberá a intervenção da justiça eleitoral para coibir, aí sim, o abuso do poder econômico, devidamente apurado no bojo de uma ação de investigação judicial eleitoral (art. 22, LC 64/90).

O que não deve ser tolerado é que qualquer conduta do pré-candidato que implique um aporte financeiro seja proibida. Isso é o que o legislador não proibiu e, por óbvio, não caberá ao poder judiciário proibir.

Outro ponto controvertido diz respeito à incidência na fase da pré-campanha das vedações impostas à propagada eleitoral em geral. Em suma, questiona-se a possibilidade de veiculação de promoção pessoal através dos meios e formas que são proibidos na época de campanha eleitoral.

A corte regional eleitoral reconheceu tratar-se de ato de pré-campanha e, ainda assim, concluiu por aplicar multa prevista no art. 36,§ 3o, por entender que o ato foi praticado em meio proibido pela legislação eleitoral, qual seja, *outdoor*, conforme vedação do artigo 39,§ 8o, da lei 9.504/97 (MENDES, 2018).

A decisão fundamentou-se na ideia de que deveria existir uma interpretação sistêmica da lei, não se podendo admitir "atos de pré-campanha por meios de publicidade vedados pela legislação no período permitido da propaganda eleitoral", e acrescentou que "tais atos devem seguir as regras da propaganda, com a vedação adicional de pedido explícito de voto". Entretanto, esta não parece a melhor solução para a questão.

Inicialmente, sabe-se que artigo 39, § 8o, da Lei 9.504/1997, proíbe a *propaganda eleitoral mediante outdoors*. Sendo assim, atos de mera promoção pessoal, dentro das novas balizas do art. 36-A, não se sujeitam a esse modal, por não configurarem propaganda eleitoral nem mesmo na modalidade extemporânea. Assim, conclui-se que apenas são vedados e passíveis de sanção os *outdoors*que veiculem a propaganda eleitoral ainda que antecipada, excluindo, por óbvio, os de promoção pessoal, que não contenham pedido expresso de votos (GOMES, 2015).

Em apertada síntese, a lei não tratou atos de promoção pessoal como se fossem atos de propaganda eleitoral e, por isso, não parece razoável imaginar que o legislador teria imposto as proibições de uma a outra. Ademais, é incabível admitir qualquer tipo de proibição implícita, o que violaria, novamente, o princípio da legalidade (art. 5º, II, CRFB).

CONCLUSÕES

O Direito Eleitoral, na medida de sua dinamicidade, mais especificamente no que tange as posições do Tribunal Superior Eleitoral, exige do operador do direito uma atenção mais acautelada com relação aos novos entendimentos dos tribunais e a nova legislação inserida em nosso ordenamento jurídico.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Visando a manutenção da unidade e da coerência no processo eleitoral, durante o exercício do viés interpretativo das normas, faz-se necessário que os princípios que lhe servem de fundamento de validade sejam devidamente observados e respeitados. Isso porque, quando nos referimos a Direitos Políticos, o objeto do direito se distancia da esfera particularizada do individuo para, expandindo seu campo de incidência, refletir-se na coletividade.

Conclui-se ainda que, cabe-nos expor que o exame dos aspectos doutrinários e jurisprudenciais acerca da propaganda eleitoral antecipada, discutida no presente trabalho, foi de fundamental importância para o conhecimento de suas principais características e das hipóteses em que a mesma resta configurada, ensejando os meios adequados para sua reprimenda, bem como as sanções estipuladas pela legislação eleitoral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.>. Acesso em 12 de jul.2019.

BRASIL. Lei n° 9.504, de 30 de setembro de 1997. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm>. Acesso em 27 de jul.2019.

BRASIL. Lei n° 12.034, de 29 de setembro de 2009. Altera as Leis nos 9.096/95 - Lei dos Partidos Políticos, 9.504/97, que estabelece normas para as eleições, e 4.737/65 - Código Eleitoral. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12034.htm>. Acesso em 25 de jul.2019.

BRASIL. Lei n° 13.165, de 29 de setembro de 2015. Altera as Leis nos 9.504/97, 9.096/95, e 4.737/65 - Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13165.htm>.Acesso em: 01 de ago.2019.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

CÂNDIDO, Joel José. **Direito eleitoral brasileiro.** 14. ed. Bauru: Edipro, 2010.

COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de Direito Eleitoral.** 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CONEGLIAN, Olivar. **Propaganda Eleitoral.** 8. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

_____. **Propaganda Eleitoral: eleições 2014**. 12ª Ed. Curitiba: Juruá, 2014.

GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral.** 11. ed. Belo Horizonte: Del Rey; São Paulo: Atlas, 2015.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Código eleitoral interpretado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
MENDES, Gilmar Ferreira; **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
MENDES, Anna Paula Oliveira. **Breves comentários sobre novo conceito de propaganda eleitoral antecipada. 2018.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-16/anna-paula-mendes-conceito-propaganda-eleitoralantecipada>.Acesso em: 12 de ago.2019.
PECCNIN, Luiz Eduardo. ***Princípio da liberdade da propaganda política, propaganda eleitoral antecipada e o artigo 36-A da Lei Eleitoral***. Paraná Eleitoral, Paraná, v. 2, n. 3. 2013.
RIBEIRO, Fávila. **Direito eleitoral.** Rio de Janeiro: Forense, 1988.
ROLLO, Alberto. **Propaganda eleitoral: teoria e prática** – 2 ª ed. rev. e atual – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O ROMPIMENTO DAS RELAÇÕES PESSOAIS E O DESTINO DO ANIMAL DE ESTIMAÇÃO: DIVISÃO DE BENS OU GUARDA?

GIOVANNA MORAIS FERREIRA BARBOSA:
Bacharelanda no Curso de Direito do Centro Universitario de Ensino Superior Do Amazonas – CIESA

VITOR DE SOUZA VIEIRA

(Orientador)

RESUMO: Este artigo tem como objetivo analisar, o avanço da família sobre as questões que envolvem sua composição, dissolução da união, guarda e a presença e importância dos animais de estimação dentro da família, onde acabou se tornando alvo de disputas judicial entre os ex-cônjuges. Sua elaboração tem o intuito apresentar os direitos dos animais de estimação e a responsabilidade que seus donos adquirem no momento da dissolução da união, como o direito de visitas e a divisão de despesas, objetivando sempre o bem-estar do animal.

Palavras-chave: Animal, Família, União, Direito, Bem-estar.

ABSTRACT: This article aims to analyze, the family's progress on issues involving its composition, union dissolution, custody and the presence and importance of pets within the family, where it has become the subject of judicial disputes between former spouses. In order to present the rights of pets and the responsibility that their owners acquire at the time of dissolution of the union, such as the right of visits and the division of expenses, always aiming at the welfare of the animal.

Keywords: Animal, Family, Togetherness, Law, Welfare.

INTRODUÇÃO

Como pode ser notada, a relação entre homens e animais sempre foi pautada pelo afeto, cada vez mais os animais fazem parte das relações afetivas do ser humano, passando a conviver e proteger as pessoas, sendo considerados pelos seus proprietários como integrantes do núcleo familiar. Em razão destes fatos, o assunto vem gerando grande repercussão com relação à guarda de animais domésticos durante o processo de divórcio. Esse período se torna mais difícil pelo fato de os casais terem que chegar a um consenso acerca de com quem ficará com o animal de estimação. Nesse momento conturbado, nem sempre os tutores do animal conseguem tomar uma decisão sensata e entram em conflito pela guarda do animal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

É importante observar que a sociedade caminha sempre mais rápido que o direito. Ou seja, o direito muda na medida em que a sociedade muda, dentro desse liame, a guarda passa a integrar toda essa relação, pois ela envolve os interesses e necessidades que são de comum responsabilidade dos tutores que a detém. Nesse sentindo, os animais de estimação passam a ganhar o devido destaque pelo fato de terem ganhando um espaço significativo dentro das famílias e da sociedade.

No momento atual, o ordenamento jurídico permite o reconhecimento dos animais como seres sensíveis. Disso decorre a possibilidade de aplicação da guarda compartilhada, o direito de visita e de alimento e sua regulamentação. Ajudando solucionar varias questões que antes eram deixadas de lado por não existir uma norma significativa.

Com isso, o presente artigo, revele-se com o seguinte problema: Quais os reflexos do animal de estimação para com as famílias? Existe divisão de bens ou guarda do animal?

O método de procedimento consiste na forma mais pratica de realização que melhor se ajusta nesta pesquisa, já a técnica de pesquisa tem-se a observância de fatos para posterior descoberta das novidades no ordenamento jurídico para tratar das causas dos animais na sociedade, visando sempre o seu bem-estar.

1. DO DIREITO DA FAMILIA: CONCEITO

O direito da família é o ramo do direito que contém um regimento jurídico relacionado a organização, proteção e estrutura da família. É o lado do direito que atua para as relações familiares e para as obrigações e direitos consequentes dessas relações, isto é, o ramo do direito que realiza e determina as normas de convivência familiar.

Nesta parte, no Direito da Família, encontramos o Casamento, que é a união voluntária de duas pessoas que desejam se juntar para a construção de uma família.

Ademais, ao longo da evolução histórica, a família vem sofrendo importantes transformações, sendo encarado por alguns povos antigos como um instituto de imensa importância.

Deste modo, a obrigação jurídica com a sociedade modificou, sendo fundamental que a jurisprudência seja o maior aliado das modificações pelo qual a sociedade está vivendo, seja no âmbito da família e do casamento.

Portanto, com a evolução do instituto da família, demonstra-se que as considerações para a construção de uma família mudaram, e é necessário um amparo jurídico legislativo para acompanhar o processo de mudanças do conceito familiar.

2. SITUAÇÃO JURÍDICA DOS ANIMAIS E SUAS APLICAÇÕES NO ROMPIMENTO DA SOCIEDADE CONJUGAL

Os animais, sejam domésticos ou não, tem o seu regulamento no Código Civil, dispondo que se trata de bens móveis semoventes, ou seja, não há qualquer consideração sobre personalidade, afeto ou mesmo como parte integrante da família. Assim, são tratados como um bem ou uma coisa a qual pertence a seu proprietário.

Segundo a Agência de Notícias de Direitos Animais – ANDA - (2015) esclarece: "Coisa" é tudo aquilo que tem existência corpórea e pode ser captada pelos sentidos. Os animais integram a categoria das 'coisas móveis semoventes', ou seja, os animais são 'coisas' que se movem por si mesmas em virtude de uma força anímica própria".

A nossa legislação brasileira qualifica os animais como semoventes, ou seja, são considerados juridicamente como coisas.

> **CC art.82º** São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção de força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

É de suma importância ressaltar que em outros países os animais já são reconhecidos como seres sensíveis. Segundo o Jornalista João Alexandre do Jornal Rádio Notícia TSF, Portugal, em 2017, alterou o Código Civil, criando um Estatuto para os animais, reconhecendo-os como seres capazes de sentir dor e dotados de sensibilidade. "A nova lei, que começa a valer a partir de outubro deste ano, qualifica os animais não humanos como seres sencientes com um sistema nervoso cientificamente capaz de sentir dor e experimentar outras emoções, incluindo sofrimento e angústia."

Diz também a rádio RFI, ao comentar que a França, no ano de 2014, também reconheceu os animais como seres sensíveis, aprovando alteração do Código Civil Francês, prevendo a proteção dos animais e seu valor afetivo, retirando a qualificação de bens móveis.

Mas, afinal de contas, o que são seres sensíveis?

São seres que logo diante de uma situação em que pode gerar dor ou prazer, escolhendo o caminho no qual sentirá uma menor quantidade de dor ou maximizar o seu prazer, os animais podem possuir direitos, posto que também sentem dores e prazeres.

No que tange ao ordenamento jurídico pátrio, a Constituição Federal de 1988, no Art. 225, §1º, inciso VII, prevê a proteção dos animais, mas de forma defasada, como proteção ao meio ambiente, nos seguintes termos:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> **CF Art225º** Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sabia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever defendê-lo para as presentes e futuras gerações:
> §1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
> (...)
> VII – Proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Ainda que o texto constitucional não tenha exposto expressamente a dignidade dos animais, por meio de afeto, é exequível afastar a natureza jurídica de animais como objeto e atribuir um tratamento mais digno e humanizado, integrando-os no conceito de família multe espécie.

Apesar de alguns países recentemente vêm alterando suas legislações, desconsiderando a natureza jurídica de animais como bens móveis, ou seja, como coisas. Em 1978, o Brasil passou a ser signatário da Declaração Universal dos Direitos dos Animais vendando qualquer sofrimento físico e psicológico:

> **Art. 1°:** Todos os animais nascem iguais diante da vida e têm o mesmo direito à existência. ARTIGO 2: a) Cada animal tem direito ao respeito. b) homem, enquanto espécie animal, não pode atribuir-se o direito de exterminar os outros animais, ou explorá-los, violando esse direito. Ele tem o dever de colocar a sua consciência a serviço dos outros animais. c) Cada animal tem direito à consideração, à cura e à proteção do homem. ARTIGO 3: a) Nenhum animal será submetido a maus tratos e a atos cruéis. b) Se a morte de um animal é necessária, deve ser instantânea, sem dor ou angústia. ARTIGO 4: a) Cada animal que pertence a uma espécie selvagem tem o direito de viver livre no seu ambiente natural terrestre, aéreo e aquático, e tem o direito de reproduzir-se. b) A privação da liberdade, ainda que para fins educativos, é contrária a este direito. ARTIGO 5: a) Cada animal pertencente a uma espécie, que vive habitualmente no ambiente do homem, tem o direito de viver e crescer segundo o ritmo e as condições de vida e de liberdade que são próprias de sua espécie. b) Toda a modificação imposta pelo homem para fins mercantis é

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> contrária a esse direito. ARTIGO 6: a) Cada animal que o homem escolher para companheiro tem o direito a uma duração de vida conforme sua longevidade natural b) O abandono de um animal é um ato cruel e degradante. ARTIGO 7: Cada animal que trabalha tem o direito a uma razoável limitação do tempo e intensidade do trabalho, e a uma alimentação adequada e ao repouso. ARTIGO 8: a) A experimentação animal, que implica em sofrimento físico, é incompatível com os direitos do animal, quer seja uma experiência médica, científica, comercial ou qualquer outra. b) As técnicas substitutivas devem ser utilizadas e desenvolvidas ARTIGO 9: Nenhum animal deve ser criado para servir de alimentação, deve ser nutrido, alojado, transportado e abatido, sem que para ele tenha ansiedade ou dor. ARTIGO 10: Nenhum animal deve ser usado para divertimento do homem. A exibição dos animais e os espetáculos que utilizem animais são incompatíveis com a dignidade do animal. ARTIGO 11: O ato que leva à morte de um animal sem necessidade é um biocídio, ou seja, um crime contra a vida. ARTIGO 12: a) Cada ato que leve à morte um grande número de animais selvagens é um genocídio, ou seja, um delito contra a espécie. b) O aniquilamento e a destruição do meio ambiente natural levam ao genocídio. ARTIGO 13: a) O animal morto deve ser tratado com respeito. b) As cenas de violência de que os animais são vítimas, devem ser proibidas no cinema e na televisão, a menos que tenham como fim mostrar um atentado aos direitos dos animais. ARTIGO 14: a) As associações de proteção e de salvaguarda dos animais devem ser representadas a nível de governo. b) Os direitos dos animais devem ser defendidos por leis, como os direitos dos homens. (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DOS ANIMAIS – Unesco – ONU Bruxelas, 1978).”

Desta forma, o animal cada vez mais vem ocupando espaço na sociedade, fazendo parte das relações afetivas do ser humano, sendo considerados como verdadeiros integrantes do núcleo familiar.

Assim, quando se fala em separação e divórcio, a busca pelo Poder Judiciário para regulamentar a custódia dos animais de estimação vem crescendo cada vez mais. Porém, não existe ainda previsão legal e os tribunais têm enfrentado este tema diariamente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

3. A EXTIÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES

O fim das relações afetivas e familiares se dá através do divórcio, separação, anulação ou nulidade de casamento e morte, conforme dispõe o Art. 1571 do Código Civil Brasileiro:

> **CF Art 1.571º** A sociedade conjugal termina:
> **I-** pela morte de um dos cônjuges;
> **II**- pela nulidade ou anulação do casamento;
> **III**- pela separação judicial;
> **IV**- pelo divórcio**.**

A palavra divórcio vem do latim *divortium*, que significa separação. Ou seja, é a dissolução do vínculo conjugal. De maneira conceitual, "divórcio é a dissolução de um casamento válido, ou seja, extinção do vínculo matrimonial, que se opera mediante sentença judicial, habilitando as pessoas a convolar novas núpcias".

No ordenamento jurídico pátrio, existem três espécies de divórcio, quais sejam: consensual, litigioso e extrajudicial consensual. Importante ressaltar que os litígios sobre direito de família cada vez mais vêm sofrendo a desjudicialização, tendo em vista que o Poder Judiciário, dificilmente conseguirá pacificar as partes, cumprindo com o postulado da jurisdição.

Por este motivo, há um grande incentivo para a utilização da mediação como forma de auto composição de litígios na esfera familiar. Deve ser afirmado ainda que, conforme o Código Civil, no art. 1565, §2º e art. 226, §7º da Constituição Federal, não poderá o Estado intervir na família.

Nos divórcio consensual, ambas as partes firmam um comum acordo sobre os temas de guarda, partilha e alimentos, podendo ou não ter filhos menores ou incapazes. Observando os requisitos legais, poderá ser realizado por escritura pública, sem a participação do judiciário, porém, a presença do advogado é indispensável, bem como não poderá regulamentar se houver filhos menores e incapazes. O divórcio litigioso ocorre quando não há acordo entre as partes, devendo ser realizado mediante de decisão do Poder Judiciário.

O artigo 731° do Processo Civil estabelece a separação de forma expressa:

> **Art. 731º** A homologação do divórcio ou da separação consensuais, observados os requisitos legais, poderá ser requerida em petição assinada por ambos os cônjuges, da qual constarão:

I. As disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns;
II. As disposições relativas à pensão alimentícia entre os cônjuges;
II. O acordo relativo à guarda dos filhos incapazes e ao regime de visitas; e

IV. O valor da contribuição para criar e educar os filhos.

Dessa forma o CPC/15 não prevê expressamente a separação de corpos, porém, unificou os procedimentos, podendo em um único processo discutir a medida cautelar e ação principal. Tal medida se mostra relevante, até para comprovar ou não a possibilidade de usucapião familiar, prevista no art. 1.240-A do Código Civil.

Assim, para a dissolução do processo, nas separações e de divórcios, lides são propostas para além de partilharem os bens, determinar a guarda dos animais.

3.1 Guarda Compartilhada no Brasil

O instituto da guarda foi criado para regulamentar situações em que o casal o qual está sofrendo com uma ruptura possa regulamentar a forma pela qual irão criar seus filhos, mantendo-se os deveres inerentes aos pais. No Brasil, o direito de guarda possui duas espécies: unilateral e compartilhada, conforme dispõe o art. 1.583 do Código Civil:

> **Art1583º** A guarda será unilateral ou compartilhada.
>
> **§1°** Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou alguém que o substitua (art. 1584, §5°) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não viviam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.
>
> **§2°** Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com od filhos deve ser dividido em forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos:
>
> **§3°** Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.
>
> **§4° (VETADO)**
>
> **§5°** A guarda unilateral obriga pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar as informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos. ”

A guarda unilateral é concedida para o genitor que melhor dispor de cuidados e amparo para a proteção do menor. Mas esse tipo de guardar não extingue o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

exercício do Poder Familiar. É fixado o regimento de visitas, que terá o dever de supervisionar o interesse da criança.

Já a guarda compartilhada os pais dividem os deveres e as obrigações, ambos têm posse sob o filho e as decisões são tomadas pelo os dois. Visando que sempre prevalecerá o bem-estar e o interesse do menor.

As duas guardas mantém o exercício do Poder Familiar que é exercido pelos genitores, como por exemplo, a alimentação e o zelo.

3.2. Guarda Compartilhada de Animais Domésticos

Conforme afirmado desde o início deste artigo, o instituto da guarda tem a sua necessidade para regulamentar a relação dos pais para com os filhos nos casos de rupturas conjugais, mantendo-se o poder familiar. Contudo, não há qualquer legislação que disponha sobre a possibilidade ou não da sua utilização para regulamentar o direito de guarda e visita com relação aos animais.

Porém, nos dias de hoje nos lares brasileiros em 44,3% dos domicílios, o que equivale a 28,9% milhões de lares no país. E a população de cachorros foi estimada em 52,2% milhões, indicando cerca de 1,8 cachorro em cada domicilio. Já a população de gatos é de 22 milhões.

Existem alguns projetos de lei, com o objetivo de resolver a lacuna legislativa, que não positiva a relação afetiva entre humanos e animais, nos casos de dissolução conjugal. O Projeto de Lei nº 3.670/15, de autoria do Senador Antônio Anastasia, objetiva alterar o Código Civil/2002, determinando que os animais não sejam considerados como coisas, mas bens móveis para efeitos legais, salvo disposto em lei especial.

Já o Projeto Lei nº 1.058/11, de autoria do Deputado Federal Dr. Ubiali, objetiva regulamentar a guarda de animais de estimação nos casos de dissolução litigiosa da sociedade e do vínculo conjugal entre seus possuidores, e dá outras providências. Em seu art. 2º, 4º e 5º ele explica como será a questão da guarda:

> **Art. 2º** Decretada a separação judicial ou o divórcio pelo juiz, sem que haja entre as partes acordo quanto à guarda dos animais de estimação, será ela atribuída a quem revelar ser o seu legítimo proprietário, ou, na falta deste, a quem demonstrar maior capacidade para o exercício da posse responsável.
>
> **Art. 4°** A guarda dos animais de estimação classifica-se em:

I. Unilateral: quando concedida a uma só das partes, a qual deverá provar ser seu legitimo proprietário, por meio de documento de registro idôneo onde conste o seu nome;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

II. Compartilhada, quando o exercício da posse responsável for concedido a ambas as parte;

> **Art. 5°** Para o deferimento da guarda do animal de estimação, o juiz observará as seguintes condições, incumbindo à parte oferecer:

a) Ambiente adequado para a morada do animal;
b) Disponibilidade de tempo, condições de trato, de zelo e de sustento;
c) O grau de afinidade e afetividade entre o animal e a parte;
d) Demais condições que o juiz considerar imprescindíveis para a manutenção da sobrevivência do animal, de acordo com suas características.

Em seu art. 7º prevê também hipótese de reparação de danos:

> **Art. 7°** Nenhuma das partes poderá sem anuência da outra, realizar cruzamento, alienar o animal de estimação ou seus filhotes advindos do cruzamento, para fins comerciais, sob pena de reparação de danos.

Todos os Órgãos de proteção animal estão prevendo e fiscalização os dispositivos dessas leis. São eles: Secretarias e Delegacias vinculadas ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, às Gerências de Zoonoses vinculadas ao Ministério ou às Secretarias Estaduais de Saúde, ao IBAMA e à Sociedade Protetora de Animais.

Estes projetos visam regulamentar o direito à convivência dos animais após o fim da união estável ou casamento. Garantindo o bem-estar da sociedade e a dignidade da pessoa humana, além de tutelar os direitos dos animais.

Alguns Magistrados já aplicam e acham que é possível a analogia dos Art. 1583 a 1.590 do Código Civil/2002, observando o Art. 4° da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro:

> **Art. 4°** Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

"REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS DE ANIMAL DE ESTIMAÇÃO - Ação ajuizada pelo ex-companheiro em face da ex-companheira - Improcedência do pedido - Inconformismo - Acolhimento - Omissão legislativa sobre a relação afetiva entre pessoas e animais de estimação que permite a aplicação analógica do instituto da guarda de menores - Interpretação dos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Cadela adquirida na constância do relacionamento - Relação afetiva demonstrada - Visitas propostas que são razoáveis - Sentença reformada - Recurso provido." (Grifei)(TJSP; Apelação Cível 1000398-81.2015.8.26.0008; Relator

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

(a): J.L. Mônaco da Silva; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VIII - Tatuapé - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 20/04/2016; Data de Registro: 25/04/2016).

"REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS - Animal de estimação - Indeferimento da inicial - Aplicação do art. 295, parágrafo único, inc. III, do Código de Processo Civil - Inconformismo - Acolhimento em parte - Impossibilidade jurídica do pedido que deve ser reconhecida apenas quando há expressado proibição no ordenamento jurídico - Precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça - Pretensão que, embora não prevista em lei específica, não é ilegal - Regulamentação já determinada em caso semelhante pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - Indeferimento da tutela antecipada - Ausência de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação - Sentença cassada - Recurso provido." (Grifei) (TJSP; Apelação Cível 1000398-81.2015.8.26.0008; Relator (a): J.L. Mônaco da Silva; Órgão Julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VIII - Tatuapé - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 24/06/2015; Data de Registro: 01/07/2015).

Conforme as decisões que ocorreram, inexiste norma jurídica que ampare tal matéria discutida, bem como não veda a pretensão de guarda de animais. Assim, decidiram o prosseguimento do processo de guarda.

Bem como já decidiram um conflito negativo pela guarda de um cachorro.

"CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Ação de guarda de animal doméstico adquirido na constância de relacionamento amoroso. Competência para julgar a demanda do juízo em que se discute o reconhecimento e dissolução de união estável. Conflito julgado procedente. Competência do Juízo da 3ª Vara da Família e Sucessões do Foro Regional do Jabaquara da Comarca da Capital, ora suscitado." (TJSP; Conflito de competência cível 0026423-07.2017.8.26.0000; Relator (a): Issa Ahmed; Órgão Julgador: Câmara Especial; Foro Regional III - Jabaquara - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 04/12/2017; Data de Registro: 11/12/2017).

Esse caso foi declinado para a Competência da Vara da Família, por entender que apesar de não estar previsto em lei a relação afetiva entre os seres humanos e os animais, os magistrados diante dessa lacuna, deve aplicar essa analogia.

Nesse mesmo sentido, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgou recurso especial, por maioria dos votos, a regulamentação de visitas de animal de estimação após separação:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. ANIMAL DE ESTIMAÇÃO. AQUISIÇÃO NA CONSTÂNCIA DO RELACIONAMENTO. INTENSO AFETO DOS COMPANHEIROS PELO ANIMAL. DIREITO DE VISITAS. POSSIBILIDADE, A DEPENDER DO CASO CONCRETO. 1. Inicialmente, deve ser afastada qualquer alegação de que a discussão envolvendo a entidade familiar e o seu animal de estimação é menor, ou se trata de mera futilidade a ocupar o tempo desta Corte. Ao contrário, é cada vez mais recorrente no mundo da pós-modernidade e envolve questão bastante delicada, examinada tanto pelo ângulo da afetividade em relação ao animal, como também pela necessidade de sua preservação como mandamento constitucional (art. 225, § 1, inciso VII - "proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade"). 2. O Código Civil, ao definir a natureza jurídica dos animais, tipificou-os como coisas e, por conseguinte, objetos de propriedade, não lhes atribuindo a qualidade de pessoas, não sendo dotados de personalidade jurídica nem podendo ser considerados sujeitos de direitos. Na forma da lei civil, o só fato de o animal ser tido como de estimação, recebendo o afeto da entidade familiar, não pode vir a alterar sua substância, a ponto de converter a sua natureza jurídica. 3. No entanto, os animais de companhia possuem valor subjetivo único e peculiar, aflorando sentimentos bastante íntimos em seus donos, totalmente diversos de qualquer outro tipo de propriedade privada. Dessarte, o regramento jurídico dos bens não se vem mostrando suficiente para resolver, de forma satisfatória, a disputa familiar envolvendo os pets, visto que não se trata de simples discussão atinente à posse e à propriedade. 4. Por sua vez, a guarda propriamente dita - inerente ao poder familiar - instituto, por essência, de direito de família, não pode ser simples e fielmente subvertida para definir o direito dos consortes, por meio do enquadramento de seus animais de estimação, notadamente porque é um munus exercido no interesse tanto dos pais quanto do filho. Não se trata de uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> faculdade, e sim de um direito, em que se impõe aos pais a observância dos deveres inerentes ao poder familiar. 5. A ordem jurídica não pode, simplesmente, desprezar o relevo da relação do homem com seu animal de estimação, sobretudo nos tempos atuais. Deve-se ter como norte o fato, cultural e da pós-modernidade, de que há uma disputa dentro da entidade familiar em que prepondera o afeto de ambos os cônjuges pelo animal. Portanto, a solução deve perpassar pela preservação e garantia dos direitos à pessoa humana, mais precisamente, o âmago de sua dignidade. 6. Os animais de companhia são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como ser senciente - dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais -, também devem ter o seu bem-estar considerado. 7. Assim, na dissolução da entidade familiar em que haja algum conflito em relação ao animal de estimação, independentemente da qualificação jurídica a ser adotada, a resolução deverá buscar atender, sempre a depender do caso em concreto, aos fins sociais, atentando para a própria evolução da sociedade, com a proteção do ser humano e do seu vínculo afetivo com o animal. 8. Na hipótese, o Tribunal de origem reconheceu que a cadela fora adquirida na constância da união estável e que estaria demonstrada a relação de afeto entre o recorrente e o animal de estimação, reconhecendo o seu direito de visitas ao animal, o que deve ser mantido. 9. Recurso especial não provido. (REsp 1713167/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 09/10/2018).

Assim, também aconteceu caso recente em agosto de 2019, com a separação amigável as partes firmaram um acordo dividindo as responsabilidades dos gatos Cristal, Lua e Frajola e o cachorro Frederico que receberão uma pensão vitalícia de R$ 104,79 após o fim do casamento de seus donos. O juiz de Direito Guacy Sibille Leite, de Ribeirão Preto/SP, homologou divórcio consensual entre as partes, que definiu que o ex-marido será o responsável pelas parcelas.

Dessa forma os tribunais brasileiros vêm aplicando de forma analógica o instituto da guarda de menores na questão da guarda de animais até que o legislador normatize a norma.

4. DIREITO DOS ANIMAIS NA LEI DE PORTUGAL

No âmbito do Direito Comparado, o direito dos animais foi recentemente regulamentado pela Lei Portuguesa 8/2017, conhecida como Estatuto Jurídico dos Animais, que entrou em vigor em Portugal no mês de maio de 2017. Referida lei retirou os animais da categoria de "coisas" e passou a considerá-los como "seres vivos dotados de sensibilidade e objeto de proteção jurídica em virtude da sua natureza".

A legislação alterou o Código Civil português, criando uma nova categoria, para além da divisão clássica entre pessoas e coisas. Neste sentido, não se conferiu personalidade jurídica aos animais, mas apenas foi reconhecida a condição especial destes seres. A nova lei determinou ainda a aplicação subsidiária das disposições relativas às coisas no caso de ausência de legislação específica sobre os animais, desde que compatíveis com a sua natureza. Desta forma, o que se constata é a que a lei portuguesa reconheceu as características que conferem especificidade aos animais, o que resulta na necessidade de regulamentação adequada.

A Lei Portuguesa 8/2017 manteve a possibilidade dos animais serem objeto de propriedade, porém, determinou que o "proprietário de um animal deve assegurar o seu bem-estar e respeitar as características de cada espécie e observar, no exercício dos seus direitos, as disposições especiais relativas à criação, reprodução, detenção e proteção dos animais e à salvaguarda de espécies em risco, sempre que exigíveis".

Em relação aos animais de companhia, a lei estabelece que eles devam ser "confiados a um ou a ambos os cônjuges, considerando, nomeadamente, os interesses de cada um dos cônjuges e dos filhos do casal e também o bem-estar do animal". Disciplinou-se inclusive que os animais de companhia que cada cônjuge já possuía ao casar são excluídos da comunhão, ou seja, são considerados bens particulares no regime de comunhão de bens. No Código de Processo Civil, a Lei 08/2017 acrescentou os animais de companhia no rol dos bens impenhoráveis.

Independentemente de um juízo de valor em relação à forma como a Lei 8/2017 disciplinou o tema, o Estatuto Jurídico dos Animais representa um relevante avanço no assunto.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

5. CONCLUSÃO

Ao longo do tempo, os animais domésticos se tornaram integrantes das famílias, não é atoa que nos lares brasileiros tem mais animais do que crianças. Inclusive alguns países como a França e Portugal, já reconheceram os animais como seres sensíveis. Contudo, aqui no Brasil a vida desses animais vem sido analisadas com frequência pelo Judiciário, quando se trata do divórcio e o rompimento da união estável.

E assim nascem os conflitos, pois na legislação os animais são vistos como "coisas", mas na sociedade eles são mais que isso, as famílias estão cada vez mais diversificadas. Assim, com esses modelos de famílias e a ausência da norma para regularizar a guarda dos animais, alguns projetos de Leis estão em analise no Congresso Nacional, a fim de suprir essa falta na lacuna legislativa. Bem como, regularizar a união afetiva dos seres humanos promovendo o bem-estar do animal na sociedade e tutelar os seus direitos.

Porém, enquanto não solucionam as lacunas, os tribunais brasileiros vêm decidindo de maneiras diversas, e maior parte dos julgadores entendem ser possível regulamentar a guarda dos animais, o direito de visita e a pensão alimentícia. Contudo, o Supremo Tribunal de Justiça, compreende que os animais são seres adotados de sensibilidade e devem ter seu bem-estar considerado.

Porém, a guarda compartilhada vem sido concedida para o cônjuge que apresenta melhores condições financeiras e de espaço físico para cuidar do animal e seu grau de afetividade. Ainda restam inúmeras questões a serem pensadas, como a fixação de alimentos e a as visitas.

Por fim, é inevitável concluir que o animal de estimação saiu do status jurídicos de "bem" para se tornar um membro da família.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ex- marido pensão para gatos e cachorro no fim do divócio. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI309927,61044-Exmarido+pagara+pensao+para+gatos+e+cachorro+apos+fim+do+casamento

DIVÓRCIO. **Central Jurídica**. 2018. Disponível em: <https://www.centraljuridica.com/doutrina/133/direito_civil/divorcio.html>.

LEI APROVADA EM LUXEMBURGO RECONHECE OS ANIMAIS COMO SERES DOTADOS DE SENSIBILIDADE E POSSUIDORES DE DIREITOS. Brasil, 26 nov.

2018. Disponível em: <https://vegazeta.com.br/lei-aprovada-em-luxemburgo-reconhece-os-animais-como-seres-dotados-de-sensibilidade-e-possuidores-de-direitos/>. Acesso em: 05 mar. 2019.

LEI DOS ANIMAIS EM PORTUGAL: https://www.eurodicas.com.br/lei-de-protecao-dos-animais-em-portugal/

PL 3670/2015. Brasil, 18 nov. 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=20557

PROJETO DE LEI DO SENADO N° 542, DE 2018. Brasil, 16 nov. 2018. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135006>.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. ApelaÇÃo nº 1000398-81.2015.8.26.0008. Relator: J.L. Mônaco da Silva. SÃo Paulo, 20 de abril de 2016. **Acordão**. SÃo Paulo, . Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9376203&cdForo=0>.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. ApelaÇÃo nº 1000398-81.2015.8.26.0008. Relator: J.L. Mônaco da Silva. SÃo Paulo, 24 de novembro de 2015. **Acordão**. SÃo Paulo, 24 nov. 2015. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=8590879&cdForo=0>

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

RACISMO AMBIENTAL SOB A ÓTICA DO DIREITO E A PSICOLOGIA AMBIENTAL

ANGELICA DE OLIVEIRA FONTINELE:
Discente do Curso de Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA.

NILCE ELAINE BYRON RAMOS

(Orientador)[2]

RESUMO: Este artigo, inserido na área de concentração do direito ambiental e do direito constitucional, focaliza o tema "Racismo ambiental sob a ótica do direito e a psicologia ambiental". O racismo ambiental vai além da cor da pela ou questões culturais, abrange questões territoriais, provocando injustiças contra grupos vulneráveis, em especial com a exploração de terras e pessoas em áreas ricas em biodiversidade e pobres socialmente. Essas violações de direitos ocorrem tanto no campo quanto no meio urbano. A presença do racismo ambiental no direito brasileiro é um tema relativamente novo e vai de encontro às premissas do art. 225 da Constituição Federal de 1988 que estabelece que todos têm o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado. Desta forma, o artigo procura responder a seguinte situação-problema: quais as políticas públicas de combate ao racismo ambiental no Brasil? Tem, portanto, como objetivo geral, tecer uma discussão sobre o termo racismo ambiental, a partir da sua contextura histórica, e promover um diálogo com o termo Justiça Ambiental. Teve também como objetivos específicos: identificar e elencar os principais elementos do racismo ambiental e da psicologia ambiental na ótica do direito ambiental e constitucional brasileiro; verificar quais as políticas públicas de combate ao racismo ambiental existem ou podem ser implantadas no Brasil; e, discutir a importância da justiça ambiental neste contexto. Tal debate se desenvolveu através da metodologia da pesquisa de cunho bibliográfico em livros e artigos científicos que tratam do tema que envolvem a discussão acerca dos direitos contra o racismo ambiental.

Palavras-Chave: Direito Ambiental; Racismo Ambiental; Psicologia Ambiental.

ABSTRACT:This article, inserted in the area of concentration of environmental law and constitutional law, focuses on the theme "Environmental racism from the

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

perspective of law and environmental psychology". Environmental racism goes beyond the color of fur or cultural issues, encompasses territorial issues, causing injustice against vulnerable groups, in particular by exploiting land and people in areas rich in biodiversity and socially poor. These rights violations occur both in rural and urban areas. The presence of environmental racism in Brazilian law is a relatively new theme and goes against the premises of art. 225 of the Federal Constitution of 1988 which states that everyone has the right to an ecologically balanced environment. Thus, the article seeks to answer the following problem situation: what are the public policies to combat environmental racism in Brazil? Therefore, its general objective is to make a discussion about the term environmental racism, from its historical context, and to promote a dialogue with the term Environmental Justice. Its specific objectives were: to identify and list the main elements of environmental racism and environmental psychology from the perspective of Brazilian environmental and constitutional law; verify which public policies to combat environmental racism exist or can be implemented in Brazil; and discuss the importance of environmental justice in this context. This debate developed through the methodology of bibliographic research in books and scientific articles that deal with the theme and involve the discussion about the rights against environmental racism.

Keywords: Environmental law; Environmental racism; Environmental Psychology.

INTRODUÇÃO

"Todos são iguais perante a lei". Com essa frase, a grande maioria dos ordenamentos jurídicos do mundo se inicia e se consubstancia no direito de igualdade entre todos os cidadãos. Mas do que um direito, a igualdade é um princípio constitucional no Brasil. E no caso do meio ambiente se consolida no art. 225 da Constituição Federal de 1988 (CF/1988) que diz que todos têm direito a um meio ambiente equilibrado.

O racismo, seja de que nível for ou em que campo ocorrer, é uma das maiores violências que se pode cometer contra o ser humano. Muitas vezes acha-se que o termo racismo faz referência apenas em questões relacionadas à cor da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

pele, ou a etnia de cada cidadão. Não é. O termo é muito maior do que isso. Racismo é tratar desiguais de forma desigual.

No geral o racismo ambiental trata das questões em que o ser humano que vive em sociedade ao lado de seus iguais quer na matéria quer na forma, não pode ser tratado de forma desigual. A grande maioria das constituições dos países considera todos os seres humanos iguais, não obstante a evolução diária de seus conceitos, costumes e regramentos e permaneçam desiguais, justamente em função do preconceito, conquanto o axioma constitucional mostra-se cada vez mais distante da – agora não tão certa – evolução humana.

Como dito anteriormente, o racismo ambiental é uma das maiores violências cometidas pelo ser humano contra si mesmo. Esse tipo de violência é umas das maiores facetas do complexo fenômeno de idéia preconcebida, que desconhece barreiras de classe social, tipos de cultura, níveis socioeconômicos e limitações individuais. Seus incidentes ocorrem tanto no espaço privado quanto no público, atingindo todas as pessoas.

O racismo em termos gerais atinge todos os desprotegidos socialmente. Assim, acontece com os negros, com os portadores de deficiência, com aqueles que optam por uma sexualidade diferenciada dos padrões normais, com os profissionais de profissões que se dizem exclusivas de gênero, com os pobres a quem lhes é negado tudo. É um problema específico da sociedade, dos agravos às relações interpessoais, esse tipo de violência social adquiriu proporção de um complexo problema, que invoca políticas públicas para que este seja combatido. Da mesma forma, acontecem com as pessoas submetidas a um meio ambiente desequilibrado, as condições insalubres, que acabam por sofrer constantes discriminações do poder público, em função das variantes ambientais, em decorrência da padronização imposta pelo Estado nas políticas públicas, o que torna imperativo o resgate de suas cidadanias, no sentido de buscar também um pouco da nossa cultura, pois se sabe que a língua, o meio ambiente seja parte da cultura, é nela que esta se projeta e opera. Apesar de todos esses contratempos, o racismo ambiental acaba por

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

encontrar elementos subjacentes que o faz se proliferar de forma proveitosa e negativa.

Tem, portanto, como objetivo geral, tecer uma discussão sobre o termo racismo ambiental, a partir da sua contextura histórica, e promover um diálogo com o termo Justiça Ambiental. Teve também como objetivos específicos: identificar e elencar os principais elementos do racismo ambiental e da psicologia ambiental na ótica do direito ambiental; verificar quais as políticas públicas de combate ao racismo ambiental; e, discutir a importância da justiça ambiental no contexto das políticas públicas de combate ao racismo ambiental.

Com isso, neste artigo se desenvolveu uma discussão acerca do racismo ambiental sob a ótica do Direito e da psicologia ambiental. Pretendeu-se oferecer um espaço para reflexão a respeito de colocar as minorias e os grupos vulneráveis, que não conseguem se proteger sozinhas, que estão longe dos olhos da sociedade, não só por serem pobres, mas principalmente por se encontrarem em completo desamparo em razão de viverem em um meio ambiente ecologicamente desequilibrado. É se discutir tal problemática Racismo ambiental que aflige nossa sociedade, trazendo a contribuição do direito e da psicologia ambiental, necessários para assegurar o controle, conquista, consolidação e ampliação dos direitos.

Esta pesquisa justifica-se pela necessidade de proporcionar uma discussão a respeito do tema racismo ambiental e estabelecer ações voltadas à justiça ambiental que possam combater os efeitos dos impactos sofridos pela natureza e pelas pessoas. Do ponto de vista acadêmico este trabalho se justifica pela necessidade de apresentar um estudo delimitado unicamente na educação ambiental enquanto tema transversal. Do ponto de vista social, o que justifica o trabalho é o crescimento da importância deste tema para a melhoria da qualidade de vida das pessoas. As diretrizes metodológicas utilizadas foram à abordagem bibliográfica qualitativo-descritiva extraída de livros e revistas impressas e eletrônicas voltadas para o tema em questão.

1 RACISMO AMBIENTAL

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O racismo é um fenômeno histórico que se manifesta de diferentes formas. É gerador de múltiplas violências, desigualdade racial, perseguição religiosa, extermínio. E pode estar implícito a idéias preconceituosas e a práticas de discriminação, segregação, e isolamento social.

O termo racismo se entende como "[...] o uso político de alguns resultados aparentemente científicos, para levar à crença da superioridade de uma raça sobre as demais. Este uso visa a justificar e consentir atitudes de discriminação e perseguição contra as raças que se consideram inferiores" (BOBIO, 2000, p. 1.059).

Herculano (2008, p.17) preceitua que:

> Racismo é a forma pela qual desqualificamos o outro e o anulamos como não-semelhante. [...] Assim, nosso racismo nos faz aceitar a pobreza e a vulnerabilidade de enorme parcela da população brasileira, com pouca escolaridade, sem renda, sem políticas sociais de amparo e de resgate, simplesmente por- que naturalizamos tais diferenças, imputando-as a "raças".

O racismo permanece operando na contemporaneidade, mas de maneira cada vez mais complexa. O revés do racismo já ultrapassou as questões raciais e étnicas e se expandiu no convívio social, na vida política, local de nascimento, tipo de trabalho, escolaridade, e o que se destaca a questão ambiental. O conceito de racismo ambiental tem uma vertente emblemática considerável, conforme aponta Alier (1998): "uma metáfora pela qual os pobres e todos aqueles que sobrevivem em áreas de refúgio são percebidos como de uma raça inferior, não importa sua cor ou etnia". Nesse contexto, vale ressaltar conceito segundo Pacheco (2006, p.11):

> Racismo ambiental é o conjunto de idéias e práticas das sociedades e seus governos, que aceitam a degradação ambiental e humana, com a justificativa da busca do desenvolvimento e com a naturalização implícita da inferioridade de determinados segmentos da população

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> afetados – negros, índios, migrantes, extrativistas, pescadores, trabalhadores pobres, que sofrem os impactos negativos do crescimento econômico e a quem é imputado o sacrifício em prol de um benefício para os demais. O racismo ambiental seria, portanto, um objeto de estudo crítico da Ecologia Política (ramo das Ciências Sociais que examina os conflitos socioambientais a partir da perspectiva da desigualdade e na defesa das populações vulnerabilizadas).

Nesse sentido, se compõe nas injustiças e discriminações étnicas e raciais, que estabelece quem são os injustiçados e quem são os privilegiados nas disputas pelo território e em torno dos direitos socioambientais. Foi dessa forma que o conceito de racismo ambiental surgiu no final da década de 1970 nos EUA a partir da mobilização da população negra do Condado de Warren na Carolina do Norte contra um depósito de resíduos tóxicos (PACHECO, 2006).

Entre 1978 e 1982 constatou-se que três quartos desse tipo de aterro estavam localizados em locais habitados pela população negra, embora na região essa população representasse apenas 25% dos habitantes (Pacheco, 2006). Notou-se que as industriais despejavam seus resíduos tóxicos nessa região justamente por representarem a minoria, com incapacidade de resistir a sua atuação, por serem um grupo étnico-raciais sem desenvolvimento socioeconômico. A partir daí cravou-se uma luta por justiça ambiental, equidade social, e discriminação racial, que vinham sendo negligenciados pelos movimentos ambientais tradicionais, que se preocupavam apenas com as questões ecológicas (PACHECO, 2006).

Assim, o Racismo Ambiental é caracterizado pelo fato de a maior parte dos riscos ambientais socialmente induzidos no processo de extração dos recursos naturais ou na disposição de resíduos no ambiente recair desproporcionalmente sobre os grupos étnicos desprovidos de poder e sobre os mais pobres (ACSELRAD; MELLO; BEZERRA, 2009).

As igrejas e outras associações que lutavam contra a discriminação racial e de injustiça social, impulsionaram o surgimento de grupos ambientalistas negros

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

norte-americanos, esse movimento tornou-se uma extensão dos movimentos pelos direitos civis surgidos no EUA. De acordo com Almeida (2016, p.29):

> É possível que se leia o surgimento do movimento por justiça ambiental justamente como a síntese do processo de aproximação e intercâmbio entre a agenda ambientalista moderna e o movimento negro, pelo que a agenda de entidades ambientais passa a integrar demandas em prol da equidade social com status de direito civil.

Segundo Scholberg (2009, p. 46), seria possível identificar duas correntes dentro desse movimento ambientalista: o "movimento contra a contaminação tóxica" e o "movimento contra o racismo ambiental". A expressão justiça ambiental ganharia maior notoriedade política a partir do segundo, eis que a perspectiva emerge eminentemente a partir de mobilizações que se opuseram a casos locais de racismo ambiental (SANTOS, 2012, 2012).

A partir dessa premissa constatou-se que esses movimentos de justiça social e ambiental ao longo dos anos tiveram um papel histórico fundamental no desenvolvimento e formulação de leis e políticas públicas que visam assegurar o direito ambiental efetivam ente sustentável. Além disso, foram criados fundos de contribuição a comunidades afetadas pelos agentes poluentes, com vistas a possibilitá-las a produção de provas e meios jurídicos de atuação (HERCULANO, 2008).

Várias conquistas foram legitimadas por esses movimentos, mas para compreender os resultados dessas conquistas, é necessário retratar o Racismo ambiental na sua conjuntura e a contribuição da Justiça Ambiental.

2 RACISMO AMBIENTAL X JUSTIÇA AMBIENTAL

A partir da conjuntura tradicional acerca do racismo, outros aspectos começaram a se evidenciar e a serem estudados, dentre as quais o racismo ambiental. Ao analisar o racismo em suas peculiaridades, tanto institucional, cultural e científica.

Para Prado (2011, p. 67) concluem que "a forma mais recente de discriminação que atinge os povos mais pobres e os ecossistemas, é denominada de racismo ambiental". Expressivamente, Pacheco (2007) indica uma relação de pessoas e situações que caracterizam racismo ambiental e acabam passando despercebidos pelos cidadãos e pelo poder público. Dessa forma, a autora confirma que:

> [...] é fundamental assumir que racismo e preconceito não se restringem a negros, afros descendentes, pardos ou mulatos. Está presente na forma como tratamos nossos povos indígenas. Está presente na maneira como "descartamos" populações tradicionais - ribeirinhas quebradeiras de coco, geraiszeiros, marisqueiros, extrativistas, caiçaras e, em alguns casos, até mesmo pequenos agricultores familiares. Está presente no tratamento que damos no Sul/ Sudeste, principalmente, aos brancos pobres cearenses, paraibanos, maranhenses.... Aos "cabeças-chatas" em geral, no dizer preconceituoso de muitos, que deixam suas terras em busca de trabalho e encontram ainda mais miséria, tratados como mão-de-obra facilmente substituível que, se cair da construção, corre ainda o risco de "morrer na contramão atrapalhando o tráfego" (PAECHO, 2007, p. 7-8).

Maíra Mathias (2017, p. 6), expressa:

> Em tempos de capitalismo global, o conceito de racismo ambiental foi sendo ampliado – e também disputado. Já a disputa do conceito veio da própria necessidade de expandir e angariar mais apoios para a luta contra o racismo ambiental. Isso se deu depois da Conferência Nacional das Lideranças Ambientalistas de Cor, nos Estados Unidos em 1991. O encontro gerou um documento intitulado 'Princípios da Justiça Ambiental'. "Você tem um movimento popular cuja

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> grande bandeira é a luta contra o racismo ambiental. Dentro da luta, uma das coisas que o movimento quer é justiça ambiental.

A Declaração de Lançamento da Rede Brasileira de Justiça Ambiental, fruto do Colóquio Internacional sobre Justiça Ambiental, Trabalho e Cidadania, realizado na cidade de Niterói-RJ em 2001, traz uma conceituação bem básica ampla sobre Racismo Ambiental, estabelecendo, claramente como este ocorre e que implicações dele são decorrentes:

> Entendemos por injustiça ambiental o mecanismo pelo qual sociedades desiguais, do ponto de vista econômico e social, destinam a maior carga dos danos ambientais do desenvolvimento às populações de baixa renda, aos grupos raciais discriminados, aos povos étnicos tradicionais, aos bairros operários, às populações marginalizadas e vulneráveis. Por justiça ambiental, ao contrário, designamos o conjunto de princípios e práticas que asseguram que nenhum grupo social, seja ele étnico racial ou de classe, suporte uma parcela desproporcional das conseqüências ambientais negativas de operações econômicas, de decisões de políticas e de programas federais, estaduais, locais, assim como da ausência ou omissão de tais políticas; b- asseguram acesso justo e equitativo, direto e indireto, aos recursos ambientais do país; c- asseguram amplo acesso às informações relevantes sobre o uso dos recursos ambientais e a destinação de rejeitos e localização de fontes de riscos ambientais, bem como processos democráticos e participativos na definição de políticas, planos, programas e projetos que lhes dizem respeito; d- favorece a constituição de sujeitos coletivos de direitos, movimentos sociais e organizações populares para serem protagonistas na construção de modelos alternativos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> de desenvolvimento, que assegurem a democratização do acesso aos recursos ambientais e a sustentabilidade do seu uso (NITEROI - RJ, 2001, p. 1-2).

Para além dessa compreensão de racismo ambiental tradicional, outro aspecto mais amplo surge: a vulnerabilidade das populações dos países em desenvolvimento como o Brasil em comparação aos países ricos. O contexto brasileiro é determinado por razões relevantes para se compreender as relações raciais que são estabelecidas, pois para retratar racismo deve-se considerar o regime de escravidão vigente durante séculos e o processo de redemocratização construído através das lutas dos movimentos sociais. Como foi bem avaliado por Santos (2012, p.23):

> O racismo ambiental por certo é um discurso poderoso para o enfrentamento das injustiças ambientais diretamente vinculadas ao preconceito racial. Contudo, não serve para o enfrentamento de muitas outras situações de injustiças ambientais contemporâneas, cujos fatores determinantes não se vinculam a uma questão puramente racial.

Percebe-se que o termo racismo ambiental não se limita a questões étnicas e raciais, mas, sobretudo a um processo econômico, político, de uma população invisibilidades socialmente. A partir daí a ligação com o termo de Justiça Ambiental. Justiça pode ser definida de vários modos. Para Castilho (2013, P. 5), "a virtude determinante da conduta humana na direção do que é justo e no rechaço do que é injusto".

É na busca por justiça que os movimentos sociais surgem, a partir da insatisfação de segmentos da sociedade com a realidade vigente, o que é, via de regra, causada pela opressão dos grupos sociais detentores do poder sobre os grupos socialmente subordinados, conhecidos também por grupos desprivilegiados, dominados, subalternos, minorias, entre outras tantas denominações. Entre as formas de opressão, destacam-se a dominação política,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

econômica, cultural, ideológica e psicológica, entre outras. Segundo Rammê (2012, p. 23):

> Tal fenômeno fez com que o movimento por justiça ambiental, a partir da experiência Norte Americana, se difundisse pelo mundo, ganhando contornos bem mais amplos que originalmente vinculados às lutas contra o racismo ambiental ou contra contaminação tóxica. Atualmente, o movimento por justiça ambiental abarca todos os conflitos socioambientais, cujos riscos sejam suportados de forma desproporcional sobre a população socialmente vulnerável ou mesmo sobre países ditos de "Terceiro Mundo".

O movimento por justiça ambiental tem sua origem nos anos 80, nos movimentos por direitos civis de grupos negros norte-americanos mobilizados contra a contaminação ambiental de suas áreas de moradia. A justiça ambiental nasce da luta da sociedade civil contra a apropriação desigual dos recursos ambientais e a luta contra a prática de destinar a maior carga dos danos ambientais do desenvolvimento nas populações marginalizadas e vulneráveis, por conseguinte, reivindicação por justiça ambiental é também por justiça social. ACSERALD (2009, p. 9) retrata que:

> O movimento de justiça ambiental surgiu, como extensão do movimento moderno por direitos civis, a partir do momento no qual as pessoas começaram a entender que há uma relação direta entre seu local de trabalho, sua comunidade e sua saúde. A luta é por direito de viver em um ambiente limpo e saudável, incluindo o ambiente de trabalho e moradia e, sobretudo, de receber uma proteção ambiental justa e equânime - e que nenhuma pessoa ou grupo social esteja acima da lei. O que o movimento dedica-se a fazer é evidenciar o padrão estatístico, onde ocorrem os aterros, incineradores e demais unidades poluidoras quaisquer,

> documentando por meio de provas como cartas, memorandos ou relatórios oficiais que possam demonstrar que estes eventos se deslocam para locais onde a população ofereça menor resistência.

No que se refere o ponto de vista por justiça ambiental, o debate distributivo é de grande relevância. Como se refere Baggio, pela perspectiva do movimento por justiça ambiental, os elementos da natureza "[...] passam a ser vistos como bens ambientais, e os riscos ocasionados pelas atividades humanas em sociedade, como encargos a serem distribuídos de forma igualitária". Já Herculano compara s perspectiva da justiça ambiental a uma "especialização da justiça distributiva", relacionada diretamente com uma proposta de justa distribuição do meio ambiente ecologicamente equilibrado a todos os seres humanos.

O sentido distributivo, que o movimento por justiça ambiental concentra, processa-se da distribuição desigual dos riscos ambientais se espalhe, inflamando a desigualdade social, o preconceito racial e cultural existente na sociedade. Diante disto, Baggio (2014, p. 10) afirma:

> [...] as demandas por justiça ambiental surgem em um contexto de conflitos culturais muito próximos das lutas multiculturais, quer seja pela forte presença do elemento de identidade, que somado à desigualdade sócio-econômica, torna-se um fator determinante na caracterização da discriminação ambiental imposta a certos grupos, quer seja pela denúncia à insuficiência da neutralidade do Estado para atender às demandas coletivas inerentes aos movimentos sociais por justiça ambiental.

É através das iniciativas se conseguiu muitos espaços para se pensar políticas públicas, adquiridas através de muitas lutas por parte desses movimentos. É neste contexto que se insere um conjunto de ações e programas que são desenvolvidos pelo Estado para garantir e colocar em prática direitos que são previstos na Constituição Federal e em outras leis.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

3 AS POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS PARA O CONTROLE DO RACISMO AMBIENTAL

A prerrogativa de ingresso à moradia para uma parte da população classificadas de baixa renda é imprescindível para amparar as necessidades dos grupos sociais mais vulneráveis. A Política habitacional é uma fonte potencializadora do combate ao racismo ambiental, mas para isso é necessárias políticas habitacionais eficientes e contínuas que consentem a inserção destes indivíduos na cidade e a sua inserção na sociedade.

Políticas Públicas pode ser apresentado a partir da definição apontada por Rodrigues (2010), ao afirmar é o processo em que diversos grupos, cujos interesses divergem, tomam decisões coletivas que direcionam a sociedade. Para tanto, Souza (2006, p. 25) expressa que "as políticas públicas repercutem na economia e nas sociedades, daí por que qualquer teoria da política pública precisa também explicar as inter-relações entre Estado, política, economia e sociedade". Ou ainda"uma diretriz elaborada para enfrentar um problema público, relevante para a comunidade e para atender as suas necessidades" (SECCHI, 2011, p.2).

Sendo assim as políticas públicas são, instrumentos para efetivar os direitos do cidadão, intermediando o pacto entre o Estado e a sociedade. Não há, entretanto, certeza de que os direitos sociais sejam efetivados, pois tudo irá depender da maior ou menor representatividade que cada segmento representado possui.Faz-se necessário destacar a Política Pública Habitacional como uma forma de enfrentamento ao Racismo ambiental. Para tanto, é relevante traçar um breve histórico sobre as políticas habitacionais no Brasil.

> O registro das políticas habitacionais ocorreu no final do século XIX, com o fim do regime da escravidão, onde os negros foram expulsos do campo e migraram para as cidades. Paralelamente, imigrantes europeus chegavam ao Brasil para trabalharem na nascente indústria brasileira, provocando o aumento da população das cidades, o que,

> conseqüentemente acarretou demanda por moradia (MARICATO, 1997, p. 33)

O grande marco da política habitacional do Brasil, devido à pressão social, foi à criação em 1946, a Fundação da Casa Popular (FCP), com o objetivo de promover moradias para a população pobre. Todavia, a FCP não obteve êxito, pela falta de recursos, tendo sua participação reduzida em 1952. O fracasso da FCP foi devido ter adotado um caráter emergencial e sem planejamento, pois a finalidade não era solução do problema da moradia, mas "derivar dividendos políticos, que a forma de votos, quer a forma de prestígio" (AZEVEDO; ANDRADE, 1982, p. 54).

Já em 1975, mais um investimento para combater o crescimento das favelas é realizado pelo governo federal, a criação do Programa de Financiamento de Lotes Urbanizados (PROFILURB). No entanto, os lotes ficavam afastados dos centros urbanos, dificultando o acesso à cidade e seus serviços, causando rejeição ao novo programa (AZEVEDO; ANDRADE, 1982).

Com a Constituição Federal de 1988, o direito à moradia passa a ser considerado um direito social, inclusive previsto na Declaração Universal dos Direitos do Homem, Art. XXV6, para a preservação da dignidade da pessoa humana. A Constituição veio instituir a descentralização das políticas públicas de planejamento urbano, atribuindo tal tarefa aos municípios, para uma maior eficiência das políticas. No ano de 2001, foi promulgada o Estatuto da Cidade - Lei 10.257, com intuito de fornecer suporte jurídico aos processos de planejamento urbano, a função social da propriedade, o planejamento das políticas urbanas, e o acesso universal à cidade, para que a "descentralização e a democratização caminhem juntas para garantir a plena legitimidade social dos processos de planejamento urbano" (FERNADES, 2008, p. 44).

Lançado em 2009, temos o Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV), voltado para o atendimento de famílias de baixa renda, onde está sendo investidos expressivos subsídios para a aquisição da casa própria.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A inclusão social e o combate à pobreza devem passar pelo fornecimento de moradias adequadas à população, pois, trata-se de um bem de forte impacto na diminuição da pobreza, na melhoria do bem estar e da qualidade e vida de um modo geral.

4 A PSICOLOGIA AMBIENTAL

A importância Psicologia ambiental como viés para análise do racismo ambiental, para isso, é necessário realizar um breve conceito para entendimento dessa ligação com psicologia, meio ambiente e sociedade.

O conceito de psicologia começa a ser utilizado a partir do conceito de psicologia social comunitária que tem algumas características próprias, derivadas da própria forma como surgiu entre nós esta nova área de estudo. Sabe-se que a prática científica não é imune aos movimentos sociais em cujo contexto se desenvolve, e a psicologia ambiental ao lado da psicologia social comunitária não é exceção a esta regra (CAMPOS, 2016).

A utilização de teorias e métodos da psicologia em trabalhos feitos em comunidades de baixa renda, visando, por um lado deselitizar a profissão, e, de outro, buscar a melhoria das condições de vida da população em condições de vulnerabilidade socioambiental, constitui o espaço teórico e prático do que passamos a denominar a psicologia ambiental conforme aponta Freitas *apud* Campos (2016, p. 10). Bairros populares favelas são os lugares em que tiveram início essas experiências de psicologia ambiental.

Mais recentemente, com a ampliação dos sistemas de saúde e educação pública no país, e o aumento do número de psicólogos trabalhando em postos de saúde, creches, instituições de promoção do bem-estar social, ou setores do sistema judiciário voltados para o cuidado das pessoas, enfim em instituições públicas que visam promover o desenvolvimento social, a psicologia ambiental procura desenvolver os instrumentais de análise e intervenção relevantes para as novas problemáticas que se apresentam aos psicólogos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Góis *apud* Campos (2016, p. 89) define a psicologia ambiental como uma área da psicologia social que estuda a atividade do psiquismo decorrente do modo de vida do lugar/comunidade; estuda o sistema de relações e representações, identidade, níveis de consciência, identificação e pertinência dos indivíduos ao lugar/comunidade e aos grupos comunitários. Visam ao desenvolvimento da consciência dos moradores como sujeitos históricos e comunitários, através de um esforço interdisciplinar que perpassa o desenvolvimento dos grupos e da comunidade. [...] seu problema central é a transformação do indivíduo em sujeito.

A partir dos mecanismos de psicologia ambiental chega-se aos processos de construção da cidadania e direitos sociais com os fatores de fortalecimento dos segmentos vulnerabilidades.

Para Demo (2001), participar é, antes de tudo, um processo, uma caminhada, que desafia qualquer grupo que queira influenciar nos seus destinos, na sua história. É um desafio que gera dentro da sociedade humana caminhos pacíficos - através do diálogo e da negociação - para a conquista de seus direitos, para um aclaramento de seus deveres, para uma determinação de seus limites e de sua potencialidade.

Para o autor supracitado a participação impulsiona a sociedade a descobrir, através do uso de sua criatividade, formas alternativas de conquistar uma melhoria de qualidade de vida. Participar é tomar parte em alguma coisa, é ter parte em alguma coisa, é fazer parte de algo, é ser parte de uma coisa. Assim os seres humanos tomam parte, têm parte, são partes da humanidade. Quer dizer, participam desse grande conjunto de seres que forma a humanidade. Mas participar tem também sentido mais específico. Significa atualmente uma conquista que os seres humanos vêm fazendo para poderem se responsabilizar pela procura de solução para todo e qualquer problema que exista.

Para Demo (2001), cada vez mais a palavra "participar" vai tomando o sentido de exteriorizar uma necessidade que a pessoa humana tem dentro de si de querer expressar o que pensa fazer construir, sentir-se unido a outros. "Participar"

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

vai se tornando uma necessidade de auto expressão, de valorização de si mesmo, de valorização da sociedade.

Os seres humanos vivendo na sociedade vão percebendo que existem alguns que têm nas mãos as decisões, apossaram-se do poder. Essa descoberta faz com que se tenha vontade de tomar parte nas decisões, se procure construir e responsabilizar-se pelas soluções tomadas por esse poder. Daí surge à necessidade de participar das atividades que fazem com que o ser humano progrida social e individualmente.

Assim, participar tem muito a ver com o envolvimento efetivo nos destinos, nos rumos e no poder de decisão daquelas resoluções que poderão interferir na vida de cada uma das pessoas. Ainda hoje acontecem grandes lutas: as lutas contra o racismo, que certamente levarão a humanidade a participar da grande universalidade das raças; as lutas contra a guerra e pela paz; as lutas pela preservação da ecologia; as lutas pelos pobres e oprimidos.

Essas lutas acontecem para que as diversas categorias de seres humanos possam participar das grandes decisões e possam responsabilizar-se pelas decisões tomadas por aqueles que estão no poder em nome do povo. Participar é a grande batalha da humanidade para poder traçar o caminho de seu próprio destino.

Historicamente o processo de construção da cidadania reporta-nos a períodos remotos da organização social dos indivíduos, pois ao contrário do que se pensa esta não emerge com a égide do sistema capitalista, mas se origina ainda nos primórdios das civilizações européias.

De acordo com Costa (2005, p. 27), a humanidade deve aos gregos o moderno conceito de cidadania, ou melhor, de democracia. “A própria palavra democracia, que nasceu na polis ou cidade-estado como Atenas e Corinto, significava poder popular”.

A cidadania significava, portanto, algo mais do que a garantia de plenos direitos. Era, pois, um status que oferecia ao cidadão várias possibilidades, indo além das destinadas ao indivíduo comum. Em Roma, a situação não era diferente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Sociedade escravista, baseada nas "gens" (famílias), era dominada pelos patrícios, os quais detinham a cidadania e os direitos políticos. À plebe, constituída de romanos não nobres e de estrangeiros, não cabia qualquer tipo de direito. Este quadro alterou-se aos poucos, possibilitando o acesso à cidadania a todos os romanos de nascimento, mesmo que fossem escravos libertos. (COSTA, 2005, p. 78).

Vale destacar que "a cidadania é limitada por fatores políticos" (CARVALHO, 2002, p. 115). Ou seja, depende das condições políticas enraizadas, sendo necessária para sua efetivação a mudança de costumes e de mentalidades em uma sociedade tão marcada pela experiência do mando e do favor, da exclusão e do privilégio.

Para Carvalho (2002) esses fatores políticos proporcionam as condições para que se formassem, depois, os conceitos de mercado de trabalho informal e marginalidade, isso porque, no primeiro conceito, não estavam contemplados os desempregados, ou subempregados, mas todos que por mais regulares e estáveis que estivessem não tinham suas ocupações regulamentadas pelo Estado. As posturas de política social eram concebidas como privilégio e não como direito, já que uma série de trabalhadores (todos os autônomos e, principalmente, as trabalhadoras domésticas) ficava à margem dos benefícios concedidos pelo sistema previdenciário da época.

5 OS DIREITOS SOCIAIS COMO VIÉS DA CIDADANIA COLETIVA

Os direitos sociais são uma dimensão dos direitos fundamentais do homem que se consubstanciam geralmente nos ordenamentos jurídicos estatais como prestações positivas com objetivo de dar melhores condições de vida aos mais fracos. São fundamentadas nos direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.

Portanto, direitos que se conexionam com o direito de igualdade, fundamental no viés da cidadania. Esses direitos sociais valem como pressupostos do gozo de direitos individuais na medida em que cria condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade (RIBEIRO, 2009).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Vale destacar que, no Brasil, a Constituição de 1988 realiza a dicotomia entre Direitos Sociais e Direitos Sociais dos trabalhadores, quando a solução lógica deveria ser a unificação da terminologia, de modo que os direitos dos trabalhadores se alojassem, diretamente, nos Direitos Sociais. Com efeito, no artigo 6º, a Constituição declara que são Direitos Sociais "a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados" (RIBEIRO, 1999).

Neste contexto, os direitos dos cidadãos são decorrências dos direitos das profissões e as profissões só existem via regulamentação estatal. O instrumento jurídico comprovante do contrato entre o Estado e a cidadania regulada é a carteira profissional que se torna, em realidade, "mais do que uma evidência trabalhista, uma certidão de nascimento cívico" (SANTOS, 1979, p. 76.

Um ponto determinante a ser esclarecido neste estudo diz respeito à dicotomia entre direitos sociais e direitos humanos sendo que o primeiro assume caráter de 'ajuste' das desigualdades entre os grupos sociais advindas das ações principalmente do Estado.

Assim, de acordo com os estudos de Guerra (2001) pode-se definir direitos Sociais como direitos de conteúdo econômico que se traduzem em determinadas prestações devidas pelo Estado ou por outras Instituições à generalidade dos cidadãos ou a determinados grupos abstratamente considerados e atribuídos com o intuito de realizar a Justiça Social. Esses direitos sociais são profundamente confundidos com direitos humanos. Os direitos sociais são uma outorga do Estado, enquanto os direitos humanos são elementos da sociedade com base na liberdade e na igualdade, dois valores universais que se traduzem em princípios básicos, dos quais emanam todos os direitos humanos. Foi baseado nesses valores que a humanidade veio consolidando ao longo da sua história o reconhecimento de que todo e qualquer ser humano é dotado de dignidade, inerente à sua condição humana. Este reconhecimento resultou na concepção de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, fundados nos princípios de igualdade e liberdade.

A expressão mais notória desta grande conquista é o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948; que dispõe o seguinte: "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados como estão de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade". Neste contexto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos é um marco, resultante de longa luta, conquista e construção perpetrada ao longo da história constitucional do ocidente, como pode ser verificada em vários antecedentes. Guerra (2001, p. 114) destaca exatamente essa distinção quando observa com propriedade:

> Não raramente, são confundidos com os designados Direitos Humanos ou Fundamentais. Todavia, trata-se de uma realidade diferente, porque os Direitos Sociais resultam da outorga de determinados benefícios por parte do Estado aos seus cidadãos e, embora uma das finalidades do Estado seja a promoção do bem-estar daqueles que lhe estão ligados pelo vínculo da nacionalidade, a atribuição de mais e melhores Direitos Sociais, depende de múltiplos fatores, designadamente o desenvolvimento econômico do país. Digamos que o não reconhecimento de determinados Direitos Sociais, não resulta necessariamente numa violação da dignidade da pessoa humana. Os Direitos Fundamentais ou Direitos Humanos são inerentes à natureza da pessoa humana. São Direitos originários e imprescritíveis, não têm origem em qualquer concessão por parte do Estado. São anteriores ao próprio Estado e constituem como uma reserva moral do homem.

Como se vê Guerra destaca determinados Direitos Sociais para a população em geral e, observa que estes podem e devem contemplar grupos restritos que se beneficiem de direitos específicos sem que estes assumam a natureza de privilégios de classe. Isso significa que, as pessoas com deficiência, por virtude da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

incapacidade física, sensorial ou mental de que são portadoras, estão sujeitas a determinadas garantias legais previstas no plano de direitos sociais. Assim, razões de justiça e solidariedade social impõem que os custos destas limitações sejam em parte suportados pela sociedade em geral, através da criação de mecanismos legais susceptíveis de proporcionarem igualdade de oportunidades para todos ou destinados a garantirem certas prestações com caráter compensatório. No entanto seu conceito está diretamente ligado à questão da exclusão social.

Nesta questão, a sociedade moderna distingue-se radicalmente das sociedades antigas no que se refere à concepção e ao trato da exclusão social. Nestas últimas, sociedades cujas bases estão fundadas em princípios éticos particularistas, "a exclusão social é natural, intrínseca e constituinte" (RIBEIRO, 1999, p. 292).

O campo da exclusão social é múltiplo e pode considerar vários aspectos dentre elas a exclusão ambiental causada por processo de desigualdades socioambiental. Xiberras *apud* Nascimento (1994) diz com muita propriedade que a exclusão ambiental representa sempre uma ruptura de vínculos ambientais constituídos nos ordenamentos jurídicos, assim a exclusão social compreende uma rica variedade de situações, dentre elas a ambiental, o que se coaduna com o processo de racismo ambiental.

Assim, alguns autores como Santos (2012) enquadram o racismo ambiental como exclusão social na matriz que articula a inserção social e a integração ao direito ao direito a um meio ambiente equilibrado por intermédio de 4situações clássicas: a) a situação de integração social, em que as pessoas excluídas social e ambientalmente estão fora do contexto de direitos sociais da CF/1988; b) a situação da formatação de políticas públicas em que as pessoas sejam inseridas no contesto social e ambiental, objeto destas políticas públicas; c) a situação de vulnerabilidade, em que as pessoas ao serem alvo do racismo ambiental perdem sua condicional idade de inserção ambiental; d) e, finalmente, a situação de exclusão ou de desfiliação em que as pessoas são desinseridas e desintegrados dos direitos contidos no art. 225 da CF/1988. Isso tudo já havia sido alertado por Jaguaribe

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

(1989), fazendo alusão que as constantes crises econômicas por que o Brasil passa de tempos em tempos atinge profundamente a estrutura social extremamente heterogênea, tenderia normalmente a criar situações crescentes de exclusão.

CONCLUSÃO

O interesse pela discussão sobre a questão do Racismo Ambiental nasceu de uma observação mais ampla acerca das possibilidades e limites da utilização do direto ambiental em consonância com a psicologia ambiental como um instrumento de ajuda no exercício da cidadania de comunidades em condições de vulnerabilidade social. Muito embora, não tenhamos feito à pesquisa empírica, em conversas formais e informais com alguns moradores da comunidade destas áreas, percebemos na leitura a dificuldade que os profissionais detêm no sentido de proceder a um ordenamento seqüencial que seja reflexivo e flexível na composição da ajuda a essas pessoas na intervenção, pois a psicologia ambiental é uma psicologia social que estuda a atividade do psiquismo decorrente do modo de vida do lugar/comunidade buscando respostas para o sistema de relações e representações, identidade, níveis de consciência, identificação e pertinência dos indivíduos ao lugar/comunidade e aos grupos comunitários o que se coaduna perfeitamente com o direito.

Neste ínterim, se pretendeu com este trabalho, como objetivo geral tecer uma discussão sobre o termo racismo ambiental, a partir da sua contextura histórica, e promover um diálogo com o termo Justiça Ambiental, sendo possível constituir historicamente a inclusão da psicologia ambiental em consonância com o direito ambiental como elemento constitutivo e imprescindível para a formação cidadã de uma comunidade, sendo que a mesmo é parte integrante do cotidiano da vida das pessoas em seus projetos de vida.

No que tange ao primeiro objetivo específico de identificar e elencar os principais elementos do racismo ambiental e da psicologia ambiental na ótica do direito ambiental concluiu-se que ao analisar, pelo estudo bibliográfico, os elementos contextuais, históricos e evolutivos sobre o racismo ambiental nos diferentes segmentos sociais, perceberam-se que o mesmo é basicamente um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

processo de irracionalidade e, portanto pressupõem seqüência no tempo, não se manifestando num dado momento, mas se realizando continuamente ao longo da história, atravessando estágios diversos. Para combatê-lo deve se construir movimentos de participação e trabalhar com a construção da cidadania coletiva na questão social em suas diferentes formas de manifestação.

Quanto ao segundo objetivo específico de verificar quais as políticas públicas de combate ao racismo ambiental concluíram-se, por analogia, pela pesquisa bibliográfica, que esta questão pode aprofundar-se com a *práxis* da construção da cidadania e influir nos projetos de vida das pessoas que se encontram nestas condições reelaborando suas prioridades, sempre numa perspectiva de intervenção planejada, com a participação direta e indireta do povo, com os profissionais que trabalham na área.

Com relação ao terceiro objetivo específico de discutir a importância da justiça ambiental no contexto das políticas públicas de combate ao racismo ambiental, concluiu-se, pela pesquisa bibliográfica, a questão da participação dos comunitários, de forma geral é uma questão de coerência e consciência que precisa ser estimulada pelos profissionais, já que as dificuldades são muitas, principalmente relacionadas às suas próprias sobrevivências o que acaba por afastá-los da luta conjunta pelo estabelecimento da cidadania. Neste contexto: como sugestão pode-se, por meio dos profissionais e das instituições sociais da comunidade:- Elaborar, coordenar, executar e avaliar planos, programas e projetos que sejam do âmbito da formação da cidadania com participação da sociedade civil; - Planejar, organizar e administrar benefícios sociais; - Planejar, executar e avaliar pesquisas que possam contribuir para a análise da realidade social e para subsidiar ações profissionais; - Planejamento, organização e administração de políticas sociais.

Finalizando, nossa compreensão é que os profissionais de direito e de psicologia devem estar sempre atentos à questão social e suas múltiplas formas de expressão, para poder compor e elaborar um planejamento que possa compreender o real, para além do real, que sirva como guia, direção e caminho, devendo estar aberto para o surgimento de novas demandas, podendo assim, ser

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

repensado, adequado, corrigido, ou seja, permanentemente avaliado e passível de mudanças.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACSELRAD, H.; MELLO, C. do A.; BEZERRA, G. das N. **O que é Justiça Ambiental**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

ALBERT, M. **Capitalismo x capitalismo**. São Paulo: Loyola, 2012.

ALIER, J. M. **Da Economia ecológica ao Ecologismo Popular**. Blumenau: FURB, 1998. Versão digitalizada.

AZEVEDO, S.; ANDRADE, L. A. G. de. **Habitação e poder** – da Fundação da Casa Popular ao Banco Nacional de Habitação. Rio de Janeiro: Zahar, Editores, 1982.

BEUREN, J. **Planejamento de pesquisa**. São Paulo: Atlas, 2012.

BRASIL Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA Nº 275/2001. Brasília: Conama, 2001. Disponível em http://www.conama.gov.br **Acesso em 06 de ago de 2019.**

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Congresso Nacional, 1988. Disponível em http://www.congressonacional.gov.br **Acesso em 06 de ago de 2019.**

BRASIL. Ministério das Cidades. Disponível em: http://www.capacidades.gov.br/login. Acesso em 08 de ago de 2019.

CAMPOS, R. H. de F. (org.). **Psicologia Social:** da solidariedade à autonomia, pressupostos da psicologia ambiental. 2. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2016.

CARVALHO, V. **Direitos fundamentais na Constituição de 1988**: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

COSTA, C. **A cidadania como fator de resgate social**. São Paulo: Scortecci, 2005.

DEMO, Pedro. **Cidadania menor:** algumas indicações quantitativas de nossa pobreza política. Petrópolis: Vozes, 2001.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

FERNANDES, E. **Do Código Civil ao Estatuto da Cidade**: algumas notas sobre a trajetória do Direito Urbanístico no Brasil. In. VALENÇA, Marcio (org.) Cidade (i)legal. Rio de Janeiro ,Mauad, X, 2008.

FREIRE, W. **Dicionário de Direito Ambiental e Vocabulário Técnico de Meio Ambiente**. Belo Horizonte: Mineira, 2013.

FREITAS, V. P. de. (Coord.). **Águas– Aspectos Jurídicos e Ambientais**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

GUERRA, J. C. de C. **Brasil nenhum existe. MAIS!** São Paulo. 2001. Disponível em http:http://www.niee.ufrgs.br. Acesso em 08 de ago de 2019.

HERCULANO, S. **O clamor por justiça ambiental e contra o racismo ambiental**. *Revista de gestão integrada em saúde do trabalho e meio ambiente*, 2008.

JAGUABIBE, H. **Sociologia**. São Paulo: Brasil, 1989.

MARICATO, E. **Brasil 2000**: qual planejamento urbano? Cadernos IPPUR, Rio de Janeiro, Ano XI, n.1 e 2, 1997.

MORAES, R. **Análise de conteúdo**. 5. ed. São Paulo: Pioneira, 2013.

NASCIMENTO, J. de O. **Exclusão social**. São Paulo: Summus, 1994.

NAZO, G. N.; MUKAI T. **O direito ambiental no Brasil**: evolução histórica e a relevância do direito internacional do meio ambiente. R. Dir. Adrn., Rio de Janeiro, 223: 75-103, jan./rnar. 2001.

PACHECO, T. **Desigualdade, injustiça ambiental e racismo**. I Seminário Cearense contra o Racismo Ambiental, Fortaleza, 2006.

PACHECO, T. ***Desigualdade, injustiça ambiental e racismo****: uma luta que transcende a cor.* Artigo, 2007 Disponível em http://www.rebrip.org.br/projetos/clientes/noar/noar/UserFiles/17/File/DesIn-jAmbRac.pdf. Acesso em 10 de ago de 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

PEREIRA, R.; BROUWERS, S. do P. **Sociedade de risco e racismo ambiental na globalização**. *Revista de Direito Ambiental, ano 16*(61), 37-74, 2011.

PRADO, M. A., & Godoy, H. T. (2003). **Corantes artificiais em alimentos. Alimentação e Nutrição**, 14(2), 237-250.

RAMMÊ, R. S. **Da justiça ambiental aos direitos e deveres ecológicos**. Caxias do Sul: EDUCS -Editora da Universidade de Caxias do Sul, 2012. Versão digitalizada.

REDE BRASILEIRA DE JUSTIÇA AMBIENTAL. **Declaração de lançamento**. Niterói. Disponível em: http://www. fase.org.br/download/redejustamb.doc Acesso em 10 de ago de 2019.

RIBEIRO, E. P. **Opressão burocrática***:* o ponto de vista do cidadão. Estudos Históricos: Rio de Janeiro, 1999. Disponível em http:http://www.niee.ufrgs.br. Acesso em 09 de ago de 2019.

RODRIGUES, M. M. A. **Políticas Públicas**. São Paulo: Publifolha, 2010.

SANTOS, W G. **Cidadania e justiça**: a política social na ordem brasileira. Rio de Janeiro: Campus, 2012.

SCHOLBERG, D. **Defining environmental justice***:* theories,movements and nature. New York: Oxford University Press, 2009.

SECCHI, L. **Políticas Públicas** - Conceitos, Esquemas de Análise, Casos Práticos. Editora Cengage Learning, 2011.

SILVA, E. dos S. C. **Historia do direito ambiental brasileiro entre 2001 e 2014**. Disponível em: http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&frm=1&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0CDIQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.mackenzie.br%2Ffileadmin%2FF21MJRJ%2Fcoordenadoria_pesq%2FRevista_CADE%2FCADE_5%2Fhistoria_direito.doc&ei=q4k7U6j5KO--sQS2s4LIAw&usg=AFQjCNE9lMzinV6DG8Ohdt36p-LMYbPGAgAcessado em 05 de ago de 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

SILVA, R M. P da.**O meio ambiente na Constituição Federal de 1988**. Artigo, 2016. Disponível em http://jus.com.br/artigos/25529/o-meio-ambiente-na-constituicao-federal-de-1988. Acesso em 10 de ago de 2019.

NOTA:

---

[2] Docente do Curso de Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – Ciesa. E-mail: professoranilcinha@hotmail.com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

INÍCIO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO NASCITURO: ANÁLISE LEGAL E DOUTRINÁRIA PARA A PROTEÇÃO DE SEUS DIREITOS

KETLYN FRANCYELE LIMA DA SILVA:
Escrevendo no conteúdo jurídico desde: 01/10/2019

TATIANE CAMPELO DA SILVA PALHARES

(Orientadora)

RESUMO: Este artigo tem como objetivo analisar o início da personalidade jurídica do nascituro,e defender a teoria concepcionista,na qual acredita que o nascituro é pessoa humana, gozando de ampla proteção legal desde a concepção, tendo direitos resguardados pela lei. Mesmo com a conclusão pela teoria concepcionista, não deixaremos de analisar as outras teorias, apontando os seus principais defensores no Brasil ,pois é um tema polêmico e controverso no nosso ordenamento jurídico ,analisaremos na esfera legal , abordando as divergências doutrinárias ,bem como a interpretação sistemática do Codigo Civil, O método utilizado foi o indutivo no qual parte de premissas verdadeiras para chegar em conclusões,na qual entende-se que a proteção jurídica do nascituro inicia-se desde a concepção ,seja ela pela fecundação natural ou pela fecundação in vitro,dessa forma considera-se o nascituro pessoa dotado de personalidade.

Palavras-chave: Nascituro.Teoria Concepcionalista.Personalidade.

ABSTRACT: This article aims to analyze the beginning of the legal personality of the unborn child, and to defend the conception theory, in which he believes that the unborn child is a human person, enjoying wide legal protection since conception, having rights protected by the law. Even with the conclusion by the conceptionist theory, we will not fail to analyze the other theories, pointing out its main defenders in Brazil, because it is a controversial and controversial subject in our legal order, we will analyze in the legal sphere, addressing the doctrinal divergences, as well as the interpretation The method used was the inductive method in which part of true premises to reach conclusions, in which it is understood that the legal protection of the unborn begins from conception, whether by natural fertilization or in vitro fertilization. Thus, the unborn person is considered to be endowed with personality.

Keywords: Conceptualista. Conceptionalist Theory. Personalidade.

INTRODUÇÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O exato momento em que se inicia a vida é um tema polêmico controverso,tanto para os estudiosos da ciência,quanto para o direito. O simples fato de existir, ter vida, confere a possibilidade de ser titular de direitos, ou seja, ter personalidade, ser pessoa.

O nosso Código Civil vigente preceitua que "personalidadeJurídica da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro".E é nesse ponto que o código civil e controverso,no qual ressalva e resguarda o direito do nascituro desde a concepção.Se o código civil afirmou que o início da personalidade da pessoa só se dá com o seu nascimento com vida,como pode ter ele resguardados os "direitos do nascituro",se só é sujeito de direitos a partir do momento em que adquire personalidade?

Em virtude da redação contraditória do artigo 2º Código Civil ,que estabelece que o inicio da personalidade civil se dá a partir do nascimento com vida,ao conceder direitos e não expectativas de diretos , ao nascituro, o Código reconheceu direitos concebidos,desde a concepção,nessa vertente o Código Civil abriu um leque de interpretações.

Para uma parte da doutrina o nascituro é tratado como pessoa na qual defende o início da personalidade jurídica a partir do momento da fecundação sendo assim, ser humano, sendo sujeito dotado de personalidade civil e titular de direitos .Porém, existe outra parte de doutrinadores, na qual diz que o nascituro não é pessoa , não possuindo direitos, que possui apenas uma mera expectativa de direitos, nessa linha de pensamento o nascituro seria coisa.

Assim, o presente trabalho, visa explanar as teorias que tentam explicar o marco inicial acerca da personalidade do nascituro ,nas quais merecem destaque tres, quais sejam a natalista, a da personalidade condicional e a concepcionalista que é o objeto de estudo desse artigo. Ademais abordaremos o conceito do nascituro e os direitos a eles conferidos, analisando na esfera legal e as divergências doutrinárias e a interpretação a partir dos textos legais como o próprio Código Civil.

O método utilizado foi o indutivo no qual parte de premissas verdadeiras para chegar em conclusões,na qual entende-se que a proteção jurídica do nascituro inicia-se desde a concepção ,seja ela pela fecundação natural ou pela fecundação in vitro principalmente diante dos avanços científicos atuais experimentados na biologia,e na engenharia genética, e não somente com o nascimento com vida

,como o nosso ordenamento jurídico atribui.Com isso objetiva-se uma ampla proteção do nascituro .

1 NASCITURO: REFLEXÃO SOBRE A DOUTRINA

A Expressão nascituro deriva do latim *nasciturus*, que é o ser já concebido e que está para nascer, tem existência no ventre materno e está em vida intra-uterina.

Maria Helena Diniz conceitua o nascituro como sendo "Aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo". O nascituro é justamente aquele que foi concebido e ainda não nasceu.

Ferreira (2010, p.1453) descreve o nascituro da seguinte maneira: "Que há de nascer; Aquele que há de nascer; o ser humano já concebido, cujo nascimento se espera como evento futuro e certo".

Porém, diante dos avanços científicos atuais experimentados na biologia, e principalmente na engenharia genética,podemos dizer que o conceito de nascituro engloba tanto os embriões fecundados no interior do corpo feminino,como os fecundados na fertilização in vitro.

Os últimos estudos feitos sobre a Embriologia Humana, afirmam que o desenvolvimento humano se inicia quando o ovócito é fertilizado pelo espermatozoide e dados biológicos revelam que, com a penetração do espermatozoide estudos revelam que com a penetração do espermatozoide no óvulo, ou seja com a fecundação/fertização ,surge o início de vida, ou ainda ,uma viabilidade de vida. A partir da fecundação, o embrião já se torna titular de um patrimônio genético único, merecendo proteção.

Compreendo que podemos dizer que há vida desde a concepção, considerando esta ocorrida no instante da fecundação/fertilização, devendo ser reconhecida a personalidade do nascituro desde este momento,mesmo que ainda o embrião esteja fora do útero materno.

2 TEORIAS DO INÍCIO DA VIDA

2.1 Teoria natalista

A teoria natalista é a corrente que prevalece entre os autores clássicos do Direito Civil, , pois é exigido para tanto o nascimento com vida. Assim, tal sujeito teria apenas mera expectativa de direito, a qual se concretizaria no momento em que ele respirasse fora do ventre materno.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O artigo 2º do Código Civil Brasileiro de 2002 expõe: "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro".

O direito brasileiro teoricamente adotou a teoria natalista; sendo assim, nosso ordenamento jurídico coloca como condição que o feto nasça com vida, isto é, com o funcionamento do aparelho cardiorrespiratório, e que se prove o fato ocorrido para que seja reconhecido pelo direito.

Segundo a doutrina natalista, nas palavras de Abdala (2008, p. 40):"o nascituro é mera expectativa de pessoa, por isso, tem meras expectativas de direito, e só é considerado como existente desde sua concepção para aquilo que lhe é juridicamente proveitoso".

Essa teoria adota a presunção de expectativa de direitos, que concretiza com o nascimento com vida.

De acordo com Pereira (2007, p.153):

> "O nascituro não é ainda pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial. Se nasce e adquire personalidade, integram-se na sua trilogia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se se frustra, o direito não chega a constituir-se, e não há falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já ele é sujeito de direito."

Apontam-se alguns doutrinadores que são adeptos da teoria natalista como Sílvio Rodrigues, Caio Mário da Silva Pereira e Santiago Dantas. Vejamos alguns entendimentos jurisprudenciais que seguem a linha adotada pela teoria em comento,a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça de Goiás:

> BRASIL.Superior Tribunal de justiça.Apelação cível. Seguro dpvat. Início da personalidade civil. Teoria natalina x concepcionista. Impossibilidade jurídica do pedido. Carência da ação. Error in judicando. Extinção ex oficio do feito. Prequestionamento. I- Recepcionada pelo Código Civil, especificamente em seu artigo 2º, a teoria natalina é a empregada para a contagem do marco inicial da personalidade jurídica da pessoa natural. Assim, o nascituro não poderá ser titular do direito pleiteado, por faltar-lhe a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> personalidade civil. Desta forma, ausente uma das condições da ação, o pedido juridicamente possível, o processo merece ser extinto, sem resolução do mérito, nos termos do artigo 267, inciso VI do Código Processual Civil. Age com erro in judicando o julgador de primeiro grau, ao receber a ação e julgar improcedente o pedido, motivo por que a cassação da sentença é medida impositiva. II- Mesmo cassado o decisum, o feito deve ser extinto por este Tribunal, que detêm capacidade para tanto, por tratarse de matéria de ordem pública, o que não implica supressão de instâncias, nos termos do § 3º do artigo 267 do Código de Processo Civil. III- No que pertine ao pedido de prequestionamento, estando a matéria exaustivamente analisada nos autos, mostra- -se infundado o pleito. Sentença cassada. Processo extinto. Recurso prejudicado. (TJGO – Ap. Cível 74 ISSN 2317-7284 Revista Científica do Centro de Ensino Superior Almeida Rodrigues - ANO I - Edição I - Janeiro de 2013 nº482392-06.2007.8.09.0051, DJ 633, 8ª Câmara Cível, Rel. Des. Maria das Graças Carneiro Requi, 13-07-2010).

Pela observação dos aspectos analisados,no artigo 2º do Código Civil Brasileiro de 2002 que discorre que : "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro". Podemos concluir que há uma certa incoerência do legislador e uma controvérsia na própria letra da lei ,pois não se pode atribuir direitos aqueles que não possui personalidade.

Tartuce (2010, pg. 144), em sua obra de Direito Civil,expõe que : "o grande problema da teoria natalista é que ela não consegue responder à seguinte constatação e pergunta: se o nascituro não tem personalidade, não é pessoa; desse modo, o nascituro seria uma coisa?". Sendo assim, analisa-se que a teoria natalista realiza uma interpretação literal do Código Civil quanto ao nascituro, deixando um leque de questionamentos.

2.2 Teoria condicional

Esta teoria defende que a personalidade jurídica do nascituro começa desde sua concepção, porém,seus direitos e seu exercício estão condicionados ao seu nascimento com vida.A aquisição da personalidade fica condicionada ao nascimento com vida do nascituro, quando assim ele poderá

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

adquirir aqueles diretos que lhe foram reservados desde a concepção mas estavam suspensos aguardando o seu nascimento com vida.

Ao nascer com vida, são implementados a condição e os direitos que adquirira no momento da sua concepção, passando estes a integrar, por definitivo, seu patrimônio, mesmo que faleça logo em seguida.

Pussi (2008, p.87) relata que:

> "A teoria da personalidade condicional é a que mais se aproxima da verdade, mas traz o inconveniente de levar a crer que a personalidade só existirá depois de cumprida a condição do nascimento, o que não representaria a verdade visto que a personalidade já existiria no momento da concepção."

Tendo em vista os aspectos observados na teoria condicional , podemos concluir que a um desdobramento da Teoria Natalista ,pois a personalidade fica condicionada ao nascimento com vida ,caso o nascituro venha falecer, considera-se que nunca houve personalidade.

2.3 Teoria concepcionalista

A teoria concepcionalista que é um dos nossos principais objeto de estudo, sustenta que o nascituro é pessoa humana desde a concepção, tendo direitos resguardados pela lei.A teoria busca no direito penal suporte maior para o entendimento de que o nascituro é pessoa ,ressalta ,ainda, que o sinal mais acentuado de que o nascituro tem personalidade civil é o fato de o legislador ter disciplinado o crime de aborto no título referente aos aos "Crimes contra a pessoa''.Cumpre esclarecer que a personalidade que não se confunde com capacidade,não é condicional.Apenas alguns direitos dependem do nascimento com vida,isso é ,os direitos patrimoniais,materiais,como herança e doação.

Alguns renomeados doutrinadores defendem essa teoria concepcionalista que defende que o nascituro tem direitos reconhecidos desde a concepção.

Uma delas é a renomada jurista Maria Helena Diniz leva em consideração dois fatores: Personalidade jurídica formal: é aquela relacionada com os direitos da personalidade, o que o nascituro já tem desde a concepção. Personalidade jurídica

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

material: mantém relação com os direitos patrimoniais, e o nascituro só a adquire com o nascimento com vida.

> "Aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo. Aquele que, estendo concebido, ainda que não nasceu e que, na vida intrauterina, tem personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos de personalidade, passando a ter personalidade jurídica material, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida." (DINIZ, 2015, p.10).

O nascituro possui apenas a primeira que tange os direitos de personalidade, enquanto que a segunda só é adquirida depois do nascimento com vida e está atrelada aos direitos, sobretudo patrimoniais.

Diniz (2015 p. 36-37) afirma que:

> "Uma vez tendo o Código Civil atribuído direitos aos nascituros, estes são, inegavelmente, considerados seres humanos, e possuem personalidade civil. Ademais, entende que seus direitos à vida, à dignidade, à integridade física, à saúde, ao nascimento, entre outros, são muito mais decorrência dos direitos humanos guarnecidos pela Constituição Federal do que da determinação do Código Civil."

Contribuindo para esta linha de entendimento, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, decidiu reconhecer a personalidade ao nascituro, conforme o seguinte:

> BRASIL.Superior Tribunal de Justiça.Seguro-obrigatório. Acidente. Abortamento. Direito à percepção da indenização. O nascituro goza de personalidade jurídica desde a concepção. O nascimento com vida diz respeito apenas a capacidade de exercício de alguns direitos patrimoniais. Apelação a que se dá provimento. (Ap. Cível nº 70002027910, 6ª Câmara Cível, TJRS, Rel. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, 28-03-2011).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Em virtude da redação contraditória do artigo 2º Código Civil ,que estabelece que o inicio da personalidade civil se dá a partir do nascimento com vida,ao conceder direitos e não expectativas de diretos , ao nascituro, o Código reconheceu direitos concebidos,desde a concepção.Sendos que esses direitos nem sempre irão ser dependentes do nascimento com vida ,razão pelo qual podemos afirmar que o mesmo apresenta personalidade desde a concepção.

3 DIREITOS DOS NASCITUROS

Entende-se que a proteção jurídica do nascituro inicia-se desde a concepção ,seja ela pela fecundação natural ou pela fecundação in vitro principalmente diante dos avanços científicos atuais experimentados na biologia,e na engenharia genética, e não somente com o nascimento com vida ,como o nosso ordenamento jurídico atribui.Com isso objetiva-se uma ampla proteção do nascituro tendo em vista que a vida precisa ser protegida.

Cumpre salientar que o direito à vida é assegurado a todos, e claramente definido pela legislação brasileira à proteção para o nascituro e a mãe na vertente que vimos na teoria concepcinalista que esclarece que o nascituro é considerado pessoa . Assim, é dever do Estado proteger à vida, à saúde, à liberdade, educação, ou seja, o Estado tem dever de dar a todos os cidadãos o direito a uma vida digna, com igualdade para todos.

O código Civil discorre em seu texto:

> Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.
>
> Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.(BRASIL,2002).

A Convenção Interamericana dos Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, promulgada em 1969 e já ratificada pelo Brasil como influenciadora direta na qualificação de direitos ao nascituro. A mencionada legislação declara em seu art. 1º, item 2, que para efeitos gerais, “pessoa é todo ser humano”. Ademais, conceitua no seu art. 4º, item 1 que “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Nesse passo a Lei (8.560, Brasil, 1992) em seu artigo 7º, assegura ao nascituro o direito a alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido, que deles necessitar: "Sempre que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade, nela se fixarão os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite".

O Estado tem a obrigação de prover um desenvolvimento digno e sadio ao nascituro e a mãe tem direito a realização do atendimento pré e perinatal, conforme demostra o Estatuto da Criança e do Adolescente, nos artigos 7º e 8º:

> Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.
>
> Art. 8º É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal.

O próprio Código Penal assegura a proteção a vida do nascituro em seu texto:

> Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:
>
> Pena - detenção, de um a três anos.
>
> Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante.
>
> Pena - reclusão, de três a dez anos.
>
> Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante
>
> Pena - reclusão, de um a quatro anos.
>
> Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.
>
> Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em conseqüência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.(BRASIL,1940).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O direito à vida é, antes de mais nada,é um pré-requisito para o exercício de qualquer dos direitos inerentes ao indivíduo, e, portanto, deve ser respeitado preliminarmente, já que se violado, os demais direitos que dele possam resultar serão violados automaticamente.

DIREITO À VIDA

A vida é assegurada na Constituição Federal em seu artigo 5º caput:

> "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 seguintes termos:"(BRASIL,1988)

O direito à vida é superior aos demais direitos do ser humano, sendo indiscutível sua importância, que, portanto, atinge o nascituro desde a sua concepção/fecundação .A Constituição Federal protege o direito à vida,sem mencionar quando esta se inicia.

Todavia o inciso XXXVIII do artigo 5º reconhece a instituição do júri ,conferindo-lhe competência para julgar crimes dolosos contra a vida ,tentados ou consumados,dentre os quais o aborto.

O texto constitucional não traz a definição e nem quando se inicia a vida humana, somente trata de modo genérico, que todos têm o direito à vida sem distinção de raça, cor, idade, forma física ou psíquica.Sendo assim defere grande importância protetiva ao nascituro.

Assim como os artigos 201,inciso II e artigo 203,inciso I da CF/88,que discorre sobre a proteção à maternidade,especialmente a gestante com a finalidade de proteger não somente ela,mas também o nascituro.

Como também o Codigo penal que tutela o direito à vida desde a concepção pois em regra,puni o aborto. Apenas em circunstâncias peculiares, como o perigo à vida da mãe, o direito à vida do nascituro cede em favor do direito à vida da mãe, circunstância esta expressamente prevista em nossa legislação, na qualidade de exceção à regra que se firma contrária ao aborto.

Portanto o nascituro é também detentor do direito à vida, de forma que cabe ao Estado a sua proteção, sem tirar, é claro, a responsabilidade da genitora de protegê-lo, de forma que, não atente contra a vida do feto, interrompendo a vida que se desenvolve em seu útero.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

DIREITO A ALIMENTOS

A legislação assegura ao nascituro o direito a alimentos ,o que lhe é garantido ,desde a sua concepção ,visto que seu objtivo é justamente a vida ,como bem jurídico a ser resguardado e protegido.

Segundo a Lei no 8.560/1992, em seu artigo 7º possui o direito a alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido, que deles necessitar:

> "Art. 7º. Sempre que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade, nela se fixarão os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite."

Stolze e Pamplona Filho (2009, p.86) defendem que: "o nascituro tem direito a alimentos como forma de proteção para um desenvolvimento saudável, relevando, assim, a qualidade de nascituro como pessoa detentora de direitos".

Diante de tal posicionamento, encontra-se amparo, também, em entendimentos jurisprudenciais, posicionamento do Egrégio Tribunal de Justiça de Goiás, que assim decidiu:

> BRASIL,Superior Tribunal de Justiça .Agravo de instrumento. Tempestividade da contestação. Almentos grávidicos (lei nº 11.804/08). Indícios de paternidade. Direito do nascituro. Pedido de redução. Observância do binômio necessidade possibilidade. I – equivo-se o julgados primitivos ao mandar desentranhar a peça de defesa e demais documentos jungidos aos autos pelo réu tempestivamente, dentro do quinquídio previsto no artigo 7º da lei nº 11.804/08. Ii – os alimentos gravídicos são fixados mediante indícios da paternidade do demandado, trazidos pela autora na inicial, visando atender as despesas adicionais do período de gravidez e que seja dela decorrentes, 'ex vi' do artigo 6º, da lei nº 11.804/08. Iii – nestes termos, havendo indícios da paternidade apontada, é cabível a fixação de alimentos em favor do nascituro, destinados à gestante, até que se ultime a realização do exame de dna. Iv – para a fixação do 'quantum' da verba alimentar, deve-se levar em conta as necessidades básicas da gestante e a capacidade financeira do alimentante, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> por aquela, na proporção dos recursos de ambos, nos termos do artigo 2º, da lei nº 11.804/08. V – não demosntrados elementos suficientes e convincentes aptos a ensejar a redução das prestações de alimentos provisórios fixados, uma vez que a necessidade de se garantir a sobrevivência do nascituro e depois da criança se sobrepõe à eventual inobservância do binômio necessidade/possibilidade, posto que este será melhor apurado ao longo da demanda principal e tendo em vista que aqueles são de cunho provisório capazes de serem revistos a qualquer tempo, urge mantê-los intactos. Agravo conhecido e parcialmente provido. (TJGO Ag. Instr. 92752-19.2010.8.09.0000 – 1ª Câmara Cível, DJ 602, Des. Luiz Eduardo de Sousa, 08-06-2010).

Os alimentos civis devem ser considerados em sentido lato,incluindo-se nessa categoria tudo o que for necessário para o sustento e uma adequada assistência pré-natal,bem como, as despesas com o parto.

A jurisprudência concede na grande maioria das vezes o direito provisional de alimentos ao nascituro, permitindo, assim, que o nascituro tenha um desenvolvimento saudável e condições dignas de desenvolvimento.

DIREITO A REPRESENTAÇÃO

O artigo 1.779 do Código Civil considera a falta do poder familiar, onde então se outorga a curatela. Na ausência dos pais ou quando estes não puderem representá-los será nomeado representante legal.

É evidente a intenção protetiva do legislador em querer ver tutelados os direitos do nascituro, tendo em vista sua condição de pessoa incapaz, lhe atribuindo um "curador ao ventre"na circunstância de falecer seu pai, estando a mulher gravida e esta não er o poder familiar.

O referido dispositivo do Código Civil ainda determina que o curador do nascituro sera,também ,o de sua mãe,se esa estiver interdita.Vejamos:

> Art. 1.779. Dar-se-á curador ao nascituro ,se o pai falecer estando grávida a mulher, e não endo o poder familiar.
>
> Parágrafo único .Se a mulher estiver inerdita,seu curador será o do nascituro.(BRASIL,2002).

Sendo assim, o nascituro tem assegurada sua representação assim como os filhos já nascidos.

-

o DIREITO DE RECEBER DOAÇÃO

De acordo com o artigo 538 do Código Civil de 2002, a doação é o "contrato em que uma pessoa, por liberdade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra. E ainda, o artigo 542 do Codigo Civil discorre que: "A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal".O requisito que se exige é que o donatário já esteja concebido desde o momento em que é feita,e não daquele em que se dá a aceitação

Contudo, com a doação ao nascituro, se o nascimento se der sem vida, a doação será considerada inexistente, como se nunca tivesse ocorrido e o bem volta a incorporar o patrimônio do doador.

Para a teoria concepcionista, o presente artigo é mais um indício de que no Brasil é adotada tal doutrina, vez que fossem seguidos os rigores da lei, em especial a primeira parte do artigo 2º do Código, não seria permitida .doação a pessoa não nascida.

3.5 DIREITO DE SUCEDER

O Código Civil, em seu artigo 1.798 prega: "Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão." É um direito eventual, que se torna um direito pleno, a partir do seu nascimento com vida.

Ademais encontra-se disposto no artigo 1799 do CC/02 que na sucessão testamentaria podem ainda ser chamados a suceder: os filhos ainda não concebidos, de pessoas indicados pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão.

Pode-se dizer que o nascituro tem plenos direitos a herança, se ja estiver concebido no momento da abertura da sucessão, ou seja, no tempo da morte do autor da herança, jà esteja a mãe gravida .Posiciona-se Maximiliano sobre o assunto:"Como direito à sucessão legítima e testamentaria, é necessário para o nascituro suceder, que, no momento da morte do de cujus ele já viva e ainda viva".

A condição resolutiva do direito sucessório do nascituro é o seu nascimento sem vida, pois sendo natimorto sera considerado como se nunca tivesse existido,não vindo a ter qualidade de herdeiro.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Os artigos 1.784 e 2020 do Código Civil Juntamente com os artigos 877 e 878 garantem que desde a abertura da sucessão, os representantes legais poderão requerer a imissão na posse dos bens herdados pelo nascituro, recebendo-ihes os frutos.

3.6 A INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ

Os artigos 124, 125 e 126 do Código Penal em detrimento ao direito à vida, punem a interrupção da gravidez através da prática do aborto, o art. 128 do Código Penal, em homenagem à saúde pública e à dignidade da mulher, permite a interrupção da gravidez praticada por médico quando se visa "salvar a vida da gestante" ou "quando a gravidez é resultante de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou de seu representante legal".

O artigo 128 cuida de duas hipóteses de excludentes de ilicitude aplicáveis somente no contexto do aborto, mas que não diferem, em essência, daquelas previstas no artigo 23 do Código Penal. Autoriza-se o aborto: a) quando não há outro meio de salvar a vida da gestante (art. 128, I), que é uma modalidade especial de estado de necessidade; b) se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, se for incapaz, de seu representante legal (art. 128, II), que representa uma forma especial de exercício regular de direito

.

NUCCI(20008, p. 619) discorre em uma de suas obra que "Nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito à vida. Por isso, é perfeitamente admissível o aborto em circunstâncias excepcionais, para preservar a vida digna da mãe".

3.7 DOS DIREITOS DO EMBRIÃO

Para que sejam respeitados os direitos do embrião, o mesmo deve ser considerado como pessoa. Aceitar que o embrião é vida humana, significa reconhecer que ele é uma pessoa, e por isso deve ser respeitado como tal.

> A proteção constitucional da vida humana não se restringe à vida biológica. O ordenamento jurídico, ao tutelar a vida, impõe ao Estado o dever de proteção ampla. Importa o direito de ter assegurado o normal desenvolvimento intrauterino, de vir à luz com vida, de estar vivo e não ser privado de viver, bem como de ter uma existência digna. (LIMA, 2015, p.43).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O feto é uma vida, algo individual, não parte do corpo de seus genitores, ele tem vida própria apesar de precisar de sua mãe para sobreviver.

Sendo o feto uma vida, é acertado dizer que o início da vida ocorre com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide.

O ser humano, e no caso, o embrião, detendo a qualidade de pessoa, é portador da dignidade ética e titular de direitos inatos, inalienáveis e imprescritíveis, como o direito à vida, ao qual o Estado deve respeito, por ser assegurado pelo nosso ordenamento jurídico.

-
  - DANOS MORAIS

No que tange aos direitos do nascituro, a indenizações de cunho moral e material, verifica-se que a jurisprudência tem decido favoravelmente,mais uma vez destacando a teoria concepcionista. Nesse passo, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu, por unanimidade, o direito de um nascituro de receber indenização por danos morais.Vejamos a decisão a seguir:

> BRASIL.Superior Tribunal de Justiça.Responsabilidade civil. Acidente do trabalho. Morte. Indenização por dano moral. Dies a quo. Correção monetária. Data da fixação pelo juiz. Juros de mora. Data do evento danoso. Processo civil. Juntada de documento na fase recursal. Possibilidade, desde que não configurda a má-fé da parte e oportunizado o contraditório. Anulação do processo. Inexistência de dano. Desnecessidade. Civil. Compensação por danos morais. Filho nascituro. Irrelevância na fixação do quantum indenizatório. (stj. Recurso especial nº 931.556 - rs (2007/0048300-6). Relatora: ministra nancy andrighi. Data de julgamento:17/06/2008. Data de publicação:05/08/2008.

Considerando que o nascituro é titular dos direitos da personalidade e tem resguardada a sua dignidade como pessoa humana, impõe-se admitir que a lesão a esses direitos constituisse dano moral.

4 CONCLUSÃO

O presente artigo aborda um dos temas que vem se destacando no Código Civil : o nascituro ,pelo contraste entre as diversas correntes doutrinárias que discutem o inicio da vida ou melhor, o inicio da personalidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O nascituro, desde a fase de embrião e ainda que não implantado no útero materno deverá ser protegido e resguardado de toda forma de violação de seus direitos,inclusive o de sua vida

Entendo que a vida é o bem jurídico de maior relevância que nos foi concedido, cuja existência advém do direito natural, da nossa própria existência, não
podendo a lei, seja a qualquer pretexto ou justificativa, cercear o direito .

Ademais os Tribunais têm entendido que a teoria concepcionista deverá ser adotada pela interpretação jurídica, acreditando que o nascituro goza do direito da personalidade civil desde a sua concepção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DEROSA, ANA. **Quando começa a vida humana? A ciência responde.** Disponivel em: https://estudosnacionais.com/ciencia/quando-comeca-a-vida-humana-a-ciencia-responde/

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PORTO, Leonardo. **Dos direitos do nascituro e do embrião no direito brasileiro.** Disponivel
em: https://leonardoapmendonca.jusbrasil.com.br/artigos/325703422/dos-direitos-do-nascituro-e-do-embriao-no-direito brasileiro

PUSSI, William Artur. **Personalidade jurídica do nascituro**. 2ª edição. Curitiba: Juruá, 2008

SEMIÃO, Sérgio Abdalla.**Os Direitos do Nascituro** :aspectos cíveis ,criminais e do Direito. 2ed. Belo Horizonte:Del Rey,2015.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil** – Lei de Introdução e Parte Geral. 13ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: Parte geral. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 1.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL NO COMBATE AO TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS AO DE ESCRAVO NO CASO FAZENDA BRASIL VERDE

CARLOS REIGNIER BRAGA DE ALMEIDA:
Bacharelando em Direito pelo Centro Universitário Superior de Ensino do Amazonas CIESA.

SEBASTIÃO RICARDO BRÁS

(Orientador)

RESUMO: Este artigo tem como objetivo demonstrar e comprovar a eficácia da atuação do Ministério Público Federal no combate ao trabalho em condições análogas às de escravo. A finalidade do presente trabalho é abordar o conceito e características da escravidão contemporânea, trazer, sob perspectiva constitucional, atribuições do Ministério Público Federal, por fim, demonstrar a atuação do Ministério Público Federal no combate ao trabalho escravo contemporâneo no caso Fazenda Brasil Verde. A metodologia empregada é o método dedutivo, com direcionamentos a partir do comando Constitucional abstrato, doutrinas, dogmática jurídica.

Palavras-chave: Ação Penal Pública, Ministério Público Federal, Escravidão Contemporânea.

ABSTRACT: This article aims to demonstrate and prove the effectiveness of the use of public criminal action by the Federal Public Ministry in combating work in conditions analogous to those of slave labor. The purpose of the present work is to discuss the concept and characteristics of contemporary slavery, to bring, under a constitutional perspective, the attributions of the Federal Public Ministry, finally, to demonstrate the performance of the Federal Public Ministry in the fight against contemporary slave labor in the Green Brazil Farm case. The methodology used is the deductive method, with directions from the Constitutional command abstract, doctrines, legal dogmatics.

Keywords: Public Criminal Action, Federal Public Ministry, Contemporary Slavery.

SUMÁRIO: 1.Introdução. 2.Trabralho escravo – conceito. 2.1 Da história da escravidão. 2.2 Da escravidão contemporânea. 2.3 O enquadramento jurídico do trabalho escravo. 2.4 Das condições análogas à de escravo. 3 Atuação do Ministério Público Federal. 3.1 Do Ministério Público Federal. 3.2. Da ação penal pública. 3.3.

Da lista suja. 4 Caso Fazenda Brasil Verde. 4.1. Registros da Fazenda Brasil Verde. 4.2 Atuação do Ministério Público Federal. 5.Conclusão. 6. Referências.

INTRODUÇÃO

Os Direitos Humanos, ao longo da história, atravessou barreiras até evoluir quanto sua perspectiva e compreensão, passando a ser visto como sendo valores inerentes a condição humana, como próprio da natureza do ser humano. Para que tais direitos fossem assegurados e atingissem uma efetiva aplicação e segurança, passaram a ser positivados em acordos e tratados internacionais, bem como inseridos na própria ordem jurídica de cada país (PIOVESAN, 2013).

Foi assim, ao longo de anos de lutas, de conquista em conquista que novas garantias e direitos foram assegurados. Nesse ambiente de promoção e proteção de tudo o que foi adquirido é que o Brasil fora condenado, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, inserida no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, por prática de trabalho escravo no caso Fazenda Brasil Verde.

Trata-se de um tema de alta relevância, porquanto, nos dias atuais existir exploração de trabalho escravo ou em condições análogas. Muitas pessoas hoje acreditam que não exista mais escravidão no Brasil, que este já seja um tema ultrapassado, sem maior relevância nas pautas de discussão dos nossos governantes.

Este artigo trará pontos relevantes, para um mais amplo entendimento acerca do tema abordado, facilitando a compreensão pela sociedade.

Como objetivo, será demonstrado a eficácia da atuação do Ministério Público Federal no combate ao trabalho em condições análogas às de escravo.

Hoje as pessoas que ainda são escravizadas são aquelas com menos informações sobre seus direitos, que se iludem com as promessas dos aliciadores (“gatos”) de conseguir um trabalho para saírem das condições precárias em que muitas vezes já se encontram e de dar uma vida melhor para suas famílias que ficam em suas cidades de origem. Eles se aproveitam desses sonhos para escravizar esses homens, cerceando suas liberdades e direitos, inclusive aqueles relacionados à

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

integridade física e psicológica. Muitos deles entram nessa vida e nunca mais conseguem se libertar dos elos da corrente.

O caso da Fazenda Brasil Verde é de grande importância para o Brasil, pois foi possível observar a atuação direta do Ministério Público Federal no combate à exploração de trabalho em condições análogas às da escravidão, mediante a utilização de diversos meios, a saber, da Ação Penal Pública e de outros constitucionalmente previstos.

Para atingir os objetivos e discutir soluções, este artigo foi elaborado de acordo com o método de abordagem dedutivo, com direcionamentos a partir do comando Constitucional abstrato, doutrinas, dogmática jurídica.

2 TRABALHO ESCRAVO - CONCEITO

Nesse capítulo será analisado o conceito e características do trabalho escravo, da história da escravidão, da escravidão contemporânea, o enquadramento jurídico do trabalho escravo e das condições análogas às da escravidão.

É aquele trabalho forçado que envolve restrições à liberdade do trabalhador, onde ele é obrigado a prestar um serviço sem receber um pagamento ou receber um valor insuficiente para suas necessidades e as relações de trabalho costumam ser ilegais.

A partir do desenvolvimento do conceito de escravidão no Direito Internacional e da proibição estabelecida no artigo 6° da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Corte observa o seguinte:

> Este conceito evoluiu e já não se limita à propriedade sobre a pessoa. A esse respeito, a Corte considera que os dois elementos fundamentais para definir uma situação como escravidão é o estado ou condição de um indivíduo e o exercício de algum dos atributos do direito de propriedade, isto é, que o escravizador exerça poder ou controle sobre a pessoa escravizada ao ponto de anular a personalidade da vítima.

O primeiro elemento (estado ou condição) se refere tanto à situação *de jure* como *de facto*, isto é, não é essencial a existência de um documento formal ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

de uma norma jurídica para a caracterização desse fenômeno, como no caso da escravidão tradicional.

Com respeito ao elemento de "propriedade", deve ser entendido no fenômeno de escravidão como "posse", isto é, a demonstração de controle de uma pessoa sobre outra. Portanto, no momento de determinar o nível de controle requerido para considerar um ato como escravidão, poder-se-ia equipará-lo à perda da própria vontade ou a uma diminuição considerável da autonomia pessoal.

Nesse sentido, o chamado "exercício de atributos da propriedade" deve ser entendido nos dias atuais como o controle exercido sobre uma pessoa que lhe restrinja ou prive significativamente de sua liberdade individual, com intenção de exploração mediante o uso, a gestão, o benefício, a transferência ou o despojamento de uma pessoa. Em geral, este exercício se apoiará e será obtido através de meios tais como a violência, fraude e/ou a coação.

2.1 Da história da escravidão no Brasil

Inicialmente, cabe recordar que a escravidão do século XIX no Brasil resultava do pacto colonial de produção das grandes fazendas de produtos como o açúcar, o café e o minério, que tinham como principal mercado a exportação. Os sujeitos da escravidão, por sua vez, eram os negros africanos, capturados em seus países de origem, que assim tinham suas dignidades, seus projetos de vida e suas liberdades ceifadas, de início pelo transporte insalubre e, depois, pelo tratamento que recebiam enquanto escravos, com raras exceções.

O escravo ingressava no Brasil graças ao chamado "tráfico negreiro", realizado em condições insalubres, normalmente em embarcações superlotadas, que aqui desembarcavam desde os primeiros anos do período colonial. A prática remonta, portanto, ao início da colonização brasileira, mais precisamente às primeiras décadas do século XVI, período apontado pelos historiadores como época provável da introdução dos escravos no país (BAKAJ, 1988, p. 406).

Atualmente, conhecida como escravidão moderna, é uma expressão genérica aplicada às relações de trabalho, particularmente na história moderna ou contemporânea, segundo as quais pessoas são obrigadas a exercer uma atividade forçada, contra sua vontade, condições degradantes, jornadas exaustivas, sob ameaça de indigência, detenção, violência ou mesmo morte.

2.2 Da escravidão contemporânea

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nos dias atuais, embora não seja permitida a submissão por meio da propriedade, persiste a escravidão mediante métodos de coação mais complexos. Como conseqüência, entende-se por trabalho escravo uma complexidade de situações, todas atingindo, de algum modo, a liberdade. Trata-se, segundo a nomenclatura internacional, de trabalho forçado. Como explicam Abreu e Zimmermann (2003, p. 141), é "possível afirmar que todo trabalho escravo é forçado, mas nem todo trabalho forçado é escravo".

Apesar de haver intervenções da comunidade internacional, dados coletatos pela OIT no período de 2005 a 2012 estimam que 20.9 milhões de pessoas são submetidas a regimes de trabalho forçado no mundo (OIT, 2012). Meninas e mulheres representam a maior parte dessas estatísticas, aproximando-se de 55% do total, ou seja, 11.4 milhões de meninas e mulheres, em contraste com 9.5 milhões de meninos e homens. Os dados também indicam que o trabalho forçado atinge mais adultos que crianças: 15.4 milhões de vítimas têm 18 anos ou mais (74%), enquanto 5.5 milhões são jovens de 17 anos ou menos (26) (OIT, 2012).

2.3 O enquadramento jurídico do trabalho escravo

Os tratados internacionais antes referidos, dos quais o Brasil é signatário, foram recepcionados em nosso ordenamento, sendo consistentes com a Constituição Federal e o Código Penal, que em seu art. 149 descreve a conduta de reduzir alguém à condição análoga à de escravo:

Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1° Nas mesmas penas incorre quem:

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2° A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I – contra criança ou adolescente;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

Da análise do tipo penal, extrai-se que seu elemento subjetivo é a consciência e a vontade de reduzir alguém à condição análoga à de escravo e, em razão disso, não se admite modalidade culposa.

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, pois a norma não demanda qualquer qualidade ou condição especial. O mesmo pode-se dizer quanto ao sujeito passivo: qualquer pessoa pode ser vítima desse crime. Contudo, a majorante da pena só se aplica em casos nos quais a vítima é criança ou adolescente, ou ainda quando praticado por motivo de raça, cor, etnia, religião ou origem. Nesses casos, a pena é aumentada da metade.

2.4 Das condições análogas à de escravo

No Brasil, nos dias contemporâneos, temos o trabalho com condições análogas à de escravo. Nesta modalidade, o trabalhador é submetido ao trabalho sob ameaça de punição, com uso de coação, realizado de maneira involuntária; o cerceamento do uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto, caracterizando isolamento geográfico; a manutenção de segurança armada com o fim de reter o trabalhador no local de trabalho e a retenção de documentação pessoal do trabalhador.

Para configuração do crime do art. 149 do Código Penal, não é necessário que se prove a coação física da liberdade de ir e vir ou mesmo o cerceamento da liberdade de locomoção, bastando a submissão da vítima "a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva" ou "a condições degradantes de trabalho", condutas alternativas previstas no tipo penal. A "escravidão moderna" é mais sutil do que a do século XIX e o cerceamento da liberdade pode decorrer de diversos constrangimentos econômicos e não necessariamente físicos. Priva-se alguém de sua liberdade e de sua dignidade tratando-o como coisa e não como pessoa humana, o que pode ser feito não só mediante coação, mas também pela violação intensa e persistente de seus direitos básicos, inclusive do direito ao trabalho digno.

A violação do direito ao trabalho digno impacta a capacidade da vítima de realizar escolhas segundo a sua livre determinação. Isso também significa "reduzir alguém a condição análoga à de escravo". Não é qualquer violação dos direitos trabalhistas que configura trabalho escravo. Se a violação aos direitos do trabalho é intensa e persistente, se atinge níveis gritantes e se os trabalhadores são submetidos a trabalhos forçados, jornadas exaustivas ou a condições degradantes de trabalho, é

possível, em tese, o enquadramento no crime do art. 149 do Código Penal, pois os trabalhadores estão recebendo o tratamento análogo ao de escravos, sendo privados de sua liberdade e de sua dignidade.

Diante dos conceitos internacionais e de sua internacionalização no ordenamento jurídico brasileiro, o Ministério Público Federal (MPF), atuando em nome do Estado, tem tido um papel fundamental no combate ao trabalho escravo.

3 ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

No presente capítulo observa-se-á as diversas funções do Ministério Público como instituição e, também, o papel do Ministério Público Federal no combate ao trabalho escravo e da ação penal pública como meio de atuação para tal finalidade bem como da lista suja.

3.1 Do Ministério Público Federal

No artigo 127 da Constituição Federal, define o Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

O Ministério Público, assim, é uma Instituição (não um "ente", pois esse termo só se aplica aos entes federados: União, estados, DF e municípios) que caminha paralelamente ao Judiciário, contribuindo para o bom exercício da função jurisdicional (BERCLAZ,2019, P.34).

Nos termos da Constituição:

Art. 128. O Ministério Público abrange:

I – o Ministério Público da União, que compreende:

a) o Ministério Público Federal;

b) o Ministério Público do Trabalho;

c) o Ministério Público Militar;

d) o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios;

II – os Ministérios Públicos dos Estados.

O MP, enquanto Instituição constitucionalmente criada, tem suas funções também definidas pela Constituição.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

O Ministério Público Federal (MPF) merece destaque por ser responsável em ajuizar ações penais públicas (APP) nos crimes envolvendo escravidão contemporânea, exercendo assim um papel fundamental no combate e na repressão desses delitos. "Promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos" (AGRA, 2018, p.750).

3.2. Da ação penal pública

O que seria "ação penal pública"? Alguns crimes, por sua natureza, ofendem mais a sociedade (como um todo) do que o próprio indivíduo, a vítima. Por exemplo, no caso de um homicídio, não é só a vítima e sua família que foram atacados, mas a sociedade de um modo geral, pois é um crime cuja repercussão extrapola o âmbito individual da vítima. Quando estamos falando desses crimes, a punição do criminoso interessa a todos, não só à vítima.

A lei estabelece que a legitimidade para ajuizar a ação penal (ação que visa à apuração do fato e, se for o caso, condenação do acusado) é do Estado (em sentido amplo, como conceito de País, poder soberano). E é do Estado exatamente por que a ele interessa a punição deste criminoso, em razão da natureza do crime. E alguém (alguma Instituição do Estado) tem que cumprir esse papel de ajuizar a ação penal pública. Esse alguém é o MP. É o Ministério Público, e somente ele, quem pode propor a ação penal pública.

A ação penal pública pode ser incondicionada ou condicionada. No primeiro caso, o MP pode ajuizar a ação penal mesmo contra a vontade da vítima, não precisando de sua autorização. No segundo caso, o MP precisa de autorização da vítima (representação) para que possa ajuizar a ação penal. Esta é a chamada "ação penal pública condicionada à representação".No segundo caso é a vítima quem tem que processar o criminoso, por ser seu o interesse em vê-lo punido (MENDONÇA, 2019, P.289).

A ação penal pública é de titularidade exclusiva do MP (seja ação penal pública incondicionada, seja ação penal pública condicionada). Contudo, a CF/88 utiliza o termo "privativa". Contudo, não há possibilidade de delegação. Somente o MP, e mais ninguém, pode ajuizar a ação penal pública.

Expressamente consagrada no documento constitucional, a APP é "um instrumento processual do qual o Ministério Público pode se valer para efetivar a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos" (MASSON, 2018, p. 1110).

Tem por objetivo promover a responsabilização dos responsáveis por causar danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico ou a qualquer outro interesse coletivo ou interesse difuso.

Segundo a doutrina processualista nada obstante a ação não ter sido prevista no art. 5° da CF (e sim no art. 129, I), ela é considerada garantia constitucional, protegida, pois, como cláusula pétrea (art. 60, parágrafo 4°, CF/88).

A Ação Penal Pública incondicionada é aquela utilizada pelo Ministério Público e que prescinde de manifestação de vontade da vítima ou de terceiros para ser exercida. A parte inicial do caput do art. 24, do CPP, assevera que " nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público" ao passo que o parágrafo 2°, do mesmo artigo, afirma que "seja qual for o crime, quando praticado em detrimento do patrimônio ou interesse da União, Estado e Município, a ação penal será pública" (TÁVORA, 2018, p. 259).

Observam-se, a partir da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), e visando combater o trabalho escravo no território brasileiro, as medidas que o MPF tem tomado para consagrar a punição dos responsáveis nesses delitos, uma vez que a proibição à escravidão é uma norma imperativa no plano internacional.

Também, é notável a crescente importância da atuação conjunta do Ministério do Trabalho (MTb), do Ministério Público do Trabalho (MPT) e do Ministério Público Federal (MPF). O resgate de vítimas realizado pelo Grupo Especial de Fiscalização Móvel (GEFM), do MTb, com a participação do MPT e do MPF, vem sendo feito de maneira eficaz, resultando na cessação dos danos físicos e psíquicos sofridos pelo trabalhador submetido à condição análoga à de escravo.

Levantamento realizado pela Câmara Criminal do Ministério Público Federal (MPF), indica que estão em andamento 459 inquéritos policiais/termos circunstanciados para apurar o crime de redução a condição análoga à de escravo (trabalho escravo). O MPF também registrou 76 procedimentos extrajudiciais, como recomendações e termos de ajustamento de conduta.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Quanto aos inquéritos policiais em andamento na Polícia Federal há mais de seis meses, o relatório apontou 16. Além disso, 12 recursos aguardam decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Dos procedimentos extrajudiciais, o Pará lidera a lista com 20 casos sobre trabalho escravo. O estado é seguido por São Paulo e Minas Gerais, com 19 e 6 procedimentos, nessa ordem.

3.3. Da lista suja

No ano de 2003, com o objetivo de erradicar o trabalho escravo, dentre diversas medidas de combate, editou-se a Portaria n° 540/2004 do Ministério do Trabalho, que prevê a inscrição e a divulgação dos nomes das empresas exploradoras de trabalho escravo em um cadastro público conhecido como "Lista Suja".

Dado sua importância, o Brasil foi citado como referência mundial no combate à escravidão contemporânea, publicado pela OIT em 2005.

Desde 2009, o MPF atua de maneira mais sistematizada e coordenada por meio do Grupo de Apoio ao Combate à Escravidão Contemporânea. O grupo acompanha as fiscalizações do Grupo Especial Móvel do Ministério do Trabalho, cuja meta é aprimorar a qualidade das provas, regularizarem os vínculos empregatícios dos trabalhadores encontrados e libertá-los da condição de escravidão, além de auxiliar o monitoramento dos processos criminais no Poder Judiciário.

4 CASO FAZENDA BRASIL VERDE

Um caso de muita relevância na atuação do MPF contra o trabalho escravo foi o dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde contra a República Federativa do Brasil, julgado pela Corte interamericana de Direitos Humanos em 2016. A decisão, ainda que tardia, tem grande relevância.

4.1. Registros da Fazenda Brasil Verde

Os primeiros registros do caso datam de 1988, ano em que a Comissão Pastoral da Terra reportou o caso à Polícia Federal. Houve denúncia do MPF em 1997, mas a punibilidade foi reconhecida extinta em razão da prescrição pela Justiça Federal do Pará em 2008.

Durante a década de 90, a propriedade pecuária Fazenda Brasil Verde recebeu 128 trabalhadores rurais para a execução de diversos trabalhos em Sapucaia, no sul do estado do Pará. Os homens, com idade de 15 a 40 anos, foram atraídos de diversas cidades do norte e nordeste do país pela promessa de trabalho.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No entanto, acabaram sendo submetidos a condições degradantes de trabalho, com jornadas exaustivas, e eram impedidos de deixar a fazenda em razão de dívidas contraídas. A prática era comum na fazenda há mais de uma década, conforme ficou posteriormente demonstrado. Entretanto, apenas em 2000, quando dois trabalhadores conseguiram fugir da propriedade, as irregularidades foram registradas pelas autoridades brasileiras.

Na ocasião foi aberto processo penal referente às violações, mas que acabou sendo extraviado. Como resultado, nenhum responsável foi punido e nenhuma das 128 vítimas resgatadas foram indenizadas pelas condições degradantes.

Os fatos se enquadravam na tipificação de trabalho escravo contemporâneo na modalidade mais comum. As vítimas foram aliciadas por terceiros, os famosos "gatos", e levadas a outras cidades ou estados para exercer emprego.

No entanto, uma vez transportadas, eram-lhes informado que apenas teriam licença para sair do local assim que quitassem suas dívidas, incluindo despesas com moradia, alimentação e materiais de trabalho. Havia também o elemento "coação", de diversas formas, sendo uma delas a presença de pessoas armadas no local de trabalho, ou o fato de o local ser de difícil acesso, dificultando uma possível fuga ou o auxílio da comunidade.

Além disso, verificou-se que, no trabalho escravo, outras condutas ilícitas eram praticadas, como o cárcere privado, a violência física, lesões corporais e irregularidades trabalhistas.

4.2 Atuação do Ministério Público Federal

A Corte IDH apontou algumas das causas que levaram à omissão do Estado brasileiro no caso. O MPF apresentou denúncia apenas em 1997, com significativo atraso em relação às primeiras notícias dos fatos (datadas de 1988, 1989 e 1992). Em 2008, o MPF entendeu pela prova da autoria de três delitos, argumentando que dois estavam prescritos, e que outro, o de redução à condição análoga à de escravo, alcançaria inevitavelmente também a prescrição. Tal entendimento foi aceito e ratificado na sentença pelo magistrado de primeiro grau.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Com o intuito de levar informações e conhecimento a essas pessoas, o MPF assinou, em agosto de 2015, termo de cooperação com o Conselho Nacional de Justiça e a Organização Internacional do Trabalho no Brasil, que tem por objeto, entre outros, capacitar trabalhadores resgatados a fim de que se reinsiram no mercado de trabalho sem serem alvos, novamente, da escravidão contemporânea.

No que tange à punição dos responsáveis, de acordo com o art. 129, inciso I, da Constituição Federal, compete ao Ministério Público "promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei". Assim, cabe ao MPF, como visto anteriormente, por ser competência da Justiça Federal, processar os infratores pela prática dos delitos relativos à escravidão contemporânea (arts. 149, 203 e 207 do Código Penal). Por ser órgão essencial à função jurisdicional do Estado (art. 127 da CF), deve contribuir aliado aos organismos internacionais, instituições públicas e sociedade civil na implementação de políticas públicas para o combate ao trabalho escravo incentivando o cidadão ou o próprio trabalhador a denunciar casos que contemplem essas práticas.

A Comissão concluiu que o Estado brasileiro violou a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem ao não tomar providências para evitar situações de trabalho análogo à escravidão. Solicitou também à Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) a responsabilização internacional do Brasil pelas violações ocorridas na Fazenda Brasil Verde e determinasse medidas de reparação.

A sentença conclui, por fim, que foram violados os direitos de 43 trabalhadores resgatados em 23 de abril de 1997 e de 85 trabalhadores resgatado A CIDH condenou o Estado Brasileiro por não ter adotado medidas efetivas para impedir a submissão de seres humanos a esse tipo de prática. Determinou a reabertura das investigações (inquérito policial 2001.39.01.000270-0), para identificar, processar e punir os responsáveis, além da indenização das vítimas em cinco milhões de dólares em 15 de março de 2000. Ficou arbitrado pagamento de indenização por danos imateriais de 30 mil dólares americanos aos resgatados de 1997 e de 40 mil dólares aos resgatados do ano 2000. A Corte Interamericana de Direitos Humanos ordenou, ainda, que o Estado brasileiro, por meio de medidas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

legislativas, torne imprescritíveis os crimes de redução de pessoas à escravidão e suas formas análogas.

Em dezembro de 2017, a Procuradora-Geral da República, Raquel Dodge, assina a Portaria nº 1326, que determina a criação de força-tarefa composta por quatro procuradores para atuar no Procedimento Investigatório Criminal nº 1.23.005.000177/2017-62, que vai apurara os crimes cometidos, com o objetivo de identifica, denunciar, processar e punir os responsáveis.

A sentença da Corte sobre o trabalho escravo é a primeira do tipo aplicada a um país. É a quinta vez que o Brasil é condenado pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

CONCLUSÃO

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sentença proferida no caso Fazenda Brasil Verde, firmou entendimento de que o Estado brasileiro infringiu o direito de liberdade, o direito de acesso à justiça bem como o direto a duração razoável do processo e as garantias judiciais. Especificamente compreendeu a Corte que fora violado o direito de não ser submetido a qualquer trabalho de tipo escravo ou servidão, tampouco atividades com situações análogas a essas.

O presente artigo abordou pontos importantes em relação aos conceitos de trabalhos análogos à de escravos, o papel do Ministério Público Federal no combate ao trabalho escravo e os meios utilizados por ele, dentre eles, o manejo de ações penais públicas, que mostrou-se eficaz no combate às condutas que têm se perpetuadas no cenário trabalhista atual. Citou-se, também, a parceria do MPF com o Ministério do Trabalho (MTb), do Ministério Público do Trabalho (MPT) e do Ministério Público Federal (MPF).

O resgate de vítimas realizado pelo Grupo Especial de Fiscalização Móvel (GEFM), do MTb, com a participação do MPT e do MPF, vem sendo feito de maneira eficaz, resultando na cessação dos danos físicos e psíquicos sofridos pelo trabalhador submetido à condição análoga à de escravo.

Outro ponto, não menos importante, foi a disponibilização em sítio eletrônico da relação de empregadores que usam mão de obra escrava, conhecida como "lista suja". A Comissão concluiu que o Estado brasileiro violou a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem ao não tomar providências para evitar situações de trabalho análogo à escravidão.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Portanto, foi comprovada a importância e eficácia que tem tido o Ministério Público Federal no combate ao trabalho análogo a de escravo no Brasil, por meio de diversos artifícios, por exemplo, as Ações Penais Públicas e da Lista Suja.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

BAKAJ, Branca Borges Góes. Lei do Ventre Livre, Lei dos Sexagenários e Lei Áurea: a grande trilogia abolicionista. **Revista de Informação Legislativa**, v. 25, n. 98, p. 399-459, abr./jun. 1988.

BERCLAZ, Márcio. Carreiras em ação - Ministério Público - Atuação Prática Jurisdicional e extrajudicial, 2019. Coletânea de artigos vol.1, Escravidão Contemporânea, 2017. Ministério Público Federal.

BRASIL.MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - MPF. **Diálogos da cidadania**: enfrentamento ao trabalho escravo. Disponível em : <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/trabalho escravo/cartilha-trabalhoescravo- pfdc>. Acesso em: 27 de abril 2019.

_____. **MPF apresenta evolução de ações no combate ao trabalho escravo**. Disponível em: <http://www. mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-apresenta-evolucao-de-acoes-no-combate-ao-trabalho-escravo-1>. Acesso em: 28 de abril .2019.

_____. **Grupo de apoio ao combate à escravidão contemporânea**. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/ atuacao-tematica/ccr2/coordenacao/comissoes-e-grupos-de-trabalho/escravidao-contemporanea-migrado-1/ apresentacao>. Acesso em: 2 abril. 2019.

_____. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/trabalhoescravonao apos-18-anosimpunidade-a-crime-na-fazenda-brasil-verde-pode-chegar-ao-fim. Disponível em 19 de março de 2019.

MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 6. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018.

MENDONÇA, Ana. Resumos para concursos -v.13- Processo Penal 2019

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. – Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A CONSTITUCIONALIDADE DA AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO

IZABELE GOUVEA LIMA:
Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA.

LELAND BARROSO DE SOUZA[1]

(Orientador)

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo abordar os principais aspectos da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo de acordo com os princípios de Direito Eleitoral. E, para se chegar aos objetivos propostos, este artigo foi elaborado de acordo com o método de abordagem dedutivo, procedimento descritivo e através de documentação indireta. Pode-se afirmar que a AIME firmou suas raízes segundo uma evolução histórica legislativa, de forma que seus embriões se desenvolveram em Textos Constitucionais, Códigos eleitorais e nas legislações esparsas do nosso país. Outrossim, a ação é fruto desse processo evolutivo, criada diretamente pelo Texto Constitucional, em seu art. 14, §§ 10 e 11, e visa à preservação das eleições contra o abuso do poder econômico, as fraudes e a corrupção, e, se procedente a ação, gera a cassação do registro ou do diploma. Todavia, a AIME não deve ser concebida sob a ótica estática, mas sim sob uma nova perspectiva. Ressalva dizer, sob uma perspectiva de constante desenvolvimento e atualização. Por fim, espera-se que mediante a edição de uma lei para a AIME, seja a ela atribuída a devida importância dentro do ordenamento jurídico, de forma a estimular discussões acerca de seus aspectos, no sentido de que a própria sociedade reivindique sua participação direta para propositura da Ação, bem como realize uma maior fiscalização das condutas daqueles que pretendem conquistar o mandato de maneira ilícita, viciando a verdadeira vontade do eleitor.

Palavras-chave: Direito Eleitoral, Impugnação, Ação de Impugnação de Mandato Eletivo.

ABSTRACT: This paper aims to address the main aspects of the Elective Mandate Challenge Action in accordance with the principles of Electoral Law. And, in order to reach the proposed objectives, this article was elaborated according to the deductive approach method, descriptive procedure and through indirect

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

documentation. It can be said that AIME has established its roots according to a historical legislative evolution, so that its embryos developed in Constitutional Texts, Electoral Codes and the sparse legislations of our country. Moreover, the action is the result of this evolutionary process, created directly by the Constitutional Text, in its art. 14, §§ 10 and 11, and aims at preserving the elections against the abuse of economic power, fraud and corruption, and, if the action proceeds, generates the cancellation of the registration or diploma. However, AIME should not be conceived from a static point of view, but from a new perspective. Caveat to say, from a perspective of constant development and updating. Finally, it is hoped that by issuing a law for AIME, it will be given due importance within the legal system, in order to stimulate discussions about its aspects, in the sense that society itself claims its direct participation. for filing the Action, as well as conducting a greater inspection of the conduct of those who intend to win the mandate illegally, vitiating the true will of the voter.

Keywords: Electoral Law, Objection, Elective Mandate Objection Action.

1 Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA. E-mail:

2

Sumário: 1. Introdução- 2. A Ação de Impugnação de mandato eletivo – 2.1. Existência no ordenamento jurídico – 2.2. Previsão legal e auto aplicabilidade – 2.3 Segredo de justiça 3. Objetivo do AIME – 3.1 A desconstituição do mandato eletivo – 3.2 Hipótese de cabimento e preclusão – 3.3 Bem jurídico tutelado – 4. Ajuizamento – 4.1 Prazo e legitimados – 4.2 Sanções – 4.2.2 Anulação dos votos- 4.3 Recursos 5. Conclusão – 6. Referências Bibliográficas

1. INTRODUÇÃO

A escolha pelo tema em questão se deu pela necessidade, enquanto acadêmica de Direito, aprofundar os conhecimentos relacionados a área do Direito Eleitoral, bem como devido, a influência da atual situação política em nosso país.

Este artigo trará pontos relevantes, para um mais amplo entendimento acerca do tema abordado, facilitando a compreensão tanto pela comunidade

acadêmica quanto pela comunidade em geral. Visa ainda esclarecer e explanar a constitucionalidade da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo.

Conforme Plácido e Silva (2014), impugnação, do latim *impugnatio*, de *impugnare* (atacar, combater, contradizer) exprime todo ato de repulsa ou contestação contra atos do adversário ou parte contrária pelos quais se procura anular ou desfazer suas alegações.

Nesse sentido, a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo (AIME) encontra a sua legitimidade constitucional no art. 14, §§ 10 e 11, da Constituição Federal de 1988, que define a possiblidade de impugnação do mandato, perante à Justiça Eleitoral, tendo a impugnação como base provas de abuso de poder econômico, corrupção ou fraude. O seu procedimento foi definido nos arts. 3 a 16, da Lei Complementar nº 64/1990 (OLIVIERI FILHO, 2017).

A principal finalidade da AIME, ao nosso sentir, reside na defesa dos interesses difusos do eleitor, que foram manipulados no exercício do voto, votando num processo eleitoral impregnado por fraude, corrupção e abusos, onde o mandamento nuclear do voto, como princípio fundamental da soberania popular e político-constitucional, é nulo de pleno direito, conforme dispõe o art. 175, § 3º, do Código Eleitoral, porque o responsável pelas práticas ilícitas é considerado inelegível, e os votos atribuídos aos candidatos inelegíveis são essencialmente nulos de pleno direito (ROMAYANA, 2005).

A AIME não dispõe de um procedimento próprio, pois a CF criou a ação, mas não determinou a criação de regras processuais para sua efetivação, ou mesmo quais seriam usadas. Desta forma, a pergunta a ser respondida para guiar este trabalho é a seguinte: Quais os principais aspectos processuais referentes a AIME?

Inicialmente a pesquisa pretende concluir que os principais aspectos processuais da AIME são: as condições da ação e os requisitos constitucionais, todo o seu trâmite processual, efeitos da sentença e dos recursos, modalidades recursais e possibilidade de ação rescisória.

Este trabalho é importante na medida em que aprofunda na questão da constitucionalidade da AIME e, ainda, busca trazer a lume a efetividade da Justiça Eleitoral mediante o arcabouço da ação colocada à sua disposição para impedir a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

corrupção eleitoral, fraude e abuso de poder econômico eleitoral, prevista no art. 14, §§10 e 11 da Constituição Federal de 1988.

Este trabalho tem como objetivo bordar os principais aspectos da Ação de Impugnação de Mandato Eletivo de acordo com os princípios de Direito Eleitoral, bem como abordar conceitos e definições das hipóteses de cabimento da AIME, e descrever os dispositivos e requisitos constitucionais da AIME.

E, para se chegar aos objetivos propostos, este artigo foi elaborado de acordo com o método de abordagem dedutivo, procedimento descritivo e através de documentação indireta.

2. A AÇÃO DE IMPUGNAÇÃO DE MANDATO ELETIVO

2.1 Existência no ordenamento jurídico

No Brasil, para alcançar a titularidade do poder, ou seja, assumir uma cadeira, exige-se a transposição de uma série de desafios, desde a escolha do nome em convenção partidária (BRASIL, 1997), o deferimento da documentação apresentada no momento do registro de candidatura (BRASIL, 2015) até a diplomação, conferindo esta última garantia de vitória pelos votos recebidos no pleito eleitoral. Entretanto, o mandato ainda poderá sofrer impugnação de natureza jurídica, por meio da denominada ação de impugnação de mandato eletivo (AIME), originada na Lei nº 7.493, de 17 de junho de 1986 (BRASIL, 1986).

A AIME encontra a sua legitimidade constitucional no art. 14, §§ 10 e 11, da Constituição Federal de 1988, que define a possiblidade de impugnação do mandato, perante à Justiça Eleitoral, tendo a impugnação como base provas de abuso de poder econômico, corrupção ou fraude.

> Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:
> I - plebiscito;
> II - referendo;
> III - iniciativa popular. (...)
> § 10. O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.
>
> § 11. A ação de impugnação de mandato tramitará em segredo de justiça, respondendo o autor, na forma da lei, se temerária ou de manifesta má-fé (BRASIL, 1988).

Trata-se de uma verdadeira ação popular, entretanto, sem dar legitimidade ao cidadão para propô-la diretamente, exceto pelos legitimados (Ministério Público, candidato, Partido Político e/ou Coligação) definidos pela Jurisprudência do TSE (CASTRO, 20O6).

A Constituição Federal não se refere à legitimidade ativa para propor a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo. Também não menciona quem deteria a capacidade passiva, mas por uma consequência lógica, uma vez que o objeto da demanda é a cassação do mandato, o polo passivo deve ser ocupado pelos mandatários (COSTA, 2012).

Diferentemente das demais ações eleitorais, previstas em outros institutos, a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo vem disposta na Constituição Federal, justamente no título de direitos e garantias fundamentais, mais especificamente no capítulo dos direitos políticos, assim, a partir de uma leitura sistêmica é entendível que a ação é um modo de participação e de direito fundamental. A partir destas conclusões perfunctórias pode-se concluir que a regulamentação deste direito fundamental deveria decorrer de lei complementar, conforme determinação constitucional (FICHTNER, 1988).

2.2 Previsão legal e auto-aplicabilidade

A Ação de Impugnação de Mandato Eletivo encontra a sua legitimidade constitucional no art. 14, §§ 10 e 11, da CF de 1988, que define a possiblidade de impugnação do mandato, perante à Justiça Eleitoral, tendo a impugnação como base provas de abuso de poder econômico, corrupção ou fraude. O seu procedimento foi definido nos arts. 3 a 16, da Lei Complementar nº 64/1990 (BRASIL, 1998).

Sobre a sua natureza jurídica, é possível afirmar que se trata de uma "ação de Direito Constitucional Eleitoral, cuja tutela reside na defesa dos direitos públicos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

políticos subjetivos ativos, protegendo-se as eleições contra a influência direta ou indireta dos abusos econômicos, corrupção e fraudes" (RAMAYANA, 2015).

Nessa mesma linha, Silva (2010), cita que tão evidente quanto a natureza constitucional é a natureza eleitoral da AIME. Ora, o próprio nome da ação já traz a lume esta faceta na medida em que se refere ao ataque do Mandato Eletivo daquele candidato que fora eleito praticando ou beneficiando-se de atos ilícitos, mas não só por isso.

2.3. Segredo de justiça

O trâmite da ação de impugnação de mandato eletivo deve ser realizado em segredo de justiça, mas o seu julgamento deve ser público (Cta 18.961/TO, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 27.4.2009).

A nova redação do art. 93, IX, da CR/88, dada pela EC 45/04, não determina que todos os processos tramitem publicamente, mas apenas que os julgamentos sejam públicos. Embora a regra seja a publicidade dos processos judiciais, é possível que exceções sejam previstas, mormente no próprio texto constitucional. Permanece em vigor o disposto no art. 14, §11, da CR/88 que impõe o segredo de justiça ao trâmite da ação de impugnação de mandato (BRASIL, 1988).

Cabe ressaltar que a proteção do segredo se justiça sob a AIME com a alegação de que riscos de instabilidade poderiam recair sobre o mandato político. Ora, o que causa mais instabilidade do que a ação pender há mais de três anos de uma decisão final? A *contrario sensu*, acórdãos continuam a ser prolatados eternizando demandas (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2003).

Talvez o aspecto mais controvertido da ação constitucional impugnatória seja o segredo de justiça, positivado pelo Constituinte no §11 do art. 14 da Lei Fundamental. Como se sabe, no direito processual em geral, a publicidade é a regra e o sigilo a exceção. A própria Constituição, aliás, dispõe que "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse processual o exigirem" (art. 5º, LX, CF/88, BRASIL, 1988).

A opção constitucional de privar a sociedade da publicidade do trâmite da AIME parece não ter sido a decisão mais democrática para uma Constituição cidadã, pois inexiste interesse público ao se esconder do povo os fatos e a dinâmica do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

processamento da ação de impugnação ao mandato eletivo. Ademais, justamente ao contrário disso, o silêncio do constituinte já seria suficiente para fazer acontecer o que é elementar em matéria de direito eleitoral: que é a legitimidade da eleição o bem jurídico protegido por essa ação constitucional, e assim sendo, todos os seus atos e termos deveriam ser livremente conhecidos.

Ao assegurar o sigilo de justiça para o processamento da AIME, infelizmente caminhou o constituinte na contramão da ciência processual, pois como ensina a insigne Pelegrini (1994, p. 66):

> "O princípio da publicidade do processo constitui uma preciosa garantia do indivíduo no tocante ao exercício da jurisdição. A presença do público nas audiências e a possibilidade do exame dos autos por qualquer pessoa representam o mais seguro instrumento de fiscalização popular sobre a obra dos magistrados, promotores públicos e os advogados. Em última análise o povo é o juiz dos Juízes. E a responsabilidade das decisões hão de ser tomadas em audiência pública, na presença do povo".

3.OBJETIVO DA AIME

3.1. A desconstituição do mandato eletivo

Destaca-se que a AIME detém natureza preponderantemente desconstitutiva, tendo em vista que o escopo de desconstituir o mandato eletivo daquele que fora eleito ilicitamente. Além disto, pode-se admitir a natureza declaratória da ação em virtude de eventual efeito de decretação de inelegibilidade (SILVA, 2010).

Se a AIME for julgada procedente será cassado o mandato eletivo do candidato e serão anulados os votos eivados de vícios. Atenção para o § 3º do art. 224 do Código Eleitoral, incluído pela Lei nº 13.265/2015, que diz:

> § 3º A decisão da Justiça Eleitoral que importe o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato de candidato eleito em pleito majoritário acarreta, após o trânsito em julgado, a realização de novas eleições,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

independentemente do número de votos anulados (BRASIL, 2015).

3.2. Hipóteses de cabimento e preclusão

As hipóteses de cabimento da impugnação de mandato eletivo são o abuso de poder econômico e político, a corrupção ou fraude. Logo, o rol de ilícitos apuráveis nesta ação é taxativo, não sendo permitido apurar na AIME, por exemplo, a realização de condutas vedadas ou atos que caracterizem abuso de poder político, salvo as hipóteses em que estas condutas possam se amoldar às possibilidades de cabimento da impugnação (LULA, 2014).

Melhor definição de abuso de poder na seara eleitoral, todavia, é adotada por Gomes (2017), como a aplicação maliciosa de direito, situação ou posição jurídicas com o intuito de afetar a lisura do pleito democrático.

Nas palavras de Gomes (2017), a expressão "econômico" liga-se ao conceito de patrimônio, de modo que o ilícito é conceituado como o emprego indevido de bens ou valores pelo agente, de modo anormal e exagerado, ocasionando quebra da igualdade eleitoral. Desta forma, o abuso de poder econômico configura-se pela utilização indevida de parte do poder financeiro, para obter-se vantagem, direta ou indireta, na disputa eleitoral (ZILIO, 2016).

O abuso do poder econômico costumeiramente se concretiza por meio da "utilização indevida de transportes nas eleições", "recebimento e utilização de doações das entidades mencionadas no artigo 24 da Lei n.º 9.504/1997" e "realização de gastos eleitorais em montante superior ao declarado" (GRACIA, 2006, p. 36). Não obstante tais elementos, a manifestação mais gravosa do abuso de poder econômico é a captação ilícita de sufrágio. Quando de sua realização o agente não declara os valores gastos, vindo atrelado, costumeiramente, a conduta de captação e gasto ilícito de recursos financeiros (GOMES, 2017).

Por fraude, segundo Costa (2008), não se pode conceber apenas a questão em relação à lei, deve-se conjecturar os mecanismos utilizados para se alcançar um determinado resultado que não se atenha à verdade dos fatos, em matéria eleitoral, prioritariamente nas condutas *contra legem*.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Nas palavras de Gomes (2017, p. 813), "implica frustração do sentido e da finalidade da norma jurídica pelo uso de artimanha, artifício ou ardil".

Para fins de interpretação do § 10, artigo 14, da Constituição Federal deve-se compreender fraude em sua concepção *lato sensu*, "no sentido de ato que descumpre, simula ou frauda o cumprimento da lei" (COSTA, 2008, p. 410).

O intuito da conduta deve ser o de alterar o resultado das urnas, porém, diferente de outros mecanismos de deslegitimação da votação, a fraude é a conduta que visa alterar o resultado das eleições. Esta alteração pode decorrer, também, da fraude em relação à identificação do eleitor, para tentar remediar esta situação está sendo inserido o sistema de reconhecimento biométrico do eleitor (TOFFOLI, 2009).

Por sua vez, a corrupção configura-se pela obtenção de voto com a utilização de meios escusos, assim, este ilícito aparece geralmente atrelado ao abuso de poder político ou de poder econômico. Porém, caso a corrupção seja concretizada por meio da realização do art. 299 do Código Eleitoral, compra de voto, configurará crime eleitoral, com previsão de reclusão de até quatro anos e multa. Sua finalidade é manejar a vontade do eleitorado utilizando-se do oferecimento de vantagens diretas ou indiretas (COSTA, 2008).

Tal como a fraude, a corrupção pode ser concretizada pela captação ilícita de sufrágio, artigo 41-A, Lei n.º 9.504/1997. Em suma, da mesma forma que a fraude, a corrupção é conceito jurídico indeterminado, em virtude da abrangência e da sua imprecisão técnica. Não existem parâmetros objetivos de verificação da ocorrência de corrupção (PELEJA JÚNIOR E BATISTA, 2012).

Ainda no que toca a corrupção, para Zilio (2016, p. 559), "ela pode ser em sentido lato, ou seja, pressupõe-se o oferecimento de promessa ou vantagem indevida para a prática do ato vedado ou em sentido estrito, que exige o pedido de abstenção ou voto".

Sendo a AIME garantia constitucional destes direitos, deve gozar da prerrogativa de aplicação imediata, sem necessidade de lei específica regulamentando-a, ainda que para tanto se utilize pró-analogias as leis eleitorais existentes (SILVA, 2010).

3.3. Bem jurídico tutelado

A Ação de Impugnação de Mandato Eletivo visa proteger a normalidade e legitimidade da eleição, além do interesse público da lisura eleitoral (art. 14, § 9º, da CF/88) (BRASIL, 1988).

Tendo em vista os amplos poderes concedidos ao representante, a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo – AIME enquadra-se como remédio jurídico em face de qualquer eventual mazela durante o processo de escolha do mandatário, para proteção da higidez das eleições, afinal, diante de vício à autenticidade da escolha do eleitorado, deve-se cassar o mandato em observância à concretização da democracia (COSTA, 2012).

Para a procedência da AIME é necessária a prova da gravidade das circunstâncias do ato abusivo, na forma do art. 22, XVI, da LC nº 64/90 (BRASIL, 1990).

A necessidade de desconstituição do diploma é principalmente em relação à concepção de uma democracia eleitoral, na qual o mandato é uma relação entre cidadão e Estado, sendo a legitimidade da representação política calcada em eleições livres e regulares, na qual a escolha dos cidadãos é formada a partir de debates e da análise de proposta, objetivando a escolha do melhor representante (URBINATI, 2006).

Gomes (2017) afirma que a Ação de Impugnação de Mandato Eletivo visa tutelar a cidadania, a lisura e o equilíbrio do pleito, a legitimidade da representação política, enfim, o direito difuso de que os mandatos eletivos apenas sejam exercidos por quem os tenha alcançado de forma lícita.

No direito eleitoral, alguns autores já se manifestaram sobre a natureza transindividual dos direitos tutelados e destacaram a insuficiência do processo civil clássico para regular as situações experimentadas nesse campo do direito (YARSHELL, SHIROMA E GOLAMBIUK, 2017).

Velloso e Agra (2009, p. 248-249) afirmam:

> Em todas essas ações, o bem jurídico tutelado é indivisível, de interesse geral, suplantando as vontades individuais e a esfera de disponibilidade particular. O objeto jurídico tutelado são a legitimidade e a tranquilidade das eleições, impedindo a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> utilização do poder econômico, fraude, corrupção ou abuso de poder. Enquadra-se de forma cristalina na classificação de um bem público, regido pelas regras dessa seara do Direito, restando longe do alcance das posições de Direito Privado. Essa singularidade faz com que determinados parâmetros do Direito Processual Civil não possam ser inteiramente aplicados à integralidade, o que imprime a necessidade de adaptação.

4. AJUIZAMENTO

4.1 Prazo e legitimados

Havendo fraude, corrupção ou abuso de poder econômico, há a possibilidade do ajuizamento da ação de impugnação de mandato eletivo, desde que ajuizada no prazo de até quinze dias após a diplomação e instruída com provas do alegado. Impende ressaltar que o prazo de quinze dias após a diplomação do candidato eleito é decadencial, portanto, uma vez não ajuizada a AIME neste lapso temporal, extingue-se o direito do exercício de ação (FONSECA, 2018).

Nesse diapasão, salienta que é imprescindível a diplomação do candidato para o manejo da AIME, já que somente pode ser desconstituído do cargo de quem o detinha (ZILIO, 2016).

Em relação a legitimidade ativa para o ajuizamento da AIME, podem figurar no polo ativo da ação o Ministério Público, os candidatos, os partidos políticos e a coligação partidária. Nesse entendimento, ressalta-se que o candidato, ainda que não eleito, detém de legitimidade, uma vez que tal ação versa sobre direitos indisponíveis e de indiscutível interesse público (FONSECA, 2018).

Corroborando, Zilio (2016) complementa que não se exige identidade de cargo entre o autor da AIME e o legitimado passivo, bem como mesmo que findo o período eleitoral, as coligações partidárias estão legitimadas a propor AIME nos pleitos em que participaram, uma vez que finita as alianças. Ademais, em relação aos partidos políticos estes possuirão legitimidade para o ingresso no polo ativo da ação, desde que dentro de sua circunscrição (FONSECA, 2018).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No que toca ao polo passivo da AIME, verifica-se que é legítimo para o figurar todo candidato diplomado, ainda que suplente e assim como nas demais ações eleitorais, em respeito ao princípio da indivisibilidade da chapa, há o litisconsórcio necessário dos que dela integram, uma vez que a decisão será a mesma para todos os sujeitos passivos da ação em questão e a afetará por inteiro (FONSECA, 2018).

A competência para o julgamento da AIME é definida pelo juízo também competente para diplomar o candidato:

a) TSE para impugnação de Presidente e Vice-Presidente da República;

b) TRE para impugnação de governador e respectivo vice, deputados estaduais e federais, senadores e respectivos suplentes;

c) Juízo Eleitoral para impugnação de prefeitos, respectivos vices e vereadores (TRIBUNAL REGIONAL ELEITORAL DO TOCANTINS, 2018).

4.2 Sanções

4.2.1 Cassação do mandato eletivo

Importante ressaltar que a decisão proferida na ação de impugnação de mandato eletivo tem eficácia imediata e não sofre a aplicação da regra prevista no art. 216 do Código Eleitoral.

> Art. 216. Enquanto o Tribunal Superior não decidir o recurso interposto contra a expedição do diploma, poderá o diplomado exercer o mandato em toda a sua plenitude (BRASIL, 1988).

Vejamos as decisões do Tribunal Superior Eleitoral a respeito da declaração de inelegibilidade como efeito da sentença procedente da AIME:

> Ação de impugnação de mandato. De sua procedência poderá resultar, além da perda do mandato, a inelegibilidade, por três anos. O prazo dessa se contará da data das eleições em que se deram os fatos que serviram de fundamento à ação (TSE – Acórdão nº 379, de 5.6.2000, rel. Min. Eduardo Andrade).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

> Ação de impugnação de mandato eletivo. Abuso de poder. (...) Recurso ordinário provido para: (1) cassar os mandatos do governador e do vicegovernador (art. 14, § 10, da CF); (2) declarar a inelegibilidade do governador para as eleições que se realizarem nos três anos seguintes ao pleito (LC no 64/90, art. 1o, I, d e h) (TSE – Acórdão nº 510, de 6.11.2001, rel. Min. Nelson Jobim).

4.2.2 Anulação dos votos

O artigo 222 do Código Eleitoral prevê:

> Art. 222. É também anulável a votação, quando viciada de falsidade, fraude, coação, uso de meios de que trata o art. 237, ou emprego de processo de propaganda ou captação de sufrágios vedado por lei.

O TSE fixou o entendimento de que a procedência da AIME conduz à anulação dos votos.

> Os arts. 222 e 224 devem ser interpretados de modo que as normas neles contidas se revistam de maior eficácia [...] para contemplar, também, a hipótese dos votos atribuídos aos cassados em AIME para declará-los nulos, ante a descoberta superveniente de que a vontade manifestada nas urnas não foi livre. (Ac.-TSE, de 18.12.2007, no MS n° 3.649).

Vale a pena mencionar que, se a anulação dos votos superar a metade dos que foram obtidos nas eleições majoritárias, deverão ser realizadas novas eleições.No mesmo sentido do TSE é o entendimento Farias (2005), o qual sustenta que a AIME gera decretação de inelegibilidade como efeito da sentença. Aduz que uma interpretação literal do artigo 14, § 10 da Constituição Federal pode dar entender de forma errônea que o único efeito da AIME é a cassação do diploma.

Para autor, a AIME tem como uma de suas hipóteses de cabimento o abuso do poder econômico, e de acordo com o § 9, do artigo 14, da CF, há possibilidade da Lei Complementar estabelecer outros casos de inelegibilidade para combater a influência do abuso nas eleições. Ainda, defende que independentemente da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

propositura de uma AIJE, a inelegibilidade é consequência da procedência da demanda. Assim, tornando o candidato inelegível para as eleições que ocorrerem nos 3 (três) anos seguintes, a partir do trânsito em julgado da decisão (FARIAS, 2005).

Os §§ 3º e 4º do art. 224 do Código Eleitoral, incluído pela Lei nº 13.265/2015, afirmam que:

> § 3º A decisão da Justiça Eleitoral que importe o indeferimento do registro, a cassação do diploma ou a perda do mandato de candidato eleito em pleito majoritário acarreta, após o trânsito em julgado, a realização de novas eleições, independentemente do número de votos anulados.
> § 4º A eleição a que se refere o § 3º correrá a expensas da Justiça Eleitoral e será:
> I – Indireta se a vacância do cargo ocorrer a menos de seis meses do final do mandato;
> II – direta, nos demais casos (BRASIL, 2015).

Uma interessante discussão deverá ser travada nos próximos anos acerca da incidência da inelegibilidade de que trata o art. 1º, inciso I, alínea d, da Lei Complementar nº 64/90, que prevê a inelegibilidade aos "que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem nos 8 (oito) anos seguintes" (BRASIL, 1990).

4.3 Recursos

O prazo do recurso é de 3 (três) dias, na forma prevista pelo art. 258 do Código Eleitoral. A decisão proferida na ação de impugnação de mandato eletivo tem eficácia imediata a partir da publicação do respectivo acórdão lavrado em grau de recurso ordinário, não se lhe aplicando a regra do art. 216 do Código Eleitoral (art. 173, § 2º, da Res.-TSE nº 23.456/2015) (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2015).

5. CONCLUSÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Com este estudo, pôde-se constatar que o Direito Eleitoral Brasileiro, na sua missão de garantir a lisura das eleições e a legitimidade de ingresso dos representantes, estabelece diversas hipóteses de condutas que não estão em consonância com os princípios da democracia republicana e da legítima expressão da soberania popular, como a repressão ao uso abusivo do poder econômico ou político e à captação ilícita de sufrágio.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a AIME firmou suas raízes segundo uma evolução histórica legislativa, de forma que seus embriões se desenvolveram em Textos Constitucionais, Códigos eleitorais e nas legislações esparsas do nosso país. Outrossim, a ação é fruto desse processo evolutivo, criada diretamente pelo Texto Constitucional, em seu art. 14, §§ 10 e 11, e visa à preservação das eleições contra o abuso do poder econômico, as fraudes e a corrupção, e, se procedente a ação, gera a cassação do registro ou do diploma. Todavia, a AIME não deve ser concebida sob a ótica estática, mas sim sob uma nova perspectiva. Ressalva dizer, sob uma perspectiva de constante desenvolvimento e atualização.

Para sentença de procedência e consequente cassação dos diplomas, necessários restar absolutamente comprovado o nexo causal entre as irregularidades ocorridas e o resultado do pleito em relação ao que, sem aquelas, não se elegeria. A prova deverá demonstrar plena convicção ou indícios substanciais pois que o decreto revogará a vontade popular. Os recursos obedecerão o tríduo do art. 258 do CE, sendo os mandatos intocáveis até o trânsito em julgado.

Tem-se como a solução mais correta a edição de uma lei específica para a AIME, a qual discipline todas as questões a ela inerentes findando com as polêmicas e divergências e, principalmente, evitando a construção jurisprudencial. Tal construção não pode continuar sendo admitida porque pode variar a cada caso concreto e está sujeita às contingências do tempo e isso, consequentemente, abala a segurança jurídica.

Por fim, espera-se que mediante a edição de uma lei para a AIME, seja a ela atribuída a devida importância dentro do ordenamento jurídico, de forma a estimular discussões acerca de seus aspectos, no sentido de que a própria sociedade reivindique sua participação direta para propositura da Ação, bem como

realize uma maior fiscalização das condutas daqueles que pretendem conquistar o mandato de maneira ilícita, viciando a verdadeira vontade do eleitor.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Presidência da República. Casa civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 7.493, de 17 de 17 de junho de 1986**. Estabelece normas para a realização de eleições em 1986 e dá outras providências. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7493-17-junho-1986-367994-publicacaooriginal-1-pl.html. Acesso em: 28 junho 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 junho 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990**. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp64.htm. Acesso em: 28 junho 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 9.504 de 30 de Setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm. Acesso em: 28 junho 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 13.165, de 29 de setembro de 2015**. Altera as Leis n º 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13165.htm. Acesso em 20 junho 2019.

CASTRO, E. R. **Teoria e prática do Direito Eleitoral**. 3ª edição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Cta 18.961/TO, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 27.4.2009.

COSTA, A. S. **Instituições de Direito Eleitoral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COSTA, T. C. **Ação de impugnação de mandato eletivo: o necessário reconhecimento da legitimidade do eleitor**. – Monografia (Curso de Graduação em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012..

FARIAS, R. N. **Ação de impugnação de mandato eletivo**. Curitiba: Juruá, 2005

FICHTNER, J. A. **Impugnação de Mandato Eletivo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FONSECA, G. L. N. **Abuso de poder nas eleições: hipóteses de caracterização e consequências jurídico-eleitorais**. Monografia (Direito) - Centro Universitário Curitiba, Faculdade de Direito de Curitiba. Curitiba, 2018. p. 90.

GARCIA, E**. Abuso de Poder nas Eleições: meios de coibição**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

GOMES, J. J. **Direito Eleitoral**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

LULA, C. E. O. **Direito Eleitoral**. 4 ed. São Paulo: Imperium, 2014, p. 792.

OLIVIERI FILHO, P. A. C. **O Princípio da Isonomia e a Cassação da Chapa Majoritária**. Universidade de Brasília – UnB, 2017.

PELEJA JÚNIOR, A. V.; BATISTA, F. N. T. **Direito Eleitoral: aspectos processuais – Ações e Recursos**. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2012.

PELEGRINNI, A. **Teoria Geral do Processo**. 10.ª edição, São Paulo: Editora Malheiros, 1994.

PLACIDO E SILVA, O. J. **Vocabulário Jurídico**, 31 edição, Forense, 2014.

RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 745.

RAMAYANA, M. **Direito Eleitoral**. 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 745.

SILVA, D. M. **Ação de impugnação de mandato eletivo: análise constitucional e novas perspectivas.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2010.

TOFFOLI, J. A. S. Breves considerações sobre a fraude ao direito eleitoral. **In Revista Brasileira de Direito Eleitoral** - RBDE. Ano 1, n.º 1 jul/dez. 2209. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 51.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Acórdão nº 379, de 5.6.2000, rel. Min. Eduardo Andrade.**

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Acórdão nº 510, de 6.11.2001, rel. Min. Nelson Jobim.**

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Jurisprudência. **AAG n.º 3.672, Ac. n.º 3.672, de 20.3.2003, Rel.ª Min.ª Ellen Gracie Northfleet**. Disponível em: http://www.tse.gov.br. Acesso em 30 julho 2019.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Consulta n.º 1.716, Res. n.º 23.210, de 11.2.2010, Rel. Min. Felix Fischer.**

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Secretaria de Gestão da Informação. Coordenadoria de Jurisprudência. **Resolução nº 23.456, de 15 de dezembro de 2015.** Dispõe sobre os atos preparatórios para as eleições de 2016. Disponível em: http://www.tse.jus.br/legislacao-tse/res/2015/RES234562015.html. Acesso em: 30 julho 2019.

URBINATI, N. **O que torna a representação democrática?** In Lua Nova, São Paulo, 2006, 67. p. 191-228

VELLOSO, C. M. S; AGRA, W. M. **Elementos de direito eleitoral**. São Paulo: Saraiva, 2009.

YARSHELL, F. L. SHIROMA, A. E.; GOLAMBIUK, P. H. Novas regras de conexão e litispendência nas ações eleitorais. **R. Bras. Dir. Eleit**. – RBDE, Belo Horizonte, v. 9, n. 17, p. 83-93, 2017.

ZILIO, R. L. **Direito Eleitoral**. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016.

NOTA:

---

[1] Mestre. Docente do Curso de Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA.

www.conteudojuridico.com.br

A CRISE NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E OS DESAFIOS DA RESSOCIALIZAÇÃO

MARIA PERLUCIANA PEREIRA MELO ARAÚJO:
Graduando em Direito 2019 no CIESA/AM.
GUILHERME GUSTAVO VASQUES MOTA
(Orientador) [1]

RESUMO: Este artigo tem o objetivo abordar um estudo dedutivo sobre a crise no sistema prisional brasileiro e os desafios da ressocialização. Para isso, foram feitos estudos e pesquisas em doutrinas (a fim de identificar a origem do sistema penitenciário, bem como sua evolução), artigos de revistas e notícias contemporâneas na internet sobre o assunto. O método utilizado foi em grande parte empírica entre as variáveis comparando, suas forças e fraquezas. Como resultado, verificou-se que o sistema penitenciário tem deixado a desejar no que tange detentos no regime que cumprem sua pena, e em sua maioria, regado de desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, já que é nítida a falta de acesso dos mesmos às necessidades básicas, como higiene e tratamento de doenças (muitas vezes adquiridas na constância da prisão). Desta forma o crescimento vertiginoso da população prisional e do déficit de vagas, a despeito dos esforços dos governos dos estados e da federação para a geração de novas delas, é por seu turno um elemento revelador de que a construção de novas unidades não pode mais ser o componente fundamental das políticas penitenciárias, senão que apenas mais um componente, dentro de um mosaico bem mais amplo. É bem verdade que entre a superlotação de estabelecimentos penitenciários e a qualidade desses serviços subsiste uma relação de mútua implicação. Mas ainda assim, restam ainda outros fatores que devem ser trabalhados junto à gestão dos sistemas penitenciários estaduais, como estratégias para torná-los melhores.

Palavras-chave: Crise; Sistema Prisional; Brasileiro; Desafios; Ressocialização.

ABSTRACT: This article aims to approach a deductive study about the crisis in the Brazilian prison system and the challenges of resocialization. To this end, studies and research on doctrines (in order to identify the origin of the penitentiary system as well as its evolution), magazine articles and contemporary Internet news about the subject were made. The method used was largely empirical between the comparing variables, their strengths and weaknesses. As a result, it has been found that the penitentiary system has been lacking with regard to detainees in the regime serving their sentence, and most of them are watered with disrespect for the principle of human dignity, as the lack of access to same basic needs as hygiene and treatment of illness (often acquired in prison constancy). Thus the staggering growth of the prison population and the shortage of vacancies, despite the efforts of state governments and the federation to generate new ones, is in turn a revealing element that the construction of new units can no longer be the fundamental

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

component of prison policies, if not just one more component within a much broader mosaic. It is quite true that there is a relationship of mutual implication between the overcrowding of prisons and the quality of these services. But still, there are still other factors that need to be worked on with the management of state prison systems, such as strategies to make them better.

Keywords: Crisis; Prison system; Brazilian; Challenges; Resocialization.

Sumário: Introdução; 1 Aspectos Conceituais do Sistema Prisional; 1.1 Histórico do Sistema Prisional; 2.2 Aspectos da Superlotação Carcerária Brasileira; 2.3 Sistema Prisional no Amazonas; 2 O Sistema Prisional Brasileiro e os Desafios da Ressocialização; 2.1 Critérios Legais de Tratamento do Preso; 2.2 Direito à Ressocialização; 2.3 Dificuldades na Ressocialização dos Detentos; Conclusão; Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O conceito atual de prisão é recente, datando do século XVII com a reforma do Direito Penal e a consequente humanização das penas. Até então a forma de punição do Estado contra aquele que cometia crimes consistia em punições cruéis, era comum a pena de morte, desmembramento, tortura e outros tipos de violência contra o corpo do criminoso. Com a reforma, esse tipo de pena deixa de ser a forma principal de punição e a restrição da liberdade passa a ocupar lugar de destaque.

O Direito Penal, até o século XVIII, era marcado por penas cruéis e desumanas, não havendo até então a privação de liberdade como forma de pena, mas sim como custódia, garantia de que o acusado não iria fugir e para a produção de provas por meio da tortura (forma legítima, até então), o acusado então aguardaria o julgamento e a pena subseqüente, privado de sua liberdade, em cárcere. "O encarceramento era um meio, não era o fim da punição".

Foi apenas no século XVIII que a pena privativa de liberdade passou a fazer parte do rol de punições do Direito Penal, com o gradual banimento das penas cruéis e desumanas, a pena de prisão passa a exercer um papel de punição de fato, é tratada como a humanização das penas.

Em 1824, com a nova Constituição, o Brasil começa a reformar seu sistema punitivo: bane-se as penas de açoite, a tortura, o ferro quente e outras penas cruéis; determina-se que as cadeias devem ser "seguras, limpas e bem arejadas havendo diversas casas para a separação dos réus, conforme a circunstâncias, e natureza dos seus crimes". A abolição das penas cruéis não foi plena, já que os escravos ainda estavam sujeitos a elas.

O Brasil, até 1830, não tinha um Código Penal próprio por ser ainda uma colônia portuguesa, submetia-se às Ordenações Filipinas, que em seu livro V trazia o rol de crimes e penas que seriam aplicados no Brasil. Entre as penas, previam-se as de morte, degrado para as galés e outros lugares, penas corporais (como açoite, mutilação, queimaduras), confisco de bens e multa e ainda penas como humilhação pública do réu, não existia a previsão do cerceamento e privação de liberdade,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

posto que as ordenações são do século XVII e os movimentos reformistas penitenciários começam só no fim do século seguinte, os estabelecimentos prisionais do Brasil seguiam o antigo entendimento de prisão como meio de evitar a fuga para a pena que viria e não como fim, como pena.

Em 1830, com o Código Criminal do Império, a pena de prisão é introduzida no Brasil em duas formas: a prisão simples e a prisão com trabalho (que podia ser perpétua); com o novo Código Criminal a pena de prisão passa a ter um papel predominante no rol das penas, mas ainda se mantinham as penas de morte e de galés (trabalhos forçados e também poderia ser perpétua). O Código não escolhe nenhum sistema penitenciário específico, ele deixa livre a definição desse sistema e do regulamento a ser seguido a cargo dos governos provinciais.

A Penitenciária foi construída com o intuito de atender as disposições do, então novel, Código Penal de 1890. Criou-se uma expectativa favorável à eficiência de regeneração, até mesmo antes de seu funcionamento. Já na fase de projeto a conceituaram como uma penitenciária modelo, inclusive sendo ponto turístico nacional e internacional.

A realidade prisional do Brasil era precária, com estabelecimentos que não eram adaptados à nova realidade da punição e, portanto, não apresentavam boas condições para os presos que ali viviam. É apenas em 1920, com a inauguração da Penitenciária do Estado, que o Poder Público demonstra alguma preocupação com essa realidade.

De acordo com Murano (2014) relata que, infelizmente o Brasil, no ano de 2014, atingiu o terceiro lugar no ranking mundial dos países com maior número de pessoas encarceradas, somam-se 715.592 pessoas sob custódia, considerando-se que 567.655 estão presas no sistema prisional e 147.937 estão submetidas à prisão domiciliar. Além disso, o Brasil também conta com 20.532 jovens que estão cumprindo medidas socioeducativas.

No entanto, a forma de contenção dessas pessoas é desumana. As condições do sistema prisional atentam contra a mínima dignidade da pessoa humana, pois a realidade que encontramos são pessoas amontoadas em pequenos espaços de confinamento, sem qualquer condição de higiene, alimentação, educação e trabalho adequado.

Neste mesmo sentido ratifica Murano (2014), quanto à superlotação, dados recentes demonstram que o sistema prisional brasileiro apresenta um déficit de mais de 220 mil vagas, o que representa a total impossibilidade de cumprir os direitos dos presos de estar em uma cela individual arejada, que contém um dormitório, aparelho sanitário e lavatório com área mínima de 6 m².

Para Rinald (2018) afirma que o sistema penitenciário do Brasil passa por um momento de fragilidade. Rebeliões acontecem frequentemente, e dezenas de presos acabam mortos. Só no ano passado foram 3 grandes rebeliões. A realidade carcerária do Brasil é uma mescla de condições cruéis, desumanas ou degradantes;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

tortura como método de interrogatório, punição, controle, humilhação e extorsão; a superlotação de presos; controle dos presídios por facções criminosas; e altos níveis de corrupção.

Conforme Engbruch; Di Santis (2012), mostram que por mais surpreendente é a extensão do problema, que não é recente, ele sempre esteve presente no sistema penitenciário nacional. Esses problemas vão desde a falta de vagas e conseqüente superlotação das prisões, como a falta de estrutura básica nos estabelecimentos, má-condição do preso dentro da prisão, violência praticada pelos agentes do Estado contra os presos, e a falta dos estabelecimentos adequados para o cumprimento das penas definidas pela lei.

Há um ano, na tarde do dia 1° de janeiro de 2016, o pior massacre do sistema carcerário do Amazonas chocou o país. Desencadeada pela guerra entre facções rivais e em protesto contra a superlotação, uma rebelião no Complexo Penitenciário Anísio Jobim (COMPAJ) resultou na morte de 56 detentos, além da fuga de 130.

Ferreira; Valos (2006), fazem um levantamento suscito sobre sistema carcerário amazonense mostrado as implicações com relação a terceirização e seus desdobramentos que implicam em sociedade na qual temos superpopulação carcerária sob condições afetam a dignidade da pessoa humana, bem como neste ambiente não há e nem poderá haver ressocialização e reinserção, assim como recuperação deste indivíduo ao contrário aumento da degeneração em função do meio ser uma escola do crime.

Como base de dados os governantes, legaram as maiores informações sobre as prisões dos séculos anteriores das informações que, principalmente durante o Império, os dirigentes políticos prestaram ao poder legislativo. A experiência no lidar diário com os presos e seus familiares no Amazonas, a angústia na busca de reforço para uma causa nobre que é fazer a pena privativa de liberdade mais humana (FERREIRA; VALOIS, 2006).

Esta pesquisa teve como problemática: a crise no sistema prisional brasileiro e os desafios da ressocialização, onde até o surgimento das prisões, e a mudança de visão quanto à perda de liberdade. Ao adentrar no tema da prisão dentro do nosso País, podemos perceber que diferente de uma evolução temos um sistema que caminha a passos lentos, com diversos problemas, que passam desde situações internas, como estrutura, superlotações, violência, organização até a omissão do estado.

Na hipótese temos: é possível dizer que o objetivo ressocializador está sendo atendido e mostrar quais as possíveis alterações podem ser feitas para que esta meta tenha um efetivo cumprimento. Passando de uma evolução das penas e das prisões Brasileiras.

Diante disso, ressalta-se um pouco quais os critérios de tratamento do presidiário onde se baseia o tratamento do encarcerado através de normas legais, quais os direitos dos mesmos no que se diz respeito a ressocialização e uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

entrevista no qual é tratado do assunto da evolução, dos problemas e soluções dentro do sistema carcerário Brasileiro

O presente trabalho busca passar o estado degradante em que estão as casas de detenção Brasileiras, onde não é mais novidades vermos notícias e informações sobre problemas que acontecem no cotidiano carcerário. Partindo de uma evolução histórica onde mostra diferentes tipos de sanções, desde a época do olho por olho onde aconteciam execuções como forma de castigo e as mudanças com o decorrer do tempo

Quanto aos objetivos gerais e específicos temos:

- Abordar os aspectos da crise do sistema prisional brasileiro e os desafios da ressocialização;

- Descrever o histórico do sistema prisional, os aspectos do sistema prisional no Brasil e no Amazonas;

- Analisar aspectos da superlotação carcerária brasileira;

- Abordar o sistema prisional brasileiro e os desafios da ressocialização

- Citar a legislação pertinente aos aspectos do sistema prisional no Brasil;

Todos estes aspectos foram abordados dando ênfase a cada um deles nesta pesquisa.

Quanto à metodologia Este estudo será baseado pelo método indutivo que tem como premissa abordar uma parte específica até chegar ao geral, neste caso visa analisar os aspectos cyberbullying nas redes sociais em especial no grupo do aplicativo whatsapp. Com a técnica revisão bibliográfica para consulta em livros, revistas, artigos e sites especializados na internet, através da leitura documental para compilação dos dados relevantes para subsidiar a pesquisa.

Método dedutivo é a modalidade de raciocínio lógico que faz uso da dedução para obter uma conclusão a respeito de determinadas premissas. O método dedutivo é um tipo de raciocínio que, como o próprio nome indica, utiliza a dedução para chegar a uma conclusão. Isto é, partindo de princípios reconhecidos como verdadeiros – as chamadas premissas, o pesquisador estabelece relações de lógica entre elas para obter uma conclusão. (SILVA; PORTO, 2016).

1 ASPECTOS CONCEITUAIS DO SISTEMA PRISIONAL

1.1 Histórico do Sistema Prisional

Sousa (2018) Com o surgimento das prisões, ocasionou-se na incidência dos principais Sistemas Penitenciários, o sistema Pensilvânico ou de Filadélfia, sistema Auburniano e o sistema Progressivo, que foram influência nos Sistemas Penitenciários do mundo todo.

O sistema Pensilvânico ou da Filadélfia surgiu, de acordo com relatos de Bitencourt (2007), sob forte intervenção dos cidadãos da Filadélfia que solicitavam uma reforma prisional. Explica o autor que o Sistema consistia no isolamento do preso nas celas dos estabelecimentos penais, e em leituras da bíblia, além da proibição do consumo de bebidas alcoólicas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Segundo Greco (2013), o Sistema Pensilvanico também chamado de sistema celular, o preso ficaria totalmente isolado em uma cela, sem receber visitas, além de não poder trabalhar, sendo estimulado a refletir sobre suas ações pela leitura da bíblia. Esse modelo de sistema celular foi bastante criticado, pois, conforme algumas concepções da época seria um sistema muito severo, pois submetia o preso ao isolamento total, além de não o readaptar socialmente, em razão disso, era frequente que os presos sofressem surtos psicóticos. Sobre esse assunto também relata Mirabete (2002) que o Sistema Pensilvânico recebeu duras críticas, em razão do modelo severo a que submetia os presos e por não cumprir com a finalidade de ressocializar o apenado, portanto não prosperou.

Com o declínio do Sistema Pensilvânico, elaborou-se um novo sistema que fosse menos rigoroso, com isso surgiu em Auburn, nos Estados Unidos, o sistema Auburniano. Relata Muakad (1996) que esse sistema, imponha aos presos que trabalhassem inicialmente dentro de suas próprias celas, fazendo a limpeza, para só depois trabalharem em grupo. Um dos dirigentes do sistema, Elam Lyns, posteriormente aboliu o isolamento total, aplicando aos presos o trabalho durante o dia e o isolamento apenas no período da noite.

Sobre esse mesmo sistema Greco (2013) acrescenta que o sistema Auburn aboliu o isolamento total, mas ainda continuavam sendo proibidas as visitas de familiares. Possibilitava que os detentos trabalhassem a princípio dentro de suas celas e depois junto com outros detentos, o isolamento total só acontecia no turno da noite, quando os presos se recolhiam para as suas celas. Havia castigos corporais, para aqueles que não cumprissem as normas da penitenciária, e quando não se descobria quem fora o autor da infração, o castigo era aplicado coletivamente, ou seja, todos pagavam pela infração cometida; outra característica importante desse modelo de Sistema Penitenciário era a imposição aos detentos ao silêncio absoluto, por essa razão também foi chamado de silent system, essa regra imposta aos presos, foi considerada cruel, pois impossibilitava a comunicação entre eles.

Ainda segundo relatos do autor o primeiro estágio tratava-se de um período em que o preso era mantido totalmente isolado, como acontecia no sistema Pensilvânico, era um estágio de prova. Superando esse critério o preso progredia para o segundo estágio, onde sairia do estágio de isolamento total e passaria a fazer trabalhos comuns dentro da penitenciária.

Os presos eram submetidos ao silêncio absoluto, assim como isolamento noturno como estabelecido no Sistema Auburniano. O terceiro estágio garantia ao preso o livramento condicional a depender da gravidade do delito a qual fora condenado, do seu trabalho realizado dentro da penitenciária e na sua boa conduta. A partir disso, o preso recebia vales ou marcas, que poderiam ser diminuídos à medida que cometessem alguma falta grave. Ao chegar a determinado número de vales ou marcas o preso tinha o direito de progredir de regime.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

O Sistema Progressivo trouxe um avanço, pois além de diminuir a severidade da aplicação da pena privativa de liberdade dos outros Sistemas, proporcionou ao preso algumas possibilidades de acordo com sua conduta. Segundo relatos de Greco (2013) o Sistema Irlandês seguiu a mesma ideologia do Sistema Inglês, com base na progressão de pena.

2.2 Aspectos da Superlotação Carcerária Brasileira

Benigno (2017) cita que, as superlotações, os envolvimentos de presos em organizações criminosas e a falha de pessoal, são os principais problemas enfrentados pelas penitenciárias brasileiras. Culminam com as rebeliões em presídios, sempre com resultados lastimáveis de sentenciados que são mortos por seus próprios companheiros, funcionários e familiares de detentos transformados em reféns, resgates e fugas audaciosas e espetaculares realizadas por criminosos, e por fim, a incapacidade das autoridades em face de organizações de criminosos, cada vez mais presente nos Estados brasileiros.

O sistema penitenciário, tal como ele existe na sociedade capitalista, principalmente aqui no Brasil, é extremamente cruel, não só porque confina fisicamente o homem, sem que esse homem possa compreender o problema da liberdade, senão em relação à sua locomoção física, mas ele destrói a subjetividade do homem, no sentido de não lhe oferecer nenhuma possibilidade de racionalização da situação em que se encontra (CORDEIRO, 2006).

A história do sistema penitenciário no Brasil e mostrada sob o prisma de Engbruch; Di Santis (2012) revelam que, desde o início, a prisão foi local de exclusão social e questão relegada a segundo plano pelas políticas públicas, importando, conseqüentemente, a falta de construção ou a edificação inadequada dos edifícios penitenciários, na maioria das vezes improvisados.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - TJDFT (2015) descreve que, as penas de reclusão e detenção são medidas de restrição de liberdade, e são previstas como pena para crimes. A pena de reclusão admite o regime inicial fechado. A detenção não admite o regime inicial fechado; e a prisão simples não admite o regime fechado em hipótese alguma.

Assistência ao preso, ao internado, ao egresso e aos seus dependentes faz referência a um movimento de promoção dos direitos dos apenados, criando condições para que estes possam exercer a sua autonomia. Esse processo deve ser mediado pela inclusão dos beneficiários na agenda das políticas públicas de governo e pelo apoio a ações de instituições públicas e privadas, de caráter permanente, que tenham como objetivo prestar atendimento aos beneficiários, na forma e nos limites da lei: material, jurídica, educacional, social, religiosa e principalmente à saúde ao egresso, após a edição do Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A Constituição de 1824 estabelecia, no art. 179, que as prisões deveriam ser seguras, limpas, arejadas, havendo a separação dos réus conforme a natureza de seus crimes (TJDFT, 2015).

O Código Criminal de 1830 estabeleceu a pena de prisão com trabalho para vários crimes, implicando a construção de Casas de Correção com celas individuais e oficinas de trabalho e uma arquitetura própria para a pena de prisão. O café e a industrialização proporcionavam um estímulo cada vez maior para o crescimento populacional e também econômico do país, mas as casas de recolhimento de presos do início do século XIX mostravam condições deprimentes para o cumprimento da pena por parte do detento, inclusive local onde se recolhiam escravos, menores e loucos. O Código Penal de 1890 estabeleceu novas modalidades de penas: prisão celular, banimento, reclusão, prisão com trabalho obrigatório, prisão disciplinar, interdição, suspeição e perda do emprego público e multa. O artigo 44 do Código considerava que não haveria penas perpétuas e coletivas. As penas restritivas de liberdade individual eram temporárias e não deveriam exceder trinta anos, eram elas: prisão celular, reclusão, prisão com trabalho obrigatório e prisão disciplinar. (ENGBRUCH; DI SANTIS, 2012, p. 23).

Bezerra (2018) aborda que, a população carcerária brasileira atingiu a marca de 711.463 presos. Os números apresentados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a representantes dos tribunais de Justiça brasileiros levam em conta as 147.937 pessoas em prisão domiciliar.

Três episódios que aconteceram em 2017 denotam a crise nos presídios brasileiros. No dia 1º de janeiro, pelo menos 60 presos que cumpriam em Manaus (AM) foram mortos durante a rebelião que durou 17 horas. Na mesma semana, houve um tumulto em uma penitenciária em Roraima, onde 33 presos foram mortos. No dia 14, Rio Grande do Norte, pelo menos 26 presos foram mortos em rebelião na Penitenciária Estadual de Alcaçuz. Após o ocorrido, cerca de 220 presos foram transferidos para outras penitenciárias. Estados como Minas Gerais, Santa Catarina e Paraná também enfrentaram esse tipo de problema. No dia 24 de janeiro, mais de 200 detentos fugiram do Instituto Penal Agrícola em Bauru (SP). (RODRIGUES; BERNARDINO, 2018, p. 54).

O Brasil é o quarto país do mundo em número de presos e o único desses quatro em que o número só aumenta, tendo um aumento na população carcerária de 267,32% nos últimos quatorze anos, segundo dados divulgados pelo Ministério da Justiça e o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), no relatório do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN). Além disso, o país excede a média mundial no que diz respeito ao número de presos por habitantes. Atualmente, temos 306 pessoas presas para cada 100 mil habitantes, enquanto no mundo a média é de 144 para cada 100 mil. (REDE BRASIL, 2018).

Rinald (2018) cita que, essa deterioração do sistema prisional, segundo o DEPEN, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e entidades da sociedade civil, tem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

relação com diversos fatores, que não se resumem apenas ao aumento da criminalidade. Várias ações do Estado brasileiro nos últimos anos explicariam em grande parte os problemas que estamos vivenciando hoje. Uma observação importante: estes não são os únicos fatores que levaram à crise atual; por si só, eles não explicam totalmente o problema.

Antes da sanção da nova Lei de Drogas, o país tinha 47 mil presos por tráfico de entorpecentes. Hoje, a cifra chegou a 138 mil ou um a cada quatro presos. No caso das mulheres presas, a situação é ainda pior: 64% delas estão ligadas ao tráfico. O crescimento de detentos nesse período teria relação com a nova legislação. Ocorre que muitas pessoas têm sido presas com pequena quantidade de drogas, baseadas apenas no relato do policial e sem contar com advogado no momento da prisão, situação bastante desfavorável ao acusado. Jovens de baixa escolaridade e socialmente vulneráveis são os mais aprisionados dessa forma. Isso aumenta a suspeita de que muitos dos traficantes que lotam as cadeias brasileiras seriam, na verdade, apenas usuários de drogas. (REDE BRASIL, 2018, p. 05).

Muraro (2014) descreve que, o Poder Judiciário também possui parcela de responsabilidade na superlotação das cadeias. Além do grande contingente de presos provisórios, existe o problema das condenações a regime fechado sem necessidade. Em casos de condenações a menos de oito anos de reclusão, o condenado pode cumprir pena no regime semi - aberto ou aberto desde o início, segundo o Código Penal.

Com cadeias precárias e superlotadas, é praticamente impossível pensar em políticas de ressocialização de presos no Brasil. Nesses ambientes insalubres, o crime organizado encontra espaço para se fortalecer e desenvolver suas atividades. É das cadeias que facções têm planejado e executado a venda e distribuição de drogas. As prisões também são oportunidades de aliciamento de novos traficantes. Para garantir sua própria sobrevivência, outros presos, menos perigosos, acabam se submetendo à hierarquia das gangues presentes nos presídios. Quando tais pessoas deixam o cárcere, voltam ainda piores para o convívio social. Esse diagnóstico é trazido por diferentes especialistas. (BENIGNO, 2017, p. 87).

Enquanto 53% dos presos foram condenados nesses termos, apenas 18% cumprem pena em regimes mais brandos a maior parte cumpre regime fechado, apesar das possibilidades dadas em lei. Também há milhares de casos de presos que continuam no regime fechado mesmo quando poderiam passar para o semi-aberro, segundo dados do DEPEN. (TJDFT, 2015).

Pensava-se que somente a detenção proporcionaria transformação aos indivíduos enclausurados. A idéia era que estes refizessem suas existências dentro da prisão para depois serem levados de volta à sociedade. Entretanto, percebeu-se o fracasso desse objetivo. Os índices de criminalidade e reincidência dos crimes não diminuíram e os presos em sua maioria não se transformavam. Nos últimos anos, observa-se em escala mundial a perda do ideal reabilitador das prisões,

concomitante a um recrudescimento das políticas de segurança pública, o que resulta em ampliação da população presa e no abandono das medidas ditas ressocializadoras no interior dos sistemas penitenciários. De forma bastante singular, entretanto, a prisão, invariavelmente apresenta-se como a solução para o problema da criminalidade que ela própria contribui para sedimentar. Sempre acompanhada de planos de reformas, os quais, em seu bojo, reafirmam as máximas que constituíram a prisão desde seu surgimento. (BENIGNO, 2017, p. 82).

Segundo o INFOPEN, mais de 40% dos presos do país estão aguardando julgamento, ou seja, estão presos sem condenação. Estabelecer a ordem para que esse tipo de situação não aconteça é responsabilidade do Estado. Muitos complexos penitenciários estão "nas mãos" do crime, não há controle das autoridades para impedir a ação de facções dentro do sistema prisional. É ainda mais complexo quando pensamos que a Constituição está sendo ameaçada pelo sucateamento do sistema prisional, já que não se garante os Direitos Humanos. (RINALD, 2018).

2.3 Sistema Prisional no Amazonas

Segundo Rodrigues; Bernardino (2018) em 1882, a Lei n. 582 reconheceu a necessidade de construir uma penitenciária no Amazonas, com construção ao estilo do sistema panóptico, observando a ciência penitenciária que começava a chegar no Estado. Foi um planejamento rudimentar que criou a hoje conhecida como Cadeia Pública Raimundo Vidal Pessoa, no centro da cidade. Deveria ter 200 celas para 200 presos, mas o projeto foi concluído apenas 20 anos depois e sem a capacidade pretendida.

Com a abolição da escravatura, em 1888, foram suprimidos alguns delitos do Código Penal, e no decorrer dos anos outras penas foram abolidas e novos tipos de detenção surgiram, como a prisão domiciliar, além do surgimento embrionário do regime progressivo de penas. Promulgou-se nova Constituição para o país, em 1891, e a República revigorou garantias processuais. (BEZERRA, 2018).

O Código Penal de 1969 inovou com a prisão albergue, e em 1984, mesmo ano da Lei de Execução Penal, a parte geral do Código Penal foi totalmente reformulada obtendo a feição atual. Conforme Ferreira:

O princípio da culpabilidade hoje é fortalecido, impedindo que a pena seja incerta em sua aplicação e execução, punindo-se com base no fato praticado e na culpabilidade do agente, denominando-se Direito Penal do Fato, superando o Direito Penal do Autor que teve seu auge nos anos 30, e hoje encontra-se rechaçado pela maioria da doutrina, o qual suprime a exatidão que os tipos penais e penas devem ter a fim de cumprir com eficiência o principio constitucional da legalidade. A punibilidade não pode ultrapassar o teor literal da lei, em virtude do mandamento constitucional de precisão e certeza, assim como a execução penal não pode extrapolar o conteúdo da sentença, em nome da garantia da coisa julgada e igualmente em nome do princípio da legalidade. (FERREIRA; VALOIS, 2006, p. 46).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

A nova cadeia é inaugurada em 1907, chamada de Casa de Detenção, sendo a atual Cadeia Raimundo Vidal Pessoa, na Avenida 7 de Setembro, que tão logo se deteriora. Pela Lei nº. 957/1908, teve sua direção e guarda entregues a agentes da força policial do Estado, época em que a construção começava a apresentar problemas. (FERREIRA; VALOIS, 2006).

Em 1926, o governador Ephigênio Salles iniciou obras que mantiveram perene até hoje a Casa de Detenção, e sancionou lei que modificava a denominação para Penitenciária do Estado do Amazonas, determinando que o estabelecimento fosse dirigido por técnico que lhe pudesse dar administração conforme as regras e preceitos da moderna ciência penal, formado em direito, de preferência magistrado. Porém nada ficou como Ephigênio Salles idealizou. Após e durante o período de militarismo, em 1930, não houve avanços ou contribuições ao sistema penitenciário amazonense. Por volta de 1944 já se fazia necessário construir uma nova penitenciária, mas que, por alegações de falta de verba, só veio ocorrer após 50 anos. Em 1955, ao assumir o poder, Plínio Rodrigues relata uma realidade da penitenciária que não pode ser atribuído a um governo só, mas a uma seqüência de omissões. Fala-se pela primeira vez em construir uma penitenciária agrícola. (RODRIGUES; BERNARDINO, 2018, p. 61).

Assim, no governo de Gilberto Mestrinho em 1982, é inaugurada a Colônia Agrícola Anísio Jobim (CAIAJ), atual Complexo Penitenciário Anísio Jobim (COMPAJ), uma evolução no sistema penitenciário do Amazonas, pois até então só havia a "Casa de Detenção" funcionando como cadeia e penitenciaria, sem qualquer critério de individualização e classificação de pena. (SEAP, 2018).

Ferreira; Valois, (2006) alega que, originariamente construída para 340 detentos, em 2004, com a população em torno de 480 pessoas, aumentou-se um pavilhão. Entre os vários defeitos, que havia na muralha, era de possuir um alicerce profundo a fim de impedir a confecção de túneis e não foi edificada dessa forma, proporcionando fugas, além da deficiência na classificação, baseada em critérios de segurança de presos "mais perigosos" divididos dos "menos perigosos".

A Colônia Agrícola e, mais tarde Complexo Penitenciário “Anísio Jobim” recebeu o nome de Manoel Anísio Jobim, juiz e desembargador do Amazonas em 6 de junho de 1942. Como a Colônia Agrícola surgiu sob a égide da primitiva parte geral do Código Penal de 1940, servia como terceira fase do cumprimento da pena de reclusão, pois a primeira fase era de isolamento total, a segunda de trabalho durante o dia, e a terceira de cumprimento da pena em colônia penal, na forma do art. 30, daquela legislação. Promulgada a nova parte geral, Lei nº. 7.209, de 11 de julho de 1984, estabelecidos claramente os três regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade, à Colônia Agrícola reservou-se a segunda fase da execução, isto é, o regime semi-aberto. (SEAP, 2018).

Mas somente a existência de um local para o cumprimento da pena em regime semi-aberto, como é óbvio, não fazia nosso sistema penitenciário completo, tendo

em vista que os presos do regime fechado continuavam misturados com os presos provisórios na "penitenciária" da avenida 7 de setembro. Era o primeiro momento da idéia de transformar a Colônia Agrícola em Complexo Penitenciário, o que só veio a acontecer em setembro de 1999, sob administração do governador Amazonino Mendes, o qual encontrou um princípio de construção em ruínas e retomou as obras para, dentro da área da Colônia Agrícola, fazer um edifício com as características de estabelecimento de regime fechado, nascendo assim o Complexo Penitenciário "Anísio Jobim". (SEAP, 2018, p. 2).

2 O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E OS DESAFIOS DA RESSOCIALIZAÇÃO

2.1 Critérios Legais de Tratamento do Preso

De 1955 criada com o objetivo de ressocialização, onde se baseia o tratamento do encarcerado através de normas legais, descrevendo um modelo ideal de tratamento carcerário, são normas que garantem a segurança e as garantias dos presidiários dentro da cadeia para que eles tenham uma efetiva ressocialização ao retornarem as suas vidas após o cumprimento de suas penas.

Normas criadas que ao serem realizadas atingirem uma meta, meta na qual é o pós-cumprimento da sentença, buscando garantir a qualidade em diversos pontos, sejam elas no aspecto educativo, social entre outros preparando o mesmo, para que retorne para uma vida mais digna. Mas para que haja mudanças concretas os critérios deveriam não estar somente no papel, mas ser uma realidade para que os efeitos procurados sejam de fato acontecidos, precisa ser diminuído urgentemente esse espaço entre teoria e a pratica. Teorias que são de extrema importância, como, por exemplo, regras de aplicação básica, como respeito a raça e opiniões religiosas:

6. 1) As regras que se seguem devem ser aplicadas imparcialmente. Não haverá discriminação alguma com base em raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, meios de fortuna, nascimento ou outra condição;

6.2) Por outro lado, é necessário respeitar as crenças religiosas e os preceitos morais do grupo a que pertença o recluso. Registro;

Alimentação:

20.1) A administração deve fornecer a cada recluso, há horas determinadas, alimentação de valor nutritivo adequado à saúde e à robustez física, de qualidade e bem preparada e servida;

20. 2) Todos os reclusos devem ter a possibilidade de se prover com água potável sempre que necessário;

Trabalho:

71. 1) O trabalho na prisão não deve ser penoso;

71.2) Todos os reclusos condenados devem trabalhar, em conformidade com as suas aptidões física e mental, de acordo com determinação do médico. São algumas dos 95 artigos com inúmeros critérios que se realmente funcionassem no

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Brasil a situação carcerária não estaria no caos que esta nos dias de hoje, pois o que é ensinado no cárcere é praticado na rua.

2.2 Direito à Ressocialização

Candela (2015) fala a respeito ao assunto da ressocialização, analisaremos uma breve comparação de como era antes da existência da Lei de Execução Penal e agora. Superlotação, condições sub-humanas e escola para o crime é a visão de que temos do sistema carcerário Brasileiro, na teoria a pena privativa de liberdade serve para recuperação de quem já cometeu um crime e devolver um cidadão para o convívio social, já na prática não é a realidade que enfrentamos.

Antes da Criação da lei especifica para o preso, que é a Lei de execução Penal (Lei nº. 7.210/1984) publicada em 1984 e colocada em vigor em 1985 o presidiário era tratado só como apenas mais um numero atrás das grades, tendo vezes que o detento ficava preso por tempo indeterminado, o objetivo era o cumprimento de tempo máximo de execução de pena exercida pelo juiz, naquela época já existia o Código Penal de 1940 e o Código de Processo Penal, mas era necessário uma lei de execução que complementasse as duas anterior para garantir a eficácia da execução da pena no caso das sentenças condenatórias.

A lei de execução penal disciplina e classifica a internação dos condenados nos regimes prisionais fechado, semi-aberto e aberto e também estabelece a prestação de assistência como progressão de regime, graça, anistia e induto, além do juízo de execução. Hoje a busca é pela ressocialização, oferecendo por cursos profissionalizantes e estudos dentro da prisão, com o objetivo que o detento retorne a sociedade pronto para trilhar um caminho diferente daquele que o colocou dentro da prisão.

Só que a realidade do sistema prisional Brasileiro esta longe de ser padrão para mundo, é de se perguntar se a lei de execução penal está a frente do tempo em que vivemos ou as cadeias estão sem a mínima condição de cumprir sua função social. Para pesquisadores a solução esta no investimento e na elaboração de políticas publicas, havendo mudanças nestes aspectos é evidente que causara um impacto muito forte na segurança da sociedade, é necessário também a colaboração da sociedade no que se diz respeito a sociedade, como por exemplo no oferecer trabalho para quem passou pelo sistema prisional, é o primeiro passo para uma reintegração eficaz.

Grandes seriam os avanços se as leis estivessem sendo efetivamente aplicadas, se os detentos realmente estivessem recebendo o tratamento e os serviços de que são por direito, porem cerca 76% dos Presos no Brasil estão sem o tratamento adequado pelo qual seria necessário para que pudesse haver concretas mudanças para uma diferente realidade pós reclusão, porcentagem que acarreta elevado numero de reincidência.

É preciso também que a sociedade entenda sobre o direito a ressocialização e Rafael Damasceno de Assis explica de maneira clara e objetiva: Quando se

defende que os presos usufruam as garantias previstas em lei durante o cumprimento de sua pena privativa de liberdade, a intenção não é 24 tornar a prisão um ambiente agradável e cômodo ao seu convívio, tirando dessa forma até mesmo o caráter retributivo da pena de prisão.

No entanto, enquanto o Estado e a própria sociedade continuarem negligenciando a situação do preso e tratando as prisões como um depósito de lixo humano e de seres inservíveis para o convívio em sociedade, não apenas a situação carcerária, mas o problema da segurança pública e da criminalidade como um todo tende apenas a agravar-se. (ASSIS, 2007, p. 76).

Para uma efetiva ressocialização é necessário que seja fornecido para o encarcerado o que lhe é de direito, assim como os impostos na Lei de Execuções Penais de julho de 1984, como: Assistência Material:

Art. 12. A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas. Assistência Saúde;

Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico. Assistência Jurídica;

Art. 15. A assistência jurídica é destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado;

Art. 16. As Unidades da Federação deverão ter serviços de assistência jurídica, integral e gratuita, pela Defensoria Pública, dentro e fora dos estabelecimentos penais. Assistência Religiosa;

Art. 17. A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado;

Art. 22. A assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade;

Art. 23. Incumbe ao serviço de assistência social:

I - conhecer os resultados dos diagnósticos ou exames;

II - relatar, por escrito, ao Diretor do estabelecimento, os problemas e as dificuldades enfrentadas pelo assistido;

III - acompanhar o resultado das permissões de saídas e das saídas temporárias;

IV - promover, no estabelecimento, pelos meios disponíveis, a recreação;

V - promover a orientação do assistido, na fase final do cumprimento da pena, e do liberando, de modo a facilitar o seu retorno à liberdade;

VI - providenciar a obtenção de documentos, dos benefícios da Previdência Social e do seguro por acidente no trabalho;

VII - orientar e amparar, quando necessário, a família do preso, do internado e da vítima;

Art. 24. A assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos e aos internados, permitindo-se-lhes a participação nos serviços

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa. Assistência Social;

2.3 Dificuldades na Ressocialização dos Detentos

A pena privativa de liberdade no Brasil continua não alcançando os objetivos, que seria a de devolver o detento em condições de conviver pacificamente na sociedade. A cerca da pena privativa de liberdade por meio da prisão Foucault assegura que:

"Mas a obviedade da prisão se fundamente também em seu papel, suposto ou exigido, de aparelho para transformar os indivíduos. (...) Uma coisa, com efeito, é clara: prisão não foi primeiro uma provação de liberdade a que se teria dado em seguida uma função técnica de correção, ela foi desde o início uma "detenção legal" encarregada de um suplemento corretivo, ou ainda uma empresa de modificação dos indivíduos que a privação de liberdade permite fazer funcionar no sistema legal. Em suma, o encarceramento penal, desde o início do século XIX, recobriu ao mesmo tempo a privação de liberdade e a transformação técnica dos indivíduos." (FOUCAULT, 1987, p. 196-197).

A pena privativa de liberdade restringe, com maior ou menor intensidade, a liberdade do condenado, consistente em permanecer em algum estabelecimento prisional, por um determinado tempo. O Sistema Penitenciário brasileiro é uma instituição que deveria cumprir seu objetivo proposto que é o de ressocializar o preso e reintegrá-lo à sociedade, mais não é bem isso o que acontece, os seus desvios morais são ainda mais realçados, acabando por devolver o ex-presidiário em condições piores do que se encontrava ao adentrá-la. "[...] o objetivo da ressocialização é esperar do delinqüente o respeito e a aceitação de tais normas com a finalidade de evitar a prática de novos delitos". (BITTENCOURT, 2001, p.139).

A pena privativa de liberdade se distancia do seu real objetivo, quando deixa de ser praticada com a intenção de reeducação e reintegração do infrator a sociedade. Para Foucault (2000) o sistema carcerário possui dois objetivos distintos, um ideológico e outro, sua verdadeira finalidade.

A primeira seria a repressão e conseqüentemente a redução da criminalidade; e a segunda, respectivamente, que é o real, seria a repressão seletiva da criminalidade como estratégia política de submissão.

Com essa punição de privação de liberdade o Estado não auxilia na melhora do preso, tornando irreal a redução de seus crimes e delitos. Foucault ainda afirma que a punição do condenado se dá como se fosse à vitória do Estado sobre o indivíduo transgressor, demonstrando assim, o seu poder punitivo e disciplinador, evitando o aparecimento de novos crimes e criminosos, sendo essa sua forma de "controle social".

Assim como acontece nos tempos atuais, "ainda que não recorram a castigos violentos ou sangrentos, mesmo quando utilizam métodos 'suaves' de trancar ou corrigir, é sempre do corpo que se trata do corpo e de suas forças, da utilidade e

da docilidade delas, de sua repartição e de sua submissão." Mesmo que o indivíduo cometa um crime, que o leve a prisão, ele continua a ter direitos intrínsecos à pessoa humana, como a manutenção de laços afetivos com seus familiares e da dignidade da pessoa humana. Ao violar os direitos do sentenciado, o Estado acaba por confrontar a Lei que ampara esses indivíduos.

Segundo Bittencourt (2004, p. 169) são características partilhadas entre os sistemas prisionais: "... maus tratos verbais, físicos (castigos, crueldades), superpopulação carcerária (que leva à falta de privacidade, a abusos sexuais), falta de higiene, exploração do trabalho do preso ou completo ócio, deficiência nos serviços médicos e no atendimento psiquiátrico, alimentação deficiente, consumo elevado de drogas, muitas vezes incentivado por agentes penitenciários corruptos, homossexualismo, ambiente propício à violência, onde prevalece a lei do mais forte".

Com essa afirmação, Bittencourt ressalta a triste realidade que paira sobre o Sistema Prisional não só do Brasil, como de outros países também. Essa pena que é imposta por esse Sistema ao detento, só faz distanciá-lo da tão almejada reintegração social, fazendo-o retornar as mesmas práticas que o levaram à prisão. O que ocorre na realidade é o oposto do que consta na lei, o Estado não assegura os direitos dos detentos que estão previstos na Lei de Execução Penal e na Constituição Federal.

Sobre a finalidade da pena, Oliveira afirma que, "O desejado sentido ressocializador da pena, na verdade, configura apenas um fantástico discurso retórico para manter o sistema, o que, na realidade, traduz um evidente malogro, um desperdício de tempo para o preso e um gasto inútil para o Estado, que retira da sociedade um indivíduo por apresentar comportamento desviante e o transforma em um irrecuperável, pois a reincidência atinge o alarmante índice de mais de setenta por cento no país. (OLIVEIRA, 1996, p. 233).

Nota-se a falência desse sistema, que não consegue recuperar o indivíduo que se desvia das regras impostas pela sociedade. A violência, a criminalidade e os altos índices de reincidências são sintomas dessa crise que afeta o Sistema Carcerário brasileiro. "A partir do momento que alguém entrava na prisão se acionava um mecanismo que o tornava infame, e quando saía, não podia fazer nada senão voltar a ser delinquente (...). A prisão profissionalizava". (FOCAULT, 1979, p.133).

Para Foucault, a prisão não reabilita o individuo, acaba por transformá-lo em um ser mais violento e cruel. Para ele a prisão seria uma escola de aperfeiçoamento do crime. Ao saírem das prisões, os ex-detentos não encontram oportunidades de emprego, na busca de um futuro melhor, de mudança de vida, de não reincidência. Só que infelizmente não é o que acontece em nosso país. A violência vem aumentando a cada dia, e os jovens cada vez mais cedo entram no mundo do crime.

Além da punição, também é função do Estado aplicar medidas políticas sócias educativas objetivando a melhora da condição social do indivíduo destinado ao

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

cumprimento da pena. Mais a realidade não é bem essa, não há essa melhora da condição social do egresso, pois, verificam-se consideráveis deficiências na execução de uma política pública que de fato tenha êxito na ressocialização do detento, através do Estado como gestor penal.

"(...) mesmo os que não acreditam no efeito ressocializador da pena de prisão, não negam a necessidade de humanização desses locais. Defende uma política de educação e de assistência ao preso, que lhe facilite se assim o desejar, o acesso aos meios capazes de lhe permitir o retorno à sociedade em condições de convivência normal". (MIRABETTE, 2004).

Como parte da causa e aumento da criminalidade é possível constatar a co-responsabilidade do Estado pelos crimes e infrações causadas por indivíduos que tiveram os seus direitos naturais negados, o direito à vida, saúde e educação, tornando-se, portanto indivíduos socialmente excluídos mesmo após terem cumprido a sua pena. O Estado não cumpre o seu objetivo de assegurar os direitos ao cidadão, disposto em nossa Legislação. (BITTENCOURT 1996, p. 35).

Afirma que os objetivos que orientam o sistema capitalista (especialmente a acumulação de riquezas) exigem a manutenção de um setor marginalizado da sociedade, podendo afirmar que sua lógica é incompatível com o objetivo ressocializador.

O Estado não é cumpridor do seu papel de assegurar os direitos disposto em nossa Legislação, ao cidadão que se encontra encarcerado. A falta de investimento do Estado na melhora da qualidade dos serviços do Sistema Prisional, acaba por privá-lo de prestar condições favoráveis, como uma boa higiene, por exemplo, a população carcerária, necessária para um melhor funcionamento dos estabelecimentos prisionais.

Os egressos acabam por sofrer conseqüências danosas dentro das prisões, pela falta desse amparo do Estado. Conseqüências essas, que irão refletir em seu futuro, em seu convívio social. Existem normas em nosso ordenamento jurídico, normas essas que deveriam ser aplicadas, particularmente as medidas de assistência aos egressos constados na Lei de Execução Penal, com o propósito de ressocializar para reduzir a grande quantidade de reincidências. Mais isso não se aplica na prática, visto que:

"...a reeducação objetivada pelo Estado, na prática, não acontece, pois o que tem sido a principal preocupação do sistema penitenciário ao receber um indivíduo condenado não é a sua reeducação, e, sim, a privação de sua liberdade permite fazer funcionar no sistema legal. Em suma, o encarceramento penal, desde o início do século XIX, recobriu ao mesmo tempo a privação de liberdade e a transformação técnica dos indivíduos" (SANTOS, 2006).

A privação da liberdade do indivíduo para o Estado é o ápice do seu poder coercitivo e punitivo, que como percebemos, acaba por negligenciar o principal objetivo do Sistema Prisional, que seria recuperar o indivíduo infrator. No Brasil a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

pena é executada de forma progressiva, na tentativa de humanizá-la e dar autonomia ao preso para se reabilitar por sua própria capacidade.

Ao depender do seu comportamento sua pena pode ser regredida, tornando-se mais branda. Só que, não é fácil obter tal comportamento, pois, na maioria das vezes os egressos esbarram na inércia do Sistema, caso que dificulta o acesso aos seus direitos, tornando cada vez mais difícil a sua reintegração.

O sistema progressivo da pena que executado no Brasil contribuiu para estimular a boa conduta social do segregado e o ajuste ao regime que lhe é imposto, para assim obter a sua liberdade o quanto antes.

Para alcançar esse objetivo, é necessário que a permanência no estabelecimento carcerário seja adequada a esta reabilitação ao invés disso, esse sistema perpassa por problemas gritantes, sendo rotulados de fábrica de bandidos, escola de crimes, depósitos humanos e etc.

Além dos próprios detentos que sofrem com isso, tal situação também afeta a sociedade, pois é ela que os recebe às vezes numa condição pior do que quando adentrou ao cárcere. Além de tudo isso, há também a falta de assistência jurídica para a população encarcerada. Isso é um fato que corriqueiramente passa nos noticiários de televisão, pessoas que passam mais tempo encarceradas do que deviam e até mesmo, às vezes passam um bom tempo preso sem ter nenhum contato com algum defensor da sua causa. A lei de Execução Penal (LEP) – voltada para a execução da pena e a ressocialização do condenado, oferecendo os meios e modos de formar uma sociedade justa, humana, capaz de proporcionar ao delinqüente sentenciado, a oportunidade de rever seus atos anti-sociais e voltar ao convívio da comunidade.

CONCLUSÃO

As causas das superlotações dos presídios brasileiros têm as principais causas, os efeitos da lei antidrogas, o excesso de prisões provisórias, o uso de regime fechado mesmo quando há penas alternativas e as prisões não cumprem papel de ressocialização e fortalecem o crime.

No que dispõe a Lei de Execução Penal com sua promulgação em 1984, podemos observar que ouve uma preocupação para que o preso pudesse receber incentivos que ajudassem na sua reinserção na sociedade.

Mostrando a necessidade de investimento público para prestar a devida assistência a esses apenados, principalmente no que se refere ao retorno no mercado de trabalho.

Todavia não é dessa maneira que funciona em nosso país, onde os direitos fundamentais dos mesmos não são respeitados, devido principalmente pela péssima estrutura de seus presídios que enfrentam um sério problema de superlotação.

A quantidade de presos no Brasil chega a ser o dobro do número de vagas nas prisões nenhum dos Estados seguem o percentual estipulado, porém o pior

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

índice é no Amazonas que coloca em suas celas cerca de 48 pessoas em um espaço destinado apenas para 10 indivíduos, isso foi constatado pelo INFOPEN (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias).

Colaborando para palcos de massacres, fugas e reincidências, o estado chega a ser o líder com maior número de presos sem condenação, mostrando a demora do judiciário para julgar, desta forma aumentando cada vez mais a estatística de presos.

É notória a existência de alguns projetos oferecidos pelo poder público visando à qualificação profissional do preso para que ele possa ser inserido no mercado de trabalho. Dando a este a oportunidade de voltar ao convívio social com condições de sustentar a si e a sua família.

Porém ainda a muito a ser feito, ainda é necessário que exista mais parcerias com indústrias para que dêem a esse preso a chance de obter não apenas um diploma de curso profissionalizante, mas também faça com que esse preso saia com a garantia de um emprego, pois de nada adianta ser colocado para estudar e se profissionalizar se não são oferecidas vagas de empregos para esses detentos.

A responsabilidade por manter os estabelecimentos prisionais é do Estado, todavia, este não possui condições de proporcionar e muito menos de supervisionar a atividade laboral dos presos, ainda, na maioria das vezes, quando estas são oferecidas, têm pouca aceitação ou não são devidamente adequadas às exigências do mercado de trabalho, o que acaba não requalificando o preso com mão de obra apta a retornar e a concorrer a uma vaga no mercado de trabalho, devido à competitividade e a qualificação exigida.

Constatou-se que o Estado procurou resolver, ao menos tentou resolver o problema do sistema carcerário com o sistema de gestão privada. Acreditava-se que a parceria entre a administração pública e a iniciativa privada, pudesse auxiliar a administração do sistema prisional, não interferindo na questão judicial da execução penal.

No entanto, a empresa Umanizzare administra 6 (seis) unidades prisionais no Estado do Amazonas, inclusive o Complexo Penitenciário Anísio Jobim que tornou-se palco de uma rebelião e teve repercussão internacional marcada com violência e mortes, deixando claro a real ineficiência do processo.

Nota-se que em resposta ao massacre a empresa Umanizzare confirma que seu dever é administrar, porém, não apresenta nenhuma estratégia de gestão ou de liderança interna no estabelecimento prisional, apenas fundamenta suas alegações na responsabilidade do Estado em executar a pena.

A administração da empresa privatizada responsável em administrar o sistema carcerário parece não fazer qualquer diferença, embora o investimento seja muito alto. Por outro lado, o Estado é omisso, e a privatização não retira do Estado os deveres e obrigações definidas no preceito constitucional.

Não cumpre, portanto, o estabelecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos, o sistema brasileiro atual, qual seja, que ninguém será submetido a tratamento desumano, uma vez que se pode constatar que as doenças se proliferam num ambiente quase nada saudável.

O que ocorre é uma dupla penalização na pessoa condenada: a pena de prisão e o e o lamentável estado de saúde que ele adquire durante a sua permanência no cárcere. É evidente que o sistema prisional brasileiro está falido, no entanto o que se busca não são privilégios, mas o mínimo de estrutura para que o sistema prisional possa chegar próximo de seus objetivos: a ressocialização. É insustentável pensar que apenas a detenção gera transformação aos indivíduos, pois os índices de criminalidade e reincidência em sua maioria não diminuem como o passar do tempo, ficando evidente que o Sistema Penitenciário Brasileiro não consegue atingir o objetivo de ressocialização dos seus internos. Dessa forma, faz-se necessário medidas da administração pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA, Aurilene Josefa Cartaxo Gomes de. Direito à saúde no sistema prisional. Revisão integrativa. São Paulo: Revista de Enfermagem, 2013. Disponível em: <file:///C:/Users/Microsoft/Downloads/7245-74448-1-PB%20(1).pdf>. Acesso em: 3 set 2019.

BAYER, A D. Atuais condições da ressocialização no sistema penitenciário brasileiro. Jusbrasil, 2013 Disponível em: <https://diegobayer.jusbrasil.com.br/artigos/121943145/atuais-condicoes-da-ressocializacao-no-sistema-penitenciario-brasileiro>. Acesso em: 3 set 2019.

BBC BRASIL. São Paulo: 2017. Diário. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-38626405>. Acesso em: 13 set 2019.

BENIGNO, Núñez. Sistema Carcerário Brasileiro. As superlotações, os envolvimentos de presos em organizações criminosas e a falha de pessoal, são os principais problemas enfrentados pelas penitenciárias brasileiras. Internet: Site Brasil Escola, 2018. Disponível em <https://meuartigo.brasilescola.uol.com.br/brasil/sistema-carcerario-brasileiro.htm. 2017>. Acesso em: 11 ago 2019.

BEZERRA, Jeanne Almeida. Gestão do sistema prisional do Estado do Amazonas: breves considerações e o caso do Complexo Penitenciário Anísio Jobim – COMPAJ. Internet: Site Conteúdo Jurídico, 2018. Disponível em <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,gestao-do-sistema-prisional-do-estado-do-amazonas-breves-consideracoes-e-o-caso-do-complexo-penitenciario-anis,590974.html>. Acesso em: 11 set 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. A Falência da Pena de Prisão: Causas e alternativas. 3. ed. Saraiva. São Paulo. 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão causas e alternativas. 2ª edição, São Paulo: Saraiva, 2001.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. 11. ed. Atual. São Paulo: Saraiva.2007.
BRASIL. Lei n°7.210, de 11 de julho de 1984. Institui da Lei de Execução Penal. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7210.htm>. Acesso em: 10 set 2019.
BRITO. Transição demográfica e desigualdades sociais no Brasil. Revista Brasileira de Estudos Populacionais, vol. 25, n.1, p 5 - 26. São Paulo, Jan/Jun 2008.
CANDELA, João Paulo de Moraes. A Crise do Sistema Prisional Brasileiro e os Desafios da Ressocialização. TCC. Curso de Bacharel em Direito no Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, 2015.
CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: parte geral. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
_____. Curso de processo penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
_____. Execução Penal. 12. ed. São Paulo, Damásio de Jesus, 2006.
COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil. As condições de reclusão e tratamento no sistema penitenciário brasileiro. Disponível em: Acesso em: 5 set 2019.
CONCEIÇÃO, Carla De Souza. O Sistema Prisional Brasileiro e as Dificuldades de "Ressocialização" e Reintegração do Preso ao Convívio Social. Monografia. Graduação em Serviço Social da Universidade federal do Recôncavo da Bahia – UFRB, 2016.
CORDEIRO, Grecianny Carvalho. Privatização do Sistema Prisional Brasileiro. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 2006.
COSTA NETO, Nilo de Siqueira. Sistema penitenciário brasileiro: a falibilidade da prisão no tocante ao seu papel ressocializador. Revista Jus Navigandi, 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24073>. Acesso em: 3 set 2019.
COYLE, Andrew. Administração Penitenciária: Uma abordagem de Direitos Humanos: Manual para Servidores Penitenciários. Londres: International Centre for Prison Studies, 2002.
DOTTI, René Ariel. Bases alternativas para o sistema de penas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
ENGBRUCH, Werner; DI SANTIS, Bruno Morais. A evolução histórica do sistema prisional e a Penitenciária do Estado de São Paulo. São Paulo: Revista Liberdades, vol. 1, jan-jun, 2012. Disponível em: <http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir. php?rcon_id=145>. Acesso em: 11 set 2019.

ESPOSITO, Ivan Richard. Pior Massacre do Sistema Prisional do Amazonas Completa um Ano. Internet: Site Agência Brasil, 2018. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2018-01/pior-massacre-do-sistema-prisional-do-amazonas-completa-um-ano>. Acesso em: 11 set 2019.

FERREIRA, Carlos Lélio Lauria; VALOIS, Luís Carlos. Sistema Penitenciário do Amazonas. Curitiba: Juruá, 2006.

FOLHA DE SÃO PAULO. São Paulo: Grupo folha, 2017. Diário. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/asmais/2017/01/1846402-saiba-quais-foram-algumas-das-maiores-rebelioes-em-presidios-do-brasil.shtml>. Acesso em: 13 set 2019.

FOUCAULT, Michel. Microfísica do Poder, 17. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2002c.

_____. Vigiar e punir: nascimento da prisão. 37. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

G1. São Paulo: Organizações Globo, 2017. Diário. Disponível em: <http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2017/01/mortes-em-presidios-do-pais-em-2017-ja-superam-o-massacre-do-carandiru.html>. Acesso em: 13 set 2019.

GOMES NETO, Pedro Rates. A prisão e o sistema penitenciário: uma visão histórica. Canoas: Editora da ULBRA 2000.

GOMES, Patrícia da Silva. Ressocialização do Sentenciado. Governador Valadares, 2008, p.19.

GRECO, Rogério. Sistema Prisional - Colapso Atual e Soluções Alternativas. 2. ed. Impetus, 2013.

LAKATOS, E. Maria; MARCONI, M. de Andrade. Fundamentos de metodologia científica: Técnicas de pesquisa. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MACHADO, Ana E. B; SOUZA, Ana P. dos R; SOUZA Mariani C. de. Sistema Penitenciário Brasileiro – Origem, Atualidade e Exemplos Funcionais. São Paulo: Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito, v. 10, n. 10, 2013. Disponível em <http://dx.doi.org/10.15603/2176-1094/rcd.v10n10p201-212>. Acesso em: 11 set 2019.

MAIA, Clarissa Nunes et al. (Org.). História das prisões no Brasil. Rio de Janeiro: Rocco, volume II, 2009.

MARCÃO, Renato. Curso de Execução Penal. Lúmem Júris, 2006.

MESQUITA JÚNIOR, Sídio Rosa de. Manual de Execução Penal: teoria e prática, 1999.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Execução Penal. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Manual de Direito Penal. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MOLINA, Antonio Pablos Garcia de. Criminologia: uma introdução aos seus fundamentos teóricos. São Pulo: Revistas dos Tribunais, 2008.

MOTTA, Manoel Barros da. Crítica da razão punitiva: Nascimento da Prisão no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
MUAKAD, Irene Batista. Pena Privativa de Liberdade, 1996.
MURARO, Mariel. Sistema prisional brasileiro e direitos humanos. Internet: Site: Canal Ciências, 2014. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/413681359/sistema-prisional-brasileiro-e-direitos-humanos>. Acesso: 10 set 2019.
NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federal comentada e Constitucional. São Paulo, RT, 2008.
NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Comentários à Lei de Execução Penal, 1999.
NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo e Execução Penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
OHNESORGE, Rui. A educação no sistema penitenciário e sua importância na ressocialização. Brasil Escola, 2016. Disponível em: <http://monografias.brasilescola.uol.com.br/direito/a-educacao-no-sistema-penitenciario-sua-importancia-na-ressocializacao.htm>. Acesso em: 3 set 2019.
OLIVEIRA, Odete Maria de. Prisão: um paradoxo social, 1984.
REDE BRASIL. Caderno 9: Poderes básicos da Aplicação da Lei Detenção. Internet: Site Rede Brasil, 2018. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/manuais/dh/mundo/rover/c9.htm>. Acesso em: 11 set 2019.
RINALD, Roberta. Sistema Prisional Brasileiro: Possível Tema do ENEM 2018, Saiba Discutir. Internet: Site Imaginie, 2018. Disponível em: <https://www.imaginie.com.br/sistema-prisional-brasileiro/>. Acesso em: 11 set 2019.
RODRIGUES, Karen Rosendo de Almeida Leite; BERNARDINO Raquel da Silva. Sistema Prisional Amazonense. O trabalho de ressocialização do preso. Internet: Site Jus, 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/67301/sistema-prisional-amazonense>. Acesso em: 11 set 2019.
ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Direito e prática histórica da execução penal no Brasil. Rio de Janeiro: Renavan, 2005.
SANTOS, Síntia Menezes. Ressocialização através da educação. Disponível em: Acesso em: 08 set 2019.
SAPORI, L. F. Segurança pública no Brasil: desafios e perspectivas. Rio de Janeiro: FGV, 2007.
SEAP. Secretaria de Estado de Administração Penitenciária do Amazonas (SEAP). Administração de Presídios no Amazonas. Internet: Site SEAP, 2018. Disponível em: <http://www.seap.am.gov.br>. Acesso em: 11 set 2019.
SEAP. Secretaria de Estado de Administração Penitenciária do Amazonas (SEAP). Complexo Penitenciário Anísio Jobim. Internet: Site SEAP, 2018. Disponível

em: <http://www.seap.am.gov.br/complexo-penitenciario-anisio-jobim/>. Acesso em: 11 set 2019.
SENNA, Virdal. Sistema Penitenciário Brasileiro. Webartigos, 2008. Disponível em: <http://www.webartigos.com/articles/4242/1/Sistema-Prisional/pagina1.html>. Acesso em: 6 set 2019.
SILVA, Cláudio Nei Nascimento da; PORTO, Marcelo Duarte. Metodologia científica descomplicada: prática científica para iniciantes. Brasília: IFB, 2016.
SILVA, Roberto. A escola pública encarcerada: como o Estado educa seus presos. Palmas: UNITINS, 2007.
TAVARES, Andre Ramos. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
TELES, Ney Moura. Direito Penal Parte Geral: Arts. 1º a 120. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS - TJDFT. Reclusão x Detenção x Prisão Simples. Reclusão x Detenção x Prisão Simples. Poder Judiciário da União. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Internet: Site TJDFT, 2015. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/direito-facil/edicao-semanal/reclusao-x-detencao-x-prisao-simples>. Acesso em: 11 set 2019.
NOTA:

---

[1] Professor Mestre e orientador deste artigo. Endereço para acessar este CV: http://lattes.cnpq.br/5436635789883290

www.conteudojuridico.com.br

UM ESTUDO SOBRE OS CONFLITOS OCASIONADOS PELA PRÁTICA DA ALIENAÇÃO PARENTAL EM MANAUS

DÉBORA BRANDÃO DE SOUZA:
Bacharelanda do Curso de Direito do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA

NILCE ELAINE BYRON RAMOS
(Orientadora)

RESUMO: O presente artigo trata do estudo sobre os conflitos ocasionados pela prática da alienação parental em Manaus, objetivando analisar o fenômeno de alienação parental, e sua forma de identificação e prevenção, e investigar os casos de alienação parental registradas em Manaus identificando os tipos de alienação parental e suas sanções, e também as formas de resolução para os conflitos decorrentes da prática da alienação parental. Tendo como finalidade o estudo da Lei 12.318/2010 e na resolução se de fato é conhecida pelo alienador, e como podemos resolver os conflitos ocasionados pela prática da alienação parental. E se a mediação familiar de fato ameniza os conflitos. O procedimento aplicado ao artigo de pesquisa é monográfico com estudo de caso em que busca desenvolver um estudo quantitativo sobre a alienação parental e suas práticas, e os levantamentos da entrevista semiestruturada onde os sujeitos são os genitores envolvidos em processo judicial por divórcio. Os conflitos ocasionados pela prática da alienação parental podem ser amenizados através da mediação familiar que tem como potencial não somente para encontrar resoluções para as problemáticas das partes, mas para ajudar os sujeitos envolvidos a melhor lidarem com os conflitos.

PALAVRAS-CHAVE: Alienação parental; Lei 12.318/2010; Mediação familiar; Sanções; Conflitos.

ABSTRACT: This paper deals with the study of the conflicts caused by the practice of parental alienation in Manaus, aiming to analyze the phenomenon of parental alienation and its identification and prevention, and to investigate the cases of parental alienation registered in Manaus, identifying the types of parental alienation. and its sanctions, as well as the resolution of conflicts arising from the practice of parental alienation. Having as purpose the study of Law 12.318 / 2010 and in the resolution if it is in fact known by the alienator, and how we can resolve the conflicts caused by the practice of parental alienation. What if family mediation does soften conflicts? The procedure applied to the research article is monographic with a case study in which it seeks to develop a quantitative study on parental alienation and its practices, and the semi-structured interview surveys where the subjects are the parents involved in divorce proceedings. Conflicts caused by the practice of parental alienation can be alleviated through family mediation that has the potential not only to find resolutions to the issues of the parties, but to help the subject's involved better cope with the conflicts.

KEYWORDS: Parental alienation; Law 12,318 / 2010; Family mediation; Sanctions; Conflicts.

SUMÁRIO: 1.INTRODUÇÃO. 2. A LEI 12.318/2010. 3. A PRÁTICA DA ALIENAÇÃO PARENTAL. 3.1. Dimensões Conceituais. 3.2. Poder do Estado. 3.3. Medidas Protetivas. 4. O PRINCÍPIO DA CORDIALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO. 4.1. O Princípio da Efetividade. 5. A ALIENAÇÃO PARENTAL E A DESINTEGRAÇÃO DO COMEÇO DA CORDIALIDADE. 6. CONCLUSÃO. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

A definição da Síndrome de Alienação Parental (SAP) foi exibida pelo psiquiatra forense norte-americano Richard Gardner como uma afobação da infância ou adolescência que apareceria na conjuntura de um afastamento conjugal e cuja manifestação preliminar seria uma campanha feita por um dos pais junto à criança, para denegrir, rejeitar e odiar o outro (GARDNER, 1985).

O autor destacou três fatores que forneceriam para a "patogênese da desordem": a "lavagem cerebral" apostada pelo genitor alienador, podendo chegar a arquitetar maus-tratos e agressão sexual infantil por parte do outro progenitor, "o qual seria uma vítima, somente colaborando numa pequena percentagem dos casos por meio da sua passividade para o adiantamento da síndrome" (GARDNER, 2002).

Fatores circunstanciais e fatores inseparáveis à própria criança. Também analisada como um dos oito indícios que a criança portadora de SAP exporia, a lavagem cerebral sucederia na falta de motivos reais que a explicassem. Permaneceram descritos três tipos de SAP, apropriados a estágios progressivos de afastamento entre a criança e o genitor alucinado, de dependência do genitor alienador e de extinção da subjetividade da criança, produzindo decorrências as mais distintas (GARDNER, 1985), como o irreparável avaria das relações parentais e a probabilidade de as crianças se tornarem "selvagens e psicopatas" (GARDNER, 2002).

O ambiente mais assombroso do tratamento alvitrado por Gardner estaria à alteração imediata da criança para a casa do genitor alienado, sendo o contato da criança com o alienador proibido, "a não ser por abreviadas telefonemas", monitorados pelo guardião alienado (GARDNER, 1985).

O passadio psicoterápico exclusivo, perpetuado ao juízo e qualificado por métodos de coibição e manipulação, que chamou de "terapia da intimidação". Aos púberes relutantes à modificação de guarda, competiria fazer "uma inspeção" aos prontos-socorros psiquiátricos ou núcleos de detenção jovens "para adotarem juízo". Em casos de arguição de agressão sexual, a meninos e meninas necessitaria ser assentada em acareação com o pai em julgamento (GARDNER, 1985).

Essa empreitada foi em ampla parte culpada pela divulgação da sua teoria em múltiplos países, com inclusão no Brasil, tendo provocado, no meio lícito e da

saúde intelectual, altercações relativas à causalidade, à falta de esboços empíricos baseando sua atribuição como check-up médico, ao tratamento escolhido, e à superstição relativa à espécie (PEREZ, 2013; CLEMENTE; PADILLA-RACERO, 2015; LAPIERRE; CÔTÉ, 2016).

Abrange que a Alienação Parental é um evento antigo que ocorreu a ganhar atenção atualmente carente à nova concepção dos laços domésticos, a qual provocou maior proximidade entre pais e filhos (PEREZ, 2013).

Pesquisa recente descobriu 13,3% de prevalência em pais amadurecidos da Carolina do Norte (HARMAN et al., 2016).

Atual não apenas nos tribunais do direito de família, como ainda em processos administrativos, penais e civis Brockhausen (2011), autores se citam à alienação parental como maus-tratos psicológicos Baker e Verrocchio (2014), apresentando significado objeto de duas leis aprovadas no Brasil que presumem a amplidão da demanda social de resolução do problema:

De acordo com Brasil (2010 apud 2014), a lei da alienação parental (Lei n° 12.318, de 26/08/ 2010) e a nova lei da guarda compartilhada (Lei nº 13.058, de 22/12/ 2014).

Se por um lado o tipo de tratamento indicado por Gardner apresenta-se como recurso punitivo, traumática e violenta, por outro se abrange que, sendo a convívio familiar um direito e dever de todos, justifica-se a influência estatal quando necessário (FIGUEIREDO, 2011).

Nesse caso, a questão é como se dá essa influência e quais os seus limites: como resguardar a pessoa da violência doméstica, sem, contudo, incorrer na esfera da violência institucional por meio da medicalização e do predomínio do Estado? Por considerar inadequada a enfoque clínica do quadro, sem deixar de distinguir a conformidade quanto a evento da utilização de filhos por casais em litígio, empregaremos a seguir apenas o termo alienação parental (CLEMENTE; PADILLA-RACERO, 2015).

2. A LEI 12.318/2010

De acordo com RICHARD e GARDNER (2002), o atual artigo de pesquisa aborda o termo da alienação parental, a Lei N° 12.318 foi sancionada em 26 de agosto de 2010 e o termo foi elemento pelo psiquiatra infantil norte-americano ao qual decidiu a alienação parental como síndrome: A síndrome de alienação parental é um distúrbio da infância que surge quase exclusivamente no conjunto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegri tória contra um dos genitores, uma campanha bancada pela própria criança e que não tenha justificação. Deriva da combinação das instruções de um genitor (o que faz a "lavagem cerebral, programação doutrinação") e contribuições da própria criança para difamar o genitor-alvo. Os eventos de alienação parental têm sido descrevidos no Judiciário com bastante assiduidade e medidas têm sido tomadas com a finalidade de coibir a método da alienação parental, apesar disso existe muita falta

de conhecimento sobre o tema no qual significa de obrigação de uma abordagem mais metódica e especialmente mais objetiva. Dados fornecidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, em Manaus no ano de 2018 foram realizados 19 oficinas com média de 37 participantes por oficina, as incidências objetivavam confirmar e instruir casais com filhos em processo de divórcio.

De acordo com Brasil (2010), a Lei 12.318/2010 causou a ordem jurídica algumas sanções em seu art. 6°.

Distintas ações típicas de alienação parental ou nenhuma conduta que bloqueie a convívio de criança ou adolescente com genitor, em ação independente ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem perda da decorrente culpabilidade civil ou criminal e da vasta utilização de mecanismo processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

I - Declarar a episódio de alienação parental e advertir o alienador; II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

III - Estipular pena ao alienador;

IV - Determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

V - Determinar a alteração da guarda para guarda partilhada ou sua inversão;

VI - Determinar a fixação cautelatória do domicílio da criança ou adolescente;

VII - Declarar a suspensão da autoridade parental.

E aceita em seu artigo único, a aprovação à alteração abusiva de endereço, originando inviabilidade a âmbito familiar do genitor alienado, podendo chegar ao ponto de afastar-se a criança da residência do progenitor.

3. A PRÁTICA DA ALIENAÇÃO PARENTAL

3.1. Dimensões Conceituais

Conceito de alienação parental como sintoma não dá para trabalhar com essa ideia de síndrome. Os elementos da equipe aparecem rejeição clara ao termo doença, enquanto os juízes, reticentes, se abatem de dar conceito em área médica, mas assinalam uma confusão essencial: abordagens da alienação parental: proteção e agressão pela Physis Revista de Saúde Coletiva, eu necessitaria saber também se a doença é do ponto de vista do filho alienado, se pode analisar como doente, ou se a moléstia é do alienador, aquele que faz a desqualificação, que faz o trabalho de alienação. O questionamento da alienação parental como síndrome não desvia a presença de distúrbios psíquicos nos casos seguidos, os quais podem estabelecer fator preditivo para a alienação parental (FIDLER; BALA, 2010).

Pois às ocasiões a questão não é a alienação em si, a ponto é o problema mental que a pessoa tem e uma das principais análises feitas à acometida da alienação parental quanto síndrome é a de tomar de atitude simplista sua reconhecidamente complexa causalidade (AGLLIAS, 2015).

Distinta abertamente pelos entrevistados: Os mais modificados motivos, o mais corriqueiro deles é a infidelidade. Mas também conservar-se outros: a técnica de violência normalmente por parte do cônjuge, assuntos referentes a acidentados

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

modos de acostumar-se, status sócio parcimonioso, protótipo de vida, eventualmente discordâncias religiosas, às vezes descomedimento de álcool, utilização de drogas, tudo isso pode detonar a crise e eu compreendo que a alienação parental é mais um artifício no meio disso tudo e atearam o amiudado evento de descomedimento e outras formas de violência por parte do progenitor alienado (LAPIERRE; CÔTÉ, 2016).

De acordo com Fidler e Bala (2010), causas igualitárias e dificuldades de ampliação e personalidade da própria criança e as implicações sobre as crianças não constituíram, tidas como específicas da alienação parental: "Isso não é respectivo só à alienação, mas o feitio como os pais dirigem a educação dos filhos n ponto do limite". É digno de nota que nem um dos entrevistados empregou o termo de Sistema de Alienação Parental (SAP). Julgamento advocatício de alienação parental para mim, num julgamento cauteloso da lei, é um procedimento.

Para Perez (2013, p. 46), "a lei não aborda do artifício de alienação parental fundamentalmente como patologia, mas como expressão que merece interferência judicial, sem cristalizar inusitada solução para o contestável debate acerca de seu caráter". Membros do conjunto que se refere à adivinhação que a influência das ideias gera no comentário da lei: Esse entrosamento mais comum de que alienação parental é algo determinado por um, e padecido por outro, é um entrosamento mais senso comum, mais submergido.

Segundo Montezuma (2017), descobrimos falas que distinguem dois possíveis comentários de ato de alienação parental – ato censurável e ato de ação. O julgamento de ato tortuoso não é originado por todos os meritíssimos, mas permeia a fala de determinados e por vezes é escoltado de ajuizamentos morais ao progenitor alienador, contudo esse discorre não são devotados no seu discurso e não causam suas decisões, e pelos contermos da lei o povo abrange a conduta como um procedimento tortuoso.

Sousa (2010) separou como aspecto marcante nos boletins nacionais a aspecto de julgamentos conversa com relação ao progenitor alienador, a qual impõe à falta de fundamentação científica da teoria de Gardner e à importância na proliferação do tema.

Porém, ao explanar alienação parental como ato de litígio – É espantoso porque na maioria dos casos, o que você alcança é que é um caso do litígio conjugal, entrevistados e autores (FIDLER; BALA, 2010).

Sustentam que juntos os membros da família colaboram para a alienação: Percebo o conflito matrimonial numa perspectiva relacional, de ativa da relação. A gente depara esclarecimento para o conflito na narrativa lá de trás, onde se pode fazer um resgate com as partes dos moldes de relação, de convívio. Sendo assim, procedimentos alienadores podem acontecer inclusive em famílias intactas (BAKER; VERROCCHIO, 2015).

Atos de processo são associados a agitações familiares, tanto pela conjetura sistêmica, como pela psicanálise, para a qual a família poderia ser definida como o conjunto das categorias com as quais se realiza a acesso pelo complexo de Édipo e o tipo de enlaçamento dos elementos que o ajeitam. A família é criada pela realidade psíquica do sujeito, que profere uma forma de separar dos pais (LACAN, 1988).

O principal para a constituição do sujeito do desejo. Uma vez que a procura da completude integrada ao par mãe/criança é irremediavelmente falhada (FREUD, 1976).

O custo de ser desejante é o da castração, de abordagens da alienação parental: amparo e violência mal-estar e da insatisfação, a cada um, portanto, competindo encontrar sua atitude de lidar com esse duro fato, o que justificaria a abordagem da psicanálise no particular do sujeito (MONTEZUMA, 2017).

As duas explicações potencialmente causariam diferentes enfoques judiciais. A interpretação como ato desonesto pode levar à presunção de medidas penais, tal como o fez (VIANA, 2013).

De acordo com Pereira (2015), aconselhou a aplicação da Lei Maria da Penha para ambos os gêneros em casos de alienação aparental. Já a segunda interpretação achada, ao tomar a alienação parental como um ato de litígio conjugal, restabelecer para o campo do Direito de Família, que expede o sujeito à responsabilidade civil, desigualmente do Direito Penal.

Aceitando abordagens que administrem à responsabilização: cada um tem lá a sua característica e precisam ser ouvidos nessa sua particularidade, se é que você quer verdadeiramente fazer um trabalho que admita as pessoas perceberem como é que elas se assentam nessas situações. Dimensões de poder Medicalização É o sujeito hipotético poder. Os profissionais que se oferecem a dar disposições extremamente assertivas estão correndo o risco de normatizar a família do alvo de vista psicológico, da disposição, da normalidade.

O termo medicalização apresenta um processo pelo qual dificuldades da vida são definidas e tratadas como problemas médicos (GAMBRILL, 2014).

> A modificação da experiência da dor pelo progresso adiantada foi controvertida ao convertê-la em dificuldade técnica, a dor herança de ser um sinal que litígio análise e ponderação sobre o achaque para o qual ela distingue, tornando-se apenas assombro que exige influência exterior a fim de interrompêla. "Essa medicalização da dor, assegura ele, reduz a idoneidade que todo cônjuge possui de admitir o encargo pela sua modificação, "capacidade em que consiste justamente a saúde" (ILLICH, 1981, p. 130)".

Escolher uma produzida patologia, se trabalhar com aquela pessoa em cima de uma checklist, que o subordinado tem originada psicopatologia, você deixa de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ver o despejo, as outras probabilidades que ele tem. A compreensão da alienação parental no DSM-V (2014 apud Montezuma, 2017), teria como maior dificuldade o de considerar com uma desordem mental crianças que poderiam facilmente estar oferecendo uma reação de raiva às modificações provocadas em sua vida pela união.

O que seria da veemência da psiquiatria e da indústria farmacêutica, assim como de peritos e advogados, já que delongaria muitas disputas, somando o tempo e o custo agenciado (HOUCHIN et al., 2012).

> Determinam judicialização como "o abalo de regulação normativa e advocatícia do viver, do qual os dominados se apropriam para a resolução das agitações do cotidiano". Alguns artifícios da equipe pautam a judicialização da alienação parental à dádiva de leis e à sua extensa divulgação pela mídia: O fato de se ter designado leis no Brasil para definir esses temas que invadem na alienação parental e guarda compartilhada, revoga também patrocinando ou incitando a judicialização da existência (OLIVEIRA; BRITO 2013, p. 80).

Se por um lado a lei batiza o problema, provoca o acesso a subsídios e a busca de ajuda individualizada (BROCKHAUSEN, 2011).

De acordo com Sousa (2010), entende-se que a concepção de uma nova lei não seria imperiosa, caso se estabelecessem medidas que dirigissem o bom convívio familiar, ao invés da penalidade dos seus componentes.

3.2. Poder do Estado

A judicialização é imperiosa, apesar de o Estado pesar bastante até onde ele frequenta. Os entrevistados aludem situações que agenciam nas intervenções:

Em caso de filhos de segundo grau eu notoriamente e razoavelmente que o Estado averigue em que categorias desse divórcio vão advir como esses meninos estão sendo emaranhados, as suas necessidades. Se você quer rever a importância de um albergue alimentício, tem que vir aqui. Se você quer indagar uma paternidade, se o casal tem discrepado sobre uma partilha de domínios, o discordo tem que ser curado pelo estado julgador. Casos de revelação de alienação, de violência sexual, mesmo que a maior parte seja invenção, a gente não sabe, o estado tem que correr atrás, se de repente um que seja esteja advindo. Então, nós apresentamos que ter aqui um cuidado. Contudo, pondera-se que "quanto mais judiciais, não significa que a nação está fornecendo para uma sociedade mais democrata", equívoco que tomaria a indigência de punição como algo imperativo ao bem comum, com isso avigorando a segregação social, a culpabilização do sujeito e os artifícios penais violentas e estigmatizastes (OLIVEIRA; BRITO 2013).

Afirma Montezuma (2017 apud MELO, 2010, p. 13), descreve como agressão "qualquer circunstância em que o intérprete social perde o conceito de si como

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

submisso de locução, mediante o uso do domínio, do entusiasmo física ou de qualquer outro meio de coibição, sendo então humilhado da condição de súdito à de artifício", podendo incidir do cômodo Estado, com suas civilidades controladoras, que determinam a chamada brutalidade institucional, explanada. Um dia eles combateram e ela mostrou para ele que ela continha medidas protetivas contra ele desde quatro meses antes da confusão advir, então já tem quatro meses outra vez não seria aconselhável, ele estaria impedido de visitar a casa dela. Ela apelidou o policial, e ele foi aprisionado, uma pessoa que jamais tinha apresentado precedentes, permaneceu sete dias no CERESP, saiu com essa marca na ficha ativada e hoje não arranja emprego em ampla empresa porque adula a folha prova e tem lá presídio por Maria da Penha e a partir daí jamais mais ela aceitou ele ver o menino.

A utilização indiscriminada de ampliadores legais e de organismos judiciais pode colocar em temeridade o corpo social, designadamente as analogias entre progenitores e filhos (OLIVEN, 2010).

Assegura que não se pode adjudicar inteiramente ao Estado a extensão de predomínio, com a qual fornecem múltiplos atores igualitários por meio de um conjugado de micropoderes (FOUCAULT, 1979):

Apesar de o poder se apregoar também nas relações de espécie, marcadas por apegos culturais aprofundados e finuras disso não são consensuais, porque você labuta com a justiça com vários costumes sociais alocados (HARMAN et al., 2016).

Por outro comando, os "novos aprumados" da infância parecem abolir a vulnerabilidade infantil, indicando uma suposta autonomia do garoto que poderia dissimular a manipulação de um ou dois os progenitores, contornando-o refém daquele mais grave (BRANDÃO, 2009).

Podemos depreender que, se por um lado a integridade abona a todos a ascensão ao direito, por outro aceito a seu uso como meio de exultações individuais, desviando-se da colocação jurídica, a qual deve ser empregada, mas com equilíbrio, evitando a junção do discurso "contenho direito" com "contenho poder" (OLIVEN, 2010).

Afirma Montezuma (2017), que as extensões operativas de ação do grupo multiprofissional a lei da alienação parental previne que, existindo indício do tirocínio de ato de alienação parental, o magistrado, se imprescindível originará perícia psicológica ou biopsicossocial, artifício, contudo, amplamente empregado na prática judicial.

Praticamente em todos os episódios em que se alega alienação parental é efetivado uma perícia técnica para o apuramento, em que se almeja com a perícia é contrapor aquela pergunta se o pai ou a mãe perpetrou atos que podem ser qualificados como de alienação parental segundo o regramento que nós apresentamos, conforme a nossa lei delibera. Em caso positivo é preciso tentar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

descobrir em que conjunturas, o que aconteceu, o que está acontecendo, qual é a alcance sobre a criança. Artifícios da equipe revelam contestações quanto à percepção de perícia: É aptidão mesmo, exame, é ajuizamento. E o efeito dessa perícia, dessa análise, vai ser um laudo, um documento psicológico. Pertencente à preocupação é que eles nos estabeleçam estar nesse ambiente de dizer: há ou não existe. Quando fica simplificado para ele dar coerência ao nosso parecer, a nossa expressão, como assistente técnico, como entendedor para dizer: adveio aí ele vai aplicar a lei lá dentro do que é antevisto (MONTEZUMA, 2017).

As abordagens periciais têm um amplo peso na decisão judicial, possuindo pressão expressiva para que os profissionais cheguem a um diagnóstico indiscutível, embora não existam instrumentos aceitáveis para tal (CLEMENTE; PADILLA - RACERO, 2015).

Afirma Harman et al. (2016), a concordância em campos como a psicologia e a psiquiatria, que oferecem desiguais pontos de vista, uns inclusive imbuídos de prejuízos.

Apesar disso, os discursos lançados por peritos apreendem status de informação, e, assim, valor de veridicidade (JÚNIOR, 2010).

De acordo com Lacan (1985), os entrevistados apontam perícia de estudos psicossociais: o estudo ele não é uma ciência exata sobre o outro, é uma matéria e estamos examinando, ficamos juntos de algum feitio. A perícia é um saber sobre o distinto, o saber sobre o que é bom para o outro, de acordo com a psicanálise, só se pode proferir que onde se obteve uma resposta que advertiu o registro da carta, cujo sentido será dado depois pelo sujeito. Dentre as expressões utilizadas pelo grupo, foram referidos pela perícia, aproveitamento de testes psicológicos, estudos psicossociais, conduções, visitas assessoradas e laudos. Todos eles evidenciaram ter efetividade.

Segundo Bow et al. (2009), constituindo que a aproveitamento de testes e o acolhimento dos pais litigiosos em adjacente foram estimados os de mínima efetividade, o que acontece com a agudeza da equipe.

Enquanto entrevistados aludiam-se apenas a influências terapêuticas – "Eu compreendo que antes de introduzir-se com uma ação, o indivíduo careceria passar por um tratamento, advir por uma terapia, porque isso iria promover a compreensão, o entrosamento daquela conjuntura", autores advertem também a locação de políticas públicas que operem na anticoncepção de agentes estressores que surjam a se incluir ao conflito doméstico (AGLLIAS, 2015).

O setor de interposição engloba a intercessão propriamente dita, a composição e as oficinas de parentalidade. A combinação é um artifício breve, que busca a consignação de acordos: o conciliador tenta ali naqueles trinta ínfimos minutos, mas em algumas ocasiões ele vê que as pessoas necessitam de mais ocasião e aí ele vai conduzir para a interferência. As oficinas de parentalidade são aglomerações em abundância com progenitores e filhos, separadamente, para

controverter questões referentes ao divórcio. Apesar de sua origem atual, efeitos da lei da interferência como o alvará ou pelo menos amenização da morosidade da probidade são antecipados (DIAS, 2015).

3.3. Medidas Protetivas

Afirma Figueiredo (2011), as medidas protéticas à questão sobre o manipulo da lei, ecumênica, no protegido caso a episódio, um magistrado diz:

A lei é de maneira universal, mas no caso visível, você vai adaptar. Nós atualmente temos um princípio jurídico vigorante no Brasil estabelecido pelas cláusulas e pelos princípios. As normas são mais concluídas e os princípios são mais flexíveis. Posso adaptar e utilizar um título de acordo com o caso real. Então apesar da universidade da lei, nós no perpendicular de família temos que refletir nessa forma de aproveitamento do direito, de jeito a ser mais apaziguador, que você tenha um efeito positivo e a grande apreensão do direito de família é que essa implicação seja definitiva, que as partes não retrocedam mais tarde para solicitar uma revisão ou para confirmar um descumprimento. Essa manobra do princípio apreende implicação de apaziguamento ocorre ao serem empregadas abordagens que dão espaço à fala do súdito. Entretanto, onde se conforma o contorno da fala, o feitio punitivo é infalível: eu tento afligir nessa acepção de desconstruir essas verdades que já chegam aqui complementadas, como uma análise que já chega concluído.

Arriscar-se para que esses indivíduos possam ver outras probabilidades de ação. Atualmente, como isso não funciona aí a lei, verdadeiramente, é um ampliador extraordinário para fazer uma barra para as demasias que consecutivamente aparecem nessas lutas judiciais. O magistrado poderá justapor medidas provisórias notando e protegendo essa criança e normalmente, elas vão ter fundo negativo, não improvisando isso, não fazer aquela coisa. As medidas protetivas constituiriam: busca e inquietação da criança; regulamentação de apareces, modificação de guarda, guarda partilhada. Eu já contive caso aqui de produzir uma busca e inquietação de uma criança e logo voltei atrás, quando houve má fé de uma direção, então, designou-se uma conjuntura que na veracidade não existia. Abalroamentos da alienação parental: amparo à busca e preocupação pode ser demandado quando um progenitor não restaura os filhos no dia aderente judicialmente ou antepara a conversação dos filhos com o outro progenitor. É conceito traumático, que estabelece, muitas vezes, a interferência de força policial, originando compressões às partes e estricção à criança, por isso carecendo ser utilizada como derradeiro recurso (FIGUEIREDO, 2011).

Montezuma et al. (2017 apud NIELSEN, 2014), a guarda dividida está se tornando a saída mais prevalente no mundo, tendo a maior parte das crianças sob esse regime adquirido melhores implicações em conceitos de conforto físico, emocional, comportamental e psicológico.

4. O PRINCÍPIO DA CORDIALIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

4.1. O Princípio da Efetividade

O afeto é artifício já famoso por doutrinadores como uma menção à construção das analogias em família. Igualmente se acentua tal artifício em texto de Dias (2009), como embasamento de um fluxo doutrinário que avalia ser este um dos subsídios base para apreensão do atual autoridade de família.

O princípio da cordialidade interessa a essa altercação por desbiologizar a paternidade e priorizar o ligamento de afeição no ambiente familiar adentrando o conceito de parentalidade socio afetiva que, em texto de Tartuce (2015) é mencionado como citação a uma nova forma de consanguinidade civil.

> Afirma Tartuce (2015, p. 8) interpretando textos da Constituição Federal classifica em quatro os "fundamentos essenciais do princípio da afetividade", assim distribuídos:
> 1º - a igualdade dos filhos independentemente da sua origem, conforme art. 226, § 6º da CF;
> 2º - a adoção como escolha afetiva com igualdade de direitos (§ 5º e § 6º do art. 226 da CF);
> 3º - A comunidade forma por qualquer dos pais e seus descendentes, incluindo os adotivos, com a mesma dignidade de família § 4º do art. 226 da CF;
> 4º - O direito à convivência familiar como preferência absoluta da criança e do adolescente (art. 227):

Acentua-se nesse quarto parágrafo que a convivência familiar é direito fundamental já reconhecido também no Estatuto da Criança e do Adolescente, mediante lei n° 8.069/90, segundo se vê no caput do art. 19 desse dispositivo:

Art. 19 - Toda criança ou jovem tem direito a ser criado e civilizado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, garantida a coexistência familiar e comunitária, em ambiente aberta da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes (BRASIL, 1990).

Nessa definição, convém destacar que atos como o da técnica da alienação parental que atrasa a relação de afeto da criança ou do adolescente em ambiente familiar, prevenindo o acréscimo normal da personalidade desses sujeitos de direito, fere, por assim dizer, um direito fundamental e, por consecutiva, configura-se como agravo ao princípio da afetividade.

De acordo com Rosenvald (2007), o início da cordialidade não está expressamente organizado na Constituição Federal de 1988, nem no Código Civil. Esse princípio pode ser explanado analisando o art. 1°, inciso III, § 7° do art. 226 e caput do art. 227 da Constituição Federal, na indigência de afinidades domésticas embasadas em casos de reverência, cordialidade e vínculo jurídico. Aborda de um começo que tem como desígnio apreciar mais as pessoas "na característica singular que lhes é efetiva", assim como as analogias familiares aperfeiçoando as pessoas mais humanas em suas analogias com seus sujeitos. Ao ilustrar acerca da

benevolência, cita que esta é o embasamento que forma as relações sociais e as analogias em família, sendo um artifício formidável para que essas analogias se deem com reverência. Outro ponto extraordinário que se destaca quando se fala desse título é o fato de o afeto estar adjunto à solidariedade que as pessoas usam quando necessitam compartilhar apegos.

Aborda esse termo, Cabral e Lacerda (2015) dizem que:

> A dependência recíproca se estabelece indispensável especialidade do grupo que coloca laços afetivos, decompõem um espaço anatômico e seus conhecimentos enternecerem-se, muitas ocasiões, dividindo alegrias e sucessos, por diferentes, dores e abortos, cujo desígnio maior é consentir mutuamente às necessidades e afiançar o direito ao decoro de cada um de seus membros (CABRAL; LACERDA, 2015).
>
> Confirmam Farias e Rosenvald (2008, p. 72) ao pensarem que: a afeição diferencia a entidade familiar como uma adequada rede de dependência recíproca, construída para o incremento da pessoa, não se admitindo que uma delas possa contravir a natural certeza colocada por outra, que consistente em ver asseverada a dignidade humana, afirmada constitucionalmente. O ambiente basilar que dá denominação ao Princípio da cordialidade, o afeto, atarraca-se com termos como "laços afetuosos", "cuidado com o distinto", "afabilidade" ou ainda "dolo", todos os subsídios sem os quais se contornaria impraticável construir boas cláusulas de coexistência e analogias em família.

5. A ALIENAÇÃO PARENTAL E A DESINTEGRAÇÃO DO COMEÇO DA CORDIALIDADE

De acordo com Cabral e Lacerda (2015), ato de alienação parental é explanado como ato que fere verticalmente da criança e do jovem em diálogo familiar. Nesse sentido, é admissível dizer que em uma ascendência na qual se tenha confirmado essa prática, existe uma desintegração do princípio da afabilidade e por assim pronunciar podem-se tornar ambíguas as relações de afeição ali construídas. Atentar com responsabilidade resguardando o outro é uma circunstância de afeto e, assim, combinado com as posições ostentadas pelos progenitores e demais cuidadores na família. Uma linhagem na qual se preze pelas boas afinidades afetivas deverá utilizar-se, em questão, três feitios, quais sejam: "criar concretos ligações afetivos, assistencial a dinâmica das analogias familiares transversalmente da cooperação recíproca e tornar mínimo os burburinhos a fim de promover a estabilização no âmbito familiar" e ainda pontuam os valores que podem ser direcionados a essa qualidade de afabilidade no ambiente familiar. Ou consistir em,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

uma genealogia que está se formando em analogia de afeto e de importância, deverá estabelecer a partir de uma base adequada de reverência, confiança, cuidado, aplicação e afeto, que seja no domínio das analogias hierárquicas nível de hierarquia íntima, padrão: de irmão para irmão ou verticais marcada por desiguais níveis hierárquicos. Exemplo: criador para filho.

De ocorrência, o domínio do "indivíduo" é a que se liga espontaneamente à cautela da decência da pessoa humana, pois muito mais admiráveis são os valores a ela inseparáveis do que aqueles que se aludem aos direitos individuais, de substância patrimonial. Igualmente, os direitos pessoais ou existenciais abrangem uma gama muito maior e imensamente mais preciosa que os direitos puramente materiais. Justamente por afligir com esse objeto de estudo de fundo ético, as questões referentes à família se acolchoam de especial importância carecida ao seu caráter de perpendicular extrapatrimonial, decorrentes da compostura da pessoa humana e assim, fica abrangido que o princípio da afabilidade normatiza relações de coexistência humana entre pessoas que fazem parte de um próprio grupo igualitário e a família abarca como um dessas abundâncias (CABRAL; LACERDA, 2015).

6. CONCLUSÃO

A teoria da alienação parental, proporcionada sob o feitio de uma lógica adequada e circular, manifestou-se absolutamente contraditória do ponto de aspecto psiquiátrico, tanto a partir-se da ficção quanto a partir da inteligência dos entrevistados, que apreendem a alienação aparental, como uma desordem familiar e não como um incômodo.

Apareceu-se de fundamental acuidade a análise do feito no caso a caso das procedências e dos sujeitos submergidos, contudo, perder de aspecto o argumento social, político e parcimonioso no qual se implanta despedir a obrigação de políticas evidentes que operem preventivamente.

Os laços afetuosos permitem que as pessoas se amem se reverenciem e almejem a felicidade mutuamente, os estilos que permitem edificar pontes sobre os abismos emocionais, ligando os indivíduos por vínculos inexauríveis.

O apego é o propulsor do incremento do senso de deferência e de amanhado nas analogias familiares, e a alienação parental se desponta como um violento contorno de importunado aos princípios acertados do princípio da afetividade, posto que antepare que a criança ou o jovem relacione-se de feitio saudável com os seus progenitores, biológicos ou afetuosos, deixando, desse formato, de amanhar o afeto vivente entre eles, e advertimos a importância de futuros esboços sobre cada acometida operativa designadamente. Este artigo pode ser estudado para próximos artigos sobre alienação parental em diversas categorias a que se irão realizar os estudos futuros sobre o assunto abordado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

AGLLIAS, K. **Difference, Choice, and Punishment: Parental Beliefs and Understandings about Adult Child Estrangement.** Australian Social Work, v. 68, n. 1, p. 115-129, 2015. Acesso em: 15 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Acesso em: 17 ago. 2019.

BRASIL. **Lei n° 13.058, de 22 de dezembro de 2014**. Disponível em: Acesso em: 08 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 80.69, de 13 de julho de 1990**. Acesso em: 14 jun. 2019.

BAKER, A. J. L.; VERROCCHIO, M. C. **Parental Bonding and Parental Alienation as Correlates of Psychological Maltreatment in Adults in Intact and Non-intact Families.** Journal of child and family studies, v. 24, p. 3047-3057, out 2015. Acesso em: 16 set. 2019.

BOW, J. N. et al. **Examining Parental Alienation in Child Custody Cases**: **a survey of mental health and legal professionals**. The American Journal of Family Therapy, v. 37, p. 127-145, 2009. Acesso em: 10 set. 2019.

BRANDÃO, E. P**. Por uma Ética e Política da Convivência**. Um breve exame da "Síndrome de Alienação Parental" à luz da genealogia de Foucault, 2009. Acesso em: 06 jul. 2019.

BROCKHAUSEN, T. **Síndrome de Alienação Parental e Psicanálise no Campo Psicojurídico.** De um amor exaltado ao dom do amor. Dissertação de mestrado, Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Acesso em: 09 jul. 2019.

CABRAL, T. B; LACERDA, H**. Afetividade como Fundamento na Parentalidade Responsável**. Acesso em: 5 abr. 2015. Acesso em: 09 Jul. 2019.

LEMENTE, M.; PADILLA-RACERO, D. **Are Children Susceptible to Manipulation**? The best interest of children and their testimony. Children and Youth Services Review, n. 51, p. 101-107, 2015. Acesso em: 11 set. 2019.

DIAS, M. B. **A Mediação e a Conciliação no Novo CPC**, 2015. Acesso em: 12 set. 2019

DIAS, M. B. **Manual de Direito das Famílias.** 5° ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. Acesso em: 25 ago. 2019.

DSM-V: **Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais.** 5ª Ed. American Psychiatric Association. Porto Alegre: Artmed, 2014. Acesso em: 26 ago. 2019.

FARIAS C. C. de; ROSENVALD, N. **Direito das famílias**. p.72. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Acesso em: 01 set. 2019.

FIDLER, B. J.; BALA, N. **Children Resisting Postseparation Contact with a Parent: concepts, controversies and conundrums**. Family Court Review, v. 48 n. 1, p. 10-47, 2010. Acesso em: 04 set. 2019.

FIGUEIREDO, M. R. S. **A Intervenção Estatal na Convivência Paterno/materno-filial: tensões entre o poder estatal e o poder familiar**. Jurisprudência Revista OABRJ, Rio de Janeiro, v. 27, n. 2, p. 175-198, 2011. Acesso em: 05 set. 2019

FOUCAULT, M. **Microfísica do Poder.** Rio de Janeiro: Graal, 1979. Acesso em: 15 set. 2019

FREUD, S**. O Mal-estar na Civilização.** In: Edição Standard Brasileira das Obras Psicológicas Completas. Trad. Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, v. XXI 1976. Acesso em: 11 Jul. 2019.

GAMBRILL, E. **The Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders as a Major Form of Dehumanization in the Modern World**. Research on Social Work Practice, v. 24, n. 1, p. 13-36, 2014. Acesso em: 17 set. 2019.

GARDNER, R. **O DSM-IV:** tem equivalente para o diagnóstico de SAP? Trad. Rita Rafaeli, 2002. Disponível em: Acesso em: 03 ago. 2019.

GARDNER, R. **Recent Trends in Divorce and Custody**. Academy Forum, v. 29, n. 2, 1985. Acesso em: 21 ago. 2019.

HARMAN, J. J. et al. **Parents Behaving Badly: gender biases in the perception of parental alienating behaviors.** American Psychological Association. Journal of Family Psychology, v. 30, n. 7, p. 866-874, out 2016. Acesso em: 15 set. 2019.

HOUCHIN, T. M. et al. **The Parental Alienation Debate Belongs in the Courtroom, not in DSM-5**. Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law, v. 40, p. 127-31, 2012. Acesso em: 19 set. 2019.

ILLICH, I. **A Expropriação da Saúde: nêmesis da medicina**. p. 130. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1981. Acesso em: 21 set. 2019.

JUNIOR, H. C. M. **Um Psicólogo no Tribunal de Família: a prática na interface direito e psicanálise**. Belo Horizonte: Editora Arte Sã, 2010. Acesso em: 24 ago. 2019.

LACAN, J. **O Seminário. Livro 3: as psicoses**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985. Acesso em: 23 set. 2019.

LACAN, J. **O Seminário. Livro 11: os quatro conceitos fundamentais da psicanálise**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1988. Acesso em: 24 set. 2019.

LAPIERRE, S.; CÔTÉ, I. **Abused Women and the Threat of Parental Alienation: shelter workers' perspectives.** Children and youth services review, n. 65, p. 120-126, 2016. Acesso em: 25 ago. 2019.

MELO, E. M. **Podemos Prevenir a Violência: teoria e prática**. Brasília: Organização Pan-americana da Saúde. P. 13. 2010. Acesso em: 20 ago. 2019.

MONTEZUMA, M. A. **Alienação Parental: diagnóstico médico ou jurídico?** In: DIAS, M. B. (Coord.) Incesto e alienação parental, 4ª ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. Acesso em: 25 ago. 2019.

NIELSEN, L. **Shared Physical Custody: summary of 40 studies on outcomes for children.** Journal of Divorce & Remarriage. Vol. 55, p. 614-636, 2014. Acesso em: 27 ago. 2019.

OLIVEIRA, C. F. B.; BRITO L. M. T. **Judicialização da Vida na Contemporaneidade.** Psicologia: Ciência e Profissão. Brasília. Vol. 33, n. esp., p. 78-89, 2013. Acesso em: 29 ago. 2019.

OLIVEN, L. R. A. **Alienação Parental: a família em litígio.** Dissertação (Mestrado em Psicanálise, Saúde e Sociedade) - Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, 2010. Acesso em: 21 ago. 2019.

PEREIRA, R. C**. Dicionário de Direito de Família e Sucessões: ilustrado**. São Paulo: Saraiva 2015. Acesso em: 22 ago. 2019.

PEREZ, E. L. **Breves Comentários Acerca da Lei da Alienação Parental.** Incesto e alienação parental de acordo com a Lei 12.318/2010 (Lei de Alienação Parental). p. 46. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo: 2013. Acesso em: 27 ago. 2019.

RICHARD A.; GARDNER. M.D. **O DSM-IV: tem equivalente para diagnóstico de Síndrome de Alienação Parental (SAP).** Departamento de Psiquiatria Infantil da Faculdade de Medicina e Cirurgia da Universidade de Columbia, New York - EUA, 2002. Acesso em: 15 set. 2019.

ROSENVALD, N. **Dignidade Humana e Boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva 2007. Acesso em: 16 set. 2019.

SOUSA, A. M**. Síndrome da Alienação Parental: um novo tema nos juízos de família.** São Paulo: Cortez Editora, 2010. Acesso em: 28 ago. 2019.

TARTUCE, F. **Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro.** 2010. P. 8. Disponível em: Acesso em: 1 abr. 2015. Acesso em 19 set. 2019.

VIANA, M. R. S. **Possibilidade da Aplicação da Lei Maria da Penha nos Casos de Alienação Parental.** Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, v. 20, n. 37, p. 213-222, 2013. Acesso em: 12 ago. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

INEFICÁCIA DAS MEDIDAS PROTETIVAS NO ÂMBITO DA LEI MARIA DA PENHA Nº. 11.340/2006

MAYARA SAMPAIO DA COSTA:
Graduanda em Direito 2019 no CIESA/AM.

GUILHERME GUSTAVO VASQUES MOTA

(Orientador) [1]

RESUMO: Este artigo objetiva abordar um estudo dedutivo objeto dirigido à ineficácia das medidas protetivas no âmbito da lei Maria da Penha nº. 11.340/2006, de 07 de agosto de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, a qual é designada penalizar com mais rigor a violência doméstica praticada contra a mulher. No intuito de verificar a ineficácia das medidas frente à Lei nº. 11.340. Uma vez que as causas e consequências desse tipo de violência vêm provocando nas suas vítimas danos irreversíveis, atingindo a honra, a moral, o psicológico, a dignidade e a saúde para o resto da vida. Para este fim, foram utilizados a jurisprudência, as súmulas, os enunciados e entendimentos de casos recorrentes que tem sido parâmetro para solucionar as divergências encontradas nas doutrinas, assim como doutrinas e artigos já publicados. A Lei Maria da Penha deixa bem claro em seu art. 1º à razão de sua existência, pois veio para inibir, ao mesmo tempo em que cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do parágrafo 8º do artigo 226 da Constituição Federal. Como resultado, verificou-se, os questionamentos, tais como: as principais modificações da Lei Maria da Penha, as consequências frente às medidas da Lei Maria da Penha e a ineficácia frente às medidas da Lei Maria da Penha, ocorridas na legislação brasileira com o advento da Lei nº. 11.340/06 no combate à violência a mulher. Conclui-se que as modificações trazem mais segurança contra atos de violência contra incolumidade, agressão física, psicológica, moral minorando tais intenções.

Palavras-chave: Ineficácia; Medidas; Lei Maria da Penha.

ABSTRACT: This article aims to approach a deductive study object directed to the ineffective of protective measures under the law Maria da Penha no. 11,340 / 2006, of August 7, 2006, known as the Maria da Penha Law, which is designed to more strictly penalize domestic violence against women. In order to verify the ineffectiveness of the measures against Law No. 11.340. Since the causes and consequences of this type of violence have been causing irreversible damage to their victims, reaching honor, morals, psychological, dignity and health for the rest

of their lives. For this purpose, case law, summaries, statements and understandings of recurring cases that have been used as a parameter to resolve the divergences found in doctrines, as well as doctrines and articles already published, were used. The Maria da Penha Law makes it very clear in its art. 1) the reason for its existence, because it came to inhibit, while creating mechanisms to curb and prevent domestic and family violence against women, pursuant to paragraph 8 of article 226 of the Federal Constitution. As a result, the following questions were verified, such as: the main modifications of the Maria da Penha Law, the consequences of the Maria da Penha Law measures and the ineffectiveness of the Maria da Penha Law measures, which occurred in Brazilian law with the advent of Law 11,340 / 06 in the fight against violence against women. It is concluded that the modifications bring more security against acts of violence against unhealthiness, physical, psychological and moral aggression by undermining such intentions.

Keywords: Ineffectiveness; Measures; Maria da Penha Law.

Sumário: Introdução; 1 Aspectos Conceituais Violência Contra Mulher e a Lei Maria da Penha; 1.2 Lei Maria da Penha Origem; 1.3 Principais Modificações da Lei Maria da Penha; 1.4 Conseqüências Frente às Medidas da Lei Maria da Penha; 1.5 Ineficácia Frente às Medidas da Lei Maria da Penha; 1.6 Doutrina da Lei Maria da Penha; 1.7 Lei Maria da Penha Caso Concreto; Conclusão; Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A temática do artigo visa mostrar referências relevantes sobre à ineficácia das medidas protetivas no âmbito da lei Maria da Penha nº. 11.340/2006. Logo. tal fenômeno se fez presente em todos os momentos contextuais, políticos, públicos e sociais da história brasileira e que somente após o advento da Lei nº. 11.340/06, mais conhecida como Lei Maria da Penha, em vigor por volta de treze anos, em 2019, o Estado brasileiro criou mecanismos para coibir este tipo de violência, tornando mais rigorosas as punições para os agressores.

Outro fato, expressivo são as questões culturais relacionado à fragilidade da mulher que reflete o machismo, patriarcalismo e outros tipos de subjugação do gênero feminino ainda são os fatores mais determinantes nos casos de violência doméstica, dessa forma gerando qualquer ato ou conduta baseada no gênero que cause morte, dano, sofrimento físico, sexual, psicológico, material ou moral à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada. Essa violência que acontece todos os dias e que tem resultados traumáticos também para os filhos, que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

presenciam cenários de violência contra a mulher, sem pretensão a idade ou condição social.

A violência contra mulher geralmente possui motivação fútil. Alcoolismo, drogadição e questões financeiras são fatores exacerbadores, mas é o machismo revelado no sentimento cotidiano de posse que determina a maioria absoluta. Estas são principais afirmações dos agressores que vêem as mulheres como objetos de sua propriedade, e ainda tentam culpá-las pelo ocorrido. Tudo isso é fruto culturais, tornou-se um problema de saúde pública, haja vista a crescente constatação de que a violência doméstica está associada a traumas físicos e mentais, o que leva muitas mulheres a procurar constantemente serviços de saúde.

O episódio da violência contra mulher é universal e se confunde com a própria história da família. A mulher nasceu para obedecer ao pai e depois ao marido, sem ter qualquer direito estava proibida de votar e ganhar o próprio sustento, exercendo as atividades subalternas, tais como cuidar dos filhos e da casa. Assim ficou submissa ao marido, o qual está incumbido de trabalhar e prover o sustento da mulher e dos filhos, exercendo assim o poder sobre toda a família.

Este método aplicado ao estudo indutivo objeto dirigido à ineficácia frente às medidas a Lei nº. 11.340, de 07 de agosto de 2006. Deparando-se com dados trazidos pelo relatório acerca da violência contra a mulher do DataSenado, que mostra que mais de 13 milhões e 500 mil mulheres já sofreram algum tipo de violência (Brasil, 2013, p.2). O Brasil é o 7º no ranking dos países que mais matam mulheres. Quase 40% das mulheres afirmam ter procurado ajuda logo após a primeira agressão. Para as demais, a tendência é buscar ajuda na terceira vez em diante ou não procurar ajuda alguma. (BRASIL, 2013, p.6).

Por meio dessas premissas, Lacerda; Lima; Lacerda (2019) citam que, o legislador analisou todas as hipóteses plausíveis para assegurar a vítima o problema que se encontra está na efetiva aplicação das mesmas em virtude da desestruturação daqueles que deveriam proporcionar que tais imposições judiciais sejam cumpridas.

Ao referenciar a violência contra a mulher, o Estado e a Justiça encontram dificuldade para fiscalizar e aplicar as medidas que, das protetivas de urgência, que são de fundamental importância em boa parte dos casos em que a mulher vive sobre constante violência e ameaça. Outro ponto importante é que apenas o juiz pode determinar a aplicação das medidas protetivas de urgência no prazo de no máximo 48 horas, porém, em muitas situações esse prazo se torna a causa de muitas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

mortes, já que a vítima fica desprotegida, a mercê do agressor, que está ainda mais violento depois de saber que foi denunciado. (CARVALHO, 2014).

A constituição federal Brasileira no art.5. °, coloca o Brasil como estado democrático de Direito que tem entre seus valores principais a dignidade da pessoa humana, a igualdade entre homem e mulher e a integridade física.

Contudo os índices de violência contra a mulher são gritantes, neste sentido o parlamento editou e o presidente sancionou a Lei nº. 11.340/2006 Lei Maria da Penha, estabelecendo medidas protetivas ás mulheres.

Esta pesquisa tem como problemática: após o surgimento das medidas protetivas, diminuiu o índice de violência doméstica no Brasil?. Visando reconhecer que a violência doméstica e familiar como violação dos direitos humanos das mulheres, A ineficácia das meditas protetivas, a vulnerabilidade das vítimas diante dos opressores.

Na hipótese temos: a principal causa das medidas protetivas não serem eficazes é a falta de fiscalização, deixando assim claro que com o surgimento da mesma não diminuiu o índice e sim aumentou.

Quanto aos objetivos gerais e específicos temos:

- Demonstrar a ineficiência das medidas protetivas;

- Analisar a legislação da Lei Maria da Penha;

- Verificar quais são as medidas protetivas no ordenamento jurídico Brasileiro na legislação Maria da Penha.

- Verificar e analisar estatisticamente sobre a realidade desses processos.

Todos estes aspectos foram abordados dando ênfase a cada um deles nesta pesquisa.

Quanto à metodologia Este estudo será baseado pelo método indutivo que tem como premissa abordar uma parte específica até chegar ao geral, neste caso visa analisar os aspectos da ineficácia das medidas protetivas no âmbito da lei Maria da Penha nº. 11.340/2006. Com a técnica revisão bibliográfica para consulta em livros, revistas, artigos e sites especializados na internet, através da leitura documental para compilação dos dados relevantes para subsidiar a pesquisa.

1 ASPECTOS CONCEITUAIS VIOLÊNCIA CONTRA MULHER E A LEI MARIA DA PENHA

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Primeiramente, conceitua-se violência, em seu sentido amplo, para depois diferenciar o que vem ser violência contra a mulher, violência doméstica e familiar, expressão freqüentemente confundida e tratada como sinônimas pelas mídias de comunicação e pela sociedade em geral.

Uma vez, presente em todas as fases da história, nos últimos anos a violência contra mulher tornou um problema central para a humanidade sendo mais amplamente discutido e estudado por várias áreas do conhecimento, tornando-se um grande desafio a ser enfrentado pela sociedade contemporânea.

A palavra violência deriva do Latim "*violentia*", que significa veemência, impetuosidade. Tratando-se de direitos humanos, a violência abrange todos os atos de violação dos direitos: civis (liberdade, privacidade, proteção igualitária); sociais (saúde, educação, segurança, habitação); econômicos (emprego e salário); culturais (manifestação da própria cultura) e políticos (participação política, voto).

Conceitua-se a violência contra a mulher como, qualquer ato de discriminação, agressão ou coerção ocasionada pelo simples fato de ser a vítima mulher e que lhe cause dano, morte, constrangimento, limitação, sofrimento físico, sexual, moral, psicológico, político, econômico ou perda patrimonial. (Brasil, 2006).

Violência doméstica segundo Cavalcanti (2007) é toda ação ou omissão praticados por pais, parentes ou responsáveis, contra crianças e adolescentes, sendo capaz de causar dano físico, sexual ou psicológico à vítima. No que conduz a implicação de um lado uma transgressão de poder do adulto e, de outro, uma coisificação da infância, sendo uma negação do direito que crianças e adolescentes onde são tratados como sujeitos e como pessoa em condição peculiar de desenvolvimento.

Silva (2018) aborda, a violência doméstica familiar, em um envolvimento dos membros de uma mesma família, compreendido pela comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais (pai, mãe, filha), ou civis (marido, padrasto e outros), por afinidade (primos, tio do marido) ou afetividade (amigo ou amiga que mora na mesma casa). E ainda existe a violência em qualquer relação íntima de afeto, como no namoro.

1.1 A Mulher na Sociedade Brasileira Contexto Histórico

Cavalcanti (2007) aborda o estudo evolutivo da mulher na sociedade com o advento dos primeiros colonos portugueses no Brasil, foi marcado pela repulsa conotação da escravidão e abuso sexual, das escravas índias que encontravam e

mantinham ao seu poder, tornou-se uma prática comum, já que poucas mulheres portuguesas se dispuseram a fazer a longa travessia do Atlântico para o Brasil.

Outro feito é a luta pela independência das mulheres segundo Campos (2008), a mais famosa entre as brasileiras foi Maria Quitéria de Jesus, que disfarçada de homem foi combater portugueses na Bahia na guerra da independência. Os emissários do governo saíram pelo país à procura de inscrever voluntários para a guerra. O pai de Maria Quitéria não tinha filho homem e já se encontrava em idade avançada para lutar. Entusiasmada pelo ideal de luta ela resolveu fugir de casa para travar essa batalha.

Alega que a segunda metade do século XIX, tornou-se mais comum alguns fazendeiros abastados permitirem às suas filhas ler, escrever, tocar piano e falar francês, enquanto que outros zombavam dessas novidades, por considerá-las inúteis para uma futura dona de casa. (SOUZA, 2008).

Segundo Freyre (2019) quanto aos escravos casados, de acordo com os costumes da época deviam viver separados encontrando-se brevemente à noite, na senzala. Os casamentos eram raros e era comum a prática da poligamia, uma vez que era de interesse dos fazendeiros o nascimento de filhos de mães solteiras, que o enriqueciam. As escravas negras eram tratadas como reprodutoras.

Trindade (2016) cita que, na última metade do século XIX, começaram a ser editados os primeiros jornais pelas mulheres, que defendiam os direitos femininos. Os textos desses jornais falavam da importância da educação das mulheres em benefício delas próprias e da sociedade e ilustravam claramente a posição inferior da mulher casada no Brasil. Também versavam sobre a ignorância dos poucos direitos a elas conferidos e por fim reivindicavam a emancipação política pelo direito de votarem e serem votadas.

Cavalcanti (2007) aborda que, no final do século XIX as mulheres começaram a usufruir os frutos de suas lutas, deixando a trabalho doméstico para trabalharem em indústrias brasileiras (especialmente nas têxteis) embora seus salários fossem muito inferiores aos dos homens que exerciam a mesma tarefa.

1.2 Lei Maria da Penha Origem

A Lei nº. 11.340, de 7 de agosto de 2006 que reestrutura o ordenamento jurídico no que diz respeito à violência contra a mulher, foi publicada no dia 8 de 15 agosto de 2006. (Brasil, 2006).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Souza (2008) relata que, a nova lei, que passa a vigorar no dia 22 de setembro de 2006, vem para atender a um clamor contra a sensação de impunidade despertada em muitos pela aplicação da Lei do Juizado Especial Criminal aos casos de violência doméstica e familiar praticada, especialmente, contra a mulher.

Rocha (2009) cita a criação dos mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.

As medidas de proteção que obrigam o agressor estão arroladas no artigo 22 da Lei nº. 11.340/2006, quais sejam:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº. 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais a aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor. (BRASIL, 2006);

a) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

b) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

1.3 Principais Modificações da Lei Maria da Penha

Oliveira Júnior; Secanho (2018) citam a publicação da Lei nº. 13.641, de 3 de abril de 2018, que alterou a Lei Maria da Penha, para incluir o artigo 24-A, tipificando

o crime de descumprimento de medidas protetivas de urgência, nos seguintes termos:

Descumprir decisão judicial que defere medidas protetivas de urgência previstas nesta Lei: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

§ 1o A configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas.

§ 2o Na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder fiança.

§ 3o O disposto neste artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis. (BRASIL, 2018).

Esta relevante inovação legal, verdadeira *novatio legis incriminadora*, acaba por encerrar uma notável batalha nos tribunais de nosso país: apesar dos respeitáveis entendimentos contrários, o STJ havia firmado entendimento no sentido de que o descumprimento das medidas protetivas de urgência não caracterizava o crime de desobediência.

Deste modo, a partir da data de publicação da Lei nº. 13.641/18, não há mais o que discutir a respeito: caso o agente venha a descumprir quaisquer das medidas protetivas de urgência, a ele impostas, fatalmente incorrerá nas penas do novo artigo 24-A da Lei Maria da Penha. Trata-se, pois, de um tipo penal autônomo, com destinatário certo.

Outras modificações que rege a Lei Maria da Penha estão inseridas os programas de registro de informações sobre violência contra mulheres segundo PLS 08/16 incluem:

Políticas de enfrentamento

O projeto visa integrar os órgãos de atendimento à mulher em situação de violência no âmbito dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. São diretrizes da Política Nacional a produção ágil e transparente de informações sobre a situação de violência contra a mulher no país e o incentivo à participação social por meio da oferta de dados consistentes que possibilitem a avaliação crítica das políticas de enfrentamento à violência contra mulheres.

Fazem parte dos objetivos do projeto produzir informações amplas sobre o tipo de violência praticada, como o perfil das mulheres agredidas, o local das ocorrências, as características do agressor, entre outros e integrar e subsidiar a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

elaboração e avaliação da Política Nacional pelo Enfrentamento à Violência contra as Mulheres.

Cadastro de informações

Para que as metas sejam cumpridas, o texto determina que o poder público crie um cadastro nacional de informações, um banco de dados digital com dados atualizados sobre a violência contra a mulher.

Esse cadastro terá local, data, hora da agressão, meio utilizado, detalhamento da agressão e tipo de delito; características da agredida e do agressor, como idade, raça/etnia, profissão, escolaridade e relação com o algoz; o histórico de ocorrências registradas pelos órgãos policiais envolvendo violência, tanto da agredida, quanto do agressor e inquéritos abertos e encaminhamentos.

Medidas Protetivas

Além disso, o cadastro terá a quantidade de medidas protetivas pedidas pelo MP e pela agredida; a quantidade de processos julgados, os prazos de julgamento e sentenças proferidas e as medidas de reeducação e ressocialização e atendimentos prestados à agredida pelos órgãos de saúde, de assistência social, delegacias e organizações da sociedade civil.

O projeto também determina que a implantação da Política Nacional pelo Enfrentamento à Violência contra as Mulheres será acompanhada em nível nacional por um comitê formado por representantes dos três Poderes (PLS 08/16).

Um mecanismo que vem chamando atenção por sua eficácia é o monitoramento eletrônico, também denominado por "Botão do Pânico", que teve grave destaque após sua implantação no Espírito Santo, o Estado brasileiro com a taxa mais elevada de morte de mulheres vitimadas pela violência doméstica, a prática consiste da seguinte forma: a vítima após obter deferida a determinação de medida protetiva e preenchidos alguns requisitos portam um dispositivo eletrônico que contém GPS e gravador, no momento em que o botão é apertado aciona-se a central de monitoramento que contem viaturas sempre dispostas e que se dirigem imediatamente ao local orientadas pelo GPS do aparelho eletrônico, a gravação que também é ativada conjuntamente tem sido um grande aliado na conjuntura de provas para o processo que irá se seguir. O projeto foi premiado pelo Instituto Innovare na categoria Tribunal no ano de 2013 e tem sido um forte aliado no cumprimento das medidas para com as mulheres do Espírito Santo, esse dispositivo garante que mesmo sem a fiscalização pessoal de um agente público 24hs com a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

ofendida, está terá a possibilidade em mãos de acionar numa situação de risco uma viatura que está sempre em prontidão para atendê-la e assim com celeridade evitar que algo mais gravoso aconteça. (BRASIL, 2016, p.7)

1.4 Conseqüências Frente às Medidas da Lei Maria da Penha

A Lei não especifica nenhum crime contra a mulher, contudo, traz a definição de violência contra a mulher, como "qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial". (artigo 5º, *caput*, Brasil, 2006)

A definição de violência doméstica e intrafamiliar, a qual é denominada pela Lei como familiar também, encontra-se no artigo 5º e seus incisos. (Brasil, 2006).

A violência doméstica será compreendida como toda ação ou omissão, referida no *caput*, do artigo 5º (Brasil, 2006), ocorrida no "espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas" (inciso I, Brasil, 2006). No espaço doméstico o agressor não necessita de possuir relações familiares com a vítima, mas deve, necessariamente, conviver com ela. O termo "esporadicamente agregado" traz a noção de relacionamento provisório, típica da relação de emprego doméstico.

Já a violência familiar ocorre quando praticada contra membros de uma mesma família, esta entendida como a "comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa". (inciso II, Brasil, 2006).

Segundo Paes (2017) a lei contempla, ainda, as medidas protetivas de urgência, que são importantíssimas para prevenir crimes mais graves. Lembremos, também, que a lei determina o desenvolvimento de políticas públicas para o integral atendimento da vítima, inclusive, com o abrigamento, encaminhamento ao mercado de trabalho e atendimento psicossocial. Além disso, em razão da lei, Promotorias de Justiça especializadas em violência doméstica foram criadas, Varas e Defensorias especializadas.

Também foram criados grupos multisetoriais para o debate e a implementação da legislação com participação de diversas esferas do Ministério Público, Poder Judiciário e Poder Executivo. Por fim, foram desenvolvidos projetos de sensibilização da polícia, de agentes de saúde, de acolhimento de vítimas e ressocialização do agressor. Todos estes elementos de luz possuem uma grande sombra e muitos desafios. (PAES, 2017).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

1.5 Ineficácia Frente às Medidas da Lei Maria da Penha

Para Paes (2017) a ineficácia frente às medidas da Lei Maria da Penha tange o processo legislativo editado pelos parlamentares, envolvidas no patamar cada vez mais conservador, prejudicando muitas conquistas femininas, transformando-se em um verdadeiro retrocesso.

Outro problema ainda freqüente é a subnotificação, apesar de agora existir a lei protetiva, muitas mulheres deixam de procurar sua proteção. Além disso, 10% das mulheres sofreram ameaça de violência física, 8% sofreram ofensa sexual, 4% receberam ameaça com faca ou arma de fogo. Contudo, a mesma pesquisa mostrou que, entre as mulheres que sofreram violência, apenas 11% procuraram uma delegacia.

Pesquisa do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, realizada pelo Instituto Datafolha no início de 2019, mostra que no ano passado 27,4% das brasileiras acima dos 16 anos passaram por algum tipo de violência. O número representa cerca de 16 milhões de mulheres no Brasil. O levantamento revelou, ainda, que 8 em cada 10 mulheres sofreram violência por algum conhecido. Namorados, companheiros ou maridos representam 23,9% dos casos, ex-namorados ou ex-companheiros foram 15,2%, irmãos, 4,9%, amigos, 6,3%, e pai ou mãe, 7,2%.

De acordo com o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH), o Brasil é o 5º país onde mais há casos de feminicídio no mundo. Perde apenas para El Salvador, Colômbia, Guatemala e Rússia.

Por lado, no âmbito dos Poderes Executivos, sob a desculpa de que inexiste orçamento suficiente pela crise financeira, verificamos um desmonte dos serviços de atendimento à mulher vítima de violência, com fechamento de serviços, desaparelhamento e falta de investimentos.

1.6 Doutrina da Lei Maria da Penha

As medidas protetivas de urgência, onde encontram-se previstas nos artigos 22 a 24, da Lei Maria da Penha (cujo rol, exemplificativo, é bastante longo, o que impede a transcrição no presente texto), e destinam-se tanto ao agressor (a proibição de manter qualquer tipo de contato com a mulher, filhos e testemunhas, inclusive por *WhatsApp*) quanto à vítima e seus filhos (p. ex., o encaminhamento para abrigos ou programas de proteção).

Posto isto, percebe-se que o artigo 24-A da *novatio legis* refere-se ao agente que descumprir as medidas protetivas a ele impostas, isto é, ao agressor. E, em

sendo assim, parece clara a intenção de tipificar uma conduta exclusivamente dolosa, pois o agente precisa, necessariamente, saber que existe uma decisão concessiva de medida protetiva e, livre e conscientemente, descumpri-la.

Além do mais, o crime *sub Studio* consuma-se quando (i) o agente pratica o comportamento vedado pela decisão concessiva da medida (ultrapassa o limite de quinhentos metros de distância, por exemplo) ou (ii) o agente não faz o que deveria fazer (devendo deixar a residência da vítima após vinte e quatro horas e ali permanece, "desobedecendo" o disposto na medida protetiva).

Por conseguinte, o concurso de pessoas é possível e o partícipe incorreria nas penas do artigo 24-A quando, por exemplo, sabedor da decisão concessiva da medida protetiva de urgência, que proíbe qualquer contato entre o agressor e a ofendida, enviasse uma carta (ou mensagem eletrônica) do agente para a vítima.

O parágrafo primeiro, por seu turno, traz uma previsão interessante, embora já constatada na prática forense: a integração das áreas do direito, a fim de que conferir total eficácia à Lei Maria da Penha, uma vez que a medida protetiva pode ter sido concedida por um juiz cível ou criminal (a competência deste juízo é irrelevante para a caracterização do crime do artigo 24-A).

Já o segundo parágrafo traz uma importante exceção à regra da fiança fixada pelo delegado de polícia, que pode conceder a fiança para crimes cuja pena máxima cominada em abstrato seja de até quatro anos, salvo o do artigo 24-A da Lei Maria da Penha, hipótese em que apenas o magistrado poderá fazê-lo.

O último parágrafo impactará, claramente, na atuação do Ministério Público, pois, ainda que o agente pratique o crime tipificado no artigo 24-A, outras sanções podem ser aplicáveis ao agente, como, por exemplo, a decretação da prisão preventiva nos autos em que se apura a violência doméstica.

Tem-se assim, um panorama geral sobre a novidade no ordenamento jurídico-penal, uma vez que, em nenhum momento, buscou-se o esgotamento do tema, mas sim o debate sobre uma postura que tem se mostrado contumaz, porém de incerteza prática e até mesmo científica: será que a mera criminalização de condutas é suficiente para que sejam cumpridas as disposições constitucionais e legais já existentes.

1.7 Lei Maria da Penha Caso Concreto

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

No caso concreto destaca-se um caso registrado na 3ª câmara Criminal do TJ/SC manteve pena contra um homem, por ameaça a sua cunhada, com base na Lei Maria da Penha (Lei nº. 11.340/06).

"Cunhada é parente por afinidade em segundo grau na linha colateral, o que permite a sua inserção no âmbito familiar", destacou o desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho, relator da apelação em que o réu pretendia afastar-se do enquadramento na lei e ver aplicado o princípio da insignificância para, assim, obter absolvição.

O crime foi cometido em 2013, após a prisão do irmão do réu em ação penal iniciada a partir de denúncia da vítima. O homem, na ocasião, estabeleceu contato com a cunhada através de ligações telefônicas para proferir ameaças. Disse que o que era dela estava guardado e garantiu que, se algo ocorresse ao irmão na cadeia, ela teria o mesmo destino na rua.

Em depoimento, o réu admitiu as ligações e o teor das conversas, mas garantiu que elas não eram ameaças reais.

"*O dolo específico se caracteriza pela intenção de provocar medo na vítima de forma fria e consumada, com a promessa de mal injusto e grave*."

O relator ponderou que "tão verdadeira foi à intimação" que, com base na lei Maria da Penha, o juízo a qual deferiu medidas protetivas requeridas pela vítima à época dos fatos.

O voto seguido de forma unânime pelos demais integrantes do órgão julgador para manter a decisão de 1º grau.

Condenado a um mês e cinco dias de detenção em regime aberto, ao réu foi concedida a suspensão condicional da pena pelo prazo de dois anos. (TJ/SC, 2006, Processo: 0001511-64.2014.8.24.0045).

CONCLUSÃO

A Lei Maria da Penha retrata um avanço no combate à violência contra as mulheres, conduziu a proteção e assegurou uma série de medidas protetivas, como o afastamento do agressor do lar. Entretanto, demanda relativa fidelidade ao cumprimento dos dispostos quando da observância à capacidade de promoção e conseqüente redução dos números de casuísticas vistas atualmente. Frente à relevância da temática e importância do referido mecanismo legal é intrínseco ao Estado realizar a tarefa da sua empregabilidade prática, visto o objetivo do

resguardo dos direitos das mulheres e protegendo-as contra as agressões, desta maneira, a eficácia da lei é estabelecida.

A Lei nº. 11.340/06 necessitaria de uma representação efetiva e segura para quem dela recorre, mas o que de fato constata-se diariamente seja nos telejornais, seja por fatos que se tornem públicos no cotidiano. Quando uma medida protetiva é deferida, o que não representa todos os casos há que se ressaltar que sua aplicação está a cargo da opinião do juiz e na maioria dos casos o seu indeferimento gera a desistência da vítima de buscar auxílio e proteção junto ao Poder Judiciário, e quando seu deferimento é feito quem de fato fiscalizará efetivamente essa aplicação visto que o número de casos supera grandemente o número de agentes públicos que possam estar atuando integralmente junto à vítima. Daí muitas vezes a medida protetiva não passar de uma simples demanda escrita a vincular por sua efetiva ação.

Apesar dos avanços, fato é, milhares de mulheres são agredidas diariamente e, por medo e inoperância estatal, não denunciam seus agressores e convivem em um ambiente doméstico cercado de agressões e violência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOTELHO, Raquel de Castro. **Lei Maria da Penha**: O Discurso Jurídico de Responsabilização dos Crimes e a Efetividade da Norma Legal. Universidade Católica de Brasília. Pró-Reitoria de Pós-Graduação e Pesquisa. Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Psicologia. Dissertação. Brasília (DF): UCB, 2013. Disponível em: <http://repositorio.se.df.gov.br/bitstream/123456789/605/1/Raquel%20de%20Castro%20Botelho.pdf>. Acesso em: 06 abr 2019.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº. 11.340, de 7 agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília (DF): Site do Planalto, 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm>. Acesso em: 5 abr 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

BRASIL. Senado Federal. **Pesquisa sobre a Violência Doméstica contra a mulher**. Brasília (DF): Site do Senado, 2013. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/noticias/datasenado/pdf/datasenado/DataSenado-Pesquisa->. Acesso em: 6 mai 2019.

BRASIL. Senado Federal. **PLS 08/16**. Brasília (DF): Site Migalhas, 2016. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI236881,31047-Senado+aprova+programa+de+registro+de+informacoes+sobre+violencia>. Acesso em: 4 mai 2019.

CAMPOS, Antônia Alessandra Sousa. **A Lei Maria da Penha e sua Efetividade**. Universidade Estadual Vale do Acaraú. Escola Superior de Magistratura do Ceará. Curso de Especialização e, Administração Judiciária. Monografia. Fortaleza (CE): ESMC, 2008. Disponível em: <https://bdjur.tjce.jus.br/jspui/bitstream/123456789/268/1/Monografia%20Ant%C3%B4nia%20Alessandra%20Sousa%20Campos.pdf>. Acesso em: 05 abr 2019.

CARVALHO, Amilton da Cota; FILHO, Aroldo Alves de Oliveira; CRUZ, Gislaine Oliveira; MENDES, Igor Leonardo Rodrigues; SILVA, Karla Marisa Menezes; SILVA, Monize Teixeira; COSTA, Carmen Lúcia Neves do Amaral; MENEZES, Maria Ione Vasconcelos. **A Questão Social**: Violência Contra a Mulher. Artigo. Aracaju (SE): Cadernos de Graduação - Ciências Humanas e Sociais, v.1, n.16, mar., 2012, pp.201-210. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/index.php/cadernohumanas/article/view/260/260>. Acesso em: 05 abr 2019.

CARVALHO, Pablo. Medidas protetivas no âmbito da Lei Maria da Penha e sua eficácia atual. Teresina (PI): Revista Jus Navigandi, ano 19, nº 4064, 17 ago., 2014. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/29229>. Acesso em: 09 mai 2019.

CAVALCANTI, Valéria Soares de Farias. **Violência Doméstica**. Salvador (BA): PODIVM, 2007.

D'URSO, Adriana Filizzola. **Descumprimento das medidas protetivas da Lei Maria da Penha agora é crime**. Internet: Site Migalhas, 2018. Disponível em: <www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI278406,101048-Descumprimento+das+medidas+protetivas+da+Lei+Maria+da+Penha+agora+e+crime>. Acesso em: 08 mai 2019.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala**. 1. ed. digital. São Paulo (SP): Global, 2011.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454

LACERDA, Antônio Wilson Júnior Ramalho; LIMA, Roberta Saraiva Bandeira de; LACERDA, Wanderson Ramalho. **A ineficácia da aplicação das medidas protetivas frente à Lei Maria da Penha (Lei nº. 11.340/2006)**. Rio Grande do Sul (RS): Revista Âmbito Jurídico Processual Penal, ano 19 nº 22, 09 mai., de 2019. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=20162&revista_caderno=22>. Acesso em: 08 mai 2019

MARTINI, Thiara. **A Lei Maria da Penha e as Medidas de Proteção à Mulher**. Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Centro de Ciências Sociais e Jurídicas - CEJURS. Curso de Direito. Trabalho de Conclusão de Curso. Itajaí (SC): UNIVALI, 2009. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Thiara%20Martini.pdf>. Acesso em: 02 abr 2019.

MIGALHAS. Âmbito familiar. **Ameaça contra cunhada se enquadra na lei Maria da Penha**. O homem fez ligações telefônicas para proferir as ameaças. Internet: Site Migalhas, 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI253645,101048-Ameaca+contra+cunhada+se+enquadra+na+lei+Maria+da+Penha>. Acesso em: 5 mai 2019.

OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino de. **Descumprimento das medidas protetivas previstas na Lei Maria da Penha**. Internet: Site Migalhas, 2018. Disponível em: <www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI278852,51045-Descumprimento+das+medidas+protetivas+previstas+na+Lei+Maria+da+Penha>. Acesso em: 09 mai 2019.

PAES, Fabiana Dal'Mas Rocha. **11 anos da Lei Maria da Penha**: conquistas e desafios. Internet: Site Migalhas, 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI263406,71043-11+anos+da+Lei+Maria+da+Penha+conquistas+e+desafios>. Acesso em: 5 mai 2019.

PAPADOPOULOS, Daphne Guimarães. **A Aplicação da *Therapeutic Jurisprudence* na Lei Maria da Penha**: Mete A Colher, Sim!. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Faculdade de Direito. Departamento de Ciências Penais. Porto Alegre (RS): 2016. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/157601/001010680.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 05 abr 2019.

ROCHA, Luis Fernando. **A violência contra a mulher e a Lei "Maria da Penha"**: alguns apontamentos. Faculdade de Ciências e Letras da UNESP-Assis. Artigo. Assis (SP): Revista de Psicologia da UNESP, ano 8(1), 2009, p.97. Disponível em: <http://seer.assis.unesp.br/index.php/psicologia/article/view/957>. Acesso em: 03 abr 2019.

SANTOS, Luciano Borges dos. **Março mês da mulher**. Internet: Site Migalhas, 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI276473,21048-Marco+mes+da+mulher>. Acesso em: 6 mai 2019.

SEABRA, Lílian de Ataides Rosa. **Ação Penal e a Lei Maria da Penha**: A Polêmica dos Crimes de Lesão Corporal Leve e Culposa. Universidade Católica de Brasília. Pró-Reitoria de Graduação. Graduação em Direito. Trabalho de Conclusão de Curso. Brasília (DF): UCB, 2009. Disponível em: <https://repositorio.ucb.br/jspui/bitstream/10869/4011/2/L%C3%ADlian%20de%20Ataides%20Rosa%20Seabra.pdf>. Acesso em: 05 abr 2019.

SILVA, Laize Santana. **Violência Doméstica**: Impactos Psicológicos e Sociais na Vida da Mulher. Universidade da Integração Internacional da Lusofonia Afro-Brasileira. Instituto de Educação a Distância Especialização em Saúde da Família. Monografia. São Francisco do Conde (BA): UNILAB, 2018. Disponível em: <http://repositorio.unilab.edu.br/jspui/handle/123456789/1133>. Acesso em: 04 abr 2019.

SOUZA, Beatriz Pigossi. **Violência Doméstica – Lei "Maria da Penha"**: Solução ou Mais Uma Medida Paliativa?. Faculdades Integradas "Antônio Eufrásio de Toledo". Faculdade de Direito de Presidente Prudente. Trabalho de Conclusão de Curso. Presidente Prudente (SP): FIAET, 2008. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Juridica/article/download/789/764>. Acesso em: 04 abr 2019.

TRINDADE, Vitória Etges Becker. **Lei Maria da Penha**: Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher no Âmbito da Polícia Judiciária. XXII Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas Sociedade Contemporânea. II Amostra Nacional de Trabalhos Científicos. Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado e Doutorado. Artigo. Santa Cruz do Sul (RS): UNISC, 2016. Disponível em: <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14576>. Acesso em: 03 abr 2019.

WATSON, Gabriela Toledo. **Violência Psicológica**: Aspectos Sociais e Jurídicos Desta Modalidade de Violência - Quase Sempre Silenciosa - À Luz da Lei Maria da

Penha. Instituto Brasiliense de Direito Público. Escola de Direito de Brasília – EDB. Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional. Brasília (DF): IBDP, 2014. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1708/Monografia_Gabriela%20Toledo%20Watson.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 03 abr 2019.

[1] Professor Mestre e Orientador deste artigo. Endereço para acessar este CV: http://lattes.cnpq.br/5436635789883290

Boletim Conteúdo Jurídico n. 927 de 12/10/2019 (ano XI) ISSN - 1984-0454