

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1115

(Ano XIV)

(01/10/2022)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

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. Delegado de Polícia PCDF/Ap.

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

QR Code do Volume 1115



Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1115, (ano XIV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2022. 527 f.

Revista eletrônica Interdisciplinar com predominância na área do Direito. Obra coletiva.

Recurso *online*. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

1. Portal de conteúdo Jurídico. 2. Interdisciplinar. Direito. 3. Filosofia. Educação. 4. Outros.

CDD – 020.5

SUMÁRIO

COLUNA



O controle externo exercido pelos Tribunais de Contas
Benigno Núñez Novo, 09.

ARTIGOS

Teoria da decisão: a discricionariedade judicial para H. L. A. Hart
Carolina Caran Duque, 15.

A necessidade do planejamento sucessório em virtude da pandemia do covid-19 à luz da holding familiar
Luis Henrique Andrade de Sousa, 24.

A inversão do ônus da prova nas relações de consumo
João Paulo Barbosa Jardim, 44.

Autonomia da pessoa com deficiência
Mariana Ferreira da Cruz Pires, 56.

Compliance e certificação ambiental das usinas sucroalcooleiras com a finalidade de proteção ambiental
Higor Eduardo Alvares Ohira, 74.

Mercado ilegal de órgãos e sua tipificação
Natalia Maria de Lima Braz, 90.

Desastre da vida animal e os impactos sociais da falência do hotel Ariau entre os amazônidas
Eduardo Paixão Caetano, 105.

A insuficiência de uma efetiva tutela ambiental
Renato Rafael de Brito Fell, 112.

Breve notícia de história: a doutrina brasileira do habeas corpus e a evolução dogmática do mandado de segurança individual
Júlio Luiz de Medeiros Alves Lima Kuhlmann, 128.

Responsabilidade Civil ao Abandono Afetivo
Leonardo de Souza Foschi, 134.

Encarceramento feminino: direitos e garantias no Brasil
Isabela Maria da Graça Menezes Mendes, 149.

Escravidão contemporânea no Brasil: condenações criminais e a atuação do ministério público do trabalho no combate

Nicole Barros dos Santos e Yuri Anderson Pereira Jurubeba, 163.

O usucapião e a função social da propriedade

Sandro Vescovi Mozer Barbosa, 190.

O papel da jurisprudência no direito brasileiro: precedentes

Luciana Martins Pereira Calil, 215.

Recursos hídricos e uso do solo em áreas agrárias: um breve histórico ambiental da região urbana do Barreirinho, Ibitité, Grande BH

Vagner Luciano de Andrade e Flávio Moreira da Silva, 233.

O princípio da laicidade no estado brasileiro

Jeová Miguel da Silva Filho, 247.

Domicílio eleitoral: amplitude do conceito e implicações práticas na justiça eleitoral

Jessica Silveira Rollemberg Gomes, 254.

Crise de representatividade: uma fragilização do ideal democrático brasileiro

Lanna Carine Dantas Ferreira Correia, 262.

Responsabilidade Civil nas compras On-line

Daniel Mendes dos Santos, 324.

O princípio da vedação ao retrocesso social na interpretação do Supremo Tribunal Federal e sua aplicação no direito da Seguridade Social

Vinicius Soutosa Fiuza, 332.

Sistema prisional: a ineficácia ante a falta de investimentos no âmbito da execução penal e os altos índices de reincidência

Lucas Kalebe dos Santos Araújo, 353.

O divórcio post mortem e suas implicações no direito sucessório a luz da autonomia da vontade

Lidiana Silva de Moraes, 369

A evolução dos bancos digitais e a relevância da regulação bancária

Rui Mauricio Leão, 388.

O processo coletivo estruturante na defesa do direito fundamental à saúde no Estado do Tocantins

Maxwell Campos de Arruda Júnior e Buenã Porto Salgado, 403.

Direito coletivo do trabalho: o direito internacional do trabalho e o Tratado de Versalhes.

Victor Hugo Jansen de Oliveira, 419.

Abandono material e afetivo inverso: a responsabilidade civil dos filhos como forma de assegurar a dignidade da pessoa do idoso

Lanna Carine Dantas Ferreira Correia, 429.

A importância da medicina e segurança no âmbito trabalhista: Em relação a atividade insalubre e perigosa e a crise pandêmica do covid-19

Júlia Bellussi Cruz Miyaji, 465.

Contratos eletrônicos e sua execução em juízo

Aymme Katherine Vidovix, 485.

O instituto da mutação constitucional e o afastamento das formalidades legais previstas pelo legislador constituinte

Jairo De Sá Macedo, 496.

Ressocialização carcerária: uma abordagem dos aspectos legais e dos desafios à sua efetivação

Taylla Vitória Rodrigues Polli, 514.

O CONTROLE EXTERNO EXERCIDO PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

BENIGNO NÚÑEZ NOVO: Pós-doutor em direitos humanos, sociais e difusos pela Universidad de Salamanca, Espanha, doutor em direito internacional pela Universidad Autónoma de Asunción, mestre em ciências da educação pela Universidad Autónoma de Asunción, especialista em educação: área de concentração: ensino pela Faculdade Piauiense e bacharel em direito pela Universidade Estadual da Paraíba.

RESUMO: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta dispor sobre o controle externo exercido pelos tribunais de contas, órgãos político-administrativos com funções atribuídas que não podem ser cerceadas por nenhum dos Poderes, já que os mesmos são fundamentais para garantir a República e a Democracia.

PALAVRAS-CHAVE: Controle; Externo; Tribunais; Contas.

RESUMEN: Este artículo tiene por objeto prever sucintamente el control externo que ejercen los Tribunales de Cuentas, órganos político-administrativos con funciones atribuidas que no pueden ser restringidas por ninguno de los Poderes, por ser fundamentales para garantizar la República y la Democracia.

PALABRAS CLAVE: Control; Externo; Tribunales; Cuentas.

ABSTRACT: This article aims to succinctly provide for the external control exercised by the Courts of Accounts, political-administrative bodies with assigned functions that cannot be restricted by any of the Powers, since they are fundamental to guarantee the Republic and Democracy.

KEYWORDS: Control; External; Courts; Bills.

INTRODUÇÃO

Os Tribunais de Contas são os mais importantes Órgãos de controle externo, atuando com relevante independência, o que lhes conferem significativa isenção para apreciar as contas dos responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos.

Os diversos Tribunais de Contas têm como função fundamental realizar a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dos órgãos federativos e federados da Administração Pública direta e indireta, estando sujeitas a esta fiscalização as empresas públicas e sociedades de economia mista.

O Brasil conta com 33 Tribunais de Contas, divididos em três níveis: União (TCU), Estados (nas 26 capitais e Distrito Federal), dos Municípios do Estado (Bahia, Goiás e Pará) e Tribunais de Contas do Município (São Paulo e Rio de Janeiro).

Esta pesquisa justifica-se pela extrema relevância do controle externo exercido pelos diversos Tribunais de Contas pelo Brasil afora.

DESENVOLVIMENTO

Os Tribunais de Contas são Órgãos investidos de autonomia, inexistindo qualquer vínculo de subordinação institucional ao Poder Legislativo. A distinção feita pelo STF das competências estabelecidas nos incisos I e II do artigo 71 da CF, no mais, torna clara a independência deste Órgão em relação ao Parlamento, como se verifica na decisão cautelar na ADI-MC 3715: “[...] 5. Na segunda hipótese [do inciso II, do artigo 71 da CF/88], o exercício da competência de julgamento pelo Tribunal de Contas não fica subordinado ao crivo posterior do Poder Legislativo.”

A leitura dos arts. 44, 76 e 92 da Constituição Federal de 1988, que informam os órgãos que compõe os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. O Tribunal de Contas é instituição autônoma, com independência financeira e administrativa, não integrando nenhum dos poderes, uma vez que a todos fiscaliza na função administrativa, sendo indispensável que não esteja à mercê de qualquer pressão advinda daqueles sujeitos a sua fiscalização.

Os Tribunais de Contas constituem-se um tertium genus na organização política brasileira, dada à natureza das suas decisões que não se caracterizam como mero ato administrativo, mas que também fogem às características das decisões judiciais. Delas, pode-se dizer que possuem natureza judicialiforme.

A natureza jurídica dos Tribunais de Contas são Cortes político-administrativas, autônomas, vinculadas ao Poder Legislativo. No mesmo diapasão é a lição de Uadi Lammêgo Bulos:

O controle externo é exercido pelo órgão diverso do controlado, é dizer, pelo Congresso Nacional, Assembleias Legislativas dos Estados e do Distrito Federal, Câmaras Municipais, com auxílio dos respectivos Tribunais de Contas (art. 71). Sua natureza é técnica, realizando-se externa corporis, com a finalidade principal de fiscalizar. Excepcionalmente, perante situações de irregularidade, é acionado, mas com estrita observância aos casos especificados na legislação (BULOS, 2003: 868).

Segundo Micaela Dominguez Dutra:

Apesar de não ter qualquer dispositivo na Constituição ora vigente que ampare a tese de quem podem os Tribunais de Contas declarar a inconstitucionalidade de ato normativo, e obrigar o administrado a não observar tal entendimento como Verbete n. 347 da Sumula de jurisprudência desta egrégia Corte Constitucional, que dispõe: "O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos de Poder Público (DUTRA, 2008: 198).

Em relação à relevância constitucional dos Tribunais de Contas, é notável a posição do Supremo Tribunal Federal:

STF - A essencialidade dessa Instituição – surgida nos albores da República com o Decreto n. 966-A, de 7-11-1890, editado pelo Governo Provisório sob a inspiração de Rui Barbosa – foi uma vez mais acentuada com a inclusão, no rol dos princípios constitucionais sensíveis, da indeclinabilidade da prestação de contas da administração pública, direta e indireta OCF, art. 34, VII, d). A atuação do Tribunal de Contas, por isso mesmo, assume importância fundamental no campo do controle externo. Como natural decorrência do fortalecimento de sua ação institucional, os Tribunais de Contas tornaram-se instrumentos de inquestionável relevância na

Administração Pública e o comportamento de seus agentes, com especial ênfase para os princípios da moralidade administrativa, da impessoalidade e da legalidade. Nesse contexto, o regime de controle externo, institucionalizado pelo ordenamento constitucional, propícia em função da própria competência fiscalizadora outorgada aos Tribunais de Contas, o exercício, por esses órgãos estatais, de todos os poderes p explícitos e implícitos – que se revelem inerentes e necessários à plena consecução dos fins que lhe foram cometidos (STF – Suspensão de Segurança n. 1.308-9/RJ – Rel. Min. Celso de Mello (Presidente), Diário da Justiça, Seção I, 19 out. 1998, p. 26) (Cf. MORAES, 2007b: 1214).

As competências atribuídas constitucionalmente aos Tribunais de Contas de julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público, e de aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas multa proporcional ao dano causado ao erário, correspondem a funções de caráter jurisdicional outorgadas às Cortes de Contas, que podem resultar na prolação de acórdãos condenatórios, suficientes para aplicação contra o Responsável de sanções civis, criminais, e daquelas previstas na lei da Ficha Limpa.

Em relação à coisa julgada administrativa, assim o Supremo Tribunal Federal se posiciona: “É logicamente impossível desconstituir ato administrativo aprovado pelo Tribunal de Contas, sem rescindir a decisão do colegiado que o aprovou; e para rescindi-la é necessário que nela se constatem irregularidades formais ou ilegalidades manifestas” (STJ, REsp 8970 SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 1ª Turma, decisão: 18-12-1991, RSTJ, v. 30, p. 378; DJ-1, de 9-3-1992, p. 2533).(Cf. BULOS, 2003: 874).

CONCLUSÃO

Os Tribunais de Contas não são órgãos que integram a estrutura do Poder Judiciário; suas competências estão definidas de forma exaustiva no art. 71 da Constituição Federal; têm natureza de órgão político administrativo; não têm competência para exercer o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos, o que engloba a impossibilidade, nos casos concretos, afastar normas que reputeem inconstitucionais; o exercício do controle de constitucionalidade por parte da Corte de Contas, além de ser absolutamente indevido, gera grande instabilidade jurídica aos administrados, que têm por norte, para seus atos, a presunção de constitucionalidade e legalidade de leis e atos normativos; o Verbete n. 347

da Súmula de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não se coaduna com o sistema constitucional vigente, devendo ser revisto; o modelo estrutural de Tribunal de Contas adotado no Brasil é forma mais moderna de controle de Poder, haja vista que alguns Países adotam o modelo de controlador geral e de auditor-geral; contudo, esses dois modelos submetem todo o controle a figura de uma só pessoa; os Tribunais de Contas têm valiosas vantagens, como, por exemplo, a existência de um colegiado, isto é, o rodízio de controle de órgãos, a alternância de direção e a distribuição impessoal de processos entre outras.

Os Tribunais de Contas têm a missão de assegurar e efetivar a fiscalização dos recursos públicos em benefício da coletividade como importantes órgãos efetivadores e participativos da Lei nº 12.527/11, de 18 de novembro de 2011, denominada Lei de Acesso à Informação. Pode-se afirmar que são os órgãos que mais se aproxima do controle fiscalizador a que o povo faz jus, portanto, as funções atribuídas aos Tribunais de Contas não podem ser cerceadas por nenhum dos Poderes, já que os mesmos são fundamentais para garantir a República e a Democracia.

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: 24 de ago. de 2022.

BRASIL. **Constituição do Estado do Piauí**. Disponível em: < <http://legislacao.pi.gov.br/legislacao/default/ato/14853> >. Acesso em: 24 de ago. de 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Lei de Acesso Lei à Informação. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm >. Acesso em: 24 de ago. de 2022.

BRASIL. **Tribunal de Contas da União**. Disponível em: < <https://portal.tcu.gov.br/inicio/> >. Acesso em: 24 de ago. de 2022.

BRASIL. **Tribunal de Contas do Estado do Piauí**. Disponível em: < <https://www.tce.pi.gov.br/> >. Acesso em: 24 de ago. de 2022.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 5 ed. rev. e atual. Até a Emenda Constitucional n, 39/2002. São Paulo: Saraiva, 2003.

__. Curso de Direito Constitucional. Atualizado até a Emenda Constitucional n. 53, de 19-12- 2006. São Paulo: Saraiva, 2007.

DUTRA, Micaela Dominguez. **O Tribunal de Contas e o Verbete n. 347 da Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Direito Público, Ano V, n. 20 (Mar-Abr. 2008). p. 190-200.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 7. ed. Atualizada até a EC n. 55-07. São Paulo: Atlas, 2007a.

__. Direito constitucional. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007b.

TCE/PI. **Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Piauí**. Disponível em: <<https://www.tce.pi.gov.br/wp-content/uploads/2021/07/LOTCE.-atualizada-2021.pdf>>. Acesso em: 24 de ago. 2022.

TCE/PI. **Regimento Interno do Tribunal de Contas do Estado do Piauí**. Disponível em: <[https://www.tce.pi.gov.br/wp-content/uploads/2022/01/REGIMENTO INTERNO WORD-atualizado-ate-05-01-2022-.pdf](https://www.tce.pi.gov.br/wp-content/uploads/2022/01/REGIMENTO_INTERNO_WORD-atualizado-ate-05-01-2022-.pdf)>. Acesso em: 24 de ago. de 2022.

TEORIA DA DECISÃO: A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL PARA H. L. A. HART

CAROLINA CARAN DUQUE: Mestranda em Direitos Humanos pelas PUC/SP; Especialista em Direito Constitucional pelo Damásio Educacional e Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela FAAP. Assistente Judiciário de Primeira Instância no Tribunal de Justiça de São Paulo.

Resumo: O presente artigo objetiva analisar a questão da discricionariedade, abordando, de forma sintética, os principais argumentos teóricos de Herbert Hart, concentrando-se no Capítulo VII de sua obra “O conceito de Direito” e sua teoria sobre a discricionariedade judicial.

Palavras-chave: filosofia do direito, positivismo jurídico, discricionariedade judicial, H. L. A. Hart, positivismo inclusivista.

Abstract: This article aims to analyze the issue of discretion, approaching, in a synthetic way, the main theoretical arguments of Herbert Hart, focusing on Chapter VII of his work “The concept of Law” and his theory on judicial discretion.

Key-words: philosophy of law, legal positivism, judicial discretion, H. L. A. Hart, inclusivist positivism.

1. Introdução

Hebert Lionel Adolphus Hart foi um filósofo e professor de Teoria do Direito da Universidade de Oxford pelo período de 1952 a 1968. Sua obra mais conhecida, “O conceito de Direito”, foi originalmente publicada em 1961 e sua teoria tornou uma relevante referência no pensamento positivista do século XX.

O autor é considerado um positivista inclusivista uma vez que sua posição teórica não afasta completamente o elemento moral do seu conceito de Direito, em oposição aos positivistas excludentes, como, por exemplo, seu aluno Joseph Raz. Na teoria hartiana, a validade de uma norma jurídica eventualmente se sujeitará à uma compatibilidade com princípios ou valores morais, na medida que a regra de reconhecimento reúna tais valores.

Hart afirma ser o direito composto de todas as regras que atendam aos parâmetros estabelecidos pela regra de reconhecimento. Esse mesmo critério é o utilizado

pelo autor para verificar a sua validade e deve ser aceita convencionalmente por uma sociedade.

No capítulo VII da referida obra, denominado “o formalismo e o ceticismo em relação às regras”, os antecedentes teóricos aos quais se opõe o autor são as posições extremas do formalismo jurídico do século XIX que inclui a escola de exegese francesa, jurisprudência dos conceitos alemã, formalismo jurídico inglês e norte americano, para as quais a tese central é que para todo sistema de regras suficientemente desenvolvido existe somente uma resposta concreta para cada caso que se apresente para decisão que pode ser determinado pela consulta às regras vigentes e o uso de métodos da ciência jurídica.

Por outro lado, a posição cética relaciona-se ao realismo jurídico norte-americano do século XX, cujas teorias tecem críticas ao formalismo com a máxima “direito é o que os juízes dizem que ele é”. Para essa teoria o direito seria o conjunto de decisões judiciais e não o conjunto de regras, as quais, por serem infinitamente indeterminadas possibilitam fundamentar qualquer decisão.

Em relação ao conceito de textura aberta do Direito, o autor dialoga com teoria de Freiderich Waismann que defende que não existe possibilidade que uma proposição empírica possa ser verificada ou confirmada pois seriam dotadas de textura aberta. Hart, porém, adota um método de verificação mais modesto, concluindo pela existência de regras cujo alcance não pode ser efetivamente determinado de maneira inequívoca. A textura aberta então, se referiria à proposição da regra em oposição ao caso concreto.

Assim, Hart busca encontrar uma posição intermediária entre dois os dois extremos teóricos e para tanto, constrói sua teoria da textura aberta das regras no sentido da conclusão pela discricionariedade judicial.

Os ensinamentos de Hart foram objetos de críticas, em especial efetuadas por Ronald Dworkin, cujo debate se tornou um dos mais relevantes da teoria jurídica do século XX. Entretanto, por se tratarem de argumentações complexas, não serão abordadas no presente.

2.0 formalismo e o ceticismo em relação às regras

Hart defende que um sistema jurídico é composto pela existência de dois tipos de regras: as regras primárias, que impõem que se pratique ou deixe de praticar certos atos e regras secundárias, que preveem a criação de novas regras primárias, possibilita extingui-las ou modificá-las, determinam sua incidência ou ainda controlem sua aplicação.

Nesse sentido, as regras secundárias surgiriam a partir de falhas do sistema que não pode ser atendida pelas regras primárias. Hart elucida tal argumento a partir da ideia de uma comunidade primitiva onde só exista regras primárias, ou seja, uma organização social que não possui instituições ou agentes públicos. Só existiriam regras de conduta identificadas e aplicadas pelos próprios membros da comunidade, aceitas pelos demais membros através de sua difusão entre aquele meio. A partir falhas nessa estrutura, tais quais a dúvida a respeito da existência de determinadas regras ou a ineficiência da pressão social difusa pela qual as regras são mantidas é que o autor demonstra a necessidade das regras secundárias, em cujo núcleo estão as regras de reconhecimento, as quais são uma prática social.

A utilização e a aceitação dessas regras são, na concepção hartiana, não apenas o “fundamento de um sistema jurídico” (HART, 2009), mas um instrumento para a verificação da validade de uma norma. E suma, “em Hart, os deveres jurídicos são criados por regras sociais, que ganham normatividade por meio de seu reconhecimento social, da seriedade da pressão social que as apoie.” (MOTTA, STRECK, 2018, p. 60)

Já em relação à aproximação de Direito e Moral, como positivista inclusivista, Hart admite “que seja possível, mas não necessário ou devido) que a regra de reconhecimento de um ou outros sistemas jurídicos se valha de critérios morais para identificar as normas que integram o ordenamento”. (ABBOUD, 2021)

O capítulo VI da obra iniciada teorizando a respeito da questão da “instituição social” (MOTTA, STRECK, 2018, p. 61) que envolve o direito. Para o autor, na maior parte das vezes influência nas ações de outras pessoas não se faz por comando diretivos diretos, mas por meio de padrões gerais de conduta, existindo uma categoria de ações e uma categoria de pessoas para quem a regra se aplica.

Partindo dessa premissa, passa a diferenciar a legislação e o precedente, de forma que na legislação é fixada a regra que contém o padrão geral de conduta e no precedente é mostrado um exemplo a partir do qual se extrai uma regra. Para tanto, ilustra o argumento a partir de uma situação do pai que leva o filho à igreja pela primeira vez e deve ensiná-lo que os homens devem retirar o chapéu antes de entrar no local. A legislação seria a ordem direta para que o filho retire o chapéu e o precedente, o exemplo desse ato pelo pai que será copiado pelo filho. Ele alerta, porém, que toda vez que se tenta determinar a conduta a partir do exemplo (precedentes), surgem uma série de incertezas pois quem vai seguir o exemplo precisa se perguntar quais aspectos do mesmo são relevantes ou não para serem imitados. Hart destaca que “o direito é um fenômeno cultural constituído pela linguagem; por isso é que ele, desde a linguística, pretende privilegiar o

uso da linguagem normativa como o segredo para compreender-se a normatividade do direito". (MOTTA, STRECK, 2018, p. 61)

Em comparação com o precedente, a legislação parece mais determinada. A regra já enuncia verbalmente o padrão geral de conduta a ser seguido. Bastaria, portanto verificar se o caso concreto se encaixa ou não na regra enunciada, gerando menos espaço para a incerteza.

O autor, porém, argumenta que essa aparência de determinação é enganosa. Hart aduz que mesmo diante da existência de regras gerais verbalmente elaboradas, nos casos concretos é possível que surjam dúvidas em relação às formas de conduta determinadas por elas. Assim, existiria uma limitação inerente à própria natureza da linguagem que não retira a incerteza no caso concreto.

Assim, os termos gerais existentes nas regras demandam interpretação diante dos fatos, pela própria natureza da linguagem. Da mesma forma, ao se utilizar um precedente diante de um caso suficientemente semelhante tem-se uma margem de discricionariedade. A textura aberta, portanto, é uma característica tanto da aplicação da legislação quanto dos precedentes.

Argumenta que seria humanamente impossível a elaboração de uma regra detalhada o suficiente para abranger todas as possibilidades fáticas e decisão entre alternativas abertas necessária. Outrossim, expõe a relativa ignorância de fatos e a nossa relativa indeterminação de finalidade. Ou seja, não é possível aos legisladores prever todas as possibilidades de situações que podem ocorrer no futuro, "porque somos homens, não deuses." (HART, 2007, p. 141)

As regras gerais funcionam satisfatoriamente em alguns casos, mas em outros haverá uma margem para dúvidas. Os primeiros (casos fáceis) seriam aqueles que geram certeza de que a regra a eles se aplica e a mesma decisão seria tomada por diversos agentes diante da mesma situação. Já em relação aos segundos (casos difíceis), existe uma incerteza sobre a aplicação da regra àquele caso e decisões distintas podem ser tomadas por agentes diferentes, os quais passariam a ter o papel de criação de direito. Hart conclui que "existem, de fato, áreas do comportamento nas quais muita coisa deve ser decidida por autoridades administrativas ou judiciais que busquem obter, em função das circunstâncias, um equilíbrio entre interesses conflitantes". (HART, 2009, p. 175)

O autor então apresenta o exemplo da proibição de entrada e veículos no parque. Os casos fáceis seriam decisões em relação a carros, caminhões e motocicletas. Porém podem existir dúvidas em relação a outros tipos de veículos como bicicleta, patins, carrinho de bebê, patinete. Os métodos de interpretação do direito tradicionais não solucionam esses casos por serem indeterminados e se utilizam de termos gerais que

aumentam a complexidade. Os casos fáceis, portanto, devem ser a maioria dos casos ou não haveria utilidade aplicação das regras. Já em relação aos casos difíceis há o conflito de razões. Seguindo o exemplo dos veículos no parque, a bicicleta é tecnicamente um veículo. Por outro lado, o propósito da regra é de preservar a segurança do parque para que as pessoas possam realizar suas atividades de lazer e uma das atividades de lazer é justamente andar de bicicleta no parque. A bicicleta não é uma ameaça à segurança e se caracteriza como uma das razões da existência do parque, existindo um conflito de razões relevantes que tornam o caso difícil.

A solução não está previamente determinada pela regra e passaria necessariamente um exercício de escolhas. Essa indeterminação em casos difíceis que o autor chama de textura aberta, resulta da linguagem humana e dos termos gerais, que não conseguem se referir à totalidade dos casos concretos de maneira totalmente determinada. Como não é possível que a regra preveja todas as situações, a ignorância dos fatos e indeterminação da finalidade constitui a textura aberta. Os denominados “cânones de interpretação”, de igual forma, não eliminam totalmente as incertezas, visto que constituem normas gerais para o uso da linguagem e empregam termos gerais que exigem, eles próprios, interpretação.” (MOTTA, STRECK, 2018, p. 61)

Aduz que o formalismo gera uma definição ficta e uma ilusória aplicação a todos os casos que se apresentarem e geram previsibilidade à custa de sobreinclusão e frustração do propósito, priorizando a segurança a sacrifício do justo. Defende, então que exista uma delegação para regulamentação. O legislador deve deixar uma margem para outra autoridade fazer uma regulamentação posterior. Nesse caso, o sistema deve possuir regras claramente aplicáveis e deixar questões em aberto. Propõe que seja feito através de duas técnicas: regulamentação prévia, na qual a legislação estabelece os critérios gerais e delega à administração as demais decisões ou a regulamentação posterior, no qual a legislação estabelece os critérios de razoabilidade e delega a solução ao judiciário.

O autor sustenta que existe campos bem regulados, por razões naturais ou convencionais, para os quais é necessário que a maioria das pessoas analise e decida de forma semelhante. Essas áreas de conduta são controladas mediante regras que apenas apresentam uma margem de textura aberta. Essas áreas possuem uma importância social tal que há poucas circunstâncias nas quais podem ser tratadas de forma distinta. Cita como exemplo a reação social em relação ao homicídio, em regra abominado por todos ou a aceitação geral da mão de direção no trânsito.

Hart passa, então a apresentar quatro tipos de ceticismo em relação às regras e a refutá-los.

O primeiro é o absolutismo/formalismo frustrado, que argumenta que para que o direito fosse governado por regras, elas deveriam ser plenamente determinantes, não deixando espaço para dúvidas, divergências ou exceções, ao qual se refere como “paraíso dos conceitos”. (HART, 2007, P. 143) Sua refutação é que a plena determinação é uma exigência alta demais para identificar uma regra e propõe um conceito mais modesto de que regras que admitem exceção ainda são regras e regras cujas exceções não são todas determináveis de antemão ainda são regras.

O segundo tipo é o argumento de decisões intuitivas, ou seja, juízes tomam decisões em contato com os fatos sem consultar as regras. Se recorrem às regras, é só no final, para fundamentarem juridicamente suas intuições. Regras existem como racionalização posterior. A refutação hartiana é que não é relevante se eles pensam nas regras, e sim se eles as seguem, se tomam as decisões em conformidade com elas e se recorreriam a elas caso suas decisões fossem questionadas. Através da metáfora do jogador de xadrez, o autor exemplifica seu entendimento. Ele já conhece a regra a ponto de tomar a decisão pensando intuitivamente no movimento das peças. Não seria uma abordagem psicológica, mas lógica do que é seguir uma regra. Assim, as decisões, “como sucede no movimento do jogador de xadrez, são obtidas ou através de um esforço genuíno de obediência às regras (...) ou justificadas por regras que o juiz se dispunha anteriormente a observar.” (HART, 2007, p. 154)

O terceiro argumento cético refutado é o das decisões finais que preconiza que algumas decisões judiciais são finais e irrecorríveis, tendo força definitiva quer sejam certas ou erradas. Nesse caso, quem faria o direito é aquele que o aplica. O autor refuta através da metáfora do “jogo do árbitro”, ou seja, contrapõe a existência de um jogo de algum esporte com regras estabelecidas e um jogo no qual o árbitro atribui pontos livremente. (HART, 2007, p. 156). Se o cético tivesse razão, não haveria diferença entre os jogos. Mas na realidade, em ambos o árbitro pode cometer erros, mas no jogo normal, sua decisão pode ser questionada face às regras. Assim, ao se afirmar que existe um reconhecimento de uma regra que impõe aos juízes determinada conduta, este aceite é geral e os desvios são a exceção e falibilidade pode ocorrer a qualquer autoridade. Desse modo, quando ocorre, isso é tratado como algo errado mesmo em razão do caráter definitivo da decisão judicial.

O quarto argumento cético é a incerteza quanto as regras do conhecimento, nos quais as próprias regras que confere as atribuições do legislativo e judiciário podem ter sua validade questionada. Hart refuta argumentando que uma condição necessária para a existência de um sistema jurídico é que nem toda norma possa ser posta em dúvida sob todos os seus aspectos. Defende que as regras primárias devem ser identificadas por meio de uma regra secundária de reconhecimento, a qual é aceita e utilizada por uma sociedade (reconhecimento social). Assim, em um sistema no qual são utilizadas diversas fontes de

direito, a regra de conhecimento possui um caráter mais complexo, geralmente incluindo uma constituição escrita, o sancionamento por uma legislatura e os precedentes judiciais, criando uma cadeia de validade, da qual a regra de reconhecimento é o fundamento. O questionamento dessas regras deve ser feito tão somente em casos extremos, raros e excepcionais, só se apresentando nas “fronteiras do Direito”.

Como sintetiza Georges Abboud: “em determinados casos (os hard cases) quando não existir regra jurídica regulamentadora, o juiz agirá discricionariamente, na medida em que inexistiria subsunção a ser realizada.” (ABBOUD, 2021, p. 383)

Ressalte-se que não se trata de uma decisão “necessariamente arbitrária ou irracional, mas apenas que será o resultado de uma *escolha*.” (MOTTA, STECK, 2018, p. 62)

Em suma, ao adotar uma posição entre o formalismo radical dos positivistas tradicionais e os céticos, Hart elabora uma teoria intermediária, na qual o juiz meramente aplica as regras nos casos mais fáceis pelos métodos tradicionais de interpretação e, nos casos difíceis, a decisão advém de uma criativa e construtiva no Direito, para a qual existe discricionariedade, mas essa só ocorrerá diante de uma região de “penumbra jurídica”, ou seja, “áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso.” (HART, 2007, p. 148 e 158)

3.Considerações Finais

O presente artigo abordou brevemente os conceitos trazidos pelo professor e teórico do Direito, H.L.A. Hart, um dos mais relevantes autores do positivista inclusivista do pensamento do século XX. O estudo se concentrou na sua obra mais importante, “O conceito de Direito” e abordou, notadamente, o capítulo que constrói sua teoria em direção à discricionariedade judicial.

Em sua obra, Hart entende o direito como fato institucional, considerando-o enquanto prática social vigente entre os integrantes de uma comunidade. Nesta perspectiva, as regras são analisadas dentro do seu contexto de aplicação.

Uma vez considerado seu conceito sobre regras primárias e secundárias e suas respectivas posições numa estrutura jurídica, analisou-se a forma de aplicação das mesmas na teoria decisão judicial de Hart. De forma introdutória, o autor apresenta duas maneiras de comunicação de padrões de conduta, aos quais estão sujeitos os indivíduos e que determinam a prática ou a abstenção de uma ação, quais sejam, a legislação e o

precedente, de forma que na legislação é fixada a regra que contém o padrão geral de conduta e no precedente é mostrado um exemplo a partir do qual se extrai uma regra a ser aplicada em casos similares. O autor alerta para a aparente maior definição da legislação em relação aos precedentes, mas conclui que ambos detêm um aspecto de indeterminação denominado "textura aberta".

Essa característica decorre da própria natureza da linguagem humana, por cuja indeterminação é impossível que se elabore uma regra precisa o suficiente que alcance todas as possibilidades fáticas possíveis de ocorrer. A partir dessa premissa, o autor elabora que nos casos fáceis, a regra deve ser facilmente aplicável ao caso concreto gerando pouca ou nenhuma incerteza em relação à sua adequação. Defende, porém, que existem casos para os quais existe um grau elevado de incerteza em relação à sua aplicabilidade, casos tais que dependem de um exercício discricionário do intérprete ao escolher entre uma das várias soluções apresentadas.

Ao tentar obter uma posição intermediária entre o formalismo e o ceticismo, Hart reúne as principais críticas de cada extremo e a sua respectiva refutação, o pensamento hartiano marcou uma nova etapa no pensamento jurídico e na Teoria do Direito, e iniciando um dos mais relevantes debates teóricos do Direito.

Hart foi um dos grandes responsáveis pela vinculação entre a filosofia da linguagem e o Direito. Ademais, é um dos mais importantes nomes do positivismo jurídico. A relevância de sua contribuição é inconteste e grande parte da teoria do Direito se desenvolveu a partir de suas concepções, seja para acolhê-las ou refutá-las. O autor foi referência para o desenvolvimento de teorias de diversos autores como Ronald Dworkin, Joseph Raz e Neil MacCormick e seu trabalho é, ainda atualmente, fundamental para a construção do pensamento jurídico do último século.

4.Referência Bibliográfica:

ABBOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**. São Paulo: Thompson Reuters. 2021.

BARZOTTO, Luis Fernando. **O Positivismo Jurídico Contemporâneo: uma introdução a Kelsen, Ross e Hart**. 2ª ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

COELHO, André. **Teoria do Direito Aula 10 - Textura Aberta das Regras**. Youtube, 31 de outubro de 2020. Disponível em: <https://youtu.be/GRmmjiStbFs>. Acesso em 27 de junho de 2022.

HART, Hebert Lionel Adolphus. **O conceito de Direito**. Trad.: Antônio de Oliveira Sette-Câmara. Editora Martins Fontes. São Paulo: 2009.

MOTTA, Francisco José Borges. STRECK, Lenio Luiz. **Relendo o Debate Entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos**. Revista Brasileira de Direito, vol. 14, n.º 1, p. 54-87, Jan.-Abr., Passo Fundo, 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/37349477/Relendo_o_debate_entre_Hart_e_Dworkin_uma_critica_aos_positivismos_interpretativos. Acesso em 22 de junho de 2022.

SANTOS, Amanda Cataldo de Souza Tilio dos. **H.L.A Hart e o Conceito de Direito**. XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF. FILOSOFIA DO DIREITO I. Coord.: Ana Luisa Celino Coutinho, Leonel Severo Rocha, Marcia Cristina de Souza Alvim. Disponível em: https://www.academia.edu/31093624/H_L_A_Hart_e_o_Conceito_de_Direito. Acesso em 23 junho de 2022.

KOZICKI, Katya. **H.L.A. Hart: a hermenêutica como via de acesso para uma significação Interdisciplinar do direito**. Dissertação. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/106358/90512.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 22 de junho de 2022.

KOZICKI, Katya, PUGLIESE, William. **O conceito de direito em Hart**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/137/edicao-1/o-conceito-de-direito-em-hart>. Acesso em 22 de junho de 2022.

A NECESSIDADE DO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO EM VIRTUDE DA PANDEMIA DO COVID-19 À LUZ DA *HOLDING* FAMILIAR

LUIS HENRIQUE ANDRADE DE SOUSA: Bacharel em Direito pela UNISULMA - Unidade de Ensino Superior do Sul do Maranhão

HENRY GUILHERME FERREIRA DE ANDRADE
(orientador)

RESUMO: O presente artigo possui o objetivo de evidenciar a necessidade do planejamento sucessório por meio da *holding* familiar, observada a pandemia causada pelo novo corona vírus (SARS-COV-2). Neste contexto, questiona-se de que maneira as *holdings* familiares podem atuar para prevenir a transferência indesejada pelo titular dos bens conferidos pela herança familiar durante a divisão sucessória. A proposta empregada para tanto, possui natureza bibliográfica, fundamentada a partir de doutrinas, artigos jurídicos, revistas e legislação vigente como a Constituição Federal. Diante da revisão de literatura, constatou-se que há viabilidade da criação de uma *holding*, neste processo de gestão do patrimônio familiar, e a verificação dos benefícios financeiros, gerenciais e familiares criados pela holding familiar, o que permitirá que ela continue a existir para as gerações futuras. Assim conclui-se que os brasileiros devem deixar de imaginar que pensar na morte significa atraí-la, que sua única preocupação é que sua família viva bem enquanto estiver viva, visto que depois da morte não isso não será um problema para o falecido. Pelo contrário, eles devem pensar na herança enquanto ela ainda é possível, de modo que todo o dinheiro arduamente ganho seja multiplicado pelos herdeiros e não defina na próxima geração. Existem mecanismos que podem ser utilizados para todas as necessidades da família, para que a harmonia continue nas gerações seguintes, a riqueza da família aumente, os impostos sejam economizados e seu patrimônio seja protegido.

Palavras-Chave: Holding. Holding Familiar. Planejamento sucessórios. Covid-19.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO. 2.1 Doação. 2.2. Testamento. 2.3 Previdência privada e o seguro de vida. 3 PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA HOLDING NO PROCESSO DE PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO. 3.1 Tipos societários holdings: sociedades simples, limitadas e autônomas. 3.2 Classificações holdings. 3.3 O processo sucessório nas empresas familiares. 3.4 Holding familiar. 3.5 O impacto da Covid-19 e a importância do planejamento sucessório. 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Para muitos, falar sobre a morte ainda é um tabu, planejar a herança futura e administrar o patrimônio durante a vida é bastante desconfortável, por isso há um

incentivo natural para evitar pensar em como os bens serão deixados e como e por quem serão administrados após sua morte (LOUREIRO, 2019).

A atual pandemia lembrou a sociedade, numa dolorosa lição, de que a vida pode ser bela quando tudo está em seu "lugar certo" (ou assim acredita-se) e de uma hora para a outra tudo muda, sem qualquer planejamento ou controle. O que estava lá, por exemplo, pode desaparecer amanhã, e, é nesse momento, com medo, por causa dessa mudança radical e do confronto com o isolamento social, que as pessoas tendem a pensar em seus bens, assim como em suas vidas pessoais de maneira geral (NASCIMENTO, 2020).

A chegada do novo Coronavírus (SARS-COV-2) trouxe muitas consequências ao cenário atual do Brasil, que tem visto o maior número de mortes na vida familiar nos últimos anos. Segundo Colégio Notarial do Brasil (CNB), o número de registros de testamentos, divisões de propriedade e doações no registro civil aumentará exponencialmente em 134% até 2022. Todas estas evidências levam a uma tentativa de planejamento, de certa forma.

Em cada família se discute sobre os bens que constituem o patrimônio de cada indivíduo ou mesmo do grupo familiar. Por que não pensar antes de morrer sobre como proteger esses bens e distribuí-los de maneira coerente e criteriosa? Assim, a ideia de planejamento sucessório é o que determinará o destino de seus bens, deixando de lado o elemento de surpresa com o que pode ocorrer, como uma pandemia de Covid-19. E, questiona-se ainda: De que maneira as *holdings* familiares podem atuar para prevenir a transferência indesejada pelo titular dos bens conferidos pela herança familiar durante a divisão sucessória?

Para responder a problemática acima mencionada, elabora-se como objetivo geral, evidenciar a necessidade do planejamento sucessório por meio da *holding* familiar, observada a atual pandemia causada pelo novo corona vírus (SARS-COV-2). E, específicos, compreender os aspectos gerais e introdutórios do planejamento sucessório e a participação societária da *holding* familiar neste processo, a fim de verificar como a sucessão de bens pode ser facilitada, observar como ocorre a participação societária *holding* no planejamento sucessório, com a finalidade de evidenciar seus benefícios, abordar a relevância da *holding* familiar no processo de sucessão, com o intuito de demonstrar como evitar complicações jurídicas após a morte do titular de herança e, por fim, apontar as vantagens de uma *holding* familiar, com o propósito de apresentar uma alternativa que amenize os impactos da situação excepcional vivenciada contemporaneamente, observada a atual pandemia causada pelo novo corona vírus (SARS-COV-2).

Neste ínterim, a proposta empregada para tanto, possui natureza qualitativa, por se basear em dados qualitativos para validar as hipóteses levantadas ao longo do trabalho. Ainda, no que se refere a revisão literária, a pesquisa denomina-se como bibliográfica, fundamentada a partir da legislação vigente como a Constituição Federal, além de revistas e artigos jurídicos publicados na Internet encontrados em bases de dados como o Scielo, Portal, Capes, etc.

Pode-se dizer, portanto, que os brasileiros devem deixar de imaginar que pensar na morte significa atraí-la, que sua única preocupação é que sua família viva bem enquanto estiver viva, que depois da morte não seja problema deles. Pelo contrário, eles devem pensar na herança enquanto ela ainda é possível, de modo que todo o dinheiro arduamente ganho seja multiplicado pelos herdeiros e não defina na próxima geração. Existem mecanismos que podem ser utilizados para todas as necessidades da família, para que a harmonia continue nas gerações seguintes, a riqueza da família aumente, os impostos sejam economizados e seu patrimônio seja protegido.

2 PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

Primeiramente, uma vez tomada a decisão de realizar o planejamento sucessório ainda em vida, a família deve se reunir com um advogado especialista para delinear todos os seus anseios e desejos, o que deve incluir um estudo de viabilidade de planejamento e pesquisa familiar que determine o instrumento mais apropriado para a família e também descreva todos os custos e benefícios de cada instrumento (FONSECA, 2020).

Desse modo, explica-se que o planejamento sucessório envolve uma série de mecanismos tradicionais, tais como doações de bens aos herdeiros, testamentos, planos de pensão privada, seguros de vida e participação familiar. Mas isso não é tudo, existem outros tipos, tais como a *trust* ou *off shores*, que são menos comuns porque exigem mais bens (DA SILVA; ESTEVAM; VASCONCELOS, 2018).

Neste diapasão, *à priori*, cumpre esclarecer que o planejamento sucessório refere-se à uma alternativa preventiva que possui a finalidade de organizar, antecipadamente, a sucessão dos bens patrimoniais em favor dos herdeiros. A transmissão planejada da herança deriva-se da disposição do titular, ainda vivo, e estabelece a garantia que a divisão dos bens ocorrerá conforme sua vontade e moral pessoal, de modo a prevalecer sua autonomia privada.

Conceitua-se, portanto, “como um instrumento jurídico que permite a adoção de uma estratégia voltada para a transferência eficaz e eficiente do patrimônio de uma pessoa após a sua morte” (TEIXEIRA, 2018, p. 35), ou ainda, “em um conjunto de atos que visa operar a transferência e a manutenção organizada e estável do patrimônio do disponente em favor dos seus sucessores” (GAGLIANO; FILHO, 2016, p. 404).

Apesar da sucessão em vida ser um tema de notório tabu e mal agouro na sociedade brasileira, o planejamento sucessório apresenta-se como um grande aliado para amenizar conflitos jurídicos, sejam estes, civis, sucessórios ou tributários. Todos os indivíduos possuem o direito de planejar o destino de seus bens tanto durante a vida como após a sua morte. Em virtude disso, o autor Rolf Madaleno (2014, p. 190), corrobora com o entendimento de que:

A previsão de quem, quando, como e com quais propósitos serão utilizados os bens destinados a seus herdeiros legítimos e testamentários, reduz conflitos, fortalece vínculos, identifica lideranças, preserva os interesses familiares, que ao fim e ao cabo, continuarão atendendo pela própria essência do acervo material a nutrição e o constante processo de socialização dos sucedidos. [...] É essencial pensar que no futuro, quando não se está mais presente fisicamente entre as pessoas amadas e admiradas, que seja possível planificar a transferência do patrimônio pessoal de uma forma racional e segura, respeitados os comandos da legislação vigente.

Observa-se que com um adequado planejamento patrimonial é factível reduzir desacertos pessoais, e afastar desinteligências e dissensões sucessórias, não só para minimizar conflitos familiares com suas inevitáveis perdas materiais, tão comuns em um cenário de desordem sucessória, como buscar evitar uma descontrolada subversão emocional.

Dessa forma, os indivíduos esperam que após a morte, os seus bens sejam transferidos ou divididos entre seus descendentes, ascendentes, cônjuge, companheiro, todos aqueles que compõem a esfera familiar mais próximo do seu círculo de relações, conforme a regra geral contida no artigo 1.845 do Código Civil de 2002. Todavia, não há garantia plena de que tais efeitos sucessórios sejam realizados sem a existência de um registro que certifique essa vontade, motivo pelo qual o instrumento em questão, revela-se tão pertinente.

Assim, torna-se oportuno elencar algumas das formas possíveis, dentre as quais o planejamento sucessório se concretiza, a saber: atos de disposição em vida, como testamentos e doações, previdência privada, seguros de vida ou fundos de investimento, regime de bens no casamento ou na união estável, formação de negócios jurídicos especiais, como o *trust*, efetivação de partilhas em vida e de cessões de quotas hereditárias após o falecimento, celebrações prévias de contratos onerosos, pacto *parassocial* e ainda, a constituição de sociedades, como é o caso das *holdings*, as quais este trabalho se direciona, motivo pelo qual torna-se indispensável para ser discutida a seguir.

2.1 Doação

De acordo com o artigo 538 do Código Civil, uma doação é um acordo pelo qual uma pessoa dá a outra, por pura generosidade, bens ou benefícios que fazem parte de seu patrimônio (BRASIL, 2002). Este artigo identifica certas características da doação, tais como a natureza contratual da doação, que é unilateral no sentido de que as obrigações são impostas apenas ao doador, exigindo apenas um ato de generosidade e benevolência, o fato de que o doador recebe a doação sem poder exigir qualquer contrapartida, o fato de que o contrato deve ser por escrito, admitindo a forma oral apenas para bens de pouco valor e se for imediatamente seguido pela transmissão do bem ao doador.

Além da escritura de doação, o *animus donandi* é necessário, ou seja, a intenção do doador de formalizar a doação. A transferência de bens ou bens pelo doador ao donatário é feita por transferência de bens móveis ou imóveis e, no caso de bens imóveis, por escritura pública. A doação pode ser feita com a retenção do usufruto para o próprio doador ou mesmo para terceiros (CHAGAS, 2017).

Quando a propriedade é doada, um usufruto pode ser estabelecido em favor do doador e/ou de um ou mais terceiros como parte do planejamento do patrimônio. O usufruto é um direito real (Artigo 1.225, IV, Código Civil) que, no caso de bens imóveis, é estabelecido por uma entrada no registro predial (Artigo 1.391). O usufruto não pode ser transferido por alienação, mas seu exercício pode ser transferido gratuitamente ou contra pagamento (Art. 1.393).

No caso de documentos societários, o registro correspondente no Estado, por exemplo, na Câmara de Comércio (sociedades comerciais) ou no Registro de Pessoas Jurídicas (sociedades simples). Da mesma forma, o contrato sujeito ao usufruto de uma sociedade comercial só será exigível contra terceiros quando tiver sido registrado no registro comercial do empresário ou sociedade comercial e publicado na imprensa oficial (artigo 1.144) (MAMEDE; COTTA MAMEDE, 2017).

A propriedade familiar pode ser cedida aos herdeiros, e as escrituras públicas de transferência de bens imóveis contêm cláusulas de uso vitalício segundo as quais toda a renda da propriedade pertence ao doador até sua morte. Se um dos doadores morre prematuramente, sua parte passa automaticamente para o outro doador até que ambos morram, momento em que os herdeiros podem usufruir da renda.

Teixeira (2018) acrescenta que para que uma doação seja válida, ela deve estar de acordo com a lei sucessória, levando em conta a legalidade, o estado civil do casal e a herança dos herdeiros. Quanto aos impostos, além dos custos do registro predial e dos advogados, deve ser pago o Imposto de Transição Causa Mortis e Doação (ITCMD), um

imposto transitório sobre Causa Mortis e doações, cuja taxa varia de acordo com o estado em que o imóvel está localizado.

2.2. Testamento

É um ato muito pessoal e revogável pelo qual uma pessoa dispõe, de acordo com a lei, de todo ou parte de seu patrimônio e determina seu destino futuro após sua morte (DA SILVA; ESTEVÃO; VASCONCELOS, 2018). O testamento é conhecido no sistema jurídico brasileiro como um ato estritamente pessoal, ou seja, privado para o autor da herança. Ele pode ser revogado a qualquer momento, ou seja, pode ser revogado e modificado tantas vezes quantas forem necessárias. É um documento que só entra em vigor após a morte do testador e é válido se todas as formalidades prescritas por lei forem cumpridas, uma vez que menores de 16 (dezesesseis) anos de idade e pessoas sem discernimento não podem testemunhar.

Em termos de planejamento sucessório, o testamento permite a distribuição de bens após a morte do testador e deve respeitar a cota legal, ou seja, o testador só pode dispor por vontade própria de 50% (cinquenta por cento) de seus bens. O ITCMD não é cobrado quando um testamento é elaborado porque este imposto só é devido quando os bens são distribuídos, ou seja, a transferência de bens só ocorre após a morte, quando a sucessão é aberta (SILVA; ROSSI, 2017).

Neste diapasão, é possível fazer um testamento de uma ação nos termos do artigo 1.879 do Código Civil, o qual, declarado em circunstâncias excepcionais, pode ser testemunhado no testamento da ação na caligrafia do testador e assinado pelo testador, sem testemunhas, a critério do juiz. A recomendação da Organização Mundial de Saúde a respeito do isolamento social constitui uma circunstância especial. Assim, quando o testador está em situação de isolamento e cumpre as formalidades e exigências legais relativas à Covid-19, que demonstram a impossibilidade de redigir um testamento comum, ele pode expressar sua vontade por meio de um testamento particular redigido pelo próprio testador (FONSECA, 2020).

Durante a pandemia da Covid-19, o planejamento patrimonial é de suma importância. De acordo com um relatório da Associação Brasileira de Tabeliães - filial de São Paulo, a demanda por testamentos em cartórios não judiciais aumentou 134% entre abril e julho de 2020 (COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL, 2020). Entretanto, o testamento é um meio rápido e barato, já que seus efeitos só se tornam visíveis após a morte do testador e a abertura do inventário. De acordo com os números publicados, é evidente que a população brasileira começa a se preocupar com a herança, a disposição de seu patrimônio e o futuro de sua família em seu testamento.

2.3 Previdência privada e o seguro de vida

Pensões privadas e seguros de vida são instrumentos financeiros que podem ser importantes no planejamento sucessório. Com relação às aposentadorias privadas, os esquemas mais conhecidos são as aposentadorias privadas abertas oferecidas por instituições financeiras como a VGBL e a PGBL (SAMPAIO, 2019).

O autor supramencionado, explica que VGBL (Vida Gerador de Benefícios Livres) e PGBL (Plano Gerador de Benefícios Livres) são planos de previdência privada que preveem o acúmulo (ou diferimento) de fundos, seguido de um período de renda, que pode consistir em um pagamento mensal (para a vida ou para um período específico) ou um pagamento único (DA SILVA; ESTAVÃO; VASCONCELOS, 2018). A diferença entre os dois é a forma de tributação que se aplica durante o período de acúmulo e resgate ou amortização.

Sampaio (2018) explica que isto pode ser útil para fins de planejamento, pois o valor recebido do benefício não é considerado uma herança, não está incluído no inventário e não está sujeito ao ITCMD. Entretanto, há casos em que o falecido deixou como beneficiário uma pessoa que não é herdeira e, nestes casos, a jurisprudência utiliza o conceito de beneficiário para determinar se a manutenção dos interesses legais dos herdeiros foi prejudicada pela concepção dos planos de pensão. Se o valor da transferência exceder o valor legalmente permitido, a apólice de seguro será erroneamente considerada como um investimento financeiro, que será incluído no inventário como um legado do falecido.

A apólice de seguro de vida é um seguro pessoal e não tem a natureza de um seguro patrimonial, onde o valor da indenização a pagar pelo segurado não pode exceder o valor dos bens. No caso do seguro de vida, o valor da indenização pode ser determinado livremente pelo segurado porque a vida humana não tem valor mensurável, mas é inestimável (FONSECA, 2020).

Desse modo, o segurado é livre para escolher o beneficiário da apólice de seguro de vida. Se ele não escolher um, de acordo com o artigo 792 do Código Civil, a metade do valor do seguro é paga ao cônjuge não divorciado e o restante aos herdeiros do segurado por meio de uma chamada à herança. Os valores acumulados são pagos pela seguradora diretamente ao beneficiário, sem que tal reclamação seja registrada nos registros de inventário dos bens legados pelo segurado, ou mesmo sem ser responsável pelo valor recebido pelos direitos que lhe foram legados (FONSECA, 2020). Esta é uma alternativa interessante para o planejamento, pois o valor recebido como seguro vai diretamente para o beneficiário, sem ter que pagar o ITCMD e os custos do procedimento.

3 PARTICIPAÇÃO SOCIETÁRIA *HOLDING* NO PROCESSO DE PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

As denominadas *holdings* originaram-se no estado de Nova Jersey (USA) em 1888, com a primeira legislação geral que autorizava aquisição de ações de uma companhia por outra sociedade. Rapidamente, o estado passou a notar um grande incremento financeiro e conseqüentemente, um avanço no mercado empresarial. Por tal razão, em poucos anos, a rede de *holdings* expandiu-se por todo o território nacional americano. Logo, a origem da nomenclatura deriva-se, portanto, da língua inglesa e traduz-se do verbo "*to hold*" que significa segurar, sustentar, deter [...], o qual contextualiza-se, no sentido de estabelecer "domínio" (MAMEDE; COTTA MAMEDE, 2017).

Assim, as *holding* consubstanciam-se na participação societária de uma ou várias sociedades, que podem deter ou não o controle e a gestão administrativa sobre estas. Surgem no cenário empresarial brasileiro, apenas em 1976, com a promulgação da Lei nº 6.404, das Sociedades Anônimas (LSA). Além de garantirem uma ótima rentabilidade entre os sócios e as empresas que as compõe, também possuem uma atuação imprescindível no âmbito sucessório, podendo facilitar a organização deste processo.

As *holdings* podem ser utilizadas para organizar e administrar as atividades empresariais de uma família, evitando, desse modo, quaisquer conflitos acerca da divisão de votos entre seus integrantes. Configura-se, portanto, como uma proteção para a empresa quanto ao interesse de terceiros, visto que, o poder de controle é resguardado por meio da família.

Dessa forma, discussões e divergências entre familiares acionistas não interferirão na administração direta da sociedade familiar. Evita-se também que disputas de cunho exclusivamente familiar, interfiram de forma negativa em sua gerência, o que pode, inclusive, "levar ao encerramento das atividades após a morte do sócio proprietário" (MANGANELLI, 2016, p. 100).

Para tanto, torna-se oportuno observar os requisitos exigidos para a criação de uma *holding*, bem como, os tipos societários e classificações que esta pode assumir.

3.1 Tipos societários *holdings*: sociedades simples, limitadas e autônomas

A criação societária no modelo *holding*, equipara-se à constituição de uma empresa qualquer, em que devem ser observados os requisitos previstos no art. 967 do Código Civil brasileiro, como a Junta Comercial de seu estatuto/contrato social e CNPJ. Atualmente, esse registro disciplina-se pela Lei 8.934/944 e pelo Dec. nº. 1.800/96. Para que haja a criação de qualquer sociedade empresarial, faz-se necessário documentos escritos e de procedimento administrativo regular junto ao Registro Público de Empresas. Este requisito não se aplica a sociedades simples (art. 983 do Código Civil), visto que, são registradas no Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas (MANGANELLI, 2017).

O estatuto/contrato social da empresa, apresenta-se como um dos principais documentos a serem registrados. Verifica-se, por meio deste termo, todo o conteúdo referente a estrutura do funcionamento da empresa, assim como o seu tipo societário e classificação. Estas características indicarão a responsabilidade dos sócios frente aos compromissos a serem assumidos pela empresa, assim como, a decisão de haver ou não a participação de terceiros. Define-se ainda, se a capital social será repartida em ações ou quotas, e se haverá a elaboração de um contrato social ou estatuto social (SAMPAIO, 2019).

Destarte, cumpre esclarecer que o modelo societário *holding*, caracteriza-se essencialmente por seu objetivo, necessita ser constituída com uma função específica, seja para atuar na participação do capital social ou para organizar e administrar as atividades empresariais de outras sociedades. Há a possibilidade de ser denominada como uma sociedade tanto contratual como estatutária, simples ou empresária. A escolha do tipo societário *holding* dependerá das atividades negociais que se pretende realizar com a criação da sociedade.

A escolha do tipo deverá levar em conta inúmeros fatores, como a responsabilização dos sócios com as obrigações da sociedade (no caso da sociedade limitada, o sócio responderá até o limite do valor do capital social que subscreveu. Naquelas por ações, responderá de acordo com o valor das ações que detêm), questões tributárias, questões procedimentais (os artigos 80 e 81 da Lei 6.404/76 preveem uma série de requisitos preliminares para que uma sociedade anônima constituída, como subscrição por pelo menos duas pessoas; realização de no mínimo 10% do valor das ações e depósito no Banco do Brasil ou em qualquer outro estabelecimento autorizado pela CVM) e questões que levam em conta o *affectio societatis* (NOLASCO, 2020, p.84).

Nesse viés, observa-se que um dos elementos mais importantes do ente coletivo corresponde à pessoa do sócio. Essa sociedade forma-se com a escolha *intuitu personae* de cada sócio, ou seja, é uma escolha personalíssima que os sócios fazem entre si. A *affectio societatis*, que é a aptidão, o desejo de exercer a atividade em grupo, se estabelece a partir da manifestação expressa e livre de vontade da constituição dos membros da sociedade e configura-se, portanto, como a intenção própria de formação social que cada membro possui.

Há legítima expectativa sobre a idoneidade moral, a capacidade gerencial e intelectual dos sócios entre si. Assim, a contribuição patrimonial, ainda que presente e a impor a partilha dos resultados do empreendimento, não se constitui no aspecto predominante para o ingresso na sociedade” (CHAGAS, 2017).

Assim, o regime jurídico da sociedade empresária condiciona-se ao tipo societário escolhido pelos sócios, para a estruturação do empreendimento. Uma *holding* pode ser constituída como sociedade simples, limitada ou anônima. De acordo com o texto legal disposto no art. 966 do Código Civil Brasileiro, as sociedades simples prestam serviços de natureza intelectual, (científica, literária, artística) ou cooperativa. Não exercem, portanto, atividades empresariais, exceto se a profissão constituir elemento de empresa.

Por sua vez, "a sociedade limitada (LTDA) corresponde a mais de 90% de registros de sociedades no Brasil, por limitar a responsabilidade dos sócios e reduzir, dessa forma, os riscos da atividade empresarial" (COELHO, 2017, p. 153). Este tipo societário é composto por um grupo de pessoas, naturais ou jurídicas, que possuem como o próprio nome denomina, a responsabilidade limitada ao valor de suas quotas, mas possuem o dever de responder solidariamente pela integralização do capital social. Regulamenta-se pelo Código Civil em vigor, a partir dos artigos 1052 a 1087.

A nomenclatura empresarial a ser decidida pode ser denominação ou firma, complementado com a palavra final "limitada", abreviada (LTDA) ou por extenso. Por sua vez, a sociedade anônima (S/A) é formada a partir de um contrato social, em que se observa uma parceria entre os sócios, lastreada pelo *affectio societatis* (CHAGAS, 2017, p. 273).

Dessa forma, é conhecida por seu capital social composto por frações alienáveis e sócios (acionistas) com responsabilidade limitada ao preço de emissão das ações de que são proprietários. Disciplina-se por meio da Lei n. 6.404/76 (redação atualizada pela Lei n. 10.303/2001), da podemos extrair seus atributos principais. Pode, ainda, ser designada como "companhia", utilizando-se da abreviatura "Cia." ou como "sociedade anônima", utilizada as siglas S.A, SA ou S/A.

3.2 Classificações *holdings*

De acordo com o entendimento doutrinário, as *holdings* possuem diversas classificações. As principais são as *holdings* puras e mistas, mas podem ser denominadas ainda como: patrimoniais; administrativas; de controle; de participação; setoriais; derivadas, etc. Esta variação será identificada a partir do que se pretende alcançar com a sua criação, seja esta, societária ou organizacional, no que se refere, respectivamente, a realizar o controle de outras sociedades, ou ainda, administrar e organizar as atividades empresariais, como a circulação e produção de bens (SANTOS; VIEGAS, 2020). No momento da criação da *holding*, deve-se considerar, portanto, os seus objetivos e as vantagens e desvantagens que esta poderá apresentar no cenário empresarial.

Nesse sentido, a classificação *holding* poderá ser verificada a partir do conteúdo expresso em seu contrato/estatuto social. Se este versar, sobre a criação de sociedades

direcionadas exclusivamente para exercer participação no capital social de outras sociedades e sobretudo, o seu controle, denominar-se-á como *holding* pura. Por outro lado, se a previsão dispor que a *holding*, além de participar no capital social de outra sociedade, também organiza e administra a circulação de bens de consumo e serviços em atitude, como mencionado anteriormente, será considerada como uma *holding* mista.

3.3 O processo sucessório nas empresas familiares

O contexto da empresa familiar é muito delicado porque envolve sentimentos, emoções e reclamações e, portanto, é comum encontrar uma série de conflitos, desentendimentos dentro da empresa familiar, entre pais e filhos, entre irmãos e irmãs, e estes momentos comprometem a estrutura da empresa. Segundo Ricca (2017), fazer um negócio ter sucesso e depois passá-lo de pai para filho (e mais recentemente para filha) não é apenas uma previsão de sonho. O sucesso e a sucessão de uma empresa familiar é um sonho de ouro para uma grande parte da população mundial.

Para Bernhoeft (2022), o processo de sucessão e profissionalização da empresa familiar deve ser considerado e desenvolvido sob duas perspectivas, ou seja, em uma empresa familiar profissional deve haver parceiros profissionais e gerentes profissionais. Oliveira (2019) confirma isto ao afirmar que o processo sucessório é uma das coisas mais importantes que uma organização pode experimentar, pois se os resultados obtidos forem inferiores aos desejados, a empresa estará em perigo.

Segundo os dados mais recentes do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Brasil apresenta uma extensa diversidade de empreendimentos familiares, os quais representam cerca de 90% das empresas brasileiras de porte pequeno e grande (SOUZA, et al., 2017). Diante disso, reproduzem a média de 65% do PIB e são responsáveis por empregar 75% dos trabalhadores no país (SAMPALHO, 2019). A fim de se manter em atividade ao longo do tempo, um plano de sucessão revela-se indispensável.

Observa-se que a sucessão em empresas familiares ocorre, em média, a cada trinta ou trinta e cinco anos (SOUZA, 2017). Todavia, apenas 30% alcançam a primeira sucessão e apenas 5% (cinco por cento) conseguem chegar à terceira geração. Isso acontece, majoritariamente, devido a atritos entre sócios e membros da família. Nessas situações, torna-se questão de tempo a venda do negócio, perda da relevância e, em alguns casos, infelizmente, a falência e o desaparecimento da empresa (SOUZA, 2020).

O processo de planejamento sucessório e sucessão administrativa podem ser considerados as fases mais sensíveis para a sobrevivência de uma empresa familiar, visto que poderão comprometer a continuidade do empreendimento. Em alguns casos, a falta de planejamento societário, despreparo dos herdeiros e atitude emocionada da família

durante o processo de sucessão podem acarretar desavenças e obstruir o bom andamento da empresa, comumente de forma irreversível (COELHO, 2017).

Urge-se, dessa forma, o desenvolvimento de estratégias que tenham como finalidade preparar os herdeiros à sucessão do dirigente, para que seja possível alcançar êxito na sucessão da gestão e garantir a sobrevivência da organização.

Compreende-se que as empresas familiares são regidas por integrantes de uma mesma família, unidas por relação conjugal ou de parentesco, e possuem um grande valor econômico, social e político no mercado global. No entanto, por toda sua complexidade de relações, também estão sujeitas a infortúnios que podem afetar em seu funcionamento e conseqüentemente, refletir no âmbito familiar, que implicam muitas vezes, na falência da sociedade.

Nesse viés, a ausência da "*affectio societatis*" é considerada pelo entendimento jurisprudencial como uma condição determinante para a dissolução da empresa, isto é, a sociedade não possui um elemento essencial para sua permanência no campo societário. A desarmonia não se coaduna com os princípios da sociedade (MONTEIRO, 2020). Em virtude disso, conforme o acórdão do STJ, REsp: 1303284 PR 2012/0006691-5, a Relatora Nancy Andrigui julga plausível, a dissolução de uma sociedade de cunho familiar em razão do rompimento *affectio societatis*.

Verifica-se, dessa forma, a importância de um ambiente saudável para dialogar sobre os possíveis conflitos que poderão emergir durante este processo de gestão e sucessão. Deve-se lembrar que todos os sócios, serão herdeiros com a morte do administrador e não poderão ser discriminados em relação aos demais. Durante este processo, o controle societário será transferido para os sucessores, que poderá ser exercido por todos ou somente por um deles. Todavia, havendo um sucessor mais capacitado do que os demais, inicia-se uma disputa de poder que poderá desencadear conflitos irreversíveis (MAMEDE, 2018).

A criação do *holding* surge, portanto, como uma alternativa para segmentar o patrimônio do risco do negócio, de modo a demarcar o que é ativo da empresa e o que é ativo familiar, no intuito de manter a organização patrimonial, higidez dos rendimentos da família, administração e desenvolvimento dos negócios sem a interferência de qualquer conflito interno. Desvincula-se, dessa forma, quaisquer minúcias geradas pelas relações pessoais, com o intuito de fazer com que o empreendimento fique fora das questões familiares (CHAGAS, 2017).

Diante disso, todo o patrimônio da empresa familiar transfere-se para a sociedade *holding* e nela, o que antes se reverteria em herança, converte-se em cotas/ações, visto

que ao organizar *holding*, o responsável da empresa irá transferir para os seus herdeiros o equivalente em cotas/ações. Na hipótese de o sócio fundador permanecer no controle das atividades empresariais até falecer, deverá armazenar no momento da doação, as ações com cláusula de usufruto (TEIXEIRA, 2018).

Dessa forma, não se perceberá, exteriormente ao *holding*, quaisquer impactos na administração ou confusão de decisões, visto que este é regido pelo direito empresarial e, especificamente o direito societário, os quais configuram-se como matérias jurídicas que não relacionam-se às limitações emotivas e, por isso, podem exuberar normas para a transparência entre os sócios.

A submissão das famílias ao ambiente societário atribui regras mínimas à convivência entre eles, na medida em que se atribui regras mínimas à convivência familiar no que se refere aos seus aspectos patrimoniais e negociais, respeitando as balizas erigidas pela lei, pelo contrato social, estatuto ou mesmo pelo protocolo instituído entre eles. Logo, os conflitos decorrentes dessa relação que antes estavam submetidos ao Direito de Família, deverão ser resolvidos à luz do Direito Empresarial, em que terão procedimentos a serem seguidos mediante a utilização de instrumentos mais eficazes de prevenção e solução, respeitando a *affectio societatis*, isto é, a obrigação de atuar a favor da sociedade e do seu bom andamento, do seu sucesso, convivendo em harmonia com os demais sócios.

3.4 Holding familiar

Para dar início as definições da *holding* familiar, primeiramente faz-se necessário uma breve apresentação do que de fato significa a expressão *holding*.

Uma *holding* pode ser criada por várias razões, mas o objetivo principal deve ser alcançar eficiência na gestão de negócios ou ativos. Neste sentido, os principais aspectos para uma gestão eficiente deste negócio são: planejamento tributário e patrimonial, proteção de ativos, e uma implementação mais eficaz da gestão de ativos e da governança corporativa. Além destes aspectos, também podem-se incluir benefícios específicos como estabilidade financeira, harmonia familiar e prevenção de riqueza ou diluição de negócios com conflitos potenciais, é o que explica (LOUREIRO, 2019).

Pode-se compreender, neste diapasão que esta *holding* pode tomar a forma de uma sociedade de responsabilidade limitada (Ltda.), uma sociedade anônima (S.A.) ou mesmo uma sociedade limitada individual (EIRELI). Também é possível criar uma empresa na forma de uma sociedade unipessoal com apenas um sócio administrando os bens (MAMEDE, 2018).

Uma vez analisada e escolhida a melhor forma de negócio para atender suas necessidades, será necessário escolher o sistema de

tributação a ser aplicado ao negócio, o qual dependerá da finalidade do negócio para a família. Os lucros de propriedade são os mais usados para estes negócios, pois oferecem uma vantagem fiscal para a família. Por exemplo, se a empresa é criada para administrar um imóvel alugado, o patriarca em uma entidade física paga uma taxa de imposto de 27,5% da renda, enquanto em uma entidade jurídica a taxa de imposto é em média 14,5% da renda recebida. A venda de um imóvel tem suas próprias peculiaridades e deve ser analisada caso a caso. A criação de uma empresa reduz a carga tributária de diversas maneiras, desde que seja feito um planejamento tributário adequado (MAMEDE, 20218, p. 172).

A criação de uma empresa familiar implica na transformação da natureza jurídica da relação entre os membros da família. A relação que originalmente era regida pelo direito de família está agora sujeita ao direito societário, que inclui instrumentos especiais para regular o comportamento das pessoas físicas, como a necessidade de respeitar a *affectio societatis*, ou seja, a obrigação de agir no interesse da empresa, de seu sucesso, de viver em harmonia com os demais sócios (SOUZA et al., 2017).

Quando a *affectio societatis* é perdida, a harmonia entre os sócios é quebrada, o que em muitos casos leva ao colapso do negócio. Os familiares devem entender que o objetivo principal é a *holding*, a herança, e que seus interesses pessoais ficam em segundo plano para que o interesse principal (a empresa) continue a prosperar. “Pequenas disputas entre herdeiros comprometem a hegemonia da família sobre a empresa e devem ser resolvidas através de estratégias de direito empresarial, não de direito familiar” (SANTOS; VIEGAS, 2020, p. 98).

No que diz respeito à sucessão, a *holding* é amplamente utilizada e prova seu valor, garantindo a continuidade na administração do patrimônio e evitando assim uma possível orientação desigual dos herdeiros no futuro. Isto pode facilitar a sucessão, se ela puder ocorrer independentemente do inventário. Podendo ocorrer quando as ações que constituem o capital de uma empresa são dadas aos herdeiros, com o doador mantendo o usufruto de tais ações na condição expressa de que ele (o doador) tenha o exercício exclusivo dos direitos políticos e econômicos durante sua vida. Assim, após a morte do doador, as ações ou cotas permanecem propriedade do doador, reservando-se a propriedade plena para o doador, que se torna o herdeiro (CHAGAS, 2017).

Após planejamento patrimonial, os bens a serem incorporados ao patrimônio da empresa, onde o ITBI - Imposto de Transmissão de Bens Imóveis com alíquota de 2% sobre o valor dos bens declarados no Imposto de Renda da pessoa física. Conforme o Código

Tributário Nacional, o ITBI só é devido pelas sociedades *holding* cuja atividade principal é a imobiliária. Entretanto, de acordo com uma recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, o imposto ITBI não é pagável se o imóvel for depositado na conta de capital da empresa. Como a questão surgiu recentemente, não há muitas decisões subsequentes informa (TESSARI, 2017).

Uma vez que o imóvel é depositado na *holding*, as ações ou quotas passam para os herdeiros, o ITCMD é deduzido da doação e o doador pode reter o direito de usufruir da renda da empresa até sua morte, bem como o exercício dos direitos políticos e econômicos da empresa. E se o herdeiro morrer antes do patriarca, sua parte poderá reverter para o doador (o patriarca) (CHAGAS, 2017).

Neste contexto, também é possível incluir nos estatutos cláusulas restritivas de incomunicabilidade, inalienabilidade e impenhorabilidade, que protegem a empresa em gerações sucessivas. Uma cláusula de incomunicabilidade é redigida no caso de doações de coisas, quotas ou ações que não são divulgadas por ocasião do casamento, ou seja, o cônjuge ou parceiro do herdeiro não recebe as quotas ou ações em caso de divórcio, elas não são divulgadas. Uma cláusula de inalienabilidade é uma restrição à venda de uma ação e pode ser válida por um determinado período de tempo ou por toda a vida (SAMPAIO, 2019).

Já a cláusula de impenhorabilidade, por sua vez, implica que a ação ou ações recebidas são irrecuperáveis por credores de qualquer tipo, mas os frutos de tal renda de bens intocáveis, se não houver outros bens penhoráveis, são penhoráveis, a menos que se destinem ao pagamento de pensão alimentícia (CHAGAS, 2017).

Um acordo de colaboração pode ser celebrado com a empresa para regular a herança e estipular as funções e responsabilidades dos herdeiros, bem como sua distribuição proporcional do trabalho e dos lucros. Neste acordo, a família pode decidir qual herdeiro é o mais adequado para suceder ao patriarca, treinar profissionalmente esse herdeiro para assumir o papel ou, se não houver herdeiro adequado, nomear ou empregar um administrador profissional com experiência na área, cujos poderes são determinados e sujeitos à aprovação do conselho de administração ou da assembleia geral (TEIXEIRA, 2018).

Se o sucessor não desejar fazer parte da operação, sua retirada já estará definida no contrato de sociedade, a forma de venda de sua parte, a preferência de outros sócios na compra, etc. O contrato de sociedade deve conter obrigações líquidas, certas e exigíveis e deve estar vinculado ao contrato social no caso de uma sociedade anônima ou ao livro de ações no caso de uma sociedade anônima. Uma sociedade holding facilita a administração dos ativos a serem transferidos, minimizando o quórum para certas decisões, tais como disposição, em certas circunstâncias (MANGANELLI, 2017).

Souza (2020), corrobora com Manganelli, acrescentando que se uma família decide não continuar administrando a empresa, pode confiar esta função a empresas especializadas em serviços a famílias empresárias, chamadas de escritórios familiares, ou a grandes empresas de consultoria em gestão de patrimônios, chamadas de *asset management*.

O trabalho dessas empresas consiste em administrar a riqueza significativa de pessoas que estão envolvidas na vida ou na gestão de outra empresa, o que envolve questões legais relacionadas, tais como tributação, direito societário, direito civil, etc. Como se isso não fosse suficiente, existem escritórios familiares que oferecem a seus clientes a gestão completa dos assuntos do dia-a-dia, incluindo a gestão doméstica (manutenção da casa, frota de automóveis, contratação de pessoal, gestão de problemas cotidianos como a criação de filhos, compras no supermercado, etc. (FONSECA, 2020).

Destarte, existem boas alternativas caso nenhum dos herdeiros queira ou seja capaz de administrar o patrimônio familiar. Esses escritórios realizam a gestão completa da herança, começando pelo estudo dos bens imóveis, investimentos, poupança interna, todas as vantagens, para que a herança seja perpetuada e os herdeiros possam usufruir das vantagens sem ter que intervir na gestão do patrimônio. Eles usam a empresa como uma forma de simplificar a administração da herança e a partir daí administrar o patrimônio familiar e não há necessidade de esperar que o patriarca morra para começar a administrar, todo o procedimento é feito com ele durante sua vida e quando ele morre nada muda, tudo já estará estipulado no contrato e toda a administração já começou, um procedimento que é frequentemente usado durante a Pandemia (NASCIMENTO, 2020).

Não haverá necessidade de abrir um inventário ao criar uma empresa, pois todas as quotas ou ações já foram transferidas para os herdeiros, todos os impostos já foram pagos, o que economizará dinheiro para a família. Não haverá necessidade de incorrer em despesas processuais e custas judiciais e, acima de tudo, rapidez, pois o sistema judicial brasileiro é conhecido por sua morosidade.

3.5 O impacto da Covid-19 e a importância do planejamento sucessório

A maioria das pessoas ainda trata a palavra "morte" eufemisticamente, mas em tempos pandêmicos como estes, a necessidade de planejar seu patrimônio com antecedência torna-se cada vez mais evidente. Para ser mais eficaz, dado o tempo necessário para investigar o patrimônio e a riqueza das pessoas, o planejamento sucessório deve ser feito antes que algo ruim aconteça, porque, objetivamente, basta estar vivo para morrer. Isto pode parecer uma forma "fria" de ver a questão, mas não é nada mais do que o significado do estado de morte (NASCIMENTO, 2020).

A atual pandemia causada pela COVID-19 está forçando as pessoas a avaliar suas vidas pessoais e profissionais com mais cuidado. Na verdade, a maioria está em quarentena, vivendo em isolamento social, muitas vezes com suas famílias, e nesta perspectiva, a morte torna-se mais um tópico discutido por todos e uma preocupação para aqueles que têm bens e não estão devidamente protegidos/planejados. Não é o melhor momento para iniciar o planejamento sucessório, mas é o momento ideal para começar a amadurecer e procurar alternativas para viabilizar o diagnóstico familiar e empresarial para proteger o legado.

4 CONCLUSÃO

Ante o exposto depreende que em tempos difíceis, como os que estamos passando, as questões patrimoniais e familiares vêm à tona e vale a pena dar a si mesmo uma chance de processá-las, mesmo que apenas mentalmente, e depois pensar na melhor maneira de planejar a sucessão. A verdade é que não temos que pensar apenas na morte em uma crise global, por isso é importante se preparar para ela antes da morte iminente.

Se o planejamento sucessório for feito em tempo hábil, por uma equipe profissional especializada, as famílias podem sofrer sem se preocupar com a designação do patrimônio, inventários, potenciais conflitos familiares, pagamento de impostos e outras questões. Mas, no caso de uma pandemia, isto pode ser feito às pressas e depois modificado para melhor servir à família.

As famílias que acumularam riqueza significativa durante sua vida, e especialmente as grandes empresas produtivas, não podem evitar pensar no futuro ao levantar esta questão com seus herdeiros. Qualquer organização no decorrer da vida, todas as conquistas e realizações não devem morrer com o indivíduo, elas devem continuar a existir a tempo. A multiplicidade e diversidade de bens torna mais prováveis os conflitos entre herdeiros, o que agrava a tentativa de encontrar uma solução.

Observa-se que é um grave erro pensar que o planejamento sucessório só pode ser utilizado por famílias com riqueza. Ele pode ser usado para aqueles com bens de pequeno ou médio porte, e cada ferramenta é usada de acordo com as necessidades da família. Um pequeno empresário, um proprietário de fazenda, um profissional autônomo, ou seja, qualquer um pode usá-lo.

Os benefícios podem ser usufruídos tanto a curto como a longo prazo. Como o planejamento é feito dentro da família, pode haver vantagens fiscais, ou a propriedade estará pronta a longo prazo, com menos impostos, custos de litígio e taxas legais com o inventário. Cada família, dependendo de sua riqueza, pode se beneficiar de um plano patrimonial bem administrado.

Agora que a morte por um vírus que não define a idade é rápida e mortal, indivíduos jovens e em risco começam a planejar sua herança, preocupando-se com o tipo de herança que adquiriram para evitar a decadência após sua morte. Os herdeiros continuam a administrar o patrimônio de acordo com a estrutura estabelecida durante a vida de seu pai e/ou mãe, não há surpresas, as questões de administração do patrimônio já estão resolvidas.

O modelo já está comprovado, a taxa não mudará. É uma alternativa útil para todas as famílias, não apenas nestes tempos sombrios que estamos vivendo, mas serve para preparar o futuro, para mudar o hábito do povo brasileiro de não tomar precauções, de não se preocupar com o futuro.

Assim, é notório que os brasileiros devem deixar de imaginar que pensar na morte significa atraí-la, que sua única preocupação é que sua família viva bem enquanto estiver viva, que depois da morte não seja problema deles. Pelo contrário, eles devem pensar na herança enquanto ela ainda é possível, de modo que todo o dinheiro arduamente ganho seja multiplicado pelos herdeiros e não defina na próxima geração. Existem mecanismos que podem ser utilizados para todas as necessidades da família, para que a harmonia continue nas gerações seguintes, a riqueza da família aumente, os impostos sejam economizados e seu patrimônio seja protegido.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 26. Jun. 2022.

BERNHOEFT, R. **Governança na Empresa Familiar**, Rio de Janeiro, Editora Campus, 2022.

CHAGAS, Edilson Enedino das. **Direito empresarial esquematizado**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 182 e 273.

COELHO, F.U. **Manual de Direito Comercial**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 153

COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL. Metrôpoles: Formalização de Testamentos aumenta em 134% durante a pandemia de coronavírus, 2020. Disponível em: < https://www.cnbsp.org.br/?url_amigavel=1&url_source=noticias&id_noticia=20080&lj=675>. Acesso em: 16 de junho de 2022.

DA SILVA, David Roberto R. Soares; ESTEVAM, Priscila Lucenti; DE VASCONCELLOS, Roberto Prado; RODRIGUES, Tatiana Antunes Valente. **Planejamento patrimonial: Família, Sucessão e Impostos**. 1ª edição. São Paulo: Editora B18, 2018.

FONSECA, Priscila M. P. Corrêa da Fonseca. **Manual do planejamento patrimonial das relações afetivas e sucessórias**. 2ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito das sucessões**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 7. p. 404.

MADALENO, Rolf. **Planejamento Sucessório**. In: Anais do IX Congresso Brasileiro de Direito de Família. Família: pluralidade e felicidade. Belo Horizonte: IBDFAM, 2014, p. 190. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/299.pdf>. Acesso em: 28 set. 2021.

MAMEDE, G.; COTTA MAMEDE, E. **Holding Familiar e suas vantagens: Planejamento Jurídico e Econômico do Patrimônio e da Sucessão Familiar**. 9ª ed. São Paulo. Editora Atlas, 2017.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: direito societário: sociedades simples e empresariais**. São Paulo: Atlas. 2018. v. 2º, p. 126.

MANGANELLI, D. L. **Holding familiar como estrutura de planejamento sucessório em empresas familiares**. Revista de Direito, [S. l.], v. 8, n. 02, p. 95118, 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/1789>. Acesso em: 15 out. 2021.

NASCIMENTO, Priscilla Brayner Calado do. **O impacto da COVID-19 e a importância do planejamento sucessório**. Instituto Brasileiro de Direito da Família - IBDFAM. 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1428/O+impacto+da+COVID-19+e+a+import%C3%A2ncia+do+planejamento+sucess%C3%B3rio>. Acesso em: 11.jul. 2022.

NOLASCO, Alexandre Linares. **Aspectos práticos da dissolução parcial da sociedade limitada segundo a jurisprudência do STJ**. In: CIAMPOLINI NETO, Cesar; WARD JUNIOR, Walfrido Jorge (Org). O direito de empresa nos tribunais brasileiros. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

OLIVEIRA, D. P. R. **Empresa familiar**, São Paulo, Editora Atlas. 1999.

OLIVEIRA, D. P. R. **Holding, administração corporativa e unidade estratégica de negócio: uma abordagem prática**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

RICCA, D. **Sucessão na empresa familiar**, São Paulo, Editora CLA. 2017.

ROCHA JUNIOR, A. L.; ARAUJO, E. C.; SOUZA, K. L. N. **Holding – Aspectos Contábeis, Societários e Tributários**. São Paulo. Editora Saraiva, 2017.

SAMPAIO, Luciano. **Empresas familiares e plano de sucessão**. PWC Brasil, 2019. Disponível em: <<https://www.pwc.com.br/pt/sala-de-imprensa/artigos/empresasfamiliares-e-plano-desucessao.html#:~:text=Dados%20do%20Instituto%20Brasileiro%20de,75%25%20dos%20trabalhadores%20no%20pa%C3%ADs>>. Acesso em: 01 dez. 2021.

SANTOS, Ana Bárbara Moraes; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida R. Planejamento Sucessório e Societário: a Holding Familiar e a Governança Corporativa. **Jusbrasil**, [S.l], 2020. Disponível em: <<https://claudiamaraviegas.jusbrasil.com.br/artigos/859806674/planejamentosucessorio-e-societario-a-holding-familiar-e-a-governanca-corporativa>>. Acesso em: 10 nov. de 2021.

SILVA, F. P.; ROSSI, A. A. **Holding Familiar: Visão jurídica do planejamento societário, sucessório e tributário**. São Paulo. Editora Trevisan, 2017.

SOUZA, César. **Sucessão**: o maior desafio das empresas familiares. Isto é dinheiro, [S.l], 20 de julho de 2020. Disponível em: <<https://www.istoedinheiro.com.br/sucessao-o-maior-desafio-das-empresasfamiliares/>>. Acesso em: 10 nov. de 2021.

SOUZA, E. O. de et al. **Cultura Organizacional em Empresa Familiar**: Uma Revisão Sistemática. Id on Line Revista Multidisciplinar e de Psicologia, vol.11, n.36, 2017, p.1336.

TEIXEIRA, Daniele. **Noções prévias do direito das sucessões**: sociedade, funcionalização e planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). Arquitetura do planejamento sucessório. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 35.

TESSARI, C. **RS erra ao cobrar ITCMD de participações societárias**. Conjur, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-24/tessari-rs-erra-cobrar-itcmdparticipacoes-societarias>>. Acesso em 01. março de 2022

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

JOÃO PAULO BARBOSA JARDIM:

Bacharel em Direito pela Pontifícia
Universidade Católica de Goiás

RESUMO: A análise da inversão do ônus da prova na relação de consumo para verificar se em todas as relações de cunho consumerista enseja nesta inversão probante, é o que se busca no presente trabalho. Buscou-se dissecar a relação jurídica de consumo, ou seja, compreender cada elemento de sua composição, bem como compreender a disciplina do ônus da prova no ramo consumerista, especialmente a inversão probatória deferida pelo magistrado. A pesquisa concluiu que, em qualquer relação jurídica de consumo, presente apenas um dos requisitos que ensejam a inversão judicial do ônus da prova, quais sejam a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência, o magistrado lançará mão desse instrumento jurídico. A única possibilidade dessa situação não ocorrer é no caso de não haver a presença de nenhum dos requisitos, circunstância que, nos dias atuais, com o advento do mundo globalizado e por questões sociais, é improvável de se verificar.

Palavras-chave: processo civil, consumidor, código de defesa do consumidor, hipossuficiência, verossimilhança.

INTRODUÇÃO

De acordo com a nossa Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXII, constitui direito e garantia individual a proteção ao consumidor. Ademais, no art. 170, da nossa Carta Magna dispõe que a ordem econômica sempre deverá ter como uns dos seus princípios, a defesa do consumidor.

O ambiente nas relações consumeristas sempre teve um grande contraste, onde por um lado existe o fornecedor, a parte mais forte na relação jurídica, e do outro lado está o consumidor, o qual, em muitas ocasiões é a parte mais fraca. Logo, o Código do Consumidor veio para regulamentar os negócios jurídicos entre fornecedor e o consumidor.

Este diploma legal é de cunho extremamente protecionista, haja vista que na maioria das vezes sempre existe uma situação de desigualdade entre as partes. O Estado, através do Poder Judiciário tem como objetivo amparar os anseios dos indivíduos resolvendo seus conflitos e conseqüentemente, promovendo a justiça.

Analisando as relações jurídicas de consumo, podemos notar que sem a existência deste Código, o consumidor seria extremamente prejudicado, pois, em muitos casos, não possui o mesmo conhecimento técnico do fornecedor e muito menos é capaz de produzir provas capazes de formar o convencimento do magistrado ao seu favor.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 6º, um rol de direitos básicos do consumidor, e vale ressaltar que este rol não é taxativo, pois não se excluem os direitos adquiridos por meio de tratados internacionais e até mesmos aqueles derivados dos princípios gerais do direito, é o que preceitua o art. 7º. Dentre estes direitos do consumidor, existe um em especial que chamou a atenção dos estudiosos do direito, qual seja, aquele estampado no inciso VIII: "a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências". O presente trabalho, pretende analisar justamente se em todas as situações jurídicas de consumo, sem qualquer exceção, há de ser deferido tal benefício em favor do consumidor, pois, mesmo embora ser um dos direitos legais do consumidor, deve-se analisar se está ocorrendo a obediência aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, os quais, por estarem estampados em norma hierarquicamente superior, devem sempre serem respeitados.

Através deste trabalho, tivemos a oportunidade de ampliar nossos conhecimentos sobre o Código de Defesa do Consumidor, notadamente em sua área processual. Notamos que o consumidor, na maioria dos casos é a parte mais fraca, e por isso necessita de meios para se igualar ao fornecedor. Atualmente, se consolidou o entendimento de que basta apenas a presença de um dos requisitos elencados no art. 6º, inciso VII, do Código de Defesa do Consumidor para que o magistrado defira a inversão do ônus da prova em favor do consumidor. Todavia, conforme demonstrado, estes estudiosos possuem determinada cautela em admitir que apenas a hipossuficiência seja o bastante para conceder este benefício, haja vista que antes de tudo, deve-se atentar à princípios constitucionais.

1. ELEMENTOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO

1.1 FORNECEDOR

De acordo com o art. 3º do Código de Defesa do Consumidor: "fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços".

Diante da leitura do artigo supramencionado, podemos perceber que o legislador decidiu enquadrar um número considerável de pessoas que podem ser fornecedores. Pode ser pessoa física, como é o caso do empresário individual, pode ser pessoa jurídica, pode até mesmo ser um ente despersonalizado, como a massa falida.

O fornecedor sempre deve desenvolver uma atividade, a qual é uma pluralidade de atos, prolongando-se no tempo, não possuindo destinatários específicos, ou seja, deve ser direcionada para a coletividade, por fim essa atividade deve sempre visar o lucro (ainda que de modo indireto)

Por fim, é importante fazer uma ressalva. Não se deve considerar como fornecedor aquele indivíduo que esporadicamente vende bens, sem a intenção clara de lucrar com esta venda. A título de ilustração deste pensamento, trago o exemplo citado por Simão (2003, 38):

o sujeito que, após anos de uso do carro, resolve vendê-lo, certamente não será fornecedor nos termos do Código de Defesa do Consumidor. Entretanto, se o mesmo sujeito tiver dezenas de carros em seu nome e habitualmente os vender ao público, estaremos diante de uma relação de consumo e ele será considerado fornecedor.

1.2 O CONSUMIDOR

Conforme reza o art. 2º do Código de Defesa do Consumidor: "consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final" O legislador deixou bem claro que a pessoa jurídica pode ser enquadrada como consumidora. Todavia, esta somente será considerada consumidora caso seja a destinatária final do produto e serviços. Caso a empresa adquire somente produtos para o desempenho de sua atividade, esta pessoa jurídica não deverá ser considerada consumidora.

A grande questão para que pessoa possa ser considerada consumidora é que ela deve ser a destinatária final do produto ou serviço. Tal característica sempre gerou dúvidas para os estudiosos do direito e devido a isto, surgiram teorias para explicar tal qualificação do consumidor.

A teoria "finalista ou subjetiva" está inserida de modo expresso no art. 2, do Código de Defesa do Consumidor, haja vista a presença da expressão destinatário final do produto ou serviço. Segundo Tartuce (2012, 68), no Brasil têm-se a ideia de que o consumidor deve ser o destinatário final fático e econômico:

1 Destinação final fática: o consumidor é o último da cadeia de consumo, ou seja, depois dele, não há ninguém na transmissão do produto ou do serviço.

2 Destinatário final econômica - o consumidor não utiliza o produto ou o serviço para o lucro, repasse ou transmissão onerosa.

Há também a teoria denominada “teoria maximalista ou objetiva”, a qual prega que, para que a pessoa seja considerada consumidora, basta que ela retire o bem da cadeia de consumo. Segundo esta teoria, o art. 2º, do Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado da forma mais ampla possível. Todavia, esta teoria recebe duras críticas, haja vista que, ao se adotar uma posição totalmente ampla, acaba por retirar do Código Civil a disciplina dos contratos civis e empresariais, pois nestes contratos, um dos pressupostos a igualdade entre as partes. Tal teoria não foi aceita pelo nosso ordenamento jurídico.

Adiante, surgiu a teoria “finalista aprofundada”, esta prega que, para que seja caracterizada uma relação de consumo deve-se observar se a aquele que adquiriu o produto é a parte mais vulnerável da relação jurídica. Uma das maiores defensoras desta teoria, Claudia Lima Marques (2010, 87) explica:

Realmente, depois da entrada em vigor do CC/2002, a visão maximilista diminuiu em força, tendo sido muito importante para isto a atuação do STJ. Desde a entrada em vigor do CC/2002, parece-me crescer uma tendência nova da jurisprudência, concentrada na noção de consumidor final imediato (Endverbraucher), e de vulnerabilidade (art. 4º, I), que poderíamos denominar aqui de finalismo aprofundado.

É uma interpretação finalista mais aprofundada e madura, que deve ser saudada. Em casos difíceis envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos para a sua produção, mas não em sua área de expertise ou com uma utilização mista, principalmente na área de serviços, provada a vulnerabilidade, conclui-se pela destinação final de consumo prevalente. Essa nova linha, em especial do STJ, tem utilizado, sob critério finalista e subjetivo, expressamente a equiparação do art. 29 do CDC, em se tratando de pessoa jurídica que comprove ser vulnerável e atua fora do âmbito de sua especialidade, como hotel que compra gás. Isso porque o CDC, conhece outras definições de consumidor. O conceito-chave aqui é o de vulnerabilidade

Diante da explicação acima, notamos que a base desta teoria está **vulnerabilidade**. A vulnerabilidade pode ser destrinchada em três espécies.

A **vulnerabilidade técnica** é aquela que o consumidor desconhece as características do produto ou do serviço, e sendo assim, pode ser facilmente enganado pela outra parte.

A seguir têm-se a **vulnerabilidade jurídica**, que se caracteriza pela ausência de conhecimentos jurídicos e ciências afins, como contabilidade, economia e etc.

Por fim, existe a **vulnerabilidade fática**, onde se observa o poder econômico que a parte impõe, e através disto, o consumidor se encontra em uma situação completamente desfavorável.

Para encerrar o presente tópico, analisaremos o chamado “consumidor equiparado ou *bystander*”. Esta espécie foi retirada dos artigos 2º, parágrafo único, 17 e 29 da Lei de Defesa do Consumidor.

O art. 2º, parágrafo único do CDC diz que: “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.” Através desta leitura, percebemos que este Código tenta proteger não só aquele o consumidor em uma relação jurídica de consumo em específico, mas sim a toda uma universalidade de potenciais consumidores de produtos ou serviços.

O instituto jurídico da responsabilidade civil também foi alvo do CDC para inserir o consumidor equiparado. De acordo com o art. 12, do CDC:

O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.

E no art. 17, do mesmo diploma legal, diz que equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento danoso.

Por fim, o art. 29, da Lei consumerista relata que todas as pessoas determináveis ou não se equiparam aos consumidores em relação à exposição de ofertas, publicidades e propagandas, ou seja, caso haja a circulação de uma publicidade enganosa, o Código de Defesa do Consumidor não protege só aquele que foi prejudicado, e sim todas as pessoas que poderiam sofrer algum prejuízo devido a estas informações falsas.

1.3 PRODUTOS /SERVIÇOS

Segundo o art. 3º, §1º, do CDC: “produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial” O bem móvel é aquele que pode ser transportado sem prejuízo de sua integridade, como é o caso do automóvel, que poder claramente um objeto em uma relação de consumo. Já o bem imóvel é aquele que cujo transporte ou remoção implica

em sua destruição ou deterioração, como por exemplo, o apartamento.

Por outro lado, através da leitura artigo supramencionado, notamos que o produto também pode ser material ou imaterial. No primeiro caso, é muito simples a explicação, é um bem corpóreo, tangível, como é o caso do apartamento e do automóvel. Já o produto imaterial, que é aquele incorpóreo, intangível, podemos citar o exemplo de Tartuce (2012, 84): “como bem imaterial, destaque-se o exemplo do *lazer*, que envolve uma plêiade de situações contemporâneas”

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 3, §2º, estabelece que o serviço “é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

Apesar da lei consumerista ser bem clara no sentido de que deve haver a remuneração, a jurisprudência admite que o prestador de serviço obtenha vantagens indiretas, sem que haja prejuízo em sua qualificação nas relações de consumo. Para exemplificar este pensamento, trazemos o exemplo de Tartuce (2012, 88): “Como primeiro exemplo, invoca-se o caso do estacionamento gratuito em lojas, *shoppings centers*, supermercados e afins, respondendo a empresa que beneficiada pelo serviço, que serve como atrativo aos consumidores.”

2. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

Inicialmente, cumpre apenas esclarecer como o Código de Processo Civil estabeleceu, de forma geral, o ônus da prova. Conforme o art. 373, o código adjetivo asseverou o seguinte: “I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. ”

Pois bem.

Existem três espécies de inversão do ônus da prova: a) convencional; b) legal; c) judicial.

A inversão do ônus da prova convencional pode ocorrer antes ou durante o trâmite do processo, e esta é decorrente de um acordo entre as partes. Tal espécie de inversão encontra-se limitações no art. 373, do CPC, o qual dispõe que: “i) recair sobre direito indisponível da parte; ii) tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito” Segundo Tartuce (2012, pág. 511): esta segunda limitação legal é aplicável nas hipóteses de inversão do ônus probatório diante da alegação de fato negativo indeterminado, cuja prova é chamada pela doutrina de “prova diabólica”.

Analisando esta espécie de inversão do ônus da prova com base no CDC, percebemos que este diploma aceita o instituto, todavia, caso o consumidor seja prejudicado, tal prática se torna eivada de nulidade. Vejamos:

Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

VI - estabeleçam inversão do ônus da prova em prejuízo do consumidor;

Segundo a doutrina de processo civil, também não deve existir uma cláusula que atribua ao fornecedor o ônus probatório de uma prova diabólica, pois caso isto fosse permitido, não haveria a obtenção da tutela jurisdicional de excelência.

A inversão legal é aquela que tem previsão expressa na legislação, ou seja, nesta espécie não necessita de análise do magistrado no caso concreto, o próprio legislador impõe a inversão. Tal espécie pode ser considerada uma exceção à regra contida no art. 373 do Código de Processo Civil. Segundo Didier Júnior (2009, pág. 80):

A inversão *ope legis* é a determinada pela lei, *aprioristicamente*, isto é, independente do caso concreto e da atuação do juiz. A lei determina que, numa dada situação, haverá uma distribuição do ônus da prova diferente do regramento comum previsto no art. 333 do CPC.

Podemos demonstrar dois exemplos desta inversão do ônus prova no Código de Defesa do Consumidor.

A primeira situação está prevista no art. 12, §3º, do CDC. Esta situação pode ser caracterizada quando o fornecedor tem que provar que o produto não possui defeitos, que houve culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros, que não colocou o produto no mercado. Diante disso, quando houve uma ação, onde figura no polo ativo, o consumidor alegando defeitos no produto, o fornecedor tem o ônus de provar as excludentes de responsabilidades no artigo mencionado anteriormente, sob pena de ser julgada procedente a ação.

A segunda, traz a ideia de que o fornecedor tem o *onus probandi* de demonstrar o serviço prestado não é defeituoso, ou que houve culpa exclusiva do consumidor ou de terceiros, esta situação está caracterizada no art. 14, §3º, do CDC. Em tais casos o fornecedor deve comprovar as excludentes de responsabilidades mencionadas no artigo 14, do CDC, sob pena de ser julgada procedente a ação.

A última espécie de inversão do ônus da prova é a chamada inversão judicial, a

qual, diga-se de passagem, é a mais discutida nas relações jurídicas travadas nos tribunais. Nessa espécie, aplica-se o disposto no art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor o qual prevê que o juiz inverterá o ônus da prova em favor do consumidor caso este for hipossuficiente ou que suas alegações forem verossímeis. Portanto, não basta ser uma relação de consumo para que ocorra automaticamente a inversão, deve-se respeitar os requisitos legais.

Por meio da leitura da norma exposta alhures, podemos notar que os requisitos da para a inversão do ônus da prova em favor do consumidor, quais sejam, a verossimilhança e a hipossuficiência, devem ser considerados como elementos alternativos, ou seja, basta apenas a presença de um deles para ensejar no deferimento da inversão. Cavalieri Filho (2010, 326) nos traz a lição: "muito já se discutiu se esses pressupostos são cumulativos ou alternativos, mas hoje a questão está pacificada no sentido da alternatividade. A própria conjunção alternativa empregada pelo legislador no texto está a apontar nesse sentido".

Porém, o entendimento exposto acima, em que pese a sua consolidação no nosso sistema jurídico, ainda é apto a gerar certos questionamentos na doutrina, em especial na inversão com base apenas na hipossuficiência. Em outros termos, há questionamentos acerca da possibilidade de beneficiar o consumidor apenas por ser hipossuficiente, embora afirme questões totalmente inverossímeis. Sobre o tema, Tartuce diz a respeito (2012, 517):

Na realidade, custo a crer que uma alegação absolutamente inverossímil, ainda que presente a hipossuficiência do consumidor, seja apta por si só à inversão do ônus da prova, sob pena de termos de admitir a presunção de veracidade de fatos absurdamente inverossímeis. Alguma plausibilidade a alegação do consumidor deve conter, até mesmo porque a eventual falha probatória do fornecedor não deve ser suficiente para exigir do juiz a admissão de fatos que muito dificilmente ocorreram.

A preocupação desta situação é tão grande que até mesmo a doutrina a favor da alternatividade alerta sobre estes casos, conforme preceitua Cavalieri Filho (2010, 326):

No caso da verossimilhança, não há dúvida quanto à dispensabilidade de qualquer outro requisito. O mesmo já não ocorre, entretanto, com a hipossuficiência. Em nosso entender, não bastará que alguém alegue a ocorrência de fato inverossímil, sem nenhuma probabilidade de ser verdadeiro, e mesmo assim tenho o ônus da prova invertido em seu favor por ser hipossuficiente.

Feito os devidos apontamentos, veremos, a seguir, de maneira mais aprofundada, os requisitos supramencionados.

A **verossimilhança da alegação do consumidor**, exige que as afirmações feitas pareçam ser verdadeiras, e para isto, deve tomar por base a máxima da experiência, conforme a parte final do artigo 6º, VIII, do CDC. Segundo Theodoro Júnior (2001, pág. 135) a verossimilhança é: “juízo de probabilidade extraída de material probatório de feito indiciário, do qual se consegue formar a opinião de ser provavelmente verdadeira a versão do consumidor”

Por outro lado, a **hipossuficiência do consumidor** é instituto que gera polêmica no nosso sistema jurídico. De acordo com Tartuce, há uma tendência majoritária em entender que a hipossuficiência do consumidor é a *técnica*. Logo, podemos perceber que a condição econômica do consumidor não é fator para que enseje na inversão do ônus da prova, já que, podem existir situações em que o consumidor detém maior capacidade financeira do que o fornecedor, todavia, podem ter dificuldades ao acesso às informações e meios necessários para a produção de provas.

Segundo Tartuce (2012, pág. 519), o magistrado deve utilizar este instituto jurídico com muita cautela, vejamos:

Deve-se, entretanto, ter muito cuidado no caso concreto com essa inversão do ônus da prova, porque não parece razoável que com a inversão no caso concreto ao fornecedor seja imposto um ônus do qual será extremamente difícil, ou até mesmo impossível, se desincumbir. A superioridade técnica do fornecedor deve se manifestar no caso concreto de forma que a ele seja viável ou mais fácil a produção de prova, e quando isso não corre é difícil sustentar a hipossuficiência do consumidor.

O momento para determinar a inversão do ônus da prova judicial é uma matéria polêmica na doutrina. Existem ao mínimo três posições a respeito deste assunto.

A primeira parcela dos estudiosos sobre assunto, o momento mais adequado para o magistrado determinar a inversão do ônus da prova judicial é o momento de sua aplicação.

Já outra parcela da doutrina, como por exemplo, Nelson Nery Júnior e Maria Rosa de Andrade, entendem que o momento para a inversão do ônus da prova é na sentença.

Por fim, outros estudiosos do direito, como Alexandre Câmara, entendem que o momento mais adequado para que o magistrado defira a inversão do ônus da prova e

no momento de saneamento do processo, ou seja, antes de se iniciar a instrução probatória.

3. A IMPORTÂNCIA DO ÔNUS DA PROVA NO CDC

No direito do consumidor existem duas partes: o consumidor e o fornecedor. O primeiro, na maioria dos casos, não possui conhecimentos técnicos e científicos acerca do produto que está prestes a adquirir. Por outro lado, o fornecedor possui amplo e extenso conhecimento científico sobre o produto ou serviço. Portanto, proposta uma demanda, o consumidor, geralmente ficará em desvantagem sobre o fornecedor, tendo em vista que este detém conhecimentos avançados sobre o produto ou serviço.

O ônus da prova é um dos pilares do nosso sistema processual, e, havendo uma desigualdade na produção de provas, deve o Estado intervir para resolver este impasse.

Daí que surge a inversão do ônus da prova para o consumidor, tendo em vista sua fragilidade, desconhecimento técnico, este, na maioria dos casos, estará em posição desigual em relação ao fornecedor. Logo, a inversão do ônus da prova surgiu para equilibrar as partes, ou seja, com este instrumento o consumidor consegue alcançar o mesmo nível probandi do fornecedor, ou seja, diante deste instrumento jurídico, as partes poderão defender de igual para igual seus direitos em juízo.

O Poder Judiciário prega pela justiça, e caso não houvesse a criação da inversão do ônus da prova, provavelmente o fornecedor, na maioria dos casos, sempre sairia vencedor na demanda. A falta de instituto jurídico ocasionaria inevitavelmente a desigualdade entre as partes, e conseqüentemente a demanda estaria sob égide da injustiça, fato este inadmissível pelo nosso Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

Por meio deste trabalho podemos perceber que no sistema jurídico processual, quem alega determina fato é quem possui o ônus de prová-lo. Essa é a regra geral adotada pelo nosso Código de Processo Civil.

Esta dinâmica do ônus de prova é muito clara no sentido de que, caso a parte autora não consiga comprovar os fatos narrados na inicial, o juiz julgará a demanda improcedente. No mesmo sentido, caso o requerido, alegue fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, e não os comprove, o magistrado julgará procedente o pedido do autor.

Todavia, em determinadas situações o juiz pode determinar que se inverta o ônus da prova. No caso da relação de consumo, o juiz pode, analisando o caso concreto,

deferir a inversão do ônus da prova, onde o consumidor afirma determinado fato, e o fornecedor deverá comprovar que esta afirmação não é válida. Deve-se destacar também os casos de inversão impostas pela legislação, a favor do consumidor.

Este instituto jurídico nasceu da necessidade de se igualar a relação jurídica de consumo, haja vista que, na maioria dos casos, o fornecedor possui maiores conhecimentos técnicos e também tem a capacidade de produzir mais provas.

Portanto, a única maneira de não ocorrer a inversão do ônus da prova, de forma judicial, é a situação em que o consumidor não seja nem hipossuficiente e nem que suas alegações sejam verossímeis, todavia, pelo caráter excessivamente protecionista deste Código e pelo nosso contexto social, onde sempre se vê o consumidor como uma parte mais fraca, acreditamos que seja praticamente impossível o magistrado não determinar a inversão do ônus da prova em favor do consumidor.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, Alvim. **Manual de direito processual civil**. v.2, São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei 8.078/90.

BRASIL, **Código de Processo Civil**. Lei 13.105/15

BRASIL. **Constituição Federal**, 1988

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil – teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. Salvador: Jus Podivm, 2009, vol.2.

FREITAS, Aldo Sabino de. **Manual de processo civil: processo de conhecimento e recursos**. Goiânia: AB, 2008.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Teoria geral dos contratos no Novo Código Civil**. São Paulo: Método, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman de V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5ª ed. São

Paulo: RT, 2006.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. Rio de Janeiro: Método, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direito do Consumidor**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. v.1, Rio de Janeiro: Forense, 2011.

AUTONOMIA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

MARIANA FERREIRA DA CRUZ PIRES:
Mestranda em Direito Civil Comparado.
Advogada.

Prof. Dra. MARIA HELENA MARQUES BRACEIRO DANELUZZI¹

(orientadora)

RESUMO: O Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15), em consonância com a Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, alterou a teoria das (in)capacidades do ordenamento jurídico brasileiro, com o fim de promover a autodeterminação da pessoa com deficiência e a garantia de sua manifestação de vontade sem a necessidade de representação ou assistência. Assim, o presente artigo tem por objetivo refletir sobre a autonomia privada da pessoa com deficiência ante as alterações decorrentes do Estatuto. Para tanto, houve a análise da teoria das (in)capacidades e as transformações por ela sofridas e da autonomia (existencial e patrimonial) da pessoa com deficiência, seguido pelo exame do instrumento de manifestação da vontade da Tomada de Decisão Apoiada, assim como do instituto da curatela, mecanismo de restrição da capacidade. O resultado da análise indica que o tema deve ser ainda objeto de aprimoramento e efetivação no ordenamento jurídico brasileiro. Conclui-se, assim, que a promoção e garantia da autodeterminação da pessoa com deficiência, mesmo após sete anos de vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência, deve ser aprimorado para que o sistema brasileiro esteja em consonância com os princípios da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.

PALAVRAS-CHAVE: Autonomia. Capacidade. Pessoa com deficiência. Manifestação de vontade.

ABSTRACT: The Statute of Persons with Disabilities (Law 13.146/15), in line with the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, changed the theory of (in)capacities of the Brazilian legal system, in order to promote the self-determination of

¹ Afiliada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, Procuradora do Estado Aposentada - Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Advogada e consultora jurídica. Membro do IBDFAM - Instituto Brasileiro de Direito de Família e do IBERC - Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil.

the person with disabilities and the guarantee of their manifestation of will without the need for representation or assistance. Thus, this article aims to reflect on the private autonomy of the person with a disability in the face of the changes resulting from the Statute. In order to do so, there was an analysis of the theory of (in)capacities and the transformations suffered by it and of the autonomy of the person with a disability, followed by the examination of the instrument of manifestation of the will of the Supported Decision Making, as well as the institute of guardianship, capacity restriction mechanism. The result of the analysis indicates that the subject must still be the object of improvement and effectiveness in the Brazilian legal system. It is concluded, therefore, that the promotion and guarantee of the self-determination of the person with disability, even after seven years of validity of the Statute of the Person with Disabilities, must be improved so that the Brazilian system is in line with the principles of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities.

KEYWORDS: Self-determination. Capacity. Person with disability. Expression of will.

INTRODUÇÃO

Trata-se de artigo destinado a análise da autonomia da pessoa com deficiência frente às alterações provocadas pela Lei 13.146/15, em especial a alteração na teoria das incapacidades.

O referido diploma legal surge com o fim de dar maior liberdade às pessoas com deficiência, tornando-as mais independentes para a prática dos atos da vida civil. Tais mudanças, apesar de terem sido consideradas um avanço no que tange o reconhecimento da igualdade das pessoas com deficiência na sociedade, acabou por também acarretar a retirada de mecanismos de proteção que tutelava tais indivíduos.

A Lei 13.146 foi aprovada em 2015, comumente conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, a qual teve como fio condutor a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007, ratificadas no Brasil em agosto de 2008, por meio do Decreto-lei n. 6.949/09, com *status* de emenda constitucional, nos termos do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou a teoria das incapacidades regulamentadas nos artigos 3º e 4º do Código Civil. O artigo 3º passou a considerar como absolutamente incapazes apenas os menores de 16 anos. Já o artigo 4º do Código Civil, ao

prever as hipóteses de incapacidade relativa, excluiu do rol aqueles que “por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido” e “os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo”, como era a redação originária dos incisos II e III do mencionado artigo.

As exclusões dos incisos II e III do artigo 4º do Código Civil antes da alteração trazida pela Lei 13.146/15, levou a atual redação do inciso III do art. 4º do Código Civil, o qual passou a ser considerado como relativamente incapaz “aquele que, por causa transitória ou permanente, não puder exprimir sua vontade”. Ou seja, nota-se que o mero fato da pessoa portar alguma deficiência não passou mais a ser considerado causa de incapacidade.

Isso porque o Estatuto da Pessoa com Deficiência em consonância com a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e os valores da Constituição Federal de 1988 compreendem o ser humano como um sujeito que se autodetermina, que decide livremente sobre sua vida como forma de desenvolvimento de sua personalidade, razão pela qual retirar a plena capacidade de uma pessoa apenas se justifica quando se busca a proteção da sua própria dignidade.

Ao atribuir capacidade plena às pessoas com deficiência, fez-se necessária a criação de mecanismos de efetivação de manifestação da vontade como garantia do seu exercício de autogoverno, com o fim de que a elas fosse possível a tomada de decisões absolutamente autônomas e isentas de qualquer tipo de interferência alheia.

Com isso, surge então o instituto da Tomada de Decisão Apoiada, inserido no artigo 1.783-A do Código Civil. O instrumento busca a promoção da autonomia e da dignidade da pessoa humana, possibilitando a pessoa com deficiência a tomada de decisões de cunho patrimonial ou existencial, sem que haja qualquer eliminação ou restrição de vontade.

1 CAPACIDADE CIVIL E O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

O ordenamento jurídico confere as pessoas aptidão genérica para a prática dos atos da vida civil. Daí surge a capacidade: instrumento para concretização da personalidade (ROSENVALD; CHAVES, 2020b, p.381).

A capacidade jurídica envolve a aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações, sendo ela considerada plena, quando reunidos dois de seus elementos: capacidade de *direito* e a capacidade de *fato*. Capacidade de *direito* é a aptidão para alguém ser titular de direitos e obrigações, muitas vezes sendo confundida com a noção

de personalidade, a qual consiste na possibilidade de alguém ser sujeito de direitos. Por sua vez, a capacidade de *fato*, consiste na aptidão para praticar pessoalmente os atos da vida civil e, possui ela, variações e gradações.

Nelson Rosenvald e Cristiano de Farias Chaves (2020b, p.383) explicam que tais distinções entre capacidade de fato e capacidade de direito, apenas são justificadas pelo atual cenário do Direito Civil, moldadas pelas garantias constitucionais para o exercício de direitos patrimoniais, não mais subsistindo no que diz respeito às relações jurídicas existenciais, como, por exemplo, os direitos da personalidade.

É notória e reiterada a ideia preliminar de que “a capacidade é a regra e a incapacidade a exceção”, uma vez que a incapacidade consiste na restrição legal para a prática de atos da vida civil (DANELUZZI; MATHIAS, 2016). Nesse sentido, as hipóteses de restrição da capacidade plena foram positivadas de forma objetiva no ordenamento jurídico nacional, o qual elucida de que se tratam de limitações excepcionais.

O indivíduo considerado incapaz recebe um tratamento legal diferenciado, uma vez que possui ou se encontra em alguma condição que limita sua compreensão da vida e dos atos cotidianos, tornando-o vulnerável. Assim, faz-se necessária a aplicação do princípio constitucional da igualdade substancial, caracterizado por tratar desigualmente aqueles que se encontram em posição desigual.

Esse tratamento diferenciado dos incapazes tem como objetivo proteger esse grupo de pessoas, por meio da adoção de medidas em seu benefício, como, por exemplo, o não transcurso do prazo de prescrição e decadência (art. 198, I, CC); ninguém pode reclamar o que, por uma obrigação anulada, pagou a um incapaz, se não provar que reverteu em proveito dele a importância paga (art. 181, CC); havendo interesse de incapaz, a partilha no inventário deve ser judicial, vedada a partilha em cartório (art. 2.015, CC) e a intervenção do Ministério Público na qualidade de *custos legis* em processos judiciais em que há interesse de incapaz (art. 178, II, CPC/15).

Nesse sentido, o Código Civil, em seus artigos 3º e 4º, diferencia os sujeitos que seriam considerados *absolutamente* incapazes e os *relativamente* incapazes. Segundo o artigo 3º do Código Civil, somente são considerados como absolutamente incapazes os menores de 16 anos, uma vez que, de acordo com o entendimento do legislador, a este grupo falta maturidade suficiente para manifestação da vontade. Assim, ante a ausência de

capacidade por expressa previsão legal, os menores de 16 anos dependem de um terceiro, isto é, um representante legal, para o exercício de seus direitos.

Por sua vez, com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15), o artigo 4º do Código Civil, o qual dispõe acerca das hipóteses de incapacidade relativa, sofreu substanciais alterações, ante o caráter principiológico, inclusivo e humanitário do Estatuto, diploma que internalizou a Convenção Internacional sobre Direitos das Pessoas com Deficiência “com quórum qualificado (pelo Decreto nº 6.949/09), o que lhe concede posição primária na ordem normativa brasileira, com equivalência às emendas constitucionais (§3º, art. 5º, CF)” (ROSENVALD, 2018).

Como resultado da alteração trazida pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, passaram a ser considerados como relativamente incapazes: (I) os maiores de 16 e os menores de 18 anos; (II) os ébrios habituais e os viciados em tóxicos; (III) *aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade* e (IV) os pródigos.

A redação originária do artigo 4º do Código Civil, já previa como relativamente incapazes os maiores de 16 e os menores de 18 anos, os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os pródigos, hipóteses que não sofreram alteração. Todavia, foram excluídos desse rol aqueles que “por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido” (antigo inciso II) e “os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo” (antigo inciso III).

As referidas exclusões cominaram na atual redação do inciso III do artigo 4º do Código Civil, o qual passou a considerar como relativamente incapaz *aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade*. Nota-se que, o mero fato de pessoa ser portadora de deficiência não a torna incapaz, sendo apenas possível a incapacidade jurídica lhes alcançar, quando, excepcionalmente, não puderem exprimir sua vontade.

Ainda, interessante mencionar que, segundo a redação do inciso III, a incapacidade, sempre de maneira excepcional, também poderá atingir os não portadores de deficiência, nos casos em que o indivíduo não puder manifestar sua vontade, como é caso da pessoa que se encontra internada em Unidade de Terapia Intensiva – UTI (ROSENVALD; CHAVES, 2020a, p. 970).

Assim, bem colocadas as palavras de Nelson Rosenvald e Cristiano de Farias Chaves (2020a, p. 971):

o divisor de águas da capacidade para a incapacidade de uma pessoa com deficiência não mais reside nas características da pessoa, mas no fato de se encontrar em uma situação que as impeça, por qualquer motivo, de expressar sua vontade.

Isso porque, tais transformações são decorrentes do propósito da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, a qual busca

promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência (física ou mental) e promover o respeito pela sua dignidade inerente (ROSENVALD; CHAVES, 2020b, p. 388).

Prova do objetivo inclusivo do Estatuto da Pessoa com Deficiência no que tange a capacidade civil é a redação do artigo 6º do referido diploma, o qual dispõe que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para atos como, casar e constituir união estável, exercer direitos sexuais e reprodutivos, decidir sobre o planejamento familiar etc. (DENELUZZI; MATHIAS, 2016).

2 AUTONOMIA PRIVADA E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A expressão “autonomia” é compreendida, como bem menciona Débora Gozzo e Juliano Ralo Monteiro (2019), como a possibilidade de autogoverno, autodeterminação, direitos de liberdade, escolha individual e, um dos sentidos mais interessante por elas indicado, é a compressão da autonomia como “o motor do próprio comportamento e pertencer a si mesmo”.

Isso se dá pelo fato de a autonomia estar intimamente ligada com a *vontade*, fenômeno que impulsiona e dirige o movimento do reino das faculdades, sendo um dos principais elementos do ato jurídico que, “manifestando-se de acordo com os preceitos legais, a vontade produz determinados efeitos, criando, modificando ou extinguindo relações jurídicas” (AMARAL NETO, 1989).

Neste sentido, Francisco dos Santos Amaral Neto (1989) explica que “a possibilidade, faculdade, que o indivíduo tem de atuar de acordo com sua vontade chama-se liberdade que, no direito tem grande importância”, uma vez que a liberdade individual do ser humano não se limita apenas na ordem jurídica, mas também na sociológica,

cultural, religiosa, biológica e, inclusive, genética, condicionamentos estes que influenciam na liberdade de escolha (ALMEIDA, 2019).

É, a partir desta linha de raciocínio, que o mencionado Professor ensina que “a esfera da liberdade de que o agente dispõe no âmbito do direito privado chama-se autonomia, direito de reger-se por suas próprias leis” (AMARAL NETO, 1989). Surge então na doutrina a *autonomia da vontade* e a *autonomia privada*, não devendo elas serem confundidas, uma vez que foram concebidas em momentos históricos diferentes.

A autonomia da vontade surge no século XIX, quando do advento do liberalismo econômico, momento em que “imperava a filosofia individualista dos direitos subjetivos, tão desejada pela classe burguesa para que pudesse praticar os atos de comércio com a maior liberdade possível” (GOZZO; RALO, 2019). Neste período, o Estado passou a ter uma menor interferência na esfera particular do homem, possibilitando que as partes pudessem estabelecer tudo o que quisessem em um contrato, uma vez que este era considerado como lei entre eles.

Ocorre que, a liberdade proporcionada pela autonomia da vontade acabava por denegrir a dignidade do ser humano, uma vez que em muitas ocasiões as partes não se encontravam no mesmo patamar de igualdade, como era o caso, por exemplo, da desigualdade entre patrões e empregados, produtores e distribuidores e consumidores frente a variedade de produtos e serviços. Circunstâncias essas que acabaram por demandar uma maior proteção.

Questionamentos acerca da autonomia da vontade acabaram por ser levantados e, como resultado, compreendeu-se que “apenas a lei poderia garantir a existência de uma isonomia material entre as partes” (GOZZO; RALO, 2019). Com isso, a visão liberal da autonomia da vontade foi substituída pela autonomia privada, a qual limita a liberdade e faculdade do particular, por meio da lei, da moral e dos bons costumes (GOZZO; RALO, 2019).

Francisco dos Santos Amaral Neto (1989) leciona que

sob o ponto de vista técnico, a autonomia privada funciona como verdadeiro poder jurídico particular, traduzido na possibilidade de o sujeito agir com a intenção de criar, modificar ou extinguir situações jurídicas próprias ou de outrem. Tal poder não é, porém, originário. Deriva do ordenamento jurídico estatal, que o reconhece, e exerce-se nos limites que esse fixa, limites crescentes pelo aumento das

funções estatais em virtude da passagem do Estado de direito para o Estado intervencionista e assistencial.

Embora não haja dúvidas de que a autonomia privada é manifestada por limitações baseadas na ordem pública e nos bons costumes, ela é marcada por não possuir um conceito atemporal e imutável, uma vez que visa a proteção dos “interesses fundamentais da sociedade e do Estado e as que, no Direito Privado, estabelecem as bases jurídicas fundamentais da ordem econômica” (GOZZO; RALO, 2019) e, portanto, um conceito engessado de autonomia privada poderia obstá-la de acompanhar as mudanças da noção de negócio jurídico, ato por meio do qual a vontade do indivíduo é exteriorizada.

A Constituição Federal de 1988 prevê como fundamento da República a dignidade da pessoa humana e a cidadania como forma de privilegiar e ampliar a tutela da pessoa humana e, em razão disso,

o fundamento ou pressuposto da autonomia privada é, em termos imediatos, a liberdade como valor jurídico, e, mediatamente, a concepção de que o indivíduo é a base do edifício social e jurídico e de que a sua vontade, livremente manifestada, é instrumento de realização de justiça (AMARAL NETO, 1989).

Diante desse cenário, a doutrina acabou por desenvolver o pensamento de que a autonomia privada atingiria não somente os tradicionais negócios jurídicos de cunho patrimonial, mas também os negócios jurídicos de caráter existencial, isto é, aqueles inseridos dentro da esfera dos direitos da personalidade, do Direito de Família e Sucessões e, recentemente, por parte do conteúdo positivado na Lei 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

A entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência deu-se à luz do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, buscando a “promoção e inclusão de uma série de pessoas normalmente esquecidas e deixadas à margem da lei” (GOZZO; RALO, 2019). Tal situação deu-se pelo fato de que cada vez mais os microssistemas jurídicos tem ganhado notoriedade e relevância no ordenamento, oportunizando a criação de novas políticas públicas e de legislações inclusivas, tais como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03) e o Estatuto da Pessoa com Deficiência, sendo este último objeto do presente estudo.

O reconhecimento e a relevância conquistada por esses novos grupos, exigiram que a estrutura das relações jurídicas fosse realinhada à nova realidade. A compreensão de que a autonomia privada fosse puramente atrelada a preceitos patrimoniais deixou de subsistir, "reoxigenando seu conteúdo nos valores individuais da pessoa, o que importa na necessidade de realocação de seu eixo e fundamento, conforme o interesse que é colocado pelas partes", conforme explica Débora Gozzo e Juliano Ralo Monteiro (2019).

Isso porque, conforme bem explica Teila Rocha Lins D'Albuquerque (2017)

diversos atos negociais representam a iniciativa privada e os direitos da personalidade, sem necessariamente possuir conteúdo patrimonial, e merecem tutela especial, restando inseridos no plano da regulamentação, ou seja, da autonomia privada, como, por exemplo, transplantes, doação de esperma e óvulos, cessão de direito do uso da imagem, voz e nome de uma pessoa etc.

Conclui-se, assim, que para as relações existenciais, a autonomia privada funciona como um verdadeiro instrumento de promoção da personalidade (MEIRELES, p. 87 *apud* GOZZO; RALO, 2019). Tal entendimento é encontrado na alínea *n* do preâmbulo da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, o qual dispõe que o documento internacional reconhece "a importância, para as pessoas com deficiência, de sua autonomia e independência individuais, inclusive da liberdade para fazer as próprias escolhas".

3 TOMADA DE DECISÃO APOIADA: INSTRUMENTO DE AUXÍLIO A CONCRETIZAÇÃO DA VONTADE DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

O Estatuto da Pessoa com Deficiência gerou uma nova estrutura à teoria das (in)capacidades ao dispor em seu artigo 2º que as pessoas portadoras de deficiência, que consigam exprimir sua vontade, serão consideradas plenamente capazes para os atos da vida civil.

A teoria das incapacidades e o enquadramento como relativamente incapaz foi categoricamente afastado da pessoa com deficiência pelo simples fato dela possuir alguma deficiência. É o exemplo do sujeito portador de Síndrome de Down que apesar de ter seu discernimento reduzido consegue manifestar sua vontade.

Nesse sentido, o artigo 12 da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência dispõe que os Estados Partes deverão adotar medidas relativas ao

exercício da capacidade legal, as quais devem tutelar e efetivar seu exercício, respeitando os direitos, as vontades e as preferências das pessoas, isentando-as de conflitos de interesses e de influências indevidas.

Isso porque não faz sentido reconhecer a capacidade de agir de forma livre e autônoma, objetivando a promoção e concretização da dignidade e inclusão da pessoa com deficiência sem que a ela seja assegurada ferramentas de apoio e suporte. Em razão disso, é instituída a Tomada de Decisão Apoiada (art. 116 da Lei 13.146/15 e art. 1.783-A do CC), como instrumento de promoção da autonomia e dignidade da pessoa com deficiência sem eliminar ou restringir sua vontade nas decisões de caráter patrimonial e existencial.

Ensina Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias (2020a, p. 975) que a “Tomada de Decisão Apoiada é um modelo protecionista para pessoas plenamente capazes (que podem exprimir a própria vontade), porém em situação de vulnerabilidade por conta de uma deficiência”.

O artigo 1.783-A do Código Civil, introduzido pelo artigo 116 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, define a Tomada de Decisão Apoiada como

o processo pelo qual a pessoa com deficiência elege pelo menos duas pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre os atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessárias para que possa exercer sua capacidade.

O modelo jurídico é caracterizado por ser mais flexível, quando comparado com a curatela, uma vez que respeita a vontade decisória do apoiado, estimulando o indivíduo a agir com autodeterminação e a se projetar para uma vida mais independente. No entanto, importante deixar claro que a Tomada de Decisão Apoiada não é uma substituição à curatela, mas um instituto que caminha de forma concorrente a ela no que tange a intervenção estatal na autonomia privada.

O artigo 1.783-A do Código Civil consagra a Tomada de Decisão Apoiada como um procedimento de jurisdição voluntária e de competência da Vara da Família. Apesar de ausência de previsão legal, é possível a instrumentalização do termo de apoio a ser apresentado ao juiz por meio de escritura pública realizada no Cartório de Notas ou simples documento particular (ROSENVALD, 2015).

Ainda, vale anotar que o procedimento de decisão apoiada encontra previsão somente no Código Civil, uma vez que tanto o Estatuto quanto o Código de Processo Civil entraram em vigor no mesmo ano (2015) e, com isso, apresentam algumas divergências, como, por exemplo, a não previsão da Tomada de Decisão Apoiada e a permanência do termo "ação de *interdição*".

O parágrafo 2^a do art. 1.783-A do Código Civil dispõe ser legitimado para requerer a Tomada de Decisão Apoiada a própria pessoa a ser apoiada. Contudo, por se tratar de uma norma de cunho protetorista, é possível interpretá-la de forma ampliada, estendendo aos legitimados para a propositura de ação de curatela (art. 747 do CPC/15) a possibilidade de requerer a Tomada de Decisão Apoiada. Nelson Rosenvald e Cristiano de Farias Chaves (2020a, p. 977) defendem essa posição, apontando ser um "lastro seguro na tradicional regra de quem pode o mais, pode o menos", ao contrário de Joyceane Bezerra de Menezes (2018), que sustenta que a tomada de decisão "deve ser requerida pelo próprio interessado e nunca por terceiros."

O pedido de Tomada de Decisão Apoiada deve, além de indicar expressamente as pessoas escolhidas como apoiadores da pessoa com deficiência, apresentar termo que conste os limites do apoio a ser oferecido com os respectivos compromissos e o prazo de vigência do acordo, respeitando a vontade, os direitos e os interesses da pessoa a ser apoiada, conforme os moldes do parágrafo 1^o do artigo 1.783-A do Código Civil. Essa previsão legal reforça a ideia de que o apoiador não é um representante ou assistente do apoiado.

Nesse sentido, em acordo com as lições de Nelson Rosenvald (2015) e Joyceane Bezerra de Menezes (2018), é importante consignar que o apoiador se trata de um facilitador e não de um representante, uma vez que não pode substituir a vontade do apoiado na realização de um negócio jurídico, assim como não ostenta ele de discricionariedade para deliberar e decidir. Sua função é de "explicar melhor os termos do negócio e as suas consequências para que o apoiado tome decisões mais seguras" (MENEZES, 2018).

Ainda no que tange os termos do acordo de decisão apoiada, surge na doutrina dúvida quanto ao alcance de seu conteúdo: poderia a Tomada de Decisão Apoiada abordar atos de cunho existencial? Entendemos que sim. Isso porque, apesar de os parágrafos 5^o e 6^o do artigo 1.783-A do Código Civil tratarem especificamente acerca de atos negociais, o *caput* do referido dispositivo dispõe expressamente que o apoio deve ser prestado *na*

tomada de decisão sobre os atos da vida civil, o que nos leva a concluir que o mecanismo de auxílio abrange tantos atos patrimoniais quanto existenciais.

Assim, considerando que a lei, notadamente, não definiu a extensão do apoio, deve ser o termo submetido à apreciação judicial a fim de “se evitar afronta à lei ou interferência desarrazoada na vida do apoiado a ponto de lhe retirar sua autodeterminação” (ALMEIDA, 2019, p. 445).

Dessa forma, prevê o parágrafo 3º do artigo 1.783-A do Código Civil, que, após recebido o requerimento de Tomada de Decisão Apoiada, deverá o juiz designar equipe multidisciplinar para que realize uma avaliação da pessoa interessada e ouvir, pessoalmente, o requerente e as pessoas que lhe prestarão apoio. Nessa etapa, o magistrado também deverá ouvir o Ministério Público que atuará na qualidade de fiscal da ordem jurídica.

Na decisão, o juiz deverá indicar, de maneira expressa, os limites do apoio a ser prestado ao beneficiário, considerando suas particularidades, vontades e preferências, ou seja, o magistrado não exerce um papel meramente homologatório, “mas de colaboração de sua parte para com os requerentes da medida, na busca da organização de um processo justo” (ROSENVALD, 2015). Assim, é justificada a redação do parágrafo 4º do artigo 1.783-A do Código Civil ao dispor que a decisão tomada por pessoa apoiada terá validade e efeitos sobre terceiros, sem restrições, desde que esteja inserida nos limites do apoio acordado.

Uma vez deferida a Tomada de Decisão, importante destacar, reiteradamente, que a capacidade civil da pessoa apoiada se mantém intacta e, portanto, os negócios jurídicos por ela celebrados, ainda que sem a presença dos apoiadores, são plenamente válidos. Em caso de eventual divergência de ideias ou risco de potencial prejuízo à pessoa apoiada, é possível que os próprios apoiadores, ou um terceiro interessado, venha a valorar a atuação judicial. Nessa hipótese, ouvido o Ministério Público, o juiz decidirá sobre a questão para que se preserve o interesse do vulnerável, conforme previsão do parágrafo 6º do artigo 1.783-A do Código Civil.

Na hipótese de divergências ou particularidades, a pessoa apoiada pode, a qualquer tempo, solicitar o término do acordo firmado em processo de tomada de decisão apoiada (§9º do art. 1.783-A do CC), bem como o apoiador pode solicitar ao juiz a exclusão

de sua participação no processo, sendo seu desligamento condicionado à manifestação do magistrado sobre a matéria (§10º do art. 1.783-A do CC).

Em ambas as hipóteses supramencionadas não é necessário investigar os motivos de desligamento do apoiador, uma vez que o compromisso gera inúmeros deveres e responsabilidades e, portanto, não é crível forçar o indivíduo a continuar a exercer tal atribuição. Exige-se, no entanto, prestação de contas que, na previsão do §11 do art. 1.783-A do Código Civil, seguirá, no que couber, as disposições referentes à prestação de contas na curatela.

Por fim, os parágrafos 7º e 8º do artigo 1.783-A do Código Civil preveem que se o apoiador agir com negligência, exercer pressão indevida ou não adimplir as obrigações assumidas, poderá a pessoa apoiada ou qualquer outra pessoa apresentar denúncia ao Ministério Público ou ao juiz. Sendo esta procedente, o apoiador será destituído e nomeado outra pessoa para a prestação de apoio, ouvida, caso interesse, a pessoa apoiada.

4 CURATELA COMO MEDIDA EXTRAORDINÁRIA

Até a Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência e o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15), a curatela era baseada no modelo de substituição de vontade e era o único instrumento jurídico destinado à proteção da pessoa maior incapaz, com discernimento prejudicado, para praticar os atos da vida civil (ALMEIDA, 2019, p. 439).

O instituto até então não se atentava às particularidades de cada pessoa submetida ao seu domínio, uma vez que era imposto por meio de pronunciamento judicial genérico e estereotipado. Nesse sentido, Vitor Almeida (2019, p.439) descreve que

a indiferença pela avaliação cuidadosa e individual das habilidades e potencialidades da pessoa curatelada, com base em exames periciais padronizados, descortinou a banalização da curatela total, olvidando-se, não raras vezes, dos interesses do próprio curatelado.

As alterações trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência na teoria das incapacidades, fez com que o Código Civil passasse a adotar (a) o *critério etário*, o qual utiliza de requisito objetivo, consistente na mera verificação da idade do indivíduo e (b) o *critério psicológico*, o qual afere a capacidade por meio do uso de elementos subjetivos.

No que tange a incapacidade fundada no critério psicológico, é importante lembrar que um dos grandes méritos do Estatuto foi separar os conceitos de “incapacidade civil” e “deficiência”, tornando a pessoa com deficiência plenamente capaz. Em razão disso

é que o inciso III do artigo 4º do Código Civil passou a dispor que se considera como relativamente incapaz aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade.

No entanto, para que a incapacidade relativa seja reconhecida, é necessário o reconhecimento judicial de sua causa geradora por meio de *Ação de Curatela*, antes denominada de Ação de Interdição, previsto a partir do artigo 747 do Código de Processo Civil. Será por meio desse procedimento que uma pessoa que esteja internada em uma Unidade de Tratamento Intensivo – UTI e que, por causa transitória não consiga exprimir sua vontade, terá sua incapacidade reconhecida judicialmente, por exemplo.

O artigo 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência atribuiu a curatela um novo perfil: ela passou a ser uma medida protetiva extraordinária, limitada e proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso e que deve ter o menor período de duração possível. Bem explica Nelson Rosenvald (2018) que, assim, a pessoa com deficiência possuirá garantia de uma presunção de plena capacidade e, excepcionalmente, a deficiência poderá ser “qualificada pela curatela (art. 84, §1º), nos casos em que a partir de um laudo biopsicossocial objetivamente se possa aferir uma absoluta impossibilidade de autodeterminação e interação social.”

Assim, conclui o mesmo autor que

o divisor de águas da capacidade para a incapacidade não mais reside nas características da pessoa, mas no fato de se encontrar em uma situação que a impeça, por qualquer motivo, de conformar ou expressar sua vontade (ROSENVALD, 2018).

Ou seja, a curatela passou a ser compreendida como uma forma de apoio e salvaguarda das pessoas que possuam ou se encontrem sob significativos impedimentos de manifestação da vontade, concorrentemente a Tomada de Decisão Apoiada e outros instrumentos que necessitam ser idealizados para que seja possível atender a diversidade de deficiências e da intensidade diferenciada da necessidade de suporte (ALMEIDA, 2019, p.440).

É devido a essa nova visão do instituto da curatela que autores como Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto (2018), Vitor Almeida (2019) e Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias (2020), defendem que a sentença que reconhece a curatela deve apresentar forte carga argumentativa, descrevendo e justificando o projeto terapêutico

individualizado, bem como regulamentar a extensão da intervenção sobre a autonomia privada daquele indivíduo.

Assim,

o estado da pessoa deve ser individualizado mediante uma complexa avaliação das condições pessoais do sujeito e daquelas sociais, culturais e ambientais, mas, sempre, em relação ao exclusivo interesse das manifestações do desenvolvimento pessoal (ALMEIDA, 2019, p.441).

Dessa forma, a curatela deverá de ser delimitada para mais ou para menos, a depender das especificidades do caso concreto.

O Superior Tribunal de Justiça, no Informativo n. 694 (03/05/2021), no Recurso Especial 1.927.423/SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, na Terceira Turma e por unanimidade, em harmonia com a doutrina ora mencionada, entendeu ser inadmissível a declaração de incapacidade absoluta às pessoas com enfermidade ou deficiência mental. Segundo o julgado, a curatela deve ser medida excepcional e proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso concreto, conforme artigo 84, §3º do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

A partir da releitura da curatela à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência, nota-se que, a curatela será uma

resposta excepcional, residual e restritiva que somente procederá quando a alternativa menos gravosa da restrição da capacidade resulte inadequada frente a absoluta impossibilidade de a pessoa interagir com seu entorno e expressar vontade, ao tempo que o sistema de apoios previsto como inicial auxílio em favor do exercício da capacidade pareça insuficiente (ROSENVALD, 2018).

5 CONCLUSÃO

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, seguindo os moldes da Convenção de Nova Iorque sobre Direitos da Pessoa com Deficiência, gerou relevantes modificações no direito protetivo brasileiro, substituindo um modelo baseado na substituição de vontade por um sistema de apoio à pessoa com deficiência, preservando ao máximo sua autodeterminação para conduzir a própria vida.

O Estatuto, norma que regulamenta a Convenção em âmbito interno, trouxe mecanismos de suporte moldados de acordo com as peculiaridades da pessoa com deficiência, sendo apenas utilizado caso as circunstâncias assim necessitem.

Dentre esses mecanismos está a Tomada de Decisão Apoiada, normatizada no artigo 1.783-A do Código Civil, a qual surge como um instituto inovador e diferenciado, uma vez que tem como finalidade preservar a capacidade civil das pessoas com deficiência, proporcionando condições para o seu exercício de forma autônoma.

A Convenção possui caráter humanitário e, com isso, buscando garantir os direitos humanos, traz em seu texto ideias de inclusão social, em conjunto com a eliminação de toda e qualquer forma de preconceito ou impedimentos para o desenvolvimento do homem e sua capacidade para o exercício de direitos.

No entanto, embora o Estatuto da Pessoa com Deficiência tenha trazido inúmeras garantias, o novo diploma legal trouxe consequências jurídicas no que tange a teoria das incapacidades, a sistemática da curatela, assim como passou a prever a possibilidade da prática de atos patrimoniais e existenciais pela pessoa com deficiência, os quais antes eram considerados como nulos.

O artigo 114 da Lei 13.146/15 foi o responsável pelas significativas alterações na teoria das incapacidades, ante a revogação de todos os incisos do artigo 3º do Código Civil, passando a considerar como absolutamente incapaz somente os menores de 16 anos.

O artigo 4º do Código Civil, por sua vez, ao tratar das hipóteses de incapacidade relativa, teve seus incisos II e III alterados, passando a considerar como relativamente incapaz os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, deixando de lado a redação originária do inciso II que preceituava “os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido”, bem como o inciso III que dispunha “os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo.”

Tais transformações foram consideradas como revolucionárias na comunidade jurídica ao alterar totalmente a teoria das incapacidades, uma vez que a incapacidade, forma de proteção a determinado número de indivíduos, foi afastada. Assim, todas as pessoas com deficiência, que eram consideradas como absolutamente ou relativamente incapazes, a depender do grau de deficiência ou desenvolvimento mental, passaram a ser consideradas como plenamente capazes.

Com isso, a ação de curatela acabou por sofrer consideráveis mudanças, uma vez que além de passar a ser considerada medida de caráter excepcional, o magistrado na sentença que a decreta, deve individualiza-la detalhadamente, atendendo as peculiaridades da pessoa a ser curatelada, restringindo-a, na maioria dos casos, a somente abranger atos negociais.

Em paralelo ao instituto da curatela surge a Tomada de Decisão Apoiada, instrumento destinado a assegurar o exercício da capacidade civil plena da pessoa com deficiência, de modo a propiciar tanto a este quanto a terceiros, maior segurança na prática de determinados atos da vida civil, em especial os de cunho patrimonial que podem gerar prejuízos a terceiros.

Desta forma, observa-se que a Convenção de Direitos da Pessoa com Deficiência em conjunto com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, objetivam o reconhecimento da capacidade legal de todas as pessoas com deficiência, em igualdade de condições com as demais pessoas, por meio da inauguração de um sistema protetivo emancipatório de apoio, que possibilite ao indivíduo uma vida independente, sendo a ele garantido suporte, caso necessite e na medida em que necessite.

Ou seja, o modelo clássico de representação vigente no Brasil foi alterado para um modelo de apoio que acredita na vida independente da pessoa com diversidade funcional, apostando em sua capacidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Victor. Autonomia da pessoa com deficiência e tomada de decisão apoiada: alcance, efeitos e fins. In.: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra. **Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. **Revista de Informação Legislativa**, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr-jun, 1989.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Direito de Família – Curso de Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2013.

D'ALBUQUERQUE, Teila Rocha Lins. O Estatuto da Pessoa com Deficiência e as novas perspectivas em torno da mudança da capacidade civil. **Universidade Federal da Bahia**: Salvador, 2017.

DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro; MATHIAS, Maria Lígia Coelho. Repercussão do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/15) nas legislações civil e processual civil. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, vol. 66/2016, abr-jul, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil – Teoria Geral do Direito Civil**. Vol. 01. 37ª edição, Saraiva, São Paulo, 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da Pessoa com Deficiência comentado artigo por artigo**. Salvador, 3º edição, JusPodivm, 2018.

GOZZO, Débora; MONTEIRO, Juliano Ralo. A concretização da autonomia existencial e a Lei 13.146/15: apontamentos sobre o casamento da pessoa com deficiência. *Civilistica.com* – **Revista Eletrônica de Direito Civil**. a. 8. N. 1. 2019.

LIMONGI, Viviane Cristina de Souza. **Capacidade Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Lumen Juris, 2018.

MEIRELES, Rose Melo Venceslau. **Autonomia Privada e Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. Tomada de Decisão Apoiada e sua Correlação com Institutos Afins, p. 83-102. In: **Direito Civil: Estudos – Coletânea do XV Encontro dos Grupos de Pesquisa – IBDCIVIL**. São Paulo: Blucher, 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **REsp 1.927.423/SP**. Direito Civil. Pessoas com enfermidade ou deficiência mental. Incapacidade absoluta. Inocorrência. Curatela. Excepcionalidade. Proporcionalidade. Caso concreto. Terceira Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 27/04/2021. DJe 04/05/2021. Disponível em <https://processo.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%28RESP.clas.+e+%40num%3D%221927423%22%29+ou+%28RESP+adj+%221927423%22%29.suce.>>

a) ROSENVALD, Nelson; CHAVES, Cristiano de Farias. **Curso de Direito Civil, Vol.6**. Salvador; editora JusPodivm, 12º edição, 2020.

b) ROSENVALD, Nelson; CHAVES, Cristiano de Farias. **Curso de Direito Civil, Vol.1**. Salvador; editora JusPodivm, 18º edição, 2020.

ROSENVOLD, Nelson. A curatela como a terceira margem do rio. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDC**. Belo Horizonte, v. 16, p. 105-123, abr-jun, 2018.

ROSENVOLD, Nelson. A Tomada de Decisão Apoiada – Primeiras linhas sobre um novo modelo jurídico promocional da pessoa com deficiência. **X Congresso de Direito de Família, outubro de 2015**. Disponível em <https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/253.pdf> Acessado em 12 de julho de 2022.

COMPLIANCE E CERTIFICAÇÃO AMBIENTAL DAS USINAS SUCROALCOOLEIRAS COM A FINALIDADE DE PROTEÇÃO AMBIENTAL

HIGOR EDUARDO ALVARES OHIRA:

Graduando em Direito-Centro
Universitário de Santa Fé do Sul

LETÍCIA LOURENÇO SANGALETO TERRON²

(orientadora)

RESUMO: A esfera ambiental obteve uma evolução considerável com a finalidade de um desenvolvimento sustentável diante as gestões empresariais. Reflexo de todos os atendimentos as normas ambientais impostas, com o objetivo de identificar, diminuir e escarmentar as empresas que tenham cometido alguma infração relacionada á diminuição a qualquer aspecto que venha prejudicar a biodiversidade provocada pelo desmatamento destas áreas e práticas de monoculturas: poluições de rios, solos; danos a flora e fauna provocados diante incêndios controlados, desmatamentos específicos, dentre outros atos prejudiciais. A conservação do meio ambiente deve ser cerceada de fiscalização eficiente com o objetivo de meios para a prevenção, monitoramento, inspeção, enxear e corrigir qualquer ato que visa prejudicar o meio ambiente. A metodologia para a produção do presente trabalho foi o estudo de livros, artigos online, aulas virtuais e análises de depoimentos em videoconferências, visando a análise de programas ambientais aplicados em empresas como instrumento de melhoria a práticas realizadas, com o intuito de evitar qualquer responsabilização civil, administrativa e criminal por danos causados ao meio ambiente. Portanto a fiscalização coercitiva fica embasada em aplicar sanções impostas pelo Estado que é a autoridade competente para cuidar dos reparos e mitigações provocados ao meio ambiente, juntamente ao programa *compliance* evitando futuros danos.

Palavras-chave: *Compliance* ambiental. Crimes ambientais. Meio ambiente. Proteção.

ABSTRACT: The environmental sphere has achieved considerable evolution with the aim of sustainable development in the face of business management. Reflection of all compliance with the environmental standards imposed, with the objective of identifying, reducing and scaring companies that have committed any infraction related to the reduction of any aspect that will harm the biodiversity caused by the deforestation of these areas and monoculture practices: River pollution, soils; damage to flora and fauna caused by controlled fires, specific deforestation, among other harmful acts. The conservation of

² Doutora em Direito, docente do UNIFUNEC

the environment must be restricted by efficient inspection with the objective of means for the prevention, monitoring, inspection, staining and correcting any act that aims to harm the environment. The methodology for the production of the present work was the study of books, online articles, virtual classes and analysis of testimonies in videoconferences, aiming at the analysis of environmental programs applied in companies as an instrument to improve the practices carried out, in order to avoid any liability civil, administrative and criminal damages caused to the environment. Therefore, coercive inspection is based on applying sanctions imposed by the State, which is the competent authority to take care of the repairs and mitigations caused to the environment, together with the compliance program, preventing future damages.

Keywords: Environmental compliance. Environmental crimes. Environment. Protection.

1 INTRODUÇÃO

A gestão ambiental deve existir em toda a estrutura da empresa, com foco na organização do agronegócio de forma a eliminar ou mitigar os danos nocivos ao meio ambiente causados pelo setor agroindustrial. Compreender os danos é fundamental para o desenvolvimento de novas tecnologias e processos organizacionais no agronegócio, que servirão de base para apoiar os mecanismos de gestão ambiental.

O Estado de São Paulo tem atualmente cerca de 172 usinas sucroalcooleiras, com cerca de 42% do total do país, sendo o segundo maior produtor mundial de etanol, ficando somente atrás do Estados Unidos. O noroeste do Estado de São Paulo conta hoje com cerca de 28 usinas sucroalcooleiras, que estão instaladas nos diversos municípios que compõem essa região. (SÃO PAULO, 2019).

São muitos os problemas ambientais causados pelas usinas de açúcar e álcool, como: poluição da água, do ar e do solo; danos aos animais e às plantas. Diante de todos esses tipos de problemas ambientais, muitas vezes as usinas são avisadas e multadas pelos órgãos fiscalizadores competentes para que possam reparar os danos causados ao meio ambiente.

Dentre os tipos de multas aplicadas pelos órgãos fiscalizadores tem-se: administração inadequada de efluentes líquidos, quanto a vinhoto quão é a matriz efluente gênito em usinas sucroalcooleiras, por exemplo. Além disso, outros resíduos restabelecido lançados regularmente por tais organizações tais quanto: lançamento de fumarada por peça de fontes estacionárias (caldeiras e fornos); prática da queimada de nada de cana de mansidão não autorizada; inscrição de efluentes líquidos industriais em corpos d'água, sem cura prévio, situação causadora de imundice ambiental e provocando a ruína de peixes; utilização do solo quanto descarte de vinhoto in natura, gerando áreas de acumulação do produto no entorno de tanques de alvenaria utilizados na derivação de vinhoto.

Por enumeração de todos esses danos as usinas sucroalcooleiras restabelecidas são penalizadas com advertências e multas, sendo quão, dependendo da autoridade da infração, isso pode causar-lhes um malefício enorme. Dessa forma, as usinas sucroalcooleiras precisam cada hora ajustar-se às medidas de conservação ambiental, quão restabelecido traduzidas em encontrar litígios provocados por não temer os preceitos legais, com saúde quanto observar os danos ocasionados à constituição em atos cometidos pela ser jurídica prejudicando a esfera ambiental.

Sendo assim, o setor agroindustrial tem recebido certificações ambientais quando demonstram possuir atitudes sustentáveis. Por conseguinte, o objetivo desse estudo foi elencar os principais programas ambientais, certificações e demais instrumentos que têm sido implantados nas usinas sucro-alcooleiras que podem auxiliar na preservação ambiental.

2 ENFORCEMENT E COMPLIANCE AMBIENTAL

A palavra *compliance* é originária do verbo em inglês "to comply", cujo significado é a ação em conformidade com regras, instruções internas, comando ou um pedido, ou seja, estar em *compliance* é estar em conformidade com a legislação e a regulamentação externa e interna (LIRA, 2014).

Segundo Gomes e Oliveira (2017) o *compliance* não tem uma limitação de apenas um setor, departamento ou segmento de mercado, mas é uma ação que indivíduos e empresas adotam de determinado ramo. Além disso, o *compliance* pode ser entendido como um tipo de investimento na transparência entre pessoas e empresas para cumprir a legislação, normas, códigos de ética, missões e objetivos com o intuito da interação e meios para tal realização. Destarte um meio de transparência social para que a população observe a atitude em que a empresa se mostre o quanto é importante a preservação dos recursos ambientais.

Portanto *compliance* "é um conjunto de regras, padrões, procedimentos éticos e legais, que, uma vez definido e implantado, será a linha mestra que orientará o comportamento da instituição no mercado em que atua, bem como a atitude dos seus funcionários" (CANDELORO; RIZZO; PINHO, 2012, p. 30).

O *compliance* ambiental é o desenvolvimento sustentável embasado por um código de ética, uma missão intrínseca dentro da corporação, buscando adequar e obter certificados não somente com a finalidade monetária, mas principalmente com o intuito de atingir uma política ambiental, uma mudança de postura com o colaborador. Seu objetivo é adequar práticas corporativas às leis, regras, normas e procedimentos regulamentados na área ambiental. É um importante instrumento para proteger a empresa

e seus dirigentes de responsabilização civil, criminal por quaisquer eventuais danos causados ao meio ambiente, oriundos de suas atividades (VIEIRA, 2013).

As normas de responsabilização e a tônica do seu *enforcement* pelas autoridades de controle e Poder Judiciário têm conduzido as empresas e corporações a buscarem formas de "autorregulação" ou de adesão voluntária para lidar com a temática socioambiental, elaborando diretrizes que indiquem um caminho de respeito aos direitos vinculados à sustentabilidade.

Nessa linha, além das exigências quanto à adoção de planos de *compliance* ambiental, que são amplos e com capacidade de maior impacto a longo prazo, vale destacar os "princípios do Equador" — referenciados nas diretrizes de meio ambiente, saúde e segurança do Grupo Banco Mundial —, que trazem uma proposta de proteção socioambiental, desde a perspectiva e atuação dos financiadores/instituições bancárias. Lançado em 2003, em Washington, nos Estados Unidos, esse documento apresenta um conjunto de regras utilizadas pelos maiores bancos internacionais para a concessão de crédito às empresas. Os princípios do Equador se tornaram uma referência para instituições financeiras privadas no campo do financiamento de projetos, ao oferecer subsídios para que o investimento e o crédito sejam concedidos após a análise da magnitude dos riscos e impactos socioambientais potenciais, incluindo aqueles relacionados com direitos humanos, mudanças climáticas e biodiversidade.

É interessante destacar que as condicionantes indicadas nos "princípios do Equador" dialogam muito bem com o sistema normativo brasileiro e mostram como todos os fatores que precisam se envolver na questão da proteção socioambiental. Esses princípios conversam também com o atual debate sobre o aperfeiçoamento das normas, sendo possível imaginar que, em breve, a adesão voluntária das empresas a programas de *compliance* ambiental, que será um elemento a mais para compreensão do exercício da liberdade econômica e para a consolidação do mosaico normativo socioambiental.

A influência dos "princípios do Equador" e dos desastres nas reflexões sobre o aprimoramento normativo brasileiro encontra exemplo inspirador no Projeto de Lei (PL) nº 5442/19, que se propõe à regulamentação dos programas de conformidade ambiental em empresas públicas e privadas que exploram atividade econômica potencialmente lesiva ao meio ambiente. Na justificativa do mencionado PL, destaca-se a necessidade de desenvolvimento de novos instrumentos de preservação do meio ambiente, especialmente depois dos desastres nas cidades mineiras de Mariana e Brumadinho. O PL veda a concessão de subvenções econômicas, financiamentos em estabelecimentos oficiais públicos de crédito, incentivos fiscais e doações à pessoa jurídica que não possua um programa efetivo, com exceção de microempresas e empresas de pequeno porte.

O *compliance* ambiental trouxe uma nova perspectiva sendo que a partir de agora não é considerado meramente a lucratividade, as empresas visam agora lucros limpos e verdes. Não se mede o desempenho da empresa considerando a unidade monetária do país que a mesma está implantada, mas sim, mensurando quantos hectares de florestas foram plantadas, quantos metros cúbicos de água foram reutilizados; quantas toneladas de gases que não foram lançados na atmosfera, quantos megawatts de energia foram poupados.

Sendo Portando, que o *compliance* é aceito como uma tática de atratividade do negócio, já que com a globalização a sociedade vem, de forma crescente, levando em consideração o consumo ético e a empresa ética e sustentável, sendo exigido das empresas conscientização em relação aos costumes e condutas que se espelham nesses valores. (TERRON, p. 14. 2019).

Lucros limpos que são resultados de atividades não poluentes e lucros verdes que revertem para a *compliance* ambiental restauração ambiental, contribuindo para a melhoria do estado do ambiente, atraindo uma quantidade maior de investimentos, fidelizando os consumidores e fazendo a diferença para as empresas em um mercado amplamente competitivo e acirrado. (ARAGÃO; GARBACCIO, 2020).

3 SISTEMA DE GESTÃO AMBIENTAL

Com a crescente exigência e surgimentos de novas leis ambientais brasileiras, as empresas sucroalcooleiras tem se empenhado a buscar alternativas para cumprir as leis e normas ambientais, além de se adequar ao estrito regime de sua responsabilidade ambiental. Diante este fato, um dos instrumentos utilizados pelos setores de *Compliance* é o SGA, sendo ele um conjunto de atividades administrativas e operacionais, que visam a atuação em problemas atuais ou futurísticos, que venham degradar o meio ambiente ou causar algum tipo de responsabilização penal ou civil para a indústria sucroalcooleira.

Atualmente, há a implantação de dois SGAs na esfera empresarial, sendo elas a NBR ISSO 14001 e o Programa de Ação Responsável. A ISSO 140001 foi atualizada em 2015 e conseqüentemente definindo a estrutura, critérios e elementos para a implantação de um SGA na esfera ambiental. Segundo LOURENÇO. 2015, p. 01.

Um Sistema de Gestão Ambiental (SGA) é uma estrutura desenvolvida para auxiliar as organizações, independentemente de seu tipo ou porte, a planejar consistentemente ações, prevenir e controlar impactos significativos sobre o meio ambiente, gerenciar riscos e melhorar continuamente o desempenho ambiental e a produtividade. Além destes aspectos, um SGA permite avaliar e

monitorar a conformidade em relação ao atendimento dos requisitos legais.

Diante o setor de *Compliance* visa a elaboração e aplicação do SGA, que pré-determinados se sustenta em 4 fundamentos básicos, sendo eles planejar; executar; verificar e agir. Que se torna em um ciclo contínuo.

No primeiro fundamento, planejar; impõe o objetivo para que seja alcançado com os aspectos que deverão ser apurados e demonstrados por finalidades como; eleger e constituir formalmente um coordenador ambiental; organização de um comitê; capacitação de gestores e até mesmo designação de aspectos de impactos ambientais e significados para constituição da política ambiental empresarial.

Com o planejamento bem desenvolvido, o SGA se orienta a próxima etapa, onde o segundo fundamento é o da execução, que deve ser verídico ao propósito e aprovado após o planejamento. Vale ressaltar que as empresas sucroalcooleiras, utilizam este segundo fundamento para estabelecer a devidas ações ambientais, processamentos de documentações e coleta de informações e certificações de todos os colaboradores. Após iniciará o terceiro fundamento que constitui na verificação, monitoração da execução diante as políticas socioambientais propostas no primeiro fundamento, com ações como auditorias internas; ações preventivas e corretivas; além de análises pela administração da empresa, e por conclusão o último fundamento da ação diante que em possibilidade da ação dos dados obtidos com a fase de execução, há a necessidade de reavaliar para se caso haver melhorias para os procedimentos que foram considerados ineficazes, suprir com novos procedimentos.

O *Compliance* se procede neste formato de gestão, visto que por sua vez ao receber a certificação do ISSO 14001, demonstra para a sociedade seu comprometimento socioambiental e questões ambientais, transparência que as empresas do noroeste paulista buscam. Ressalta -se que além da transparência da empresa diante suas intenções com meio ambiente um dos benefícios econômicos ao adquirir a certificação se torna evidente pela ampla confiabilidade com os agentes financiadores e mercado consumidor.

Na região noroeste paulista em vista da quantidade de usinas sucroalcooleiras e suas localizações em específico a implantação do ISSO 14001 irá beneficiar visto que com o SGA trazendo a melhoria da imagem empresarial, empregando o marketing verde para a região, conseqüentemente elevaria o nível como vantagem no mercado global, pelo simples fato que através das diversas certificadoras, o intuito é que demonstra sua responsabilidade diante os aspectos ambientais sendo considerada de suma importância, o respeito da fauna e flora diante um sistema de desenvolvimento sustentável com a melhora e valorização da imagem perante o mercado global.

Percebe-se que a sociedade atualmente valoriza as empresas que buscam promover uma gestão sustentável e de preocupação com os meios e matérias que serão descartados ou lançados na fauna e flora, com o pensamento de deixar para aqueles que ao futuro, não sejam prejudicados por ações sem conceito valorativo das empresas e consumidores.

Em contra razão, a implantação de um Sistema de Gestão Ambiental, não determina se uma empresa é considerada responsável diante os aspectos socioambientais. A certificação do ISSO 14001, por si, não garante que a usina sucroalcooleira seja transparente ao ver social como exemplo a empresa de mineração SAMARCO, que inclusive possuiu a certificação e mesmo assim respondeu a um processo de responsabilização pelo o ocorrido em Mariana, no Estado de Minas Gerais, considerado o maior acidente ambiental do Brasil. Pata tal exemplo cita-se o relatório elaborado pelo IBAMA que demonstra os danos provocados ao meio ambiente.

Usuários do rio Doce, do estuário, da área costeira impactada e também o mero espectador, que observam a evolução do maior desastre ambiental do Brasil e sente-se privado de seu direito ao meio ambiente sadio e equilibrado e das belezas cênicas usufruídas, aspectos difíceis de valoração. [...] O rompimento da barragem de Fundão provocou a liberação de cerca de trinta e quatro milhões de metros cúbicos de rejeito no meio ambiente, atingindo Áreas de Preservação Permanente (APP), provocando alteração na qualidade dos cursos d'água e a mortandade de organismos aquáticos (em particular peixes e invertebrados), principalmente pela quantidade de sedimentos que ficaram disponíveis na coluna d'água (BRASIL, 2015, p. 29).

O fato de estar em *Compliance*, facilita a atuação do cumprimento das normas ambientais brasileiras, otimizando os procedimentos, gerando ganho não somente de imagem e marketing, mas também ganho econômico a corporação diante a certificação, ressaltando mais uma vez que a implantação do SGA por si só, não elimina nenhum risco, diante o argumento que o *Compliance* dever ser continuo nas revisões, alterações, fiscalizações e nas aplicações dos métodos, para que consequentemente a elevação do desempenho empresarial frente a legislação ambiental nacional.

4 PROTOCOLO DE CERTIFICAÇÃO VERDE

Um dos benefícios do *Compliance* é a instituição e acordos, protocolos de prevenção, atos resolutivos e até mudanças legislativas no objetivo que é proposto pelo programa, no ramo financeiro as instituições não buscam somente o lucro vantajoso, mas

sim a prosperidade e estabilidade econômica, este ramo também estão voltados ao desenvolvimento sustentável diante ao meio ambiente.

A usinas sucroalcooleiras que procuram estar de maneira geral com um excelente corpo estrutural de *compliance*, se subdividem nas áreas para a economia e direitos normativos

a serem seguidos, como *compliance* trabalhista, *compliance* cível, *compliance* ambiental e *compliance* ambiental sendo este o objeto deste estudo. Mas para a devida explicação do porque buscar estar em sintonia com o protocolo verde, o contexto histórico se faz necessário.

Em meio aos anos noventa, aconteceu a declaração internacional dos bancos com a finalidade de um meio ambiente sustentável, se movimentaram para esta declaração mais de trinta bancos, o acontecido foi em 1992 na cidade de Nova York. Com o início do mercado financeiro brasileiro diante o mundo, após a década dos anos 60, o Brasil não poderia ficar sem tomar alguma providência em vista dos procedimentos ambientais.

Deste modo em 1995 os bancos federais iniciarão um protocolo que abriria a oportunidade das empresas financeiras se adequarem mediante responsabilidades ambientais, através de seus empréstimos. A empresas que não seguiam o caráter de responsabilização ambiental, não se enquadravam como requisito para obter o investimento ou empréstimo criando desta forma o Protocolo Verde.

Devidamente constituído pelo Governo, o Protocolo Verde continha a participação do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), Caixa Econômica Federal (CAIXA), Banco do Brasil (BB), Banco da Amazonia (Basa) e Banco do Nordeste do Brasil (BNB). Assim, o Protocolo Verde iniciou a política nos bancos públicos a oferecer concessões de financiamento aos seus clientes, conseqüentemente ocorrendo a observação desta política em face que as instituições federais elaborassem como um requisito a ser considerado na concessão de financiamentos a seus clientes.

A lei nº 6.938/1981 em específico no art. 12º, foi arguido o argumento em que seria necessário a obrigatoriedade de instituições financeiras exigirem licenciamento ambiental para os projetos serem financiados, sendo os bancos públicos ou privados.

Art. 12 da Lei nº 6.938/1981. As entidades e órgãos de financiamento e incentivos governamentais condicionarão a aprovação de projetos habilitados a esses benefícios ao licenciamento, na forma desta Lei, e ao cumprimento das normas, dos critérios e dos padrões expedidos pelo CONAMA. Parágrafo único - As entidades e órgãos referidos no "caput" deste artigo deverão fazer constar dos projetos a realização

de obras e aquisição de equipamentos destinados ao controle de degradação ambiental e à melhoria da qualidade do meio ambiente (BRASIL, 1981).

Com esse fator, o Protocolo verde, ratificou o que já havia previa regulamentação normativa em lei, porem não observada até o momento pelos bancos públicos e privados. A visão inovadora do Protocolo Verde veio à tona por parte dos bancos públicos federais diante a proteção do ambiental no Brasil, que somente o fato possível pelos bancos era apenas a fiscalização ao atendimento das instituições bancárias privadas no cumprimento da lei e com a instituição do Protocolo Verde, passou ser habilitado a função de serem cobrados nos financiamentos feitos no âmbito de sua gestão.

Conforme ao atentar-se que a implantação do SGA, não garante que exista uma gestão ambiental sustentável efetivada, os bancos públicos com a adesão do Protocolo Verde também não têm como garantir que haverá a aplicação do objetivo da adesão em face dos bancos públicos federais. Ao Discorrer este fato, se faz necessário que o instituto do *compliance*, intervenha, faça a identificação, modificação e adequação nos setores ao SGAs, protocolos, legislações e que efetue atos diante a condutas internas dentro das instituições financeiras.

Sendo a função do setor de *compliance* ambiental, de eliminar os colaboradores que obstruïrem ou obstem no cumprimento desse protocolo, sempre observando todos os devidos procedimentos operacionais, legislativos, formais na execução dos empréstimos de contratos sobre caso de financiamento, principalmente no ramo empresarial ambiental a qual as usinas sucroalcooleiras se enquadram, pelo simples enfoque que muitas empresas deste porte causam danos a fauna e flora, cientes que não serão afetados por créditos negados pelo descumprimento da legislação.

Visando mais uma previsão de responsabilidade de observação por parte do *compliance*, seria a Lei nº 12.846/2013, conhecida por Lei Anticorrupção que prevê a responsabilidade em seu art. 2º.

Art. 2º da Lei nº 12.846/2013. As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não (BRASIL, 2013).

Sendo assim, mais uma norma para o avanço do *compliance*, juntamente com o protocolo verde, com o seu poder de atuação devidamente ampliado no âmbito do trabalho preventivo, ações de fiscalizações de licitações, atos praticados por agentes da

corporação industrial, cláusulas contratuais e procedimentos que sejam favoráveis a praticas atos imorais e ilícitos contra o meio ambiente.

5 CERTIFICAÇÕES EM USINAS SUCROALCOOLEIRAS

Atualmente a sociedade tem se preocupado continuamente com o meio ambiente e com o resultado de sua degradação com o decorrer da evolução humana, não é somente as empresas públicas que estão se movimentando para a busca da gestão corporativa ambiental sustentável, mas várias empresas tem procurado pelo mesmo, afim de obter as certificações que vão além das mais comuns no mercado comercial, nas usinas sucroalcooleiras a busca é primordial já que se confere a grande possibilidade de reais danos ao local de trabalho, certificados como exemplo a ISO 14001 e BONSUCRO são consideradas essenciais para obtenção, segundo a visão do setor de *c compliance* ambiental implantadas nas usinas.

Um certificado que as empresas sucroalcooleiras buscam é o selo verde, se trata de uma etiqueta caracterizada na cor verde, que seja usada visualmente ao consumidor pra distinguir determinado produto, serviço executado, elaboração de construção atendendo os direitos e regulamentações ambientais, ecológicos e sociais. Esta Certificação é concedido pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – (OSCIPs) e por ONGS, conseqüentemente não possuindo um órgão que o regulamenta, sua obtenção é atestada através de laudos ambientais, auditorias e atestados. Como exemplo em anexo o selo verde do Instituto Chico Mendes:



Fonte: <https://institutochicomendes.org.br/>

Ou certificação muito utilizada pelas usinas sucroalcooleiras é a certificação Bonsucro, Criada em 2011 com sua origem sendo de iniciativa global sem fins lucrativos, voltada á produção e gestão de cana de açúcar sustentável em face do meio ambiente, sua certificação visa reduzir os impactos ambientais tanto na produção de cana de açúcar quanto para etanol e energia proveniente da cana, reconhecendo a adequação dos subprodutos da cana a requisitos pré-ordenados nas legislações de biodiversidade.

Constituída por diversos stakeholders que são definidos como Grupos de interesse como comerciantes de açúcar, investidores, produtores e organizações não

governamentais, cuja finalidade da criação é a diminuição dos danos ambientais e sociais da produção da cana, criando uma padronização e programa certificador para alterar a indústria da cana (BATTISTELLA; HERGART, 2013). Esta certificação é composta por padrão de Produção Bonsucro e padrão de custódia de balanço de massa Bonsucro.

Padrão de produção Bonsucro: contém os princípios e critérios para que as usinas produzam cana-de-açúcar e todos os derivados em relação à dimensão econômica, social e ambiental. O primeiro princípio, faz jus ao cumprimento das leis normativas, em seu segundo princípio cita-se respeito aos direitos humanos e as normas trabalhistas, especificando o cumprimento com as convenções para o trabalho.

Diante o terceiro princípio e quarto, refere-se à administração de insumos, produção e eficiência diante a produção nas usinas e o alcance do objetivo do processamento para garantia da sustentabilidade, subsequente a administração ativa a biodiversidade e serviços em atos que afetam os ecossistêmicos. Para finalizar o padrão de produção, considera-se os últimos princípios sendo eles, a melhoria constante das áreas chaves do empreendimento e produção nos diversos setores que compõe as usinas e requerimentos extras para biocombustíveis sob a diretiva de energia renovável (Red.) e diretiva sobre a qualidade do combustível.

Vale ressaltar que em seu sexto princípio é necessário, sendo que no mínimo haja atendimento de 80% dos indicadores, para ser classificado como "atendido", um indicador que se aplica à usina e à fazenda necessita ser cumprido por ambas as entidades. Neste exato momento a auditoria irá trazer os resultados de acordo com o volume dos produtos de cana-de-açúcar certificados pela Bonsucro baseados na proporção de cana que foi fornecida pela usina, sendo a decisão embasada no resultado fornecido diante a calculadora do programa

Pontuando o padrão da cadeia de custódia de balanço de massa Bonsucro contém uma série de requisitos técnicos e administrativos que possibilita que se rastreie qualquer declaração ou reivindicação sobre a sustentabilidade da produção canavieira Bonsucro e todos os produtos que são derivados de toda a cadeia de abastecimento, desde o campo até a usina (conversão, transformação, fabricação, transformação), até o armazenamento, transporte e comércio, a utilização da cana-de-açúcar e todos os produtos que dela derivam.

A área que irá fornecer a cana-de-açúcar deve ser parte integrante da unidade de certificação que é composta pelas propriedades que fornecem a cana de acordo com o Padrão Bonsucro, sendo que a correspondência pode ser de até 100% ou em uma porcentagem menor. Considerando apenas o último caso somente essa porcentagem respectiva à produção da usina seria considerada como certificada pela Bonsucro. A usina

necessita deter um sistema de gestão em vigor cujo objetivo é dar garantir de que a cana-de-açúcar processada seja proveniente de um determinado campo, que faça parte da unidade de certificação, em casos de compra ou não produção decorrente na unidade certificada, deverá ser comprovada a fonte da produtora se tem cumprido a exigências impostas pela certificação.

O certificado Bonsucro tem a nível mundial 56 unidades que produzem cana e outros derivados, atividade esta que tem o reconhecimento internacional por garantir uma produção sucroenergética sustentável, sendo que do total 43 são empresas brasileiras. Alguns exemplos de grupos de usinas que fazem uso da certificação Bonsucro: Raízen; Copersucar; Guarani; Bunge; Odebrecht Agroindustrial; USJ Açúcar e Álcool e Adecoagro (CANA ON LINE, 2016).

6 CONCLUSÃO

A implantação de um software *compliance* e também as certificações que as manufaturas adquirem buscam esclarecer aos colaboradores da empresa, não somente eles, mas também os setores de administração e liderança da empresa, de maneira que essa prevenção venha a longo prazo minimizar e por vezes evitar e eliminar riscos. Diante esse meio o *compliance* ambiental, é simplesmente atender a todas as normas ambientais, sejam elas voluntárias ou institucionalmente impostas, dessa forma o mesmo está bem aquém de exclusive fazer uma análise da jurisprudência ambiental aos quais as produções estão sujeitas. Concerne sim ao programa implantar ações com a objetivo evitar penalidades ambientais, delitos e ações administrativos, sendo um dos melhores instrumentos para fiscalização, prevenção e aplicação da legislação dentro de uma usina sucroalcooleira atualmente.

Fica latente que o *compliance* ambiental, não visa o crescimento econômico comercial desenfreado, com a finalidade apenas da maximização dos lucros, sem levar em consideração os danos ambientais que possam ser efetuados. Sua efetividade mostra que ao ser implantado o colaborador tenha uma postura correta em face de suas ações com a finalidade de não prejudicar a fauna e flora e transparência social. Um paradigma que o programa sofre em vista que no Brasil, o *compliance* ambiental não seja um instrumento exigido legalmente ao contrário de alguns países como EUA e Alemanha.

Conclui-se que o *compliance* ambiental e também as certificações devem estar pautadas na sustentabilidade da empresa como um código de ética, um fundamento intrínseco dentro da corporação, buscando adequar-se e obter certificações não somente com finalidade monetária, mas, de maneira simultaneamente implantar condutas sustentáveis, bem como presunção de idoneidade, seriedade e responsabilidade às usinas que os adotarem. Por sua vez, o programa deve se adequar e observar as ações perante as instituições financeiras, para que haja a observação da Lei nº 6.938/1981,

responsabilizando-as também pelo não atendimento ambiental na concessão de crédito tributário á usinas sucroalcooleiras.

Logo as sociedades que usam e difundem os requisitos definidas pelas certificações via órgãos de coordenação têm confirmado que elas se importam com os impactos que são provocados na esfera ambiental e que criam recursos para minorar os similares, o que possibilita a transmissão de uma representação de empresa social e ecologicamente sustentável, conduzindo a serem cada vez mais fidelizada.

REFERÊNCIA

BONSUCRO. **Padrão de produção Bonsucro v 4.01**. 2015. Disponível em: https://bonsucro.com/wp-content/uploads/2017/01/PT_BonsucroStandard_v4.1.1_all.pdf. Acesso em: 18 fev. 2022

CAMARGO JÚNIOR., A. S.; OLIVEIRA, M. M. B. Eficiência econômica no setor sucroalcooleiro: uma análise de algumas usinas do estado de São Paulo. **Organizações Rurais & Agroindustriais**, Lavras, v.13, n.3, p.330-343, 2011. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87821640003>. Acesso em: 24 maio 2022.

CANA ONLINE. **Brasil já possui 43 usinas certificadas pelo Bonsucro**. 2016. Disponível em: <http://www.canaonline.com.br/conteudo/brasil-ja-possui43-usinas-certificadas-pelo-bonsucro.html>. Acesso em: 18 fev. 2022

CANDELORO, A.P.P.; RIZZO, M.B.M. de; PINHO, V. **Compliance 360º**: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo. São Paulo: Trevisan, 2012.

COIMBRA, M.A.; MANZI, V.A. **Manual de compliance**: preservando a boa governança e a integridade das organizações. São Paulo: Atlas, 2010.

CREDENDIO, J.E.; BALAZINA, A. **Usinas lideram ranking de multas por poluição em SP**. 2008. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0106200801.htm>. Acesso em: 20 out. 2022

CRUZ, I.S.; ANDRADE, I.C.B. Gestão ambiental ISO 14001 nas indústrias sucroalcooleiras em Sergipe. **Interfaces Científicas - Exatas e Tecnológicas**, Aracaju, v.2, n.2, p. 71- 82, out. 2016. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/exatas/article/view/2735>. Acesso em: 20 jul. 2022.

FERRACINI, M.J.F. **Certificações de qualidade em usinas de cana-de-açúcar**. 2018. 68f. Dissertação (Mestrado em Ciências Ambientais) – Universidade Brasil, Fernandópolis, 2018. Disponível em:

https://www.universidadebrasil.edu.br/portal/_biblioteca/uploads/20200313204142.pdf.
Acesso em: 29 abr. 2022

GABAN, E.M.; DOMINGUES, J.O. **Direito antitruste**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GILIO, L.; CASTRO, N. R. Avaliação de aspectos limitantes ao crescimento do etanol e o setor sucroenergético no Brasil. **Revista Eletrônica de Energia**, 6(1).2017. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/ree/article/view/4503>. Acesso em: 24 maio 2022.

GOMES, M.F.; OLIVEIRA, W.R. A efetivação do compliance ambiental diante da motivação das certificações brasileiras. **Revista de Direito da Faculdade Guanambi** v. 4, n. 1, janeiro-junho 2017. Disponível em: dialnet.unirioja.es/descarga/articulo. Acesso em: 16 maio 2022

ICQBRASIL. Instituto de Certificação Qualidade Brasil. **NBR ISO 9001**. 2021. Disponível em: <https://www.icqbrasil.net/nbr-iso-9001>. Acesso em: 14 maio. 2021

JECKEL, M.S.B. **Compliance ambiental**. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/22868/compliance-ambiental/2>. Acesso em: 20 out. 2022

LEONI, G.L. **Compliance**: ética, imagem e regramentos anticorrupção no desenvolvimento socioeconômico. 2019. 167f. Tese (Doutor em Desenvolvimento Territorial e Meio Ambiente) – Universidade de Araraquara, Araraquara, 2019. Disponível em: <https://m.uniara.com.br/arquivos/file/ppg/desenvolvimento-territorial-meio-ambiente/producao-intelectual/teses/2019/guilherme-loria-leoni.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2022

LIMA, M. P. A produção da cana-de-açúcar no Brasil-uma análise dos impactos socioeconômicos. **Anais do Seminário de Pesquisa, Pós-Graduação, Ensino e Extensão do Campus Anápolis** de CSEH (SEPE), 2(1).2016. Disponível em: <https://www.anais.ueg.br/index.php/sepe/article/view/7056>. Acesso em: 24 maio 2022.

LIRA, M.P. O que é *compliance* e como o profissional da área deve atuar? **JusBrasil**, 2014. Disponível em: <https://michaellira.jusbrasil.com.br/artigos/112396364/o-que-e-compliance-e-como-o-profissional-da-area-deve-atuar>. Acesso em: 14 maio. 2022.

MANZI, V A. Compliance no Brasil. Consolidações e perspectivas. São Paulo: Saint Paulo, 2008.

MARTINEZ, M.B. Programas de compliance e a defesa da concorrência: perspectivas para o Brasil. **Revista dos Tribunais Online. Revista do IBRAC**, Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, v. 12, p, 153, janeiro, 2005. Disponível em:

<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redes.virtual.bibliotecas:artigo.revista:2005;1000741201>. Acesso em: 20 nov. 2020

NASCIMENTO, L.F.M.; POLEDNA, S.R.C. O processo de implantação da ISO 14000 em empresas brasileiras. In: **ENCONTRO NACIONAL DE ENGENHARIA DE PRODUÇÃO. XXII**, 2002. Curitiba: UNEGEP. Disponível em:http://www.abepro.org.br/biblioteca/enegep2002_tr102_0937.pdf. Acesso em: 19 mar. 2022

PROENÇA, T.A.H. **O processo de certificação de um sistema de gestão de qualidade e ambiente** – Hotel Tryp Coimbra. 2011. 95f. Dissertação (Mestrado em Gestão) – Faculdade de Economia, Universidade de Coimbra, Coimbra. Disponível em:<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/17888/1/Relat%C3%B3rio%20Oficial%20Ofina%20I.pdf>. Acesso em: 24 maio 2022.

RAMPAZZO NETO, A. **Análise de requisitos para plataforma de simulação ambiental nos estudos de avaliação de impacto ambiental (AIA)**. 2018. 87f. Dissertação (Mestre em Ciências Ambientais) – Universidade do Estado de Santa Catarina, UDESC, 2018. Disponível em:https://www.udesc.br/arquivos/cav/id_cpmenu/1547/Disserta__o_Alberto_Rampazzo_Neto_15688147883931_1547.pdf. Acesso em: 15 set. 2020

ROBLES, A. Jr., BONELLI, V.V. **Gestão da qualidade e do meio ambiente**: enfoque econômico, financeiro e patrimonial. São Paulo-SP: Atlas, 2006. 112p.

RODRIGUES, A.M. et al. Gestão ambiental no setor sucroenergético: uma análise comparativa. **Revista Produção Online**, Florianópolis, SC, v.14, n. 4, p. 1481-1510, out./dez. 2014. Disponível em: <https://producaoonline.org.br/rpo/article/view/1717>. Acesso em: 24 maio 2022.

RUOTOLO, C.C.B. **A importância de compliance ambiental na empresa**. 2017. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/270490/a-importancia-de-compliance-ambiental-na-empresa>. Acesso em: 24 abr. 2022

SARCEDO, L. **Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica: construção de um novo modelo de imputação, baseado na culpabilidade corporativa**. 2014. 325f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-07122015-163555/publico/Leandro_Sarcedo_Tese_Versao_final.pdf. Acesso em: 15 maio 2022

SILVA, D. J. P. da. **Entendendo a ISO 14000**: série sistema de gestão ambiental. Departamento de Tecnologia de Alimentos, Universidade Federal de Viçosa, Viçosa, 2011. Disponível em: <https://www2.cead.ufv.br/sgal/files/apoio/saibaMais/saibaMais6.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2022.

SILVA, L.N.; ARRAES, N.A.M.; VILELA FILHO, L.R. Adoção da gestão da qualidade nas usinas de açúcar & etanol brasileiras. **XLIV Congresso Brasileiro de Engenharia Agrícola – CONBEA 2015**. Disponível em: <https://conbea.org.br/anais/publicacoes/conbea-2015/livros-2015/tap-tecnologias-em-agricultura-de-precisao-1/1523-adocao-da-gestao-da-qualidade-nas-usinas-de-acucar-etanol-brasileiras/file>. Acesso em: 20 out. 2022

TERRON, Leticia Sangaletto; NETO, Elias Maques Medeiros. **Lei de Lavagem de Dinheiro e regras do coaf – Pontos de Cuidado e Importância do Compliance**. Revista Thesis Juris-RTJ. São Paulo, v.9, n. 2, p. 238-257, jul./dez. 2020.

TEMPLUM. FURNIEL, I. (Org). **ISO 9001 – Sistema de Gestão da Qualidade**. Disponível em: <https://certificacaoiso.com.br/iso-9001/>. Acesso em: 14 jan. 2022

VIANNA, J.R.A.; MORTATI, A.F.T.A. *Compliance* e a prevenção dos danos ambientais: fundamentos filosóficos e os reflexos pragmáticos dos programas de integridade em prol ao meio ambiente. **Revista Argumentum – RA**, eISSN 2359-6889, Marília/SP, v. 21, n. 3, pp. 1241-1263, Set.-Dez. 2020 Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1204/817>. Acesso em: 25 fev. 2022

VICENTE, F. F. **Certificações e gestão de sustentabilidade em usina de cana-de-açúcar**. 2012. 75 f. Dissertação (Mestrado Profissional em Agroenergia) - Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/9898>. Acesso em: 24 maio 2022

MERCADO ILEGAL DE ÓRGÃOS E SUA TIPIIFICAÇÃO

NATÁLIA MARIA DE LIMA BRAZ:

Bacharel em Direito pela Universidade UNRG – Gurupi-TO; Pós-graduanda em Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade FAVENI.

Resumo: A comercialização de órgãos humanos de forma clandestina com o objetivo de transplante é considerada uma prática ilegal. A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 199 e §4º dispõe sobre a vedação e a comercialização de órgãos, com o intuito de coibir a prática do tráfico de pessoas. Por ser um assunto de grande relevância, criou-se a Lei número 9.434 de 04 de fevereiro de 1997, onde estão elencados os critérios para a doação e transplante de órgãos. Vale ressaltar que o número de pessoas que, ao serem levadas ao desespero devido à crise econômica, recorrem como última tentativa à venda de órgão, cresceu assustadoramente. A doação de órgãos no Brasil é feita *inter vivos*, com fundamento no artigo 9º da Constituição Federal. Ao longo deste artigo será abordado sobre o tráfico de órgãos, bem como o tráfico humano e a legislação penal brasileira acerca do tema.

Palavras-chave: Tráfico de órgãos. Crime. Legislação Penal. Corpo Humano. Transplante.

Abstract: The clandestine commercialization of human organs for transplantation is considered an illegal practice. The Constitution of the Federative Republic of Brazil, in its article 199 and paragraph 4, provides for the sealing and commercialization of organs, with the objective of curbing the practice of trafficking in persons. As it is a matter of great importance, Law No. 9,434 of February 4, 1997 was created, which lists the criteria for organ donation and transplantation. It is worth mentioning that the number of people who, driven to despair by the economic crisis, resort to the sale of an organ as a last attempt, has grown alarmingly. Organ donation in Brazil is done *inter vivos*, based on article 9 of the Federal Constitution. Throughout this article, organ trafficking will be addressed, as well as human trafficking and Brazilian criminal legislation on the subject.

Keywords: Organ trafficking. Crime. Criminal Legislation. Human body. Transplant.

Sumário: 1. Introdução. 2. Protocolo de Palermo. 3. Lei número 9.434/1997. 4. Conclusão. 5. Referências.

1.Introdução

O filósofo inglês Tomas Hobbes, em sua obra intitulada “Leviatã” diz que “O homem é o lobo do homem”. Entende-se, por esse pensamento, que o homem é o maior inimigo do próprio homem, apresentando uma transformação do homem em um animal selvagem, capaz de cometer grandes atrocidades e barbáries contra elementos da própria espécie³. Para Hobbes, o ser humano é naturalmente egoísta e mau⁴.

Em pleno século XXI pessoas são traficadas e comercializadas como objetos de consumo e lucro. Essas pessoas são, em sua grande maioria mulheres e crianças, para serem exploradas sexualmente e para a retirada de órgãos de maneira ilegal.

A Carta Magna da República Federativa do Brasil, em seu preâmbulo dispõe acerca da proteção dos direitos sociais e individuais, bem como a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça. Dessa forma, para que seja possível viver em uma sociedade pacífica, foi-se necessário a criação de normas penais, em especial, impondo-lhe sanções para quem as infringissem, respeitando a dignidade da pessoa humana bem como os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, na qual o Brasil é signatário.

O Tráfico de Órgãos tem se tornado um crime cada vez mais comum. É uma questão que tem gerado grande preocupação, uma vez que trata-se de um crime com um alcance inimaginável, já que atinge todos os Estados Soberanos. Devido a grande crise econômica, abandono Estatal, condições precárias bem como a falta de recursos, pessoas levadas ao desespero optam por venderem seus órgãos como forma de obterem algum dinheiro para conseguirem sobreviver. Índia, China, Irã, Filipinas e Paquistão são os países onde há mais turismo que visa o comércio ilegal de órgãos, segundo a OMS (Organização Mundial da Saúde).

O Tráfico de Pessoas, em sua grande maioria, ocorre com a finalidade de recolher órgãos para serem vendidos e transplantados de forma ilegal, cujo 70% são mulheres. É considerado como a segunda prática criminosa mais lucrativa, uma vez que é difícil identificar e localizar os envolvidos. Trata-se de um Crime Internacional em expansão, daí a dificuldade de combatê-los.

³ <https://www.significados.com.br/o-homem-e-o-lobo-do-homem/#:~:text=O%20homem%20%C3%A9%20o%20lobo%20do%20homem%20%C3%A9%20uma%20frase,maior%20inimigo%20do%20pr%C3%B3prio%20homem.&text=A%20frase%20original%20%C3%A9%20a,traduzida%20como%20homo%20homini%20lupus.> <Acesso em 23 de fevereiro de 2022>

⁴ <https://super.abril.com.br/ideias/o-homem-e-o-lobo-do-homem-thomas-hobbes/> <Acesso em 23 de fevereiro de 2022>

Embora há diversas reportagens e documentários acerca deste tema, como por exemplo o canal no YouTube "Sobrevivendo na Turquia⁵", que aborda casos reais sobre o tráfico de pessoas bem como o tráfico de órgãos; ainda se sabe muito pouco sobre a real dimensão deste crime e do seu *modus operandi*, pelo fato de sua clandestinidade e da dificuldade de identificar e processar os envolvidos, bem como a aplicação de sanções penais impostas a este tipo penal.

2. Protocolo de Palermo

O crime de Tráfico de Órgãos é uma modalidade do crime de Tráfico de Pessoas. Com isso, criou-se o Protocolo de Palermo, que completa a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, que tem os seguintes objetivos:

- a) Prevenir e combater o tráfico de pessoas, prestando uma atenção especial às mulheres e às crianças;
- b) Proteger e ajudar as vítimas desse tráfico, respeitando plenamente os seus direitos humanos; e
- c) Promover a cooperação entre os Estados Partes de forma a atingir esses objetivos.

O artigo 3º do referido Protocolo dispõe:

Para efeitos do presente Protocolo:

- a) A expressão "tráfico de pessoas" significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura

⁵ <https://www.youtube.com/channel/UCAZMx2SRaLHplz-FdvaS1Uw> <Acesso em 23 de fevereiro de 2022>

⁶ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm <Acesso em 22 de fevereiro de 2022>

ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos;

b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea "a" do presente Artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea "a";

c) O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de exploração serão considerados "tráfico de pessoas" mesmo que não envolvam nenhum dos meios referidos da alínea "a" do presente Artigo;

d) O termo "criança" significa qualquer pessoa com idade inferior a dezoito anos.

O Comércio de Órgãos, conforme conceitua a Declaração de Istambul, consiste nos núcleos: recrutar, transportar, transferir, refugiar ou receber pessoas, estas podem estar vivas ou mortas ou dos órgãos respectivos através da ameaça, utilização de força ou coação, rapto, fraude, abuso de poder ou de uma posição de vulnerabilidade, oferta ou recepção por terceiros através de pagamentos ou benefícios, para fins de exploração através da remoção de órgãos para transplante, em especial.

"O TRÁFICO DE ÓRGÃOS consiste no recrutamento, transporte, transferência, refúgio ou recepção de pessoas vivas ou mortas ou dos respectivos órgãos por intermédio de ameaça ou utilização da força ou outra forma de coação, rapto, fraude, engano, abuso de poder ou de uma posição de vulnerabilidade, ou da oferta ou recepção por terceiros de pagamentos ou benefícios no sentido de conseguir a transferência de controle sobre o potencial doador, para fins de exploração através da remoção de órgãos para transplante.

O COMÉRCIO DE TRANSPLANTE é uma política ou prática segundo a qual um órgão é tratado como uma mercadoria, nomeadamente sendo comprado, vendido ou utilizado para obtenção de ganhos materiais."

(Declaração de Istambul, 2008)⁷.

⁷ <http://www.transplante.rj.gov.br/Site/Arq/declaracaoistambul.pdf> <Acesso em 02 de março de 2022>

É notório que países considerados pobres são onde mais ocorrem o tráfico de órgãos, uma vez que há pouca instrução populacional e filas imensas de espera por um doador. Para Torres (2007, pg 38) "Traficantes de órgãos obtém lucro aproveitando-se de situação de falta de instrução formal básica, ausência de perspectiva de emprego, falta de outros meios hábeis a própria manutenção da vida, optando assim, por pessoas desesperadas e sem condições de manifestar livremente sua vontade, por estarem em verdadeiro estado de necessidade."

É importante ressaltar que, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), o tráfico de órgãos é hoje um dos mais lucrativos do mundo, correspondendo por até 10% de todo o tráfico mundial. Em 2012 os órgãos do corpo humano eram vendidos por diversos valores, a depende do órgão. Vejamos a tabela a seguir:

<u>ÓRGÃOS</u>	<u>PREÇOS</u>
RIM	262 mil dólares
FÍGADO	157 mil dólares
CORAÇÃO	119 mil dólares
INTESTINO DELGADO	2.519 dólares
ARTÉRIA CORONÁRIA	1.525 dólares
PAR DE OLHOS	1.525 dólares
VESÍCULA BILIAR	1.219 dólares
CAVEIRA COM DENTES	1.200 dólares
ESCALPO	607 dólares

BAÇO	508 dólares
ESTÔMAGO	508 dólares
OMBROS	500 dólares
MÃO E ANTEBRAÇO	385 dólares
LITRO DE SANGUE	337 dólares
PELE	10 dólares por polegada quadrada

Segundo a revista digital Tecmundo⁸:

“O Medical Transcription esclarece que a maioria dos órgãos vendidos no mercado negro tem origem nos cadáveres enviados a funerárias. Normalmente, um funcionário do local é pago para retirar as partes do corpo que vão ser vendidas sem que a família tenha qualquer conhecimento da situação — quando a pessoa é cremada, não é incomum que a maior parte das cinzas entregues pela empresa não pertençam ao falecido.”

O Código Civil e Penal brasileiro veda a comercialização de órgãos humanos, sendo tal fato previsto na legislação através da lei 9.434/97, conhecida como a “Lei dos Transplantes”. A longa espera por um órgão favorece a ocorrência desse crime. O tráfico de órgãos no Brasil é uma realidade, principalmente entre pessoas da periferia, pobres, que se tornam mais vulneráveis em virtude da sua condição de subsistência. Isso é um fato que deve ser duramente combatido.

O Protocolo de Palermo tem como objetivo de coibir o tráfico de pessoas, bem como localizar, identificar e processar criminalmente os envolvidos⁹. O referido protocolo,

⁸ <https://www.tecmundo.com.br/curiosidade/22503-quer-vender-o-seu-rim-saiba-quanto-ele-vale-no-mercado-negro.htm> <Acesso em 02 de março de 2022>

⁹ <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2020/10/protocolos-de-palermo-na-pratica-a-experiencia-da-rede-ibero-americana-de-procuradores-contra-o-trafico-de-pessoas-e-contrabando-de-migrantes->

em seus artigos 5º e 6º dispõem quanto a criminalização e assistência e proteção às vítimas de tráfico de pessoas.¹⁰

Artigo 5º

Criminalização

1. Cada Estado Parte adotará as medidas legislativas e outras que considere necessárias de forma a estabelecer como infrações penais os atos descritos no Artigo 3 do presente Protocolo, quando tenham sido praticados intencionalmente.

2. Cada Estado Parte adotará igualmente as medidas legislativas e outras que considere necessárias para estabelecer como infrações penais:

a) Sem prejuízo dos conceitos fundamentais do seu sistema jurídico, a tentativa de cometer uma infração estabelecida em conformidade com o parágrafo 1 do presente Artigo;

b) A participação como cúmplice numa infração estabelecida em conformidade com o parágrafo 1 do presente Artigo; e

c) Organizar a prática de uma infração estabelecida em conformidade com o parágrafo 1 do presente Artigo ou dar instruções a outras pessoas para que a pratiquem.

II. Proteção de vítimas de tráfico de pessoas

Artigo 6º

Assistência e proteção às vítimas de tráfico de pessoas

1. Nos casos em que se considere apropriado e na medida em que seja permitido pelo seu direito interno, cada Estado

redtram.html#:~:text=O%20objetivo%20geral%20do%20projeto,identificar%2C%20prevenir%20e%20proce
ssar%20casos. <Acesso em 23 de fevereiro de 2022>

¹⁰ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm <Acesso em 23 de fevereiro de 2022>

Parte protegerá a privacidade e a identidade das vítimas de tráfico de pessoas, incluindo, entre outras (ou *inter alia*), a confidencialidade dos procedimentos judiciais relativos a esse tráfico.

2. Cada Estado Parte assegurará que o seu sistema jurídico ou administrativo contenha medidas que forneçam às vítimas de tráfico de pessoas, quando necessário:

a) Informação sobre procedimentos judiciais e administrativos aplicáveis;

b) Assistência para permitir que as suas opiniões e preocupações sejam apresentadas e tomadas em conta em fases adequadas do processo penal instaurado contra os autores das infrações, sem prejuízo dos direitos da defesa.

3. Cada Estado Parte terá em consideração a aplicação de medidas que permitam a recuperação física, psicológica e social das vítimas de tráfico de pessoas, incluindo, se for caso disso, em cooperação com organizações não-governamentais, outras organizações competentes e outros elementos de sociedade civil e, em especial, o fornecimento de:

a) Alojamento adequado;

b) Aconselhamento e informação, especialmente quanto aos direitos que a lei lhes reconhece, numa língua que compreendam;

c) Assistência médica, psicológica e material; e

d) Oportunidades de emprego, educação e formação.

4. Cada Estado Parte terá em conta, ao aplicar as disposições do presente Artigo, a idade, o sexo e as necessidades específicas das vítimas de tráfico de pessoas, designadamente as necessidades específicas das crianças, incluindo o alojamento, a educação e cuidados adequados.

5. Cada Estado Parte envidará esforços para garantir a segurança física das vítimas de tráfico de pessoas enquanto estas se encontrarem no seu território.

6. Cada Estado Parte assegurará que o seu sistema jurídico contenha medidas que ofereçam às vítimas de tráfico de pessoas a possibilidade de obterem indenização pelos danos sofridos.

3. Lei número 9.434/1997

Em Boston, nos Estados Unidos, no ano de 1954, ocorreu primeiro transplante de órgãos bem sucedido. O Dr. Joseph E. Murray¹¹ realizou o transplante de rins entre dois gêmeos idênticos no Hospital Brigham and Women. Joseph e baseou-se na descoberta dos médicos¹² de que transplante entre gêmeos idênticos não havia o perigo da rejeição, uma vez que o genoma de ambos (doador e receptor) é o mesmo.

Somente na década de 1960 os médicos fizeram uma descoberta de realizar um transplante de órgãos entre pessoas que não têm qualquer vínculo parentesco sem que houvesse rejeição, embora os riscos fossem altos e as chances de sobrevivência fossem extremamente baixas. Apesar de tais descobertas, foi só na década de 1980 que os medicamentos imunossupressores¹³ tiveram uma grande evolução, possibilitando a prática de transplantes de órgãos e tecidos se tornassem rotineira, salvando milhares de vidas anualmente.

A doação de órgãos *post mortem* é uma prática recorrente graças ao avanço científico. Com o avanço da Medicina e de estudos acerca do referido tema, milhares de pessoas conseguiram uma nova chance de vida, mas, infelizmente, a fila de espera por um

¹¹ <https://www.nobelprize.org/prizes/medicine/1990/murray/biographical/> <Acesso em 02 de março de 2022>

¹² <https://www.infoescola.com/medicina/transplante-de-orgaos/#:~:text=O%20primeiro%20transplante%20bem%20sucedido,no%20Hospital%20Brigham%20and%20Women.> <Acesso em 02 de março de 2022>

¹³ Os imunossupressores são medicamentos que evitam a rejeição do órgão transplantado. O nosso sistema imunológico reconhece, defende e protege o nosso organismo contra infecções, e rejeitam tudo o que é estranho, o órgão transplantado é visto pelo sistema imune como algo estranho não pertencente ao "seu organismo".

<https://www.hospitaldebase.com.br/transplanterenal/immunossupressores.html#:~:text=Os%20imunossupressores%20s%C3%A3o%20medicamentos%20que,pertencente%20ao%20%E2%80%9Cseu%20organismo%E2%80%9D.> <Acesso em 02 de março de 2022>

órgão ainda é gigantesca. Devido a longa lista de espera, pessoas desesperadas recorrem ao Mercado Ilegal de Órgãos devido a sua facilidade.

O parágrafo 4º do artigo 199 da Constituição Federal dispõe sobre os requisitos e as condições para a remoção de órgãos e tecidos humanos, tanto para doação quanto para pesquisa científica e tratamento.

Com o intuito de legalizar a doação de órgãos criou-se a Lei nº 9.434/9714, também conhecida como a “Lei de Transplante”. A referida lei dispõe sobre a remoção de órgãos e tecidos do corpo humano para fins de transplante, SEM FINS LUCRATIVOS. O artigo 2º da Lei de Transplantes dispõe que “A realização de transplante ou enxertos de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano só poderá ser realizada por estabelecimento de saúde, público ou privado, e por equipes médico-cirúrgicas de remoção e transplante previamente autorizados pelo órgão de gestão nacional do Sistema Único de Saúde.”

O capítulo II da mesma lei, em seu artigo 3º e 4º tratam sobre da disposição *post mortem* de tecidos, órgãos e partes do corpo humano para fins de transplante.

Art. 3º A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

Art. 4º. A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.

O parágrafo 3º do artigo 9º dispõe:

Art. 9º. É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4º deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante

¹⁴ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm <Acesso em 02 de março de 2022>

autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea.

[...]

§3º. Só é permitida a doação referida neste artigo quando se tratar de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não impeça o organismo do doador de continuar vivendo sem risco para a sua integridade e não represente grave comprometimento de suas aptidões vitais e saúde mental e não cause mutilação ou deformação inaceitável, e corresponda a uma necessidade terapêutica comprovadamente indispensável à pessoa receptora.

Assim sendo, apenas os órgãos considerados duplos são possíveis serem doados em vida, bem como: o rim, uma parte do fígado, o pâncreas ou o pulmão, ou um tecido como a medula óssea, para que possa ser transplantado em alguém. Este tipo de doação só ocorre se não apresentar problema para o doador¹⁵.

Já no que tange aos órgãos que podem ser doados após a morte estão as córneas, o coração, os pulmões, os rins, o fígado e os ossos¹⁶. Neste momento, caso o *de cujos*, não tenha deixado por escrito sua vontade em ser um doador de órgãos, cabe a autorização do cônjuge ou dos parentes a sua anuência, bem como dispõe o artigo 4º da Lei de Transplantes.

É sabido que há uma grande lista de espera para conseguir um doador compatível e, ainda mais, todo o trâmite legal; e é esse o motivo que levam as pessoas desesperadas a recorrerem ao Mercado Ilegal. Devido a crise, países em que há extrema pobreza e miséria são os que mais ocorrem o turismo de órgãos. Pessoas hipossuficientes recorrem a venda de seus órgãos para conseguir manter sua subsistência bem como a de sua família.

4. Conclusão

O Código Penal é o conjunto de normas que regem a sociedade, com a finalidade de regulamentar atos que sejam considerados, pelo legislador, como infrações penais. O

¹⁵ http://www.fhemig.mg.gov.br/atendimento/sistema-estadual-de-transplantes/mg-transplantes/duvidas-frequentes-sobre-doacao-de-orgaos#:~:text=Os%20doadores%20vivos%20s%C3%A3o%20aqueles,para%20a%20pessoa%20que%20doar.&context=menu-main__menu-item__link <Acesso em 02 de março de 2022>

¹⁶ <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-171/a-doacao-de-orgaos-post-mortem-a-luz-das-legislacoes-brasileira-espanhola-e-portuguesa/> <Acesso em 02 de março de 2022>

Código Penal Brasileiro foi criado em 1940. Embora haja sanções, estas devem respeitar os Direitos Humanos bem como os Princípios Constitucionais, como a dignidade da pessoa humana.

Para que um ato seja considerado crime, o artigo 1º do Código Penal¹⁷ dispõe:

Art. 1º. Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

O Código Penal Brasileiro não aborda de forma específica o tráfico de pessoas para fins de mercado ilegal de órgãos. Dessa forma, surgiu a necessidade de uma norma penal incriminadora acerca do tema, bem como a sua sanção e a sua aplicação.

Devido ao grande número de pessoas que são traficadas e/ou sequestradas para tal finalidade, nacional e internacionalmente, cresceu assustadoramente. Segundo a ONU (Organização das Nações Unidas) o número de vítimas de tráfico em um ano ultrapassou 50 mil no mundo. Essas vítimas foram detectadas em 148 países só em 2018.¹⁸ O autor Pellegrine (2013) apresenta dados da ONU uma movimentação financeira de aproximadamente 1,2 bilhões de dólares. A Global Finance Integrity é uma ONG que é especializada em rastrear fluxos financeiros ilegais diz que os números desse mercado ilegal apresenta um grande aumento anualmente.

Prova disso, criou-se o Protocolo de Palermo, que é a colaboração mútua entre os Estados para combater o tráfico de pessoas, em especial mulheres e crianças por serem mais vulneráveis. No Brasil, a Lei de Transplantes que fora outrora abordada, tem como finalidade tratar sobre os transplantes legais. Em seu artigo 15 ao artigo 18 dispõe acerca da compra e venda de órgãos e tecidos humanos, bem como suas respectivas sanções¹⁹:

Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano:

¹⁷ <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=Anterioridade%20da%20lei-,Art.,pena%20sem%20pr%C3%A9via%20comina%C3%A7%C3%A3o%20legal.> <Acesso em 02 de março de 2022>

¹⁸ <https://news.un.org/pt/story/2021/02/1740252> <Acesso em 02 de março de 2022>

¹⁹

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19434.htm#:~:text=Comprar%20ou%20vender%20tecidos%2C%20%C3%B3rg%C3%A3os,qualquer%20vantagem%20com%20a%20transa%C3%A7%C3%A3o. <Acesso em 02 de março de 2022>

Pena - reclusão, de três a oito anos, e multa, de 200 a 360 dias-multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou aufere qualquer vantagem com a transação.

Art. 16. Realizar transplante ou enxerto utilizando tecidos, órgãos ou partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os dispositivos desta Lei:

Pena - reclusão, de um a seis anos, e multa, de 150 a 300 dias-multa.

Art. 17 Recolher, transportar, guardar ou distribuir partes do corpo humano de que se tem ciência terem sido obtidos em desacordo com os dispositivos desta Lei:

Pena - reclusão, de seis meses a dois anos, e multa, de 100 a 250 dias-multa.

Art. 18. Realizar transplante ou enxerto em desacordo com o disposto no art. 10 desta Lei e seu parágrafo único:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

A Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH) é vigente na maioria dos países, atribuindo uma grande importância a dignidade da pessoa humana, sendo um princípio basilar da Constituição Federal do Brasil. Para coibir tais atos, a República Federativa do Brasil, sendo signatário de Decretos Internacionais de Direitos Humanos, por exemplo, viu a necessidade de criar uma norma específica acerca do tema, além de participar apenas do Protocolo de Palermo, criou-se a Lei de Transplantes, que regulariza a DOAÇÃO de órgãos e criminaliza a compra e venda de órgãos e tecidos humanos. Não basta apenas a aplicação de sanções, é necessário que haja consciência dos malefícios causados. É questão de humanidade.

5. Referências

<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-171/a-doacao-de-orgaos-post-mortem-a-luz-das-legislacoes-brasileira-espanhola-e-portuguesa/>

<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=Anterioridade%20da%20lei-,Art.,pena%20sem%20pr%C3%A9via%20comina%C3%A7%C3%A3o%20legal.>

<http://www.fhemig.mg.gov.br/atendimento/sistema-estadual-de-transplantes/mg-transplantes/duvidas-frequentes-sobre-doacao-de-orgaos#:~:text=Os%20doadores%20vivos%20s%C3%A3o%20aqueles,para%20a%20pessoa%20que%20doa.>

<https://www.hospitaldebase.com.br/transplanterrenal/immunossuppressores.html#:~:text=Os%20immunossuppressores%20s%C3%A3o%20medicamentos%20que,pertencente%20ao%20%E2%80%9Cseu%20organismo%E2%80%9D.>

<https://www.infoescola.com/medicina/transplante-de-orgaos/#:~:text=O%20primeiro%20transplante%20bem%20sucedido,no%20Hospital%20Brigham%20and%20Women.>

<https://news.un.org/pt/story/2021/02/1740252>

<https://www.nobelprize.org/prizes/medicine/1990/murray/biographical/>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm#:~:text=Comprar%20ou%20vender%20tecidos%2C%20%C3%B3rg%C3%A3os,qualquer%20vantagem%20com%20a%20transa%C3%A7%C3%A3o.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm

<https://super.abril.com.br/ideias/o-homem-e-o-lobo-do-homem-thomas-hobbes/>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm

<https://www.scielo.br/j/remhu/a/8B45Q56zr9rFDJtZvnkMt4h/?lang=pt>

<https://www.significados.com.br/o-homem-e-o-lobo-do-homem/#:~:text=O%20homem%20%C3%A9%20o%20lobo%20do%20homem%20%C3%A9%20uma%20frase,maior%20inimigo%20do%20pr%C3%B3prio%20homem.&text=A%20frase%20original%20%C3%A9%20da,traduzida%20como%20homo%20homini%20lupus.>

<https://www.tecmundo.com.br/curiosidade/22503-quer-vender-o-seu-rim-saiba-quanto-ele-vale-no-mercado-negro.htm>

<http://www.transplante.rj.gov.br/Site/Arq/declaracaoistambul.pdf>

<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2020/10/protocolos-de-palermo-na-pratica-a-experiencia-da-rede-ibero-americana-de-procuradores-contra-o-trafico-de-pessoas-e-contrabando-de-migrantes-redtram.html#:~:text=O%20objetivo%20geral%20do%20projeto,identificar%2C%20prevenir%20e%20processar%20casos.>

<https://www.youtube.com/channel/UCAZMx2SRaLHplz-FdvaS1Uw>

DESASTRE DA VIDA ANIMAL E OS IMPACTOS SOCIAIS DA FALÊNCIA DO HOTEL ARIAU ENTRE OS AMAZÔNIDAS

EDUARDO PAIXÃO CAETANO: Professor de Direitos Humanos e Delegado de Polícia Judiciária Civil, na Titularidade da Delegacia Especializada em Crimes contra o Consumidor no Amazonas (DECON-AM). Doutorando em Ciências Jurídicas. Formação como Mestre em Direito Ambiental.

Resumo: A ideia destas linhas é sobremaneira enfatizar que o turismo de vida selvagem, muito embora traga riquezas e rota turística para um município, pode causar distúrbios significativos aos povos tradicionais e também aos animais em seus habitats naturais. Assustar os animais especialmente em momentos sensíveis do seu ciclo de vida tem um efeito adverso e a alimentação dos animais selvagens por turistas, fatores de difícil controle que podem mudar os padrões de comportamento social. Mas inclusive os seres humanos, assim como os animais, podem ser prejudicados pelo turismo das florestas, nos moldes do que aconteceu no Amazonas. Impactos sociais e culturais relacionados ao turismo e sua posterior queda, como aconteceu com a falência do Hotel de Selva Ariaú, podem incluir impactos na saúde e integridade dos sistemas culturais locais.

Palavras-chave: amazônida, atração, inferno verde, preservação, selva.

Abstract: The idea of these lines is to emphasize that wildlife tourism, even though it brings wealth and a tourist route to a municipality, can cause significant disturbances to traditional peoples and also to animals in their natural habitats. Scaring animals, especially at sensitive times in their life cycle, has an adverse effect, and the feeding of wild animals by tourists is difficult to control factors that can change patterns of social behavior. But even human beings, as well as animals, can be harmed by tourism in the forests, similar to what happened in the Amazon. Social and cultural impacts related to tourism and its subsequent downfall, as happened with the bankruptcy of the Hotel de Selva Ariaú, can include impacts on the health and integrity of local cultural systems.

Keywords: amazonian, attraction, green hell, preservation, jungle.

Introdução

É necessário distinguir turismo de vida selvagem e ecoturismo, pois os termos são frequentemente usados intercambiavelmente. O “turismo da vida selvagem” engloba

todas as formas e escalas de turismo que envolvem o prazer de áreas naturais e vida selvagem. O turismo da vida selvagem pode ser definido livremente como o turismo que inclui, como objetivo principal, a uso consuntivo e não consuntivo de animais silvestres em áreas naturais.

Pode ser turismo de massa de alto volume ou turismo de baixo volume/baixo impacto, gerar altos retornos econômicos ou baixos retornos econômicos, ser sustentável ou insustentável, nacional ou internacional, e baseado em visitas de um dia ou estadias mais longas (FIGUEIREDO, 1995).

O turismo de observação da vida selvagem é o turismo organizado e realizado para observar a vida selvagem. Esse tipo de o turismo cresceu dramaticamente nos últimos anos; uma rápida pesquisa na internet fornece muitos exemplos de empresas de turismo que comercializam passeios específicos de observação da vida selvagem ou promovem seus produtos destacando observação da vida selvagem como uma atividade opcional que seus clientes podem desfrutar.

Ocorre que em uma época em que a Amazônia era conhecida como 'inferno verde' e a guerra fria preocupava o mundo, o oceanógrafo Jacques Cousteau idealizou um hotel no meio da selva durante sua primeira expedição pelo rio Amazonas. "Pouco se sabia sobre a Amazônia e Cousteau, em uma conversa com Francisco Ritta Bernardino, que já trabalhava no ramo de turismo na década de 1980, disparou que futuramente ninguém mais estaria preocupado com a guerra, mas sim com a preservação do meio ambiente".

Jacques Cousteau era um homem da natureza, visionário, previa a preocupação do mundo com a preservação e falou ao local que seria uma grande sacada montar um hotel onde as pessoas pudessem ter acesso à floresta. Neste contexto, por ter passado 17 anos no Centro de Instrução de Guerra do Exército, o empresário Ritta Bernardino, que conhecia a fundo a região onde o hotel foi erguido, começou com uma torre de apenas quatro apartamentos e um restaurante que funcionava em um barco. A preocupação ambiental foi surgindo também, as pessoas querendo visitar o hotel, e tudo foi crescendo. Mas o proprietário sempre queria mais.

No auge, o empreendimento tinha uma receita de US\$ 1 milhão mensalmente, entre 1995 e 2001. Recebia uma média de 3 mil turistas por mês e empregava, diretamente, 400 pessoas, divididos entre a selva e a agência em Manaus. Além de empregos indiretos, que beneficiavam ao menos 300 famílias no entorno do empreendimento.

Ocorre que com a queda das torres gêmeas deixaram de ganhar em dólar, o custo fixo era muito alto e passar a ganhar em real fez o hotel parar de lucrar muito, visto que 90% dos hóspedes eram americanos. Então, começaram a investir no mercado brasileiro, mas o hotel era sensível, com altos custos de manutenção, e em 2014 o negócio foi caindo.

Aliando a crise às dívidas, que hoje chegam a uma média de R\$ 20 milhões, o hotel fechou as portas definitivamente no início de 2016. Foi a leilão algumas vezes no passado, por conta de uma dívida com a Petrobras Distribuidora, que soma R\$ 1,5 milhão.

O auge do turismo pro amazônida que trazia riquezas e prosperidade, tornou-se uma viagem irresponsável para áreas naturais que não conservaram o meio ambiente e ainda não melhoraram o bem-estar da população local com o advento do desemprego e desastroso fim do negócio, cujos impactos são irreversíveis para esta geração.

1. Amargo impacto social para o amazônida

O passivo muito alto e o impacto maior é para o homem da selva, lembrando sempre que o hotel empregava o verdadeiro amazônida. Visita a comunidades indígenas, casas de caboclos, pescaria, passeios ao encontro das águas, ao arquipélago de Anavilhanas (o maior do mundo), passeios para interação com os botos, sobrevivência na selva, focagem de jacaré e até voos panorâmicos pela Amazônia eram algumas das atrações oferecidas aos visitantes. Os pacotes de hospedagem chegaram a custar, em média, entre US\$ 500 a US\$ 2 mil.

O Hotel Ariaú foi um dos principais empreendimentos que contribuíram para a divulgação do Amazonas no Brasil e no exterior. Durante décadas, os operadores de turismo e jornalistas especializados, além das personalidades do mundo artístico e empresarial, conheciam o Amazonas por intermédio deste hotel.

Entenda que o ecoturismo proposto por este hotel de selva se concentrava em vivenciar a vida selvagem em seu ambiente natural. Embora o objetivo do ecoturismo seja desfrutar da natureza, nem todo turismo em áreas naturais é sustentável e pode ser definido como ecoturismo (ALMEIDA, 2001).

A reflexão aqui passa pelo ecoturismo que deve possuir qualidades como impacto mínimo à natureza e ao meio ambiente, sensibilidade e maior consciência dos ambientes e culturas locais, bem como apoio financeiro para iniciativas de conservação e empoderamento e participação das comunidades locais.

Muito embora a indústria do turismo tende a usar o termo “turismo da vida selvagem” em vez de turismo de observação da vida selvagem, por vezes, os dois termos são idênticos, mas o turismo de vida selvagem às vezes também é usado para se referir à caça ou pesca de turismo e, em alguns casos, refere-se à observação da vida selvagem em cativeiro em zoológicos ou parques confinados (SILVA, 2012).

Na contramão deste caso concreto, o turismo sustentável é o turismo que coloca os princípios do desenvolvimento sustentável em prática. Para ser sustentável, o turismo precisa dar uma contribuição positiva para a ambiente natural e cultural, gerar benefícios para as comunidades anfitriãs, não colocar em risco os meios de subsistência futuros da população local, e se esforçar para antecipar e prevenir a degradação econômica, ambiental, social e cultural.

Turismo que incorpora objetivos de conservação ambiental e cultural com ênfase na economia traz benefícios para as comunidades locais e parecem ser ideais para o desenvolvimento sustentável, pois qualquer dano ao ambiente ameaça a terra e a energia que o turismo depende.

O conceito de ciclo de vida do turismo gira em torno da premissa de que, a menos que haja intervenção, o destino turístico em áreas e recursos, inevitavelmente serão superutilizados e, conseqüentemente, declinarão. Este ciclo tem várias implicações óbvias para a sustentabilidade, como capacidade de carga, participação local e propriedade, e impactos sociais e ambientais.

A capacidade de carga é uma noção importante a este respeito. Em ecologia, capacidade de carga significa o máximo número de indivíduos que uma área de terra pode suportar, geralmente determinado por suas necessidades alimentares. Carregar capacidade muitas vezes tem um significado diferente quando aplicado às atividades humanas, onde significa a quantidade máxima de perturbação humana que uma área pode suportar sem deterioração (ALMEIDA, 2001).

A Organização Mundial do Turismo (UNWTO) propõe a seguinte definição de capacidade de carga: “o número máximo de pessoas que podem visitar um destino turístico ao mesmo tempo, sem causar destruição do ambiente físico, econômico, sociocultural e uma diminuição inaceitável da quantidade dos visitantes e sua satisfação.”

2. Legado do majestoso hotel de selva: luxo ao lixo

Foi com sentimento de tristeza que alguns locais receberam a notícia do decreto de falência do Hotel de Selva Ariaú, pois muitos ainda tinham esperança de que o empreendimento, que já foi um dos nossos principais cartões postais e um dos maiores atrativos turísticos do mundo, voltasse à ativa e recuperasse o prestígio que teve em seus tempos áureos. Mas, desta vez, o turismo perdeu um dos seus principais expoentes do Amazonas para o mundo.

Idealizado na década de 80 pelo empresário Francisco Ritta Bernardino, o Ariaú foi pioneiro no segmento de hotéis de selva no Brasil com uma estrutura inovadora, simplesmente porque foi construído sobre palafitas de madeira à altura da copa das árvores. Por lá, passaram celebridades, políticos e esportistas do mundo inteiro, que ficaram encantados com a experiência vivida no hotel.

Para a tristeza de muitos, em 2015, o Ariaú, que foi considerado o “Teatro Amazonas” dos hotéis, fechou as portas e, hoje, está em um cenário triste, em meio às ruínas e abandono, que nada lembra os tempos em que recebeu o bilionário Bill Gates, os atores Jennifer Lopez e Arnold Schwarzenegger, e o ex-presidente dos Estados Unidos, Jimmy Carter. É uma situação desoladora.

Desde que começou a passar por problemas financeiros, ainda em 2001, o Estado, como indutor de negócios, não agiu para evitar que o empreendimento chegasse ao ponto que está. Uma política pública voltado ao segmento turístico - concessão de crédito, impostos diferenciados, fomento e apoio para a manutenção de empregos - seria viável, mas pouco se fez e se faz pelo setor que sofre com interesses políticos e ambientais.

O Ariaú fechou as portas porque não teve o amparo necessário, por parte do poder público, como “indústria” que olhava desde o início as dificuldades financeiras do hotel, de forma passiva e desconfiada. Para alguns, pela falta de comprometimento com o turismo, perdeu-se o majestoso hotel de selva, uma grande uma lástima para quem vivia deste negócio.

Muito embora o crescimento do turismo e das viagens nas últimas duas décadas tenha sido enorme. Este crescimento continuou, com uma estimativa de bilhão de chegadas de turistas internacionais atrás de experiências de selva. Este crescimento é inevitável, no entanto.

Mas entenda sem paixões que a degradação ambiental de uma forma ou de outra pode reduzir o turismo. Por exemplo, a caça furtiva de animais acabará por levar

estas espécies a serem extintas. Além dessa extinção, o ecoturismo sofre (assim como a receita), deixando nenhum emprego para a população local que trabalha nos hotéis.

3. Conclusão

O impacto do turismo na vida selvagem e no meio ambiente não tem sido um dos assuntos mais auditados no mundo ainda. O principal objetivo destas linhas é incentivar a realização de auditorias em turismo de hotéis de selva e seus impactos sobre as atividades relacionadas ao meio ambiente para evitar a perspectiva do luxo ao lixo, com a falência e degradação de tudo.

O turismo sustentável não acontece por si só. Na verdade, vários fatores podem trabalhar contra a sustentabilidade. As necessidades dos turistas, por exemplo, são diferentes daquelas dos moradores locais, e os planejadores tendem a priorizar as expectativas dos clientes. A competição por recursos entre moradores e turistas pode causar inflação e superexploração de recursos, como no caso concreto do Amazonas.

A experiência amazônica fundada em 1986, em Manaus, o Hotel Ariaú foi um hotel altamente luxuoso que em seu auge, o luxuoso hotel chegava a cobrar US\$ 3 mil por diária e contava com cerca de 300 funcionários. Contudo, o Ariaú Towers estava com problemas financeiros, que se agravaram quando o fundador se afastou por problemas de saúde e, em 2015, fechou as portas definitivamente. Com o abandono vieram os impactos ambientais, o abandono e até parte da estrutura de madeira do hotel passou a ser levada por saqueadores.

Fica a reflexão que o turismo sustentável não acontece por si só. O turismo sustentável tem a ver com planos de local ou destino e políticas e estratégias de turismo que refletem as formas e meios para atingir as metas e marcos de sustentabilidade. As políticas geralmente adiam as configurações institucionais que permitem a governança do desenvolvimento do turismo. Políticas e estratégias descrevem um futuro estado desejado (visão) e detalham as etapas necessárias para alcançá-lo.

Embora os governos sejam essenciais na moderação das negociações entre os diferentes grupos de interesse, é importante ter uma inter-relação consistente entre as diferentes políticas e estratégias (turismo, redução da pobreza e biodiversidade).

Para alcançar o turismo sustentável, as ferramentas que podem ser usadas incluem políticas de turismo, e mecanismos de corporação interagências, parcerias que

permitem que as agências do parque trabalhem com a indústria e reter parte da receita para conservação e desenvolvimento local e treinamento para profissionais e comunidades (GORDILHO, 2007).

O Hotel Ariaú no Amazonas constituiu-se em um grande potencial turístico mundialmente conhecido e explorado por empreendedores que investiram em hotel de selva no meio da floresta amazônica. Tem-se, contudo um grande desafio que não foi superado no embate floresta e os homens das comunidades, que é o gerenciamento da cadeia de valor integrada à logística, onde buscava-se manter harmonia entre as atividades hoteleiras e a floresta. Esta cadeia de valor somente funcionaria perfeitamente se integrada às ferramentas de um sistema que permitisse de forma distinta e ágil realizar as atividades e solucionar os problemas do meio ambiente com sustentabilidade e atenção para os homens.

4. Bibliografia

ALMEIDA, Fernando. **O bom negócio da sustentabilidade**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002.

FIGUEIREDO, Paulo Jorge Moraes. **A sociedade do lixo: os resíduos, a questão energética e a crise ambiental**. Piracicaba: Ed. Unimep, 1995. 2ed. 240p

GORDILHO, Heron José de Santana; SANTANA, Luciano Rocha. **Revista Brasileira de Direito animal**, ano 2, n. 2, jan./jun. 2007.

SILVA, Tagore Trajano de Almeida. **Animais: sujeitos de direitos**. In: _____. **Animais em juízo, direito, personalidade jurídica e capacidade processual**. Salvador: Evolução Editora, 2012. p. 95-133.

A INSUFICIÊNCIA DE UMA EFETIVA TUTELA AMBIENTAL

RENATO RAFAEL DE BRITO FELL: Mestrando em Direito Ambiental, Graduando em Tecnologia de Segurança Pública, Bacharel em Direito, Bacharel em Ciências Militares, Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal, Pós-graduado em Direito Militar, Pós-graduado em Maçonologia, História e Filosofia, MBA em Gestão e Inteligência de Segurança Pública, MBA em Segurança e Defesa Cibernética, Oficial do Quadro Oficiais de Estado Maior da Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul.

RESUMO: Este estudo cuja temática é a insuficiência de uma efetiva tutela ambiental objetiva, por meio de ampla revisão bibliográfica, refletir sobre a proteção do meio ambiente por meio do Direito Ambiental. O tempo presente é permeado por eminente preocupação com o meio ambiente e representa o sinal de nossos tempos. Esta realidade se encontra nos conceitos que, para além de designar uma coisa, transmite valores e uma compreensão determinada da realidade de modo que o Direito possa atuar sobre ela. Conceitos descritivos constituem uma realidade jurídica autônoma, típica do direito ambiental. Ademais, ainda que múltiplos debates ocorram na tentativa de validar o sistema penal e administrativo referente aos danos ambientais, nota-se que, efetivamente, que os resultados se encontram distantes do que seria uma proteção satisfatória do meio ambiente.

Palavras-chave: meio ambiente, tutela, insuficiência, Código de Processo Civil.

ABSTRACT: This study whose theme is the insufficiency of an effective environmental protection aims, through an extensive bibliographical review, to reflect on the protection of the environment through Environmental Law. The present time is permeated by an eminent concern for the environment and represents the sign of our times. This reality is found in the concepts that, in addition to designating a thing, transmit values and a determined understanding of reality so that the Law can act on it. Descriptive concepts constitute an autonomous legal reality, typical of environmental law. Furthermore, although multiple debates take place in an attempt to validate the penal and administrative system regarding environmental damage, it is noted that, effectively, the results are far from what would be a satisfactory protection of the environment.

Keywords: environment, guardianship, insufficiency, Code of Civil Procedure.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DIREITO AMBIENTAL E TUTELA AMBIENTAL. 2.1 - O Direito Ambiental. 2.2 – A Tutela Ambiental. 2.3 – Método de Pesquisa. CONCLUSÃO. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.

1. INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas a preocupação com a proteção ao meio ambiente veio a ocupar lugar de destaque nos fóruns internacionais. Prioriza-se entre os assuntos de maior relevância para a sociedade mundial. Portanto, este estudo apresenta como tema, a insuficiência de uma efetiva tutela ambiental. Dessa forma, objetiva-se, através de ampla revisão bibliográfica, refletir sobre estado do meio ambiente hodiernamente.

Os princípios fundamentais consagrados no artigo 5.º da Constituição Federal – CF de 1988 são os pilares que sustentam toda a estrutura processual na jurisdição brasileira. O processo civil é o instrumento pelo qual as relações entre indivíduos são resolvidas pelo Estado promovendo as funções essenciais para a justiça, aplicando a lei com precisão e imparcialidade para promover a proteção dos interesses.

A lei é dinâmica e deve acompanhar a evolução social. Portanto, com a convergência de esforços, a fim de tornar o Judiciário mais célere e dedicado ao monitoramento das tendências, a justiça deve executar sua função de forma mais rápida para que os ideais do Estado democrático de direito possam então ser cumpridos.

No que se refere ao meio ambiente, a problemática incide justamente no desmatamento, assoreamentos de rios, aterros de lagos e lagoas, poluição dos mares, produção exagerada de fumaça, urbanização descontrolada e o aquecimento global são exemplos dessa realidade que desconhece fronteiras geográficas.

A profunda preocupação com o estado em que se encontra o meio ambiente representa um ‘sinal do nosso tempo’. O grau de desenvolvimento econômico, industrial e tecnológico alcançado produziu uma degradação tão acentuada dos recursos naturais que esse problema se tornou um dos desafios essenciais que a humanidade necessita resolver.

Para alguns, a situação não é tão grave, afinal, ao longo da história do planeta já houve catástrofes ambientais que tiveram sua origem em causas ditas naturais. Espera-se também que haja uma espécie de otimismo científico, tecnológico e educacional para que o próprio homem – principal agente da crise ambiental – seja capaz de resolvê-la com a ajuda dos avanços que ocorrem nessas áreas.

Um caminho para se preservar o meio ambiente ocorre por meio do Direito Ambiental que se traduz em normas e princípios neste momento evolutivo e precisa para sua correta interpretação e aplicação, dado o alcance e transcendência do grave problema que se enfrenta, de manejo adequado de conceitos de outras ciências.

Conceitos estes que implicam em generalização e abstração dos fatos, ou seja, certa recriação da realidade. Autenticidade está contida nos conceitos que, além de designar algo, transmitem valores e certa compreensão da realidade para que a Lei possa agir sobre ela.

É verificável que a política e a legislação ambiental não adquiriram a importância que possuem hodiernamente até que a comunidade científica tenha expressado sua preocupação com a alarmante degradação contínua das condições ambientais. Dessa maneira este estudo se justifica pelo fato de ser notória a insuficiência do arcabouço legislativo e infraconstitucional que abarca o Direito Ambiental.

A sustentabilidade planetária permanece desprotegida. Uma legislação não pode ser um artefato produtor de tranquilidade social ao mesmo tempo, em que produz uma imagem falsa de aparente efetivação protetiva do meio ambiente.

A consciência ambiental se transforma no mote de pesquisas da comunidade científica, de organismos públicos, setores empresariais, meios de comunicação, organizações não governamentais, no entanto, muito há de se refletir acerca da preservação ambiental uma vez que seu conceito não é visto de forma holística, ou seja, em sua complexidade e relevância.

Há, no entanto, como é notório, diversas posições ao avaliar o verdadeiro escopo do problema ambiental. Nesse viandar, detecta-se alta tensão entre a chamada verdade científica que se origina da ordem das coisas e da 'verdade jurídica' que provém do sistema jurídico. Assim, a gestão ambiental busca um duplo propósito: a efetiva proteção do meio ambiente e a remodelação da sociedade no sentido de preservar o meio ambiente.

2. DIREITO AMBIENTAL E TUTELA AMBIENTAL

2.1 - O Direito Ambiental

O direito ambiental é um ramo jurídico de caráter social e transindividual, vai além do indivíduo, pessoal ou patrimonial; entra na categoria interesses difusos, espraia-se a coletividade indeterminada. Salvaguarda as populações e comunidades, os seres vivos, em

geral. A preocupação inerente com a legislação ambiental é a proteção do ecossistema e seus componentes, sua funcionalidade; proteger a vida na Terra.

No direito civil ou penal, a principal tutela é o indivíduo, sua família, sua honra ou interesses privados. Já o direito ambiental é centrado no ecossistema, busca a ordenação do comportamento em torno de proteger e melhorar nosso meio ambiente, para o benefício não apenas individual, mas das gerações presentes e futuras.

O direito ambiental emerge da ecologia, porém como profere Bitterlich (2015) não será a ciência ecológica que conduzirá o homem pelo caminho correto, um caminho que será norteado à luz da lei e da coerção para aqueles que a violam; uma ação que só terá sucesso se o ser humano for capaz de internalizar a norma e, ao mesmo tempo em que a sociedade tenha um quadro institucional adequado que exija conformidade. A educação ambiental será uma aliada insubstituível da lei em todos seus níveis.

Ao se observar os relatos de autores como Stutzin (1978) torna-se possível compreender o quanto já se discorreu sobre a necessidade de se preservar o meio ambiente; na obra do referido autor intitulado 'A natureza dos Direitos e dos Direitos da Natureza' referia que a crise ecológica que o mundo já enfrentava a aquela época não poderia "ser superada, mas através de uma mudança radical de valores e métodos.

A modernidade faz emergir uma sociedade conflituosa, que dificulta o convívio de uns para com os outros e com o meio ambiente que os circunda. Nesse desiderato, para Arendt (2010, p. 82) "valores como bem comum, cuidado com a natureza e respeito às tradições foram sendo esquecidos à medida que os interesses econômicos, de consumo e de poder tomaram a direção das ações humanas".

O meio ambiente adentra ao universo constitucional no transcurso de concepção do Direito Ambiental e "a experimentação jurídico-ecológica empolgou, simultaneamente, o legislador infraconstitucional e o constitucional". (Canotilho e Morato Leite, 2010, p. 128).

Ao se depreender que homem e natureza no entendimento de Matos e Santos (2017, p. 3) "compõem um mesmo mundo de relação comum e de interdependência mútua, ficará mais fácil a definição tanto de uma postura ética de preservação da natureza na vida cotidiana" bem como "à de uma posição política que estabeleça novas regras de uso da natureza, a qual se destaque o seu cuidado público".

Ainda de acordo com Matos e Santos (2017, p. 3) “essa postura ética de cuidado com a natureza significa essencialmente assumir a condição de que o ser humano existe na relação com os outros, sendo a própria natureza um desses outros nessa relação”.

Uma relação construída por meio da educação que de acordo com Bauman (2009, p. 102) “significava um projeto de tornar a formação do ser humano uma responsabilidade plena e exclusiva da sociedade como um todo, em especial de seus legisladores. O ideário de educação para Bauman (2009, p.102) significava o direito e o dever do Estado de formar (mais bem expresso no conceito alemão de *Bildung*) seus cidadãos e guiar sua conduta”. E dessa maneira respeitar ampla e irrestritamente ao meio ambiente.

No ano de 2015, ocorreu na França a Conferência das Partes (COP 21) das Nações Unidas sobre mudança do clima e de acordo com dados de Moreira et al. (2021, p. 13) “o Brasil chega à reunião como único país em desenvolvimento a se comprometer com a redução absoluta das emissões de gases de efeito para conter o aquecimento global, cujas metas são 37% até 2025 e 43% até 2030”.

Já no ano de 2016, pós “aprovação do Congresso Brasileiro, às metas advindas do Acordo de Paris se tornaram compromissos oficiais do país e o Brasil será acompanhado continuamente observando os compromissos assumidos, evitando qualquer retrocesso”. (Moreira et al., 2021, p. 13).

No entendimento de Boff (2016, p. 92) “hoje vivemos uma crise dos fundamentos de nossa convivência pessoal, nacional e mundial. Se olharmos a Terra como um todo, percebemos que quase nada funciona a contento”. A partir de então o Brasil intenciona “zerar o desmatamento da Amazônia legal e restaurar 12 milhões de hectares de floresta até 2030, esta área é equivalente à área da Inglaterra. A redução absoluta prescrita dos países desenvolvidos, mas será perseguida voluntariamente pelo governo brasileiro em todos os setores da economia” (Moreira et al., 2021, p. 13).

Porém, efetivamente, notam-se atos contrários aos estabelecidos na reunião que contrariam as metas e os compromissos assumidos por parte do governo brasileiro. Conforme a WWF (2019, p. 29) “a demanda por terra que hoje provoca queimadas na floresta tropical úmida deve prosseguir intensa e a liberação contínua do carbono proveniente da queima de árvores na atmosfera deve manter-se elevada”.

No ano de 2020, em Davos, ocorre o Fórum Econômico Mundial e o Brasil é cobrado por vários países sobre um modelo de negócios mais sustentável. Em explicações

sobre o futuro da Amazônia, Carlos Nobre, climatologista brasileiro, alerta o mundo acerca das queimadas na floresta como uma condição irreversível. O risco de morte do pulmão do Brasil, a maior floresta tropical do mundo é capa da revista The Economist (2019, p. 2) que classifica “o presidente brasileiro como o chefe de Estado mais perigoso para o meio ambiente”.

Sem dúvida, uma das temáticas mais debatidas é a questão ambiental, pois se entende que o descuido com a sustentabilidade planetária que incide diretamente na limitação de recursos naturais e também na permanência da espécie humana. Faz-se necessário, então, refletir ao que diz respeito do viver atual, com relação ao mundo que está sendo legado às novas gerações.

Uma nação no entendimento de Moreira et al. (2021, p. 2) necessita “de leis que regularizem a vida da população” e dessa forma possa conduzir “os atos aceitáveis ou não de uma instituição ou empresa, sendo assim, legislador deveria ser isento de intenções pessoais ou um propósito de um grupo específico”.

Conforme preceitua Silva (2002, p. 16), a Constituição Federal do ano de 1988, com a ampla tutela que faz do meio ambiente e a declaração de seus princípios fundamentais no Art. 225, reconhece o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

A legislação referente ao meio ambiente tem o objetivo de regularizar o uso da água, do solo, das florestas, do ar e de proteger os animais etc. Ademais, disciplina o uso dos recursos naturais através dos instrumentos legais que afetam determinados setores, como o de recursos florestais e hídricos. E ainda o patrimônio histórico e artístico nacional, pesca, mineração, entre outros (Borges et al., 2009).

Explanar acerca de dignidade se interconecta ao fato de que por muito tempo o homem não se preocupou com o meio ambiente e mesmo o Ordenamento Jurídico não se atinha a proteção ambiental e de acordo com Adame (2011, p.10) nas Constituições anteriores a 1988 “jamais foi empregada à expressão ‘meio ambiente’, revelando total despreocupação com o tema”.

Nesse sentido Palma (s/d, p.8) ressalta “a dificuldade que permeia o meio ambiente e que se encontra prevista na Constituição Federal em seu Art. 225. É possível que esse bem, cujos titulares muitas vezes não podem ser individualmente identificados, seja protegido pela norma penal?”. O Planeta coabitado nos dias atuais será das futuras

gerações e se não houver Leis, incentivo a educação ambiental, acima de tudo a fiscalização dessas normas, que assegure a preservação, o que restará para as próximas gerações?

O meio ambiente sem dúvida se configura como digno de tutela penal, administrativa e civil, em vistas de ser um bem jurídico cuja proteção implica essencial para a própria existência do ser humano e, em geral, da vida, e que sabemos que se encontra seriamente ameaçado, sua conservação e manutenção justificam os recursos mais incisivos e medidas de proteção proporcionadas pelo ordenamento jurídico.

2.1 – A Tutela Ambiental

O texto constitucional se apropria do aspecto interventivo do sistema penal e legislação infraconstitucional pertinente em uma tentativa de tutelar o meio ambiente, conter comportamentos que lograssem normas ambientais assim como desencorajar pretensos infratores. Assim, como profere Budó (p. 385) “a tutela penal vem sendo alargada, e suas funções passaram a proteger também bens supra-individuais, como é o caso do meio ambiente”.

Nesse sentido, avalia-se que Budó (p. 385) “acredita na viabilidade da tutela penal do meio ambiente, porque, possivelmente, considera válida a função declarada que o direito penal anuncia: preservação do bem comum”.

Assim sendo, o sistema jurídico é dotado de instrumentos processuais com a finalidade de tutelar o meio ambiente, de acordo com Schiavi (2008, p.1) “tutelar pretensões que não podem esperar a tramitação do processo, muitas vezes, sequer aguardar a citação do réu”. São exatamente estas medidas processuais que recebem a denominação de tutelas de urgência e cujo objetivo segundo Schiavi (2008, p.2) “é resguardar direito (tutela cautelar), antecipar o próprio provimento de mérito (tutela antecipatória) ou impedir que um dano iminente aconteça (tutela inibitória)”.

O ingresso da tutela antecipada no Código de Processo Civil objetivou de fato abrandar, melhorar o fluxo dos processos como meio de eliminar a morosidade. Até então, o Código abrigava somente a previsibilidade das tutelas cautelar e satisfativas em métodos especiais. O novo Código de Processo Civil abarca múltiplas modificações cujo foco central será as tutelas de urgência e que com certeza merecem ser estudados e debatidos.

Entre as inúmeras discussões relacionadas com a tutela judicial do meio ambiente, aquelas que advogam a promulgação de legislação processual específica, incluindo a

codificação dessas disposições, têm se repetido e reaparecido no debate sobre o tema. (Lunelli, 2017).

Ainda de acordo com Lunelli (2017, p. 58) apoia-se a necessidade de instauração de uma justiça ambiental, o que envolve ações de processo e julgamento de ações e litígio ambiental e atribuição de contencioso e o autor ainda refere que:

Essas construções partem, inegavelmente, da constatação de que as soluções apresentadas pelo Código de Processo Civil (CPC) se revelam insuficientes para a efetiva tutela jurisdicional do ambiente. Mesmo a partir da promulgação do novo CPC, permanece atual a discussão acerca da necessidade de inclusão de dispositivos específicos para a tutela dos direitos coletivos e difusos.

Todavia, ainda assim, não há como assegurar que a proteção ambiental no Brasil apresente traços satisfatórios uma vez que no plano da irrefutabilidade muitos progressos são esperados. Inexiste para Lunelli (2017, p. 58) a equivalência “entre as afirmações garantistas dos textos legais e a efetiva proteção, o que passa também pela questão da tutela jurisdicional do ambiente”. Na realidade, como professa este estudioso:

No caso brasileiro, a insuficiência da simples alteração da legislação pôde ser percebida ao longo dos 20 anos em que se promoveram alterações no revogado CPC. A multa trazida ao ordenamento, inserida no art. 475-J daquele código – e que teria o propósito de compelir o devedor condenado a promover o rápido pagamento ou depósito, logo depois da condenação – é um exemplo bem significativo: a interpretação do dispositivo pelos tribunais relegou a incidência da multa para momento depois do trânsito em julgado e, ainda, dependente da intimação do devedor. (Lunelli, 2017, p. 58).

Com a instituição do novo Código de Processo Civil, a insuficiência da alteração legislativa é considerada pelas operadoras do processo, porém, como profere Ovídio A. Baptista da Silva (2009) poucos resultados advirão se não houver uma mudança na mentalidade dos operadores do processo. Na realidade se constitui em um processo que está intrinsecamente arraigado de ideologia que representa valores de ordem histórica, cultural e social de dada comunidade.

A eficácia do procedimento está diretamente relacionada a esses valores e mesmo a legislação não pode escapar dela. Por outro lado, se a legislação que protege os

interesses ambientais não pode ser efetivamente aplicada nos tribunais, ela inevitavelmente se tornará inócua. A proteção do meio ambiente é a implementação da legislação, o que se reflete em sua aplicação neste caso, ao invés de uma simples proposição de proteção baseada em padrões abstratos. É em processo de exercício de proteção jurisdicional que se desenvolve uma das importantes discussões sobre proteção ambiental. (Lunelli e Marin, 2019).

Uma problemática que circunda as demandas ambientais se encontra na prova do dano, tolhida justamente pelo caráter do dano. Não obstante, de suma relevância a regulamentação inclusa no artigo 103, da Lei 8.078/90, que, de acordo com Marin e Lunelli (2011, p. 83) “afasta os efeitos ‘erga omnes’ das sentenças das ações coletivas, nas hipóteses de julgamento de improcedência por insuficiência de prova”. Para os autores, “foi à forma encontrada para escapar dos rigores do princípio do ônus da prova na tutela dos interesses difusos, aí compreendido o bem ambiental”.

Ainda de acordo com Marin e Lunelli (2011, p. 83) “o princípio da ‘estabilidade subjetiva da demanda’ resta enfraquecido pelo teor do artigo 103, da Lei 8.078/90, que prevê efeitos *erga omnes* e *ultra partes* para as sentenças coletivas”. No recurso para fins de proteção ambiental, a discussão sobre a legalidade ativa conflita com a natureza dos itens protegidos. A legitimidade será extraordinária, mais difusa do que os benefícios associados aos produtos ambientais. O equilíbrio ecológico do meio ambiente é direito de todos.

Compreende-se que o ordenamento hodierno se constitui da totalidade de medidas legais voltada à tutela dos interesses difusos, haja vista as Leis nº. 6.938/81 que abarca a Política Nacional do Meio Ambiente, nº. 7.347/85 que recomenda os preceitos dos Crimes Ambientais, assim como à presente “Carta Magna com previsão expressa acerca da ação civil pública e do inquérito civil, ambos a cargo do Ministério Público (art. 129, III), sem excluir a legitimação de outros entes (§1º, do referido dispositivo)”. (CANOTILHO; MORATO LEITE, 2011, p. 59).

Entreve-se que a legislação ambiental é sobremaneira esparsa, com leis desconexas cuja meta segundo Marin e Lunelli (2011, p. 88) é “a proteção material do meio ambiente e legislação processual emprestada de diversos códigos e normativas aleatórias, como a Ação Civil Pública” bem como “a sistemática processual civil, a fim de se ‘elaborar’ uma forma procedimental judicial que vise proteção litigiosa de questões que abarcam o direito ambiental”. Não obstante conforme os ensinamentos de Rodrigues (2011, p. 26):

A grande verdade é que existe um reconhecimento da doutrina como um todo de que a legislação ambiental é realmente muito esparsa e isso dificulta sobremaneira aos operadores do direito que lidam com o direito ambiental, cada vez mais e mais presente no cotidiano jurídico de todos os segmentos jurídicos. A grande questão é saber se, do ponto de vista ambiental, vale a pena correr o risco de se criar um Código que revogue a legislação esparsa, nele concentrando toda a matéria ambiental, e, nessa toada, acabe por destruir inúmeras vitórias e conquistas ambientais – legislativas e jurisprudenciais – alcançada ao longe de muitos anos.

O Código de Processo Civil como referem Didier Jr. e Zaneti (2016, p. 165) possui “aplicação supletiva e subsidiária no processo ambiental” sendo que a mesma se constitui como supletiva na inexistência “no microsistema do processo coletivo disciplina para a matéria” e possui aplicação subsidiária na existência da “disciplina da matéria no microsistema do processo coletivo, mas essa disciplina é menos abrangente ou incompleta”. Ao se estabelecer uma correlação entre o Código de Processo Civil de 1972 com o de 2015, há uma percepção de que se normatizou uma regra de caráter individualista.

Nesse sentido, como preconiza Rodrigues (2011, p. 67) “a própria estrutura do Código de ‘dividir os processos em tipos diferentes’, [...] dá o sabor inconfundível de individualismo do Código”:

Assim, quando se confrontam as técnicas processuais existentes no Código de processo Civil, certos problemas que são frutos de uma sociedade de massa (consumidor, ordem econômica, meio ambiente etc.), em que os interesses postos em jogo são representados por um único objeto, indivisível, que interessa titulares indeterminados sem um vínculo concreto que os uma, senão, apenas a fruição do mesmo e único bem, certamente o Código de Processo Civil, tradicional, individualista e exclusivista, não conseguirá oferecer uma resposta satisfatória, ou soluções justas, com os institutos que possui, posto que estes estão voltados para uma dimensão individual, tais como o litisconsórcio, a legitimidade ad causam e até a regra da coisa julgada inter partes.

Ao longo dos estudos de Rodrigues (2011, p. 67) torna-se possível vislumbrar a ênfase da aplicabilidade do Código Processual Civil na problemática ambiental com desfechos insatisfatórios e injustos uma vez que “o caráter tradicional, individualista e exclusivista do códex cível se volta para dimensões de aspecto individual, tais como o litisconsórcio, a legitimidade ad causa e até a regra da coisa julgada inter partes” e acresce que:

De outra banda, o meio ambiente se coloca como transindividual, transfronteiriço, de natureza indivisível, no qual mais de uma pessoa é titular e onde um grupo de pessoas, determináveis ou não, estão ligadas por circunstâncias de fato. Isto é, o que se percebe é uma clara incoerência na utilização de tutelas eivadas de caráter individual em processos que tenham por objeto tutelas difusas e transindividuais.

Nos estudos de Baldissera e Aquino (2016, p. 21) se destaca uma referência sobre uma “ilusória tutela penal de um meio ambiente sustentável” ao mesmo tempo em que constata “as consequências da irresponsabilidade humana perante o mesmo já ultrapassaram os níveis de previsibilidade estimados pelo homem, pois a crise ambiental trouxe consigo marcas de retaliação, demonstrando que a dominação forçada da natureza tem um custo”.

Assim sendo, Carreño (2019) defende a necessidade de um diálogo fluido e frutífero entres os diferentes saberes que confluem para a determinação do conteúdo das normas ambientais. A Carta Magna afirma que as pessoas têm o direito de viver em um ambiente saudável e ecologicamente equilibrado; por essa razão, sua efetiva proteção necessita ser assegurada. Ainda mais que o ambiente que nos cerca é o único espaço onde a vida pode se desenvolver.

2.2 – Métodos de Pesquisa

Esta pesquisa cujo tema é a insuficiência de uma efetiva tutela ambiental se desenvolve a partir de vasta consulta bibliográfica. Por assim o ser, como referem Lakatos e Marconi (2001, p. 43-44) a pesquisa bibliográfica “trata-se do levantamento de toda a bibliografia já publicada em forma de livros, revistas, publicações avulsas em imprensa escrita (documentos eletrônicos).

Ainda de acordo com Lakatos e Marconi (2001, p. 43-44^a finalidade da pesquisa de cunho bibliográfico “é colocar o pesquisador em contato direto com tudo que foi escrito sobre determinado assunto, com objetivo de permitir ao cientista o reforço paralelo na análise de suas pesquisas ou manipulação de suas informações”.

Já na concepção de Silva & Menezes (2001, p. 21) “a pesquisa bibliográfica é elaborada a partir de material já publicado, constituído principalmente de livros, artigos de periódicos e atualmente com material disponibilizado na Internet”.

Segundo Marconi & Lakatos (1996, p. 66), pesquisa bibliográfica “abrange toda a bibliografia já tornada pública em relação ao termo de estudo”. Nesse ponto, há necessidade de uma Revisão da literatura para saber claramente quem já pesquisou algo semelhante, busca de trabalhos semelhantes ou idênticos e pesquisas e publicações na área.

CONCLUSÃO

A proteção do meio ambiente é uma questão que preocupa nossa geração, pois o equilíbrio ecológico é direito de todos. É primordial a proteção e o melhoramento, para o benefício não apenas individual, mas das gerações presentes e futuras.

Governos, em um esforço para cuidar de seus recursos naturais necessitam garantir o bem-estar humano e natural, carecem, na maioria dos casos, da realização de ações tais como a promulgação de leis, fiscalização da norma já vigente, gestão ambiental, criação/investimento e ampliação de órgãos fiscalizadores. Da mesma forma, crimes e infrações ambientais consideradas graves precisam ser avaliados por juízes ou órgãos competentes com resultado sanções severas.

Porém, ainda não é possível referir como a proteção ao meio ambiente de forma eficaz. Não existe especialização judicial em questões ambientais, juízes estão sobrecarregados com foco em outros ensaios, órgãos de fiscalização sucateados com pouco recurso humano, assim violam-se direitos fundamentais como o direito à vida, à saúde e a um meio ambiente saudável.

O homem como depositário dos recursos naturais das gerações futuras, detém a obrigação moral de administrar esse capital insubstituível com sabedoria e responsabilidade. Deve fazer isso para a sobrevivência de sua própria espécie. Detentor de capacidade intelectual para aprender com os danos já causados ao meio ambiente; assim o ser possui a capacidade única de modificar, destruir ou melhorar o meio em que vive,

podendo planejar e modificar o futuro de sua espécie. Faz-se necessário lembrar que, ao proteger o meio ambiente, se está a garantir a sobrevivência humana.

Perante a necessidade de preservação ambiental, emerge o Direito Ambiental que, ao mesmo tempo, dispõe e trata das questões do meio ambiente e todos os seres do planeta. Porém, muitas vezes, a proteção ambiental acaba por se deparar com obstáculos para que sua ação se concretize uma vez que se convive no Brasil com pretensa ausência de uma tutela jurisdicional. Uma tutela efetivada através de ações judiciais que se norteiam por princípios advindos do processo civil, cuja meta é a resolução de conflitos ambientais.

A Tutela Processual do Meio Ambiente responsabiliza os agentes causadores de danos ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística, entre outros. Na verdade, quem causa um dano à terceiro ou a coletividade deve obrigatoriamente reparar.

É preciso livrar-se do conceito tradicional de processo civil para formular preceitos que visem à proteção efetiva do meio ambiente. Importante ressaltar que a legislação processual visa proteger o meio ambiente de forma mais coesa. Um deles pode ser o problema de procedimentos e regulamentações ambientais específicos, que levarão a um processo ambiental verdadeiramente coletivo, mas sempre se esforçam para emergir do paradigma de superação do racionalismo.

Como mencionado acima, a proteção ambiental deve reconsiderar a fim de proteger efetivamente o meio ambiente. Não apenas a compensação monetária pode ser utilizada para remediar desastres, mas também os desastres detêm força para serem evitados. Se houver legislação processual, leis mais rígidas serão aplicadas para evitar a degradação ambiental de forma desordenada e com base no poder econômico.

Desta forma, a alteração definitiva do código de processo civil está em consonância com a possível superação do paradigma racionalista, aparecendo como um meio eficaz e instrumental na visão das normas processuais. Na prática, processual, são utilizados meios mais eficazes de prevenção e impedir comportamentos prejudiciais ao meio ambiente.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ADAME, A. Gestão em Auditoria e Perícia Ambiental. Faculdade De Ciências Contábeis e de Administração Do Vale Do Juruena Pós-Graduação Lato Sensu em Gestão Em Auditoria E Perícia Ambiental Disciplina: Direito Ambiental e Legislação. 2011. Disponível

em http://www.pos.ajes.edu.br/arquivos/referencial_20110922174415.pdf. Acesso em 4 de setembro de 2021.

ARENDDT, Hannah. A Condição Humana. Traduzido por Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense-Universitária, 2010.

BALDISSERA, Rafaela. AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de. A ilusória tutela penal de um meioambiente sustentável. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação StrictoSensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.11, n.2, 2º quadrimestre de 2016. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Epistemologia das Ciências Culturais. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. Legisladores e intérpretes. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BITTERLICH, Pedro Fernandez. Manual de Derecho Ambiental Chileno. Segunda Edicion Actualizada. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 2015.

BOFF, L. (2016). Ou mudamos ou morremos. Instituto Ethos.
<https://www.ethos.org.br/cedoc/ou-mudamos-ou-morremos/>. Acesso em 05 de setembro de 2021.

BUDÓ, Marília de Nardin. Criminologia e dano moral: a efetivação dasustentabilidade de para além do direito penal. In: TRINDADE, AndréKaram; ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira; BOFF, Salete Oro(Orgs.). **Direito, Democracia e Sustentabilidade**: anuário do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Democracia e Sustentabilidade. Passo Fundo: IMED Editora, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. MORATO LEITE, José Rubens. (Org). Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARREÑO, Santiago Manuel Alvarez. El derecho ambiental entre la ciencia, la economía y la sociología: reflexiones introductorias sobre el valor normativo de los conceptos extrajurídicos. Julho de 2019. Revista Catalana de Dret Ambiental 10 (1) DOI: 10.17345 / rcda2569.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

eacas_riscos_amazonia/desmatamento_na_amazonia/.

Gil, A. C. (2002). *Como elaborar projetos de pesquisa* (Vol. 4, p. 175). São Paulo: Atlas.

LUNELLI, Carlos Alberto. *Jurisdição Ambiental: A influência da jurisdição italiana e do sistema inglês no processo ambiental brasileiro*. Rio Grande: Editora da FURG, 2017.

LUNELLI, Carlos. MARIN, Jeferson Dytz. *As razões da crise do processo na teoria de Ovídio Baptista da Silva*. Caxias do Sul: EDUCS, 2019.

MARCONI, M. D. A., & LAKATOS, E. M. (2006). *Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projeto e relatório. Publicações e trabalhos científicos*, 7, 225.

MARIN, Jeferson; LUNELLI, Carlos Alberto. *Meio Ambiente, tutelas de urgência e processo coletivo*. *Opiniões jurid.*, Medellín, v. 10, n. spe, p. 73-87, dezembro de 2011. Disponível em <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1692-25302011000300005&lng=en&nrm=iso>. acesso em 04 de setembro de 2021.

MATOS, Silvia Maria Santos; SANTOS, Antônio Carlos. *O mundo comum: a questão ambiental em Hannah Arendt e Bruno Latour*. *Quadranti – Rivista Internazionale di Filosofia Contemporanea – Volume V, nº 1-2, 2017 – ISSN 2282-4219*.

MOREIRA, Kátia Soares; JUNQUEIRA JÚNIOR, José Alves; SOUSA, Paulo Eduardo de Oliveira; MOREIRA, Heitor Soares; BALIZA, Danielle Pereira. *A evolução da legislação ambiental no contexto histórico brasileiro*. *Research, Society and Development*, v. 10, n. 2, e14010212087, 2021. (CC BY 4.0) | ISSN 2525-3409 | DOI: <http://dx.doi.org/10.33448/rsd-v10i2.12087>.

PALMA, F. O. *Tutela Penal Do Meio Ambiente: A Importância Dos Tipos Penais De Perigo Na Difícil Tarefa De Evitar O Dano*. S/D. Disponível em http://www.rkladvocacia.com/arquivos/artigos/art_srt_arquivo20120412195332.pdf. Acesso em 4 de setembro de 2021.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo civil ambiental*. 3. ed., rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de Direito Processual do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008.

SILVA, J. A. Curso de direito constitucional positivo. 30. ed. São Paulo: RT, 2002.

SILVA, L. S.; MENEZES, E. M. Metodologia da pesquisa e elaboração de dissertação. Manual de orientação. Florianópolis, 2001. Disponível em:
<<http://www.scribd.com/doc/2367267/DA-SILVA-MENEZES-2001-Metodologia-da-pesquisa-e-elaboracao-de-dissertacao>> Acesso em 04 de setembro de 2021.

STUTZIN, Godofredo. El Arrayán, Editorial Cuatro Vientos, Santiago, 1992.

The Economist (2019). Deathwatch for the Amazon: the threat of runaway deforestation.
<https://www.economist.com/leaders/2019/08/01/deathwatch-for-theamazon>.

WWF - World Wildlife Fund (2020). Desmatamento.
https://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/areas_prioritarias/amazonia1/am.

BREVE NOTÍCIA DE HISTÓRIA: A DOUTRINA BRASILEIRA DO HABEAS CORPUS E A EVOLUÇÃO DOGMÁTICA DO MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL

JÚLIO LUIZ DE MEDEIROS ALVES LIMA KUHLMANN:
Advogado. Pós-graduado em Direito Público pela Escola da Magistratura do Distrito Federal (ESMA)

Resumo: O presente artigo busca analisar a evolução histórica do mandado de segurança no direito brasileiro.

Palavras-chave: Mandado de segurança. Doutrina do *habeas corpus*. Garantias fundamentais. Acesso à Justiça.

Sumário: 1. Introdução 2. Breve notícia de história: a doutrina brasileira do habeas corpus e a evolução dogmática do mandado de segurança individual 3. Conclusão. 4 Referências.

1. Introdução

O mandado de segurança constitui garantia fundamental para o exercício de direitos, especialmente contra os atos estatais, sendo, por isso, uma ferramenta de controle de abusos e desvio de poder. Sendo assim, faz-se relevante a busca por seus contornos históricos, a fim de se compreender a relevância do referido remédio constitucional.

2. Breve notícia de história: a doutrina brasileira do habeas corpus e a evolução dogmática do mandado de segurança individual

As ações constitucionais, em geral, e o mandado de segurança, em particular, têm suas origens ligadas à história da tutela dos direitos fundamentais. É que tais instrumentos jurídicos surgem como meios para efetivar e proteger as garantias mínimas encartadas nos textos constitucionais. Na verdade, cuida-se de conseqüências do próprio Estado democrático de direito, constituído pela Carta Republicana de 1988, guarnecendo os jurisdicionados dos abusos perpetrados pelo Estado²⁰.

²⁰ Essa ideia inicial encontra suporte doutrinário. Com efeito, jurista checo Karel Vasak, conhecido por sua tese da geração de direitos dos homens, enfatizou que a condição essencial para realização efetiva dos direitos fundamentais era que os Estados nacionais cumprissem, ao menos, três requisitos, a saber: (i) que fossem estruturados sob o paradigma do Estado de Direito, ou seja, que estivessem todos os seus atos em conformidade com os ditames do direito posto; (ii) que, em seu interior, os Direitos Humanos estivessem pré-colocados em uma ordem jurídica; e (iii) que, finalmente, o exercício desses direitos fosse acompanhado de garantias precisas e, em especial, que fossem positivados mecanismos idôneos para assegurar e efetivar seu respeito. Em que pese essas premissas serem posteriores à positivação de boa parte dos instrumentos constitucionais voltados à defesa dos direitos fundamentais, elas possuem um poder explicativo do

O mandado de segurança tem suas raízes no *writ of habeas corpus*, derivando do que se convencionou chamar de doutrina brasileira *do habeas corpus*²¹. Na realidade, sob a vigência da Constituição de 1891, o *habeas corpus* era utilizado para tutelar outros bens jurídicos além do *status libertatis* dos cidadãos, servindo também para pôr fim a outras arbitrariedades perpetradas pelo Poder Público.

Isso ocorria especialmente em razão da abertura interpretativa ocasionada pela redação do dispositivo constitucional que regravava o remédio heroico, pois, em seu artigo 72, § 22, a primeira Carta republicana dispunha que seria concedida a ordem em "*habeas corpus*", sempre que o indivíduo sofrer ou se achar **em iminente perigo de sofrer violência** ou **coação por ilegalidade** ou **abuso de poder**".

Como se depreende da leitura do texto, aquela ação constitucional possuía objeto mais amplo que o delineado pela atual Constituição, sendo possível, com base no § 22 do artigo 72 da Declaração de Direitos de 1891, o manejo do *habeas corpus* para impedir ilegalidades ou abusos de poder provenientes do Estado.

Pellegrini Grinover, Scarance Fernandes e Gomes Filho noticiam que, naquela quadra da história, o Poder Judiciário concedia ordem em sede do *writ of habeas corpus ad subjiciendum* para "anular ato administrativo que mandara cancelar matrícula de aluno em escola pública; para determinar a concessão de uma segunda época de exames a estudantes; para realização de comícios eleitorais; para garantir o exercício de profissão etc."²².

Com a finalidade de coibir essa vulgarização, a dogmática constitucional daquele tempo passou a redesenhar o cabimento da aludida impetração, de modo a resgatar o seu objeto historicamente estabelecido, vale dizer, voltá-lo à tutela apenas do *status libertatis* dos indivíduos.

desenvolvimento da luta e defesa dessa pauta mínima de garantias que o cidadão tem em face da sanha estatal. Sobre o assunto, Cf. MENEZES, Carlos Alberto. **Manual do mandado de segurança**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 3-4.

²¹ BOSELLI, Luiz Henrique. A doutrina brasileira do habeas corpus e a origem do mandado de segurança. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 45, n. 177, mar. 2008. p. 75-76.

²² GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Recursos no Processo Penal**. 6ª ed, 2ª Tiragem. São Paulo: RT, 2009. p. 268/269. Cfr, ainda, aresto lavrado pelo Supremo Tribunal Federal no HC 3563, disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=3536&classe=HC>. Acesso em 18 de janeiro de 2018

Daí que, segundo Pellegrini Grinover, Scarance Fernades e Gomes Filho, surgiram três posições bem delimitadas sobre o tema em referência. A primeira, defendida por **Rui Barbosa**, sustentava que a garantia aplicava-se na totalidade dos casos nos quais um direito estivesse ameaçado, manietado, impossibilitado no seu exercício por abuso de poder ou ilegalidade. A segunda, por sua vez, afirmava que o *writ of habeas corpus*, à luz de sua natureza e origem histórica, voltava-se exclusivamente à proteção da liberdade de ir e vir. Finalmente, a terceira vertente, vencedora no âmbito do Supremo Tribunal Federal, aduzia a inclusão na proteção do *habeas corpus* não apenas as situações de restrição da liberdade de locomoção, mas também os casos em que a ofensa a essa liberdade fosse meio de ofender outro direito, como “exemplificava **Pedro Lessa**: quando se ofende a liberdade religiosa, obstando que alguém penetre no templo, tem cabimento *habeas corpus*, pois foi embaraçando a liberdade de locomoção que se feriu a liberdade religiosa; quando se ofende a liberdade religiosa, porque se arrasam as igrejas, ou se destroem os objetos do culto, não é possível requerer o remédio, porque aí não está em jogo a liberdade de locomoção das pessoas”²³.

Verifica-se, assim, que existiam três correntes sobre o tema, pairando, dessa forma, dúvidas acerca da natureza jurídica do remédio heroico. Por isso, em setembro de 1926, o constituinte derivado – imbuído, segundo Mártires Coelho, daquela “vontade reformista”²⁴ - deu diferentes contornos à ação constitucional em apreço, redigindo o § 22 do artigo 72 da Carta da República velha da seguinte maneira: “Dar-se-á *habeas-corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer **violência por meio de prisão** ou **constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção**”.

Vê-se que, ao contrário da redação originária, o objeto do *writ* ficou jungido à coibição de violência de prisão ou constrangimento ilegal em relação ao *status libertatis* das pessoas, sagrando-se vencedora a tese formulada pelo Ministro Pedro Lessa, a qual restou acolhida pelo Supremo Tribunal Federal.

Em razão disso, a tutela de outras arbitrariedades perpetradas pelo Poder Público encontrava-se esvaziada, na medida em que o cabimento do *habeas corpus* não mais comportava o ataque às ilegalidades mencionadas.

²³ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Recursos no Processo Penal**. 6ª ed, 2ª Tiragem. São Paulo: RT, 2009. p 269

²⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. rev. e. atual. São Paulo: Saraiva, 2009. pág. 188

Por isso, aventou-se a possibilidade de se propor ações possessórias com o objetivo de resguardar o jurisdicionado contra os abusos estatais, ao entendimento de que os direitos fundamentais eram possuídos pelos cidadãos, podendo estes manejarem interditos possessórios, por seu rito célere, contra o Estado, o que acabou não sendo acolhido pela doutrina nem pela jurisprudência à época. A respeito do tema em foco, confirmam-se apontamentos de Boselli de Souza:

Alguns chegaram a defender a tese da posse dos direitos pessoais, ensejando a possibilidade de utilização dos interditos possessórios para sua defesa. Ruy Barbosa foi novamente um dos defensores de tal tese, que acabou não vingando²⁵.

Assim, a temática concernente ao cabimento do *habeas corpus* contra atos estatais para além daqueles violadores do direito de ir e vir padecia de um vácuo normativo. Nessa linha, aponta Ferreira Mendes que a crise da doutrina brasileira do *habeas corpus* tornou de rigor “a adoção de um instrumento processual-constitucional adequado para proteção judicial contra lesões a direitos subjetivos públicos não protegidos pelo *habeas corpus*”.²⁶

De acordo com Mártires Coelho, essa situação só veio a mudar com a Revolução de 1930 e, por consequência, com a promulgação da Constituição de 1934, que trouxe, entre outras inovações, o remédio constitucional hoje conhecido como mandado de segurança²⁷.

Sem dúvida, conforme o artigo 113, 33, do texto de 1934, o *writ of mandamus* seria concedido para “defesa do direito, **certo e incontestável**, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade”. Em outras palavras, com essa redação, passou-se a ter guardada a tutela individual em face dos abusos de poder levados a cabo pelo Estado.

Desde então, todos os textos constitucionais subsequentes previram o mandado de segurança como remédio constitucional típico, à exceção da Constituição outorgada pelo ditador Getúlio Vargas em 1937.

²⁵ BOSELLI, Luiz Henrique. **A doutrina brasileira do habeas corpus e a origem do mandado de segurança. Revista de informação legislativa**, v. 45, n. 177, mar. 2008. p. 81

²⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4ªed. rev. e. atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 577/578

²⁷ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4ªed. rev. e. atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 189

Hoje, a Constituição da República delimita o cabimento do mandado de segurança no inciso LXIX de seu artigo 5º, segundo o qual o *mandamus* será concedido 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”.

Antigamente regida pela Lei 1.533, de 31 de dezembro de 1951, a disciplina legal da ação em tela está nos dias atuais estabelecida na Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009.

Não se pode negar que o Texto de 1988 deu ao instituto do *writ of mandamus* nova roupagem, uma vez que o espírito democrático de que se revestiu a Carta republicana conferiu ao cidadão um maior acesso aos remédios constitucionais e, por conseguinte, ao próprio Poder Judiciário²⁸.

Por fim, anote-se que, embora encontre institutos semelhantes no direito estrangeiro – ligando-se, em particular, ao *juicio de amparo*, previsto na Constituição mexicana de 1917 – o mandado de segurança revela-se como uma figura constitucional genuinamente brasileira, resultado que foi da doutrina brasileira do *habeas corpus*²⁹.

3 Conclusão

Em conclusão, verificaram-se os traços históricos e dogmáticos do mandado de segurança, fazendo-se uma breve digressão histórica sobre a referida ação constitucional, que tem suas raízes firmadas na doutrina brasileira do *habeas corpus*

4 Referências

CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de Direito Constitucional. Salvador: Jus PODIVM, 2008. p. 751

BOSELLI, Luiz Henrique. A doutrina brasileira do habeas corpus e a origem do mandado de segurança. Revista de informação legislativa, Brasília, v. 45, n. 177, mar. 2008. p. 75-76.

²⁸ Assinala, a propósito do assunto em tela, Lúcia Valle Figueiredo que “A Constituição de 1988 foi a pedra de toque da evolução do mandado de segurança, porque tivemos Constituição democrática, saímos do período em que o Legislativo estava fraco, o Executivo bastante fortalecido e o Judiciário acanhado. A partir da anistia, a partir de 1979, verificou-se o aumento do número de feitos, e, sobretudo, de mandados de segurança. Enfim, aumento, e consideravelmente, a procura pela tutela judicial”. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Mandado de Segurança**. 6ªed. rev. e. atua São Paulo: Malheiros editores, 2009. p. 123

²⁹ CUNHA JÚNIOR, Dirley. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus PODIVM, 2008. p. 751

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Mandado de Segurança. 6ªed. rev. e. atua São Paulo: Malheiros editores, 2009. p. 123

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Recursos no Processo Penal. 6ª ed, 2ªTiragem. São Paulo: RT, 2009. p. 268/269.
BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 4ªed. rev. e. atual. São Paulo: Saraiva, 2009. pág. 188

MENEZES, Carlos Alberto. Manual do mandado de segurança. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999

RESPONSABILIDADE CIVIL AO ABANDONO AFETIVO

LEONARDO DE SOUZA FOSCHI:
bacharelado em Direito pela UNIFUNEC -
Centro Universitário de Santa Fé do Sul

RICARDO ALEXANDRE RODRIGUES GARCIA

(orientador)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo levantar sobre a educação responsável para crianças e adolescentes, respeitando os princípios básicos descritos na Constituição Federal e na Lei da Infância e Juventude, a fim de garantir o desenvolvimento saudável dos filhos menores e coibir qualquer forma de negligência, principalmente afetivamente. Foi realizada pesquisas bibliográficas, em sites, doutrinas e jurisprudência para um melhor entendimento sobre o tema tanto do campo do direito quanto da psicologia. O objetivo do artigo é explicar de maneira clara e concreta sobre abandono afetivo e a responsabilidade civil dos pais desde que comprovado o dano à integridade psíquica e moral dos filhos segundo o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente. Entretanto, há uma análise da questão da responsabilidade civil e a discussão de sua frequência nas relações afetivas, especialmente nas relações pai-filho, apresentando os posicionamentos favoráveis e contrários da doutrina e da jurisprudência sobre o assunto.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Abandono Afetivo. Criança e Lei.

ABSTRACT: This article aims to survey responsible education for children and adolescents, respecting the basic principles described in the Federal Constitution and in the Childhood and Youth Law, in order to guarantee the healthy development of minor children and to curb any form of neglect, especially affectively. Bibliographic research was carried out on websites, doctrines and jurisprudence for a better understanding of the subject both in the field of law and psychology. The objective of the article is to explain in a clear and concrete way about affective abandonment and the civil responsibility of the parents since the damage to the psychic and moral integrity of the children is proven according to the Civil Code and the Statute of the Child and Adolescent. However, there is an analysis of the issue of civil liability and a discussion of its frequency in affective relationships, especially in parent-child relationships, presenting the favorable and contrary positions of doctrine and jurisprudence on the subject.

Keywords: Civil responsibility. Affective Abandonment. Child and Law.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal garante às crianças e aos jovens o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à qualificação profissional, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à família e à comunidade com absoluta prioridade e os protege de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A transição da família como unidade econômica para uma compreensão solidária e afetiva voltada à promoção do desenvolvimento pessoal de seus membros traz consigo a afirmação de uma nova característica, agora pautada na ética, no afeto e na solidariedade.

Com o desenvolvimento da doutrina da proteção integral, que transformou a criança em sujeito de direitos, destinatário de tratamento especial, o conceito de poder familiar ganhou um novo significado e deixou de sentir predominância, sinônimo de proteção, com mais características de deveres e obrigações dos pais para com seus filhos menores do que direitos para com eles.

O princípio da proteção integral da criança e do jovem está indissociavelmente ligado aos princípios da dignidade humana, da paternidade responsável, da convivência familiar e do afeto e são diretrizes destinadas a orientar o comportamento dos pais na formação da educação e educação de seus filhos.

Apoiando-se no princípio da dignidade da pessoa humana, muitas crianças atualmente recorrem à justiça para buscar reparação civil de seus pais pelos danos psicológicos que lhes foram causados pela privação de afeto e educação para a convivência.

2. A FAMÍLIA NA PERSPECTIVA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

No Brasil, desde o período colonial até meados do século XIX, as famílias brasileiras eram numerosas, incluindo não só o casal e seus filhos, mas também parentes e até escravos. O grande número de pessoas nas casas dificultava a aproximação sentimental de seus membros, dificultava a privacidade familiar e desestimulava vínculos afetivos.

Portanto, não houve maior proximidade entre pais e filhos, nem preocupação com a subjetividade ou individualidade das crianças, pois seus direitos, como os das mulheres, foram reduzidos pela inegável prevalência do pai/cônjuge sobre os outros membros da família.

Com a industrialização houve migração da população para os centros urbanos e aumento da necessidade de mão de obra, levando as mulheres a ingressarem no mercado de trabalho. A família passou a ocupar espaços menores, tornou-se nuclear, formada essencialmente por pais e filhos, provocando uma reaproximação entre seus membros e a valorização dos vínculos afetivos entre eles.

Os avanços tecnológicos e culturais que se seguiram à Revolução Industrial provocaram mudanças nos costumes e a formação de novos núcleos familiares ao lado dos já existentes. E a Constituição Federal de 1988 reflete a sociedade atual moldada por esses avanços.

Contudo, diante das novas aspirações da sociedade, sentiu-se a necessidade de incluir em seu texto, matérias até então sujeitas à legislação civil ordinária, como os institutos da família, da propriedade, dos contratos, entre outros.

À época, a Carta Magna tinha a tarefa de unificar o sistema, superando a dicotomia entre direito público e direito privado e estabelecendo princípios que abrangiam todas as áreas do direito.

Assim, princípios como dignidade humana, solidariedade social e igualdade passaram a demarcar os limites da autonomia privada, direcionando relações que até então eram tratadas exclusivamente no âmbito do direito privado, estabelecendo os parâmetros básicos de interpretação, promovendo uma verdadeira reconstrução da dogmática jurídica (ROSENVALD, 2006).

De fato, a Constituição brasileira de 1988 deu oxigênio aos institutos e conceitos do direito civil, reformulou-os em sua estrutura e, conseqüentemente, reorganizou os parâmetros que sustentavam a família do Código Civil que perdeu seu caráter hereditário e passou a valorizar as pessoas que compunham o seu corpo e para proteger a dignidade da pessoa humana, que se estabeleceu como fundamento da República. Rosenthal ensina (2010, p.32):

Percebe-se que o Direito Constitucional afastou-se de um caráter neutro e indiferente socialmente, deixando de cuidar apenas da organização política do Estado para avizinhar-se das necessidades humanas reais, concretas, ao cuidar de direitos individuais e sociais.

A família passou a ser vista como um instrumento de auto realização humana colocado no cerne do ordenamento jurídico (DIAS, 2009).

A Carta Magna equilibra os direitos do homem e da mulher, trata-se dos filhos nascidos do casamento ou não, e passa a reconhecer implicações legais para outros modelos de família, além do casamento e separando a família do casamento, conforme previsto no artigo 226, § 3º a 5º e art. 227, §6º, *in verbis*:

Art. 226: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado (...)

§3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal serão exercidos igualmente pelo homem e pela mulher

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 à salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (...)

§6º 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.

A família tornou-se plural, solidária, lugar de realização dos desejos e aspirações de seus membros, unidos no objetivo da felicidade (DIAS, 2009).

Entretanto, não faz mais sentido defender a constituição da família por outros motivos que não a busca da realização de seus membros (compreensão eudemonística da família). Deu a evolução da ideia de instituição familiar, com proteção justificada por si mesma, ao conceito de família, instrumento de desenvolvimento da pessoa humana, na medida em que promove dignidade, igualdade material e proteção.

3. PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE

Na organização jurídica da família, ganha dimensão e importância o princípio jurídico do afeto, que é o grande norteador do direito de família contemporâneo (DIAS, 2009).

Embora a palavra afeto não esteja expressamente incluída na Constituição Federal de 1988, o princípio jurídico do afeto se manifesta em diversas passagens do texto constitucional, como por exemplo, 226, parágrafo 8º, que dispõe que: O Estado prestará assistência à família na pessoa de cada membro e estabelecer mecanismos para coibir a violência em seus relacionamentos.

Como já mencionado, houve uma mudança significativa na concepção de família, de abrangente, patrimonializada e hierarquizada para nuclear, igualitária, pluralista, solidária e baseada no afeto.

Hoje, a família é compreendida como um espaço de promoção da personalidade e desenvolvimento de seus membros com base no afeto e na solidariedade, ou seja, a unidade familiar atual deve ser vista como um grupo social que se baseia essencialmente no afeto (ROSENVALD, 2010).

Contudo, para Dias (2009), a consagração do afeto o torna um verdadeiro direito fundamental que norteia os direitos das famílias.

Sobre a importância do afeto nos relacionamentos familiares, discorre Madaleno (2009, p. 65):

O afeto é mola propulsora dos relacionamentos familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência. A afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco, variando tão-somente na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto.

E esse carinho expressa a confiança esperada dos familiares e o respeito à sua dignidade, tornando suas vidas mais intensas e genuínas. Assim, os membros de uma família nuclear, e aqui entendido o termo plural família, devem agir eticamente de modo a respeitar as peculiaridades de seus membros e não violar a confiança natural no outro.

Em outras palavras, a confiança é um elemento essencial da vida social e da ordem jurídica, e é do interesse do sistema jurídico protegê-la impondo uma obrigação legal de não se envolver em comportamentos contrários aos interesses e expectativas levantadas em outros.

A afetividade deve, portanto, ser acompanhada da lealdade de seus membros, boa-fé e confiança, o que implica respeito e consideração mútuos (ROSENVALD, 2010).

Segundo lição de Teixeira (2009, p.38):

O princípio da afetividade funciona como um vetor que reestrutura a tutela jurídica do Direito de Família, que passa a se ocupar mais da qualidade dos laços travados nos núcleos familiares do que com a forma através da qual as entidades familiares se apresentam em sociedade, superando o formalismo das codificações liberais e o patrimonialismo que delas herdamos.

Com base nesse princípio, as distinções discriminatórias entre os filhos não mais se justificam, pois a nova família deve representar uma comunidade de afetos, baseada na tolerância de seus membros, na pluralidade, na diversidade.

Afinal, hoje não são os laços de sangue que determinam o verdadeiro pertencimento, mas o afeto construído, pois a verdade biológica pode não expressar a verdadeira paternidade e a existência desse parentesco socioafetivo pode ser constatada a partir da comprovação dos pré-requisitos para possuir o status de filho (nome, tratamento e fama).

4. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO INTEGRAL A CRIANÇAS E ADOLESCENTES

O artigo 227 da Constituição Federal confere às crianças e aos jovens o direito absoluto à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à formação profissional, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, bem como à proteção contra todas as formas de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

A doutrina da proteção integral da criança e do jovem fez da criança um sujeito de direito e lhe conferiu um tratamento especial que merece absoluta prioridade por parte da família, da sociedade e do Estado. Esse princípio está intimamente ligado aos princípios da dignidade da pessoa humana da paternidade responsável e do planejamento familiar, diretrizes que devem nortear o comportamento dos pais na criação de seus filhos.

Hoje, a criança é considerada um sujeito de direito, uma pessoa em desenvolvimento, portadora dos direitos fundamentais previstos na Carta Magna e, portanto, merece proteção especial. Seus interesses devem ser priorizados pelo Estado na promoção de políticas públicas voltadas para esse público, pelos órgãos de aplicação da lei na decisão de que melhor satisfaça esses interesses, pela família e pela sociedade, respeitando sua condição de pessoa em desenvolvimento (MADALENO, 2009).

Sobre este princípio, discorre Dias (2009, p. 546-547):

A maior atenção as pessoas até os 18 anos de idade ensejou uma sensível mudança de paradigma, tornando-se o grande marco para o reconhecimento dos direitos humanos de crianças e adolescentes. Visando a dar efetividade ao comando constitucional, o ECA é todo voltado ao melhor interesse de crianças e jovens, reconhecendo-os como sujeitos de direito e atentando mais às suas necessidades pessoais, sociais e familiares, de forma a assegurar seu pleno desenvolvimento.

O referido princípio se manifesta em diferentes momentos, por exemplo, quando se encontram os direitos de guarda ou visitação, além dos requisitos para sua formação e desenvolvimento da personalidade em geral.

5. CONCEITO DE RESPONSABILIDADE CIVIL

Para a vida em sociedade, o ordenamento jurídico estabelece uma série de regras e obrigações, cuja violação constitui o ilícito e, portanto, a obrigação legal de reparar em caso de dano.

Segundo Diniz (2007), o problema da responsabilidade civil surge a todo o momento, pois qualquer atentado que o homem sofra em relação à sua pessoa ou ao seu patrimônio constitui um desequilíbrio moral ou patrimonial que permite a criação de soluções ou remédios através do ordenamento jurídico legal, uma vez que a lei não pode tolerar crimes irremediáveis.

Segundo Cavalieri Filho (2008), a responsabilidade pressupõe uma obrigação legal existente, uma obrigação descumprida. Assim, qualquer comportamento humano que cause dano a outrem em violação de um dever legal originário é fonte de responsabilidade civil.

Essa obrigação é amparada pelo princípio do não dano *neminem laedere* previsto no direito romano, que representa o limite da liberdade individual na vida social.

A responsabilidade civil representa, portanto, uma obrigação derivada, uma obrigação legal sucessiva de assumir as consequências jurídicas de um fato, cujas consequências (reparação pessoal e/ou punição pessoal do agente) podem variar de acordo com os interesses lesados (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p.45).

O Código Civil de 2002 reproduz a obrigação de indenizar no art. 927, *in verbis*:

Art. 927: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único: Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

O delito ocorre quando alguém causa danos a outros por meio de ato ou omissão intencional (conduta dolosa), negligência (incumprimento de um regulamento que exige

agir com cuidado), má conduta (incapacidade de realizar um ato específico) ou descuido (conduta cuidadosa).

De acordo com o disposto no art. 186 do Código Civil de 2002, textualmente:

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.

Desta forma, pode ser visto a partir da leitura da artigo 927 parágrafo único do Código acima mencionado, que o conceito de reparação é mais amplo do que o de responsabilidade civil, uma vez que há casos de indenização de prejuízos com base no risco objetivamente considerado.

Com base nestas considerações, Diniz (2007, p.34) define a responsabilidade civil como:

A aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de fato de coisa ou animal sob sua guarda, de pessoa por quem ele responde, ou ainda, de simples obrigação legal.

Essa definição retém em sua estrutura a ideia de culpa ao considerar a existência de um ato ilícito (responsabilidade subjetiva) e a de risco, ou seja, responsabilidade sem culpa, sendo esta última impensável na antiguidade, conforme análise histórica a seguir.

6. RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL

A responsabilidade civil divide-se em responsabilidade contratual e extracontratual. O contratual é uma pré-vinculação, uma relação jurídica entre as partes que as obriga a cumprir obrigações anteriormente assumidas. Isso significa que há uma violação de dever decorrente de um negócio jurídico celebrado entre as partes contratantes.

Em caso de incumprimento total ou parcial da obrigação, bem como em caso de incumprimento, o devedor responderá pelos danos sofridos, salvo se a sua culpa não puder ser comprovada. No caso de responsabilidade contratual, a culpa é geralmente presumida e o ônus da prova é invertido. Se o credor pede indenização, não precisa provar, basta encontrar o devedor em mora (DINIZ, 2007).

Dependendo do tipo de obrigação assumida no contrato, no entanto, a compensação deve ser feita. Se o empreiteiro assumiu a obrigação de alcançar determinado resultado (obrigação de resultado), como no exemplo do construtor que se comprometeu a realizar uma obra determinada e determinada e não obteve êxito, a culpa

é presumida e o credor apenas para provar, que o trabalho não foi realizado para reclamar danos.

Nestes casos, se a obrigação não for cumprida e o resultado não for alcançado, o devedor é obrigado a reparar o dano. Quanto à obrigação de meios, como o médico (com exceção do cirurgião plástico, pois a jurisprudência nestes casos entende que a obrigação que assumem é de resultado) quem se obriga a cuidar do paciente não está relacionado com a curando, portanto, com o resultado, cabe à vítima provar a culpa, ou seja, que o resultado pretendido não ocorreu porque o contratante não executou os cuidados a que estava obrigado (CAVALIERI FILHO, 2008).

7. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA

A responsabilidade subjetiva não tem sido capaz de dar conta de todas as situações do cotidiano, principalmente após a Revolução Industrial, os avanços tecnológicos, a produção em massa e o crescimento demográfico das cidades, que culminou na proliferação dos acidentes de trabalho, no transporte e indústria, o que torna cada vez mais difícil provar a culpa.

Todavia, criando responsabilidade civil objetiva para prevenir injustiças e possibilitar que mais vítimas sejam indenizadas sem prova de culpa (NADER, 2010). Foi determinado que certas atividades, por serem potencialmente danosas, não exigem prova de culpa para estabelecer a compensação. Nesses casos, se uma determinada pessoa sofrer mais danos do que o resto da comunidade, ela deve ser indenizada.

Esta modalidade de reparação sem culpa, segundo o ensinamento de DINIZ (2007, p.50-51): "baseia-se num princípio de equidade que existe desde o direito romano: quem lucra com uma situação deve responsabilizar-se pelo risco ou pelas desvantagens resultantes (*ubi emolumentum, ibi onus; ubi commoda, ibi incommoda*)".

Com tal responsabilidade baseada no risco da atividade, o lesado não tem que provar culpa apenas o dano e o nexo de causalidade. Nessas situações, para Cavalieri Filho (2008, p.536), não há que se falar em responsabilidade civil, pois o representante não descumpra nenhuma obrigação legal, mas a lei age de acordo. Nesses casos, existem danos equitativos, pois não se considera justo permitir que o lesado seja sacrificado sem indenização para satisfazer um direito do agente.

Um exemplo de atividade lícita que gera a obrigação de indenizar o dano é o estado de aflição, porque quando o autor age nesta situação, a pessoa que sofre o dano não é quem dá direito à pessoa que causou o perigo a indenização, e o autor do ato é livre para

atribuir retroativamente ao perigo terceiro a importância que ele atribuiu ao lesado. Outro exemplo é o do art. 188, I e 930, parágrafo único do Código Civil.

A responsabilidade subjetiva encontra sua justificativa na culpa ou má-fé em ato ou omissão que lesa determinada pessoa. Assim, para que surja a obrigação de remediar a situação, é necessário que haja culpa do intermediário, ou seja, cabe ao lesado provar que o lesado agiu de forma descuidada, negligência ou imperícia (DINIZ, 2007).

Nota-se que da pena de Talião à teoria do risco dos dias atuais, a evolução da responsabilidade civil parece ter sido lenta e gradual, sempre com o objetivo de remediar as injustiças e permitir o pagamento de indenizações às vítimas. O conceito de dano, que antes se limitava ao aspecto material e agora se estende ao dano imaterial, inclusive na esfera familiar, também é de grande importância para o reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana, expresso por o respeito aos direitos inerentes à personalidade como guia de interesses até então inimagináveis.

8. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS GENITORES PELO ABANDONO AFETIVO

Os direitos da criança são constitucionalmente protegidos na forma de princípios: dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da Constituição Federal), direito à convivência familiar (art. 227, caput), responsabilidade dos pais, planejamento familiar (art. 226 § 7º B-VG) e prioridade absoluta para crianças e jovens.

Com pais separados, ou mesmo que nunca tenham morado juntos (pais ou mães solteiros), muitos pais, apesar das responsabilidades de poder familiar inalterada, negligenciam seus filhos, apenas se preocupam com o pagamento de pensão alimentícia e os abandonam de maneira afetiva.

Esta situação de negligência pode causar traumas e danos psicológicos nas crianças, que ao longo do tempo são difíceis de eliminar, uma vez que as leis civis e de família possuem mecanismos próprios para punir os pais que não cumprem a autoridade parental, como a pena de perda ou suspensão do poder familiar.

No entanto, essas vítimas de abandono afetivo têm demandado com base nos princípios da dignidade da pessoa humana, do afeto e da paternidade responsável para obterem indenização civil de seus pais pelos danos psicológicos causados pela privação de afeto e convivência em sua educação. E este capítulo se propõe a analisar detalhadamente se essa questão pode ser resolvida no campo da responsabilidade civil.

9. DEVERES DOS GENITORES NA FORMAÇÃO DOS FILHOS

Conforme já analisado, do ponto de vista Constitucional, a família possui uma conotação solidária e afetiva que tende a favorecer o desenvolvimento pessoal e o respeito

aos direitos fundamentais de seus membros. Precisa criar um espaço de realização da afetividade onde seus membros se sintam acolhidos e amados.

Na relação pai-filho, o afeto encontra refúgio na regulamentação constitucional do direito à dignidade do menor, da convivência familiar e da proteção integral da criança e do jovem. Não se trata, portanto, de uma mera recomendação ética, mas de uma diretriz destinada a orientar as relações entre pais e filhos e jovens, que, justamente pela natureza do homem em sua gênese, merecem essa atenção especial da personalidade.

De fato, a validade e a realização das emoções dependem das condições, e é essa convivência que permite que esses vínculos se desenvolvam e saiam do plano da subjetividade individual para estabelecer a intersubjetividade. Portanto, deve ser dada a importância da convivência, que está em consonância com os direitos de personalidade dos menores e confirmadas na constituição Regulamentação Federal e da Criança e do Adolescente e Assuntos Relacionados à Custódia de Menores (GROENINGA, 2010).

A convivência não representa apenas a intimidade, a presença física, mas também tem significado substancial ou qualificado na prestação de atenção, afeto, amor e, em suma, direção do afeto (ROSSOT, 2009).

O reconhecimento e importância do afeto no ordenamento jurídico também está no art. § 28 par. 2 Lei da Infância e Juventude, que estabelece a seguinte redação em caso de pedido de colocação em família substituta: Na apreciação do pedido, deve ter-se em conta o grau de parentesco e de parentesco ou afetividade, a fim de evitar ou reduzir a consequências da medida.

Estabelece-se que não basta fornecer bens materiais aos filhos, para alimentá-los, é preciso fornecer-lhes outros componentes igualmente ou mais importantes para a formação saudável de uma pessoa, como cuidado, afeto, atenção (NADER, 2010).

No exercício do papel de pai e mãe, devem agir de forma ética e responsável em benefício dos filhos, de modo a assegurar o respeito dos direitos fundamentais da dignidade, da convivência familiar e da proteção integral, de modo a promover a educação e o desenvolvimento não em perigo as crianças.

Nas palavras de Pereira (2011, p. 117): ser pai/mãe exige parentalidade, disciplina, convivência e respeito. A paternidade é uma função na qual se insere a construção do amor paterno-filial, com base no físico, desenvolvimento mental, moral, intelectual, cultural e social da pessoa que está sendo treinada.

Mesmo a dissolução da aliança dos pais não é adequada para alterar a relação entre pais e filhos e o cuidado parental na acepção do art. 1.632 do Código Civil, literalmente: a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável alteram a relação entre pais e filhos.

Esse dispositivo reafirma a preocupação do ordenamento jurídico constitucional e ordinário em proteger as relações entre pais e filhos, a fim de preservar e promover a convivência entre eles.

A fim de salvaguardar o direito à convivência familiar e, assim, proteger o pleno desenvolvimento físico, mental e psicológico das crianças, a legislação nacional prevê alguns mecanismos a serem utilizados no caso de pais que não estejam sob o mesmo teto. São eles a regulamentação dos direitos de contato e o estabelecimento da guarda em benefício da criança/adolescente.

10. ABANDONO AFETIVO

A responsabilidade parental nem sempre é bem compreendida, levando muitos pais a distanciarem-se conscientemente dos filhos após a separação do casal, negligenciando os deveres de apoio moral, psicológico e afetivo.

Mesmo em situações em que a relação parental nunca existiu (famílias monoparentais), muitos pais abandonam afetivamente os filhos sem exercer o direito de visita e os negligenciam na sua criação e estilo de vida.

Acerca do abandono moral dos genitores, Madaleno (2009, p. 310) disserta:

Dentre os inescusáveis deveres paternos figura o de assistência moral, psíquica e afetiva, e quando os pais ou apenas um deles deixa de exercitar o verdadeiro e mais sublime de todos os sentidos da paternidade, respeitante a interação do convívio e entrosamento entre pai e filho, principalmente quando os pais são separados ou nas hipóteses de famílias monoparentais, onde um dos ascendentes não assume a relação fática de genitor, preferindo deixar o filho no mais completo abandono, sem exercer o direito de visitas, certamente afeta a higidez psicológica do descendente rejeitado.

Várias situações podem caracterizar esse abandono: alguns pais ainda acreditam que sustentar seus filhos pagando pensão é suficiente para eliminá-los da responsabilidade sem se preocupar em visitá-los, supervisionar sua criação ou dar-lhes carinho. Outros, muitas vezes por nunca terem morado com a mãe/pai da criança, acreditam que se não moram com a criança, estão isentos das responsabilidades alimentares.

Em outros casos, à medida que os casamentos se desintegram e ocorrem as uniões estáveis, os pais não guardiões ignoram seus filhos à medida que os filhos emergem dessas relações e passam a exercer a paternidade sobre o novo parceiro ou os filhos do novo parceiro de maneira mais efetiva. Muito melhor do que estar com seus filhos biológicos, deixando-os abandonados.

Além disso, a omissão intencional dos pais não guardiões em visitar o filho, muitas vezes motivada por um sentimento de vingança contra o ex-cônjuge, pode representar uma hipótese de abandono afetivo, levando os filhos a se sentirem rejeitados e autodestrutivos. Apreciação (NADER, 2010).

Em todas essas situações percebe-se o traço distintivo do abandono afetivo, que consiste no descaso consciente com a criação, educação e convivência com os filhos, o que pode ser prejudicial ao desenvolvimento dessas crianças (Madaleno, 2009).

De fato, a psicologia mostra que o fracasso e o afastamento do pai podem desenvolver sintomas de rejeição, baixa autoestima, insucesso escolar e consequências ao longo da vida que afetam a vida profissional e social desses futuros adultos.

Sobre as consequências da conduta de pais negligentes, Gomide (2004, p.69), constata:

A negligência é considerada um dos principais fatores, senão o principal, a desencadear comportamentos antissociais nas crianças. E está muito associada à história de vida de usuários de álcool e outras drogas, e de adolescentes com o comportamento infrator.

Ainda de acordo com o autor acima, a criança negligenciada é insegura e por não ter recebido carinho, é frágil. Alguns se comportam de forma apática, outros de forma agressiva, mas nunca uniformemente (GOMIDE, 2004).

Conforme Nader (2010, p. 262):

A vida na idade adulta e a formação deste ser resultam de experiências vividas ao longo da vida, mormente no ambiente familiar, especialmente na infância e adolescência (,,,) Se a criança cresce em um ambiente sadio, benquista por seus pais, cercada de atenção, desenvolve naturalmente a autoestima, componente psicológico fundamental ao bom desempenho escolar, ao futuro sucesso profissional e ao bom relacionamento com as pessoas.

Segundo Diniz (2010), para muitas crianças, a falta de um dos pais significa perda de proteção, companheirismo, afeto e recursos econômicos, o que pode levar à delinquência juvenil, ao fracasso escolar e ao uso de drogas.

11. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO

Conforme previsto no art. 1.637 e 1.638 do Código Civil de 2002, se os pais não dirigirem a educação dos filhos menores de forma responsável, sem respeitar o disposto na Constituição, poderão ser punidos com a destituição ou suspensão do poder familiar:

Art. 1637: Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou ao Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha.

O questionamento que se faz é se estas medidas não acabariam por premiar o genitor infrator, prejudicando e deixando sem resposta a questão da reparação civil por abandono, pois como já se viu aos filhos em formação é de fundamental importância o convívio saudável com seus genitores, o afeto, o sentimento de acolhimento.

12. CONCLUSÃO

A Carta Magna de 1988 atualizou fundamentalmente o conceito jurídico de família brasileira, com as mudanças mais importantes incluindo igualdade entre cônjuges, filhos que podem ou não ser produzidos por casamento, reconhecimento de parcerias de longa duração e famílias monoparentais, e plena Proteção as crianças e os jovens.

A paternidade deve ser entendido com responsabilidade como um ato consciente de proteção dos direitos da criança garantidos constitucionalmente, pois o ser humano é formado a partir de vivências no ambiente familiar, principalmente na infância e adolescência.

Portanto, há a necessidade de restabelecer a parentalidade responsável para trazer uma mudança cultural em uma sociedade onde muitos pais só cuidam nos finais de semana e, quando o fazem, negligenciam seus próprios filhos, muitas vezes em benefício dos filhos dos pais, novos parceiros.

O planejamento familiar e a paternidade responsável devem ser encorajados e bem compreendidos para que crianças inocentes não sejam negligenciadas por aqueles que não querem ou não estão interessados em ser pais. Esta consciência do verdadeiro papel dos pais na educação das crianças e dos jovens irá certamente ajudar a proteger o bem-

estar e o desenvolvimento das crianças num ambiente saudável e equilibrado, tornando-as melhores adultos.

Por derradeiro, a reparação tem o poder de indenizar a criança ofendida, ao mesmo tempo em que pode atuar como sanção para o genitor causador do dano e alertar os demais pais sobre tal abuso para diminuir a ausência da afetividade, promovendo assim uma nova compreensão da família e da sociedade.

13. REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição. República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 14 set. 2022.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 7º volume: responsabilidade civil, 21 ed, São Paulo: Saraiva, 2007.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves. **Direito das Famílias**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Iures, 2010.

ROSSOT, Rafael Bucco. **O afeto nas Relações Familiares e a Faceta Substancial do Princípio da Convivência Familiar**. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões/Edições/09 – Abril/Maio 2009 – Porto Alegre: Magister.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **Multiparentalidade como efeito da socioafetividade nas famílias recompostas**. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões/Edições/10 – Jun/Jul 2009 – Porto Alegre: Magister.

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil. Vol. 7: **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BRAGA, Denise Menezes. **Responsabilidade civil por abandono afetivo**. universidade estadual do Ceará. fortaleza, 2011.. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/ESMP/monografias/dir.familia/responsabilidade.civil.por.abandono.afetivo.pdf>. Acesso em: 14 set. 2022.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PEREIRA, Tânia da Silva. O cuidado chega ao STJ. In: Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões/Edições/19 – Dez/Jan 2011 – Porto Alegre: Magister.

GOMIDE, Paula Inez. **Pais presentes pais ausentes: regras e limites**. Petrópolis: Vozes, 2004.

GROENINGA, Giselle Câmara. **A função do afeto nos contratos familiares**. In: Afeto e Estruturas Familiares, Coordenadores: Maria Berenice Dias, Eliene Ferreira Bastos e Naime Marcio Martins Moraes, Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

ENCARCERAMENTO FEMININO: DIREITOS E GARANTIAS NO BRASIL

ISABELA MARIA DA GRAÇA MENEZES MENDES:
graduanda do curso de Direito do Centro Universitário de
Santa Fé do Sul/SP, UNIFUNEC.

RODRIGO ANTONIO CORREA³⁰
(orientador)

RESUMO: A vivência em sociedade e seus conflitos fez surgir a necessidade de uma instituição punitiva para os homens, local que pudessem ficar retirados do meio social para cumprir suas penas, da mesma maneira foi preciso um lugar para as mulheres que desviaram da conduta legal, chamados presídios femininos. Este artigo busca comentar a respeito do encarceramento feminino, direitos e garantias legais, violações sofridas por mulheres na realidade das prisões femininas e problemas a serem enfrentado. Metodologia escolhida para compor na produção foi através de revisões bibliográficas, uso de dados estatísticos fornecido pelo Governo Federal e pesquisas na rede internet. O objetivo do artigo é trazer a discussão sobre encarceramento de mulheres, condições de vida dentro do presídio, ressaltando a legislação brasileira, o direito das mulheres presas, direitos fundamentais da pessoa humana sempre observando sua singularidade. Em vista disso, os presídios e seu funcionamento como é aplicado hoje no Brasil pode não ser a melhor a opção punitiva, porém esse é o meio que o ordenamento brasileiro estabeleceu, resta seguir todas as orientações dadas pela Constituição e normas internacionais de condutas, mas, tratando do encarceramento de mulheres há mais pontos relevantes a se considerar, como as necessidades que divergem do homem.

Palavras chaves: encarceramento; mulher; presas.

ABSTRACT: Living in society and its conflicts gave rise to the need for a punitive institution for men, a place where they could be withdrawn from the social environment to serve their sentences, in the same way it was necessary to have a place for women who deviated from legal conduct, called prisons. female. This article seeks to comment on female incarceration, legal rights and guarantees, violations suffered by women in the reality of women's prisons and problems to be faced. Methodology chosen to compose the production was through bibliographic reviews, use of statistical data provided by the Federal Government and research on the internet. The objective of the article is to bring the discussion about the incarceration of women, living conditions inside the prison, highlighting the Brazilian legislation, the right of women prisoners, fundamental rights of the human person, always observing their uniqueness. In view of this, prisons and their functioning as applied today in Brazil may not be the best punitive option, but this is the means that the Brazilian legal

³⁰ Docente do curso de Direito do Centro Universitário de Santa Fé do Sul/SP, UNIFUNEC

system has established, it remains to follow all guidelines given by the Constitution and international standards of conduct, but, when it comes to the incarceration of women, there are more relevant points to consider, such as the needs that differ from men.

Keyword: incarceration, women, inmates.

1 INTRODUÇÃO

O direito das mulheres é cada vez mais debatido na sociedade moderna, a preocupação em pensar nas vidas das mulheres em cada situação da vida humana ganha força a cada dia.

Nesse contexto, o direito brasileiro desde a Constituição de 1988 reconheceu muitos direitos femininos, deixando-o expresso, porém difícil de ser visto na prática, e para isso será necessária mais discussão da vida da mulher em sociedade.

Uma dessas situações, de relevância, é o encarceramento feminino, que está sendo repensado, mas sabe-se que a cada direito conquistado é carregado de anos de reivindicações e as vezes até de histórias marcadas por violações de dignidade humana.

Além do mais, o número de mulheres presas ao longo dos anos está aumentando, no cárcere feminino reflete as consequências sociais, a ausência de acesso à educação, pobreza, negligências do Estado, e mesmo que alguns aponte como solução o aumento de penas ou penas mais severas, pode se ver que nem mesmo as penas previstas, afim de ressocialização e reeducação, não estão sendo adequadamente aplicadas, tornou-se cíclico.

Assim, o instrumento de punir serve ao social, e não somente a aquele indivíduo que cometeu uma infração, é uma proteção do coletivo, o modo de punir se torna importante, ninguém ficará livre mas receberá sua pena na medida do seu feito prejudicial.

Analisar o aumento de mulheres em presídios, assim como as vivências dentro e fora do mundo prisional que interferem na sua condenação, é uma forma melhor de superar tantos números de mulheres no crime e os impactos sociais sofridos, assim como garantir o devido processo legal, seja esse o direito de defesa, direito de produzir provas, e se chegado ao caso o de receber sua condenação devida, resultaria em prisões mais adequada e justa.

Existem muitos problemas a ser levantados em relação o encarceramento feminino, desde a prática do delito, a ação penal, até a condenação. A maioria das presas aguardam sua sentença condenatória transitada em julgado, enquanto isso ficam reclusas por consequências da demora do judiciário, ou seja, essas mulheres presas se quer receberam

seu tempo de prisão, mas já aguardam cumprindo pena, e assim, vão sofrendo as consequências que talvez possam nem vir a merecer, ou que tenham cometido infrações mais leves mas que ainda não foram devidamente apurada. A demora oferece riscos, o contato com outras pessoas do crime pode ser uma saída para quem, por hora busca uma solução rápida para seus problemas, além de que a simples passagem pelo presídio pode mudar a totalmente a vida cotidiana que a pessoa costumava a ter, ocasionando outros problemas.

É perceptível na sociedade que existe a opinião de que aqueles que descumpriram a lei deveriam sofrer mais, como um sentimento de vingança, muitos se valem disso para não debater ideias de penas alternativas para mulheres ou a condição de vida dentro das penitenciárias, mesmo diante de princípios que a pena serve para reeducação, a sociedade vai ignorando violações de dignidade humana e tornando mais perigoso a vida em coletividade, alimentando o ciclo de crimes e prisões.

Nos presídios femininos a condição de ser mulher parece mais penosa, o sistema penitenciário foi remanejado a elas, foi feito para homens, onde o Estado tenta encaixar corpos femininos na estrutura que não pensou na mulher como infratora ou não se preocupou que isso interferia na personalidade e conduta depois da pena, e tão pouco durante a passagem pela penitenciária.

Mesmo com a criação de leis, que determinam pena e o modo de execução, não evitou que diminuíssem os números da criminalidade, e escancarou o despreparo do Poder Público em ser assertivo com a instituição para cumprir a condenação, o caráter educativo e de ressocialização.

2 SURGIMENTO DAS PRIMEIRAS PENITENCIÁRIAS FEMININAS NO BRASIL

As mulheres encarceradas somam um número menor, desde o início, se comparado com os homens presos, a maioria praticando delitos menos graves e mais simples que o sexo masculino.

Assim, antes as mesmas instituições que ficavam os homens, também recebiam mulheres em privação de liberdade, ou seja, historicamente eram locais comuns entre pessoas de ambos os sexos, as vezes eram apenas separados por celas, é o que diz Bruna Soares Angotti Batista de Andrade em seu livro: (ANDRADE, 2011, p.17) " desde o período colonial, no Brasil, as mulheres foram encarceradas em estabelecimentos onde prevaleciam prisioneiros do sexo masculino, sendo elas raramente destinadas a espaço reservados"

Essa junção acarretou em muitos abusos sexuais disseminações de doenças, por isso, surgiu a separação por gênero nas penitenciárias brasileiras, mas também fortemente influenciado por debates internacionais, sobre a necessidades de as mulheres serem

reclusas em ambientes específicos separadamente e supervisionadas por pessoas do sexo feminino, na forma de garantir segurança e menos violações de direitos humanos.

O principal fundamento das primeiras penitenciárias femininas era para obter um local justo para que a mulher cumprisse sua pena, e assim foram construídos os primeiros presídios destinados somente a mulheres no Brasil, como a primeira penitenciária feminina no Brasil, fundada em Porto Alegre, Penitenciária Madre Pelletier; a Penitenciária de Mulheres de Bangu no Rio de Janeiro, e Presídio de Mulheres de São Paulo, ambos no ano de 1942.

O principal foco administrativo das primeiras penitenciárias femininas era corrigir a mulher que se desviou da conduta domiciliar. Tinham como atividades a domesticação da mulher, não somente as mulheres que cometeram crimes previstos em leis eram mandadas para esse estabelecimento, mas também aquela que por senso comum eram ditas como possuidoras de “opiniões demais”, aquelas que se recusavam a casar. O mesmo local servia também como de acolhimentos para mulheres em situação de rua e que se encontravam na prostituição.

Entender esse caráter passado da punição da mulher é essencial para compreender como a mulher é vista em primeiro momento sendo cobrada a ter um traço domiciliar e de doçura com os valores da família e que mudou, após a Constituição de 1988, que dá a essas mulheres mais liberdade para ser sujeitos com capacidade.

Assim, a criação de outras instituições prisionais femininas se deu por meio dos debates internacionais, âmbito em que o Brasil aparecia atrasado em relação ao mundo. Já que as prisões femininas seguiam o caráter de mudar a personalidade dessas mulheres para serem bem aceitas em sociedade. Tentavam proteger a moral e os costumes, e não a segurança pública de fato, havia total dificuldade em aceitar a mulher como indivíduo capaz, com deveres e obrigações, que tivesse autonomia e consciência do delito que estava cometendo. Assimilar essas características punitivas do passado é importante para interpretar a mulher da atualidade, e também como o sistema punitivo é capaz de ver a mulher.

Subjugadas, as mulheres foram acompanhando o novo ritmo de sociedade agora com mais liberdades, apesar de ainda boa parte da sociedade cobrar da mulher esses valores arcaicos, sendo assim, é condenável aos olhos da maioria o homem que comete um crime, mas é ainda mais condenável quando esse crime for cometido por uma mulher.

Neste contexto o número das mulheres no crime foi aumentando, praticando crimes e papéis tão comuns quanto se via nos homens, junto a isso a sociedade foi avançando e as penitenciárias femininas que deveriam então agir conforme disposto em

Lei, não foram acompanhando as demandas, nem mesmo as mudanças previstas na norma conseguiram atingir. E assim, apenas copiou o modelo das penitenciárias masculinas e aplicou para mulheres, já que agora os delitos pareciam ser os mesmos, mas o corpo e o local que ocupa a mulher em sociedade não é o mesmo que o homem ocupa gerando assim os problemas do encarceramento feminino.

3 DIREITOS E GARANTIAS DAS MULHERES PRESAS E A REALIDADE VIVIDA NO BRASIL.

No ordenamento brasileiro expresso, é possível encontrar uma boa gama de matéria para regular ou até mesmo evitar as prisões femininas, assim como o devido local para se cumprir a pena, que leva em consideração as particularidades do corpo feminino, justificada pela equidade, considerando as questões de dignidade humana para as mulheres e garantindo uma pena justa pelo Estado.

Já no Direito Internacional encontra-se muitas das regras básicas e de garantia de direitos humanos da pessoa presa, por conta dos debates internacionais sobre as condições da mulher presa, foi um dos primeiros regulamentos adicionados na Constituição de 1988 sobre o tema incluindo as mulheres, e são aplicadas também nos casos das mulheres privadas de liberdade onde o Estado se compromete a segui-las.

Dessa mesma forma, há as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiro das Nações Unidas, está é a mais ampla de todas as normas incluída ao ordenamento jurídico em 1957, pode-se mencionar também Os Princípios para o Tratamento de Presos acolhido legalmente pela Assembleia Geral, 1990, O Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, Convenção Contra a Tortura e Penas Cruéis, todos esses diplomas legais disponibilizam interpretações da norma, vetam a tortura, procedimentos cruéis, degradador e desumanos, que ajudam a normatizar o tratamento de pessoas presas pelo sistema judicial brasileiro.

Outra norma internacional são as Regras Mínimas Para Mulheres Presas, aprovado pela assembleia geral da ONU, conhecidas como Regras de Bangkok, a primeira a reconhecer as necessidades distintas da mulher, pois, neste documento possui diretrizes de tratamento básico, alimentação, higiene vestuário, educação, registro, alocação, acesso a saúde, direito atendimento médico especial, prevenção de doenças sexualmente transmissíveis, funcionários adequados e capacitados, individualidade da pena, pondo a frente o contato com o exterior da prisão, alternativas de medidas não privativas de liberdade, ou seja, flexibilização da pena, e medidas especiais com gestantes e lactantes, cuidados com os filhos menores, indígenas, estrangeiras e outras minorias, assim expondo regulamentação para especificidades das penitenciárias femininas.

Acompanhando as normas internacionais, e também trazendo tratamento democrático e igualitário a todos, a Constituição Federal de 1988, cumpre importante papel nas disposições a respeito de um tratamento igual a mulher, ainda que não muito incorporado pela sociedade, mas é o começo de um tratamento diferente do passado, onde não se reconhecia a capacidade da mulher como indivíduo na sociedade.

Assim dispõe a Constituição Federal de 1988 no art. 5º, incisos XLIX, a respeito da pessoa presa:

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: XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; (BRASIL, 1988).

Sendo assim, não somente os tratados possuem diretrizes de tratamentos mínimos para as mulheres presas como também a Constituição buscou se adequar as normas além das fronteiras, colocando em vigor suas regras a serem cumpridas afim de garantir uma pena justa preservando a integridade física da pessoa humana.

Por sua vez, a Lei de Execução Penal da Constituição de 1988, cumpre importante função para nortear a discussão do encarceramento feminino, desde a garantia dos direitos da pessoa presa até as especificidades do presídio feminino, expressamente ditando sobre a separação de gêneros nas instituições de cárcere, por exemplo. Afim de mais exemplificações, segundo o inciso III, do artigo 14º a referida Lei 7.210/84 dispõe: (Brasil, 1984) “§ 3º Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido”.

Já no seu primeiro artigo, as intenções da lei, bem como o caráter punitivo do Estado fica claro que preza pela dignidade da pessoa humana, seguindo nesse contexto de disposições legais, a Lei de Execução Penal, L7.210/84 enuncia:

Art. 1º 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, Constituição Lei Complementar. 1984. Diário Oficial da União)

A partir do artigo 10, da mencionada Lei 7.210 de 1984 expõe um rol extenso das assistências que devem ser prestadas ao preso, pelo Estado, obviamente a mulher encarcerada também, nelas encontra-se assistência material, prover alimentação,

vestimentas, higiene adequada; assistência à saúde, podendo ser de caráter preventivo ou curativo; assistência jurídica, educacional propondo que aqueles que não concluíram a escolaridade básica possa alcançar o ensino de dentro da instituição prisional, a alguns desde que o regime de pena e se garantido a segurança de todos podem ser liberados a sala de aula comum de cursos técnicos ou superior, e também assistência religiosa e social.

Segundo a Lei 7.210/84:

Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso. Art. 11. A assistência será: I - material; II - à saúde; III - jurídica; IV - educacional; V - social; VI - religiosa. 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. Art. 14. A assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico. § 1º (Vetado). § 2º Quando o estabelecimento penal não estiver aparelhado para prover a assistência médica necessária, esta será prestada em outro local, mediante autorização da direção do estabelecimento. § 3º Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido. (BRASIL, 1984).

Diante de todos os direitos, normas expressas, nacionais e internacionais que se encontra no direito brasileiro, a realidade de viver no sistema prisional no Brasil está bem distante do proposto na Carta Magna. As mulheres presas muitas vezes só têm o que vestir e no que dormir, como colchões e cobertas, e acesso a medicamentos, porque algum familiar ou amigos fornecem durante as visitas.

O Governo não é capaz de fornecer a todas esses materiais, a exemplo disto, durante a pandemia de covid-19 em 2020, as mulheres encarceradas passavam bilhetes aos familiares jogados pelas janelas, para relatar suas necessidades de medicamentos ou materiais de uso pessoal, já que as visitas precisaram ser suspensas.

E ainda fica de mãos atadas em questões de políticas públicas para solucionar essas e outras questões, pois muitos daqueles políticos eleitos para cuidar da demanda pública preferem negar esses direitos, mas de forma silenciosa, deixando para um outro momento, sem ter que confrontar seus eleitores que podem não concordar em captar fundos para

sanar problemas carcerários, na justificativa que existem outros problemas que poderiam merecer mais atenção.

Desse modo, zelar pelo direito a receber visita se torna importante e deve ser defendido como uma via de resolução, já que estando o Estado ausente nesses requisitos básicos de vivência, é um terceiro que supre a mulher presa, além de a visita ser um direito e fazer parte da ressocialização da mulher, é mínimo a garantir quando não consegue cumprir com a norma que permite a mulher ficar em presídio mais próximo possível de familiares, para fazer o contato com o mundo fora das celas.

Outra realidade do encarceramento feminino é de que o Estado não consegue efetuar a determinação de garantir acesso a saúde, como exames médicos antes da entrada da mulher na penitenciária, para rastrear de início algum problema futuro, assim, a assistência à saúde é muito precária, ineficazes e as vezes inexistentes, a maioria das encarceradas mesmo precisando de um profissional clínico tem seu direito negligenciado pela instituição e Estado, que não consegue fornecer atendimento médico.

No relatório Mulheres em Prisão, publicado pelo Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, em 2017, há relatos que demonstram o descaso com a saúde das encarceradas, mulheres grávidas que passam toda a gestação sem fazer corretamente o pré-natal, ou que são negados acesso ao médico, bebês que nasceram de 43 semanas, com falta de oxigênio, porque nenhum médico foi chamado ou essa mulher levada ao atendimento.

O direito a educação como prevê a L7.210, também pode não ser proporcionado por falta de local adequado para dar as aulas e profissionais capacitados para ensinar o público privado de liberdade. Por outro lado, é fato que a maioria das mulheres do crime não tem muita escolaridade, então enquanto reclusas poderiam desenvolver conhecimentos em outras áreas, já que não fez antes, terminar o ensino médio e poder entrar em um curso superior que aumentaria as chances no mercado de trabalho, tiraria da miséria, poderá flexibilizar a pena, e a mulher como indivíduo social favoreceria muito mais assim do que em uma cela noite e dia, apenas presa.

4 SINGULARIDADES NO PRESÍDIO FEMININO.

Em um presídio feminino há fatos característicos recorrente que precisam de devido preparo, são esses, situações de mulheres grávidas, parturientes, em trabalho de parto, amamentando, e até aquelas que tem um filho. Para essas características foi preciso que a legislação se moldasse a realidade, analisando o crime cometido e contexto social dessa mulher, obtendo uma dosimetria da pena justa e adequada, e se possível uma pena alternativa.

Mas, sendo indispensável o cumprimento de pena em regime fechado, então deve haver presídios preparado para receber uma mulher em alguma dessas condições específicas pois elas devem receber o devido tratamento como as normas determinam. De acordo com a Lei de Execução Penal, art.14, parágrafo 3º (Constituição, 1988) “Será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido”.

Portanto, determina que toda mulher grávida deve ter acompanhamento médico para fazer o pré-natal, diante de complicações da gravidez que pode surgir, no nascimento e no pós nascimento, dispõe também em seu art. 5º da Constituição Federal: (BRASIL, 1988) “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”,

Dessa forma, é direito da mulher que está amamentando permanecer com seu bebê, e as penitenciárias femininas devem ter berçário fazendo que esse direito se realize, ou que essa mulher possa ficar em liberdade provisória visto que sua vida e a vida de seu filho encontra prejudicada nessas condições.

Apesar da disposição legal garantindo uma cela para mulher, um berçário e salas de amamentação, falta interesse em assegurar a dignidade da mulher presa como também, direcionamento de recursos políticos administrativos para cumprir a regra. Dito isso, é fácil encontrar bebê em celas com a mãe, mulheres sofrendo porque teve seu filho retirado, ou em trabalho de parto ainda na cela sem assistência médica e outros danos físico e a saúde mental que pode ocasionar.

De acordo com Ifopen 2019, dados de 2017, apenas 14,2 das unidades prisionais femininas possuem locais adequado para gestantes e lactantes, somente 3,2 tem berçários e menos de 1% contém creches, o que demonstra o abismo entre lei e a realidade do sistema prisional brasileiro. Logo a mulher pode passa por três tipo de punição: a primeira pelo seu ato transgressor ilegal; a segunda pela falta de matérias básicos de vida dentro da prisão; e a terceira, por ter um corpo feminino e suas especificidades que não são consideradas.

A população prisional feminina demanda outras atenções de saúde, por conta das condições de vida, muitas das presidiárias passaram por prostituição, violência doméstica, violência sexual, abuso de drogas, que podem ter causado danos à saúde física e psicológica. Nesse sentido é necessário que manutenção das ações políticas considerem as condições sociais e culturais das mulheres em prisão, negar acesso a saúde é violar todos os direitos garantidos, além de que a preservação desses são necessários para ressocialização da mulher.

Ainda nesse cenário, há mais uma dura realidade no encarceramento feminino que é a pobreza menstrual, consiste em não ter recursos de higiene, como absorventes, coletor menstrual, obrigando aquelas que não recebem esse material de algum visitante ou que não podem comprar, se contentam com a improvisação, por exemplo, chegam a utilizar miolo de pão para conter seu sangramento natural conseqüentemente pode gerar infecções por fungos e bactérias, além de ser uma situação humilhante.

Somente no ano de 2021 é que fora criado um projeto de Lei contra a pobreza menstrual, apontando profundo desinteresse em todos esses anos de sanar o problema, o projeto prevê a distribuição gratuita de absorvente para meninas e mulheres de baixa renda, principalmente meninas em ambiente escolar, mulheres em situação de rua, e também mulheres encarceradas. O projeto chegou a ser votado e aprovado pela câmara dos deputados, mas foi vetado pelo Presidente da República, sendo assim a mulher presa tem mais uma vez o direito a higiene e a saúde violados.

No ano de 2022 o veto do Presidente foi derrubado após mobilização de parlamentares e membros da sociedade civil, e a lei 14.214/2021 foi promulgada, segue abaixo dispositivos da referida lei.

“Art. 2º. É instituído o Programa de Proteção e Promoção da Saúde Menstrual, que constitui estratégia para promoção da saúde e atenção à higiene e possui os seguintes objetivos: I - combater a precariedade menstrual, identificada como a falta de acesso a produtos de higiene e a outros itens necessários ao período da menstruação feminina, ou a falta de recursos que possibilitem a sua aquisição; II - oferecer garantia de cuidados básicos de saúde e desenvolver meios para a inclusão das mulheres em ações e programas de proteção à saúde menstrual. Art. 3º São beneficiárias do Programa instituído por esta Lei: I - estudantes de baixa renda matriculadas em escolas da rede pública de ensino; II - mulheres em situação de rua ou em situação de vulnerabilidade social extrema; III - mulheres apreendidas e presidiárias, recolhidas em unidades do sistema penal; e IV - mulheres internadas em unidades para cumprimento de medida socioeducativa.”

A lei esclarece que os recursos necessários para atender as beneficiárias do inciso III do art. 3º, serão do Fundo Penitenciário Nacional e por fim que as despesas da execução das ações previstas nessa lei será da dotação orçamentárias disponibilizadas pela União ao Sistema Único de Saúde.

Por se tratar de uma lei nova ainda não pode se elencar as melhorias após a implementação das ações prevendo a distribuição gratuita de absorventes ou coletores.

5 PERFIS DAS MULHERES ENCARCERADAS.

O encarceramento feminino pode ser visto como um resultado das muitas falhas do Estado, a não condição adequada de vida para os mais necessitados, a não valorização da educação para uma vida social melhor, gera um ciclo, entre o crime e a detenção, sem que o haja uma quebra nesse sistema.

Para melhor entendimento do encarceramento feminino é necessário entender o perfil das mulheres presas assim como os crimes ou delitos que praticaram, se atentar aos fatores sociais, culturais, considerar a grande desigualdade de gênero presente no Brasil, o sistema patriarcal, preconceito racial e o pouco acesso à educação.

Há poucos dados disponíveis para essa análise, mas foi possível encontrar alguns divulgados pelo Governo brasileiro no ano 2019.

Segundo o Infopen Mulheres, dados de 2017, 25,22% das mulheres privadas de liberdade são jovens entre 18 a 24 anos, as de 25 a 29 anos somam 22,11%. O que pode indicar uma carência do Estado em fornecer educação adequada entre o ensino médio e o curso superior e desestímulo da economia, não sendo capaz de empregar ou profissionalizar as mulheres dessa idade juntos com a pobreza que assola o país.

Mais indicativo é o delineamento racial, 63,55% se declaram pretas ou pardas, ou seja, somente 35,59% são brancas, conclui que a maioria das mulheres presas são negras, a questão racial é fator a ser analisado e cuidado no Brasil. Outro marco importante é baixa escolaridade 62,4% não possui ensino médio completo. (INFOPEN. 2019. Ministério da Justiça).

Entre os crimes mais frequentes cometido por mulheres está o tráfico de drogas, 64%, mas não com participações muito relevantes na organização principal do crime, muitas vezes são pegas transportando pequenas quantidades consigo, em uma bolsa de mão, travesseiros, sacolas e as vezes até dentro do seu próprio corpo.

Analisando o modo como é cometido esses atos revelam que algumas mulheres enxergam no tráfico uma atividade para se livrar da pobreza, outras vê como uma ação de complementar a renda e ao mesmo tempo estar presente em casa, a maioria dessas mulheres não possui empregos ou até possui trabalho, mas, com baixa remuneração e por outro lado encontra-se muitas responsabilidades como uma casa para gerir custos e sobrecarga de atividades domésticas e filhos para criar sozinhas, nesse ponto pode-se considerar a pesquisa do Instituto de Econômica Aplicada que diz que o percentual de

casas no Brasil chefiados por mulheres é de 45%, em 2018. (IPEA. 2018. Ministério da Economia).

Em outros casos, entram no tráfico para ajudar companheiros, maridos, namorados que já estavam no crime, auxiliando no transporte, armazenamento ou empacotando, ficando em pontos mais vulneráveis e cumprindo assim participação por menor influência no tráfico, ou procuradas por criminoso na tentativa de que uma mulher passaria transportando despercebida pelos meios de combate ao tráfico de drogas no país.

Muito distante do crime de tráfico está o roubo, 15% das mulheres presas praticaram roubo, ocupando o segundo lugar dos delitos praticados por elas, já para os homens esse é o crime que mais os levam a prisão. Depois em número menor encontra-se o furto e o homicídio, novamente por vezes revelando um ambiente de dificuldades da mulher, marcados por violências. A baixa escolaridade, enfrentando a situação de desemprego e com filhos para cuidar se torna difícil entrar no mercado de trabalho pode assim acabar furtando para se manter. Já no homicídio há casos que a mulher acaba matando seu agressor, mais da metade das mulheres brasileiras já passou por violência doméstica ou ainda passa, em seu próprio lar, vivendo em um contexto constante de agressividade e violência.

6 CONCLUSÃO

A pobreza da maioria da população contribui para o encarceramento feminino, e seu ritmo cíclico. Depois de ingressar no ambiente prisional essa pobreza da qual a mulher já estava inserida pode aprofundar ainda mais, presas ficam sem emprego ou perdem por um preconceito estrutural, e mesmo depois de cumprir sua pena e sair em liberdade encontra desafios para ingressar no mercado trabalho.

Não pode deixar de considerar a autonomia das mulheres, na prática criminal, como se elas não soubessem o que fazem, ou fazem por não ter outras escolhas, para cada caso há uma situação. Mas é muito importante analisar o meio vivido, se tinha uma estrutura familiar, se teve acesso à educação, se podia ter recursos de viver de outro modo que não fosse o crime, são muitos casos, cada um com suas particularidades assim como cada pessoa é única e a pena é individualizada, precisa ser avaliado.

Noção de compreender para reparar, a instituição punitiva reconhecida pelo legislativo brasileiro tem caráter humano e social se adequando a isso fica claro que deve considerar o que leva as mulheres cometer crimes, fatores existentes, para assim obter melhor recuperação enquanto cumpre sua sanção em presídio, não basta só prender.

Não significa deixar de punir, até pois é necessário como um todo que a punição aconteça, não só para o indivíduo que tem que sentir que a ação praticada não é a correta e gera consequências e também para outras pessoas da coletividade não sentir inseguranças. Porém tal punição deve abranger toda a situação e considerar os elementos relevantes, para se chegar em uma pena capaz de reformar a mulher.

Uma boa condição de vida fora das cadeias juntamente com proporcionar uma reeducação no presídio, seja através de estudos para terminar o ensino básico, cursos técnicos profissionalizantes ou outros que de um pouco de dignidade a mulher presa, os comportamentos agressivos transgressores somados a pobreza continuam a repetir, e a mulher a reincidir em seus crimes e delitos, pegando outras penas mais graves por mais tempo, voltando para as mãos e responsabilidade do Estado, ou seja, em cárcere novamente.

Dessa maneira, pode-se apontar algumas propostas de resolução de problemas do encarceramento feminino abordado, de antemão na dosimetria da pena, considerando a condição de vida da mulher, a existência de filhos menores de idade, de frente a gravidade do seu ato criminoso, alcançando proporcionalidade entre delito e punição. E quando cabível utilizar a penas alternativas de liberdade, explorando esses outros meios de penas poderiam assim diminuir o número de mulheres encarceradas.

Também é necessário promover uma justiça menos lenta e eficaz que contribuiria para menos mulheres em prisões temporárias, seguir com empenho a norma de fornecer assistência jurídica a mulher diminuiria assim a lotação nos presídios, como nas prisões preventivas, também poderiam ser resolvidas mais rápidas, e garantir a justiça.

Além do mais, é de suma importância o Governo cumprir com seu papel dentro dos presídios femininos, seguindo todo regulamento jurisdicional proporcionado pelo Direito brasileiro, assumir o compromisso e responsabilidade de seu dever de promover local adequado, se atentando a todas as particularidades geradas pelo gênero, uma condição de pena melhor é uma ressocialização garantida, seja se associando a uma fábrica onde as detentas possam trabalhar e aprender uma profissão e diminuir os dias de pena, ou a criação de um sistema comunitário que elas possam cooperar com o município, conquistando uma melhor inserção no ambiente fora da prisão e diminuindo os impactos de ter a liberdade privada. E até promover acesso à educação dentro dos presídios, ou se for caso de a pena permitir, que possa sair para estudar e se profissionalizar.

Exercer políticas administrativas para proporcionar estrutura material e profissional podem ser taxadas de alto custo para o orçamento, porém é mais caro manter toda uma população carcerária que poderia estar tendo uma vida e contribuindo de diversas maneiras para o Estado, além de que se não tiver uma reeducação adequada durante sua pena encontrarão novos caminhos para reincidir no crime. Desde o órgão julgador e

condenatório até o local onde será cumprida sua sanção é preciso se adequar de maneira humana e social na análise das necessidades diante do ato ilícito, podendo alternar as penas privativas de liberdade por outra se for seguro para a mulher e sociedade como um todo.

Desse modo, alcançar um meio prisional um pouco melhor do que o existente apenas seguindo as regras já implementadas, capitando recursos necessários para a reeducação da mulher enquanto presa.

REFERÊNCIAS:

DANTAS, Leiliane. Cárcere feminino: igualdade sem dignidade Disponível em:

<<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/carcere-feminino-igualdade-sem-dignidade>
> Acesso em 01 de julho de 2021.

FURLANI, Fernanda. O aumento do encarceramento feminino no Brasil: pobreza, seletividade e desigualdade de gênero. Disponível em

<<http://observatoriodesigualdades.fjp.mg.gov.br/?p=975#:~:text=Segundo%20dados%20do%20Infopen%20Mulheres,popula%C3%A7%C3%A3o%20carcer%C3%A1ria%20feminina%20%C3%A9%20jovem.>>. Acesso em: 03 de agosto de 2021.

Lei de Execução Penal. Planalto, 2011. Disponível em

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm> acesso em: 02 de agosto de 2021.

GUIMARÃES, Julia. Regras de Bangkok e encarceramento feminino. Disponível em: <

canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/452905996/regras-de-bangkok-e-encarceramento-feminino> acesso em: 10 de novembro de 2021.

BEZERRA, Lucila. Projeto de Lei sobre pobreza menstrual deve voltar a ser debatido no Congresso.

Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2021/10/26/projeto-de-lei-sobre-pobreza-menstrual-deve-voltar-a-ser-debatido-no-congresso>> Acesso em 10 de novembro de 2021.

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

ESCRavidÃO CONTEMPORÂNEA NO BRASIL: CONDENAÇÕES CRIMINAIS E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO NO COMBATE

NICOLE BARROS DOS SANTOS:

Bacharelanda do Curso de Direito da Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS)/Palmas – TO, Brasil.

YURI ANDERSON PEREIRA JURUBEBA³¹

(coautor)

Resumo: A escravidão contemporânea não irá deparar com trabalhadores acorrentados, mas com condições desumanas onde os trabalhadores são submetidos as coações morais, psicológicas e/ou físicas, com jornadas extenuantes, condições degradantes de trabalho, independente da forma vil, é repugnante tal mazela. Por isso, este trabalho teve como objetivo demonstrar como se caracteriza um trabalho em condições análogas ao trabalho escravo, bem como, analisar os índices dos casos no Brasil, tanto no meio urbano como no rural. Esse estudo foi realizado no período de janeiro de 2017 à dezembro de 2020, utilizando os dados do portal SmartLab. Além disso abordou a intervenção do Ministério Público do Trabalho para coibir tal ilicitude, e discorrer sobre as condenações penais, de acordo com o Código Penal brasileiro. A metodologia utilizada foi qualitativa, apoiando-se numa pesquisa quantitativa, realizada a partir de uma revisão de fontes primárias, como bibliografias, artigos científicos, de parte da literatura jurídica disponível sobre o tema. O trabalho escravo contemporâneo mesmo com as medidas já tomadas pelo poder público, ainda, é persistente, e merece ser combatido pelo desiderato do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Escravidão; Ministério Público do Trabalho; Condenações Penais.

Abstract: Contemporary slavery will not face chained workers, but with inhumane conditions where workers are subjected to moral, psychological, and/or physical coercion, with strenuous working hours, and degrading working conditions, regardless of the vile form, such an illness is repugnant. Therefore, this study aimed to demonstrate how work is

31 Doutorando em Direito pela PUC-Rio. Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Professor da Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS). Assessor Jurídico de Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. E-mail: yuri.jurubeba@yahoo.com.br.

characterized in conditions similar to slave labor, as well as to analyze the rates of cases in Brazil, both in urban and rural areas. This study was carried out from January 2017 to December 2020, using data from the SmartLab portal. In addition, it addressed the intervention of the Public Ministry of Labor to curb such illegality and discuss criminal convictions, according to the Brazilian Penal Code. The methodology used was qualitative, supported by quantitative research, carried out from a review of primary sources, such as bibliographies, scientific articles, and part of the legal literature available on the subject. Contemporary slave labor, even with the measures already taken by the public power, is still persistent and deserves to be fought by the desideratum of the Democratic State of Law.

Key-words: Slavery; Public Ministry of Labor; Criminal Convictions.

1 Introdução

A escravidão contemporânea, que assola o Brasil, reduz o trabalhador a um mero objeto na seara produtiva, afastando a própria condição de ser humano, com grave afronta à sua dignidade, que pode ocorrer mediante a utilização da coação moral, psicológica e física, seja com o cerceamento de sua liberdade de locomoção, seja em virtude de servidão por dívidas, condições degradantes de trabalho ou jornadas exaustivas. Representa, portanto, violação direta e brutal ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, explícito no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), eis que se negam ao sujeito trabalhador os direitos mínimos que o distinguem dos demais seres vivos.

Apesar de lamentável, o trabalho realizado em condições análogas à de escravo, mesmo com as medidas já tomadas pelo poder público, ainda, persiste e retrata cenários de séculos passados. Celeuma perversa, em que pessoas se acham no direito de explorar o outro para poderem enriquecer, tratando suas vítimas como materiais, meramente buscando a produtividade, sem pensar na mínima qualidade de vida dos trabalhadores explorados. Aproveitam-se da vulnerabilidade social e econômica dos obreiros, os quais, por sua vez, impelidos pela necessidade de sobrevivência, sujeitam-se a deploráveis condições de trabalho.

A propósito, a atuação do Ministério Público do Trabalho (MPT), prevista na Constituição, é voltada para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme reza o artigo 127 da Carta Magna de 1988, impondo sua atuação sempre que estes direitos e interesses sofrerem lesão ou ameaça de lesão. Assim, quando o MPT recebe alguma denúncia a respeito de

trabalho análogo ao de escravo, que ocasiona a infringência de diversas normas de viés trabalhista, inclusive constitucionais, justifica-se sua imediata intervenção.

O MPT possui várias frentes para desenvolver sua missão e poder ajudar a sociedade. Atua judicialmente por meio da propositura de Ação Civil Pública (ACP) e extrajudicialmente, na esfera administrativa, através do Termo de Ajuste de Conduta (TAC).

O trabalho em condições análogas à de escravo é tipificado como crime no Código Penal Brasileiro, desde sua primeira edição, em 1940, sendo regulamentado no seu artigo 149, que foi todo alterado pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003. Contudo, mesmo sendo tipificada como crime tal conduta, percebe-se no judiciário brasileiro uma precarização das condenações penais. Além da crítica doutrinária pela pena culminada em um delito tão algoz, que fere integralmente a dignidade da pessoa humana, e ilidirem a atuação da esfera penal.

Certamente, o estudo deste artigo não irá esgotar todas as temáticas que envolvem a escravidão contemporânea, mas abordará perspectivas fundamentais para mostrar a persistência desta mazela na sociedade. Primeiramente, analisando os índices dos trabalhadores resgatados em condições análogos as de escravos contemporaneamente no Brasil, envolvendo os anos de 2017 até 2020, as legislações sobre a temática, a intervenção do Ministério Público do Trabalho para coibir tal prática, e a 'tímida' atuação da esfera penal.

1.1 Como se caracteriza o trabalho em condições análogas à de escravo e os índices de casos de submissão de trabalhadores a condições análogas à de escravo no Brasil (2017/2020).

Falar de trabalho análogo ao de escravo não diz respeito a pessoas acorrentadas, mas a trabalhadores que nem sequer têm água potável para beber, comida de qualidade, um alojamento com as mínimas condições de sobrevivência, na maioria das vezes, nem mesmo um colchão para dormir, alojando-se em "barracas" improvisadas. Os obreiros vitimados, no mais das vezes, saem de suas cidades do interior em busca de uma melhor qualidade de vida, deparando-se com pessoas que prometem um ótimo emprego, normalmente em outros Estados, e os aliciam por meio de falsas promessas. Quando chegam ao local para trabalhar, não raro, são coagidos ou têm sua liberdade de locomoção tolhida, pois não recebem salário em espécie, ficam vinculados ao que se convencionou denominar de "livro de anotação", onde vão anotando os valores das comidas, materiais fornecidos e demais despesas, e, com isso, o trabalhador nunca recebe o dinheiro, ficando confinado na fazenda ou na empresa, o que se denomina da servidão por dívida.

A escravidão contemporânea que assola o Brasil, não é uma realidade exclusiva do meio rural, eis que também é verificada em grandes centros urbanos, e não é apenas caracterizada pelo trabalho forçado, haja vista que, o trabalho análogo ao de escravo também pode se dar por meio da submissão do trabalhador a jornadas exaustivas, pela servidão por dívida ou em razão das condições degradantes de trabalho, mesmo tendo o obreiro se apresentado espontaneamente ao trabalho. Todas essas circunstâncias merecem ser perscrutadas na espécie, utilizando-se as balizas do art. 149 do Código Penal Brasileiro, pois são formas aviltantes da Dignidade da Pessoa Humana.

Nesse interim, vale destacar a observação do site Repórter Brasil:

Não é apenas a ausência de liberdade que faz um trabalhador escravo, mas sim de dignidade. Todo ser humano nasce igual em direito à mesma dignidade. E, portanto, nascemos todos com os mesmos direitos fundamentais que, quando violados, nos arrancam dessa condição e nos transformam em coisas, instrumentos descartáveis de trabalho. Quando um trabalhador mantém sua liberdade, mas é excluído de condições mínimas de dignidade, temos também caracterizado trabalho escravo.

Gonçalves, por sua vez, discorre sobre os mecanismos de sujeição do trabalhador:

Existem três formas coercitivas que podem ser impostas ao trabalhador, quais sejam: a) moral, onde o empregador atrai o trabalhador de forma fraudulenta; b) psicológica, onde há constante ameaça do explorador de violência contra o trabalhador e c) física, sofrendo castigos ou até assassinatos para que os mesmos não fujam. O trabalho em condições análogas ao de escravo, por sua vez, é caracterizado por restringir a liberdade do trabalhador deixando de observar as condições necessárias para que o ser humano possa trabalhar dignamente, respeitando os seus direitos e garantias fundamentais (GONÇALVES, 2018).

Conforme abordado no artigo 149 do Código Penal e segundo o Instituto Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo (InPACTO), entende-se por trabalho forçado, quando o trabalhador é submetido a condições de trabalho sem a possibilidade de deixar o local, por conta de dívidas, isolamento geográfico, ameaças e violências físicas e/ou psicológicas; por condições degradantes, quando a pessoa é exposta a um conjunto de irregularidades que configuram a precarização do trabalho, colocando em risco a sua saúde e sua vida, e que atentam contra a sua dignidade; por jornada

exaustiva, quando o trabalhador é submetido a esforços físicos ou sobrecargas de trabalho, que colocam em risco a sua integridade física; e por servidão por dívida, quando a pessoa é forçada a contrair ilegalmente uma dívida que a obriga a trabalhar para pagá-la e que são cobradas de forma abusiva. Sobre as modalidades de exploração de mão de obra escrava na contemporaneidade, Cortez afirma que:

O trabalho em condição análoga à de escravo é caracterizado não só pela violência (coação física, moral e psicológica) contra a liberdade do trabalhador no exercício de sua atividade laboral, mas também em situações, menos explícitas de violação da liberdade, que maculam o seu direito de livre escolha e aceitação do trabalho e suas características, como ocorre na obrigação de se ativar em jornadas exaustivas e/ou locais com péssimas condições de trabalho e onde imperam condições degradantes ao meio ambiente de trabalho, com abuso e desrespeito ao bem maior do ser humano que é a sua dignidade.

De acordo com a Convenção n. 29 da OIT, trabalho forçado ou obrigatório é todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente. O trabalho escravo compreende não apenas o trabalho forçado, atrelado à restrição da liberdade, mas também o trabalho degradante, com restrições à autodeterminação do trabalhador (CORTEZ, 2015, p. 18).

Segundo Garcia (2014), o trabalho degradante caracteriza-se, na atualidade, pelas condições precárias encontradas no labor, sem aferir o mínimo das normas de segurança, higiene e saúde do trabalho, afrontando diretamente à dignidade humana.

Cartilha divulgada pelo MPT põe em relevo algumas características inerentes ao trabalho escravo: vigilância constante no local do trabalho, impedindo o trabalhador de se locomover livremente; reter salários, documentos e objetos pessoais do trabalhador; submeter o trabalhador a trabalho forçado, obrigando o cumprimento de tarefas contra a vontade do trabalhador, por meio de violência física ou ameaças; submeter o trabalhador a jornadas exaustivas que impliquem sofrimento físico ou mental; condições degradantes de trabalho, sem respeitar as normas de saúde, higiene, segurança e proteção do trabalhador; e servidão por dívida, quando exige que o trabalhador sempre compre mercadorias em um só local, com preços altos, obrigando-o a fazer dívidas. Aborda essa temática Viana:

A primeira categoria de condições degradantes se relaciona com o próprio trabalho escravo stricto sensu. Pressupõe, portanto, a

falta explícita de liberdade. Mesmo nesse caso, porém, a ideia de constrição deve ser relativizada. Não é preciso que haja um fiscal armado ou outra ameaça de violência. Como veremos melhor adiante, a simples existência de uma dívida crescente e impagável pode ser suficiente para tolhera liberdade. A submissão do trabalhador à lógica do fiscal não o torna menos fiscalizado.

A segunda categoria se liga com o trabalho. Nesse contexto entram não só a própria jornada exaustiva de que nos fala o CP - seja ela extensa ou intensa- como o poder diretivo exacerbado, o assédio moral e situações análogas. Note-se que, embora também o operário de fábrica possa sofrer essas mesmas violações, as circunstâncias que cercam o trabalho escravo - como a falta de opções, o clima opressivo e o grau de ignorância dos trabalhadores - tornam- nas mais graves ainda.

A terceira categoria se relaciona com o salário. Se este não for pelo menos o mínimo, ou se sofrer descontos não previstos na lei, já se justifica a inserção na lista.

A quarta categoria se liga à saúde do trabalhador que vive no acampamento da empresa - seja ele dentro ou fora da fazenda. Como exemplos de condições degradantes teríamos a água insalubre, a barraca de plástico, a falta de colchões ou lençóis, a comida estragada ou insuficiente.

Mas mesmo quando o trabalhador é deslocado para uma periferia qualquer, e de lá transportado todos os dias para o local de trabalho, parece-nos que a solução não deverá ser diferente. Basta que a empresa repita os caminhos da escravidão, desenraizando o trabalhador e não lhe dando outra opção que a de viver daquela maneira. Esta seria a quinta categoria de condições degradantes (VIANA, 2006, p. 200).

De acordo com o Supremo Tribunal Federal (STF), o entendimento contemporâneo da redução a condição análoga à de escravo prescinde do cerceamento da liberdade de ir e vir:

EMENTA PENAL. REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA A DE ESCRAVO. ESCRAVIDÃO MODERNA. DESNECESSIDADE DE

COAÇÃO DIRETA CONTRA A LIBERDADE DE IR E VIR. DENÚNCIA RECEBIDA. 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. Denúncia recebida pela presença dos requisitos legais.(STF - Inq: 3412 AL, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 29/03/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-222 DIVULG 09-11-2012 PUBLIC 12-11-2012)

A escravidão contemporânea, segundo Paixão e Cavalcanti, ocorre sempre que um empregador imprudente expõe em risco a vida e a integridade física dos trabalhadores ou, ainda, quando os diminui e humilha enquanto pessoas, obrigando-os a se submeterem a situações degradantes. Quando o empregador decide explorar o trabalho de alguém em alguma atividade econômica, particularmente em um contexto no qual o trabalhador é deslocado para longe de sua residência para desenvolver a atividade, precisa ter assegurado as mínimas condições de alimentação, alojamento e trabalho, por parte do empregador. Tais obrigações derivam diretamente dos princípios constitucionais que têm a dignidade da pessoa humana como um dos valores

fundamentais da República, que proclamam a função social da propriedade e proíbem o “tratamento desumano e degradante”. Os doutrinadores explicam:

Muitas vezes, quando um trabalhador sobe na carroceria do caminhão que irá leva-lo para o interior, ele não está totalmente ciente das condições de trabalho que irá encontrar. Não raro, ele é ludibriado pelos ‘gatos’, gerentes ou pelos próprios empregadores; a maioria desses trabalhadores não é capaz sequer de ler. São pessoas e não coisas. O fato de se encontrarem em uma posição vulnerável não os priva automaticamente de sua autonomia. Mas a tática dos que se envolvem na exploração de trabalho em condições análogas à escravidão vai além de recrutar pessoas vulneráveis. Ela se apoia na maximização da vulnerabilidade desses trabalhadores, ao adicionar diferentes componentes à já instável relação de trabalho: jornadas exaustivas, comida estragada ou insuficiente, água não potável, condições de vida e habitação humilhantes, falta de proteção de riscos ocupacionais, a ameaça silenciosa – ou nem tão silenciosa – dos ‘gatos’, o peso moral da dívida e, ainda, o deslocamento do trabalhador de sua local de origem (PAIXÃO; CAVALCANTI, 2017, p. 177 e 178).

Quanto à jornada exaustiva, o trabalho análogo ao de escravo não se caracteriza em toda e qualquer situação de jornada extraordinária. Além do excesso de horas, a ocorrência dos fatos se dá em um ambiente de trabalho hostil, em que falta o mínimo necessário para o desempenho das atividades, atinge a dignidade humana do trabalhador, pois o empregado não tem condições de demonstrar seu pensamento e vontade, sendo cobrado constantemente pela produção, condições que comprometem sua saúde física e mental. É oportuno frisar que a Declaração Universal dos Direitos do Homem prevê como garantia ao trabalhador a limitação razoável das horas de trabalho.

Segundo CORTEZ (2015, p. 22), jornada de trabalho exaustiva é a que “ultrapassa os limites normais da duração do trabalho estabelecida em lei, sendo prejudicial à saúde física e mental do trabalhador e imposta sem o seu livre consentimento”. Gonçalves complementa:

Cabe ressaltar que não é apenas a extensão das horas de trabalho que caracteriza uma jornada exaustiva, mas também com o ritmo e produtividade que é obrigado a realizar o labor. O dano existencial ocorre quando uma conduta do empregador é

capaz de impedir ou prejudicar que o trabalhador realize atividades importantes para o seu bem-estar, deixando de descansar físico e emocionalmente (GONÇALVES, 2018).

Já nos casos de trabalho análoga ao de escravo, que envolvem a servidão por dívida, além do trabalhador ser submetido as condições supramencionadas, ele, para poder trabalhar, fica refém de comprar seus mantimentos e materiais do próprio empregador. Os obreiros não possuem acesso ao valor da compra, sabendo apenas que o patrão irá anotá-la para o futuro desconto em seu salário. Outro fato que cabe destacar, é o pagamento indevido pelo material que necessitam para trabalhar, já que é de responsabilidade do empregador fornecê-lo. Com todos esses descontos salariais, no final do mês os trabalhadores acabam por nada receber ou, quando muito, recebem um valor irrisório. Assim, ficam dependentes e presos à propriedade. Conforme explica Alves:

Há situações em que o trabalhador não é impedido de deixar o seu trabalho, por exemplo, pela presença ostensiva e intimidadora de sujeitos armados, mas encontra-se impedido, em razão da existência de uma suposta dívida que contraiu junto ao seu empregador e que o seu senso de honradez lhe impede de cessar a prestação de serviços sem que haja a quitação desse débito (ALVES, 2009, p. 19).

O levantamento dos casos de trabalhadores submetidos a condição análoga à de escravos tem como objetivo demonstrar que, essa mazela, ainda, persiste da sociedade contemporaneamente. De acordo com o Observatório da Erradicação do Trabalho Escravo e do Tráfico de Pessoas, um dos eixos da Plataforma SmartLab, fruto de parceria entre o Ministério Público do Trabalho (MPT) e a Organização Internacional do Trabalho (OIT), foram resgatados, no período de 2003 a 2018, 45.028 trabalhadores em situação análoga à de escravo, aí incluídas as vítimas que não receberam seguro-desemprego (fonte: Ministério da Economia – Secretaria Especial de Previdência e Trabalho). Nessa esteira, a média de resgatados por ano, de 2003 a 2018, é de 2.814,3.

Como o objetivo deste artigo é fazer um levantamento da escravidão contemporânea, no Brasil, particularmente entre os anos de 2017 e 2020, a tabela abaixo demonstra o número de resgates ocorridos nos anos mencionados, como também em 2003, 2007, 2011 e 2015, atestando a persistência dessa vicissitude no país:

Tabela 1 - Trabalhadores Resgatados de Trabalho Forçado

<u>Ano</u>	<u>Trabalhadores Resgatados de Trabalho Forçado</u>
------------	---

2003	5.223
2007	5.999
2011	2.445
2015	869
2017	639
2018	915
2019	971
2020	861

Fonte: SmartLab

(<https://smartlabbr.org/trabalhoescravo/localidade/0?dimensao=prevalencia>)

Ainda segundo o Observatório, entre 2017 e 2020, os Estados com maior prevalência de resgates foram: 1. Minas Gerais /MG, 1.199; 2. Pará/PA, 364; 3. Goiás/GO, 305; 4. São Paulo/SP, 284 e 5. Piauí/PI, 186. Essa divisão por Estados é fundamental para definir as áreas prioritárias e relevantes às quais devem ser direcionados os recursos e esforços no combate ao trabalho escravo, não apenas pela perspectiva tradicional, a repressiva, por meio das operações de resgate, mas, também e principalmente, sob a ótica a preventiva, visando à elevação dos padrões de vida para romper o ciclo de vulnerabilidade.

O levantamento supramencionado é para demonstrar, fatidicamente, o quanto ainda permanece hodiernamente pessoas submetidas as condições análogas à de escravo, pois a redução dos resgatados de um ano para o outro é ínfima. O quantitativo é apenas para enfatizar a problemática, conforme relata Camilla deVilhena Bemergui Rys (2011, p. 5), "na realidade, quando se trata de redução de alguém à condição análoga a de escravo, os números importam para mostrar em qual dimensão a escravidão persiste, para conferir dados estatísticos".

Vale destacar que, todo o esforço do poder público no combate ainda seria justificável, mesmo que os relatos divulgados fossem de números inferiores, pois além de ser uma prática criminosa, a redução de outrem à condição análoga à de escravo fere qualquer princípio humano básico.

1.2 Legislação sobre o trabalho escravo

O trabalho análogo ao de escravo é tratado nos seguintes diplomas normativos: Declaração Universal dos Direitos dos Homens; Convenções n.º 29 e n.º 105 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que tratam da abolição do trabalho forçado; Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José da Costa); Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), de 1988 (artigos 5º, incisos XIII, XLVII, alínea "c", 6º, 7º, 109, inciso VI, 227 e 243, *caput*); Código Penal (CP) (artigos 149 - que tipifica o crime de redução a condição análoga à de escravo - 149-A, 203 e 207).

Aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos dos Homens, de que é signatário o Brasil, é um paradigma dos direitos fundamentais. Segundo Cortez, 2015, essa Declaração, apesar de não possuir forma de tratado ratificável, constitui uma fonte de máxima hierarquia no mundo do Direito, pois enuncia princípios que devem guiar a elaboração e a aplicação das normas jurídicas.

Para a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), instituição judicial autônoma que interpreta as disposições da Convenção Americana, a escravidão contemporânea caracteriza-se a partir da presença dos seguintes elementos:

- a) restrição ou controle da autonomia individual; b) perda ou restrição da liberdade de movimento de uma pessoa; c) obtenção de um benefício por parte do perpetrador; d) ausência de consentimento ou livre arbítrio da vítima; impossibilidade ou irrelevância devido à ameaça de uso da violência ou outras formas de coerção; medo de violência, fraude ou falsas promessas; e) uso de violência física ou psicológica; f) posição de vulnerabilidade da vítima; g) detenção ou cativeiro; e i) exploração (CONATRAE, 2017, p. 22).

A propósito, é emblemática a condenação do Brasil, em 2016, pela CIDH, no caso da Fazenda Brasil Verde, localizada no Pará. A Corte proferiu sentença no caso, declarando o Estado brasileiro internacionalmente responsável pela violação: I) do direito a não ser submetido a escravidão e tráfico de pessoas, estabelecido no artigo 6.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, como também nos artigos 1.1, 3, 5, 11, 19 e 22; II) das garantias judiciais de devida diligência e de prazo razoável, previstas no

artigo 8.1 do instrumento mencionado. Cristiano Paixão e Tiago Cavalcanti assim descrevem o caso:

A condenação internacional do Estado Brasileiro e os fundamentos trazidos no bojo da decisão trazem à tona: i) a ineficácia das medidas adotadas até então para a erradicação do trabalho escravo no Brasil; ii) o contexto social atual de involução no que se refere ao enfrentamento à escravidão (PAIXÃO; CAVALCANTI, 2017, p. 108).

Outrossim, o Caso Fazenda Brasil Verde é considerado um marco histórico pois foi a primeira vez que a proibição da escravidão foi aplicada no julgamento de um caso concreto no Continente Americano, além de que foram estabelecidos, pela Corte, parâmetros para a interpretação e alcance do conceito trazido pelo artigo 6º da Convenção Americana, bem como a responsabilidade dos Estados no enfrentamento à escravidão, de natureza vinculante (PAIXÃO; CAVALCANTI, 2017, p. 109).

Além disso, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988, no artigo 1º, inciso III, faz referência à dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República; no artigo 4º, inciso II, aponta como um dos princípios que regem as relações internacionais a prevalência dos direitos humanos; no artigo 5º, § 2º, chancela os direitos e as garantias decorrentes dos tratados internacionais firmados pelo Estado brasileiro; no § 4º do mesmo artigo, menciona a submissão do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional. Todas essas disposições, dentre outras, demonstram o comprometimento do Estado brasileiro com os direitos humanos. Nesse sentido, ensina Beltramelli Neto:

A preocupação da Constituição Federal de 1988 com a proteção dos direitos humanos não se limitou à declaração de direitos fundamentais e à sua proteção pela via da cláusula pétrea. Em sintonia com a aceleração do movimento global de afirmação dos direitos humanos, o texto constitucional orienta o Estado brasileiro a alinhar-se, no plano internacional, com a salvaguarda dos direitos humanos. Esta postura decorre da eleição do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como núcleo axiológico da Constituição (BELTRAMELLI NETO, 2017, p. 268).

Na CRFB, a relação de emprego é socialmente protegida, prevista no artigo 7º, inciso I, sendo um direito fundamental assentado no Princípio da Justiça Social, além do

caput do artigo igualar os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais. Dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, previstos no artigo 3º, incisos I e III, da Carta Política, estão o de “construir uma sociedade justa e solidária” e de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. Tais objetivos estão atrelados à finalidade da ordem econômica, que, segundo a Constituição, “tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”, observados, dentre outros princípios, a “função social da propriedade” e “a busca do pleno emprego” (art. 170, III, VIII).

Para tentar coibir a insistente prática do trabalho escravo a Constituição Federal, em seu artigo 243, trata da possibilidade de desapropriação de terras nas quais se constate essa mazela, alteração inserida por meio da Emenda Constitucional n.º 81, de 2014.

De acordo com o artigo 149, do CP, são elementos que caracterizam o trabalho análogo ao de escravo: condições degradantes de trabalho (incompatíveis com a dignidade humana, caracterizadas pela violação de direitos fundamentais que coloquem em risco a saúde e a vida do trabalhador), jornada exaustiva (em que o trabalhador é submetido a esforço excessivo ou sobrecarga de trabalho, acarretando danos à sua saúde ou risco de vida), trabalho forçado (manter a pessoa no serviço através de fraudes, isolamento geográfico, ameaças e violências físicas e psicológicas) e servidão por dívida (fazer o trabalhador contrair ilegalmente um débito e prendê-lo a ele). Os elementos podem existir isoladamente ou de maneira concorrente. Conforme aponta Camilla de Vilhena Bemergui Rys:

A questão é acerca da necessidade ou não da restrição à liberdade de locomoção ou mesmo de distrato do contrato de trabalho. A localização do artigo 149 no capítulo relacionado aos crimes contra a liberdade pessoal leva a entender, numa análise apriorística, a necessidade da restrição da liberdade física do trabalhador. Algumas de suas condutas tipificadas trazem implícita essa necessidade, quando falamos em trabalho escravo, falamos de um crime que cerceia a liberdade dos trabalhadores. No Brasil, essa falta de liberdade ocorre por meio de quatro fatores: apreensão de documentos; presença de guardas armados e gatos de comportamento ameaçador; dívidas ilegalmente impostas e características geográficas do local que impedem a fuga (RYS, 2011, p. 20).

Como se pode notar, tanto o tipo penal de redução a condição análoga à de escravo como as normas garantidoras do trabalho digno não são recentes nem desconhecidas, o que torna ainda mais fatídica e deplorável a agrura da escravidão

contemporânea. E não é só, a maior parte dos empregadores que incorrem nessa prática abominável é instruída, advém de uma classe de notável saber e privilegiada, como também conta com um assessoramento jurídico e contábil para driblar a legislação, em prol da ganância. Vale destacar também, segundo Cristiano Paixão e Tiago Cavalcanti, a longa demora na tramitação das ações judiciais, aliada à modesta pena cominada ao crime previsto no artigo 149 do Código Penal, o que contribui para a permanência da exposição dos trabalhadores as condições extremamente precárias. Em consultas feitas nas decisões dos tribunais, não se vê a condenação pelo tipo penal de reduzir algum a condição análoga à de escravo, conforme explícito no Código penal. Nas palavras de Maria da Conceição Maia Pereira:

A alteração do artigo 149 do Código Penal ampliou o espectro de consideração do bem jurídico tutelado, porque, sem olvidar da liberdade, levou em conta um atributo maior do ser humano, que é a sua dignidade, eleita como um dos fundamentos da República, conforme inciso III do artigo 1º da Carta Magna de 1988 (PEREIRA, 2015, p. 283).

Ainda acerca dos crimes previstos no Código Penal brasileiro, cabe destacar o artigo 203, que caracteriza a servidão por dívida, em que o trabalhador é obrigado a comprar mercadorias absurdamente caras do estabelecimento de propriedade de seu algoz, podendo, ainda, contrair dívidas em virtude da necessidade de manter sua vida (transporte, moradia e alimentação) ou ter seus documentos pessoais apreendidos. Desta forma, o trabalhador fica impossibilitado de se desligar do serviço em virtude de dívida. O artigo 203, do CP é abordado por Rejane de Barros Meirelles Alves:

O artigo 203 do Código Penal tipifica o crime de frustração de direito assegurado por lei trabalhista. A conduta descrita no caput é classificada doutrinariamente como norma penal em branco, pois contém descrição típica incompleta, sendo a legislação trabalhista o complemento da norma penal, os direitos assegurados ao empregado e ao empregador.

Observe-se que a conduta tipificada no §2º, inciso I, do artigo 203 do Código Penal Brasileiro é o *truck system*, também vedado pela legislação trabalhista. A lei procura coibir que empregadores obriguem os trabalhadores a comprar mercadorias, geralmente a prazo, em seus próprios estabelecimentos ou de terceiro e a altos preços, ficando os mesmos, no final dos meses, com saldo negativo, isto é, dívida, o que os impossibilitaria de deixar o

emprego. Deve ficar caracterizada a intenção de impossibilitar o desligamento do serviço em virtude da dívida. Na hipótese do inciso II do mesmo parágrafo, a lei pune quem, mediante retenção de documentos pessoais ou contratuais, tais como carteira de identidade, carteira de trabalho e previdência social, ou, ainda que sem a retenção desses papéis, empregue violência física ou moral, para impedir o trabalhador de desligar-se do serviço. Aqui, compreende-se o uso ostensivo de armas, por prepostos do empregador, de modo que o delito estará consumado no momento em que o trabalhador, em face dos meios executórios empregados pelo sujeito é impedido de desligar-se do serviço (ALVES, 2009, p. 70).

Cabe destacar o artigo 207, do CP, pois trata da punição do aliciamento dos trabalhadores de um local para outro dentro do território nacional, no país. Conforme destaca Alves (2009), é admitido qualquer meio de execução, para o aliciamento, seja através das falsas promessas de salários e trabalho ou a fraude, consumando-se o delito no momento em que o sujeito por meio da conversa consegue atrair, convencer, e seduz o trabalhador a sair de uma localidade em direção a outra, não levando em consideração, em momento algum, se fica perto ou longe de sua moradia.

Conforme esclarece Scaff (2010, p. 11), o Brasil ratificou vários tratados internacionais a exemplo as Convenções nº 29 e nº 105 no âmbito da OIT, além de reconhecer outros documentos como os Pactos de Direitos Humanos e a Declaração Universal. Mesmo com a participação ativa do Brasil na luta contra o trabalho forçado no âmbito internacional, essa atitude ainda é constante na sociedade brasileira tanto nos centros urbanos como os bolivianos em São Paulo, quanto nas regiões mais afastadas como a servidão por dívida no norte do país.

1.3 Atuações do Ministério Público do Trabalho no combate do trabalho análogo ao de escravo

O MPT, busca, no exercício das suas atribuições legais e constitucionais, a defesa da ordem jurídica justa, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, bem como de promoção da dignidade da pessoa humana, da valorização social do trabalho e da justiça social. A instituição atua na prevenção, na repressão e na erradicação do trabalho escravo, em todas as regiões do país. Como ponderam Paixão e Cavalcanti:

Não é possível permanecer o trabalhador subjugado ao patrão. Diminuído, humilhado e impossibilitado de exercer seu direito de homem livre, digno e igual. É preciso devolver-lhe seu direito e ir

e vir, resgatar seu direito de contratar, de sair de um emprego e ir para outro. É imperativo garantir um trabalho digno, com dignas condições de exercer suas funções acima de tudo. O Ministério Público do Trabalho tem sido uma das mais importantes instituições na busca deste mister, seja atuando extrajudicialmente, ou manejando com eficiência e ousadia na Justiça do Trabalho as ações coletivas legalmente previstas (PAIXÃO; CAVALCANTI, 2017, p. 59).

Por ser o órgão responsável por zelar pelo respeito aos interesses sociais dos trabalhadores, coletivamente considerados, o MPT, para apoiar e aprofundar a atuação institucional no combate à escravidão contemporânea, instituiu, no ano de 2002, por meio da Portaria 231/2002 a Coordenadoria Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo (CONAETE). A respeito desse fato histórico, esclarece sobre o assunto Zuben e Carvalho:

A CONAETE coordena e articula a ação dos membros, propondo projetos estratégicos de âmbito nacional, o incremento da responsabilização dos que exploram mão de obra análoga à de escravo, a interação com outras instituições e entidades, a implementação de políticas públicas, entre outras atividades. Além de fornecer subsídios técnico-jurídicos aos Procuradores do Trabalho de todo País para aprimorar a atuação ministerial em face dos beneficiários pela escravidão contemporânea, a CONAETE desempenha o importante papel de coordenar a participação dos membros do Ministério Público do Trabalho nas forças-tarefas promovidas pelo Grupo Especial de Fiscalização Móvel, vinculado à Secretaria de Inspeção do Trabalho (SIT) e com caráter eminentemente interinstitucional, cuja finalidade é potencializar o enfrentamento repressivo ao trabalho escravo contemporâneo (ZUBEN; CARVALHO, 2018, p.3).

A atuação do MPT em relação ao trabalho preventivo se dá por meio de audiências públicas, feitas em locais de maiores ocorrências do trabalho escravo, divulgações de campanhas para instruir a sociedade, através das notificações recomendatórias etc. Na forma repressiva, por meio das fiscalizações, da celebração do Termo de Ajuste de Conduta – TAC (instrumento extrajudicial de resolução de conflitos, que abarca obrigações de fazer, não fazer e/ou pagamento de indenização por dano moral, com a previsão de sanção pecuniária para o caso de descumprimento da

avença) e da propositura de Ação Civil Pública – ACP. A respeito do Termo de Ajuste de Conduta, a doutrina ensina que:

Um importante instrumento ganha relevo nesse cenário, qual seja, o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), que é um instrumento extrajudicial de resolução de conflitos envolvendo os direitos difusos e coletivos, que celebra obrigações de fazer e não fazer e/ou gerar indenizações por danos ao meio ambiente que não podem mais voltar ao seu estado natural e multas diárias em caso de não cumprimento da celebração.

Desta feita, o TAC é um importante instrumento do Ministério Público do Trabalho no combate à erradicação do trabalho escravo, pois é a forma mais simples e barata de se corrigir uma irregularidade, já que tanto o MPT quanto o infrator reconhecem a prática da infração, reconhecem a importância do restabelecimento da regularidade e acordam as medidas que precisam ser adotadas para se chegar a esse fim desejado pelas normas constitucionais e legais e pela sociedade, e buscado pelo MPT (OLIVEIRA, 2019).

O termo de ajuste de conduta dar-se-á no inquérito civil público, já que é de exclusividade do Ministério Público, art. 129, III, da CR, artigos 8º, 9º e 10º da Lei n. 7.347/85, e fixará multa (*astreintes*) por descumprimento de obrigações de fazer ou de não fazer, diante das condutas praticadas que caracterizam o trabalho em condições análogas às de escravo, bem como a obedecer, doravante, a legislação trabalhista (GARCIA, 2014).

A atuação pela via administrativa não cessa com a assinatura do TAC, pois o Órgão Ministerial continua acompanhando seu integral cumprimento, para assegurar sua efetividade, seja por meio de requisição de informações ao compromissário, seja por meio da realização de inspeção, diretamente ou por outros órgãos, a exemplo da Superintendência Regional do Trabalho – SRTb. Visto que o TAC, em regra, tem vigência por tempo indeterminado, mesmo que o procedimento administrativo venha a ser arquivado é possível que, a qualquer momento, na hipótese de nova denúncia ou caso se constate o descumprimento do ajustado, através das fiscalizações, ele será desarquivado, ocasionando a incidência de multa, com o consequente firmamento de Termo Aditivo ou execução do TAC descumprido, sendo possível, ainda, o ajuizamento de ação civil pública:

Se o TAC for integralmente cumprido, os autos do inquérito serão arquivados. Porém, se o TAC não for cumprido integralmente, o MPT deverá ajuizar as ações cabíveis, pois já se esgotaram as medidas disponíveis no âmbito administrativo/extrajudicial. Ou, se a empresa não quiser firmar o TAC, cabe a Ação Civil Pública (OLIVEIRA, 2019).

A outra maneira de atuação repressiva do MPT, ocorre através a Ação Civil Pública – ACP, prevista no artigo 83,III, da Lei Orgânica do Ministério Público da União (LOMPU) - Lei Complementar n.º 75, de 1993, que operasse na via judicial, sendo um instrumento de defesa dos direitos coletivos e difusos no campo das relações de trabalho. A ACP é utilizada quando a denúncia recebida pelo MPT não consegue ser resolvida administrativamente, ou mesmo quando ocorre a assinatura do TAC, e a empresa acaba por descumpri-lo e não arca com as multas decorrentes dele. A maneira do MPT conseguir executar a multa decorrente do TAC e através da ACP. Nesse ínterim, discorre Camilla de Vilhena Bemergui Rys:

A ação civil pública é o instrumento pertinente para a defesa de direitos metaindividuais pelo Ministério Público. Segundo a lei 7347/85, a ação civil pública tem por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer e não fazer (artigo 3º). Em cotejo com o artigo 83, III da Lei Complementar 75, houve certa polêmica haja vista que a interpretação literal dos dois dispositivos fazia com que se entendesse pela alternatividade dos pedidos (condenação em dinheiro ou obrigação de fazer), de acordo com a infração praticada (RYS, 2011, p. 26).

A ACP, também, é uma maneira do MPT tentar garantir a reparação aos trabalhadores e a sociedade, das lesões sejam físicas, morais ou psicológicas sofridas e dos direitos que lhes são ceifados, já que, muitas vezes os infratores saem impunes na esfera criminal, aliado a demora do julgamento. Assim, o dano moral recebido através da ACP é uma via de tentar amenizar a lesão causada a vítima, já que a autonomia entre a esfera criminal e trabalhista. Schwarz, enfatiza:

As ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público do Trabalho têm se demonstrado valiosos instrumentos de garantia de direitos coletivos e, no que diz respeito à escravidão contemporânea, diante da impunidade dos infratores na esfera penal, as condenações pecuniárias decorrentes das decisões da

Justiça do Trabalho têm se demonstrado a mais efetiva e eficiente forma de garantia judiciária dos direitos sociais dos trabalhadores submetidos à escravidão no Brasil. A combinação das multas aplicadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego e das indenizações trabalhistas, pagas durante as operações dos grupos móveis de fiscalização ou por força de decisões da Justiça do Trabalho, a título de verbas trabalhistas e indenizações por dano moral, individual ou coletivo, são, atualmente, as punições mais efetivas e eficazes, se não efetivamente as únicas, no plano institucional, que são impostas aos fazendeiros que reduzem trabalhadores a condição análoga à de escravos (SCHWARZ, 2008, p. 168).

Cristiano Paixão e Tiago Muniz Cavalcanti (2017; p. 69), relatam que os primeiros pedidos pleiteados pelo Ministério Público do Trabalho tendo como fundamento a indenização por dano moral coletivo foram, estrategicamente, fixados em modestias quantias, sendo os valores gradativamente elevados a depender da gravidade da conduta e reincidência do requerido. “O objetivo do Parquet, neste caso, era a construção de uma jurisprudência sólida e favorável à condenação por dano moral em todos os casos de trabalho escravo”. Para destacar, segue um caso de ACP proposta pelo MPT, de uma empresa reincidente na exploração de mão de obra escrava e condenada por dano moral coletivo:

ACÓRDÃO TRT 1ª TURMA-RO 01780-2003-117-08-00-02

RECORRENTES: Lima Araújo Agropecuária Ltda; Construtora Lima Araújo Ltda; P. H. Engenharia Ltda; Jefferson de Lima Araújo Filho; Fernando Lyra Carvalho. EMENTA: TRABALHO EM CONDIÇÕES SUBUMANAS. DANO MORAL COLETIVO PROVADO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. [...] CONCLUSÃO: ACORDAM OS DESEMBARGADORES DA PRIMEIRA TURMA DO EGRÉGIO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA OITAVA REGIÃO, UNANIMEMENTE, EM CONHECER DO RECURSO DE AMBAS AS PARTES, BEM COMO DAS CONTRARRAZÕES DOS RÉUS, REJEITANDO A PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO NELAS SUSCITADAS; REJEITAR AS PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA, DE INÉPCIA DA INICIAL, DE NULIDADE DA DECISÃO POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA, DE FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL E DE IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO PEDIDO E DA CAUSA DE PEDIR, DEDUZIDAS PELOS RECORRENTES, POR FALTA DE AMPARO FÁTICO-LEGAL E,

NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DOS RÉUS E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO DO MNISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO PARA, REFORMANDO PARCIALMENTE A DECISÃO *A QUO*, MAJORAR A INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COLETIVO PARA R\$ 5.000.000,00 (CINCO MILHÕES DE REAIS), MANTENDO A DECISÃO EM SEUS DEMAIS TERMOS (PAIXÃO; CAVALCANTI, 2017, p. 70 e 71).

Vale destacar a parte preventiva, realizada pelo MPT, uma das campanhas feitas em parceria com a ONG Repórter Brasil, denominada de Escravo Nem Pensar, realizada no Estado do Maranhão e no Tocantins, ambos em 2018. Ela teve uma grande repercussão e serve de exemplo de como se pode conscientizar, por meio da educação, a respeito do combate a essa mazela, que teve como objetivo geral diminuir o número de trabalhadores aliciados e submetidos a condições análogas a de escravos nas zonas rural e urbana do território do Maranhão e do Tocantins.

Outra iniciativa do MPT foi a criação, em parceria com a OIT, da Plataforma SmartLab, que alberga o Observatório da Erradicação do Trabalho Escravo e do Tráfico de Pessoas para fomentar, de forma eficiente, as políticas públicas, programas e projetos de prevenção e de erradicação do trabalho escravo:

O Observatório Digital de Trabalho Escravo e do Tráfico de Pessoas busca fomentar a gestão eficiente e transparente de políticas públicas, de programas e de projetos de prevenção e de erradicação do trabalho escravo, de modo que essas ações sejam cada vez mais orientadas por resultados e baseadas em evidências. Busca-se, além disso, fomentar o aprimoramento dos sistemas de coleta de informações e a padronização (com integração) dos bancos de dados existentes, de diferentes fontes, relevantes para a causa. Com isso, os diagnósticos e o conhecimento produzidos sobre o tema serão cada vez mais precisos (SmartLab).

Conforme notícia extraída do site da PGT, a unidade de Uruguaiana do Ministério Público do Trabalho no Rio Grande do Sul (MPT-RS) obteve, por meio de tutela cautelar antecedente proposta na Justiça do Trabalho, bloqueio de bens dos proprietários das granjas Maragato e Marquezan, no interior de São Borja, até o limite de R\$ 1.141.648,85 (um milhão cento e quarenta e um mil seiscentos e quarenta e oito reais e oitenta e cinco centavos) e R\$ 1.737.736,08 (um milhão setecentos e trinta e sete mil setecentos e trinta e seis reais e oito centavos), respectivamente, para pagamento de verbas e indenização

por danos morais a trabalhadores mantidos em condições degradantes nas duas propriedades. A ação é de responsabilidade do Procurador do MPT-RS em Uruguaiana, Hermano Martins Domingues.

1.4 As punições na esfera penal de acordo com o Código Penal Brasileiro

O trabalho análogo ao de escravo no Brasil é persistente, mesmo possuindo uma legislação penal específica, que visa ao seu combate, como exemplo o art. 149 do Código Penal, a realidade que se depara, no âmbito do Poder Judiciário, especificamente na esfera penal, é de um número bastante reduzido das condenações dos respectivos infratores.

Na doutrina percebe-se a crítica pela pena culminada no artigo 149, do CP, qual seja, reclusão de dois a oito anos e multa, levando em consideração a gravidade do tipo penal trazido à baile, que fere explicitamente direitos fundamentais estabelecidos na CRFB/88. Mais que isso, está as manobras dos Tribunais para não penalizar os casos fáticos ou mesmo minorar as penas, como no julgado:

PENAL. PROCESSO PENAL. ART. 149 DO CÓDIGO PENAL. REDUÇÃO À CONDIÇÃO ANÁLOGA DE ESCRAVO. CONDIÇÕES DEGRADANTES DE TRABALHO. NULIDADE DO IPL. NÃO VERIFICAÇÃO DE PREJUÍZO. AUTORIA, MATERIALIDADE E DOLO CONFIGURADOS. **CONDENAÇÃO CONFIRMADA. PENA MANTIDA.** OMISSÃO DE INFORMAÇÕES NA CTPS. CP, ART. 297, § 4º. AUSÊNCIA DE DOLO EM FRAUDAR A PREVIDÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. [...] 6. Embora os autos tragam documental apta a comprovar a materialidade delitiva e autoria do crime do art. 297, § 4º do Código Penal, não se vislumbra a presença do especial fim de agir, necessário para a condenação pelo crime em questão. Precedentes. 7. **Aplicadas penas substitutivas aos réus e fixado regime aberto.** 8. Apelação da defesa parcialmente provida somente para absolver os réus do crime do art. 297, § 4º do CP. (grifo nosso)

(TRF-1 - AC: 00003455620144013606, Relator: JUIZ FEDERAL MARLLON SOUSA, Data de Julgamento: 11/09/2019, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 20/09/2019)

Pelo exposto e analisado, percebe-se que o judiciário tem flexibilizado as punições dos infratores no crime de reduzir alguém as condições análogas à de escravo. Com isso, tem se deparado nos tribunais, como exemplo, a substituição da pena privativa

de liberdade por outra restritiva de direito, como pena alternativa, conforme esclarece Nonnato Santos:

A maioria das sentenças condenatórias converte a aplicação da pena privativa de liberdade em alguma medida alternativa, desta forma, imunizando um determinado grupo de criminosos do encarceramento, ainda que tal medida se dê contra o que determina a legislação sendo fundamentada numa concepção de que aviltar a dignidade humana das vítimas do trabalho escravo contemporâneo pode ocorrer sem que violência, ou seja, no âmbito da criminalização secundária quando não é possível imunizar da punição imuniza-se do encarceramento, signo-símbolo do estigma do criminoso/bandido, ou seja do inimigo do Direito Penal (SANTOS, 2017, p. 102).

Mesquita (apud SANTOS, 2017, p. 67) cita uma pesquisa na qual relata que houverão 84 processos encaminhados à 2ª instância de julgamento (Tribunal Regional Federal da 1ª Região). E que até julho de 2015 haviam sido julgados 38 (trinta e oito) desses processos, dos quais 5 (cinco) tiveram decisões condenatórias; 2 (dois) foram extintos sem análise de mérito, em razão da prescrição da pretensão punitiva dos réus; 13 (treze) tiveram decisões reduzindo a pena dos réus e 18 (dezoito) acórdãos absolutórios. Em continuação Mesquita assevera que:

Em que pese o TRF-1 ter reformado as sentenças de 1º grau e condenado os respectivos réus pelo crime previsto no artigo 149 do Código Penal Brasileiro, as penas fixadas pela Corte Recursal foram diminutas, variando de 2 anos e 6 meses a 3 anos e 9 meses de reclusão e, ainda, no regime inicial aberto. Além disso, como se não bastasse, as mesmas ainda foram substituídas para duas penas restritivas de direito. Dos 13 (treze) acórdãos contendo decisões que diminuíram as penas dos réus, muito embora o TRF-1 tenha ratificado a autoria e a materialidade do crime reconhecida pelo juízo a quo, a referida Corte reduziu as penas finais de todos os réus condenados, sob a alegação de que as respectivas penas-base haviam sido fixadas em patamar muito elevado, visto que todos eram primários, com bons antecedentes criminais, bem como, não existia nenhuma informação nos autos processuais que denegrissem a conduta social e a personalidade dos mesmos (MESQUITA, 2016, p. 201).

Notícia publicada no site do Consultor Jurídico, em 22 de janeiro de 2020, relata da condenação em 1º grau pela Justiça Federal no Ceará de três acusados pelos crimes de redução de pessoa a condição análoga à de escravo, com base no artigo 149 do Código Penal, é uma sentença que causa espanto, o que é lastimável, devido as poucas condenações penais que já ocorreram no Brasil, relacionadas a este tema. Conforme discorre Alves, apesar de ter a ocorrência de condenações em casos de redução do trabalhador à condição análoga à de escravo, ainda é ínfima a repressão penal. Nesse ínterim, Alves destaca:

Não obstante, observa-se que a força penal, baseada nos princípios da vigilância e da punição, tem se mostrado pouco eficiente, quando comparada a administração deste conflito no âmbito criminal com outros sistemas normativos não penais, tal qual, a atuação da Secretaria de Inspeção do Trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego, por exemplo. **E, principalmente se considerarmos, que hoje, no Brasil, não há condenações em número expressivo pela prática do crime de redução a condição análoga à de escravo, se comparado com o número de casos oficialmente relatados de vítimas do trabalho escravo, isto é, há uma desproporção significativa entre essas variáveis decorrentes do mesmo fato.** Outra forma de compensar e prevenir a prática do trabalho escravo, que tem se mostrado efetiva é a condenação por dano moral coletivo e individual (ALVES, 2009, p. 72). (destaque nosso)

Conforme se assevera na explicação de Nonnato Santos:

Considerando o conjunto de sentenças proferidas em processos criminais envolvendo a prática de trabalho escravo, pode-se afirmar que há uma tendência a minimizar a violência dessa prática criminosa, demonstrando continuidade do período em que tal forma de violência era legal. [...] É um malabarismo jurídico a justificar a legitimação de um modelo econômico predatório baseado no genocídio. **É a “justiça injusta da impunidade punidora”, ou seja, os aparelhos do Poder Judiciário ao utilizar-se de mecanismos descriminalizadores, despenalizadores e desencarceradores em relação aos fazendeiros escravocratas, retro alimenta um subsistema de dominação penal a que os peões estão submetidos nas fazendas nas relações (autoritárias e violentas) de trabalho** (SANTOS, 2017, p. 103 e 106) (grifos acrescidos).

Para reforçar o exposto, o site Conjur (2021) relata:

No período de 2008 a 2019, 2.679 réus foram denunciados pela prática do crime descrito no artigo 149 do Código Penal, por reduzir alguém a condição análoga à de escravo. Destes, 112 experimentaram condenação definitiva, o que corresponde a 4,2% de todos os acusados e 6,3% do número de pessoas levadas a julgamento.

Para a Clínica de Trabalho Escravo e Tráfico de Pessoas (CTETP) da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), existe uma inexplicável desproporção entre os achados por parte da fiscalização e os resultados gerados pelo sistema de justiça.

Na esteira deste raciocínio, fica constatada as manobras do judiciário brasileiro para tolher o cumprimento das legislações aplicadas aos acusados pelo crime da escravidão contemporânea. Com isso, o crime continua ocorrendo, e os trabalhadores permanecem relegados e submetidos a situações tão deploráveis. E o princípio da punição que é basilar do direito penal, fica sem eficácia.

2 Conclusão

E notório que, comparando os anos mais recentes, 2017 à 2020, com 2003 e 2007, nota-se uma redução do número de trabalhadores resgatados e dos casos encontrados, mas a escravidão contemporânea ainda é persistente. Combater tal mazela é um desafio para a sociedade, pois envolve crime com grandes fazendeiros, empresários que conseguem pressionar as autoridades ou manipulá-las, pessoas com grande poder aquisitivo e influência social.

O combate à escravidão hodierna é, sem dúvida, uma prioridade para o MPT, visto que, os Procuradores junto com a CONAETE buscam, veementemente, realizar ações repressivas e preventivas, como as fiscalizações, assinaturas de TACs, propositura das ACPs etc. Não menos importante são as destinações feitas para amparar os trabalhadores resgatados, quando ganham as condenações morais e outras verbas decorrentes das ações.

Pela análise deste artigo, nota-se que a pouca repressão penal tem sido compensada pela atuação administrativa do MPT e da justiça trabalhista, porém não são suficientes para inibir de forma satisfatória a ocorrência de novos casos. Por isso, o Estado não pode ser omissivo e deixar impune a prática deste crime, ou mesmo atenuar as penas culminadas. Sendo de suma importância a repressão penal, para que os empregadores

escravagistas, tenham medo da condenação que possam sofrer e as consequências de uma condenação. Pois, mesmo que o judiciário não resolva totalmente essa vicissitude, é uma peça fundamental no processo, pois não tendo uma resposta do âmbito penal, o uso da mão de obra escravocrata permanecerá na sociedade.

Nesse diapasão, precisa buscar, também, uma maior celeridade processual nos julgamentos deste crime e oferecer maiores sanções, para evitar que as perseguições penais relativas ao crime de trabalho análogo ao de escravo fiquem sem a aplicação justa da pena, visando impelir as mesmas atitudes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, REJANE DE BARROS MEIRELLES (Catálogo USP). **Escravidão por dívidas nas relações de trabalho rural no Brasil contemporâneo: forma aviltante de exploração do ser humano e violadora de sua dignidade**. Tese (Mestrado em Direito do Trabalho e da Seguridade Social). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, p. 135, 2009.

BELTRAMELLI NETO, SILVIO. **Direitos Humanos**. Salvador: JusPodivm, 4ª ed., 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal - TRF-1, Apelação Criminal (AC): AC 0000345-56.2014.4.01.3606, Relator: JUIZ FEDERAL MARLLON SOUSA, Data de Julgamento: 11/09/2019, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 20/09/2019. Disponível em: <<https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/891120910/apelacao-civel-ac-ac-3455620144013606>>. Acesso em: 16 de mai. de 2022.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**, Acórdão Inquérito: Inq 3412 AL. Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 29/03/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-222 DIVULG 09-11-2012 PUBLIC 12-11-2012. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22869960/inquerito-inq-3412-al-stf>>. Acesso em: 16 mai. de 2022.

CONSULTOR JURÍDICO. **Em 11 anos, Justiça condenou 4,2% dos réus por trabalho escravo, diz pesquisa**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jan-28/11-anos-justica-condenou-42-reus-trabalho-escravo>>. Acesso em: 24 de abr. de 2022.

CONSULTOR JURÍDICO. **Em aplicação rara de artigo, juiz condena dois a prisão por trabalho escravo**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-22/aplicacao-rara-artigo-juiz-condena-prisao-trabalho-escravo>>. Acesso em: 24 de abr. de 2022.

CORTEZ, JULPIANO CHAVES. **Trabalho Escravo no Contrato de Emprego e os Direitos Fundamentais**. São Paulo: LTr, 2ª ed., 2015.

Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem.pdf>. Acesso em: 06 de fev. de 2022.

GARCIA, CARLA ROSANE PESEGOGINSKI. **Trabalho escravo e a atuação do Ministério Público do Trabalho.** Jurídico Certo, 2014. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/carlaadvogada/artigos/trabalho-escravo-e-a-atuacao-do-ministerio-publico-do-trabalho-431>>. Acesso em: 09 de dez. de 2021.

GONÇALVES, ISMAELA FREIRE. **Trabalho em condições análogas à de escravo contemporâneo.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5561, 2018. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/65768/trabalho-em-condicoes-analogas-a-de-escravo-contemporaneo>>. Acesso em: 7 dez. 2021.

InPACTO. Trabalho escravo. Disponível em : <<http://www.inpacto.org.br/pb/trabalho-escravo/lista-suja/>>. Acesso em: 03 de fev. 2022.

OLIVEIRA, DIEGO MARCEL F. de. **O TAC como instrumento de negociação nos inquéritos sobre denúncia de trabalho escravo.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518- 4862, Teresina, ano 24, n. 5849, 7 jul. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/74004>>. Acesso em: 9 de dez. de 2021.

PAIXÃO, CRISTIANO; CAVALCANTI, TIAGO MUNIZ (Organizadores). **Combate ao Trabalho Escravo - Conquistas, Estratégias e Desafios.** São Paulo: LTr, 2017.

PEREIRA, MARIA DA CONEIÇÃO MAIA. **A Lista Suja como Instrumento Eficiente para Reprimir a Exploração de mão de obra em Condições Semelhantes à Escravidão.** Revista do Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho, e-ISSN: 2525-9857, Minas Gerais, v. 1. n. 2, p. 273 – 294, Jul/Dez. 2015. (Google acadêmico)

PGT Notícias. **28 de janeiro – Dia Nacional de Combate ao Trabalho Escravo.** Disponível em: <<https://mpt.mp.br/pgt/noticias/em-cinco-anos-mpt-recebe-5-909-denuncias-sobre-trabalho-escravo>>. Acesso em: 21 de fev. de 2021.

RYS, CAMILLA DE VILHENA BEMERGUI (Catálogo USP). **O Ministério do Trabalho e Emprego na Erradicação do Trabalho Escravo: o caso da exploração do carvão vegetal.** Tese (Dissertação de Mestrado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, p. 60, 2011.

REPÓRTER BRASIL. **Dados sobre trabalho escravo no Brasil.** Disponível em: <<https://reporterbrasil.org.br/dados/trabalhoescravo/>>. Acesso em: 09 de dez. de 2021.

REPÓRTER BRASIL. **Escravo Nem Pensar.** Disponível em: <http://escravonempensar.org.br/wp-content/uploads/2019/05/caderno_tocantins_final_baixa.pdf>. Acesso em: 03 de fev. de 2022.

SANTOS, NONNATO MASSON MENDES. **O Crime de Trabalho Escravo Contemporâneo: a cor da imunidade no sistema penal,** 2017. 113f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito/CCSO) - Universidade Federal do Maranhão, São Luís. (Google acadêmico)

SCAFF, LUMA CAVALEIRO MACÊDO. **Sistema de proteção dos direitos humanos e trabalho forçado: o Brasil e a Organização Internacional do Trabalho**. Tese (Mestrado em Direitos Humanos). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, p. 162, 2010.

SMARTLAB - Observatório da Erradicação do Trabalho Escravo e do Tráfico de Pessoas. Disponível em: <<https://smartlabbr.org/trabalhoescravo/localidade/0?dimensao=prevalencia>>. Acesso em: 06 de dez. de 2021.

SCHWARZ, RODRIGO GARCIA. **A abolição necessária – uma análise da efetividade e da eficácia das políticas de combate à escravidão contemporânea no Brasil a partir de uma perspectiva garantista e democrática dos direitos sociais**. Santa Cruz do Sul, 2008, 273. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado) – Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2008.

Tribunal Superior do Trabalho. 28 de janeiro: dia nacional de combate ao trabalho escravo. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/web/trabalhoseguro/programa/-/asset_publisher/OSUp/content/28-de-janeiro-dia-nacional-de-combate-ao-trabalho-escravo?inheritRedirect=false>. Acesso em: 03 de fev. de 2022.

VIANA, MÁRCIO TÚLIO. **Trabalho escravo e "lista suja": um modo original de ser remove uma mancha**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, MG, v. 44, n. 74, p. 189-215, jul./dez. 2006. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/73833>>. Acesso em: 20 de fev. de 2022.

ZUBEN, CATARINA VON; VALENTIM, JOÃO HILÁRIO (Organizadores). **30 Anos da Constituição Federal: Atuação do MPT 1988-2018**. Brasília: Gráfica Movimento, 2018, p. 408.

O USUCAPIÃO E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

SANDRO VESCOVI MOZER BARBOSA:
Bacharel em Direito

RESUMO: A usucapião é um instituto que objetiva conceder a aquisição do domínio de um bem particular a um determinado sujeito, por consequência do tempo de posse desse indivíduo com o bem. A função social da propriedade por sua vez, se configura por ser a observação do proprietário, sobre sua conduta, que não pode se contradizer com o interesse social da coletividade, isto é, deve-se por observância a este instituto, o proprietário utilizar o seu domínio sobre o bem para que este atenda a sua função social, sempre objetivando uma harmonia social. Observando que a legitimadora da usucapião é a função social da propriedade, devemos questionar qual a conduta adotada pelo proprietário do bem usucapido que contrariou a função social da propriedade ao ponto de fazê-lo perder o domínio sobre o bem. A resposta é, a conduta negligente de quem dominava o bem, a atitude negligente do proprietário que, não toma nenhuma providência quando alguém invade sua posse, deixando que uma pessoa fique na posse do bem, por tempo suficiente para adquirir o direito de usucapir, faz com que a legislação entenda que ele não se importa com sua propriedade, enquanto possuidor usucapiente, por estar nesta propriedade se importa e a utiliza, cumprindo, portanto, sua função social.

PALAVRAS-CHAVE: Usucapião. Posse. Função Social.

ABSTRACT: The prescription is an institute which aims to grant the acquisition of the domain of a very particular to a given subject, therefore the time of possession that individual with good. The social function of property in turn, appears to be the observation of the owner, about his conduct, which can not contradict with the social interest of the community, that is, it should be for compliance with this institute, the owner use his dominion over the well so that it meets its social function, always aiming at a public. The harmony that the legitimating of adverse possession is the social function of property, which must question the conduct adopted by well owner who bucked the social function property as to make him lose the grip on the right. The answer is, the negligent conduct of those who dominated the good, the negligent attitude of the owner who takes no action when someone breaks into your possession, allowing individuals are in possession of good, long enough to acquire the right to It makes the legislation to understand he does not care about their property, to be in this property care and use, therefore fulfilling its social function.

KEYWORDS: Adverse possession. Possession. Public function.

1 INTRODUÇÃO

Ao se analisar a usucapião, devemos observância a um instituto que a sua ausência tornaria irrelevante ou até mesmo injusto todo o mecanismo da usucapião, pois a falta deste instituto não legitimaria a própria existência da usucapião.

A usucapião é um instituto que objetiva conceder a aquisição do domínio de um bem particular a um determinado sujeito, por consequência do tempo de posse desse indivíduo com o bem. A função social da propriedade por sua vez, se configura por ser a observância do proprietário, sobre sua conduta, que não pode se contradizer com o interesse social da coletividade, isto é, deve-se por observância a este instituto, o proprietário utilizar o seu domínio sobre o bem para que este atenda a sua função social, sempre objetivando uma harmonia social.

O instituto do usucapião, é em síntese a aquisição da propriedade decorrente do uso de certo bem por um tempo determinado em lei, em conjunto, abordaremos a função social da propriedade, que se resume por ser a observância dos sujeitos que atuam na sociedade em propiciar um uso adequado de sua propriedade, prezando pelo interesse coletivo em detrimento do individual.

Este instituto de tanta valia e inerente a usucapião é a função social da propriedade; a função da propriedade se baseia na ideia de que todo aquele que habita em sociedade deve contribuir para preservar o bem-estar social, elevando a proteção ao bem comum e rebaixando os interesses individuais que chocam com os coletivos. E ainda, os aspectos constitucionais e infraconstitucionais que compõe a usucapião e a função social da propriedade, bem como as espécies de usucapião existentes no nosso ordenamento.

Sob esse enfoque, a questão agrária brasileira, longe de ter sido resolvida, tem trazido à baila uma constante busca por soluções que atendam à grande demanda pela distribuição da terra aos agricultores. O presente trabalho visa analisar esta problemática tendo como escopo uma espécie de bens públicos, as terras devolutas, com o instituto da Usucapião Pro Labore como mecanismo jurídico possível a corroborar no processo de distribuição e regulamentação das terras aos agricultores familiares.

Apesar de ter sido um avanço, no sentido de garantir que pequenos agricultores pudessem ter acesso à propriedade das terras que ocupassem, após a Constituição Federal de 1988 que vedou a possibilidade de usucapião sobre bens públicos, a usucapião pro labore deixou de afetar as terras devolutas em pleno desacordo com o princípio da função social da propriedade, também inserido na Carta Magna.

Esta proibição, na verdade, foi um retrocesso com relação a legislação anterior, contrariando as constituições pretéritas e leis infraconstitucionais que possibilitavam a

regularização do pequeno agricultor, ocupante de terras devolutas, por meio dessa exceção à imprescritibilidade das terras públicas.

Embora seja uma questão passível de discussão e merecedora de amplo debate tendo em vista sua repercussão social, econômica e jurídica, o tema não costuma ser aprofundado pela grande maioria dos doutrinadores que, ao tratar do assunto, o faz de forma superficial, pois apenas afirma ser proibida a usucapião de bens públicos após a Constituição de 1988, sem problematizar, especificamente, em relação à pro labore para trazer uma justificativa para seu retrocesso impeditivo.

A escassez referente ao assunto mostrou-se uma das dificuldades para o presente trabalho, posto que as faltas de abordagens específicas inerentes ao tema fizeram com que a discussão fosse feita por intermédio de estudos que tangenciassem o assunto, sem que houvesse fontes doutrinárias com teses diretamente voltadas à temática.

A metodologia utilizada foi mediante pesquisa bibliográfica, embasada em obras de autores e especialistas que enfocam a temática, pesquisa na internet, artigos, periódicos e dispositivos legais, sendo a Lei de Terras (Lei nº 601, de 1850); o Estatuto da Terra; a Constituição da República Federativa do Brasil; dentre outros. Procurando assim, compreender os fenômenos referentes ao tema, com opiniões de diferentes especialistas tendo como pano de fundo a legislação.

2 USUCAPIÃO E A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

2.1 CONCEITO

A etimologia da palavra “usucapião” já nos remete a uma breve conclusão da definição do termo; em latim *usucapio - capio*: “tomar”, uso: “pelo uso”, ou seja, tomar pelo uso. A usucapião é conceituada por nossa doutrina, segundo Farias e Rosendal (2016, p. 258) como “modo originário de aquisição de propriedade e de outros direitos reais pela posse prolongada da coisa, acrescida de demais requisitos legais”; por essa definição observamos dois requisitos essenciais à usucapião, a posse, e está por um tempo prolongado; a usucapião é então uma ferramenta utilizada com o escopo de fazer a posse prolongada de algo se tornar propriedade do possuidor, a usucapião é portanto, um modo de aquisição de propriedade.

Os doutrinadores Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2015) acrescentam ainda quando conceituam o tema, que a usucapião pode ser utilizada como meio de aquisição de outros direitos reais, isto é, pode-se usucapir não só bens móveis e imóveis, mas outros direitos reais como por exemplo o usufruto, uso, habitação e servidões prediais. A usucapião deve observância a todos os requisitos legais, e havendo a subsunção de tais

requisitos, o possuidor já faz jus a propriedade do bem ou do direito real, afirmação está confirmada pelo ilustre professor de direito civil Carlos Roberto Gonçalves (2015, p.275) que ao abordar a natureza da ação de usucapião nos traz a seguinte redação: “A ação de usucapião é de natureza meramente declaratória.”

Na sentença o julgador limita-se a declarar uma situação jurídica preexistente”; sendo a usucapião apenas um modo de tornar a propriedade devidamente declarada, destarte, observa-se que a sentença da ação de usucapião tem caráter declaratório, e não constitutivo ou condenatório, pois ao atender aos requisitos legais destinados a usucapião, o possuidor já se torna proprietário da coisa no mundo dos fatos, servindo a ação de usucapião apenas como um instrumento declaratório dessa realidade, a fim de tornar essa propriedade real também no mundo jurídico formal para efeitos de registro imobiliários (no caso de imóvel) ou demais providencias necessárias a propriedade.

2.2 OS TIPOS DE USUCAPIÃO

Serão analisados neste capítulo as quatro espécies de usucapião, previstas na legislação nacional atual: a usucapião extraordinária e a ordinária e as especiais, urbana e rural (ou *pro labore*).

2.2.1 Usucapião extraordinária

Abordaremos como primeira espécie de usucapião, a mais decorrente delas nos processos nacionais e também pelo fato de esta espécie estar prevista no primeiro dos artigos que abordam o instituto da usucapião; a usucapião extraordinária, está presente no capítulo II, seção I (Da usucapião) do Código Civil; destarte, a inteligência do artigo 1.238 e o seu parágrafo único disciplinam que:

Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis.

Parágrafo único. O prazo estabelecido neste artigo reduzir-se-á a dez anos se o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Sendo, portanto, características da usucapião extraordinária) A posse mansa e pacífica, ininterrupta, exercida com animus domini; instituto este obrigatório para qualquer espécie de usucapião, visto ser a posse um elemento intrínseco ao instituto da usucapião.
b) A decorrência do prazo de 15 anos, ou se de acordo com o parágrafo único, de 10 anos.
c) dispensa-se justo título e boa-fé

Na usucapião extraordinária, como observou-se, existe a previsão de dois prazos, o primeiro de 15 (quinze) anos, e o segundo de 10 (dez) anos explanado no parágrafo único do artigo 1.238. Como regra utiliza-se o prazo de 15 anos previsto no caput do artigo, porém se o possuidor cumprir a função social da propriedade nos ditames que a lei prescreve esse prazo é reduzido em cinco anos, portanto, há redução do prazo quando o possuidor usucapiente houver estabelecido no imóvel sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo.

Vemos, portanto, que a usucapião e a função da propriedade não se separam, não servindo agora a função social da propriedade apenas como legitimadora para usucapião, mas também como ferramenta redutora do prazo de aquisição do direito de usucapião (VENOSA, 2019).

Quando a usucapião se enquadra no parágrafo único, ela é denominada de usucapião extraordinária abreviada, pelo fato óbvio de ser seu prazo para aquisição abreviado; o professor Carlos Roberto Gonçalves (2015, p.260) ao disciplinar a usucapião extraordinária abreviada faz um importante comentário, quanto ao a redução do prazo:

Para que ocorra a redução do prazo não basta comprovar o pagamento de tributos, uma vez que, num país com grandes áreas despovoadas, poderia o fato propiciar direito a quem não se encontre em situação efetivamente merecedora do amparo legal. Pareceu mais conforme aos ditames sociais, situar o problema em termos de “posse-trabalho”, que se manifesta por meio de obras e serviços realizados pelo possuidor ou de construção, no local, de sua morada.

O professor faz uma importante observação, dizendo que para utilizar-se da usucapião extraordinária abreviada o que se leva em consideração não é apenas o cumprimento de uma obrigação tributária, mas o contexto social da propriedade no tocante a posse e o trabalho (obras, construções, serviços de benfeitoria etc.) realizado por decorrência dessa posse.

2.2.2 Usucapião ordinária

A usucapião ordinária está disciplinada no artigo 1.242 do Código Civil, com a seguinte prescrição:

Art. 1.242. Adquire também a propriedade do imóvel aquele que, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé, o possuir por dez anos.

Parágrafo único. Será de cinco anos o prazo previsto neste artigo se o imóvel houver sido adquirido, onerosamente, com base no registro constante do respectivo cartório, cancelada posteriormente, desde que os possuidores nele tiverem estabelecido a sua moradia, ou realizado investimentos de interesse social e econômico.

São, então as características da usucapião ordinária:

- a) A posse mansa, pacífica e ininterrupta, exercida com a intenção de dono;
- b) O decurso do tempo de 10 (dez) anos ou de 5(cinco) anos, conforme os ditames do parágrafo único.
- c) Justo título formalizado e devidamente registrado.

Para que falemos de usucapião ordinária, necessariamente, ao contrário da usucapião extraordinária, deve existir justo título e boa-fé e, por conseguinte, o prazo para usucapir é de dez anos, menor do que o prazo previsto na usucapião extraordinária (quinze anos), que não possui existe justo título ou boa-fé.

Ainda, o parágrafo único, dispõe a respeito da redução do prazo para usucapir, que será reduzido para cinco anos quando, o imóvel for adquirido onerosamente, com base no registro em cartório, e posteriormente cancelado por consequência da presença de algum vício, destarte, se os possuidores estabelecerem sua moradia ou realizarem investimentos que atendam a interesses sociais e econômicos poderão utilizar do prazo reduzido previsto no parágrafo; mais uma vez Observou-se na legislação uma proteção diferenciada para atitudes que atendam a função social da propriedade, neste caso, reduzindo o prazo de 10 (dez) para 5 (cinco) anos. Por conta da redução prevista, a usucapião que atenda a subsunção do parágrafo único é denominada de usucapião ordinária abreviada, ou conforme preferem alguns doutrinadores, denominada de usucapião ordinária social (DINIZ, 2016, p.184).

2.2.3 Usucapião especial

Por todo o nosso estudo, depara-se com a usucapião e a função social da propriedade, e já há muito, nos convencemos que os dois institutos são casados e inseparáveis, não existindo razão de haver a usucapião, ao não ser, para atender a função social da propriedade.

Acontece que, mesmo estes institutos estando unidos em todo caso de usucapião, existem situações em que a função social da propriedade é tão relevante que a lei entende que devesse utilizar o instituto da usucapião de um modo especial, em prol dessa função

social atinente a propriedade. Destarte, a Constituição Federal disciplina dois tipos de usucapião, denominados e conceituados pela doutrina como especiais, sendo, a usucapião especial rural ou *pro labore*, e a usucapião especial urbana.

2.2.3.1 Usucapião especial urbana

Como dito, os modos de usucapião especiais são disciplinados por nossa Carta Magna, sendo a usucapião especial urbana uma novidade introduzida pela Constituição Federal de 1988, estando esta espécie de usucapião preceituada no artigo 183 da constituinte, e nos seus respectivos parágrafos, in verbis:

Art. 181. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

A usucapião especial urbana é também denominada pela doutrina de pró-moradia, *para o habitazione*, ou habitacional (DINIZ, 2016, p.186), sendo, portanto, claro seu objetivo direto, que é propiciar de modo célere, habitação a quem necessite.

Sob o prisma de que o solo urbano não deve ficar sem o devido aproveitamento, a Constituição Federal, preceitua o direito de o possuidor adquirir imóvel urbano, desde que este imóvel não seja público (183, §3º, CF/88), que tenha sua dimensão limitada a até 250 m², seja destinado para sua moradia ou de sua família, e o usucapiente não possua outro imóvel. Vale ressaltar, que esta espécie de usucapião não se aplica ao terreno urbano sem construção, tendo em vista a necessidade expressa no caput do artigo 183 da CF/88, de ser requisito a utilização do imóvel para sua moradia ou de sua família; ainda se ressalta que a usucapião especial urbana, não necessita de justo título ou boa-fé (GONÇALVES, 2015, p.264).

Como em todas as espécies de usucapião abordadas até esse momento, existe também a possibilidade de uma alteração no prazo necessário para legitimar essa espécie

de usucapião, neste caso, o prazo de 5 (cinco) anos, sofre alteração e é reduzido para 2 (dois) anos.

A usucapião especial urbana, também conhecida pela doutrina como usucapião familiar, é aquela cujo prazo necessário soma dois anos, estando prevista no artigo 1.240-A do Código Civil de 2002, verbis:

Art. 1.240-A. Aquele que exercer, por 2 (dois) anos ininterruptamente e sem oposição, posse direta, com exclusividade, sobre imóvel urbano de até 250m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) cuja propriedade dívida com ex-cônjuge ou ex-companheiro que abandonou o lar, utilizando-o para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio integral, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural

Portanto, se um cônjuge vier a abandonar um imóvel onde residia com sua família, que era proprietário ou pertencia ao casal, poderá o ex-cônjuge ou ex-companheiro que sofreu o abandono, passado o prazo de 2 (dois) anos, requerer o domínio do bem, se após o abandono tiver permanecido no imóvel e contando que este imóvel possua a metragem máxima de 250 m².

Perceba que a lei é muito clara ao definir a metragem necessária para a composição da usucapião especial urbana, portanto, se um imóvel possui 300 m², mesmo que só tendo ultrapassado 50 m² do estipulado nos artigos, o possuidor terá que recorrer aos preceitos da usucapião extraordinária ou ordinária, mas conforme a lei dita, além dos outros requisitos, deve o imóvel, necessariamente, ter até 250 m² para manter seu caráter de aquisição especial.

2.2.3.2 Usucapião especial rural

O professor Carlos Roberto Gonçalves (2015, p. 262) traz uma análise histórica da usucapião rural ou *pro labore*, que foi introduzida no direito brasileiro pela Constituição Federal de 1934, permaneceu na constituinte de 1937 e de 1946, tendo tido sua eficácia reduzida pela Emenda Constitucional de 1969, que conduziu sua matéria ao aguardo de promulgação de lei ordinária.

Até ser sancionada lei ordinária atinente a usucapião *pro labore*, aplicou-se a Lei n.4.504, de 30 de novembro de 1964 (Estatuto da Terra), dezessete anos depois foi sancionada a Lei n.6.969, datada de 10 de dezembro de 1981, sancionada especialmente para reger a usucapião especial rural. Atualmente, a Constituição Federal de 1988, regula este modo especial de usucapião, estando em seu artigo 191 e no parágrafo único respectivo, os preceitos que norteiam esta usucapião.

Portanto, a usucapião especial rural é destinada a áreas rurais de até 50 (cinquenta) hectares, e o prazo necessário para a concepção do direito de usucapir é de 5 (cinco) anos, não sendo possível, assim como em qualquer outra espécie de usucapião, mas é necessário reafirmar, por conseguinte do parágrafo único do artigo 191 que trata da usucapião especial rural, a usucapião de imóveis públicos. Acontece que, para se utilizar o instituto da usucapião rural especial, não basta haver a posse cumprida pelo prazo legal estipulado, sobre uma área da metragem ditada, mas exige-se uma ocupação produtiva deste imóvel, devendo o usucapiente não só morar, mas trabalhar neste imóvel rural. Depara-se novamente com a importância da função social da propriedade, visto aqui ser ela aqui observada para existir ou não esta espécie de usucapião, pois se ela não atuar do modo esperado pelo ordenamento jurídico, se quer existe a usucapião especial rural.

Outro importante requisito, também relacionado à função social da propriedade é a necessidade de, para caracterização deste modo especial rural de usucapião, existir a morada do usucapiente e de sua família, fato este que impede, por exemplo, pessoas jurídicas utilizarem desta espécie, por consequência de não terem família nem morada (GONÇALVES, 2015, p.263); não havendo, assim como vimos na usucapião especial urbana, a necessidade de justo título e boa-fé.

Portanto, atendendo a função social da propriedade rural, que o artigo 191 da Constituição Federal sintetiza por ser o trabalho rural do usucapiente na propriedade, de até 50 (cinquenta) hectares, pode o usucapiente que ininterruptamente, por 5 (cinco) anos possuir a propriedade, a adquirir por esta modalidade de usucapião.

2.3 A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E A USUCAPIÃO

Decorrente da enorme significância inata à função social da propriedade, a nossa Constituição Federal de 1988, lhe concedeu um caráter de especial importância, estando o tema no bojo das cláusulas pétreas, classificada entre os Direitos e Garantias Fundamentais, no artigo 5º, inciso XXIII, por consequência a função social da propriedade nunca poderá passar sem ser observada, devendo estar presente em todas as situações que envolvam o tema, propriedade.

Além desta já suficiente previsão constitucional citada no parágrafo anterior, a nossa Constituição Federal trouxe o tema em diversos outros artigos, fazendo com que este instituto exista em várias esferas jurídicas (constitucional, civil e também tributária). Os demais artigos constitucionais que aludem a função social da propriedade estão elencados do seguinte modo: 153, § 4º e 156, §1 – relacionado à contribuição tributária; 170, II – a função social aparece como princípio atinente a justiça social; 182, § 2 – alude a função social da propriedade urbana; 184 e 185 – versa a respeito da desapropriação em prol da função social da propriedade; 186 – alude a função da propriedade urbana

Todos esses dispositivos se preocupam diretamente em explicar a função social da propriedade, demonstrando que não basta ao proprietário preencher apenas os requisitos meramente formais (registro imobiliário, escritura e outros instrumentos formais) para garantir sua propriedade de modo perpétuo, mas há a necessidade de fazer com que sua propriedade alcance os preceitos sociais adequados a coletividade para que ele não a perca.

Ao analisar a usucapião, de primeira mão verifica-se que a atitude presente na usucapião parece ser um ato antijurídico, visto que o ato inicial da usucapião pode ser caracterizado como uma ação ilícita, se não veja-se, a usucapião pode ser iniciada por uma invasão decorrente até de violência a uma propriedade alheia, porém o Código Penal não tipifica essa ação como criminosa e portanto, esse ato pode ser considerado legítimo, tudo isso decorre por conta da função social da propriedade, isto é, se houver uma conduta antissocial do proprietário possuidor dessa propriedade, o invasor pode tê-la para si de modo legítimo (FIGUEIREDO, 2018).

Quando se relaciona a função social da propriedade com o instituto da usucapião, devemos lembrar que há um elemento primordial para legitimar a função social da propriedade, pois quando se fala que um indivíduo pode perder a sua propriedade por consequência da necessidade de se atender uma função social, é necessário responder à pergunta: qual a ação antissocial adotada pelo proprietário é caracterizada como antissocial ao ponto de legitimar que outro (um invasor) a retire? Eis que Troplong (1852, p. 43) já respondia a muito tempo a essa questão do seguinte modo:

Há interesse social de que a lei se aproveite da negligência do proprietário para conceder uma anistia àquele que, durante anos de trabalho, de atividade e esforço, pagou suficiente a violação de um direito não reclamado.

Portanto, verifica-se que a negligência do proprietário é a atitude antissocial legitimadora da usucapião, isto é, a nossa legislação entende que a negligência possui tamanho suficiente para fazer uma propriedade se tornar de outrem, e, portanto, em regra, a usucapião inexistente na falta da negligência do dono da coisa, sendo no caso da usucapião, a ação negligente a responsável pela concepção da função social da propriedade. Existe, portanto um segmento iniciado pela negligência que conduz a posse à usucapião, conforme demonstrado a seguir: Negligência concebe → a função social da propriedade que legitima → a usucapião.

Por esse ponto observa-se que o direito a usucapião nasce, não quando o indivíduo conquista a posse da coisa por um tempo determinado tempo, mas a usucapião é concebida pela negligência do dono da coisa, isso significa que a responsabilidade principal pela usucapião não está nas mãos do possuidor "invasor", mas nas mãos do

proprietário, portanto o próprio proprietário que cria as condições que conduzirão à usucapião de seu próprio bem ou do direito real.

A função social da propriedade, como já dito neste capítulo, consiste na observação pelo indivíduo que compõe uma sociedade a fazer com que sua propriedade atenda ao bem-estar social, sendo por consequência, uma ferramenta necessária para o resultado de uma harmonia social entre os sujeitos desta coletividade. Estando, portanto, claro o objetivo da função social da propriedade, verifica-se ainda que ela é a legitimadora da usucapião, isto é, não haveria motivo para a existência da usucapião, senão para atender a função social da propriedade.

Essa ferramenta social da propriedade é muito extensa e como sabemos legitima a usucapião, porém ela não é cega, e tendo em vista o seu caráter principal que é a harmonia social, ela também enxerga situações que não cabem a usucapião, ou seja, existem situações que para se manter uma segurança jurídica, a harmonia social, enfim, para atender a função social da propriedade, se faz necessário não permitir a usucapião, pois pelo contrário haveria uma injustiça e, por conseguinte uma desarmonia social. Veja-se, portanto, quando a função social da propriedade se opõe a usucapião. A fim de se evitar a utilização abusiva da ferramenta da usucapião, fato este considerado como uma atitude contra a função social da propriedade, a lei e doutrina não permitem, a utilização da usucapião de bens, nas circunstâncias a seguir apontadas pela ilustre professora Maria Helena Diniz (2016, p.176):

a) Coisas fora de comércio, decorrente de sua natureza, por não serem suscetíveis de apropriação pelo homem: a lei obsta de modo terminantemente a aquisição de bens que por sua natureza não podem ser apropriados pelo homem, como por exemplo, o vento e o ar, bens. Imaginemos, em um exemplo hiperbólico, o absurdo que seria alguém querer ser proprietário da luz solar, e como proprietário cobrar para que pessoas a utilizassem em determinada região, sem dúvidas é algo impensável tendo em vista a natureza desse bem (luz solar), e mesmo que bens desta natureza fossem passíveis de usucapião, pensemos em quantas pessoas iriam requerer sua propriedade pelo fato de terem utilizado o vento, o ar ou a luz, por exemplo, por tempo suficiente para usucapir. Destarte a lei sabiamente proíbe a usucapião de bens que por sua natureza, não são suscetíveis de apropriação.

b) os bens públicos: os bens públicos não passíveis de apropriação, por se tratar de coisa comum da sociedade, ou seja, um não pode

requerer como seu algo que pertença a toda uma sociedade. Há algum tempo, esse tema gerava grande controvérsia entre os juristas, e parte destes pregava que os bens públicos poderiam ser usucapidos se houvesse posse tranquila pelo período de 40 anos, porém com o advento do Decreto n.22.785/33 esta controvérsia foi resolvida, conforme ditado do texto do artigo 2º deste decreto “os bens públicos, seja qual for sua natureza, não estão sujeitos a prescrição”, neste sentido nenhum bem público pode ser usucapido, por não correr prazo de prescrição sobre ele.

c) Bens que, por seu caráter subjetivo, mesmo estando em comércio, dele são excluídos, necessitando que o possuidor invertesse o seu título possessório: emprestando o exemplo de Diniz, podemos citar o caso do condômino que deseja usucapir em face dos demais comunheiros; a doutrina e a jurisprudência (RTTJSP, 45:184) entendem ser impossível a usucapião entre condôminos, enquanto perdurar o estado indivisível do bem, visto que não pode haver usucapião de área incerta. Para ser possível a usucapião nesse caso, seria necessário o comportamento de proprietário exclusivo ou o condômino inverter sua posse, abrangendo o todo, pois ao possuir o todo cessará o estado de comunhão do bem.

Não havendo, portanto, a possibilidade de se adquirir quaisquer dos bens supracitados por meio da usucapião, em síntese os bens se resumem em bens fora de comércio não suscetíveis de apropriação, bens públicos e bens que necessitam da inversão do título possessório para a usucapião, visto seu caráter subjetivo. Ainda por resultado social da propriedade, a legislação aponta sujeitos que mesmo se tratando de bem suscetível a usucapião, não poderão usucapir por conta de uma condição que a legislação entende que causaria um desconforto social.

O artigo 1.244 do Código Civil traz o texto que trará luz a quem são estes sujeitos, dizendo o texto do artigo “ estende-se ao possuidor o disposto quanto ao devedor acerca das causas que obstem, suspendem ou interrompem a prescrição, as quais também se aplicam à usucapião”, sendo, conforme elencado por Diniz (2016, p.175), os seguintes sujeitos cuja usucapião não é passível:

- a) Entre cônjuges na constância do casamento
- b) Entre ascendentes descendentes, durante o poder família
- c) Entre tutelados e tutores, curatelados e curados, durante a tutela ou curatela

- d) em favor de credor solidário nos casos dos artigos 201 e 204, §1º do Código Civil, ou herdeiro do devedor solidário.
- e) contra absolutamente incapazes (artigo 3º do Código Civil)
- f) contra ausentes do País em serviço público a ente (s) federativo (s)
- g) contra os que se acharem servindo nas Forças Armadas, em tempo de guerra
- h) pendendo condição suspensiva
- i) não estando vencido o prazo
- j) pendendo ação de evicção
- k) Antes da sentença que julgará fato que deva ser apreciado na esfera criminal
- l) havendo citação feita ao devedor
- m) havendo protesto
- n) se houver apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores
- o) se houver ato judicial que constitua em mora o devedor
- p) havendo qualquer ato inequívoco que importe em reconhecimento do devedor, alcançando inclusive o fiador.

Eis que insta reafirmar, que os bens podem ser suscetíveis de usucapião, porém para estes sujeitos a usucapião não surtirá efeitos, a não ser que se extinga a relação que os coloca nas condições supracitadas. O prazo para estes indivíduos tem caráter suspensivo, sendo, portanto, suspensos quando o sujeito se encontra condicionado a uma destas situações e, por conseguinte, ao não mais estar em uma destas condições reinicia-se a contagem do prazo para a usucapião.

3 O USUCAPIÃO RURAL SOB O ENFOQUE DA REGULARIZAÇÃO DA POSSE DE PEQUENOS PRODUTORES EM TERRAS DEVOLUTAS

3.1 A FUNÇÃO SOCIAL DA SOCIEDADE E O USUCAPIÃO RURAL (TERRAS DEVOLUTAS)

Oportunamente, buscou-se apresentar o processo histórico da constituição da propriedade rural no Brasil, demonstrando como foi possível chegar a um nível tão acentuado de concentração da propriedade em um país com dimensão continental. Esse processo deixou uma massa de trabalhadores à mercê de um pedaço de chão para dele tirar seu sustento e poder participar de forma ativa da construção de uma nação rica, igualitária e justa, onde, a conquista desse espaço, na maioria das vezes, se dá com “sangue, suor e lágrimas”.

A seguir tratar-se-á a respeito do mecanismo existente com potencial para ajudar a reverter o quadro caótico em que se encontra a estrutura fundiária brasileira.

Consequentemente, como reflexo dessa reorganização fundiária, também é possível solucionar problemas sociais que afligem os grandes centros como o inchaço urbano e o avanço da violência. Afinal, ao dar condições dignas, garantindo uma área mínima, suficiente para nela trabalhar e progredir, os atuais despossuídos sairão desta situação de ônus social para a autossuficiência podendo gerar renda para si e riqueza para o país. Deixando evidente a importância da agricultura familiar no processo de fomento da economia para o país (CAMPOS, 2016).

Esses mecanismos passam pela aplicação do princípio da função social da propriedade, mais especificamente da propriedade pública por estar se tratando de terras devolutas. Ao ampliar o uso desta espécie de bem o poder público cumpre o dever de possibilitar o uso dos bens públicos atendendo ao interesse da coletividade da forma mais ampla possível.

A respeito da função social da propriedade, Silva (2017) afirma que sua noção surge, no mundo jurídico, no final do século XIX, como fruto do trabalho de Léon Duguit. Tal conceito contrapõe-se à concepção da propriedade como um direito absoluto como era visto na antiga Roma e como havia sido consagrado no início do século, refletindo o individualismo jurídico vigente. O Código Civil de Napoleão no art. 544 evidencia essa ideia ao dispor que “a propriedade é o direito de gozar e dispor da coisa da maneira mais absoluta”. Para Dogue (1911 apud GOMES, 2015), a propriedade tende a se tornar a função social de quem detém a riqueza mobiliária e imobiliária, deixando de ser o direito subjetivo do indivíduo. Para ele, a propriedade acarreta para todo detentor de uma riqueza o dever de empregá-la para o crescimento da riqueza social e para a interdependência social. Só podendo o proprietário executar uma certa tarefa social. Cabendo a ele aumentar a riqueza geral utilizando a sua própria. Dessa forma, a propriedade não é, de modo algum, um direito intocável e sagrado, mas um direito em constante mudança que se deve adaptar sobre as necessidades sociais às quais deve responder.

Logo, essa nova concepção da propriedade privada sendo vista de forma relativizada em função da relação e dos limites impostos pelos reflexos na sociedade,

trazendo consigo responsabilidades ao proprietário que condicionam o seu poder sobre a coisa. De modo a usar ou não usar, ou mesmo de devastar, de forma irresponsável, agora se mostra limitado para atender esse princípio em que a propriedade deve cumprir com suas funções sociais, sendo um poder dever, sob pena de perda da propriedade, caso não produza ou o faça de forma a afetar negativamente a sociedade a que pertença.

Apesar de ser visto como uma limitação principalmente à propriedade privada, a função social da propriedade também diz respeito aos bens públicos. Para Di Pietro (2016), não existe motivo para excluir os bens dominicais da aplicação das normas constitucionais que asseguram a função social da propriedade para enquadrá-los aos planos de reforma agrária, até porque a C.F. contém norma expressa a esse respeito, determinando, no art. 188, que a destinação de terras públicas e devolutas será compatibilizada com a política agrícola e com o plano nacional de reforma agrária.

Com respeito às terras devolutas, estas compõem os bens dominicais do Estado. Estes bens são definidos pelo art. 99, inciso III, do Código Civil Brasileiro, como sendo aqueles que “constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades”. Eles fazem parte do patrimônio público disponível, são os bens do Estado que podem ser vendidos, permutados ou cedidos, ou com os quais se possam fazer operações financeiras em virtude de disposições legais especiais de autorização.

De acordo com Di Pietro (2016), muito embora o poder público possa dispor desses bens do mesmo modo que o particular, existem normas de direito público que derogam, parcialmente, o direito privado. Tem-se como exemplo as normas que impedem a penhora, a usucapião ou exigem licitação para contratos que envolvam bens públicos. Não sendo possível se afastar completamente do direito público quando o patrimônio esteja envolvido em uma relação jurídica de qualquer natureza.

A referida autora acredita estar superada a tese que atribuía aos bens dominicais uma função puramente patrimonial ou financeira. Afirma que muito embora essa função permaneça, podendo constituir importante fonte de recursos para o erário público, não há dúvida de que a esses bens possa e deva ser dada finalidade pública, aplicando o princípio da função social da propriedade.

Salienta ainda que, por ser sujeito ativo do poder de desapropriar para fins de reforma agrária (art. 184 da CF), a União pode exercer seu poder sobre bens públicos estaduais e municipais. Sendo assim, a ideia de função social não é incompatível com a propriedade pública, afinal, relacionado ao dever de utilização, esta já tem uma finalidade pública que lhe é inerente e que deve ser fomentada para que melhor atenda ao interesse público, principalmente com relação aos objetivos constitucionais direcionados ao pleno

desempenho das funções sociais da propriedade garantindo a dignidade da pessoa humana.

Portanto, com relação aos bens dominicais, mais especificamente às terras devolutas, a função social obriga o poder público a garantir seu uso para que atenda às demandas sociais dentre as quais, o acesso à propriedade rural para agricultores sem-terra através da distribuição delas, implementando a reforma agrária.

Buscando atender à demanda social pela distribuição da propriedade rural foi instituída na Constituição de 1934 a usucapião pro labore aplicável tanto à propriedade privada quanto à pública. Dessa forma, de acordo com Silva (2017), esse texto constitucional, seguindo o movimento do constitucionalismo social, assegura ao cidadão direitos econômicos, sociais e culturais além dos direitos civis e políticos clássicos, oferecendo um novo enfoque ao direito de propriedade de forma a atender sua função social.

Importante destacar como essa postura estatal se adequa ao que Carvalho (205) dispôs fazendo uma análise histórica brasileira, no que diz respeito aos direitos civis, políticos e sociais, demonstrando que essa jornada rumo à cidadania pode ser uma das razões para as dificuldades existentes no Brasil. Para ele, houve uma inversão na cronologia e na lógica da sequência descrita por Marshall (2011). Argumenta que primeiro vieram os direitos sociais, implantados em período de supressão dos direitos políticos e de redução dos direitos civis por um ditador que se tornou popular, como ocorreu em relação à Constituição de 1934.

O autor continua sua proposição afirmando que os direitos políticos vieram depois, também de maneira bizarra, pois a maior expansão do direito do voto deu-se em outra ditadura, onde os órgãos de representação política tornaram-se peças decorativas do regime. Afirma, ainda que a base da sequência de Marshall, muitos dos direitos civis, continuam inacessíveis à maior parte da população, mesmo atualmente, gerando uma sensação de mal-estar devido sua incompletude.

3.2 USUCAPIÃO PRÓ-LABORE

Criado pela Constituição de 1934 a usucapião pro labore representou grande mudança em relação às anteriores políticas agrícolas por incentivar a pequena propriedade em detrimento ao latifúndio improdutivo. Pela primeira vez era positivado em um texto legal o direito de usucapir um imóvel estatal possibilitando a criação de pequenas propriedades.

O art. 125 da referida Constituição determinava que:

Todo brasileiro que, não sendo proprietário rural ou urbano, ocupar, por dez anos contínuos, sem oposição nem reconhecimento de domínio alheio, um trecho de terra de até dez hectares, tornando-o produtivo por seu talento e tendo nele sua morada, adquirirá o domínio do solo, mediante sentença declaratória, devidamente transcrita. Conforme se verifica, o dispositivo legal traz alguns requisitos específicos a esta forma de usucapião, dentre os quais a necessidade de que o usucapiente seja brasileiro, sem ter distinguido se nato ou naturalizado; deve ocupar o trecho por dez anos contínuos, sem oposição. Ou seja, de forma ininterrupta e com ânimo de proprietário, posto que não pode haver reconhecimento de domínio alheio; a área ocupada deve se limitar a dez hectares; deve ter tornado a propriedade produtiva além de nela residir; o usucapiente não pode possuir propriedade urbana ou rural.

A Constituição de 1937 manteve a mesma redação. Porém a Carta de 1946 traz algumas modificações quanto à possibilidade de o usucapiente ser estrangeiro e em relação à extensão que passa a ser de vinte e cinco hectares a limitação da área a ser usucapida. Em 1964, após o Golpe Militar é promulgada a Emenda Constitucional nº 10, de 09-11-1964 alterando o art. 156, § 3º da Constituição de 1946.

Com a referida Emenda a regulamentação da usucapião pro labore ficou a cargo de lei infraconstitucional, estando disciplinada no art. 98 do Estatuto da Terra e na lei nº 6.969 de 1981. Estes dispositivos legais trouxeram consigo a preocupação em garantir uma área mínima usucapível capaz de garantir a subsistência e o progresso econômico familiar.

A Constituição de 1967 silencia com relação à usucapião pro labore ficando a cargo exclusivamente do ET a normatização de tal instituto e, posteriormente, da Lei nº 6.969/81 que trata especificamente da usucapião especial de imóveis rurais.

A Constituição de 1988 eleva novamente o instituto ao seu texto trazendo-o no art. 191, porém de forma genérica exclui os imóveis públicos da possibilidade de serem usucapidos, o que vem sendo interpretado pela maior parte da doutrina e da jurisprudência como um impedimento à usucapião pro labore sobre terras devolutas. Entretanto, é importante ressaltar que essa interpretação não é unânime, há doutrinadores que defendem a ideia de que permanece a possibilidade dessa modalidade de usucapião, nessa espécie de bens dominicais.

3.3 A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A VEDAÇÃO À USUCAPIÃO PRO LABORE.

A atual Constituição vetou a possibilidade da usucapião de bens públicos, se alinhavando ao entendimento da súmula 340 do STF aprovada em 1963 que dispõe o seguinte: “Desde a vigência do Código Civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião”. Atitude louvável do constituinte, posto que o patrimônio público deve ser resguardado por ser um direito coletivo. Mesmo em se tratando dos bens dominicais, apesar desse termo não constar no art. 183, §3º, nem do art. 191, parágrafo único, onde consta a referida proibição.

Apesar de serem bens do Estado que não estão afetados diretamente por alguma função pública, exercendo uma função social evidente, observou-se no decorrer deste trabalho que estes bens, especificamente no que diz respeito às terras devolutas, trata-se de relevante reserva patrimonial, no que tange a possibilitar o Estado na consecução de políticas públicas, seja na comercialização dessas terras, seja na sua implementação para a reforma agrária. Portanto, entende-se que a vedação à usucapião de bens públicos é salutar, entretanto é necessário que se faça uma ressalva com relação à usucapião pro labore (CAMPOS, 2016).

A preocupação em preservar o patrimônio estatal das terras devolutas, evitando a formação de grandes propriedades rurais às custas do empobrecimento público, se prolonga na história brasileira desde o governo Vargas. Contudo, se por um lado essa limitação ao latifúndio foi uma constante a partir de então, do mesmo modo tem início nesse mesmo período a busca por mecanismos capazes de reverter a grande concentração de terras visando sua distribuição de forma mais equânime pelas diversas vantagens que isso acarreta a vida dos camponeses, na questão da urbanização dos grandes centros e na riqueza da nação.

Verifica-se, portanto, que foi a partir do governo Vargas que se teve uma normatização de forma direta impedindo a usucapião de terras devolutas pelo Decreto nº 19.924 de abril de 1931. Por outro lado, objetivando concretizar uma política de fixação do homem no campo e de popularização da propriedade rural, foi criada a usucapião pro labore na Constituição de 1934. Ou seja, com isso o Governo brasileiro se propôs a dispor de seu patrimônio buscando tais objetivos sociais.

Essas diretrizes foram mantidas desde então permanecendo historicamente durante os diversos governos e regimes, inclusive ditatoriais, por se mostrarem adequadas a possibilitar que o Estado conserve seus bens frente a possíveis dilapidações e, ao mesmo tempo, possibilite a efetivação do acesso à propriedade rural ao pequeno produtor que vive em terras devolutas. Por essa análise verifica-se que, ao proibir a usucapião de terras públicas de forma genérica, o legislador constituinte regrediu em termos de garantia aos direitos fundamentais por não deixar uma ressalva quanto à usucapião pro labore de terras devolutas, tendo em vista ser uma conquista social revogada pela Constituição Cidadã.

Por outro lado, é importante ressaltar a possibilidade de uma interpretação alternativa em relação a esta norma, interpretação defendida por alguns doutrinadores levando em conta o princípio da função social da propriedade.

Nesse contexto, Farias e Rosendal (2016) fazem uma distinção entre os bens formalmente e materialmente públicos. Quanto aos primeiros, seriam os bens registrados em nome da pessoa jurídica de Direito Público, mas sem uma ocupação direta, não exercendo nenhuma atividade produtiva ou mesmo servindo de moradia. Ao contrário, os bens materialmente públicos dizem respeito àqueles que preenchem os critérios de merecimento e legitimidade, bens que cumprem alguma função social. Nessa linha os autores entendem equivocada a impossibilidade de usucapião sobre bens públicos de forma absoluta, sendo uma ofensa ao princípio da função social da posse e da proporcionalidade. Analisam que se o bem for formalmente público, há possibilidade de ser usucapido, desde que satisfeitos os demais requisitos; sendo materialmente público, haveria óbice à usucapião. Concluem afirmando que enquanto o bem privado “tem” função social, o bem público “é” função social.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, Fortini (2014) argumenta que a Constituição não dispensa os bens públicos do dever de cumprir função social. Para ela não seria possível uma interpretação que fuja ao propósito da norma constitucional. Afirma que além da clareza constitucional, não é sustentável a concepção de que somente os bens privados se dediquem ao interesse social, desobrigando-se os bens públicos dessa função. Acredita que cabe aos bens públicos maior dever de atender à função social (MARQUES, 2019).

A autora justifica ainda que, ao impedir a possibilidade de usucapião de bens públicos, a Constituição buscou proteger os bens que exijam proteção pela função a que se destinam, sendo estes os bens materialmente públicos, visando preservar o interesse público. Desse modo, para a autora, entendimento diverso se distancia da correta interpretação da Constituição Federal, porque implica a redução da exigência constitucional no cumprimento da função social por parte da propriedade pública e da privada (MACHADO, 2018).

Não se busca aqui defender a ideia da possibilidade total e irrestrita de usucapião de terras devolutas, afinal isso já foi possível conforme se verifica em nossa jurisprudência e os resultados não foram benéficos ao Estado, por não terem favorecido a democratização da terra e por terem desfalcado o patrimônio público de reservas tão importantes.

O que se questiona, e os argumentos dos autores acima citados corroboram nesse pensar, é o entendimento que se consolidou jurisprudencialmente amparada pela doutrina majoritária quanto à impossibilidade da usucapião pro labore de terras devolutas por uma interpretação literal do art. 191, parágrafo único e do art. 183, § 3º da constituição em que

em ambos se lê o seguinte: “os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”, deixando de lado uma interpretação mais ampla que leve em consideração o princípio da função social da propriedade.

A respeito do que vem a ser princípio, Bandeira de Mello (2014) o entende como sendo o mandamento nuclear de um sistema, servindo como alicerce dele, definidor da lógica e da racionalidade do sistema normativo, lhe dando sentido harmônico por ser preceito fundamental que se irradia sobre as diferentes normas.

De acordo com Bonavides (2015, p.288) “é graças aos princípios que os sistemas constitucionais ganham a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa”. Nessa linha, se os princípios garantem essa unidade, ao se interpretar essa regra de forma literal, sem levar em conta o princípio fundamental da função social da propriedade constitucionalmente estabelecido, se estará, no mínimo, pecando contra a unidade da constituição. Sem falar que no caso específico, por se tratar de princípios fundamentais diretamente relacionadas ao Estado, haverá um afastamento do próprio sentido constitucional de dar garantias ao cidadão frente ao poderio estatal.

Para o autor acima, ferir um princípio é sem dúvida a mais grave das inconstitucionalidades, não havendo ordem constitucional sem princípio e, por conseguinte, não havendo ordem constitucional não existe garantia para as liberdades, posto que só seja possível seu exercício fora do arbítrio e dos poderes absolutos. Segundo o mesmo autor ao se atropelar um princípio constitucional, de grau hierárquico superior, ataca-se o fundamento de toda a ordem jurídica. Desse modo o doutrinador evidencia a importância do respeito aos princípios constitucionais por serem a base do ordenamento jurídico.

Nesse sentido, o autor argumenta que ao levar em consideração apenas o que está escrito quanto à proibição da usucapião de bens públicos, sem ponderar com o princípio da função social da propriedade, o julgador acaba por se distanciar do sentido renovador constitucional. Ainda que se faça a crítica de que as terras devolutas tenham uma função social por se tratarem de um bem público, um patrimônio público, uma reserva estatal visando sua comercialização para gerar divisas ao Estado, há que se ponderar pela proporcionalidade entre os benefícios atingidos com a venda desse patrimônio e sua aquisição por parte do camponês que nela poderá produzir melhor para si e sua família, caso tenha sua posse regularizada possibilitando o acesso ao crédito, fundamental para o progresso econômico da propriedade.

Para Barroso (2017) o princípio da proporcionalidade trata-se de um parâmetro de valoração em relação aos atos do Poder Público visando verificar se estão eles informados pela justiça, valor superior característico a todo ordenamento jurídico.

Recente matéria do periódico O Popular (ANO 75 – nº 22.031) demonstra a relevância do tema ao constatar que 4,6 mil famílias ocupam 820 mil hectares de terras devolutas só no Estado de Goiás. Essas famílias aguardam títulos oficiais para terem acesso a crédito e desenvolverem as propriedades.

Portanto, verifica-se a relevância em ampliar a discussão sobre a atual blindagem dada às terras devolutas, por deixarem a cargo do Estado a regularização dessas posses, sem que o pequeno agricultor tenha a chance de buscar no judiciário, guarida aos seus direitos. É preciso rever esse retrocesso que extinguiu o direito do agricultor familiar de regularizar sua posse em terras devolutas por meio da usucapião pro labore. Podendo, assim, ter acesso ao crédito, ao progresso e à segurança tão almejada da propriedade da terra.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observou-se nesta pesquisa que a usucapião e a função social da propriedade são dois institutos casados, e proporcionam à sociedade, o direito de propriedade de bens particulares, como também protegem todos de eventuais abusos decorrentes de um proprietário.

A usucapião, em tese, seria uma ação criminosa, tendo em vista ela decorrer da posse exercida por um indivíduo sobre uma propriedade alheia, e que certas vezes pode resultar até de violência, porém o ordenamento jurídico nacional não criminaliza a usucapião, e pelo contrário a protege e legitima; isso decorre, por consequência da função social da propriedade, ou seja, a lei entende que o proprietário anterior por não atender a função social da propriedade, deva perder seu domínio para outro que observe esta função social da propriedade, sendo, portanto, a função social da propriedade a legitimadora da usucapião, destarte, não existiria, ou seria injusto existir, o instituto da *usucapio*, senão em virtude da função social da propriedade.

Observando que a legitimadora da usucapião é a função social da propriedade, devemos questionar qual a conduta adotada pelo proprietário do bem usucapido que contrariou a função social da propriedade ao ponto de fazê-lo perder o domínio sobre o bem. A resposta é, a conduta negligente de quem dominava o bem, a atitude negligente do proprietário que, não toma nenhuma providência quando alguém invade sua posse, deixando que uma pessoa fique na posse do bem, por tempo suficiente para adquirir o direito de usucapir, faz com que a legislação entenda que ele não se importa com sua propriedade, enquanto possuidor usucapiente, por estar nesta propriedade se importa e a utiliza, cumprindo, portanto, sua função social.

Ainda, as funções sociais da propriedade a usucapião integram um conjunto de extrema importância para o bem-estar social, visto eles resguardarem garantias de propriedade, moradia, habitação e até mesmo terra rurais que servirão como morada, além de serem trabalhadas; são, portanto, dois grandes institutos que tem como principal escopo, e alcançam quando devidamente observados e utilizados a harmonia social de toda uma sociedade.

A absurda concentração de renda e da terra, no Brasil, é fato inquestionável, por isso o que se buscou no presente trabalho foi analisar historicamente as origens dessa concentração, o que levou o país à tamanha desigualdade na distribuição das riquezas e, de forma específica de terras, para que fosse possível fundamentar a relevância da discussão sobre a atual vedação da usucapião pró-labore em terras devolutas.

Pode-se verificar por meio da bibliografia estudada, e das argumentações apresentadas, que foi constante o incentivo maternal por parte do Estado aos interesses das elites econômicas que sempre tiveram o governo brasileiro a seu serviço, em detrimento do próprio desenvolvimento nacional. Isso se deu com os financiamentos, com a tributação, com a repressão aos movimentos sociais e, principalmente, com a distribuição das terras sempre concedidas aos mais abastados em detrimento de grandes grupos de lavradores obrigados a ocuparem as periferias das cidades robustecendo os problemas de ordem social.

Verificou-se, por outro lado, que ocorreram tentativas, por parte de alguns governos e da sociedade organizada, para reverter este quadro, como as investidas por uma reforma agrária, a instituição da usucapião pro labore, as ligas camponesas, dentre outras. Entretanto a constante pressão latifundiária no sentido de manter o status quo impediu maiores mudanças.

Tais averiguações não foram difíceis de serem constatadas, afinal a bibliografia relacionada ao assunto é vasta. Por outro lado, ao buscar trabalhos que tratassem essencialmente da atual proibição constitucional à usucapião pro labore de terras devolutas observou-se que não há um questionamento especificamente direcionado ao problema, o que o torna passivo de ser ainda mais investigado como forma de popularizar e amenizar as injustiças verificadas nesse campo.

De um lado, tem-se quase que um consenso por parte da doutrina majoritária que simplesmente afirma não ser possível a usucapião sobre bens públicos de forma genérica, sem se aprofundar na questão. De outro, uma minoria discute ser questionável a vedação da usucapião sobre bens dominicais, mas sem adentrar ao tema da pro labore. Dessa forma, foi preciso fazer um apanhado da bibliografia tangencial ao tema para que fosse possível discutir a emblemática proibição desta espécie de aquisição das terras devolutas por parte de pequenos posseiros, posto que houve um retrocesso nas garantias sociais

com a atual vedação desse instituto, que tem verdadeiro caráter de proteção à função social da propriedade.

Assim, o presente trabalho se propõe, não a esgotar a temática, mas a evidenciá-la para uma reflexão mais ampla, afinal o direito é dinâmico, socialmente construído e interpretado e, ao que parece, é no mínimo frustrante que uma obstrução tão grave a uma garantia social seja feita sem que haja um debate mais aprofundado sobre o tema, sem que se discuta se tal lei é realmente justa, se está de acordo com os princípios constitucionais da função social da propriedade e da proporcionalidade, bases do ordenamento jurídico brasileiro.

Em suma, o presente trabalho buscou ampliar as discussões acerca do instituto da usucapião pró-labore sobre terras devolutas, como forma de rever sua proibição desde a promulgação da atual Constituição. Afinal, o Direito não é algo estático, acabado, pelo contrário, trata-se de uma criação humana amplamente dinâmica, que deve se adequar à sociedade, atendendo a suas necessidades.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cleomar. **A terra é deles, a luta é provar**. Em Goiás, 820 mil hectares de terras estão ocupadas por 4,5 mil famílias, que não tem escritura dos imóveis. O Popular, Goiânia, p. 6 e 7, 28 abr. 2014.

AMORIM, Karolynne Silva. **A legitimação da posse sobre terras devolutas**. Jus Navigandi. Teresina, Ano 15, n. 2618, set, 2015,

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição – Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. São Paulo: Saraiva, Editora, 2017.

BRASIL, Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <www.planalto.gov.br> ' em 30 de julho de 2022.

_____. **Constituição (1937)**. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em 18 de julho de 2022.

_____. **Constituição (1964). Emenda Constitucional nº 10, de 9 de novembro de 1964**. Altera os artigos 5º, 15, 29, 141, 147 e 156 da Constituição Federal. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em 20 de julho de 2022.

_____. **Constituição (1988). Constituição Federativa do Brasil: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas**

Constitucionais nº 1/92 a 56/2007 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94.
Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008.

____ **Decreto nº 19.924, de 27 de abril de 1931.** Dispõe sobre as terras devolutas. Disponível em Acesso em: <www.planalto.gov.br> 08 de julho de 2022.

____ **Decreto nº 84.685, de 06 de maio de 1980.** Regulamenta a Lei nº 6.746, de 10 de dezembro de 1979, que trata do Imposto sobre Propriedade Territorial Rural – ITR e dá outras providências. Disponível em: Acesso em: <www.planalto.gov.br> 13 de julho de 2022.

____ **Lei nº 601 de 18 de setembro de 1850.** Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Disponível em: Acesso em: 08 de julho de 2022.

____ **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: Acesso em: <www.planalto.gov.br> 25 de julho de 2022.

____ **Lei nº 4.214, de 2 de março de 1963.** Dispõe sobre o “Estatuto do Trabalhador Rural”. Disponível em: Acesso em: <www.planalto.gov.br> 20 de julho de 2022.

____ **Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964.** Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 08 de julho de 2022.

____ **Lei nº 6.969, de 10 de dezembro de 1981.** Dispõe sobre a aquisição, por usucapião especial, de imóveis rurais, altera a redação do § 2º do art. 589 do Código Civil e dá outras providências. Disponível em: <www.planalto.gov.br> Acesso em: 08 de julho de 2022.

____ **Código Civil de 2002** (Lei n. 10.406, de 10 DE janeiro de 2002) Disponível em <www.planalto.gov.br> Acesso em 23 de outubro de 2105.

____ **Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 340.** Desde a vigência do código civil, os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2015.

CAMPOS, Francisco Tami. Questões agrárias: **Bases sociais da política goiana.** Anápolis: Kelps, 2016.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil.** O longo caminho. 7. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2016.

____. **Função Social da Propriedade Pública.** Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 6, abril/mai/junho, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** 4. Direito das Coisas. 27ª edição. Editora Saraiva. São Paulo 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 4. Rio de Janeiro Ed. Lumen Juris, 2016

FIGUEIREDO, Guilherme J. Purvin. **A Propriedade no Direito Ambiental**. 3ª edição. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2018.

FORTINI, Cristiana. **A Função Social dos Bens Públicos e o Mito da Imprescritibilidade**. **Revista Brasileira de Direito Municipal**. Belo Horizonte, ano 5, n. 12, p. 117, abril/junho, 2014

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 5. Direito das Coisas. 6ª edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2015.

GRANDE JÚNIOR, Cláudio. **Usucapião quarentenária sobre terras do Estado: Fundamentos Jurídicos, Atualidade e Repercussão na Questão Agrária Brasileira**. 422f. Dissertação (Mestrado) Faculdade de Direito, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2016.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (Org). **Código Civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. Barueri: Manole, 2018.

MARQUES, Benedito Ferreira. **Direito Agrário Brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro. Zahar Editores, 2011.

SILVA, Jônathas. **O direito e a questão agrária na Constituição Brasileira**. Goiânia: Ed. UCG, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil, vol. 5**. São Paulo: Atlas, 2019.

O PAPEL DA JURISPRUDÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO: PRECEDENTES

LUCIANA MARTINS PEREIRA CALIL:

Graduada em Direito pela PUC/GO em 1994. Pós-Graduada em Direito Constitucional, Direito e Processo Tributário, Civil e Processo Civil. Mestranda em Função Social do Direito. Trabalha como assessora de Desembargador no TJGO desde 1995.

DR. LAURO ISHIKAWA

(orientador)

RESUMO: O presente artigo científico busca aprofundar debate e conhecimento acerca do mais amplo exercício do Direito, o qual engloba muito mais que a crua aplicação da Lei. Somada a esta e em conjunto com a Doutrina, o acervo uniformizado das interpretações e aplicações dadas pelos Tribunais também compõe o arcabouço da Jurisdição. Com a finalidade de atingir tal objetivo, aborda-se a temática dos precedentes judiciais, os quais se erigem de decisões que orbitam um determinado caso concreto, formando-se ali uma cognição a servir elemento norteador – ou até mesmo vinculante – para casos análogos em momento futuro. Tais precedentes têm lugar especialmente em situações onde paira lacuna ou controvérsia imposta pelo legislador, homogenizando o tratamento a determinada temática que reiteradamente bate às portas do Poder Judiciário.

1. INTRODUÇÃO

O direito brasileiro, desde a década de 60 do século passado, inaugurou interessante estágio na linha evolutiva do “direito jurisprudencial” com a instituição das súmulas no âmbito do STF, e, a partir de então, a jurisprudência e o precedente vêm ganhando cada vez mais atenção tanto dos estudiosos do direito como do próprio legislador, que mais recentemente veio a implementar no âmbito do atual CPC verdadeiro sistema de precedentes.

O atual cenário brasileiro no campo do direito jurisprudencial tem atraído a atenção dos estudiosos nacionais e mesmo estrangeiros em relação ao nosso sistema de precedentes, que, após 5 anos de vigência do novo Código, gerou interessante material de estudos e debates, tais como: técnicas de elaboração e interpretação dos precedentes; técnicas de aplicação e alteração dos precedentes, conhecidas como *overruling* e *distinguishing*.

O tema a ser tratado tem como suporte a teoria dos precedentes do sistema de *common law*, mediante o qual foram desenvolvidas as principais técnicas, tais como *ratio*

decidendi, *obter dictum*, *distinguishing* e *overruling*, expressões do modelo clássico de precedentes, emanados do direito anglo-saxônico e também adotado pelo direito brasileiro.

O sistema utilizado no direito brasileiro é o *civil law*, no entanto, o nosso sistema vem sofrendo modificações ao verificar que os debates jurídicos não se esgotam na norma legal em si.

2.A DISTINÇÃO ENTRE CIVIL LAW E COMMON LAW

Necessário, de começo, fazer um breve estudo sobre a divisão clássica entre *civil law* e *common law*.

Segundo a Corte Europeia de Direitos Humanos, a própria noção de lei deve ser considerada não só em sentido formal, mas também em sentido substancial, o que abarca o direito escrito, de origem legislativa, e o direito não escrito, criado fora do legislativo, como é o caso daquele de origem jurisprudencial. Daí se falar atualmente em momento ou fase jurisprudencial do direito, ou mesmo em vocação do nosso tempo para a jurisdição, em confronto com o cenário anterior, existente em boa parte dos séculos XIX e XX, de prevalência da legislação.

Os precedentes e a jurisprudência são temas atuais debatidos e discutidos em praticamente todos os sistemas jurídicos o que joga por terra de plano, a tradicional distinção de que os ordenamentos de *common law* seriam baseados em precedentes e os de *civil law* na lei escrita. No entanto, cada sistema preserva as suas características próprias, cristalizadas em suas respectivas evoluções históricas.

Mister trazer à baila o prudente alerta de MICHELE TARUFFO, quando assevera sobre a impossibilidade de discutir com alguma sensatez a existência de um modelo de *civil law*, vez que, primeiramente, não se pode afirmar que tenha existido um modelo homogêneo de processo civil romano-germânico. Segundo o doutrinador, nas últimas décadas foram tantas as transformações nos ditos ordenamentos processuais de *civil law*, ainda que efetivamente não haja uma uniformidade aos moldes tradicionais.

Vale frisar que o marco inicial de *civil law* tem origem na criação de Justiniano, em Roma, o então denominado *Corpus Iuris Civilis* (nome dado a essa família jurídica). Neste modelo, o intérprete parte de uma norma geral e abstrata (a lei emanada do Poder Legislativo) para se obter a particular (aquela que resolverá o caso concreto).

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, dissertando sobre o direito nos países da América Latina, integrantes tradicionais do *civil law*, aduz que um forte elemento comum é a

“positivação de regras jurídicas gerais e abstratas em corpos legislativos escritos”. Portanto, “imperam Códigos de direito material e de processo na generalidade desses países, o que limita a liberdade criativa e a propagação normativa das decisões judiciais”. (in, Modelo Brasileiro de Precedentes – A Relevância da Fundamentação no Contexto Precedentalista, autora Cristiane Druve Tavares Fagundes, Editora Thoth, p. 88)

Afirma-se que o fenômeno da codificação tratou-se de um instrumento histórico para reduzir a importância do Judiciário. Lucas Buril de Macêdo, ao comentar o fenômeno da codificação historicamente, faz interessante apontamento no sentido de que o movimento da codificação termina por constituir “uma afirmação do poder regente no sentido da superioridade do legislativo sobre o Judiciário, ou ainda, noutro sentido, de desconfiança social dirigida aos juízes, haja vista a sua posição política”. (in, Precedentes Judiciais e o direito processual civil. 2 ed, Salvador, Jus Podivm, 2017, p. 114-115, citado em Modelo Brasileiro de Precedentes – A Relevância da Fundamentação no Contexto Precedentalista, Cristiane Druve Tavares Fagundes, Editora Thoth)

Por outro lado, há quem atribua a gênese da doutrina do *stare decisis* – que dá fundamento à técnica de decisão do *common law* – ao direito romano. No período anterior ao Imperador Justiniano, havia notícias de que as decisões do imperador tinham força vinculante e eram determinantes para todos os casos idênticos posteriores. Pode-se afirmar que o efetivo nascedouro do *common law* remonta à época da conquista da Inglaterra, nos idos de 1066, pelos normandos.

A Inglaterra e Estados Unidos são referências ao adotarem a família do *common law*, apesar de haver outros, sendo que até esses dois apresentam diferenças cruciais entre si.

Uma marca distintiva dos países de tradição de *common law* é o fulcral papel desempenhado pelas decisões judiciais, conduzindo à autoexplicativa denominação de “*judge-made law*”. O direito é, em larga escala, construído pelos juízes, por meio dos precedentes.

O fato é que, nos países de tradição anglo-saxônica, o Poder Judiciário tem o poder de emitir normas com validade universal, vinculando casos futuros.

A doutrina que dá embasamento e poder vinculante aos precedentes é o *stare decisis et non quieta movere*, ou, mais sucintamente, *stare decisis*, expressão latina que significa apoiar as decisões e não perturbar os pontos pacíficos (*to stand by things decided*).

Retomando o papel desempenhado pelo juiz, é bem de se ver que, no sistema de *civil law*, espera-se dos magistrados que eles fiquem limitados ao caso concreto,

solucionando os conflitos colocados ao seu exame entre as partes envolvidas na lide. Por outro lado, conforme precisa lição de GERLADO ATALIBA (1965, p.21):

O juiz do common law se propõe a participar da elaboração nunca acabada da norma legal. Para ele, os precedentes, os atos legislativos e até a carta constitucional não são senão peças, já ordenadas, de um vasto e incompleto mosaico que representa o direito eterno, peças às quais o mesmo agregará sua modesta contribuição, no ato de ditar a sentença.

Deve ser esclarecido que, ao considerar a primazia do precedente dentro da estrutura das fontes de direito de common law, nos países de tradição anglo-americana, não significa retirar o fulcral destaque exercido pela lei formalmente expedida pelo Poder Legislativo, sendo que o entendimento firmado em sede jurisprudencial é terreno que pode ser galgado pelo legislador, ou seja, a lei emitida pelo Poder Legislativo pode alterar um entendimento fixado em precedentes judiciais

Comentando a questão referente ao campo de atuação dos precedentes, JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA doutrina que, no common law, a jurisprudência é “chamada não raro a preencher lacunas dos textos, criando normas que regulem situações não previstas nas leis e na própria Constituição”. (Instituições de direito processual civil, v. I, São Paulo, Malheiros, 2016, p. 285)

E, afirma referido autor que “entramos na terra do mistério quando a Constituição e a lei escrita nada dizem e o juiz precisa buscar na common law a norma que se ajusta ao caso”. (A natureza de modelos jurídicos. Temas de Direito Processual. Oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 264). Nessa seara, localiza-se o precedente.

MIGUEL REALE e TERESA ARRUDA ALVIM informam que a origem do common law baseou-se nos costumes geralmente observados pelos ingleses, sendo que as decisões dos conflitos eram baseadas nos costumes, enquanto hoje, as decisões são baseadas nelas mesmas (precedentes); contudo, atualmente os costumes apenas têm valor jurídico se encampados por um precedente. (Modelo Brasileiro de Precedentes – A Relevância da Fundamentação no Contexto Precedentalista, Cristiane Druve Tavares Fagundes, Editora Thoth)

Normalmente, precedentes e jurisprudência são utilizados como sinônimos; no entanto, o precedente judicial, numa dimensão mais geral, significa uma decisão judicial anterior, evento passado, que vem considerada a partir do seu valor orientativo em relação à atuação judicial futura, relativamente à mesma questão decidida. Envolve uma decisão

relativa a um caso concreto, enquanto a jurisprudência se refere a uma pluralidade de decisões relativas a um conjunto de casos concretos.

“Um precedente é um evento passado – no direito o evento é quase sempre uma decisão – que serve de guia para a ação presente” - define NEIL DUXBURY.

Ora, a jurisprudência necessita de várias decisões para firmar um entendimento jurisprudencial. A Jurisprudência envolve enunciado teórico com alto grau de abstração (Humberto Theodoro Júnior e Érico Andrade in Precedentes no Processo Brasileiro, Editora Forense).

A jurisprudência goza de força eminentemente persuasiva e não vinculante.

No caso de precedente, uma ou poucas decisões o sustentam, sendo fácil identificar o precedente; neste, o fato jurídico vem sempre em primeiro plano. E a jurisprudência, por ser tratar de várias decisões no mesmo sentido, é difícil identificar quais são as decisões relevantes. O precedente reside na própria decisão judicial, com a sua fundamentação e o delineamento do fato jurídico que deu origem à orientação adotada.

Apenas o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça formam precedentes. Os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça dão lugar à jurisprudência. As súmulas podem colaborar tanto na interpretação como na aplicação do direito para as Cortes Supremas e para as Cortes de Justiça. - e, portanto, podem emanar de quaisquer dessas Cortes.

Os termos súmula e precedente são usados frequentemente como sinônimos; no entanto, a súmula (*massima*, no direito Italiano), na maioria das vezes, se apresenta como um enunciado geral e abstrato, generalização que muitas vezes acaba por produzir graves dificuldades em razão da própria interpretação da súmula, tendencialmente desvinculado do caso concreto que gerou a decisão judicial ou decisões judiciais que deram origem à súmula; enquanto que o precedente residiria não na súmula, mas na própria decisão judicial, como já dito anteriormente, atrelado ao fato jurídico que deu origem à orientação adotada.

Por isso, o uso da súmula no lugar do precedente propriamente dito, não obstante muito recorrente na prática, pode acabar por prejudicar a efetividade do sistema de precedentes, especialmente porque muitas vezes o fato jurídico que deu origem ao precedente acaba sendo deixado de lado, com impacto, inclusive, na identificação da verdadeira *ratio decidendi*, pois, não raramente, a súmula acaba por se distanciar da motivação e do caso concreto efetivamente decidido.

As súmulas são institutos tipicamente brasileiro, inserido em 30.08.1963, na alteração do Regimento Interno do STF – marco inicial para valorização de precedentes.

Houve a edição de diversas súmulas, depois a previsão do art. 557 do CPC (negar seguimento a recurso que contrarie súmula do tribunal), depois a previsão de repercussão geral, depois a previsão de súmula vinculante (EC 45/2004).

3. A IMPORTÂNCIA DA JURISPRUDÊNCIA E DOS PRECEDENTES NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

A jurisprudência e os precedentes sempre desempenharam, com maior ou menor força, o papel de guia para julgamentos dos juízes e tribunais.

Com o passar dos anos, o papel desempenhado pela jurisprudência e pelos precedentes foi ganhando em importância, inclusive no que diz respeito aos então inovadores regramentos legislativos.

Ao lado da crescente imposição legal da observância de determinados entendimentos jurisprudenciais, são igualmente majorados aos poderes do relator para conhecimento monocrático das respectivas matérias, em especial a Lei n. 8.038/90; Lei 9.139/95 e Lei n. 9.756/98. Nesse contexto CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO sustenta que “o crescimento dos poderes do relator caminha pari passu como incremento e valorização dos precedentes jurisprudenciais”. Modelo Brasileiro de Precedentes – A Relevância da Fundamentação no Contexto Precedentalista, Cristiane Druve Tavares Fagundes, Editora Thoth)

Essa tendência no sentido de valorizar a jurisprudência e as súmulas era tão manifesta, que se iniciaram as discussões acerca da atribuição formal de efeito obrigatório a tais provimentos. O ordenamento jurídico brasileiro, na doutrina de CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, sempre prestigiou - em maior ou menor medida - figuras jurisprudenciais das mais diversas ou provimentos jurisdicionais, como se queira, ora conferindo-lhes eficácia meramente persuasiva ora efeitos expressamente vinculantes. Modelo Brasileiro de Precedentes – A Relevância da Fundamentação no Contexto Precedentalista, Cristiane Druve Tavares Fagundes, Editora Thoth)

O legislador brasileiro dedicou especial atenção ao tema dos precedentes com a introdução do sistema de súmulas vinculantes no âmbito do STF, com edição da EC n. 45/04, e depois com o CPC. O art. 926 do CPC leciona:

Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondente a sua jurisprudência dominante.

§2º Ao editar enunciado de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Segundo nosso posicionamento, o enunciado de súmula – apartado e dissociado dos casos que lhe antecederam – não apresenta nenhuma força normativa, seja persuasiva, seja vinculante. Pode ser, no máximo, entendido como um elemento facilitador que tem por finalidade a simplificação da operacionalização dos entendimentos dos tribunais. Não carrega, no entanto, em seu texto, a norma pronta a ser simplesmente aplicada pelos operadores do direito.

LENIO LUIZ STRECK corretamente assevera que “o problema é que as súmulas (brasileiras) têm uma pretensão de universalização que é incompatível com um direito que deve ser construído a partir da discussão dos casos concretos”. Modelo Brasileiro de Precedentes – A Relevância da Fundamentação no Contexto Precedentalista, Cristiane Druve Tavares Fagundes, Editora Thoth)

Não são os seus enunciados que vinculam. O que vincula são os fundamentos determinantes dos julgados que deram origem aos seus enunciados. Com razão pois, RONALDO CRAMER quando assevera que ‘quando os incisos II e IV do art. 927 do NCPD referem-se a súmulas estão querendo dispor, na verdade, que são vinculantes os precedentes originários dessas súmulas’. Modelo Brasileiro de Precedentes – A Relevância da Fundamentação no Contexto Precedentalista, Cristiane Druve Tavares Fagundes, Editora Thoth)

Os enunciados de súmula podem ser, quando muito, um indicativo facilitador para a localização dos fundamentos determinantes, mas jamais conterão – por uma integral impossibilidade jurídica – os fundamentos determinantes de seus julgados-origem. LENIO LUIZ STRECK e GEORGES ABOUD afirmam no sentido de que ‘o precedente não cabe na súmula’. Ou, ainda, nas palavras de RONALDO CRAMER, ‘o texto da súmula não é adequado para compreender a tese jurídica do precedente originário, porque, obviamente, constitui sua mera síntese e, como toda síntese, não reúne todos os elementos necessários para o entendimento do objeto sintetizado’. Modelo Brasileiro de Precedentes – A Relevância da Fundamentação no Contexto Precedentalista, Cristiane Druve Tavares Fagundes, Editora Thoth)

Dessa forma, não é o enunciado de súmula que é norma, mas, sim, os fundamentos determinantes dos julgados que lhe precederam. Coadunamos, portanto, com o entendimento de JOSÉ ROGÉRIO CRUZ E TUCCI quando assevera que a súmula é despida

de eficácia normativa. Modelo Brasileiro de Precedentes – A Relevância da Fundamentação no Contexto Precedentalista, Cristiane Druve Tavares Fagundes, Editora Thoth)

Na lição de Maninoni o artigo 926 abriu espaço para que se pensasse na decisão judicial não só como um meio de solução de determinado caso concreto, mas também como um meio para promoção da unidade do direito. Mais precisamente, chegou-se à conclusão de que em determinadas situações as razões adotadas na justificação das decisões servem como concretizações reconstrutivas de mandamentos normativos. (in Código de Processo Civil Comentado, 4ª edição, Revista dos Tribunais, p. 1048-1059)

Isso despertou a doutrina e o novo Código para o problema dos precedentes judiciais. Se as normas só existem a partir da interpretação, a ponto de se poder dizer que o respeito ao princípio da legalidade significa na verdade respeito à interpretação conferida à lei pelos órgãos institucionalmente a tanto encarregados (ao menos do ponto de vista da administração da Justiça Civil), então quem quer que esteja preocupado em saber qual seu espaço de liberdade de ação e quais efeitos jurídicos são ligados às suas opções socioeconômicas (princípio da liberdade), preocupado em saber como deve fazer para aplicar o direito a partir da necessidade de que todos sejam efetivamente iguais perante a ordem jurídica (princípio da igualdade, que no âmbito do processo civil sempre é lembrado a partir da velha máxima *treat like cases alike*) e como tornar a interpretação e a aplicação do direito algo forjado nas fundações do princípio da segurança jurídica, não pode obviamente virar a costas para o problema da interpretação judicial do direito e dos precedentes daí oriundos.

Fora daí o direito brasileiro corre o risco de ser um direito irracional, um direito que não respeita a liberdade, a igualdade e a necessidade de segurança no tráfego jurídico. Essa é a razão pela qual o artigo 926, CPC, refere que a segurança jurídica (estabilidade – que na verdade é apenas um de seus componentes) depende da interpretação que é conferida pelos tribunais ao direito.

É certo que as cortes supremas têm o dever de dar unidade ao direito mediante os seus precedentes e de torná-los pendores de segurança em nossa ordem jurídica.

A jurisprudência deve ser estável, íntegra e coerente (art. 926 do CPC). Os precedentes das Cortes Supremas e a jurisprudência vinculante das Cortes de Justiça (oriundas do julgamento dos incidentes de resolução de demandas repetitivas e de assunção de competência) devem promover a segurança jurídica e ser coerentes.

Segundo o artigo 927 do CPC, os juízes e tribunais observarão I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de

competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

E ainda, o art. 932 do CPC prevê que o relator poderá negar provimento a recurso, mediante decisão monocrática, que for contrário a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; V – depois de facultada a apresentação de contrarrazões, dar provimento ao recurso se a decisão recorrida for contrária a: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do próprio tribunal; b) acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; c) entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência.

Esse novo sistema tem como objetivo racionalizar as decisões judiciais, fundamentadas no princípio da igualdade e para que a jurisprudência tenha estabilidade, e promover a segurança jurídica.

É uma novel para que se evite diversidade de posicionamentos dos tribunais acerca das mesmas questões de direito, evitando-se decisões conflitantes.

É inaceitável e injustificável que casos iguais continuem sendo tratados sem qualquer preocupação de isonomia, retirando de toda a comunidade jurídica sua credibilidade.

Pertinente transcrever a lição de ARRUDA ALVIM (2016, p.522) “As alterações abruptas ou injustificadas de posicionamentos dos tribunais não só surpreendem o cidadão, como também diminuem a credibilidade e a legitimidade dos pronunciamentos judiciais”.

Na mesma linha de raciocínio é EVARISTO ARAGÃO SANTOS (2010, p.40):

Dos desgastes gerados pela não atribuição de força ao precedente judicial e da ignorância da função diretiva que inegavelmente lhe é intrínseca, talvez o mai visível deles seja, justamente, o crescimento exponencial do volume de demandas (no que aqui incluo, sem maiores rigores técnicos, todos os desdobramentos recursais). É um círculo vicioso: a desatenção ao posicionamento do sistema,

encorajando o jurisdicionado a buscar a tutela almejada até a última manifestação possível do Judiciário, acaba gerando não apenas mais volume de demandas, mas mais julgamentos díspares, os quais, por sua vez, encorajarão, mais ainda, essa postura de resistência ao entendimento já fixado pelo sistema, renovando as expectativas daqueles que contra ele reagem e assim por diante

O certo é que os pleitos iguais, dentro de um mesmo contexto social e histórico, não devem ter soluções diferentes.

Segundo TERESA ARRUDA ALVIM e BRUNO DANTAS (2016, p.124) "O princípio da isonomia, grosso modo, que todos são iguais perante a lei, logo, a lei deve a todos tratar de modo uniforme e assim também (sob pena de esvaziar-se o princípio) devem fazer os tribunais, respeitando o entendimento tido por correto e decidindo de forma idêntica casos iguais, num mesmo momento histórico".

É justamente pretendendo contribuir para a alteração desse caótico estado de coisas que o CPC/15 expressamente prevê, em termos principiológicos, que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente" (art. 926).

Sem dúvida, o intuito do novel diploma processual não é apenas uniformizar, estabilizar ou padronizar a jurisprudência, mas, sim, manter sua integridade e coerência com o ordenamento jurídico.

Essa pretensão não é única e exclusivamente de países integrantes de sistemas de *commn law*. Ao contrário, cada país visa, à sua maneira, à obtenção de valores como a segurança jurídica e a previsibilidade.

Prosseguindo, é certo que nem toda decisão judicial é um precedente e nem todo material exposto na justificção tem força vinculante.

O precedente judicial, nos moldes clássicos, apresenta basicamente dois elementos, quais seja, *a ratio decidendi* ou *holding* e o *obter dictum*.

O que vincula nas decisões capazes de gerar precedentes são as razões constantes da sua justificção (*Ratio Decidendi*) as quais devem ainda ser lidas a partir do caso exposto no seu relatório. O precedente pode ser identificado com a *ratio decidendi* de um caso ou de que questão jurídica – também conhecido como *holding* do caso.

A *ratio decidendi* (como é denominada na Inglaterra) ou a *holding* (como é usualmente tratada nos Estados Unidos) é a norma fundamental extraível da decisão proferida. É o suporte necessário da decisão. É a tese jurídica extraída do julgamento da

questão colocada e decidida em juízo, constituindo uma regra jurisprudencial que se incorpora ao direito e que deve ser seguida no futuro. Conforme lição de RENÉ DAVID (2015, p. 43).

A *ratio decidendi* constitui uma generalização das razões adotadas como passos necessários e suficientes para decidir um caso ou as questões de um caso pelo juiz. Em uma linguagem própria à tradição romano-canônica, poderíamos dizer que a *ratio decidendi* deve ser formulada por abstrações realizadas a partir da justificação da decisão judicial. Não é sinônimo de fundamentação, nem, tampouco, de raciocínio judiciário; ela refere-se à unidade do direito. A *ratio* é uma razão necessária e suficiente para resolver uma questão relevante constante do caso. É efeito obrigatório da decisão da Corte Suprema.

Para CLÁUDIA APARECIDA CIMARDI (2015, p.43): “a regra calcada na hierarquia do órgão prolator da decisão é insuficiente para a busca do precedente vinculante, pois é necessário que, na realização da atividade do raciocínio elaborado pelo juiz, seja desvendada a parte da decisão anterior que efetivamente deve ser observada com força vinculante”.

GUIDO FERNANDO SILVA SOARES (200, p.42) faz introdutórias diferenciações entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*.

Holding é o que foi discutido e arguido perante o juiz e para cuja solução foi necessário ‘fazer’ (criar/descobrir) a norma jurídica; reafirme-se, assim, a importância do conhecimento dos facts of a case, aos quais a norma jurídica está ligada; dictum é tudo o que se afirma na decision, mas que não é decisivo para o deslinde da questão e, embora seja meramente persuasive, tem importância suasória para as cortes subordinadas e para o advogado, no aconselhamento de seus clientes.

Registre-se, nem tudo que está na justificação é aproveitado para formação do precedente. Existem várias proposições que não são necessárias para solução de qualquer questão do caso. Nessa hipótese, todo esse material judicial deve ser qualificado como *obiter dictum* – literalmente, dito de passagem. *Obiter dictum* é aquilo que é dito durante um julgamento ou consta em uma decisão sem referência ao caso ou que concerne ao caso, mas não constitui proposição necessária para sua solução.

Conforme doutrina de RENÉ DAVID (2002, p. 430), o *obiter dictum* tem apenas valor persuasivo, que varia imensamente de acordo com o prestígio do juiz que se pronunciou, da exatidão de sua análise, etc.

Na lição de Cristiane Druve Tavares Fagundes, é importante notar que, em regra, o julgador prolator do precedente não afirma o que é a ratio ou mesmo o que é dictum de sua decisão. Serão os julgadores dos casos vindouros, ao analisarem se efetivamente se trata de um precedente aplicável à nova hipótese em julgamento, que deverão verificar a norma aplicável, extraindo, nessa oportunidade, a hoding cabível. Modelo Brasileiro de Precedentes – A Relevância da Fundamentação no Contexto Precedentalista, Cristiane Druve Tavares Fagundes, Editora Thoth)

Fará o julgador do caso em análise o cotejo entre a hipótese sub judice e o pretense precedente. Deverá, pois, extrair a proposição jurídica à qual estará vinculado necessariamente, em se tratando de precedentes obrigatório. A análise, portanto, é sempre retrospectiva.

Podemos afirmar a existência do elemento ratio decidendi no ordenamento jurídico pátrio ao estar disposto no CPC/15 a expressão “fundamentos determinantes” no artigo 489, §1º, V, do CPC e no art. 979, §2º, no contexto do incidente de resolução de demandas repetitivas.

O artigo 927, inciso III, do CPC/15, preceitua a observância dos juízes e tribunais aos acórdãos proferidos em incidente de assunção de competência (IAC) ou de resolução de demandas repetitivas (IRDR) e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos. São institutos que possuem como fim a expedição de “teses jurídicas” ao final dos respectivos procedimentos, que deverão ser aplicadas de forma obrigatória aos casos vindouros (rectius: as regras jurídicas extraídas dos respectivos acórdãos devem ser aplicadas aos casos vindouros).

Vale esclarecer que, o objetivo do IRDR – INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS é evitar que demandas repetitivas (ou seja, que envolvam a mesma discussão de questão exclusivamente de direito) possam gerar risco à isonomia e à segurança jurídica. Exige-se a efetiva multiplicação de processos com a discussão única e exclusivamente da mesma questão de direito. Difere, nesse ponto, do incidente de assunção de competência porque neste último não se exige o risco à isonomia ou à segurança jurídica, nem a efetiva repetição da mesma questão de direito em demandas diferentes. Para o incidente de assunção de competência - IAC, basta a existência de questão de direito que seja relevante, com ampla repercussão social (ainda que a matéria possa eventualmente surgir ou já ter surgido em outros processos, art. 947, §4º CPC).

No atual incidente de resolução de demandas repetitivas, concebido com o fim específico de editar norma judicial vinculante, o resultado programado se identifica com o enunciado de uma tese jurídica (art. 984, §2º, CPC). Essa tese, porém, haverá de ater-se às circunstâncias fáticas do caso gerador do precedente vinculante, segundo a regra-geral dos enunciados de súmulas (art. 926, CPC).

Também nos julgamentos de recursos especial e extraordinário repetitivos, a técnica é a mesma: o tribunal unificador da jurisprudência firmará uma tese (art. 1.039, CPC), segundo os fundamentos relevantes do acórdão (art. 1.038, §3º CPC), os quais haverão de relacionar-se aos aspectos de fato e de direito, ainda segundo a regra do art. 926, CPC.

4.0 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 E A CONSTRUÇÃO DOS PRECEDENTES

Os ordenamentos jurídicos de common law, no entanto, não são rígidos, inflexíveis ou infensos à modificação qual tal se faz necessário. Segundo ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, há assim limites à doutrina do stare decisis, limites esses que acabam por flexibilizar eventual rigidez na aplicação dos precedentes judiciais. E, mais do que isso, acabam também por permitir a própria evolução do common law, vez que é por meio deles que se pode falar em alteração dos posicionamentos fixados nos precedentes ou mesmo em criação de novos precedentes. Modelo Brasileiro de Precedentes – A Relevância da Fundamentação no Contexto Precedentalista, Cristiane Druve Tavares Fagundes, Editora Thoth)

A primeira técnica que limita a rigidez da doutrina dos precedentes é o *distinguishing* ou técnica de distinção. Devidamente identificado o precedente, é preciso saber quando esse é aplicável para solução de uma questão e quando não o é. Se a questão que deve ser resolvida já conta com um precedente - se é a mesma questão ou se é semelhante, o precedente aplica-se ao caso. O raciocínio é eminentemente analógico. Todavia, se a questão não for idêntica ou não for semelhante, isto é, se existirem particularidades fático-jurídicas não presentes – e por isso não consideradas – no precedente, então é o caso de distinguir o caso do precedente, recusando-lhe aplicação. É o caso de realizar uma distinção – *distinguishing*. Deverá, portanto, o julgador distinguir os casos, por ausência de similitude fática a justificar a aplicação da mesma solução jurídica.

Outrossim, a técnica de distinção pressupõe a identificação da ratio decidendi do precedente. Identifica-se a ratio e comparam-se os fatos materiais envolvidos no precedente e no processo sub judice. Não havendo identificação, é caso de distinguishing e “o juiz terá o poder de criar uma regra específica para o caso, o que não abala a força vinculante do precedente” (CIMARDI, 2015, p. 48).

Em nosso Código de Processo Civil, o art. 489, § 1º prevê a necessidade de distinção para aplicação do direito, assim como o art. 1.037 §§9º e 12º.

Pertinente também abordar a respeito da obrigatoriedade na adoção dos precedentes. Os precedentes judiciais obrigatórios ou vinculantes, correspondem aqueles aos quais a *ratio decidendi* deve ser respeitada por todos os tribunais e autoridades no julgamento de casos concretos futuros. O precedente vinculante se tem a obrigação jurídica do juiz, ao julgar o caso futuro, de se ater ao que foi decidido no precedente, ou seja, aplicar a *ratio decidendi* fixada no precedente vinculante; nos precedentes persuasivos o julgamento do juiz é mais livre, podendo estabelecer com maior liberdade se segue ou não a orientação contida no julgado anterior.

O precedente vinculante expande sua força normativa para casos futuros, independentemente da identidade de partes, causa de pedir e pedido, exigida para incidência da coisa julgada.

Apesar de ainda no civil law prevalecer o precedente persuasivo, o art. 927, CPC, dá nítido destaque aos precedentes vinculativos, visando assegurar a integridade e coerência da jurisprudência. O precedente vinculante tem surgido para tentar colocar ordem na confusão que às vezes reina na própria jurisprudência.

Além do *distinguishing*, também limita a rigidez da doutrina do stare decisis, dando-lhe certa potencial flexibilidade, a técnica do *overruling* ou técnica da superação do precedente.

Tendo em conta a necessidade de desenvolver o direito a fim de mantê-lo sempre fiel à necessidade de sua congruência social e coerência sistêmica, um sistema de precedentes precisa prever técnicas para sua superação e ela é sinalizada pela Corte - signaling para proteção e confiança depositada no precedente e da igualdade de todos perante a ordem jurídica.

A superação de um precedente – *overruling* constitui a resposta judicial ao desgaste da sua congruência social e coerência sistêmica. Quando o precedente carece desses atributos, os princípios básicos que sustentam a regra do stare decisis – segurança jurídica e igualdade – deixam de autorizar a sua replicabilidade – replicability, com o que o precedente deve ser superado.

Ao contrário da distinção, que não altera a vigência da norma anteriormente fixada no precedente não aplicado, na superação, entende-se que a regra anteriormente fixada no precedente merece expressa revisão. Em princípio, portanto, se invalida o precedente anterior, fixando-se em substituição um novo.

Diga-se, no entanto, que a superação pode se dar de forma explícita (quando a corte deixa expresso que o precedente não mais apresenta autoridade vinculante) ou implícita

(na hipótese de não se fazer referência expressa à substituição da regra contida no precedente ultrapassado ou equivocado).

Em nosso sistema jurídico, a superação de um precedente poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese – art. 927, §2º CPC. Em qualquer caso, a superação observará a necessidade de fundamentação adequada e específica considerando os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia – art. 927, §4º, CPC.

Em respeito à segurança jurídica, e para se evitar a traição da confiança legítima do jurisdicionado nos precedentes judiciais, é permitir a eficácia da alteração do precedente somente para o futuro – *prospective overruling*. O art. 927, §3º do CPC, permite a superação apenas para frente do precedente, com eficácia prospectiva.

Traçado essas exposições, vale questionar se o nosso sistema de precedentes adotou o modelo de common law. O processo civil brasileiro sempre foi inserido na classificação de país de civil law, no entanto, há algumas características típicas de sistemas common law, consoante exposto em linhas volvidas, sendo temerário afirmar se está havendo um progressivo deslocamento do processo civil brasileiro para a órbita do common law.

O art. 926, caput, do CPC confirma essa tendência ao impor o dever de uniformização da jurisprudência, que deverá ser estável, íntegra e coerente, criando, com isso, um ambiente decisório mais isonômico e previsível.

Nas palavras de Cristiane Druve Tavares Fagundes, é relevante afirmar que não se pode atribuir ao Código de Processo Civil de 2015 a criação de um modelo de observância a precedentes e súmulas. O que fez o Código foi sistematizar uma tendência, vez que a importância das súmulas e das decisões judiciais já se manifestava em nosso ordenamento jurídico. Talvez o novo Codex seja o ápice desse movimento que já vinha se instaurando paulatinamente.

ADA PELLEGRINI GRINOVER e KAZUO WTANABE, ao sustentarem, ainda sob a égide do diploma processual anterior, defendem “que o sistema processual brasileiro, embora fiel à tradição romano-germânica, acolhe diversos institutos próprios do common law”. Modelo Brasileiro de Precedentes – A Relevância da Fundamentação no Contexto Precedentalista, Cristiane Druve Tavares Fagundes, Editora Thoth)

Segundo expressão utilizada por Cassio Scarpinella Bueno (2017, p. 637), o nosso modelo é diverso, é um sistema de precedentes à brasileira, o que por si só, definitivamente, não desloca o sistema brasileiro da classificação de civil law para common law. Com o novo CPC, houve uma gradual evolução pela qual já vinha atravessando o

direito processual civil brasileiro, com a implementação de figuras jurisprudenciais por vezes adotadas de autoridade persuasiva, por outras tantas, de autoridade cada vez mais vinculante.

Segundo Cristiane Druve Tavares Fagundes (2021, p. 88), o Brasil tem muito a aprender com países de tradição de common law, no que diz respeito à observância de precedentes. No entanto, não se trata da mera importação do modelo estrangeiro.

A análise deve partir, portanto, do modelo que foi criado, por meio de uma norma emanada do Poder Legislativo brasileiro, e que vai sendo evoluindo segundo as suas particulares.

5. CONCLUSÃO

Como pode visto, o nosso sistema de precedentes não é recente, tendo sido previsto em legislações anteriores. O modelo adotado pelo sistema brasileiro possui uma intimidade com o sistema common law, porém, com particularidades distintas, à brasileira.

Esse modelo adotado tem como objetivo reduzir os julgamentos de forma diferente que abarcam situações semelhantes, para casos análogos em momento futuro, no intuito de promover a segurança jurídica. Também tem como finalidade, diminuir o volume de processos que chegam às instâncias superiores, e evitar a procrastinação em seus andamentos.

6. REFERÊNCIAS

ALVIM, Arruda. **Novo contencioso cível no CPC/2015**. São Paulo: Revista dos Tribunais 2016, p. 522.

ALVIM, Teresa Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores no direito brasileiro**. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2016, p. 124.

ANDRADE, Érico; THEODORO JUNIOR, Humberto. In: **Precedentes no Processo Brasileiro**, Editora Forense, 2021

ATALIBA, Geraldo. **O direito administrativo no sistema do Common Law**. São Paulo: Instituto de Direito Público, 1965, p. 21.

BUENO. Cassio Scarpinella. **Manual de Direito Processo Civil**. 3 ed. S Paulo: Saraiva, 2017, p. 637

CIMARDI, Cláudia Aparecida. **A jurisprudência uniforme e os precedentes no novo Código de Processo Civil Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 43.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4 ed., São Paulo Revista dos Tribunais, 2015, p. 43.

_____. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 430.

FAGUNDES, Cristiane Druve Tavares. In: **Modelo Brasileiro de Precedentes**. Editora Thoth, 2021.

SOARES. Guido Fernando Silva. **Common law. Introdução ao direito dos EUA**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 42.

SANTOS, Evaristo Aragão. **Sobre a importância e os riscos que hoje corre a criatividade jurisprudencial**. Revista de Processo, v. 181, São Paulo: Revista dos Tribunais, Mar./2010, p. 40.

MARINONI, Código de Processo Civil Comentado, Revista dos Tribunais, 4ª edição, 1048-1059.

RECURSOS HÍDRICOS E USO DO SOLO EM ÁREAS AGRÁRIAS: um breve histórico ambiental da região urbana do Barreirinho, Ibitité, Grande BH

VAGNER LUCIANO DE ANDRADE³²

FLÁVIO MOREIRA DA SILVA³³

(coautor)

RESUMO: Nas metrópoles, estão o sucesso ou o fracasso, a sorte ou a azar? Uma serie de dualidades se enveredam entre cidadãos e camponeses, num mundo cada vez mais urbanizado. As expressões Rural e Urbana assinalam duas configurações de organização espacial muito debatidas na nossa época. Tradicionalmente, até pouco tempo atrás, o ambiente rural era tido como lugar da decadência, ao passo que o mundo urbano cogitava a atualidade. Atualmente, estes assuntos estão defasados. Sobre esse estereótipo achegado ao espaço rural, o presente texto disserta sobre os motivos que levaram a coletividade a formular essa visão dicotômica. Um dos mais graves problemas sociais da modernidade com relação aos ambientes urbanos está no desenvolvimento caótico das cidades. Esta temática mostra-se notadamente grave nas periferias e favelas que presentemente se consolidam como lugares de exclusão. A partir de um recorte especial, em Ibitité, estado de Minas Gerais discutem-se medidas, ecológicas e culturais se adotadas, auxiliariam a combater o aumento dos bolsões de miséria. Assim, agricultores familiares, agroextrativistas familiares, assentados da reforma agrária, comodatários, empreendedores familiares rurais, habitantes de faxinais e de vilas, meeiros ou arrendatários, pescadores e aquicultores, posseiros, povos indígenas, produtores familiares e quilombolas, dentre outros protagonizarão ciclos de emancipação e empoderamento que historicamente lhes foi tirado e negado. Por outro lado, a urbe deve promover um maior cuidado em termos de justiça social no sentido de se rever e reverter a degradação dos ambientes urbanos e dos espaços associados. A cidade sempre influenciou direta indiretamente camponeses e isso se mostra preocupante, uma vez que hoje, parcialmente quase que unânime, a população de Planeta Terra é majoritariamente urbana. Assim, é preciso olhar especial para a urbe, para seus recortes urbanos, no sentido de se a qualidade de vida e ao desenvolvimento urbano.

Palavras-chave: Agroecologia; Campesinato; Urbanização.

ABSTRACT: In the metropolises, are there success or failure, luck or misfortune? A series of dualities are involved between city dwellers and peasants, in an increasingly urbanized world. The expressions Rural and Urban indicate two configurations of spatial organization much debated in our time. Traditionally,

32 Graduação em Biologia pelas Faculdades Integradas de Ariquemes - RO (2018), Geografia pelo Centro Universitário de Belo Horizonte - MG (2007), Gestão Ambiental (2019) e História (2018), ambas pelo Centro Universitário de Maringá - PR com formação na área de Ecologia, Educação e Patrimônio. Discente dos cursos de Agronomia pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci (SC) e Gestão em Agroecologia pela Universidade de Taubaté (SP)

33 Graduação em Geografia / Licenciatura plena Faculdade Pedro II (Belo Horizonte).

until recently, the rural environment was seen as a place of decadence, while the urban world considered the present. Currently, these matters are outdated. About this stereotype close to the rural space, the present text talks about the reasons that led the collectivity to formulate this dichotomous vision. One of the most serious social problems of modernity in relation to urban environments is the chaotic development of cities. This issue is notably serious in the peripheries and slums that are currently consolidated as places of exclusion. From a special point of view, in Ibirité, state of Minas Gerais, measures, ecological and cultural, if adopted, would help to combat the increase in pockets of misery. Thus, family farmers, family agro-extractivists, agrarian reform settlers, borrowers, rural family entrepreneurs, inhabitants of faxinais and villages, sharecroppers or tenants, fishermen and aquaculture farmers, squatters, indigenous peoples, family producers and quilombolas, among others, will be protagonists in cycles of emancipation and empowerment that has historically been taken away and denied them. On the other hand, the city must promote greater care in terms of social justice in order to review and reverse the degradation of urban environments and associated spaces. The city has always directly and indirectly influenced peasants and this is worrying, since today, partially almost unanimously, the population of Planet Earth is mostly urban. Thus, it is necessary to take a special look at the city, at its urban outlines, in the sense of improving the quality of life and urban development.

Keywords: Agroecology; peasantry; Urbanization.

INTRODUÇÃO

A agricultura é mais do que meramente semear e colher. A atividade conglomerada aquisição de energia, remédios, instrumentos, fibras, matéria-prima para trajes, entre outros. Devido à atualização tecnológica e o advento de instrumentos modernos nas extensões de cultura, a lavoura se reparte em dois tipos: a tradicional e a moderna. A tradicional, chamada de subsistência em determinadas regiões, é percebida como aquela perpetrada há milhares de anos e que iniciou-se com os camponeses das antigas civilizações e sociedades indígenas. Nessa atividade, há o costume da mão de obra direta, sem interferência de maquinário, assim como priorizam o uso de recursos naturais na ampliação do trabalho. Atualmente, agricultura tradicional é arranjada em pequenos domínios e comumente são propostas exclusivamente à estabilidade das famílias que exercem o cultivo. Os produtos não são negociados em grande escala. Além disso, o solo ganha um tratamento distinto nesse tipo de lavoura, pois não é usado grandes quantidades de agrotóxico ou composto que apresse a produção das sementeiras cultivadas. Esta particularidade significa uma adequada escolha para ter produtos mais benéficos. Já a agricultura moderna é um procedimento mais sofisticado e estruturado, pois emprega maquinários e planejamentos, em larga escala. Essa atividade nasceu na Revolução Industrial e objetiva, sobretudo, o fornecimento de múltiplos produtos para serem comercializados, assim como apressar o desenvolvimento das sementes plantadas. Essa técnica promoveu a saída de muitos produtos em um curto espaço de tempo e por um preço relativamente lucrativo. Em compensação, o uso de adubos alargou-se tanto, que os itens produzidos exibiam características de qualidade mais baixa, já que tinham deixado de ser tão naturais como antes, devido à pluralidade de insumos. A produção rural envolve diferentes e complexas etapas que se iniciam nos cultivos agrícolas e termina nas feiras e mercadinhos. Mas as paisagens de subsistência encontram-se cada vez mais ameaçadas da próxima desaparecimento. É neste contexto que se apresenta, o Barreirinho (Figura 01), localidade rural em urbanização localizada

na zona leste do município de Ibirité, na área de amortecimento do Parque Estadual da Serra do Rola Moça. Juntamente com as localidades de Bálamo e Rola Moça, guardam as últimas áreas de nascentes e cultivos aos pés da respectiva serra, próximos a importantes mananciais.

Figura 01 - Imagem de Satélite do Barreirinho



Fonte: [https://www.google.com/maps/place/Barreirinho,+Ibirité%3%A9+-+MG,+32400-000/@-](https://www.google.com/maps/place/Barreirinho,+Ibirité%3%A9+-+MG,+32400-000/@-20.0326585,-)

[44.0475735,2802m/data=!3m2!1e3!4b1!4m5!3m4!1s0xa6b94a78e30845:0x9f648ced948df556!8m2!3d-](https://www.google.com/maps/place/Barreirinho,+Ibirité%3%A9+-+MG,+32400-000/@-20.0326585,-44.0475735,2802m/data=!3m2!1e3!4b1!4m5!3m4!1s0xa6b94a78e30845:0x9f648ced948df556!8m2!3d-20.0314169!4d-44.0377657?hl=pt-BR)

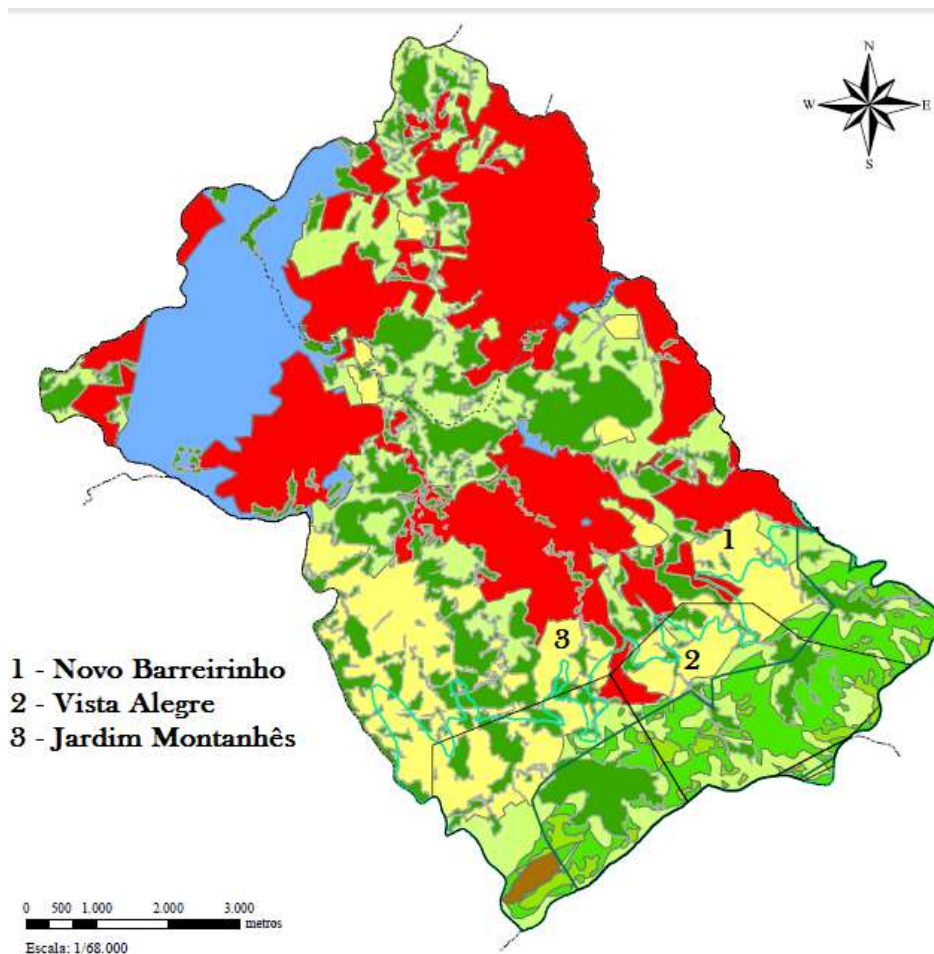
[20.0314169!4d-44.0377657?hl=pt-BR](https://www.google.com/maps/place/Barreirinho,+Ibirité%3%A9+-+MG,+32400-000/@-20.0326585,-44.0475735,2802m/data=!3m2!1e3!4b1!4m5!3m4!1s0xa6b94a78e30845:0x9f648ced948df556!8m2!3d-20.0314169!4d-44.0377657?hl=pt-BR)

A urbanização que gera a extinção da cultura e da paisagem camponesa é algo emergencial a ser discutido. Contrapondo-se ao tradicional modelo baseado nos grandes proprietários rurais é emergencial fortalecer iniciativas de desenvolvimento territorial sustentável, para se resguardar a ampla diversidade de sujeitos sociais que legitimam o Brasil como grande nação. Assim, agricultores familiares, agroecólogos urbanos, agroextrativistas familiares, assentados da reforma agrária, comodatários, empreendedores familiares rurais, habitantes de faxinais e de vilas, meeiros ou arrendatários, pescadores e aquicultores, posseiros, povos indígenas, produtores familiares e quilombolas, dentre outros protagonizarão ciclos de emancipação e empoderamento que historicamente lhes sido tirado e negado. Neste contexto, onde o agronegócio se contrapõe à pequena agricultura, o que se nota é a extinção gradativa dos modos de produção, dos saberes e fazeres, das tradições e legados, condenando à extinção seres humanos e suas histórias pessoais de vida e existência, enquanto sujeitos sociais. Fora das grandes áreas engolidas pelo avanço assustador do agronegócio, encontra-se também a extinção de cultivos agrícolas, em sua maioria, familiares e tradicionais, que são expurgados, da noite para o dia, por empreendimentos minerários ou urbanizadores.

CARACTERIZAÇÃO DA ÁREA DE ESTUDO

A Grande BH é a terceira maior aglomeração urbana do país, estando atrás apenas de São Paulo e Rio de Janeiro. A capital mineira ocupa o posto de sexta maior cidade do país, em termos populacionais, atrás de São Paulo, Rio de Janeiro, Brasília, Salvador e Fortaleza totalizando mais de dois milhões e 500 mil cidadãos. Disponibilizar água potável para este cenário, não é tarefa fácil, sendo o mesmo operado, por uma empresa pública estadual denominada COPASA - Companhia de Saneamento de Minas Gerais. Atualmente todo o sistema é composto por três represas (Rio Manso, Serra Azul e Várzea das Flores) mais sete reservatórios: Balsamo, Barreiro, Catarina, Cercadinho, Fechos, Mutuca e Rola Moça, todos localizados a oeste e ao sul de Belo Horizonte. Com exceção de Várzea das Flores, em vias de total comprometimento, devido à expansão urbana desordenada em sua bacia, os demais são áreas especiais de preservação, com acesso restritivo aos funcionários, e visitas, em caráter de excepcionalidade. Todas estas áreas preservam remanescentes florestais e nascentes, com grau máximo de qualidade de água e resultaram de ações governamentais na década de 1980, quando foram transformadas legalmente em áreas de proteção, denominadas de APE - Área de Proteção Especial, uma tipologia, que não foi inserida e nem citada no SNUC - Sistema Nacional de Unidades de Conservação. Os mananciais Balsamo, Barreiro, Catarina, Fechos, Mutuca e Rola Moça, encontram-se protegidos desde 27 de setembro de 1994 pelo Parque Estadual da Serra do Rola Moça, com 4.000 hectares. Tido como o quarto maior parque urbano do país, abrange percentuais conservacionistas nos municípios de Belo Horizonte, Brumadinho, Ibité e Nova Lima. Em Ibité, muitos são os córregos Bálamo, Barreirinho, Camargos, Fubá, Sumidouro, Taboões e Urubu, que nascem no parque estadual, e após perpassarem a área de culturas agrícolas, atravessam a zona de expansão urbana, onde se tornam poluídos, sentido Rio Paraopeba. Localizado em área de expansão urbana, Barreirinho apresenta cenários em gradativa alternância de sistemas de produção tradicional, em transição para modos produtivos mais modernos. A urbanização inicia-se no Novo Barreirinho (Figura 02), transpondo-se para os Bairros Bosque de Ibité, Jardim Montanhês e Vista Alegre caminhando na direção dos mananciais citados.

Figura 02 - Zoneamento urbano ambiental de Ibité: vermelho - urbanização, amarelo - áreas agrícolas, verde - ecossistemas naturais



Fonte: <https://www.ibirite.mg.gov.br/detalhe-da-materia/info/geoprocessamento/6523>

FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Quando se pensa em agricultura comunitária, não se fala exclusivamente em plantio de gêneros alimentícios. A ideia é a preservação do ecossistema associado às lavouras na disseminação do conhecimento, tanto popular, quanto científico. A região do Barreirinho evidencia um conflito em franca expansão, a perda gradativa dos módulos produtivos sustentáveis, familiares, tradicionais e em sua maioria pequenos. Na região, uma parte dos agricultores se organizaram através da Associação de Agricultores Agroecológicos e Biodinâmicos da Serra do Rola Moça (AABD-Rola Moça). E assim, ancestralmente, no horizonte societário, a alimentação e a cura se concretizam com a agricultura. Apesar de indiscutivelmente sabermos dos sabores e dos saberes ancestrais acerca dos conhecimentos de cura e poder das plantas, o pragmatismo neoliberalismo capitalista ainda é um embecilho para se avançar no que se refere à confirmações científicas das provas farmacológicas e químicas já conhecidas há séculos em diferentes partes do mundo. É preciso uma junção entre pesquisadores e concedores dos ecossistemas para se mapear os potenciais alimentícios e medicamentosos do futuro, levando-se em conta o gradativo aumento de adoecimento por fatores diversos no mundo atual. Quando vemos

ecossistemas como Amazônia, Cerrado, Mata Atlântica e Pantanal retrocedendo quilômetros, por causa do desmatamento e queimadas, pensemos que ali podem estar uma espécie, cujo principio ativo poderá curar a AIDS, o COVID-19 e outras patologias como câncer, o Alzheimer ou o Parkinson. Assim é preciso que a agroecologia, em suas duas frentes, de um lado pesquisadores e do outro comunidades produtivas se unam com vistas à melhoria da qualidade de vida, e da diminuição de males, doenças e tantos sofrimentos patológicos legitimando a agricultura e o conhecimento botânico como caminhos de um futuro mais viável para todos. A cidade de Ibitité, embora tenha perdido, suas paisagens agrícolas para a urbanização nos últimos 30 anos é um laboratório para a Grande BH. Basta destacar que no próprio Barreirinho (Figura 03) existe o Campus Ibitité do Instituto Federal Tecnológico de Minas Gerais, que poderá conduzir estudos significativos nesta área geografia e nas temáticas interdisciplinares a ela associadas. É importante evidenciar que em Ibitité existe no Campus da Universidade Estadual de Minas Gerais (UEMG), o Kaipora, um significativo coletivo de estudos bioculturais em pleno funcionamento. No campus além da graduação em ciências biológicas - licenciatura são ofertados os cursos técnicos de agroecologia e agropecuária.

Figura 03 - Barreirinho tendo ao fundo a Serra do Rola Moça



Fonte: <https://gramho.com/explore-hashtag/BairrosolNascente>

Além da alimentação, o Barreirinho traz à discussão sobre a ameaça aos mananciais públicos em áreas com tendências de urbanização, em especial, Bálsamo, Rola Moça e Taboões. Dentro da visão utilitarista e consumista do tempo presente a gestão e o cuidado com água e alimentos é de suma importância. Os principais problemas relacionados à captação e ao tratamento de água para consumo encontrados em nosso país são relacionados direta e indiretamente com a desigualdade social. Grande parte da população brasileira não tem acesso à água potável de qualidade, tanto no campo, quanto na cidade. A questão está se tornando uma questão de saúde pública e percebe-se que as gestões do municipal ao federal fazem muito pouco ou quase nada. São muitos habitantes, em diferentes regiões do Brasil que também não tem acesso ao saneamento ambiental. Assim além de infraestrutura, é

necessário investir em educação sanitária, para equacionar esta situação absurda que acompanha a nação desde os seus primórdios. A água é bem comum, essencial à sobrevivência, e sobretudo, indispensável à dignidade da pessoa humana. O atual cenário dos principais reservatórios do Brasil é preocupante, a começar por São Paulo, a maior cidade da América latina, que apresenta sérias questões de abastecimento sobrecarregando seus sistemas de captação. Em termos de balneabilidade e potabilidade, cita-se a Represa da Pampulha, cartão postal de Belo Horizonte, que entre os anos 1940 e 1990, se transformou num esgoto a céu aberto, num curto espaço de tempo. A principal questão sobre a conservação dos mananciais para simplesmente na questão de preservar a vegetação e a permeabilidade do solo, pois ambas são essenciais à infiltração da água, que escando sob o formato de córrego, será barrado, captado e drenado para os consumidores.

Fronteiras agrícolas, expansões urbanas, e área mineradas estão dizimando a ampla diversidade de sujeitos sociais estabelecidos em unidades produtivas familiares e isso precisa ser revertido. Os estudos bioculturais, bem como a agroecologia são a forma de legitimização e proteção se atores cada vez mais vulneráveis como: agroextrativistas, aquicultores, assentados da Reforma Agrária, comodatários, habitantes de faxinais e de Vilas Rurais, meeiros ou arrendatários, pequenos empreendedores rurais, pescadores, posseiros, povos indígenas, proprietários familiares, e quilombolas, É indiscutível que a agroecologia e os estudos bioculturais despontam como uma premissa quando se pensa em sociedade sustentável, uma vez que para além de conhecimento alimentares e fitoterápicos, haverá a visão do manejo sustentável do meio ambiente, a preservação e manutenção dos serviços ecossistêmicos essenciais, como ar puro e água potável. Agroecologia e Fitoterapia, incluindo o cultivo, a manutenção, o controle e a colheita, num contexto de produção responsável é a nova cadeia do agronegócio, trazendo a natureza como protagonista da discussão antes então absolutamente capitalistas neoliberais. Urge preservar os pequenos agricultores e suas paisagens de referência. É esperançoso saber que a indústria e a ciência se empreendem conjuntamente no mapeamento dos alimentos e das plantas que curam, com seus princípios químicos e de suas reações e potenciais, para que as populações tradicionais compartilhem seus conceitos ancestrais e protagonizem o conhecimento, a divulgação e a conservação da flora nacional. Esse será o marco civilizatório que tanto ansiamos: o dia em que o homem entender que a flora vale mais em pé do que derrubada. E neste contexto, Barreirinho é uma bandeira, que suas paisagens agrícolas e seus produtores locais se fortaleçam cada vez mais, para permanecerem no tempo e no espaço, vencendo os tentáculos da descaracterização advinda da urbanização desenfreada.

Figura 03 - Urbanização com tendência a verticalização em áreas anteriormente agricultáveis



Fonte: <https://mg.olx.com.br/belo-horizonte-e-regiao/imoveis/apartamento-a-venda-com-2-dormitorios-em-barreirinho-ibirite-cod-11184-774293911>

Contraopondo-se ao tradicional modelo baseado nos grandes proprietários rurais é emergencial fortalecer iniciativas de desenvolvimento territorial sustentável, para se resguardar a ampla diversidade de sujeitos sociais que legitimam o Brasil como grande nação. Neste contexto onde o agronegócio se contrapõe à pequena agricultura, o que se nota é a extinção gradativa dos modos de produção, dos saberes e fazeres, das tradições e legados condenado à extinção seres humanos e suas histórias pessoais de vida e existência enquanto sujeito social. Fora das grandes áreas engolidas pelo avanço assustador do agronegócios, encontra-se também a extinção de cultivos agrícolas, em sua maioria, familiares e tradicionais, que são expurgados, da noite para o dia, por empreendimentos minerários ou urbanizadores. É neste conteto que se apresenta, o Barreirinho, localidade rural em urbanização localizada na zona leste do município de Ibirité, na área de amortecimento do Parque Estadual da Serra do Rola Moça. Juntamente com as localidades de Bálamo e Rola Moça, guardam as últimas áreas de nascentes e cultivos aos pés da respectiva serra.

Quando se pensa em agricultura comunitária, não se fala exclusivamente em plantio de gêneros alimentícios. A ideia é a preservação do ecossistema associado às lavouras na disseminação do conhecimento, tanto popular, quanto científico. A região do Barreirinho evidencia um conflito em franca expansão, a perda gradativa dos módulos produtivos sustentáveis, familiares, tradicionais e em sua

maioria pequenos. Na região aos agricultores se organizaram através da Associação de Agricultores Agroecológicos e Biodinâmicos da Serra do Rola Moça (AABD-Rola Moça). Apesar de indiscutivelmente sabermos dos sabores e dos saberes ancestrais acerca dos conhecimentos de cura e poder das plantas, o pragmatismo neoliberalismo capitalista ainda é um empecilho para se avançar no que se refere à confirmações científicas das provas farmacológicas e químicas já conhecidas há séculos em diferentes partes do mundo. É preciso uma junção entre pesquisadores e conhecedores dos ecossistemas para se mapear os potenciais alimentícios e medicamentosos do futuro, levando-se em conta o gradativo aumento de adoecimento por fatores diversos no mundo atual. Quando vemos ecossistemas como Amazônia, Cerrado, Mata Atlântica e Pantanal retrocedendo quilômetros, por causa do desmatamento e queimadas, pensemos que ali podem estar uma espécie, cujo princípio ativo poderá curar a AIDS, o COVID-19 e outras patologias como câncer, o Alzheimer ou o Parkinson. Assim é preciso que a agroecologia, em suas duas frentes, de um lado pesquisadores e do outro comunidades produtivas se unam com vistas à melhoria da qualidade de vida, e da diminuição de males, doenças e tantos sofrimentos patológicos legitimando a agricultura e o conhecimento botânico como caminhos de um futuro mais viável para todos. A cidade de Ibirité, embora tenha perdido suas paisagens agrícolas para a urbanização nos últimos 30 anos é um laboratório para a Grande BH. Basta destacar que no próprio Barreirinho existe o Campus Ibirité do Instituto Federal Tecnológico de Minas Gerais, que poderá conduzir estudos significativos nesta área geográfica e nas temáticas interdisciplinares a ela associadas. É importante evidenciar que em Ibirité existe no Campus da Universidade Estadual de Minas Gerais (UEMG), o Kaipora, um significativo coletivo de estudos bioculturais em pleno funcionamento. No campus além da graduação em ciências biológicas - licenciatura são ofertados os cursos técnicos de agroecologia e agropecuária.

Fronteiras agrícolas, expansões urbanas, e áreas mineradas estão dizimando a ampla diversidade de sujeitos sociais estabelecidos em unidades produtivas familiares e isso precisa ser revertido. Os estudos bioculturais, bem como a agroecologia são a forma de legitimização e proteção se atores cada vez mais vulneráveis como: agroextrativistas, aquicultores, assentados da Reforma Agrária, comodatários, habitantes de faxinais e de Vilas Rurais, meeiros ou arrendatários, pequenos empreendedores rurais, pescadores, posseiros, povos indígenas, proprietários familiares, e quilombolas, É indiscutível que a agroecologia e os estudos bioculturais despontam como uma premissa quando se pensa em sociedade sustentável, uma vez que para além de conhecimento alimentares e fitoterápicos, haverá a visão do manejo sustentável do meio ambiente, a preservação e manutenção dos serviços ecossistêmicos essenciais, como ar puro e água potável. Agroecologia e Fitoterapia, incluindo o cultivo, a manutenção, o controle e a colheita, num contexto de produção responsável é a nova cadeia do agronegócio, trazendo a natureza como protagonista da discussão antes então absolutamente capitalistas neoliberais. Preservar os pequenos agricultores e suas paisagens de referência. É esperançoso saber que a indústria e a ciência se empreendem conjuntamente no mapeamento dos alimentos e das plantas que curam, com seus princípios químicos e de suas reações e potenciais, para que as populações tradicionais compartilhem seus conceitos ancestrais e protagonizem o conhecimento, a divulgação e a conservação da flora nacional. Esse será o marco civilizatório que tanto ansiamos: o dia em que o homem entender que a floresta vale mais em pé do que derrubada. E neste

contexto, Barreirinho é uma bandeira, que suas paisagens agrícolas e seus produtores locais se fortaleçam cada vez mais, para permanecerem no tempo e no espaço, vencendo os tentáculos da descaracterização advinda da urbanização desenfreada.

RESULTADOS E DISCUSSÕES

A dicotomia entre campo e cidade é um tema complexo, estudado de forma interdisciplinar entre várias áreas das ciências, em especial, a sociologia e a geografia. Historicamente, desde a Revolução Industrial, entende-se se ambas como espaços distintos com as suas identidades e características próprias. Quando os ingleses lançaram a industrialização no mundo, as urbes foram remodeladas numa reconstituição dos espaços destinados à indústria, naquilo que seria chamado de “cidades industriais”. Além de poluição, degradação e condições mortificantes de trabalho, a urbe não estava preparada para receber tantas pessoas do campo que vieram para a cidade em busca de trabalho e assim, gradativamente esses sujeitos sociais, sem instrução e qualificação, eram expulsas e expurgadas para fora desses centros. Ou seja, das partes centrais das urbes eram deliberadamente excluídos para as periferias, um fator que chamaríamos posteriormente de invisibilidade social. É interessante destacar que a industrialização associada à urbanização como nuances de um capitalismo neoliberal se ampliaram da revolução industrial para os dias atuais tendo sua ênfase no período posterior ao fim da guerra fria.

Mas qual é exatamente, a diferença entre campo e urbe e por que cidade é tida como sinônimo de progresso? Para começarmos, a discussão é importante verificar que urbe é um polo centralizador de atividades que vão além da indústria, consolidando enquanto espaço de comércio e serviços. Logo, o contexto de trabalhar e consumir conjuntos aos preceitos do capitalismo e fez da cidade, um local bastante atrativo, porque ela oferece trabalho, salário e uma qualidade de vida. A lógica circunda-se do ciclo de se consumir algo com salário ganho. A urbe permite uma certa qualidade de vida e um adequado conforto como a mobilidade, por exemplo, o que faz com que as pessoas se desloquem mais rapidamente que é também um atrativo. Quando falamos de ônibus, metrô e trem nos enveredamos para o ponto central da atração pela cidade. Da urbe brotam estereótipos que se direcionam ao campo, a demonização e percepção tão negativa das paisagens camponesas e das comunidades tradicionais a elas associadas. Tentando entender o porquê dessa relação dicotomia, é imprescindível expor que antes do advento de ampliação do agronegócio, o campo era bastante rudimentar, com populações tradicionais assentadas em terrenos familiares ou em alguns casos assentados pelo poder público e que mantinham laços coletivos básicos. Além disso, ao contrário das cidades, eram comunidades pequenas, se produz uma Agricultura Familiar feita em regime de subsistência nas quais as relações de produção e as relações comunitárias se dão com muita intimidade. Ao mesmo, nestas comunidades, a falta de um avanço tecnológico fazia com que o campo mergulhasse numa profunda paralisação.

Bom primeiramente para reverter esta dicotomia, é importante destacar a possibilidade de duas intervenções, sendo uma no espaço urbano, e outra no espaço rural. No espaço urbano, a urbe deve promover mais Equidade social, mas justiça e sustentabilidade no sentido de ser ver e reverter a degradação e a deterioração dos ambientes urbanos e dos espaços a eles associados. A cidade sempre influenciou, direta e indiretamente, as populações camponesas e isso é um dado preocupante, uma vez,

que hoje, quase que unânime, a população do Planeta Terra seja majoritariamente urbana. Assim, é preciso olhar para a urbe, para os recortes urbanos com olhar especial, no sentido de se replicar ecologia, inclusão e justiça nos espaços nos quais se consolidam os bolsões de miséria e pobreza para reconhecer novas possibilidades de qualidade de vida e desenvolvimento urbano. Outra coisa importante nos espaços urbanos é um resgate dessa centralidade camponesa mediado por um projeto de intervenção que tenha no corporativismo e na agroecologia seus pilares básicos. Assim, o espaço deteriorado e degradado dará lugar a uma sinergia, ao ambiente em regeneração natural, onde a população tenha acesso à plantas medicinais e alimentos sem agrotóxicos. A mediação e troca de tecnologias e de técnicas de intervenção e cuidados com a terra decorre de intervenção voltada para os lugares urbanos habitados por populações camponesas. É importante entender que essas populações sempre se encontraram vulneráveis, no sentido de sempre mudarem de seus locais de origem, dada às condições socioeconômicas, bem como aos atrativos da cidade grande. Essa consequência é notável na história do país, onde grande parte da população camponesa, principalmente do nordeste brasileiro migrou para a urbe de São Paulo, hoje uma das maiores cidades do mundo. Assim quando se pensa em paisagem e população camponesa é primordial verificar como está a condição das populações tradicionalmente instituídas no espaço rural verificando inclusão e desigualdade social e buscando parâmetros para construção da equidade, da justiça social nesses espaços com vistas a fixação do homem do campo e promovendo novos elos de movimentação e de transformação econômica permeada pela sustentabilidade.

É relevante pensar que o homem do campo possui toda uma tradição que jamais poderá ser esquecida, tradição essa que uma vez indo para urbe poderá ser apagada. O importante é a valorização do homem camponês, de sua realidade, cultura e a sua alfabetização ecológica, no sentido de apropriação do seu território, tanto no aspecto cultural, quanto no aspecto ecológico, de maneira em que ele passa produzir e manter sua família no campo, sem criar expectativas de migração para os grandes centros urbanos. Não se fala em relação do homem do campo com cidades e vice-versa se não tivéssemos o advento do agronegócio em franca expansão, por todo o território brasileiro. Então primeiramente é importante destacar a possibilidade de duas intervenções, sendo uma no espaço urbano e outra no espaço rural através da qual se desconstrua o alto grau de desilusão sobre o mundo urbano. Reconhecer recortes espaciais nos quais se concretizam bolsões de miséria e pobreza para adotar medidas de humanização e equidade com vistas à transformação. Outra coisa importante nos espaços urbanos é o resgate das estratégias colaborativas entremeadas com projetos de intervenção fundamentados no cooperativismo e agroecologia, enquanto pilares básicos. Assim, é o espaço degradado que dará lugar a um novo ambiente com a sinergia coletiva associada à reparação social e regeneração natural. Com esta estratégia, a população tem acesso a plantas medicinais, alimentos sem agrotóxicos e mediação/troca de tecnologias e técnicas de intervenção e cuidado com a terra.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O mundo tem se tornado cada vez mais utilitarista e consumista e como essa nova mentalidade impacta direta e indiretamente às mentalidades, reformulando os projetos societários, nota-se uma preocupação crescente com a gestão da qualidade, com o desenvolvimento sustentável e com a

segurança do trabalho, elementos que perpassam todas as cadeias produtivas. Mas do que obrigatoriedade ou consciência ampliada, tal questão tem sido inserida como moeda de troca para dar mais atratividade e visibilidade aos produtos postas para venda, consumo e descarte. Apenas isso, as três questões não perpassam pela condição de idoneidade, transparência e éticas das empresas, mas sobretudo funcionam como moeda de troca e como marketing corporativo. Produtos seguros, de qualidade e sustentáveis são mais atraentes ao consumidor, pois ele também mergulhará na falsidade ideológica do “politicamente” correto. É necessários que as três questões sejam efetivamente postas como prioridades na concepção de produtos de produtos e que sejam levada a sério, pois estamos ameaçados da próxima “desaparição”. É inteligente lembrar que os recursos naturais não são inesgotáveis e a Terra tem dado sinais alarmantes. É preciso reponsabilidade e envolvimento de todos, poder público, iniciativa privada e sociedade civil para a construção de novos horizontes.

A economia sustentável resulta em inovações na área das ciências biológicas, relacionando-se ao desenvolvimento e uso de produtos e processos nas áreas da biotecnologia industrial, da saúde humana e da produtividade agropecuária. A bioeconomia consente à coletividade dispor de escolhas tecnológicas com menor impacto socioambiental, transformando processos industriais, aumentando a produtividade agrícola. Está estreitamente ligada à procura por inovações que priorizem a qualidade de vida da sociedade. Adotando essa vertente, entende-se que uso de tecnologia de ponta com cultivares de alta qualidade genética e sistemas de produção de alta eficiência são eficazes para a bioeconomia, porém falham se não existir alinhamento na cadeia de hortícolas visando a diminuição de perdas e o cuidado com a qualidade dos alimentos. O segmento pós-colheita de hortícolas merece atenção específica e atos estratégicos por elevar índices de perdas devido à perecibilidade inerente dos produtos.

A cadeia de produtos hortícolas frescos, que abarca frutas, hortaliças e plantas ornamentais, é marcada por uma série de limitações que culminam em prejuízo da qualidade e elevado desperdício, especialmente pertinentes à deficiência de cadeia do frio, à ocorrência de estragos mecânicos, distúrbios fisiológicos e degradação microbiana agravada, ainda, em alguns casos, por conduzir patógenos que originam enfermidades ao consumidor ou pragas quarentenárias. Os prejuízos de produtos derivados da produção de hortifruti no Brasil alternam entre 35 e 40%, o que daria de modo satisfatório para alimentar muitas pessoas. Uma política para diminuição de perdas envolve pelo menos três extensões conectadas: produção, abastecimento e comercialização e consumidor final. A produção de hortícolas, bastante fragmentada com milhares de produtores em distintas regiões produtoras e não satisfatoriamente arranjados em um associativismo eficiente. Ainda sobre a produção, não há na cadeia um elo organizador. No caso de produtos industrializados, a indústria institui os padrões da matéria-prima, o que de nenhum modo acontece no caso de hortícolas frescas. A ausência de rumo aos produtores para tomada de deliberações que acolham necessidades de produção e contentem as demandas de mercado é um dos obstáculos que colaboram para as perdas ao longo da cadeia produtiva. Considera-se também que essas perdas não se restringem exclusivamente aos frutos ou hortaliças que foram descartados. Ao se jogar fora o alimento/produto final, ao mesmo tempo são desperdiçados os recursos explorados para sua produção: solo, água, energia solar, energia humana, sementes, fertilizantes e tecnologias – com toda a pesquisa, conhecimento e trabalho empregados para originar a plantação. A segunda dimensão está no círculo do abastecimento e comercialização,

conglomerando os mercados atacadista e varejista. Considerando a comercialização dos hortícolas, nota-se a complexidade desse sistema, com a deficiência de adoção de uma locução comum de mercado, a falta de padronização, determinando desconfiança e ineficiência ao processo. A centralização do varejo em grandes redes e a força do atacado indicam uma espantosa parábola e vulnerabilidade ao produtor para a venda dos hortícolas. A cadeia de transportes ageneia perdas devido a fatores como estradas rurais e/ou secundárias mal conservadas; metodologia de manipulação exagerada e imprópria do produto no momento de carga e descarga de caminhões e uso de embalagens e empilhamento impróprios, além das dificuldades logísticas e burocráticas em portos e aeroportos. Outro fator crítico é a inexistência ou precariedade de cadeia de frios e do emprego de boas práticas pós-colheita, o que coopera para antecipar a perecibilidade intrínseca do hortícola, material vivo. A terceira esfera está no consumo, que envolve a instrução para um consumo sustentável. Todos esses acréscimos percentuais de perdas ao longo da cadeia colaboram de forma direta para o desperdício de alimentos e para o acréscimo do preço final do produto que chega ao consumidor. Para que o ecossistema da cultivo de alimentos labore com sustentabilidade social e ambiental, é indispensável a conexão dos distintos elos da cadeia, vertical e horizontalmente.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vagner Luciano de. **A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E A FRAGMENTAÇÃO DE ECOSISTEMAS: observações pontuais a partir das paisagens dos Distritos do Parque Durval de Barros e Sede Municipal, Ibitité - MG.** Disponível em <<https://conteudojuridico.com.br/open-pdf/cj591315.pdf/consult/cj591315.pdf>> Acesso em 20. Out. 2020

FERNANDES, Debora de Oliveira. et. al. **Avaliação da qualidade microbiológica da água do córrego Barreirinho no município de Ibitité-MG. Uma comparação com o Kit Enzquik.** In: Revista Águas Subterrâneas. v. 32, n. 2 (2018). Publicada em Mai/2018. Disponível em < <<https://aguassubterraneas.abas.org/asubterraneas/article/view/29121>> Acesso em 20. Out. 2020

LANZA, DS; OLIVEIRA, DL; Val, MC. **Mapeamento temporal do uso e cobertura do solo das microbacias contribuintes com a represa de Ibitité-MG utilizando imagens de alta resolução.** In: Anais XV Simpósio Brasileiro 2011 Disponível em < <http://marte.sid.inpe.br/col/dpi.inpe.br/marte/2011/07.29.14.44/doc/p0582.pdf>> Acesso em 20. Out. 2020

MAGALHÃES, Ronaldo José Ferreira. **VALORAÇÃO DO SERVIÇO DE PROTEÇÃO nDE MANANCIAIS PRESTADO POR UNIDADES DE CONSERVAÇÃO.** (Dissertação de Mestrado em Sustentabilidade Socioeconômica Ambiental. Ouro Preto, MG, 2014. Disponível em < <http://conexaoagua.mpf.mp.br/arquivos/estudos/08-dissertacao.pdf>> Acesso em 20. Out. 2020

SALLES, D. M. **Composição e configuração da paisagem e proposição de corredores como ferramenta para conservação: o Parque Estadual Serra do Rola Moça, Minas Gerais, como estudo de caso.** 2013. 57 f. Dissertação (Mestrado em Ecologia de Biomas Tropicais) - Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2013. Disponível em <<http://www.repositorio.ufop.br/handle/123456789/3189>> Acesso em 20. Out. 2020

SILVEIRA, Geraldo Tadeu Rezende. **Educação ambiental na comunidade rural do entorno do Parque Estadual da Serra do Rola Moça em Ibitaré, Minas Gerais.** In: Percurso Acadêmico, Belo Horizonte, v. 4, n. 7, jan./ jun. 2014. Disponível em <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/percursoacademico/article/download/5775/8558/0>> Acesso em 20. Out. 2020

SITE PENSAMENTO VERDE. Economia Verde: diferença entre economia moderna e tradicional. In: adaptado de Disponível em <<https://www.pensamentoverde.com.br/economia-verde/diferencas-entre-agricultura-moderna-e-tradicional/>> Acesso em 20. Out. 2020

O PRINCÍPIO DA LAICIDADE NO ESTADO BRASILEIRO

JEOVÁ MIGUEL DA SILVA FILHO:

Bacharel em direito pela Universidade ASCES e Pós-graduado em direito público pela Faculdade Legale. Pós-Graduado e Delegado de Polícia Civil.

Resumo: Esse artigo tem a finalidade de apresentar um panorama sobre como o Brasil está tratando o princípio da laicidade, previsto na sua Carta Maior. Dessa maneira, o presente estudo busca conceituar a laicidade e os termos que normalmente suscitam dúvidas, procurando também situar o país na efetividade de aplicação desse princípio e exibindo algumas divergências na literatura. Por fim, são apontadas ponderações acerca da importância do princípio em tela em um estado democrático de direito e abordados precedentes históricos que por vezes afastam o Brasil da laicidade e por outras vezes o aproximam.

Palavras-chave: Religião; Estado laico; esfera pública; laicidade; liberdade religiosa.

Abstract: This article aims to provide an overview of how Brazil is dealing with the principle of validity, as set out in its Major Charter. Thus, the present study seeks to define the validity and terms that are normally susceptible to doubts, also looking for the country in which the effectiveness of the application of this principle is displayed and some divergences in the literature. Finally, considerations on the importance of the principle on screen in a democratic rule of law are pointed out and historical precedents that sometimes move away from Brazil or sometimes or approach.

Keywords: Religion, Laic State; secularity, public sphere, religious freedom.

1. INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro, segundo a Constituição de 1988, traz em seu art. 19º, inciso “i”, proíbe aos entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) o estabelecimento de cultos religiosos ou igrejas oficiais, da mesma forma que veda a interferência estatal nas referidas instituições (BRASIL, 1988). Portanto, está claro que, ao menos frente a Constituição Federal, o Brasil é um país laico.

Entretanto, em seu preâmbulo, a Carta Maior faz uma referência explícita a um Deus. Mesmo não sendo dotado de força normativa, segundo a Ação Direta de Inconstitucionalidade 2076 (BRASIL, 2002), que firmou o entendimento da Corte, o

preâmbulo se fundamenta na visão do constituinte originário, que, por sua vez, reflete ou deveria refletir os anseios da população.

Por conseguinte, apesar de ser constitucionalmente garantido, podem ser observadas normas e comportamentos que mitigam a laicidade do Estado brasileiro. Dessarte, esse trabalho pretende apresentar uma base conceitual dos principais tópicos relacionados à laicidade de um Estado bem como analisar como o tema está sendo tratado atualmente nas principais cortes do país bem como nas discussões acadêmicas.

2. CONCEITUAÇÃO DO ESTADO LAICO E O PANORAMA BRASILEIRO

A definição de Estado laico, também conhecido como estado secular, pode ser dado pela ausência de religião oficial adotada por um determinado Estado. Ou seja, esse conceito está ligado ao claro distanciamento da religião com a esfera pública e não a anti-religião na sociedade, à desconexão entre fé, situado no âmbito privado, e igreja como instituição de domínio público (DOMINGOS, 2009).

Nesse sentido, é de suma importância esclarecer, diante da iminente confusão entre os conceitos, a diferença entre os conceitos de laicidade, laicismo e secularização. Portanto, alguns autores se dedicaram a contextualização desses termos, como Ranquetat (RANQUETAT, 2008). O autor apregoa, segundo sua pesquisa, que, basicamente, a laicidade está ligada ao comportamento do Estado de indiferença frente as diversas religiões, devendo esse 248rata-las de maneira igualitária. Já o laicismo é considerado como uma maneira incisiva de se chegar a laicidade, possuindo características de enfrentamento da religião como um todo, até mesmo da sociedade; é, portanto, anti-religião. Por fim, a secularização é um conceito relacionado à diminuição do poder da religião no mundo contemporâneo, o que afasta gradualmente a influência religiosa sob um Estado.

Dessa forma, o Brasil pode ser considerado um Estado laico e não laicista, pois, apesar de não definir nenhuma religião oficial em sua Constituição, permite, através de seus preceitos fundamentais, a liberdade religiosa. Como confirma Rios (2015):

“Este desenho institucional coloca o Brasil no campo da laicidade, uma vez que seus elementos fundamentais estão presentes: (a) garantia dos direitos fundamentais de liberdade e de igualdade para todos, sem depender de crença religiosa; (b) neutralidade quanto ao dado religioso do ponto de vista institucional, pela impossibilidade de argumentos de fé em processos de deliberação democrática majoritária e na configuração e execução das políticas públicas, ainda que admitida a cooperação de interesse público e (c) ausência de hostilidade a indivíduos e grupos em virtude de crença religiosa, conjugada com

mecanismos de convivência e de valorização da diversidade religiosa (p. 8).”

Entretanto, alguns autores, como Pinzani (2015), descrevem o Brasil como possuidor de caráter confessional, pois, segundo esse autor, é visível a preferência do cristianismo como norteadora dos princípios políticos do nosso Estado, o que nos afasta da laicidade. Nesse estudo são citados alguns exemplos que fortalecem os argumentos do autor, tal como o crescimento de projetos de lei com o intuito de impor uma visão cristã a toda sociedade como se todos fossem praticantes da mesma religião, a título de exemplo a leitura obrigatória da Bíblia nas escolas, ou como os crucifixos estampados nas mais variadas repartições públicas, de todos os entes federados.

3.A IMPORTÂNCIA DO ESTADO LAICO

A república federativa do Brasil traz em sua constituição vigente no seu art. 5º, inciso “vi”, que todas as pessoas são iguais perante a lei e que é inviolável a liberdade de consciência e de crença destas pessoas, sendo assim assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida a proteção aos locais de culto e a suas liturgias (BRASIL, 1988).

Contudo, a representatividade das demais religiões, que não estão abrangidas no bojo protetivo da maior parte das instituições pátrias, se mostra atenuada com a clara preferência do constituinte originário. Assim, discussões que deveriam ser feitas de maneira técnica e responsável são contaminadas por crenças, ideologias e filosofias particulares. Como é mostrado no estudo (LUNA, 2014) que trata da interferência da religião nas decisões políticas sobre o aborto. Nesse artigo, Luna traz um levantamento geral das discussões que envolvem o aborto no Congresso Nacional, mostrando que, apesar da tentativa de avanços na área, há uma grande resistência da ala religiosa (católicos, evangélicos e espíritas), que se une em um projeto antiaborto. As posições são radicalizadas principalmente por parte dos deputados evangélicos ligados à Assembleia de Deus, os quais são contra abortos até em casos de anencefalia e estupro.

Nesse sentido, como Ranquetat salienta (RANQUETAT, 2008) o processo de laicização, a transformação de um Estado em laico, é complexo e suscetível à recaídas, como é apontado o caso da França que em meados de 1930 lutou pela laicidade mas que teve eficácia temporária com a volta do poder monopolista da Igreja Católica pouco mais de vinte anos mais tarde ao declarar o catolicismo como a verdadeira religião daquele país. Também podemos nos lembrar do notório retrocesso vivido na Arábia Saudita com a confusão feita na relação conturbada de simbiose entre a Igreja e o Estado. Reportagens mostram em fotografias o impacto da Revolução Islâmica (1919) na vida da população, que sedimentou o preconceito contra às mulheres e confirmou sob suas leis a colocação da

mulher abaixo dos homens, obrigando-as, dentre outras diversas limitações, a usar véu (SANCHEZ, 2018).

Outro ponto relevante a ser destacado é que, mesmo não tendo adotado uma religião oficial, o Brasil conta com poderosas bancadas parlamentares das religiões com mais praticantes. Esse comportamento fortalece o preconceito essencialmente contra as religiões de matriz africana, que historicamente são estigmatizadas e perseguidas. Silva (SILVA, 2007) retrata casos de intolerância advindos principalmente do neopentecostalismo contra as religiões afro-brasileiras, que são reforçados, em grande parte, pela crescente eleição de candidatos ligados a essas igrejas. Dessa forma, a manutenção e prosperidade dessas religiões são conquistadas na base de muito esforço por parte de seus praticantes e de movimentos que reúnem as pessoas de bom senso das demais religiões. A esse respeito, é importante considerar:

“Enfim, as igrejas neopentecostais ao combaterem os terreiros afro-brasileiros – em nome da evangelização e da libertação espiritual – promovem um afastamento entre esses dois campos religiosos. Tal afastamento estimula o crescimento dessas igrejas em função da evasão de adeptos e de clientes dos terreiros e da degeneração da imagem pública destes últimos. (SILVA, 2007, p3).”

Portanto, é de suma importância a constante observação do panorama político-social de sorte que as práticas anti-isonômicas sejam evitadas desde o seu princípio. Pois, como podemos observar, de tempos em tempos, direitos que já estão garantidos são questionados com base no fideísmo parlamentar, o que pode gerar graves retrocessos e preferências inconstitucionais. E também preconceitos culturalmente enraizados, em vez de serem combatidos, podem ser estimulados por aqueles que detém o poder.

4.PRINCIPAIS PONTOS QUE ENVOLVEM A TEMÁTICA ESTADO LAICO

Com a promulgação da Constituição Federal da República Federativa do Brasil em 1988, o país garantiu a liberdade religiosa e vedou a definição de uma religião oficial. Todavia, na prática podem ser observadas falhas na aplicação fiel dos princípios constitucionais da laicidade, como mostra Sarmiento em seu estudo (SARMENTO, 2008) em que trata da falta de uma representatividade democrática entre as religiões frente aos crucifixos expostos nos tribunais.

Assim, alguns estudos também apontam o que podem ser consideradas contradições da aplicação da laicidade, como os feriados religiosos cristãos presentes em diversas leis presentes nos Estados e Municípios (ROSA, 2016). Nesse mesmo artigo a autora exhibe uma decisão judicial envolvendo os ritos do candomblé, umbanda e quimbanda, escancarando o preconceito do magistrado em tela, que desconsidera essas

religiões com base no seu profundo desconhecimento e alienação, e que possui como padrão único dos seus preceitos comportamentais religiosos a religião católica.

Outrossim, uma decisão do Supremo Tribunal Federal, em setembro de 2017, na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.439, proposta pela Procuradoria-Geral da República (PGR), abriu a possibilidade de estabelecer ensino religioso de caráter confessional nas escolas públicas (BRASIL, 2002). Por conseguinte, mesmo que tenha permanecido a natureza facultativa, essa decisão o STF dificulta ainda mais a efetivação de um Estado plenamente laico, visto que incentiva, ainda que indiretamente, o estabelecimento de uma única religião dentro do contexto escolar público.

Desse modo, o que se percebe é que o nosso ordenamento, mesmo sendo precedido de uma Constituição laica, se desvia desse princípio por diversas vezes. Como pôde ser observado em alguns estudos e decisões de nossa Corte Suprema, o Brasil ainda está longe de ser um Estado totalmente desconexo da religião, como apregoa a Constituição e materializa o Art. 33 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional:

“O ensino religioso, de matrícula facultativa, é parte integrante da formação básica do cidadão e constitui disciplina dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental, assegurado o respeito à diversidade cultural religiosa do Brasil, vedadas quaisquer formas de proselitismo (BRASIL, 1996, Art. 33).”

Não obstante, o Ministério Público, na contramão de algumas outras instituições, corrobora com o estímulo do Estado laico, como na publicação de uma coletânea de artigos que se propõe a apresentar diversos estudos fomentando o princípio da laicidade (CNMP, 2014).

5. CONCLUSÃO

O presente artigo buscou apresentar a dificuldade da implementação pura de um Estado laico na realidade brasileira devido ao enraizamento cultural cristão, evidenciado desde o preâmbulo da Carta Maior.

Com isso, primeiramente, foi proposta uma revisão literária dos principais termos ligado ao tema, tais quais a conceituação de laicidade. Construindo, portanto, uma base simplória para a discussão sobre a evolução do tema desde a concepção da Constituição Federal de 1988 até os mais recentes julgados do Supremo Tribunal Federal.

Em face do exposto, é inegável que existem avanços quanto a laicidade no Estado brasileiro, entretanto, como pôde ser observado, algumas questões que claramente

aproximam nosso país a um Estado Confessional perduram no ordenamento jurídico brasileiro.

6.REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 15 de out. 2019.

BRASIL. LDB – Leis de Diretrizes e Bases. Lei nº 9.394. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm>. Acesso em 16 de nov. de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 2.076** AC. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). Relator: CARLOS VELLOSO, Data de Julgamento: 15/08/2002, Tribunal Pleno. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/773544/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2076-ac>>. Acesso em 17 de out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 4.439** AC. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 27/09/2017, Tribunal Pleno. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4439AM.pdf>>. Acesso em 14 de nov. 2019.

CNMP – CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Ministério Público em Defesa do Estado Laico / Coletânea de Artigos. 300 p. il. v. 1. Brasília: CNMP, 2014. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/ESTADO_LAICO_volume_1_web.PDF>. Acesso em 06 de nov. 2019.

DOMINGOS, Marília De Franceschi Neto. Ensino Religioso e Estado Laico: uma lição de tolerância. REVER: Revista de Estudos da Religião, v. 9, 2009.

LUNA, Naara. Aborto no Congresso Nacional: o enfrentamento de atores religiosos e feministas em um Estado laico. Revista Brasileira de Ciência Política, v. 14, p. 83, 2014.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. 11 ed. São Paulo: Método, 2013.

PINZANI, Alessandro. Estado laico e interferência religiosa. *ethic@-An international Journal for Moral Philosophy*, v. 14, n. 2, p. 279-299, 2015.

RANQUETAT JR, Cesar. Laicidade, laicismo e secularização: definindo e esclarecendo conceitos. *Revista Sociais e Humanas*, v. 21, n. 1, p. 67-75, 2008.

RIOS, Roger Raupp. DEMOCRACIA E LAICIDADE: NEUTRALIDADE E DA PLURICONFESSIONALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988. Revista da Faculdade de Direito Uniritter, v. 1, n. 15, 2015.

ROSA, Lorena Franciele Corrêa; SCHETTINI, Fernando Gomes. Os limites da liberdade religiosa e da ideia de estado laico no Brasil. REVISTA JURÍDICA DA FAMINAS, v. 10, n. 1-2, 2016.

SÁNCHEZ, Emilio. Retratos das mulheres antes e depois da revolução islâmica alimentam debate no Irã. **El País**, 5 de Janeiro de 2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/01/02/internacional/1514893958_214929.html>. Acesso em 5 de out. de 2019.

SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos Tribunais e a laicidade do Estado. Em defesa das liberdades laicas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 189-201, 2008.

SILVA, Vagner Gonçalves da. Neopentecostalismo e religiões afro-brasileiras: Significados do ataque aos símbolos da herança religiosa africana no Brasil contemporâneo. Mana, Rio de Janeiro, v. 13, n. 1, p. 207-236, Abr. 2007 .

DOMICÍLIO ELEITORAL: AMPLITUDE DO CONCEITO E IMPLICAÇÕES PRÁTICAS NA JUSTIÇA ELEITORAL

JESSICA SILVEIRA ROLLEMBERG GOMES:

Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes.
Analista Judiciária do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná.

RESUMO: O objetivo básico deste estudo é refletir sobre o atual conceito de domicílio eleitoral estabelecido pela doutrina, legislação e jurisprudência especializadas em direito eleitoral, bem como nas respectivas consequências práticas ao processo eleitoral. A finalidade deste artigo é analisar a possibilidade de padronização do conceito de domicílio eleitoral para viabilizar o controle da legitimidade de operações de alistamento, transferência e registro de candidaturas eleitorais. Realizou-se uma pesquisa bibliográfica considerando a visão de autores como BARREIROS NETO (2016), MOREIRA DE ALMEIDA (2016), JAIRO GOMES (2016, entre outros, buscando enfatizar a importância da elucidação do conceito de domicílio eleitoral para a redução de fraudes no cadastro eleitoral e maior lisura das eleições. Concluiu-se a necessidade iminente de haver uma legislação coerente com o cenário político atual que tenha aplicação uniforme pela justiça eleitoral quanto aos requisitos relacionados à comprovação do domicílio eleitoral, caracterizando a fidelidade dos vínculos entre eleitores e candidatos com a circunscrição do pleito.

Palavras-chave: Domicílio. Eleitoral. Conceito. Amplitude.

Introdução

Este trabalho tem como tema a abrangência do conceito de domicílio eleitoral, sua diferenciação com relação ao domicílio civil e as implicações práticas acerca dos vínculos atualmente aceitos para realização de procedimentos perante a justiça eleitoral, tais como alistamento, transferência, revisão do eleitorado e registro de candidaturas.

Neste toar, elaborou-se questões que nortearam o atual trabalho:

- a) Qual a amplitude da definição de domicílio eleitoral? Quais vínculos são aceitos para o exercício do voto e/ou candidatura na circunscrição do pleito?
- b) Qual deve ser a melhor interpretação do conceito a ser adotada pela justiça eleitoral para evitar fraudes no processo eleitoral?

Antes de tratar do conceito de domicílio eleitoral, é relevante esclarecer a definição de domicílio civil estabelecida pelo Código Civil de 2002 em seu artigo 70, *in verbis*: "O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo

definitivo.". Da mesma forma, o Código Eleitoral em seu artigo 42, parágrafo único, preconiza que "para o efeito da inscrição, é domicílio eleitoral o lugar de residência ou moradia do requerente, e, verificado ter o alistando mais de uma, considerar-se-á domicílio qualquer delas".

Dessa forma, a princípio seria possível considerar os institutos como similares, na medida em que primordialmente levam em consideração a residência do interessado como elemento preponderante para a caracterização do domicílio.

Todavia, o Tribunal Superior Eleitoral estabeleceu interpretação diversa no Acórdão 18.124/2000, asseverando que "o domicílio eleitoral não se confunde, necessariamente com o domicílio civil. A circunstância de o eleitor residir em determinado município não constitui obstáculo a que se candidate em outra localidade onde é inscrito e com a qual mantém vínculos".

Quanto à interpretação da expressão domicílio eleitoral, Roberto Moreira de Almeida aduz que:

Vê-se, destarte, que a expressão "domicílio eleitoral" é interpretada de forma mais ampla que "domicílio civil". De fato, basta que o cidadão apresente vínculos ou interesses profissionais, patrimoniais, comunitários, familiares, políticos ou comerciais com determinada localidade para que venha a requerer a sua inscrição eleitoral e ali vir a ser eleitor ou até candidato. (ALMEIDA, Roberto Moreira de. 2016, p. 294)

Neste cenário, o foco primordial deste estudo é apontar qual deve ser o conceito de domicílio eleitoral a ser adotado no intuito de minimizar fraudes e inconsistências no processo eleitoral, especialmente diante da amplitude de vínculos adotada pelo TSE.

Para alcançar os objetivos propostos, utilizou-se como recursos metodológicos: pesquisa bibliográfica, com fulcro no entendimento e críticas doutrinárias; análise jurisprudencial, realizada a partir da verificação prática dos procedimentos relacionados ao cadastro eleitoral, como também pelo exame de materiais já publicados em meio eletrônico sobre o assunto.

O texto final foi fundamentado nas ideias e concepções de autores como: Moreira de Almeida (2016), Barreiros Neto (2016), Jairo Gomes (2016), dentre outros.

Desenvolvimento

A discussão acerca da delimitação do conceito de domicílio eleitoral possui grande relevância prática para a justiça eleitoral, tendo em vista que os servidores desta justiça especializada estão orientados a efetuar as operações de alistamento e transferência do eleitor, sendo ainda de incumbência do juiz eleitoral a verificação do domicílio eleitoral na circunscrição pelo prazo mínimo de seis meses anteriormente ao pleito como condição de elegibilidade de candidatos, conforme art. 9º da Lei 9.504/97.

Quanto aos possíveis vínculos que o eleitor ou candidato podem possuir para fins de caracterização do domicílio eleitoral, JAIRO GOMES (2016, p. 159) afirma que, no que concerne à aplicação do conceito pelos tribunais eleitorais, "tem sido admitido como domicílio eleitoral qualquer lugar em que o cidadão possua *vínculo específico*, o qual poderá ser familiar, econômico, social ou político".

No mesmo sentido, a Resolução TSE 23.569/2021, que trata da gestão do cadastro eleitoral, preconiza em seu artigo 23 que "para fins de fixação do domicílio eleitoral no alistamento e na transferência, deverá ser comprovada a existência de vínculo residencial, afetivo, familiar, profissional, comunitário ou de outra natureza que justifique a escolha do município".

Ressaltando a preponderância do vínculo político, o jurista Leonardo Matrone frisa que: *considerada a complexidade da discussão, recomendável que, em todos os casos, haja o vínculo político do eleitor com o município no qual ele pretende constituir seu domicílio. Esse vínculo, sim, pode ser mínimo. Mas deve existir. É necessário ter-se a consciência de que a atividade política é a essência do conceito de democracia.*

Em que pese o inicial fundamento da pluralidade de vínculos consistir na tentativa de colaboração para a livre escolha do eleitor do local de exercício do seu voto ou, quanto aos candidatos, do lugar de pleno interesse no registro de sua candidatura, nota-se que, atualmente, a escolha interpretativa adotada pelos tribunais pátrios, especialmente pelo entendimento pacífico do TSE, tem ocasionado diversos transtornos à lisura dos procedimentos eleitorais.

Conforme se depreende da análise do art. 38, inciso III da Resolução TSE 23.659/2021, que dispõe sobre o alistamento e demais serviços eleitorais processados eletronicamente, um dos requisitos para a efetivação da transferência do domicílio eleitoral consiste na residência mínima de três meses no novo domicílio, declarada, sob as penas da lei, pelo próprio eleitor, consoante também estabelecido no artigo 8º da Lei nº 6.996/1982.

Vê-se, portanto, que além da abrangência do conceito de domicílio eleitoral já abordada, a própria legislação eleitoral prevê a simples declaração do eleitor de que é residente no município, desvinculada de qualquer elemento comprobatório, como

requisito suficiente para a concretização da operação de transferência de domicílio eleitoral.

Acerca da matéria, JAIRO GOMES (2016) adverte que:

A declaração de residência a que alude o transcrito inciso III, pelo lapso de três meses, exige cautela. Não se pode olvidar que, na seara eleitoral, o conceito de domicílio é flexível (...). De qualquer maneira, é preciso sempre estar atento para que não aconteçam transferências eleitorais fraudulentas, pois elas podem alterar profundamente o resultado de eleições, falseando a representatividade popular. Isso é verdadeiro sobretudo em municípios não muito populosos, onde poucos votos podem ser decisivos tanto para a eleição de prefeito quanto para a de vereador. (JAIRO GOMES, José. 2016, p. 170)

No que tange à possibilidade de realização de diligências administrativas pelo Cartório Eleitoral para dirimir dúvidas acerca da veracidade da declaração de vínculo do eleitor com a zona eleitoral, percebe-se que a aludida fiscalização é demasiadamente prejudicada em razão da precária estrutura da Justiça Eleitoral, especialmente no aspecto de escassez de servidores em quantitativo hábil a promover a efetiva prevenção de fraudes.

Seguindo essa ótica, o analista judiciário Gerson Gonçalves Miranda expõe com maestria a realidade da estrutura e prática dos Cartórios Eleitorais:

Assim, abre-se margem para vários tipos de irregularidades, atendendo a interesses diversos e nada democráticos. Não obstante a declaração seja presumidamente válida, nada impede que diante de dúvida quanto à declaração do eleitor, a Justiça Eleitoral promova diligências no endereço indicado visando comprovar o vínculo declarado, antes do deferimento da operação. No entanto, a realização dessas diligências é muito comprometida diante da estrutura precária dos Cartórios Eleitorais, ficando essa fiscalização dependente de alguma denúncia de irregularidade, por critérios subjetivos e quase que por amostragem, o que dificulta a identificação de possíveis fraudes, tornando muito frágil o instituto do domicílio eleitoral.

No mesmo sentido, a jurista Ana Luísa Leite pondera que a posição jurisprudencial prevalecente pode ocasionar a formação de eleitorado em situação de manifesta irregularidade, desconexos com o real local de votação, bem como o registro de candidatos com interesses escusos e não democráticos:

A preocupação doutrinária se dá pelo fato de diversos candidatos aproveitarem-se do benevolente entendimento jurisprudencial a fim de efetivamente se candidatarem em local diverso do que de fato tem domicílio por motivos “eleitoreiros”, bem como de “eleitores itinerantes” votarem em locais com os quais não possuem nenhum vínculo real.

No caso dos municípios seria ainda mais grave, pois haveria tanto a possibilidade de prefeitos e vereadores totalmente desconectados com os problemas daquela comunidade conseguirem ser eleitos, como a de eleitores que nada tem a ver com o panorama municipal conseguirem votar.

Com relação às consequências práticas advindas da transferência irregular de domicílio eleitoral, existe previsão legal do procedimento denominado de revisão do eleitorado, que será realizado pela Justiça Eleitoral quando constatada fraude em proporção comprometedora, através da determinação de apresentação dos eleitores do município envolvido, a fim de ser averiguada a existência fidedigna de vínculo com a zona eleitoral. Nesse sentido, dispõe o art. 71 do Código Eleitoral, *in verbis*:

Art. 71 § 4º Quando houver denúncia fundamentada de fraude no alistamento de uma zona ou município, o Tribunal Regional poderá determinar a realização de correição e, provada a fraude em proporção comprometedora, ordenará a revisão do eleitorado obedecidas as Instruções do Tribunal Superior e as recomendações que, subsidiariamente, baixar, com o cancelamento de ofício das inscrições correspondentes aos títulos que não forem apresentados à revisão.

Contudo, há de ser ressaltado que a revisão do eleitorado constitui mecanismo extremamente dispendioso para a Justiça Eleitoral, haja vista que a análise preliminar da fraude é feita por meio de correição, procedimento que implica em deslocamento de servidores nas diversas residências apontadas no cadastro eleitoral, com o fito de observar se existe alguma conexão entre o eleitor e a zona eleitoral.

Posteriormente, constatada a fraude manifesta, será realizada a convocação geral de todos os eleitores para comparecimento pessoal à zona eleitoral, impondo-se a necessidade de funcionamento contínuo do cartório por meio de servidores que atuarão ininterruptamente, os quais efetuarão a revisão dos títulos eleitorais e analisarão minuciosamente a existência de vínculos que justifiquem a inscrição eleitoral naquela localidade.

O artigo 110, I da Resolução TSE 23.659/2021 disciplina o procedimento, estabelecendo que “mediante autorização do tribunal regional respectivo, determinar a criação de postos de revisão e os dias e horários em que funcionarão, o que poderá ocorrer, inclusive, aos sábados, domingos e feriados, assegurada, em qualquer hipótese, a acessibilidade”.

Além do dispêndio de orçamento com jornada suplementar, convocação extraordinária de servidores e manutenção predial em horário superior ao comum, vale frisar que a consequência para a ausência de comparecimento obrigatório de eleitores à revisão do eleitorado é o cancelamento de ofício das inscrições eleitorais correspondentes.

Neste cenário, é comum a abstenção de eleitores que, originalmente, estavam em situação regular, mas não puderam comparecer tempestivamente ao ato de revisão e, por isso, serão sancionados por força de lei e terão de ir novamente ao cartório eleitoral para regularizar uma situação fática que, desde o início, não estava eivada de vícios.

Diante do panorama apresentado, constata-se que a falta de critérios objetivos para a formulação do conceito de domicílio eleitoral vem implicando em prejuízo exacerbado à transparência do processo eleitoral, pois o quantitativo real de eleitores é comumente desvirtuado do número de cidadãos que efetivamente possuem interesse no resultado do pleito eleitoral e na representatividade de poder para melhoria da governança política.

Outrossim, o preenchimento da condição de elegibilidade relativa ao domicílio eleitoral na circunscrição vem sendo facilmente burlado pela simples transferência de domicílio pelo candidato poucos meses antes das eleições, frequentemente motivada por aspirações políticas e pessoais daqueles que sequer conhecem a realidade e as precariedades da comunidade local.

Segundo Silma Leda Sampaio, não há dúvida de que os municípios do interior do país são acometidos pela prática nefasta de transferência irregular de domicílio em período eleitoral, mormente por parte dos pretensos candidatos:

Lamentavelmente, face ao elastério dado ao conceito de domicílio político, verifica-se, com frequência principalmente no interior do Brasil, um verdadeiro êxodo de domicílios em períodos eleitorais, numa clara demonstração de acomodação de interesses meramente partidários e pessoais, haja vista que os partidos políticos no Brasil não possuem tradição ideológica, funcionando em torno das personalidades que o integram, despreocupando-se com ideologia e conteúdo programático.

Por todo o exposto, considerando o atual cenário político e a necessidade de reforço da preservação da imagem da Justiça Eleitoral enquanto órgão que efetivamente contribui para a manutenção da democracia e da lisura do pleito eleitoral, mostra-se urgente a reformulação do conceito de domicílio eleitoral, com a consequente previsão de elementos objetivos que restrinjam as operações irregulares de alistamento, transferência e registro de candidatura, facilitando o controle prévio de fraudes e a minimização de gastos com fiscalização e diligências.

Conclusão

Avaliando todo o panorama apresentado a respeito da complexidade do tema, concluiu-se que há emergente necessidade de restrição do conceito de domicílio eleitoral, mais precisamente no sentido de evitar a possibilidade de que vínculos tão abstratos configurem justificativa para a realização de operações no cadastro eleitoral e permitam o registro de candidatura por aqueles que sequer conhecem a realidade da circunscrição pela qual irão concorrer.

A bem da verdade, a residência do eleitor é o vínculo que objetivamente satisfaz o requisito legal, especialmente aliando-se à declaração do eleitor o dever de comprovar o vínculo documentalmente. Tal prática seria capaz de diminuir consideravelmente as fraudes que vêm sendo pautadas apenas na declaração oral dos eleitores de que possuem algum tipo de vínculo com o município, despida de qualquer elemento robusto.

Ademais, no intuito de evitar prejuízos a eleitores que se enquadram em casos concretos excepcionais, poderia ser viabilizado ao interessado o requerimento administrativo de reconhecimento de vínculo que não seja o residencial, o qual seria dirimido oportunamente pelo juiz eleitoral respectivo.

O atual cenário eleitoral conduz à percepção popular de descrença não só com o nível de responsabilidade e ética dos candidatos e detentores de mandato eletivo, mas também com o próprio sistema eleitoral vigente.

Destarte, em tempos de notícias falsas sendo disseminadas diariamente, nota-se que a adoção de critério objetivo para conceituação de domicílio eleitoral é medida bastante salutar, capaz de diminuir o índice de eleitores corrompidos e de viabilizar que somente os reais interessados na concretização da democracia no local do pleito exerçam o poder de sufrágio.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Roberto Moreira de. *Curso de Direito Eleitoral*. 10. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2016.

BARREIROS NETO, Jaime. *Direito Eleitoral*. 6. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2016.

GOMES, José Jairo. *Direito Eleitoral*. 12.ed. - São Paulo: Atlas, 2016.

MARQUES, Ana Luísa Leite de Araújo. *Entendimento amplo de domicílio eleitoral pode gerar distorções para democracia*. Disponível em: www.conjur.com.br/2017-jul-15/ana-marques-conceito-domicilio-eleitoral-gerar-distorcoes. Acesso em 10 de out. de 2019.

SAMPAIO, Silma Leda. Domicílio Eleitoral. *Aspectos conceituais e aplicação jurisprudencial*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31311/domicilio-eleitoral>. Acesso em 11 de out. de 2019.

MIRANDA, Gerson Gonçalves. *Domicílio eleitoral: uma abordagem crítica sobre domicílio eleitoral e os requisitos necessários para a sua caracterização*. Disponível em: <http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-ap-artigo-1-domicilio-eleitoral>. Acesso em 12 de out. de 2019.

MATRONE, Leonardo. *A interpretação do conceito de domicílio eleitoral*. Disponível em: www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI7058,71043A+interpretacao+do+conceito+de+domicilio+eleitoral. Acesso em: 12 de out. de 2019.

CRISE DE REPRESENTATIVIDADE: UMA FRAGILIZAÇÃO DO IDEAL DEMOCRÁTICO BRASILEIRO

LANNA CARINE DANTAS FERREIRA CORREIA:

Graduação em Direito pela Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina - PE (FACAPE). Pós-graduação em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá

RESUMO: O presente trabalho trata da importância em analisar a crise de representatividade que atinge a democracia brasileira. O Brasil adota o regime de governo democrático misto. Entretanto, o regime representativo prevalece e, nele, os políticos são legitimados a representar a vontade dos cidadãos. Ocorre que, atualmente, a finalidade dessa democracia vem sendo desvirtuada por políticos descompromissados com o interesse público. Nesse contexto, se intensifica a crise de representatividade apresentada nesse trabalho. A questão é abordada mencionando o quão grave é a presença da incompatibilidade entre aquilo que a população almeja, e a postura dos representantes. Para tanto, os objetivos específicos abarcam a análise e as características de um Estado Democrático, a identificação das razões e consequências da crise mencionada. A abordagem foi feita pelo método dedutivo, e através de pesquisa bibliográfica, buscou-se fundamentar as possíveis razões que desencadearam o descrédito dos cidadãos para com o atual regime político. Esse trabalho ainda visa demonstrar a forma como a sociedade reage aos problemas elencados, e a infeliz possibilidade de ser instaurado um regime autoritário no país.

Palavras-chave: Democracia; Crise de Representatividade; Autoritarismo.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. 2.1 DA SEPARAÇÃO DE PODERES. 2.2 DA DEMOCRACIA. 2.2.1 Formas de democracia. 2.2.2 A importância de uma representação política eficaz. 3. CAUSAS DA DESCONEXÃO ENTRE E OS CIDADÃOS E OS POLÍTICOS ELEITOS. 3.1 ATUAÇÃO DOS PARTIDOS POLÍTICOS COMO "MÁQUINAS DE PODER". 3.1.1 A inobservância da finalidade pública na busca por interesses pessoais. 3.1.2 O relevante descumprimento das promessas de campanha. 3.1.3 O abismo entre os políticos e os cidadãos após o pleito eleitoral. 3.2 CRESCIMENTO DA DESIGUALDADE SOCIAL E DA VIOLÊNCIA. 3.3 CORRUPÇÃO INSTITUCIONALIZADA. 4. ENFRAQUECIMENTO DA DEMOCRACIA BRASILEIRA COMO CONSEQUÊNCIA DA CRISE DE REPRESENTATIVIDADE POLÍTICA. 4.1 ESCOLHA DE REPRESENTANTES DESQUALIFICADOS COMO FORMA DE PROTESTO. 4.2 ELEVAÇÃO NAS TAXAS DE ABSTENÇÃO. 4.3 ABERTURA PARA INSTAURAÇÃO DE GOVERNOS AUTORITÁRIOS. 4.3.1 A "ineficácia" da democracia e a sensação de efetividade de regimes ditatoriais. 4.3.2 O oportunismo de candidatos adeptos a ideologias autoritárias frente à fragilização da democracia representativa. 5. CONCLUSÕES. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O Brasil, atualmente, enfrenta uma grave situação, na qual há uma gritante desarmonia entre os cidadãos e os políticos eleitos. Isso é perceptível através do crescimento do número de abstenções a cada eleição, pela grande quantidade de votos brancos e nulos, bem como pela escolha de políticos desqualificados como forma de protesto.

A referida desconexão, entre a população e seus representantes, acabou por desencadear uma crise de representatividade na democracia brasileira, que consiste no fato de que o povo não se sente representado pelos governantes eleitos, já que, frequentemente, estes se posicionam de maneira oposta aos anseios daqueles.

Tendo em vista à enorme proporção que essa crise de representatividade vem tomando no país, é essencial identificar suas prováveis causas, bem como demonstrar o perigo que ela representa para o Estado Democrático de Direito brasileiro como um todo.

Embora tenha sido adotada como regime de governo, no Brasil, a democracia semidireta, na qual existe a possibilidade de os cidadãos, em algumas determinadas situações, decidirem sobre questões sociais diretamente, por meio do plebiscito, do referendo e também da iniciativa popular, prevalece o sistema representativo.

No sistema de democracia representativa, os políticos são eleitos pelo povo, para, representando toda a população, estabelecerem as diretrizes do país, respeitando sempre a vontade popular e atuando com a finalidade de alcançar as metas relacionadas ao interesse público.

Dessa forma, os governantes possuem o dever de tomar decisões que reflitam a vontade dos cidadãos, garantindo assim, a soberania popular. Ou seja, os políticos eleitos devem respeitar os anseios sociais, trabalhando para concretizá-los sempre que possível.

Ocorre que, atualmente, são cada vez mais comuns situações em que, em busca de interesses próprios, as atitudes dos representantes destoam, quase que completamente, das necessidades sociais. Tal realidade reflete o fato de que os políticos não vêm cumprindo com honestidade o papel que lhe é constitucionalmente designado, qual seja, atuar de forma capaz de expressar a vontade popular.

Neste viés, é perceptível uma crescente reprovação da população para com as instituições democráticas, tendo em vista a manutenção e até mesmo o aumento de problemas comuns da realidade brasileira, como a desigualdade, a violência e a corrupção.

Tal insatisfação desencadeia o enfraquecimento da democracia, que pode ocasionar uma abertura para instauração de regimes autoritários, uma vez que o sistema representativo se mostra ineficaz e controverso, pois é incapaz de traduzir os ideais populares.

Na presente monografia, o tema apresentado é a crise de representatividade como uma fragilização do ideal democrático brasileiro. A abordagem foi realizada pelo método dedutivo, e foi utilizada como metodologia, exclusivamente, a pesquisa bibliográfica.

O objetivo geral consiste em analisar o enfraquecimento da democracia brasileira que surge da incompatibilidade entre a vontade popular e a conduta dos políticos eleitos, partindo-se do seguinte questionamento: como o regime democrático, no Brasil, é afetado pelo distanciamento entre a vontade dos cidadãos e os posicionamentos adotados pelos representantes políticos?

Sendo assim, para alcançar tal propósito, serão apresentados como objetivos específicos: a análise dos pilares de um Estado Democrático de Direito, com ênfase na importância da efetiva representação política para sua manutenção; a identificação dos principais fatores que ocasionam a distância entre os anseios dos cidadãos e o comportamento dos representantes eleitos; e as consequências da referida crise de representatividade.

Saliente-se que, objetivando alcançar a melhor forma de compreender o referido tema, o presente trabalho, primeiramente, apontará a conceituação e as principais características de um Estado Democrático de Direito, abordando os direitos e garantias fundamentais, a separação de poderes com o sistema de freios e contrapesos, e as formas de democracia.

Posteriormente, será apresentada como vem se manifestando a má atuação dos partidos políticos, o agravamento dos problemas sociais, e a manifesta desconfiança social que é nutrida nos cidadãos pela corrupção, como uma forma de justificar a insatisfação popular com a democracia representativa.

Por fim, para demonstrar como a crise de representatividade é capaz de enfraquecer, ou mesmo, de romper com o regime democrático, serão apontadas consequências perceptíveis no atual cenário político brasileiro, como a opção por candidatos desqualificados, o alto índice de abstenção, e o espaço que vem ganhando políticos adeptos a ideologias autoritárias.

2. ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O termo “Estado Democrático de Direito” possui um significado que, em sua essência, é capaz de assegurar os direitos e garantias fundamentais dos seres humanos em

geral. Primeiro, por estar intrinsecamente ligado à ideia de soberania popular, na qual o povo é a fonte do poder, depois, por trazer a ideia de imperatividade do ordenamento jurídico.

Como bem explica Di Pietro:

Com a Constituição de 1988, optou-se pelos princípios próprios do Estado Democrático de Direito. Duas ideias são inerentes a esse tipo de Estado: uma concepção mais ampla do princípio da legalidade e a ideia de participação do cidadão na gestão e no controle da Administração Pública. No que diz respeito ao primeiro aspecto, o Estado Democrático de Direito pretende vincular a lei aos ideais de justiça, ou seja, submeter o Estado não apenas à lei em sentido puramente formal, mas ao Direito, abrangendo todos os valores inseridos expressa ou implicitamente na Constituição. No tocante ao segundo, é inerente ao conceito de Estado Democrático de Direito a ideia de participação do cidadão na gestão e no controle da Administração Pública, no processo político, econômico, social e cultural; essa ideia está incorporada na Constituição não só pela introdução da fórmula do Estado Democrático de Direito – permitindo falar em democracia participativa –, como também pela previsão de vários instrumentos de participação, podendo-se mencionar, exemplificativamente, o direito à informação (art. 5º, XXXIII), o direito de denunciar irregularidades perante o Tribunal de Contas (art. 74, § 2º), a gestão democrática da seguridade social (art. 194, VII), da saúde (art. 198, III), do ensino público (art. 206, VI), sem falar em inúmeras normas contidas na legislação ordinária prevendo também essa participação, como ocorre na Lei Geral de Telecomunicações, na Lei de Licitações e Contratos, na Lei de Processo Administrativo (2018, p. 71).

Ao fazer referência a esse tipo de Estado, geralmente é feita uma associação imediata à realização de valores necessários a boa convivência humana, como a igualdade, a liberdade, a propriedade e, principalmente, a dignidade da pessoa humana.

A referida ligação é bastante plausível, uma vez que, um país que se constitui em um Estado Democrático de Direito deve, necessariamente, prezar, de forma real e consistente, pela efetividade dos direitos e garantias fundamentais de todos os indivíduos que nele se encontram.

O Brasil é um país que foi constituído em um Estado Democrático de Direito, e a Constituição Federal de 1988, em seu título II, traz um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, dentre os quais se encontram os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos da nacionalidade, os direitos políticos, e os direitos de partidos políticos.

Importa ressaltar que o rol trazido pela Carta Magna é meramente exemplificativo, pois, os direitos e garantias fundamentais podem ser encontrados ao longo de todo o texto constitucional e nas leis infraconstitucionais, bem como em tratados e convenções internacionais de que o Brasil seja parte.

É o que dispõe o §2º do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Exemplo disso são os tratados internacionais sobre direitos humanos que, aprovados através do rito descrito no parágrafo 3º, do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, serão considerados como emendas constitucionais:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Atualmente, no Brasil, existem duas normas aprovadas dessa forma, e ambas tratam de direitos das pessoas com deficiência. A primeira é a Convenção da ONU sobre as pessoas com deficiência, e a segunda é o Tratado de Marraqueche, que visa facilitação ao acesso de obras às pessoas cegas ou com deficiência visual.

O professor Pedro Lenza conceitua direitos e garantias fundamentais da seguinte maneira:

Os direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto as garantias são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os repara, caso violados (2018, p. 1177).

Nesse contexto, importa ressaltar que há uma diferenciação entre direitos e garantias fundamentais e direitos humanos:

Em que pese sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação

corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional) (SARLET, 2006, p. 36).

No mesmo sentido dispõe Marcelo Freire Sampaio Costa:

A distinção mais relevante entre as opções de nomenclatura de "direitos humanos" e "direitos fundamentais" cinge-se à questão da concreção positiva. Os direitos fundamentais possuem sentido preciso, restrito, despido da ideia de atemporalidade e vigência para todos os povos, pois estão juridicamente institucionalizados na esfera do direito positivo de determinado Estado, portanto, também limitados ao lapso temporal de vigência da Carta de direitos desse ente. Os direitos humanos, por sua vez, assumem contorno bem mais amplo, porque estão voltados à previsão em declarações e convenções internacionais com a pretensão de perenidade (2010, p. 32).

Apresentadas as referidas diferenciações, é válido mencionar que um Estado Democrático de Direito respeita não apenas os direitos e garantias fundamentais que estão instituídos em seu ordenamento jurídico interno, mas também deve respeito aos direitos humanos, uma vez que a proteção dos indivíduos e a valorização da dignidade da pessoa humana devem ser objetivos perseguidos da forma mais ampla possível.

Para assegurar a concreta existência e a correta execução dos direitos e garantias fundamentais, há, nos Estados Democráticos de Direito, uma sujeição de todos que nele se encontram, inclusive das autoridades públicas e representantes políticos, às regras de direito.

Tais regras jurídicas, por sua vez, são elaboradas pelo povo, geralmente através de seus representantes eleitos, ou seja, através da democracia representativa, mas sempre devem ser fundamentadas e limitadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Ao enfatizar que todos os indivíduos devem se sujeitar ao direito e que há uma imperatividade do ordenamento jurídico, é importante afirmar que os direitos e garantias devem ser observados em qualquer tipo de relação, seja envolvendo particulares, seja envolvendo o poder público.

Essa vinculação de todos ao direito é chamada por alguns doutrinadores, como José Afonso da Silva, de eficácia vertical e horizontal dos direitos fundamentais. Ao mencionarem a eficácia vertical, referem-se ao fato de que o Estado está limitado pelos direitos fundamentais.

Obrigar o Estado a respeitar garantias, significa dizer que ele não pode violar os direitos dos cidadãos. Já a eficácia horizontal reflete a oponibilidade dos direitos aos particulares, nas relações privadas, ou seja, é o direito limitando a autonomia privada.

Luiz Guilherme Marinoni enfatiza a vinculação do Estado e dos particulares aos direitos e garantias fundamentais da seguinte maneira:

A norma de direito fundamental, independentemente da possibilidade de sua subjetivação, sempre contém valoração. O valor nela contido, revelado de modo objetivo, espalha-se necessariamente sobre a compreensão e atuação do ordenamento jurídico. Atribui-se aos direitos fundamentais, assim, uma eficácia irradiante. As normas que estabelecem direitos fundamentais, se podem ser subjetivadas, não pertinem somente ao sujeito, mas sim a todos aqueles que fazem parte da sociedade (2004, p. 172).

No mesmo sentido:

O Estado de direito é o modelo de Estado (mais civilizado que o humano já inventou) em que todos estão submetidos à lei (na verdade, ao direito, do qual a lei faz parte), incluindo tanto o indivíduo como o próprio Estado. Não existe verdadeiro Estado de direito sem normas (válidas) reguladoras da atividade pública e privada (normas que fixam direitos, deveres e que impõem limites), sem a separação dos poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) assim como sem a previsão de um conjunto de direitos fundamentais (seguindo a tradição do nosso direito – civil law –, esse conjunto normativo vem escrito ou positivado em várias fontes: leis, constituições e tratados internacionais). É inconcebível o Estado de direito com poderes desregulados e atos de poder sem controle. Todos os poderes são limitados por deveres jurídicos, relativos não somente à forma, mas também aos conteúdos do seu exercício, cuja

violação é causa de invalidade judicial dos atos e, ao menos em teoria, de responsabilidade de seus autores (FERRAJOLI, 2014, p. 790).

Nesse contexto, todas as normas constitucionais e legais, elaboradas democraticamente por representantes políticos, bem como todos os princípios e pensamentos norteadores da aplicação das normas jurídicas, devem ser analisados, obrigatoriamente, sob a ótica da dignidade da pessoa humana. Qualquer dispositivo ou posicionamento que a despreze, deve ser necessariamente combatido.

Sobre a força e importância da dignidade da pessoa humana em nosso ordenamento jurídico, Pedro Lenza explica que:

A dignidade da pessoa humana é a regra matriz dos direitos fundamentais, e pode ser bem definida como o núcleo essencial do constitucionalismo moderno. Assim, diante de colisões, a dignidade servirá para orientar as necessárias soluções de conflitos (2018, p. 1571).

Nobre Júnior enfatiza a relevância do tema:

Assim, respeitar a dignidade da pessoa humana, traz quatro importantes consequências: a) igualdade de direitos entre todos os homens, uma vez integrarem a sociedade como pessoas e não como cidadãos; b) garantia da independência e autonomia do ser humano, de forma a obstar toda coação externa ao desenvolvimento de sua personalidade, bem como toda atuação que implique na sua degradação e desrespeito à sua condição de pessoa, tal como se verifica nas hipóteses de risco de vida; c) não admissibilidade da negativa dos meios fundamentais para o desenvolvimento de alguém como pessoa ou imposição de condições sub-humanas de vida. Adverte, com carradas de acerto, que a tutela constitucional se volta em detrimento de violações não somente levadas a cabo pelo Estado, mas também pelos particulares (2000, p. 04).

Tamanho destaque atribuído à dignidade da pessoa humana se deve, também, ao fato de que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu artigo primeiro, a menciona como um fundamento do Estado Democrático de Direito.

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:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

O dispositivo constitucional ora reproduzido, além de evidenciar a enorme relevância que a Constituição Federal atribui à dignidade da pessoa humana, afirma que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, o que pressupõe a existência de uma supremacia constitucional, uma vez que, como já mencionado, todos estão submetidos às regras vigentes no ordenamento jurídico, e todas elas, são fundamentadas na Carta Maior.

Ou seja, enfatizar a supremacia constitucional como característica de um Estado Democrático de Direito, significa dizer que todas as demais normas existentes no ordenamento jurídico brasileiro, obrigatoriamente, sob pena de serem consideradas inconstitucionais, devem estar adequadas aos parâmetros estabelecidos pela Constituição Federal.

Essa preponderância constitucional existe pelo fato de que a Carta Magna está no ápice do sistema jurídico brasileiro, e é ela quem disciplina a própria estrutura do país, bem como as normas fundamentais que devem ser prioridade em toda a sociedade.

Sobre tal aspecto, José Afonso da Silva traz uma brilhante explicação em sua obra "Curso de Direito Constitucional Positivo":

O princípio da supremacia da constituição é a pedra angular em que se assenta o edifício moderno do direito político. Significa que a Constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos. É, enfim, a lei suprema do Estado, pois é nela que se acham as normas fundamentais do Estado, e só nisso se notará sua superioridade em relação às demais normas jurídicas. Desse princípio, resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a Constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de

grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores (2018, p. 49).

José Renato Nalini possui raciocínio semelhante ao dispor que:

O princípio da supremacia constitucional significa encontrar-se a Constituição no vértice do sistema normativo. Ela é o fundamento de validade de todas as demais normas, pois estabelece em seu corpo a forma pela qual a normatividade infraconstitucional será produzida. Todas as demais leis e atos normativos são hierarquicamente inferiores à Constituição. E se com ela incompatíveis, não têm lugar no sistema jurídico, por não haver possibilidade de coexistência entre a Constituição e a norma inconstitucional (1998, p.34).

Ainda sobre o tema, Luís Roberto Barroso expressa seu entendimento afirmando que:

A supremacia constitucional é a nota mais essencial do processo de interpretação constitucional. É ela que confere à Lei Maior o caráter paradigmático e subordinante de todo o ordenamento, de forma tal que nenhum ato jurídico possa subsistir validamente no âmbito do Estado se contravir seu sentido (2008, p.107).

Como se pode notar, ao afirmar que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, não há como deixar de analisar os direitos e garantias fundamentais como prerrogativas dos cidadãos e dever do Estado, uma vez que são trazidos pela Constituição Federal, norma suprema, e fundamentados na dignidade da pessoa humana, base de todo ordenamento jurídico e princípio fundamental.

Entretanto, além da supremacia constitucional e do respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos e garantias fundamentais, existem outras características que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a constituição do Brasil em Estado Democrático de Direito, tais como a separação dos poderes e a democracia.

2.1 DA SEPARAÇÃO DE PODERES

A separação dos poderes começou a ser delineada por Aristóteles em "A Política". Nessa obra, o pensador trazia três funções distintas que eram exercidas exclusivamente pelo soberano. Tais funções consistiam em editar e aplicar as normas, bem como julgar os conflitos desencadeados pela aplicação das mesmas aos casos concretos, uma vez que,

por serem editadas em caráter geral, no momento da aplicação ocorriam desconformidades diante das peculiaridades de cada situação.

Apesar de identificar tais funções: editar normas, aplicar normas e julgar conflitos delas decorrentes, Aristóteles as apresentava sendo desempenhadas por um único indivíduo, que era o soberano. Ou seja, apenas um órgão exercia todas as funções, embora se tratassem de funções distintas.

Foi Montesquieu, em sua obra "O Espírito das Leis", que identificou e aprimorou a tripartição de poderes da forma que é estabelecida no ordenamento jurídico brasileiro atualmente. Na obra, ele buscou evidenciar que a forma mais efetiva de garantir funcionalidade entre o governo e a população seria atribuindo às funções de criar normas, aplicá-las e julgar os conflitos delas decorrentes, a órgãos distintos, isto é, realizando a separação dos poderes.

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares (MONTESQUIEU, 1973, p.157).

Como bem leciona o professor Pedro Lenza:

O grande avanço trazido por Montesquieu não foi a identificação do exercício de três funções estatais. De fato, partindo desse pressuposto aristotélico, o grande pensador francês inovou dizendo que tais funções estariam intimamente conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si. Cada função corresponderia a um órgão, não mais se concentrando nas mãos únicas do soberano (2018, p. 571).

Entretanto, é importante enfatizar, que o poder estatal é uno, indivisível e indelegável. Isso é, o poder é um só, e não é passível de divisão, consistindo em um atributo

exclusivo do Estado que emana do povo, já que a Carta Magna atribui a estes, a titularidade do poder.

O termo “separação de poderes” é utilizado para designar uma espécie de desconcentração das funções do Estado, que, por sua vez, consiste em uma forte e importante característica do Estado Democrático de Direito, já que é por meio do exercício das funções de órgãos diversos, que se torna possível conter o arbítrio estatal, e, conseqüentemente, proteger os indivíduos contra ofensas aos direitos e garantias fundamentais.

O poder político, como fenômeno sociocultural, é uno e indivisível, uma vez que aquela “capacidade de impor”, decorrente de seu conceito, não pode ser fracionada. Embora realidade única, ele manifesta-se por meio de funções, que são, fundamentalmente, de três ordens, a saber: a executiva, a legislativa e a judiciária. Essas funções, por muito tempo, houveram-se concentradas junto a determinado organismo estatal. O fenômeno da separação de Poderes não é senão o fenômeno da separação das funções estatais, que consiste na forma clássica de expressar a necessidade de distribuir e controlar o exercício do Poder político entre distintos órgãos do Estado. O que corretamente, embora equivocadamente, se convencionou chamar de separação de Poderes, é, na verdade, a distribuição e divisão de determinadas funções estatais a diferentes órgãos do Estado. Deveras, como o poder é uno e incindível, não há falar em separação de Poderes, mas, sim, em separação de funções do Poder político ou simplesmente de separação de funções estatais. Insistimos: não é o poder que é divisível, mas, sim, as funções que o compõem e se manifestam por distintos órgãos do Estado. (CUNHA, 2018, p. 515).

Nesse sentido:

A separação de poderes tem como objetivo fundamental preservar a liberdade individual, combatendo a concentração do poder, isto é, a tendência ‘absolutista’ de exercício do poder político pela mesma pessoa ou grupo de pessoas. A distribuição do poder entre órgãos estatais dotados de independência é tida pelos partidários do liberalismo político como uma garantia de equilíbrio político que evita ou, pelo menos, minimiza os riscos de abuso de poder. O Estado que estabelece a separação dos poderes evita o despotismo e

assume feições liberais. Do ponto de vista teórico, isso significa que na base da separação dos poderes encontra-se a tese da existência de nexos causais entre a divisão do poder e a liberdade individual. A separação dos poderes persegue esse objetivo de duas maneiras. Primeiro, impondo colaboração e o consenso de várias autoridades estatais na tomada de decisões. Segundo, estabelecendo mecanismos de fiscalização e responsabilização recíproca dos poderes estatais, conforme o desenho institucional dos freios e contrapesos (DIMOULIS, 2008, p. 145).

A Constituição Federal, em seu artigo 2º, dispõe que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Os termos “independentes” e “harmônicos” significam que, no tocante ao exercício das suas funções, inexistem subordinação entre eles, e que um poder deve respeitar o outro.

Importante aspecto é que a Constituição Federal, em seu artigo sessenta, traz a separação de poderes como uma cláusula pétrea, isto é, como uma limitação material ao poder constituinte reformador, o que significa que não poderão ser propostas Emendas Constitucionais tendentes a abolir tal matéria.

A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

III - a separação dos Poderes;

Por conta da mencionada tripartição do poder, cada órgão possui suas próprias funções, que são as conhecidas “funções típicas”, ou seja, cada poder fica responsável pela realização daquilo que, na sua criação, lhe foi designado especificamente. São as funções predominantes de cada poder, inerentes a natureza do órgão.

Porém, existem as “funções atípicas”, que consistem no desempenho da função predominante de um poder, por outro. Isto é, além de exercer a função a ele inerente, o órgão também executará função atribuída a outro poder, desde que haja previsão constitucional para tal, sob pena de ferir o princípio da separação de poderes.

O Poder Legislativo, representado no âmbito federal pelos deputados federais e senadores, no âmbito estadual pelos deputados estaduais, e no âmbito municipal pelos

vereadores, é responsável pela elaboração de leis, isto é, os representantes do legislativo devem criar, aprovar e rejeitar leis, dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Além disso, o Poder Legislativo ainda tem como função típica a fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial do Executivo. Isto é, os deputados possuem a atribuição de fiscalizar as contas do Presidente da República, dos Governadores de Estado e dos Prefeitos Municipais.

Atipicamente, o Poder Legislativo pode exercer a função do executivo, quando dispõe sobre sua própria organização, provendo cargos, concedendo férias aos seus servidores, etc. Pode ainda, exercer a função do judiciário, por exemplo, ao julgar o Presidente da República por crime de responsabilidade.

É o que expressa o artigo 52, inciso I, da Constituição Federal.

Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles;

O Poder Executivo, representado tanto pelo Presidente da República, quanto por Governadores e Prefeitos, pratica atos de chefia de Estado, chefia de governo e atos de administração, em sua função típica. De forma atípica, o executivo pode praticar atos referentes à função do judiciário, ao julgar, apreciando defesas, os recursos administrativos.

O artigo 62 da Lei Maior, ao dispor que “em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional”, mostra que o Executivo, além de administrar e julgar, ainda pode exercer a função legislativa.

Já o Poder Judiciário, composto por juízes e tribunais, é responsável por exercer a função jurisdicional, ou seja, tem como função típica dizer o direito no caso concreto, decidindo os conflitos que lhe são levados, quando da aplicação da lei. A função jurisdicional é considerada como a manifestação da soberania do Estado e é efetivada através de processos judiciais.

Segundo Carlos Cintra, a função jurisdicional pode ser conceituada como:

Uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a

pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre por meio do processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada) (1996, p. 129).

Em sua função atípica, o Poder Judiciário pode exercer atividade legislativa, quando os tribunais editam seus regimentos internos, e pode também, exercer a função executiva, que ocorre, por exemplo, quando concede licenças e férias aos magistrados e serventuários.

Conforme dispõe o artigo 96, inciso I, alínea "f" da Constituição Federal.

Compete privativamente:

I - aos tribunais:

(...)

f) conceder licença, férias e outros afastamentos a seus membros e aos juízes e servidores que lhes forem imediatamente vinculados;

Apesar de independentes e harmônicos, entre os poderes existe uma forma de controle, é o chamado "sistema de freios e contrapesos", que consiste em um mecanismo através do qual pode haver interferências de um poder no outro, isto é, há um controle recíproco, visando combater abusos e manter o equilíbrio entre os poderes da federação.

Obviamente, são muitas as virtudes que podem ser associadas ao sistema de "freios e contrapesos". Fundamentalmente, tal esquema assegura a presença de múltiplos filtros dentro do processo de tomada de decisões políticas: por um lado, tais filtros dificultam a aprovação de leis "apressadas"; por outro, favorecem a possibilidade de que as mesmas se enriqueçam com novos aportes. A primeira das virtudes mencionadas permite um saudável "esfriamento" das decisões: as iniciativas de lei devem se "pensadas duas vezes" antes de resultarem aprovadas (GARGARELLA, 2006, p. 178).

O sistema de freios e contrapesos, basicamente, disciplina que cada poder tem autonomia para exercer suas funções típicas e atípicas, no entanto, é controlado pelos demais poderes. Esse controle consiste em uma fiscalização que um poder realiza com relação a outro.

Um exemplo da atuação desse mecanismo de controle é a possibilidade de o Poder Judiciário declarar uma lei, elaborada pelo Poder Legislativo, inconstitucional. É o que mostra o artigo 102, inciso I, alínea "a", da Constituição Federal:

Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Outro exemplo do exercício do sistema de freios e contrapesos é a possibilidade de o Chefe do Executivo vetar um projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional (legislativo), bem como a possibilidade de o Poder Legislativo sustar lei delegada editada pelo executivo.

Tal norma se encontra expressa no artigo 49, inciso V, da Carta Magna.

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

(...)

V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

Pode-se mencionar, ainda, como exemplo desse controle recíproco, a nomeação dos ministros do Supremo Tribunal Federal (poder judiciário), que é realizada pelo Presidente da República (poder executivo), depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (poder legislativo).

É perceptível que o texto constitucional traz inúmeras situações em que um poder exerce controle sobre o outro, tais disposições são de grande importância, já que as circunstâncias nelas contidas, sempre são disciplinadas com vistas a evitar o desvio da finalidade pública, através do controle de um órgão sobre o outro.

Percebe-se que o sistema de freios e contrapesos é extremamente democrático, e visa garantir a estabilidade do Estado, tendo em vista a possibilidade de assegurar o cumprimento regular dos direitos e garantias fundamentais, bem como evitar arbítrios por parte dos poderes estatais.

Em suma, a separação dos poderes é uma característica essencial de um Estado Democrático de Direito, e o referido mecanismo é capaz de equilibrar a tripartição de poderes, uma vez que é exercido como um meio de moderar exageros no exercício de quaisquer funções, mantendo a harmonia entre as instituições democráticas.

2.2 DA DEMOCRACIA

A democracia é reconhecida como um dos alicerces do Estado Democrático de Direito, e consiste em um regime político oposto a autocracia, no qual o poder pertence ao povo, isto é, a vontade popular é o elemento que legitima o poder estatal.

Paulo Bonavides define a democracia como:

Aquela forma de exercício da função governativa em que a vontade soberana do povo decide, direta ou indiretamente, todas as questões de governo, de tal sorte que o povo seja sempre o titular e o objeto – a saber, o sujeito ativo e o sujeito passivo de todo o poder legítimo (1980, p. 17).

O autor ora mencionado, sobre o mesmo tema, ainda dispõe que:

Variam, pois de maneira considerável as posições doutrinárias acerca do que legitimamente se há de entender por democracia. Afigura-se-nos, porém que substancial parte dessas dúvidas se dissipariam, se atentássemos na profunda e genial definição lincolniana de democracia: governo do povo, para o povo, pelo povo (2018, p. 167).

Kleber Pinto elenca como as principais características da democracia:

A participação efetiva do povo na formação da vontade do Estado, concretizando dessa forma a soberania popular; Estado de Direito fundado sobre uma Constituição, que seja preferencialmente rígida, para evitar ataques à própria democracia; constitucionalização de direitos e garantias fundamentais, especialmente os direitos civis clássicos à liberdade e à igualdade; sufrágio universal e secreto como regra; constitucionalização do princípio da separação das funções soberanas; e forma republicana com mandato político eletivo e temporário (2013, p. 167).

O que merece destaque é que em uma democracia se prioriza a vontade da população, ou seja, a presença da soberania popular, assim como a liberdade e a igualdade dos cidadãos, é algo que deve funcionar como pilar dos Estados Democráticos.

A Constituição da República Federativa do Brasil, no parágrafo único do seu artigo primeiro, dispõe que “todo poder emana do povo”. Evidentemente, o Brasil, constituído em um Estado Democrático de Direito, adotou a democracia como regime de governo.

2.2.1 Formas de democracia

Com passar do tempo, a democracia foi se aperfeiçoando e ganhando novos contornos de acordo com as peculiaridades de cada Estado que a adota. Assim, a democracia não possui uma única forma, nem consiste em um sistema de governo imutável.

A Constituição da República Federativa do Brasil, ao trazer, no parágrafo único do seu artigo primeiro, a afirmação de que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”, expressa que o Brasil adotou como regime de governo a democracia semidireta.

Isso se deve ao fato de que, atualmente, são reconhecidas três formas de democracia: democracia direta, democracia indireta e democracia semidireta ou mista. Na democracia direta, o povo não transmite os poderes aos representantes políticos, isto é, são os próprios cidadãos que tomam as decisões fundamentais do Estado.

Esses cidadãos expressam suas opiniões e decidem os rumos do Estado em que habitam, diretamente, sem intermediários. Nesse caso, não há eleições diretas aptas a transmitir o poder a alguns cidadãos, que o exercerão legitimamente, em nome de todos, por um determinado tempo.

Na atualidade, é incomum a adoção desse regime, tendo em vista a dificuldade de funcionamento diante da impossibilidade da tomada de decisão, por um grande número de pessoas, ser unânime e harmônica, o que pode ocasionar diversos transtornos sociais.

É o que dispõe Marcos Ramayana:

Na democracia direta, não há transmissão de poderes do povo a representantes. Aqueles que detêm o direito de votar são os próprios responsáveis pelo exercício das funções políticas. Essa forma de democracia hoje é bastante rara, dada a dificuldade de se estabelecer em locais com grandes populações, que são a tendência moderna (2005, p. 47).

Nesse sentido Ferreira Filho é bastante severo ao dizer que:

Hoje, nenhum Estado pode adotá-la, já que não é possível reunir milhões de cidadãos, frequente e quase diuturnamente, para que resolvam os problemas comuns. Sem se falar na incapacidade de que sofre esse povo de compreender os problemas técnicos e complexos do Estado-província (2017, p. 81).

Além disso, em democracias diretas, há a possibilidade de que a igualdade não seja assegurada, pois os governos não são inclusivos, é o que bem explica Bonavides, quando diz que:

A escura mancha que a crítica moderna viu na democracia dos antigos veio, porém da presença da escravidão. A democracia, como direito de participação no ato criador da vontade política, era privilégio de ínfima minoria social de homens livres apoiados sobre a esmagadora maioria de homens escravos. De modo que autores mais rigorosos asseveram que não houve na Grécia democracia verdadeira, mas aristocracia democrática, o que evidentemente traduz um paradoxo (2018, p. 268).

A democracia indireta, também chamada de democracia representativa, possui como característica a existência de representantes políticos, que são eleitos pelos cidadãos, para que administrem o Estado por um determinado período de tempo. Aqui, o povo delega a função de tomar as decisões fundamentais do país para os governantes eleitos, que representam seus ideais.

Nesse caso, o povo continua sendo titular do poder, no entanto, não o exerce diretamente, mas sim através de políticos eleitos periodicamente pelo voto. É o que ocorre no Brasil, quando, através do voto direto, secreto, universal, periódico e obrigatório, os cidadãos elegem os chefes do executivo, bem como os membros do legislativo.

Cabe mencionar que o direito de escolher seus representantes, só poderá ser retirado dos cidadãos brasileiros através da aprovação de uma nova constituição, uma vez que o inciso segundo, do parágrafo quarto, do artigo sessenta, da Lei Maior, traz o voto direto, secreto, universal e periódico como uma cláusula pétrea, o que impossibilita a abolição de tal matéria, ainda que por meio de Emenda Constitucional.

A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

Ocorre que, apesar de o Brasil utilizar a democracia representativa, a Carta Magna assegura a participação direta dos cidadãos em algumas situações:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Ao dizer que o poder pode ser exercido diretamente, a Constituição Federal faz menção ao exercício da democracia direta. Já no artigo quatorze do mesmo diploma normativo, foram explicitadas as maneiras de execução dessa espécie de democracia no Brasil:

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.

Sobre o tema, a professora Maria Vitória de Mesquita Benevides declara que:

O princípio da democracia semidireta está explícito no primeiro artigo da Constituição Federal brasileira de 1998, o qual afirma o exercício do poder pelo povo através de representantes eleitos ou “diretamente”. A combinação de representação com formas de democracia direta configura um regime de democracia semidireta (2003, p. 111).

Quando se fala em plebiscito e referendo, é importante mencionar que ambos consistem em maneiras de exercício da democracia direta no Brasil. Entretanto, no plebiscito, a população decide sobre uma matéria antes de ela ser elaborada pelo

Congresso Nacional. Já no referendo, a população só se manifesta após a apresentação pelo Congresso Nacional de uma matéria pronta.

Tanto o plebiscito, quanto o referendo são disciplinados, além da Carta Magna, pela lei nº 9.709/98, que, dentre outros aspectos, estabelece em seus artigos terceiro e quarto, que nas questões de relevância nacional e na incorporação, subdivisão e desmembramento dos Estados, o plebiscito e o referendo serão obrigatoriamente convocados.

Art. 3º Nas questões de relevância nacional, de competência do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, e no caso do §3º do art. 18 da Constituição Federal, o plebiscito e o referendo são convocados mediante decreto legislativo, por proposta de um terço, no mínimo, dos membros que compõem qualquer das Casas do Congresso Nacional, de conformidade com esta Lei.

Art. 4º A incorporação de Estados entre si, subdivisão ou desmembramento para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais, dependem da aprovação da população diretamente interessada, por meio de plebiscito realizado na mesma data e horário em cada um dos Estados, e do Congresso Nacional, por lei complementar, ouvidas as respectivas Assembleias Legislativas.

A iniciativa popular, assim como o plebiscito e o referendo, também funciona como mecanismo de exercício da democracia direta brasileira, e consiste na possibilidade, observados os requisitos elencados na Carta Magna, de a população propor projetos de lei.

Os pressupostos para que cidadãos apresentem, no âmbito federal, um projeto de lei à Câmara dos Deputados são: a subscrição do projeto por no mínimo um por cento do eleitorado nacional, distribuído por pelo menos cinco estados, por no mínimo três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

Um exemplo do exercício de iniciativa popular é a Lei da Ficha Limpa, que surgiu de uma campanha organizada pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral, e reuniu o apoio de um milhão e seiscentos mil eleitores de todo o país, acabando por entrar em vigor em 2010.

Como se pode notar, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 adotou a democracia semidireta, ou democracia mista. Isso porque, como base do sistema

eleitoral brasileiro, existe a democracia representativa, que é preponderante, na qual são os cidadãos elegem políticos para representá-los.

Entretanto, através dos dispositivos retromencionados, foi reconhecida a possibilidade do exercício do poder de forma direta pelo povo, através de mecanismos característicos da democracia direta, como o plebiscito, o referendo, e a iniciativa popular.

2.2.2 A importância de uma representação política eficaz

Para que um regime democrático exista e se mantenha íntegro, é necessário que elementos como a soberania popular, a representatividade real, e a efetividade dos direitos e garantias fundamentais, em especial a igualdade e a liberdade, estejam intensamente presentes na sociedade, uma vez que se tratam da essência da democracia.

Em virtude da potencialidade da soberania popular em um estado democrático, é que os cidadãos possuem autonomia para escolher, dentre as diversas ideologias adotadas pelos inúmeros partidos políticos existentes, aquela que melhor lhe representa.

Cada partido político é fundado com base em uma ideologia, e a ele, são filiados políticos que se comprometem em perseguir os objetivos que estão elencados na essência do seu programa, e que devem ser fiéis aos ideais característicos do referido partido.

No Brasil existem diversos partidos, e, por adotarem ideologias variadas, apresentam uma ampla possibilidade de representação, o que, conseqüentemente, oportuniza aos cidadãos, o poder de escolha, ou seja, a população possui opções diversas.

Tal aspecto se trata do pluralismo político, fundamento da República Federativa do Brasil, consistente no reconhecimento de que a sociedade brasileira é formada por vários grupos, e que há a possibilidade de existir inúmeras opiniões, sendo devido o respeito e a igualdade a todas elas.

Diante disso, a população tem o poder de delegar a função de administrar seu Estado, aos indivíduos que possuem ideais compatíveis com suas convicções e com aquilo que almejam para o seu país, sendo assim, votam em candidatos filiados aos partidos que mais se assemelha a suas perspectivas.

Por essa razão, a representatividade entre políticos e eleitores deve existir de fato. Ou seja, é necessário que os representantes não tomem decisões que destoem do interesse social, já que eles não são donos do poder, mas apenas o exerce, o que os mantêm sempre comprometidos com a população.

Como bem leciona Kleber Pinto:

O sistema representativo é um conjunto de elementos ou instituições que possibilitam que pessoas venham a exercer, da forma mais legítima possível, em nosso nome e lugar, esse poder maior de autodestinação do Estado, esse 'poder dos poderes', a soberania (2013, p. 195).

No mesmo sentido:

Administrar é função de serviço (o semantema min, do sânscrito, carrega esse sentido). É cuidar de um interesse de que não se é propriamente dono. Como dizia Cirne Lima, é a "atividade de quem não é dono, não é senhor". Com lealdade, eficiência e discrição, a Administração serve o legislador, serve o Judiciário e serve, principalmente, o governo do dia. Mas antes de tudo, serve, pelo direito, o interesse público mais elevado, que transcende o de seus agentes, ao qual se orientam também os demais poderes políticos (SOUZA JR., 2002, p. 89).

Além disso, a democracia pode ser considerada como o mais igualitário dos governos, então, para que exista uma real igualdade jurídica e política entre os cidadãos, é necessário que a representação política seja eficaz, conforme explica Dahl:

O processo democrático é superior a outros modos viáveis de governo em pelo menos três pontos. Em primeiro lugar, ele promove a liberdade como nenhuma alternativa viável consegue fazer: liberdade sob a forma da autodeterminação individual e coletiva; liberdade no grau de autonomia moral que ele encoraja e permite; além disso, ele promove um amplo espectro de outras liberdades mais específicas que são inerentes ao processo democrático, constituem pré-requisitos necessários de sua existência ou existem porque, como a história demonstra claramente, as pessoas que apoiam a ideia e a prática do processo democrático tendem a apoiar generosamente outras liberdades também. Em segundo lugar, o processo democrático promove o desenvolvimento humano, acima de tudo, na capacidade de exercer a autodeterminação, a autonomia moral e a responsabilidade pelas próprias escolhas. Finalmente, ele é o meio mais certo (ainda que não seja perfeito, em absoluto) para que os seres humanos possam proteger e promover os interesses e bens que compartilham entre si (2012, p. 495).

Por haver essa necessidade de respeitar a soberania popular, já que ela é a essência da democracia, após o pleito eleitoral, os candidatos precisam manter seus

posicionamentos e perseguir seus projetos prometidos à população, pois a democracia se baseia na relação de confiança entre os cidadãos e os políticos eleitos, e ao escolher um representante, os indivíduos possuem esperança de que seus direitos sejam concretizados e o exercício da sua cidadania efetivado.

Quando há uma representação real, na qual os políticos são honestos com a população, e são ativos na tentativa de alcançar os anseios sociais, o Estado Democrático de Direito se mantém estável, visto que a democracia está cumprindo o dever a ela incumbido.

Entretanto, quando há um distanciamento entre representantes e representados, os pilares democráticos são enfraquecidos, e a consequência é o surgimento de uma insatisfação generalizada capaz de debilitar o Estado Democrático de Direito. Por essa razão, os governantes eleitos precisam se manter fiéis ao interesse público, visto que, o oposto é capaz de trazer inúmeros transtornos sociais, inclusive o rompimento da democracia.

3. CAUSAS DA DESCONEXÃO ENTRE E OS CIDADÃOS E OS POLÍTICOS ELEITOS

Conforme anteriormente mencionado, em uma democracia representativa, os políticos são eleitos para que exerçam as funções de administração do Estado. No entanto, a soberania popular deve ser respeitada, isto é, em uma democracia representativa eficaz, os governantes devem atuar em conformidade com os anseios sociais.

Atualmente, devido ao fato de que a democracia representativa brasileira não vem cumprindo com sua finalidade, é perceptível a existência de uma incontestável crise de representatividade no país, na qual há um descontentamento, quase generalizado, dos cidadãos com os políticos eleitos.

Essa crise é fundada em diversos fatores, tendo em vista que o contexto social, político, econômico e ético, do Brasil, é bastante crítico. A prestação dos direitos mais básicos, garantidores do mínimo existencial, como saúde, educação, moradia, alimentação e segurança, quando não são suprimidos pela omissão estatal, são prestados de forma deficiente.

Além disso, existe a falta de ética dos agentes políticos, frequentemente envolvidos em escândalos de corrupção, e que, escancaradamente utilizam da coisa pública para benefícios pessoais, negligenciando a finalidade pública e as necessidades sociais.

Enfim, inúmeras são as razões da incompatibilidade entre representantes e representados que fundamentam o descontentamento da população, não apenas com os

governantes eleitos, mas com as instituições democráticas como um todo, o que afeta negativamente o Estado Democrático de Direito.

3.1 A ATUAÇÃO DOS PARTIDOS POLÍTICOS COMO “MÁQUINAS DE PODER”

É sabido que os partidos políticos são essenciais à representação política. Tanto a Constituição Federal, quanto a lei nº 9.504/1997, que estabelece normas para as eleições, enfatizam a necessidade de haver filiação partidária para que o indivíduo concorra a qualquer cargo político.

Isto é, além de ter a nacionalidade brasileira, o pleno exercício dos direitos políticos, a idade mínima, estar alistado na justiça eleitoral, e possuir domicílio eleitoral na respectiva circunscrição em que concorrerá, filiar-se a algum partido político é mais uma condição de elegibilidade.

O artigo 9º da lei 9.504/1997 diz que para concorrer às eleições, o candidato deverá possuir domicílio eleitoral na respectiva circunscrição pelo prazo de seis meses e estar com a filiação deferida pelo partido no mesmo prazo. Regulamentando, assim, o artigo 14, §3º, inciso V da Constituição da República Federativa do Brasil, que assim dispõe:

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:

(...)

§ 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.

A lei 9.096/95, que é a lei que regulamenta os partidos políticos no Brasil, os conceitua da seguinte maneira:

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.

Para José Afonso da Silva ao conceituar os partidos políticos, dispõe que consistem em “uma agremiação de um grupo social que se propõe organizar, coordenar e instrumentar a vontade popular com o fim de assumir o poder para realizar seu programa de governo” (2013, p. 275).

Já Celso Ribeiro Bastos, ao se referir aos partidos políticos, os traz da seguinte maneira:

Partidos políticos consistem em uma organização de pessoas reunidas em torno de um mesmo programa político com a finalidade de assumir o poder e de mantê-lo ou, ao menos, de influenciar na gestão da coisa pública através de críticas e oposição (1907, p. 275).

Importa mencionar que o Código Civil Vigente traz os partidos políticos como pessoas jurídicas de direito privado:

Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

(...)

V - os partidos políticos.

Apresentadas tais definições, pode-se dizer que os partidos políticos são pessoas jurídicas de direito privado, que reúnem indivíduos com ideais semelhantes, para conquistar e exercer o poder político por um período de tempo determinado, após a realização de eleições diretas.

Ou seja, é o meio através do qual a população escolhe representantes para governar o Brasil, já que, para que um cidadão concorra às eleições, sejam elas federais, estaduais ou municipais, é necessário que ele se encontre filiado a um partido político.

Tendo o pluralismo político como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a Constituição Federal assegura aos partidos ampla autonomia e liberdade organizacional, entretanto, não há que se falar em liberdade partidária absoluta, visto que a Carta Magna também estabelece alguns limites.

Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

I - caráter nacional;

II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;

III - prestação de contas à Justiça Eleitoral;

IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

§1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidárias.

(...)

§4º É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar.

A Lei Maior enfatiza que, para que um partido político seja legítimo, não pode violar aspectos como a soberania nacional (por isso a exigência do caráter nacional e a proibição do recebimento de recursos estrangeiros), o regime democrático de direito, o pluripartidarismo e os direitos fundamentais da pessoa humana.

Além disso, os partidos políticos ainda devem, obrigatoriamente, prestar contas à justiça eleitoral de forma regular, tendo em vista a necessidade de evitar o financiamento ilegal de campanhas, que, por sua vez, compromete o regime democrático.

Por fim, os partidos políticos não podem utilizar de organização paramilitar, estas consistem em associações ou grupo de civis armados, que usam táticas militares para

alcançarem seus ideais. Sendo assim, tratam-se, evidentemente, de uma ameaça ao Estado Democrático de Direito, o que justifica a referida vedação constitucional.

Dessa forma, desde que respeitadas às condições constitucionais ora mencionadas, os partidos políticos podem expressar sua ideologia da maneira que achar mais adequada e convincente. São livres para se organizarem e apresentarem, ao eleitorado, as causas que priorizam, bem como seus objetivos e ideias.

É através dessa exposição de ideologias, que os partidos conquistam eleitores e elegem seus candidatos. É o que explica Bruno Kneipp, ao trazer o seguinte pensamento:

Para que um sistema seja legítimo, é necessário que ele encontre respaldo nos ideais da população. Sendo assim, para que as vontades do povo sejam devidamente manifestadas nos parlamentos, a fim de possibilitar a adequação dos rumos da nação ao que os cidadãos entendem ser o melhor caminho, a política deve ser estruturada por partidos coerentes e bem determinados ideologicamente. A ideologia, portanto, deve ser o substrato concreto da construção partidária, justificando sua própria existência enquanto Partido Político (2002, p. 6).

Antônio Aras, em sua obra "Fidelidade Partidária: efetividade e aplicabilidade" afirma que a pluralidade de ideologias partidárias é uma maneira de permitir aos cidadãos a escolha, democrática, daquilo que acredita ser necessário para sua existência em sociedade:

A democracia moderna tem como pilar o princípio da dignidade da pessoa humana e envolve a liberdade de consciência, de expressão e de sua manifestação nas urnas, livre das espúrias influências do poder político e/ou econômico, uma vez que, neste regime político, a legitimidade material do Poder decorre do consenso dos cidadãos que optam por certa e determinada ideologia como forma de encontrar o fim último da sua existência e, quiçá, da sua felicidade. (2016, p. 31).

Com isso, é perceptível que os partidos políticos são incontestavelmente essenciais para que o regime democrático representativo seja efetivo, uma vez que, o eleitor, geralmente, escolhe candidatos filiados àqueles partidos que sustentam os ideais que melhor lhe representa.

O problema da realidade brasileira é que os partidos políticos estão deixando de buscar, efetivamente, os ideais propagados como seus, que, por sua vez, atraíram aqueles que lhe confiaram o voto, e estão se tornando mecanismos busca incessante pelo alcance e pela manutenção do poder.

As ideologias partidárias, atualmente, estão sendo tratadas como mero requisito de constituição e divulgação dos partidos e candidatos, enquanto a verdadeira defesa daquelas questões que apresentaram como objetivos importantes, isto é, a concretização da busca pelo interesse do povo, já não vem sendo a prioridade das agremiações partidárias após o pleito eleitoral.

É o que bem expõe Manoel Gonçalves Ferreira Filho em seu Curso de Direito Constitucional:

Os partidos brasileiros não passam de conglomerados decorrentes de exigências eleitorais, sem programa definido e, o que é muito pior, sem vida própria. A autenticidade dos partidos é outra das condições da democracia pelos partidos. No Brasil, essa autenticidade parece ser em face da experiência do passado e do presente um sonho remoto, utópico (2014, p. 202).

Assim, o que se percebe é que atualmente os partidos políticos se desvirtuaram da sua essência, esqueceram a sua real finalidade, e estão se tornando, de forma cada vez mais evidente, instrumentos através dos quais os políticos buscam riqueza e reconhecimento social, transformando-se assim, em instituições desacreditadas, incapazes de representar a população.

3.1.1 A inobservância da finalidade pública na busca por interesses pessoais

Apesar de evidente a essencialidade dos partidos políticos para a efetivação do regime democrático representativo, a realidade política do Brasil se contrapõe a tal fato. A incontestável deturpação da essência da filiação partidária destaca o desinteresse dos políticos na preservação dos direitos dos cidadãos, bem como a ambição dos mesmos no alcance de vantagens pessoais.

Tal situação marca o cenário político brasileiro de forma negativa, pois, os políticos abusam do poder, através do desvio de finalidade das suas condutas, e atuam em benefício próprio, distanciando-se assim, severamente, do interesse público, da busca pelo bem comum, o que, conseqüentemente, esvazia a razão de existir dos partidos políticos.

Nesse contexto, aponta Manoel Ferreira Filho:

Não são, por outro lado, mais vistos como instrumentos para combinar a escolha de representantes com a definição da orientação política governamental. A experiência mostra que seus programas constituem apenas bandeiras eleitorais, frequentemente demagógicas, que pouco, ou nada, indicam sobre a atuação que adotarão após as eleições, seja como governo, seja como oposição. Ademais, em países como o Brasil, em razão de seu número e de seu vazio programático, estão patentemente desvalorizados. Como instrumento de aglutinação política, cederam lugar a grupos de interesses e, assim, a divisão fundamental no seio do Congresso não mais é, senão formalmente, entre partidos, mas entre grupos pluripartidários que atuam como “ruralistas”, “evangélicos”, “ambientalistas” etc. (2013, p. 395).

Dessa maneira, ao destoarem das finalidades elencadas na instituição de seus partidos, os governantes não dão efetividade aos anseios de seus eleitores, e transformam as necessidades sociais em fator sem importância, pois centram a prioridade do sistema no próprio enriquecimento e bem estar, e principalmente, na sua perpetuação no poder.

Com isso, a democracia representativa é contaminada pelo interesse de classes, isto é, os interesses privados sempre prevalecem sobre o interesse comum, o que faz a ideia de coletividade e de bem estar social receber menor ou, até mesmo, nenhuma atenção dos representantes eleitos.

Tal cenário faz com que problemas sociais se agravem de forma desmedida, e que faltem recursos e políticas públicas capazes de garantir a dignidade dos cidadãos brasileiros, enquanto isso, políticos, seus familiares e pessoas mais próximas, desfrutam de uma elevada qualidade de vida, valendo-se, escancaradamente, do dinheiro público para tal.

É manifesta a gravidade da referida situação. Por causa dela, pilares do ideal democrático brasileiro, como a soberania popular, a manutenção dos direitos e garantias fundamentais, a dignidade da pessoa humana, dentre outros, vêm sendo seriamente fragilizados.

Um exemplo da grave inversão da finalidade da democracia representativa é o financiamento de campanhas por particulares. Pois estes, em troca do apoio financeiro que concedem aos candidatos durante o pleito eleitoral, exigem vantagens políticas, que são concedidas pelo representante popular eleito, como forma de pagamento.

Isso faz com que os políticos, depois de empossados, fiquem vinculados às elites econômicas e acabem governando em prol delas, o que é refletido na elaboração, reforma e revogação de leis, bem como na criação e execução de políticas públicas, e em todas as possíveis articulações feitas pelos governantes, que não são realizadas visando atender o interesse público.

Diante desse tamanho abuso de poder, refletido no desvio da finalidade da coisa pública, o processo eleitoral acaba por afastar-se do seu propósito. Com a representatividade enfraquecida, a população passa a criar aversão aos políticos e ao processo eleitoral como um todo.

É o que esclarece Luís Felipe Miguel, ao escrever que:

O significativo é que essa teoria da democracia, hoje predominante, adotou os pressupostos de uma corrente de pensamento destinada precisamente a combater a democracia: o elitismo. O principal ideal da democracia, a autonomia popular, entendida no sentido preciso da palavra, a produção das próprias regras, foi descartado como quimérico. No lugar da ideia de poder do povo, colocou-se o dogma elitista de que o governo é uma atividade de minorias. A descrença na igualdade que, tradicionalmente, era vista como um quase sinônimo da democracia – levou, como corolário natural, ao fim do preceito do rodízio entre governantes e governados. (2002, p. 505).

Nesse sentido, Eduardo Bittar dispõe que:

Quando a política abandona as ideias de coisa pública, interesse público, vontade da maioria e necessidades sociais, são produzidos os seguintes efeitos nefastos: apatia da consciência política popular; fragilização da participação popular; resignação popular à forma de administrar os espaços públicos; abstinência do povo nos processos participativos; dismantelamento dos espaços públicos de discussão, debate e definição de projetos políticos vitais para a comunidade; erosão do exercício fiscalizatório, que cabe à população e à imprensa; descaracterização de um modelo que prioriza a consciência coletiva, passando a um modelo individualista e egoísta; falta de comprometimento e responsabilidade do eleitorado na escolha dos representantes; proliferação de candidatos e partidos oportunistas, com projetos superficiais, que convencem o público mas não beneficiam as instituições públicas; esquecimento da ideia de continuidade da política, que é substituída por noções fragmentadas

de governos descontínuos; e esvaziamento da pressão da sociedade civil sobre o governo. (2016, p. 31).

A rejeição nutrida pelos cidadãos à política é ocasionada por não vislumbrarem seus direitos concretizados, tendo em vista que a atuação dos políticos não se encontra voltada para tal, mas sim, para seus interesses e daqueles que, financeiramente, os auxiliam na manutenção no poder. Com isso, o que se nota é que a delegação do poder, do povo aos governantes, tem se tornado cada vez mais inócua.

3.1.2 O relevante descumprimento das promessas de campanha

É comum e necessário, durante o pleito eleitoral, que os candidatos a cargos políticos formulem suas propostas de governo, isto é, organizem e apresentem, detalhadamente, o trabalho que pretendem pôr em prática, caso obtenham êxito no processo eleitoral.

Geralmente o referido plano de governo é reiteradamente apresentado aos cidadãos, uma vez que possuem como objetivo prioritário, angariar eleitores, tendo em vista que, nesse momento, os políticos prometem exercer o mandato de forma benéfica a todo o corpo social.

Porém, uma triste constatação da política brasileira contemporânea, é que grande parte dos representantes eleitos não cumprem a maioria, senão todas, das promessas feitas à população através do seu plano de governo no decorrer do pleito eleitoral.

Ou seja, durante a campanha os candidatos expõem boas intenções para com a sociedade, entretanto, após alcançarem o cargo almejado, ignoram, quase que completamente, o que prometeram aos cidadãos, direcionando sua conduta para questões diversas.

Inúmeros fatores podem levar os governantes ao descumprimento de suas propostas eleitorais. Pode acontecer de o candidato político, valer-se da falta de conhecimento de determinados grupos de eleitores sobre alguns assuntos, e acabar por prometer algo que a lei não o permitirá cumprir, ou que seu cargo não possua as atribuições necessárias para tal.

Ocorre ainda, de os representantes, quando eleitos, não conseguirem recursos suficientes para a execução do seu plano de governo, ou não obtenham o apoio de outros políticos, que se faz necessário para a execução de uma grande maioria de questões.

Mas, o que muito acontece, também, é de o político agir de má-fé, e mentir para os eleitores. Ou seja, muitas vezes, o candidato faz uma promessa apenas por saber que

esta lhe renderá muitos votos, sem que tenha, sequer por um momento, a intenção de cumpri-la.

No entanto, a motivação do descumprimento não tem relevância, uma vez que a inexecução dos planos governamentais já é algo característico do sistema eleitoral brasileiro. Muitos cidadãos, atualmente, não buscam mais conhecer das propostas dos candidatos, uma vez que não creem em sua concretização.

Com isso, a imagem que transmitida à sociedade é de falta de comprometimento com a população e com o Estado Democrático de Direito, o que tem sido um fator extremamente relevante na crise de representatividade que se agrava na sociedade brasileira.

3.1.3 O abismo entre os políticos e os cidadãos após o pleito eleitoral

O atual cenário eleitoral brasileiro, além de revelar que as propostas de campanha são vazias, desprovidas de qualquer intenção real de execução, utilizada pelos políticos apenas como meio de obter êxito na eleição, também tem demonstrado outra situação crítica, que consiste no fato de que os políticos apenas mantém contato direto com a população no momento em que precisam conquistar votos, isto é, durante o pleito eleitoral.

É muito comum, em anos eleitorais, a presença de candidatos em locais populares, como feiras, igrejas, favelas, escolas, universidades, dentre outros lugares que permitem um contato mais próximo com a grande massa de eleitores, bem como proporcionam maior visibilidade dos candidatos.

Tal fato, além de permitir que os políticos apresentem suas propostas diretamente à população, também transmite uma ideia de acessibilidade. Ao trocar beijos, abraços e aperto de mãos, fazer refeições em locais populares, bem como em casas de eleitores, os políticos demonstram humildade e abertura, passando a ideia de que estão, e permanecerão, ao alcance dos cidadãos sempre que se fizer necessário.

No período de campanha eleitoral, o debate entre o povo e os candidatos sobre saúde, educação, segurança, dentre outros temas referentes à melhoria na qualidade de vida de tais indivíduos, são frequentes. É o momento em que os políticos estão sempre receptivos ao diálogo e apresentam as mais variadas sugestões para solucionar quase todos os problemas que assolam aquela camada da sociedade.

Ocorre que tamanha disponibilidade dos políticos aos seus eleitores, geralmente só ocorre a cada quatro anos, justamente durante o pleito eleitoral. Após, os governantes, em sua grande maioria, se tornam inacessíveis à população, o que desencadeia uma

desconexão daquilo que os cidadãos realmente almejam e necessitam, com o que de fato os seus representantes eleitos democraticamente realizam.

Neste sentido:

A racionalidade requer que os indivíduos tenham a vontade política de ir além dos limites de seus próprios interesses específicos. Mas ela também impõe exigências sociais para ajudar um discernimento justo, inclusive o acesso à informação relevante, a oportunidade de ouvir pontos de vista variados e exposição a discussões e debates públicos abertos. Em sua busca de objetividade política, a democracia tem de tomar a forma de uma racionalidade pública construtiva e eficaz (SEN; KLIKSBERG, 2010, p. 54).

Distante dos eleitores, os governantes se fecham a debates públicos necessários, e, conseqüentemente, distanciam-se da realidade social, tornando-se indiferentes aos problemas e às necessidades da população. Com isso, não se propõem a estabelecer normas e políticas públicas capazes de solucionar os problemas dominantes.

Esse distanciamento entre representantes políticos e cidadãos comuns é extremamente danoso para a essência da democracia representativa, e mais uma causa relevante para o fortalecimento da atual crise de representatividade que assola o Brasil.

3.2 CRESCIMENTO DA DESIGUALDADE SOCIAL E DA VIOLÊNCIA

A desigualdade social consiste em um desequilíbrio na qualidade de vida dos habitantes de um país, no qual existem alguns grupos de pessoas que são privilegiados, outros prejudicados. Tal processo pode se manifestar por questões econômicas, de gênero, de opção sexual, de cor, de crença, etc.

Ocorre desigualdade de gênero, quando a discriminação de determinado indivíduo está relacionada ao fato de ele ser homem ou mulher (do gênero masculino ou feminino). Esta, pode ser exemplificada, nas situações em que mulheres, apesar de prestarem os mesmos serviços que os homens em determinada empresa, recebe uma contraprestação inferior.

Homofobia, racismo, intolerância religiosa, são exemplos de desigualdade por opção sexual, de cor e de crença, respectivamente. Toda essa assimetria mencionada é muito presente em qualquer sociedade contemporânea, tendo em vista que a desigualdade social, em suas mais diversas faces, consiste em um problema mundial.

Entretanto, a desigualdade econômica é a que mais marca a questão da desigualdade social na atualidade, tendo em vista que ela priva indivíduos de seus direitos mais básicos, como saúde, trabalho, moradia, educação, dentre outros, além de desencadear uma série de agravantes para a sociedade.

Dentre os fatos mais desfavoráveis decorrentes da desigualdade econômica, que faz com que a pobreza cresça de forma desmedida, está a fome, a mortalidade infantil, o aumento da criminalidade, e, principalmente, a ofensa escancarada à dignidade da pessoa humana.

Como bem explana Maria Helena Souza Patto:

O pobre, assim, é visto pela sociedade capitalista, que reifica as relações humanas e mercantiliza todas as esferas da vida cotidiana, como um perdedor, um ser desvalorizado socialmente, um ser desprovido de competências individuais para alcançar um determinado patamar financeiro. Essa análise do segmento mais pobre da população reflete uma visão condicionada pelos traços mais marcantes da ideologia burguesa, difundidos largamente na sociedade (pela televisão, pelos programas assistenciais, escolas, etc.), tais como: (a) culpabilização dos indivíduos pelos seus fracassos (quando a sociedade justifica o fracasso por uma suposta deficiência moral que está presente, por excelência, nas famílias mais pobres); (b) discurso da competência (no caso de o pobre ser considerado, por natureza, um indivíduo menos competente do que o rico, no que diz respeito à obtenção de um determinado padrão de vida); (c) associação da pobreza à violência (o pobre como ser essencialmente rude, bruto e violento) (1993, p. 119).

Apesar de se tratar, a desigualdade social, de uma questão global, é incontestável que ela consiste no maior problema do Brasil. Segundo um estudo realizado pela ONU (Organização das Nações Unidas), o Brasil está entre os cinco países com maior desigualdade em sua distribuição de renda.

Porém, a desigualdade social, em especial, a econômica, não se trata de um problema brasileiro recente. Pelo contrário, é algo que acompanha intensamente o Brasil desde o seu surgimento. Desde quando o Brasil era colônia de Portugal, já era fácil identificar que uma parte da população era menos favorecida economicamente.

Nesse sentido, ensina Garcia:

O destino não estava traçado e o caminho não era único, ainda que o passado tenha o seu peso no presente. O Brasil foi fundado sobre o signo da desigualdade, da injustiça, da exclusão: capitâneas hereditárias, sesmarias, latifúndio, Lei de Terras de 1850 (proibia o acesso à terra por aqueles que não detinham grandes quantias de dinheiro), escravidão, genocídio de índios, importação subsidiada de trabalhadores europeus miseráveis, autoritarismo e ideologia antipopular e racista das elites nacionais. Nenhuma preocupação com a democracia social, econômica e política. Toda resistência ao reconhecimento de direitos individuais e coletivos (2003, p. 9).

Igualmente se posiciona Marcos Costa, ao mencionar que:

O Brasil, portanto, antes de ser uma nação, foi um conglomerado de feitorias, de empresas, muitas delas ligadas a poderosas *joint ventures* europeias. O parco governo que se teve por aqui tomava decisões inteiramente ao sabor das vontades e necessidades desses arrendatários. Durante 400 anos permanecemos assim, e esse início justifica nosso fim: elites econômicas determinando nosso projeto de nação (2017, p. 9).

A raiz do problema da desigualdade não se encontra no fato de não haver recursos suficientes no Brasil para suprir às necessidades da população, pois o Brasil não é, de maneira alguma, um país pobre. O território brasileiro é de grande extensão e possui uma abundância de recursos naturais que, se bem gerenciados, seriam capazes de manter sua população.

Ocorre que há uma má distribuição dos recursos existentes, isto é, existe pobreza de muitos e riqueza de poucos, por isso, apesar de rico, o Brasil é um dos países mais desiguais do mundo. É o que explica Garcia:

Ou seja, foram criadas riqueza e renda suficientes para produzir alterações significativas nas condições de vida da grande massa da população brasileira que é carente de tudo. No entanto, a riqueza existente, a produzida e a renda criada sempre foram apropriadas concentradamente por minorias que sofrem de um estado crônico de "ganância infecciosa" (2003, p. 10).

Sobre o tema:

Dentre os fatores estruturais que interferem nessa situação, podemos citar: a ausência de mecanismos de distribuição de rendas através de uma estrutura tributária progressiva, falta de um amplo processo de reforma agrária, investimento em políticas sociais básicas e democratização do acesso ao poder político... (COSTA, 2005, p. 179).

No mesmo sentido:

No Brasil, a pobreza aprofundou-se como consequência de um desenvolvimento concentrador da riqueza socialmente produzida e dos espaços territoriais, representados pelos grandes latifúndios no meio rural, e pela especulação imobiliária no meio urbano. Tem raízes na formação sóciohistórica e econômica da sociedade brasileira (Silva e Silva, 2010, p.157).

Pode-se perceber que a pobreza do país é inexistente, sendo assim, não pode ser utilizada para justificar a enorme quantidade de pessoas que vivem em condições precárias, de total miserabilidade, sem o mínimo existencial garantido. O verdadeiro motivo para a desigualdade econômico-social brasileira é, exclusivamente, o fato de que o Brasil é um país extremamente injusto.

A comparação internacional entre o grau de desigualdade de renda no Brasil e o observado em outros países comprova não só que a desigualdade brasileira é das mais elevadas em todo o mundo, mas contribui também para entender como um país com renda per capita relativamente elevada pôde manter, nos últimos 20 anos, em média, cerca de 40% da sua população abaixo da linha de pobreza (FARIA, 2000, p. 21).

Como um problema histórico, a sociedade brasileira foi desenvolvida em um cenário de injustiça social que perdura até a atualidade. Parte da população se encontra excluída, privada da dignidade, uma vez que os direitos mais básicos, como saúde, educação, trabalho, alimentação e moradia, não é algo disponível para todos, enquanto há uma minoria privilegiada, que concentra maior parte da riqueza existente no país.

Ocorre que, apesar de ser um problema que remete às origens do Brasil, com o passar do tempo o que se percebe é que a desigualdade se mantém e, inclusive, se agrava. Isso se deve aos problemas históricos mencionados, bem como a ausência de modificação na maneira como são gerenciadas às riquezas e à forma de manutenção do país.

É o que comenta Edmar Bacha:

A extrema desigualdade na distribuição da renda do país tem fundas raízes históricas, que remontam ao padrão monopólico de apropriação da terra no Brasil Colônia. A concentração de renda se projeta do campo para a cidade ao criar uma fonte permanente de suprimento de mão-de-obra a salários reduzidos para a indústria. Ademais, a concentração de renda tende apenas a agravar-se com a continuação do crescimento econômico, mantida a estrutura agrária e o padrão de industrialização dependente. (1976, p. 15).

Para Marcos Costa:

Esse imperativo categórico da sociedade brasileira, ou seja, a inviolabilidade daquilo que foi assim desde sempre, cria um elo profundo entre os que aqui chegaram em 1500 e os que aqui hoje estão. Os mesmos objetivos os animam: a espoliação, a expropriação, o lucro, a exploração. Esses fins justificam os meios utilizados, que passam sempre ao largo de um projeto de país, sempre ao largo dos interesses do povo. Não existe no Brasil, nem nunca existiu, um projeto de nação. Um projeto robusto que levasse em conta o interesse de todos (2017, p. 10).

Pelo fato de o Brasil ter sido constituído em um Estado Democrático de Direito, há necessidade que seja assegurado, por parte do Estado aos seus cidadãos, o mínimo existencial para a sobrevivência de todos com dignidade. Uma vez que saúde, educação, alimentação, emprego, moradia, entre outros, são direitos sociais básicos e essenciais.

Um Estado Democrático de Direito impõe o respeito e à execução adequada dos direitos e garantias fundamentais, além disso, o país precisa funcionar de uma maneira capaz efetivar a igualdade do seu povo, evitando que cidadãos sejam marginalizados e vivam em condições subumanas.

Isto é, os representantes legais precisam trabalhar almejando políticas públicas eficazes o suficiente para estabelecer condições dignas e igualitárias a toda população, tendo em vista, além de tudo, que a justiça e a igualdade social, bem como a erradicação da pobreza, são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, trazidos expressamente no texto constitucional, em seu artigo terceiro.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Como tais objetivos não são plenamente realizados, a frustração dos cidadãos, e o descrédito na democracia representativa só aumentam, isso porque há uma ausência de representatividade política, também e principalmente, no tocante a desigualdade.

Essa gritante disparidade de renda necessita de um olhar mais cauteloso dos políticos eleitos, visando tanto à inclusão social, quanto a necessidade de apeguar a disparidade entre os privilégios de poucos, e as muitas limitações pelas quais padecem a maioria, que é mais pobre.

Assim como a desigualdade, a violência também é um problema muito intenso e presente na sociedade brasileira, e que não tem recebido a devida atenção dos representantes políticos, pois, o que se percebe é que ela tem aumentado significativamente nos últimos anos.

Definir as causas da violência é algo bem complexo, uma vez que deriva tanto (e especialmente) da desigualdade, como da falta de políticas públicas efetivas para combatê-la. Sendo então um problema econômico, político e social, de forma geral, a violência não tem como ser analisada de forma isolada, pelo contrário, para compreendê-la, é necessário que se observe todo o contexto social brasileiro.

Sobre o assunto:

Acredita-se, assim, que se o poder público resolver os problemas sociais e econômicos do Brasil, se resolverá também o problema da violência. A crença é de que os fatores socioestruturais, especialmente os de natureza socioeconômica, seriam as causas do fenômeno da criminalidade. Com isso, seria necessária a formulação de políticas que atuassem tanto no sentido de uma reforma social (igualdade de oportunidades econômicas e defesa dos direitos democráticos), quanto na reforma individual, mediante a reeducação e ressocialização do criminoso para o convívio em sociedade (BEATO FILHO e REIS, 2000, p. 2).

A violência no Brasil é algo que atinge todas as classes sociais. Embora os mais pobres sofram seus efeitos com maior veemência, as pessoas de poder aquisitivo mais

elevado também são reféns de tal fator, porque, apesar de possuírem um poder econômico relevante, necessitam viver em sociedade.

Importa ressaltar que esse fenômeno social aflige os cidadãos tanto física, como psicologicamente, uma vez que devido às constantes situações violentas presenciadas, os indivíduos passam a viver com uma permanente sensação de insegurança.

Nesse sentido João Francisco Regis de Moraes, em sua obra "O que é violência urbana", dispõe que:

Em nenhum outro lugar a vida está sendo um jogo tão perigoso como nas grandes cidades. Eis uma afirmação óbvia com a qual precisamos iniciar esse escrito. E "jogo" é bem a expressão, pois que o elemento do "azar" está muito presente nas angústias dos cidadãos. Quando pais estão preocupados com uma demora inesperada de algum filho na rua, costumam dizer: "é um problema, na cidade grande tudo é possível". Pois bem, quando tudo é possível, está instalado o absurdo. Com este, o seu filho mais direto: o medo (2017, p. 44).

O autor ainda completa:

Assim, fica claro que o medo é o pão cotidiano dos cidadãos. As casas não mais expõem suas fachadas românticas, pois as cercam de muros muito altos para dentro dos quais ainda triangulam cães de guarda. As pessoas trafegam em seus automóveis com vidros bem fechados para evitar abordagens perigosas em cruzamentos e semáforos e, dependendo de por onde andem a pé, sentem-se como se estivessem em plena "roleta russa" (2017, p. 55).

É de se observar que quando se trata da violência, o Estado falha duas vezes. Primeiro, falha ao permitir que cidadãos sejam marginalizados, e, sem conhecimento e oportunidades, acabam encarando a criminalidade como única alternativa de sobrevivência.

Falha, ainda, porque não consegue conter a violência que surge com a marginalização de indivíduos. Assim, o Estado tem se mostrando incapaz de oferecer segurança à população, deixando os cidadãos vulneráveis, propícios a se tornarem vítimas, a qualquer tempo, de algum crime violento.

Como a desigualdade, a criminalidade é algo que aumenta diariamente no Brasil. Em decorrência disso, os cidadãos se sentem cada vez mais desprotegidos, e revoltados com seus representantes, que, além permitirem o aumento da violência social, vez que não atuam na criação de políticas públicas capazes de inibi-la, não estabelecem um mecanismo de combate à mesma, para que a segurança seja restabelecida.

O combate efetivo da criminalidade no país depende de ações abrangentes. Isso porque, o aumento da violência no país se deve não apenas a fatores conjunturais (ou seja, próprios de nosso tempo), como as políticas de segurança pública. Há também que se levar em consideração uma série de fatores estruturais – condições sociais, que estimulam as desigualdades (SASAKI, 2018, p.1).

Importa ressaltar, que a Constituição da República Federativa de 1988 traz a segurança como dever do Estado. Tratada como um direito e garantia fundamental, a segurança pública é mencionada no preâmbulo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Além do preâmbulo da Carta Magna, a segurança pública encontra respaldo em outros dispositivos constitucionais, como o artigo quinto e o artigo cento e quarenta e quatro:

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.

(...)

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio.

É evidente que a Carta Magna não deixou de explanar a devida importância atribuída à segurança pública, bem como sua essencialidade para a efetividade da dignidade da pessoa humana. Seria, no mínimo, justo, que os políticos olhassem para a problemática com maior atenção, e priorizassem a execução de técnicas capazes de assegurá-la, contribuindo assim, para a diminuição do descrédito na democracia representativa.

3.3 CORRUPÇÃO INSTITUCIONALIZADA

A corrupção consiste no fato de um indivíduo obter vantagens indevidas, através de meios ilícitos. Não é um problema que surge apenas na classe política, ela se faz presente no âmbito dos três poderes (executivo, legislativo, judiciário), nas relações políticas, e no cotidiano do cidadão comum.

O código penal brasileiro tipifica a corrupção, classificando-a em corrupção ativa, e em corrupção passiva.

Em seu artigo 317, traz a figura da corrupção passiva:

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

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

§1º - A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

§2º - Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Já em seu artigo 333, apresenta a figura da corrupção ativa:

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

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

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

Quando se fala em política, no Brasil, dificilmente é possível se furtar do assunto "corrupção". Isso porque esta já se tornou uma característica quase inerente aos políticos brasileiros, sendo, a principal geradora do sentimento de não representatividade nos cidadãos.

Isto significa que a corrupção é o principal motivo da falta de identidade entre o povo e os seus representantes, pois, por causa dela, os políticos desvirtuam sua função, deixando de buscar o interesse público, o que desencadeia os demais problemas sociais.

Muito embora não se trate de uma exclusividade do Brasil, é evidente que a corrupção já subverteu a ordem política brasileira a ponto de os cidadãos se questionarem se ainda há solução, tendo em vista que, quase diariamente, são descobertos casos de deturpação da coisa pública envolvendo os políticos.

Importa ressaltar que não se trata de um problema dos governos atuais. A corrupção, assim como a desigualdade, é algo que acompanha a evolução história do Brasil, como bem leciona Adriana Romeiro:

Definitivamente, a corrupção está na moda. Ela invadiu as redes sociais, o noticiário televisivo, a mídia impressa, as conversas informais, a cena política. Por todos os lugares, só se fala a seu respeito. É como se, pela primeira vez na história brasileira, esse inimigo insidioso da República fosse alvo de uma cruzada para arrancá-lo dos bastidores em que se ocultou durante tanto tempo, para, finalmente, expô-lo à luz do dia. Ocorre que há mais de cinco séculos a corrupção tem atraído à atenção dos que refletiram sobre a natureza dos valores políticos no mundo (2017, p. 42).

Ao se envolverem em corrupção, os políticos ofendem o princípio da moralidade, que exige que os agentes públicos atuem com honestidade e boa-fé ao tratar com a coisa pública. E, ao desrespeitarem tal mandamento, há um cometimento de ato ilícito, que deve ser repellido.

Tal princípio se encontra expresso no artigo trinta e sete da Constituição Federal:

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 (...).

Sobre ele, Carvalho Filho explica:

O princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto (2010, p. 23).

Di Pietro se refere ao princípio retromencionado de seguinte forma:

A lembrar-nos que, a imoralidade administrativa surgiu e se envolveu ligada a ideia de desvio de poder, pois se entendia que em ambas as hipóteses a Administração Pública se utiliza de meios lícitos para atingir finalidades meta-jurídicas irregulares. A imoralidade estaria na intenção do agente. Essa a razão pela qual muitos autores entendem que a imoralidade se reduz a uma das hipóteses de ilegalidade que pode atingir os atos administrativos, ou seja, a ilegalidade quanto aos fins (2009, p. 76).

A corrupção não permite que o país funcione normalmente, isto é, impede que os governantes deixem de atuar em prol da conservação da coisa pública e do bem comum, para alcançarem interesses pessoais. Sendo assim, além de desencadear descrédito da população na política, a corrupção ainda é a principal causa dos principais problemas que afligem a realidade brasileira, quais sejam: desigualdade e violência.

Como bem menciona José Álvaro Moisés, em seu artigo "Corrupção e democracia: os efeitos de uma sobre a outra":

A corrupção é um dos problemas mais severos e complexos enfrentados por novas e velhas democracias. No fundamental, ela envolve o abuso do poder público para qualquer tipo de benefício privado, inclusive vantagens para partidos de governo em detrimento da sua oposição. Ela fraudata, portanto, o princípio de igualdade política inerente à democracia, pois os seus protagonistas podem obter ou manter poder e benefícios políticos desproporcionais aos que alcançariam através de modos legítimos e legais de competir politicamente. Ao mesmo tempo, ela distorce a dimensão republicana da democracia porque faz as políticas públicas resultarem não do debate e da disputa pública entre projetos diferentes, mas de acordos de bastidores que favorecem interesses espúrios. (2017, p.1).

O descrédito na política se encontra aparentemente generalizado, uma vez que os cidadãos possuem a infeliz constatação de que a regra é que o político seja corrupto e almeje apenas seus próprios interesses, enquanto o governante probo e comprometido com o interesse público é uma exceção quase inexistente, na atual conjuntura.

Aliado a corrupção, ainda há o sentimento de impunidade, já que a justiça não corresponde às expectativas dos cidadãos, pois, não raras vezes, apesar de incontestavelmente envolvidos em escândalos envolvendo o dinheiro público, os políticos permanecem intangíveis, em seus respectivos cargos.

Diante desse cenário, até mesmo o judiciário brasileiro se encontra descredibilizado pela população, pois a mensagem transmitida é de conivência com a corrupção. Consequentemente, os cidadãos se veem sem perspectiva, uma vez que não há uma instituição transparente e capaz de solucionar tal problema, havendo então, uma nítida desmoralização das instituições democráticas.

4. ENFRAQUECIMENTO DA DEMOCRACIA BRASILEIRA COMO CONSEQUÊNCIA DA CRISE DE REPRESENTATIVIDADE POLÍTICA

Atualmente o nível de representatividade da democracia brasileira é baixo. Isso se deve ao fato de que os problemas que assolam a população, como a corrupção, a violência e a desigualdade, têm origem no descaso dos representantes políticos com a coisa pública.

Como a democracia brasileira é exercida, quase que na sua totalidade, através da representação, o descrédito dos cidadãos coloca o Estado Democrático de Direito em risco, pois, conforme retromencionado, a reprovação não alcança somente os governantes, mas as instituições democráticas como um todo.

Se há um descontentamento generalizado dos titulares do poder (o povo), com aqueles que o exerce (os representantes), a essência da democracia acaba fragilizada e tal regime não cumpre o papel que lhe é designado, o que enfraquece sua legitimidade.

Diante de tal cenário, a reação da população é das mais variadas, que vai desde o afastamento dos cidadãos do sistema político, à escolha de representantes despreparados ou que convergem com ideologias autoritárias. Com isso, a democracia é colocada em uma situação de risco, na qual, a qualquer momento, pode vir a ruir, perdendo espaço para governos ditatoriais.

4.1 ESCOLHA DE REPRESENTANTES DESQUALIFICADOS COMO FORMA DE PROTESTO

O voto de protesto ocorre quando os cidadãos demonstram seu inconformismo, com o sistema eleitoral de um país, no momento em que devem escolher os representantes

políticos. Tal repulsa é manifestada através da eleição de candidatos um tanto desqualificados, bem como pela escolha do voto branco ou nulo.

Antigamente, as eleições eram manuais, e os eleitores votavam através de cédulas de papel. Nesse cenário, o cidadão que se encontrava descontente com o processo político, ou com a democracia representativa de forma mais genérica, geralmente escrevia palavras agressivas ou piadas, nas respectivas cédulas eleitorais, referindo-se a determinados candidatos ou ao regime. Importa mencionar que, tais votos eram anulados.

Já aconteceu, também, de serem concedidos votos a animais, como forma de manifestar a desconfiança nos políticos da época. Exemplo disso foi em São Paulo, no ano de 1959, quando um rinoceronte teve sua candidatura “lançada” nas eleições municipais, e obteve mais de cem mil votos.

O primeiro de que se tem registro ocorreu em 1959, na cidade de São Paulo. O rinoceronte Cacareco – na verdade, uma fêmea – fora emprestada pelo Rio de Janeiro para a inauguração do zoológico local e, por brincadeira, o jornalista Itaboraí Martins, do jornal O Estado de São Paulo, lançou a candidatura do animal. Milhares de cédulas eleitorais foram impressas em gráficas com o nome do bicho como parte da intervenção. E o resultado foi estrondoso. Cacareco conquistou quase 100 mil votos nas eleições (PINTO, 2018, p. 1).

Fato semelhante ocorreu no Rio de Janeiro em 1988, quando uma revista de humor lançou a candidatura de um chimpanzé, chamado Tião, do zoológico do Rio de Janeiro. Com isso, ele obteve mais de quatrocentos mil votos, o que o colocaria como o terceiro mais bem colocado nos resultados, caso sua candidatura fosse validada pelo Tribunal Regional Eleitoral.

O episódio de maior repercussão, porém, se daria em 1988, com o lançamento da candidatura do chimpanzé Tião - maior atração do zoológico do Rio de Janeiro - a prefeito da cidade, por obra dos humoristas autores do jornal "O Planeta Diário" e da revista "Casseta Popular". Num período em que o país vivia a transição da ditadura para a democracia, argumentaram eles que o propósito era libertar "o último preso político", concorrente pelo fictício Partido Bananista Brasileiro. A estimativa é de que Tião tenha recebido cerca de 400 mil votos – o terceiro lugar no pleito. Morto pela diabetes em 1996, aos 34 anos, tornou-se ícone da descrença na política partidária (PINTO, 2018, p. 2).

Com o advento da urna eletrônica, essa maneira de expressão do inconformismo popular passou a ser impossibilitada, uma vez que não se faz mais possível, lançar animais como candidatos à cargos políticos, nem mesmo, escrever piadas ou palavrões no momento do voto.

Tal fato levou a população a buscar outra forma de manifestar sua indignação com os governantes. Com isso, diante da crise de representatividade que assola a política brasileira, os cidadãos adotaram uma nova forma utilizar o voto como meio de protesto.

Na contemporaneidade, a população, que se encontra descontente com todo o sistema político, tem escolhido votar em candidatos aparentemente irrelevantes, radicais, exóticos, ou até mesmo, votam em branco ou nulo, objetivando, exclusivamente, expor sua indignação.

Recentemente, pode-se mencionar a eleição dos deputados federais, Enéas e Tiririca, como exemplos da referida forma protesto. Nas eleições de 2002, o deputado federal mais votado foi Enéas Carneiro, que, até então, era uma figura desconhecida.

Com apenas alguns segundos no horário eleitoral, Enéas apenas mencionava seu bordão, que dizia: "meu nome é Enéas". Com isso, obteve mais de um milhão e quinhentos votos, sem, sequer, apresentar alguma ideia relevante ao contexto social.

Com uma votação tão expressiva, Enéas levou à Câmara dos Deputados outros candidatos do seu partido (Partido de Reedificação da Ordem Nacional – PRONA), uma vez que os deputados federais são eleitos pelo sistema proporcional, no qual o determinador da eleição é o quociente eleitoral.

Importa ressaltar que os deputados que tomaram posse devido à quantidade de votos obtida por Enéas, tiveram uma votação bastante inexpressiva, o que evidencia que, com uma escolha inconsequente, o eleitor pode eleger candidatos que jamais cogitou votar.

Já o palhaço e humorista Tiririca, eleito como deputado federal pelo Estado de São Paulo, durante o horário político, não apresentou nenhuma proposta aos eleitores, apenas se valeu de piadas como "pior que tá não fica, vote no Tiririca", e assim, foi eleito em 2010, 2014 e na última eleição (2018), novamente.

Ao contrário do que afirma o deputado Tiririca, a escolha de representantes como forma de protesto só tende intensificar os problemas sociais e enfraquecer o Estado Democrático de Direito, piorando a realidade social, que, no Brasil, já é bastante crítica.

Isso pode ocorrer pelo fato de o controle do país pode ser entregue a indivíduos desqualificados, com pouca, ou até mesmo nenhuma experiência e conhecimento da

realidade política e social. Isto é, tal movimento, consistente em utilizar o voto como forma de protesto, muito embora legítimo e compreensível, não traz nenhuma melhoria a vida pública dos cidadãos brasileiros.

4.2 ELEVAÇÃO NAS TAXAS DE ABSTENÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil traz a obrigatoriedade do voto aos cidadãos a partir dos dezoito até os setenta anos de idade. Os analfabetos, os idosos a partir de setenta anos e os menores que possuem entre dezesseis e dezessete anos podem votar facultativamente.

É o que dispõe o parágrafo primeiro do artigo quatorze da Carta Magna:

§1º O alistamento eleitoral e o voto são:

I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos;

II - facultativos para:

a) os analfabetos;

b) os maiores de setenta anos;

Desde a Constituição de 1824, o voto no Brasil, com as peculiaridades de cada época, é obrigatório. Entretanto, a obrigatoriedade do voto não é uma característica estabelecida como cláusula pétrea, tendo em vista que a Lei Maior traz elenca como cláusula pétrea apenas o voto direto, secreto, universal e periódico.

Com isso, importa ressaltar que a facultatividade do povo pode ser estabelecida por meio de Emenda Constitucional. Pois, apesar de não se tratar de cláusula pétrea, a obrigatoriedade do voto se encontra estabelecida na Constituição, sendo assim, não pode ser alterada por lei.

No entanto, o voto obrigatório torna-se um poder-dever dos cidadãos, que objetiva, além de selecionar indivíduos capazes de representar o povo nas decisões estatais, é também uma forma de educação política do eleitor, através da qual os eleitores necessitam pensar e participar da vida política do país.

O indivíduo que, por alguma razão, não conseguir participar do pleito eleitoral, deve justificar sua ausência na sua respectiva zona de inscrição em até sessenta dias do pleito eleitoral, ou, em trinta dias após o retorno ao país, para os cidadãos brasileiros que estiverem no exterior no dia da eleição.

Aqueles que não apresentarem a adequada justificativa serão obrigados a pagar uma multa, para que consigam ficar em regularidade com a justiça eleitoral. Caso contrário, sofrerão sanções decorrentes do não exercício da cidadania, pois esta, até o presente momento, além de direito, consiste em um dever do cidadão.

As referidas sanções resumem-se na impossibilidade de retirar certidão de quitação na justiça eleitoral, bem como no impedimento de inscrever-se em concurso público, ou tomar posse neles, além disso, o cidadão irregular com a justiça eleitoral será impedido de obter passaporte ou carteira de identidade, e ainda não poderá renovar a matrícula em estabelecimento de ensino oficial ou fiscalizado pelo governo, etc.

É o que dispõe o artigo sétimo do Código Eleitoral vigente:

O eleitor que deixar de votar e não se justificar perante o juiz eleitoral até 30 (trinta) dias após a realização da eleição, incorrerá na multa de 3 (três) a 10 (dez) por cento sobre o salário-mínimo da região, imposta pelo juiz eleitoral e cobrada na forma prevista no art. 367.

§1º Sem a prova de que votou na última eleição, pagou a respectiva multa ou de que se justificou devidamente, não poderá o eleitor:

I - inscrever-se em concurso ou prova para cargo ou função pública, investir-se ou empossar-se neles;

II - receber vencimentos, remuneração, salário ou proventos de função ou emprego público, autárquico ou para estatal, bem como fundações governamentais, empresas, institutos e sociedades de qualquer natureza, mantidas ou subvencionadas pelo governo ou que exerçam serviço público delegado, correspondentes ao segundo mês subsequente ao da eleição;

III - participar de concorrência pública ou administrativa da União, dos Estados, dos Territórios, do Distrito Federal ou dos Municípios, ou das respectivas autarquias;

IV - obter empréstimos nas autarquias, sociedades de economia mista, caixas econômicas federais ou estaduais, nos institutos e caixas de previdência social, bem como em qualquer estabelecimento de crédito mantido pelo governo, ou de cuja administração este participe, e com essas entidades celebrar contratos;

V - obter passaporte ou carteira de identidade;

VI - renovar matrícula em estabelecimento de ensino oficial ou fiscalizado pelo governo;

VII - praticar qualquer ato para o qual se exija quitação do serviço militar ou imposto de renda.

Assim, é notável que o ordenamento jurídico brasileiro valoriza a participação popular no processo eleitoral, e busca conscientizar os cidadãos sobre a relevância do voto para os rumos da sociedade, bem como demonstra que o comparecimento da população às urnas é essencial para a efetividade do processo democrático.

Porém, ainda que diante de toda obrigatoriedade e incentivo ao voto existente na sociedade brasileira contemporânea, o que se percebe é que, com o passar dos anos, os eleitores só vem se distanciando do processo eleitoral, se abstendo de escolher os indivíduos que irão determinar o destino da nação por, no mínimo, quatro anos.

Isso ocorre, porque o sentimento de “ninguém me representa” só tem crescido, e se deve ao fato de que os cidadãos perderam a esperança nos governantes, tendo em vista que, apesar das inúmeras promessas durante o pleito eleitoral, os políticos, após ascenderem ao poder, não buscam efetivar nenhuma melhora concreta nas deficiências do país.

Assim, os eleitores permanecem desesperançosos e desacreditados na boa vontade dos candidatos, e, já que não acreditam na possibilidade de uma real mudança, ou ao menos, de uma melhora significativa, por essa razão, preferem se abster do voto, ao votar em candidatos que não priorizam suas necessidades, nem representam seus ideais.

O fato de os cidadãos estarem deixando de comparecer às urnas, demonstra com muita clareza a insatisfação popular. Como dispõe o cientista político José Álvaro Moisés:

O distanciamento entre a participação política e a resolução de problemas sociais, cria a sensação de impotência no eleitorado que, cada vez mais, sente-se alijado das decisões políticas. Daí a apatia que se traduz na maior parte das democracias políticas ocidentais, no aumento da abstenção. Desta forma abre-se espaço ao desencanto, a apatia e até a hostilidade em face de distorções que, muitas vezes, envolvem políticos e instituições democráticas (2005, p. 48).

As últimas eleições presidenciais, ocorridas em 2018, tiveram a maior taxa de abstenção desde a eleição de 1998. Segundo o Tribunal Superior Eleitoral, a abstenção no primeiro turno foi de 20,33%, que corresponde a 29.941.265 de eleitores. Já no segundo

turno, esse percentual aumentou para 21,30%, isto é, 31.371.704 eleitores não compareceram às urnas.

O presidente eleito, Jair Messias Bolsonaro (PSL), teve cerca de dez milhões de votos a mais que o candidato do PT, Fernando Haddad. Percebe-se que, o número de abstenções seria suficiente, inclusive, para modificar o referido resultado, já que este foi três vezes maior que a vantagem obtida pelo candidato vencedor.

Tal situação evidencia como o cenário político brasileiro se encontra descredibilizado, e como o sentimento de não representação é capaz de deslegitimar a democracia representativa, tendo em vista que esta é caracterizada pela transferência do poder do povo aos governantes, e quando a população não vai às urnas, se abstendo de tal papel, é possível questionar a legitimidade do representante, uma vez que nem sempre corresponderá a vontade da maioria dos cidadãos.

4.3 ABERTURA PARA INSTAURAÇÃO DE GOVERNOS AUTORITÁRIOS

A democracia, como já dito, se opõe ao autoritarismo. Este consiste em um regime de governo contrário à liberdade individual, no qual o poder se concentra em um ou alguns poucos indivíduos, a quem toda sociedade deve total respeito e obediência absoluta, uma vez que toda e qualquer forma de oposição política ou ideológica a tal governo, é fortemente reprimida.

Em um regime de governo ditatorial, autoritário, a dignidade da pessoa humana não é prioridade:

São cinco os fatores de uma ditadura autoritária: 1) transição de um estado de direito para um estado policial; 2) transição do poder difuso nos estados liberais para a sua concentração no regime totalitário; 3) a existência de um partido estatal monopolista; 4) transição dos controles sociais que passam de pluralistas para totalitários; 5) a presença decisiva do terror como ameaça constante contra o indivíduo (NEUMANN, 1969, p. 268).

Nesse sentido:

Os regimes autoritários, por sua vez, intentam, como as democracias, fundamentar o poder numa base social ampla, capaz de legitimá-las. Só que a titularidade do poder não é reconhecida à comunidade, enquanto realidade existencial, mas a um setor abstraído da comunidade (por exemplo, uma dada classe social, uma dada "raça") ou a entidades ainda mais abstratas, elaboradas

conceitualmente pelos ideólogos do regime, como a ideia de "nação" (SOUZA, 2002, p. 99).

O autor retromencionado ainda afirma que em um governo regido por ideais autoritários, o Estado não funciona em prol dos indivíduos, mas o inverso.

Os diferentes modos que pode assumir o relacionamento homem-Estado constituem o que se denomina de sistemas políticos ou regimes de governo. Podemos classifica-los, hodiernamente, em suas linhas mais gerais, em dois grupos: ou o homem é colocado a serviço do Estado, ou o Estado é posto a serviço do homem. No primeiro caso temos os regimes autoritários; no segundo, os regimes democráticos (SOUZA JR., 1978, p. 2).

Para Kelsen, em regimes autoritários:

O governo tem poder para encerrar em campos de concentração, forçar a quaisquer trabalhos e até matar indivíduos de opinião, religião ou raça indesejável. Podemos condenar com maior veemência tais medidas, mas o que não podemos é considera-las fora da ordem jurídica desses Estados (KELSEN, 2009, p. 353).

Apesar de, com a Constituição de 1988, o Brasil ter se constituído em um Estado Democrático de Direito, nos anos de 1964 a 1984, um regime autoritário tomou o poder do país. Foi o período da ditadura militar, em que vigorou um sistema sociopolítico baseado na violência e no autoritarismo.

A respeito da Constituição vigente em tal período, Pedro Lenza faz a seguinte observação:

Pode-se afirmar que a Constituição de 1946 foi suplantada pelo Golpe Militar de 1964. Embora continuasse existindo formalmente, o país passou a ser governado pelos Atos Institucionais e Complementares, com o objetivo de consolidar a "Revolução Vitoriosa", que buscava combater e "drenar o bolsão comunista" que assolava o Brasil (2018, p. 148).

Nesse período, a Constituição de 1967 foi outorgada e, além de estabelecer eleições indiretas para presidência da república, confirmava a edição de atos institucionais, que aperfeiçoavam a repressão imposta pelo regime. Dentre os sucessivos atos institucionais, o AI-5 foi o mais arbitrário e repressivo de todo o período.

Sobre tal ato, Marcos Costa diz que:

O AI-5 era devastador. Delegava ao presidente da república plenos poderes para cassar mandatos e suspender direitos políticos, decretar intervenção federal em estados e municípios, decretar recesso do Congresso por tempo indeterminado, assumindo assim as prerrogativas do Legislativo, entre outras arbitrariedades. A suspensão do *habeas corpus* para crimes políticos permitia a intervenção, censura e empastelamento de qualquer meio de imprensa que julgasse opositor ao regime militar. Intelectuais e artistas foram punidos por ter suas obras e liberdade de expressão tomadas como subversivas, e vários tiveram que se exilar. Era mais uma vez o conservadorismo, o fisiologismo, e o estamento cobrindo com seu manto obscuro sociedade brasileira. (2017, p. 141).

Atualmente, ainda é possível afirmar que o Brasil é um país democrático. Ocorre que a democracia representativa, vem, constantemente, perdendo a credibilidade, tendo em vista a crítica situação política, social, econômica, e ética que existe no país.

Pelo fato de a classe política, democraticamente eleita, não corresponder aos anseios sociais, uma vez que não atuam no sentido de assegurar os direitos e garantias fundamentais, inexistente uma relação saudável entre representantes e representados.

Conseqüentemente, a democracia brasileira tem suas bases debilitadas, e existe o risco de que não consiga mais se manter legitimada, já que, em um governo democrático é perfeitamente normal que haja desconfiança, cobrança e oposição ao governo eleito, entretanto, quando há o descrédito generalizado e duradouro com o sistema democrático, há possibilidade de abertura para a instauração de uma base governamental autoritária.

4.3.1 A “ineficácia” da democracia e a sensação de efetividade de regimes ditatoriais

No ano de 1964 o Brasil sofreu um golpe militar que perdurou por mais de vinte anos. Nessa época, o autoritarismo era o regime político adotado e havia uma forte repressão popular, na qual aqueles que se mostraram contra o governo era considerado inimigo nacional.

Aparentemente, na ditadura militar brasileira, ocorreu um relevante crescimento econômico.

Sobre tal tema, Marcos Costa dispõe:

A partir do golpe de 1964, não por acaso, durante todo o período militar ocorreu o chamado Milagre Econômico Brasileiro. Um desenvolvimento econômico sem precedentes na história do país. As vozes dissonantes todas caladas, o sentimento de segurança generalizado e o apoio e incentivo do Estado permitiram que as elites industriais investissem sem medo. Desse modo, entre 1968 e 1973, o PIB do Brasil cresceu em números nunca vistos, na média de 11% ao ano. [...] Mas toda essa prosperidade econômica se deu em um clima sociopolítico falso, mantido artificialmente, com base na violência e no autoritarismo. (2017, p. 141).

Tendo em vista a “prosperidade” econômica do período militar, a população brasileira contemporânea, diante do atual cenário social, abalado pela corrupção, violência e desigualdade, começa a olhar para a democracia vigente como um sistema de governo falido e é capaz de acreditar em uma possível efetividade do regime autoritário.

Como bem explica Barrucho:

Ainda assim, não é incomum que o período do regime militar no Brasil, entre 1964 e 1985, seja lembrado por alguns com certa nostalgia como um tempo marcado por um forte crescimento da economia, que ficou conhecido “milagre econômico”. A economia brasileira nunca cresceu tanto - antes ou depois. A taxa média de crescimento nesse período girava em torno de 10% por ano. Mas especialistas notam que o regime militar deixou uma herança maldita para a economia, como o agravamento de alguns dos problemas que ainda marcam o noticiário econômico brasileiro, como o endividamento do setor público e o aumento da desigualdade social. O governo militar, quando assume em 1964, enfrenta um período de bastante desorganização da economia, com desequilíbrio fiscal, inflação alta e desemprego. Havia um desgaste muito grande do modelo econômico anterior, com o fracasso do Plano Trienal (para retomar o crescimento econômico). Eles conseguiram modernizar a economia, mas isso teve um alto preço, que acabou sendo pago após a redemocratização, como hiperinflação e dívida externa estratosférica (2018, p.2).

Com isso, não é incomum o crescimento do radicalismo nos cidadãos brasileiros, que questionam a democracia e desejam, inclusive, a tomada do poder pelos militares,

acreditando que, com isso, os problemas que mais maltratam a população (corrupção, desigualdade, violência, etc.) serão resolvidos.

Importa ressaltar que apesar de não chegarem ao conhecimento do público, a corrupção existia naquela época, ocorre que, devido à ausência de instituições para fiscalizar o governo e noticiar os fatos à população, criou-se a falsa ideia de que a corrupção é algo que aflige o Brasil apenas na contemporaneidade, quando se adota um regime democrático.

Infelizmente os representantes democráticos não se preocuparam em criar mecanismos capazes de oferecer à população acesso à história do país, e, diante do desconhecimento do que realmente acontecia no regime ditatorial de 1964 até a redemocratização, muitos brasileiros acreditam na necessidade do restabelecimento daquele, como forma de “salvar a Pátria”.

Esse “saudosismo da ditadura”, que vem ganhando espaço no Brasil, concede uma abertura ao surgimento de movimentos de extrema direita, já que, insatisfeitos, de forma geral, com a atual condição do país, a população é atraída pelo radicalismo e pelo ultraconservadorismo, o que favorece a ascensão do autoritarismo como alternativa adequada.

4.3.2 O oportunismo de candidatos adeptos ao regime ditatorial frente à fragilização da democracia representativa

É muito comum que, devido à falta de legitimidade dos políticos adeptos aos partidos de esquerda e direita, comecem a surgir políticos “antissistema”, que nada mais são do que indivíduos oportunistas, que se valem de um momento de crise generalizada e da fragilização das pessoas, para alcançarem o poder.

Essa figura do “não-político”, do indivíduo inconformado com a realidade que promete modificar o sistema e cessar com todos os problemas que afligem os cidadãos, é algo muito preocupante para a manutenção da democracia, uma vez que, camuflam suas reais intenções em tais discursos, ganhando assim, apoio da população.

Com isso, alçam democraticamente ao poder, porém, possuem ideais autoritários, capazes de destruir a democracia, pois, como o povo lhes transferiu poder, através de eleições diretas, estão, tais representantes, legitimados para adotar as medidas que desejar.

Essas medidas, muitas vezes, destoam vontade popular, o que evidencia que esses políticos são apenas “mais do mesmo”, só que, além disso, também trazem consigo uma postura autoritária, que pode romper com a democracia representativa existente no Brasil até então.

Tal rompimento democrático não é algo que deve ser considerado como solução, muito menos como algo bom para o país. Dele, pode decorrer, além de uma intensificação dos problemas já existentes, repressão social e submissão da população a tratamentos cruéis, se o governo julgar necessário.

É fato que, por mais que existam problemas em governos democráticos, esse regime ainda é preferível a qualquer ditadura, tendo em vista que é o que mais possui mecanismos com foco na preservação da dignidade da pessoa humana e nos demais direitos e garantias fundamentais.

Os habitantes dos países democráticos, embora frequentemente se mostrem insatisfeitos com sua condição, vivem num mundo mais justo do que aquele dos habitantes dos outros países, pois em regimes ditatoriais não há espaço para se falar em direitos e em garantias do cidadão, muito menos em respeito às diferenças e à participação política (TODOROV, 2012, p. 17).

Diante da crise de representatividade que se instaurou na democracia brasileira, é evidente que há uma necessidade urgente de que as forças democráticas brasileiras comecem a se unir para reverter essa situação, buscando meios de alcançar uma solução pacífica para o problema.

Tal urgência se fundamenta no fato de que, apesar de a referida crise ser algo que já vem marcando a democracia brasileira há algum tempo, a última eleição foi uma resposta a esse cenário crítico pelo qual atravessa a sociedade brasileira, como um todo.

O presidente eleito, Jair Messias Bolsonaro, militar reformado, foi um candidato abertamente declarado de extrema direita, e possui um forte apreço às ideologias conservadoras, bem como, por inúmeras vezes durante sua vida pública, insinuou estar de acordo com atrocidades (como tortura), ocorridas no período da ditadura militar.

Durante o pleito eleitoral, o então presidente, homenageou torturadores, falou em banir opositores, se mostrou extremamente despreparado ao ser questionado sobre os problemas sociais, entretanto, mesmo sem mostrar os meios que adotaria, prometeu restaurar a segurança e acabar com a corrupção institucionalizada no país.

Com esse discurso, aliado ao fato de não ter participado de debates, nem apresentar propostas consistentes, apenas enfatizar o desejo de “mudar tudo isso que está aí”, ele foi o candidato escolhido pela população brasileira para representar o país pelos próximos quatro anos.

Tal situação merece atenção, pois, como bem menciona os autores Steven Levitsky e Daniel Ziblatt na obra “Como as democracias morrem”:

É assim que tendemos a pensar na morte das democracias: nas mãos de homens armados. Porém, há outra maneira de arruinar uma democracia. É menos dramática, mas igualmente destrutiva. Democracias podem morrer não nas mãos de generais, mas líderes eleitos, presidentes ou primeiros-ministros, que subvertem o próprio processo que os levou ao poder. É assim que as democracias morrem agora. A ditadura ostensiva – sob a forma de fascismo, comunismo ou domínio militar – desapareceu em grande parte do mundo (2018, p.170).

Ainda não é possível saber qual será o destino do Brasil daqui pra frente, porém, se deve atentar ao fato de que a população se encontra desacreditada e sem perspectiva, e que tal cenário, é propício para o estabelecimento de forças antidemocráticas, principalmente pelo descrédito dos cidadãos nas instituições vigentes, que fomenta o anseio por mudanças e os faz optar por qualquer candidato que se mostre “diferente”, ainda que não seja melhor.

CONCLUSÕES

No decorrer do trabalho buscou-se demonstrar a relevância da análise e discussão do tema “Crise de Representatividade: uma fragilização do ideal democrático brasileiro”, uma vez que é inegável que o Brasil atravessa um momento de crise intensa.

Mostrou-se como a referida crise é capaz de macular os elementos constitutivos da democracia representativa, e, com isso, abrir espaço para a instauração de governos autoritários, que ficou evidenciado através da crescente aderência de brasileiros a políticos com ideias de extrema direita.

Para tanto, enfatizou-se que o Brasil sofre com uma crise que não é só política, mas também social, econômica e ética. No entanto, demonstrou-se que a gênese desse contexto consiste no fato de que os políticos se encontram em débito com a população, já que, ao se desvirtuarem dos ideais democráticos, ocasionam, consequentemente, o descrédito dos cidadãos no sistema, e o enfraquecimento deste.

Neste viés, demonstrou-se que o povo não se sente representado pelos governantes, uma vez que os problemas sociais, como a desigualdade e a violência, crescem diariamente, e, apesar disso, os representantes, sequer, procuram dialogar com o povo para criar uma política capaz de solucionar tais questões, apenas mantêm-se inertes e distantes da realidade social.

Foi evidenciado que os candidatos a cargos políticos não se aproximam da população como necessário, salvo em períodos eleitorais, para conquistar eleitores, fazendo constantemente promessas vazias, que são sempre descumpridas no decorrer do mandato.

Ressaltou-se ainda, que aliado à inatividade dos políticos frente aos problemas sociais, há, por parte destes, uma busca imoderada pelos interesses pessoais, fato que os distancia cada vez mais do esforço para o alcance do bem comum, que passa a ser objetivo secundário, muito embora seja o principal elemento de um Estado Democrático de Direito.

Além disso, demonstrou-se que o envolvimento constante e quase que generalizado dos representantes eleitos em escândalos de corrupção, desmotiva a população em participar da política no Brasil, pois o povo se encontra com dificuldade em acreditar na honestidade dos governantes.

Desse ponto decorrem as elevadas taxas de abstenção, e a escolha de políticos despreparados como forma de protesto, à crença de que uma nova ditadura é a solução para os tantos problemas sociais, bem como a simpatia por candidatos com um discurso autoritário.

Conclui-se, diante de todos os fundamentos trazidos, que efetiva representação política é elemento essencial para a manutenção dos pilares democráticos, pois, apesar de a adoção do regime da democracia semidireta, no Brasil, possibilitar a participação direta dos cidadãos em algumas questões sociais, o regime representativo é preponderante.

São raras as situações em que são convocados plebiscitos e referendos, e os requisitos para a propositura de uma ação popular acaba dificultado o exercício da mesma pelos cidadãos. Assim, é evidente que a grande maioria das diretrizes estatais são estabelecidas através do regime da democracia representativa, na qual o povo delega o poder a um indivíduo, que o exerce temporariamente, por no mínimo, quatro anos.

Sendo assim, ficou evidente que existe a necessidade de a postura dos governantes seja condizente com as necessidades sociais. Isto é, a vontade do povo precisa ser representada nas decisões dos políticos eleitos, para que a soberania popular, elemento basilar de um Estado Democrático de Direito, seja respeitada e mantida.

Um representante político não pode ignorar os problemas sociais, negligenciar o interesse público e utilizar da máquina estatal para alcançar vantagens pessoais, quando isso acontece, a finalidade pública perde o sentido e há uma clara situação de abuso de poder e de ineficácia da democracia representativa.

O presente trabalho ainda apontou a eleição do atual presidente Jair Messias Bolsonaro como uma resposta da população à atual crise de representatividade e um anseio por mudanças, já que o então presidente, durante o pleito eleitoral se afirmou totalmente antissistema.

Por fim, pretendeu afirmar a possibilidade de forças ditatoriais tomarem o poder no Brasil, já que, diante de uma crise tão intensificada, na qual o descrédito nas instituições democráticas é quase generalizado, foi eleito um candidato de extrema direita, que, se declarou, por diversas vezes de acordo com ideais autoritários vigentes na ditadura de 1964. E, mesmo sem apresentar formas eficazes de solucionar as problemáticas do país, adquiriu a confiança dos cidadãos, por mostrar que também se encontrava em total desconexão com os representantes eleitos até então, e apresentou-se como o candidato da mudança.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito constitucional descomplicado**. 16. ed. São Paulo: Método, 2018.

AL'HANATI, Yuri. **Crise de representação partidária é um problema histórico**. Gazeta do Povo, 12 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/crise-de-representacao-partidaria-e-um-problema-historico-c52qr5g4p5pif3xc63jksanv2>(<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/crise-de-representacaopartidaria-e-um-problema-historico-c52qr5g4p5pif3xc63jksanv2>)>. Acesso em 04 dez. 2018.

ARAS, Antônio Augusto Brandão de. **Fidelidade Partidária: efetividade e aplicabilidade**. Rio de Janeiro: G/Z Editora, 2016.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia de Bolso, 2013.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria Geral do Estado**, 2. ed. São Paulo: Globo, 2008.

BACHA, Edmar Lisboa. **Os mitos de uma década: ensaios de economia brasileira**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BATISTA, Alexandre Lins. **Partidos: Afinal, por que não nos sentimos representados?** 2015. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/partidos-politicos-nao-me-representam/>>. Acesso em: 05 dez. 2018.

- BAUMAN, Zygmunt. **A sociedade sitiada**. Lisboa: Instituto Piaget, 2010.
- BEATO FILHO, C. C.; REIS, I. A. **Desigualdade, desenvolvimento socioeconômico e crime**. In: **Desigualdade e Pobreza no Brasil**. Rio de Janeiro: IPEA, 2000.
- BENEVIDES, Maria Victória de Mesquita. **A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular**. São Paulo: Ática, 2003.
- BIANCHINI, Fernando Novelli. **Democracia representativa e democracia participativa**. Campinas: Millennium, 2014.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Teoria do Estado - Filosofia Política e Teoria da Democracia**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. 32. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- _____. **Ciência Política**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.
- BORDENAVE, Juan E. D. **O que é participação**. 8. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- CORREIO DO POVO. Pesquisa: **94% dos eleitores não se veem representados por políticos**. 12 ago. 2017. Disponível em: <http://www.correiodopovo.com.br/Noticias/Politica/2017/08/625634/Pesquisa-94_doseleitores-nao-se-veem-representados-por-politicos->. Acesso em: 07 dez. 2018.
- COSTA, L. C. da. **Pobreza, Desigualdade e Exclusão Social, in Sociedade e Cidadania desafios para o século XXI**. Ponta Grossa: Ed. UEPG, 2005.
- COSTA, Marcelo Freire Sampaio. **Eficácia dos direitos fundamentais entre particulares: juízo de ponderação no processo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.
- COSTA, Marcos. **A história do Brasil para quem tem pressa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Valentina, 2017.
- DAHL, Robert A. **A democracia e seus críticos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

_____. **Sobre a democracia.** Brasília: UNB, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 31. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

FARIA, V. E. Brasil: **Compatibilidade entre a estabilização e o resgate da dívida social, in Pobreza e Política Social.** CADERNOS ADENAUER, nº 1. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão.** 4. Ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Curso de direito constitucional.** 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Lições de direito constitucional.** 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FURTADO, Lucas Rocha. **As raízes da corrupção no Brasil.** Belo Horizonte: Fórum, 2008.

G1. **TSE conclui totalização dos votos do segundo turno com resultado de urna da Venezuela.** 30 dez. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2018/noticia/2018/10/30/tse-conclui-totalizacao-dos-votos-do-segundo-turno-com-resultado-de-urna-da-venezuela.ghtml>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

GARCIA, R. C. **Iniquidade Social no Brasil: Uma aproximação e uma tentativa de dimensionamento.** IPEA. Brasília, agosto de 2003.

GUGLIANO, Alfredo Alejandro. **A crise política como solução? Uma reflexão desde a perspectiva das democracias participativas.** Revista Brasileira de Direito Constitucional. São Paulo: Editora Método, n. 3. 2004.

KELSEN, Hans. **A democracia.** 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2000.

_____. **Teoria pura do Direito.** Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KLEIN, Antônio Carlos. **A importância dos partidos políticos no funcionamento do Estado.** Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

KNEIPP, Bruno Burgarelli Albergaria. **A Pluralidade de Partidos Políticos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem.** Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela dos direitos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MIGUEL, Luís Felipe. **A Democracia Domesticada: Bases Antidemocráticas do Pensamento Democrático Contemporâneo**. Dados – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 45, n.º 03, 2002.

MOISÉS, José Álvaro. **A desconfiança nas instituições democráticas**. Opinião Pública, Campinas, v. 11, n. 1, mar. 2005.

_____. **Corrupção e democracia: os efeitos de uma sobre a outra**. 2017.

Disponível em: <<https://qualidadedademocracia.com.br/corrupt%C3%A7%C3%A3o-edemocracia-os-efeitos-de-uma-sobre-a-outra-f3d143f4dac7>> Acesso em: 11 fev. 2019.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Col. Os pensadores. São Paulo, Abril Cultural, 1973.

MÜLLER, Friedrich. **“Quem é o Povo? A Questão Fundamental da Democracia”**. Max Limonad. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NALINI, José Renato. **Constituição e estado democrático**. São Paulo: FTD, 1998.

NOBRE JÚNIOR, E. P. O Direito Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Revista de Informação Legislativa. 2000. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/568> >. Acesso em: 11 fev. 2019.

ONUBR. **Brasil está entre os cinco países mais desiguais, diz estudo de centro da ONU**. 29 jan. 2018. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/brasil-esta-entre-os-cinco-paises-mais-desiguais-diz-estudo-de-centro-da-onu/>>. Acesso em: 20 fev. 2019.

PINTO, Kleber Couto. **Curso de teoria geral do estado: fundamento do direito constitucional positivo**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

RAMAYANA, Marcos. **Direito Eleitoral**. 3. ed. Niterói: Impetus, 2005.

SILVA, Afonso José. **Curso de direito constitucional positivo**. 36. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2013.

TSE. **Eleições 2018: Justiça Eleitoral conclui totalização dos votos do segundo turno**. 30 out. 2018. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Outubro/eleicoes-2018-justica-eleitoral-conclui-totalizacao-dos-votos-do-segundo-turno>>. Acesso em: 28 nov. 2018.

RESPONSABILIDADE CIVIL NAS COMPRAS ON-LINE

DANIEL MENDES DOS SANTOS:

graduando em Direito pela Universidade de Gurupi – Unirg.

VERÔNICA SILVA DO PRADO DISCONZI

(orientadora)

Resumo: Este artigo aduz a discussão sobre a responsabilidade civil nas compras feitas pela internet, a pesquisa bibliográfica deixa evidente a insegurança jurídica pela ausência de uma legislação própria que responsabilize aqueles que cometam algum dano. Tanto o fornecedor como o vendedor e o consumidor ficam desprotegidos sem um instrumento normativo que os resguarde, visando suprir essa lacuna utiliza-se de forma analógica o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor na responsabilização de tais danos.

Palavras-chave: responsabilidade civil. dano. insegurança jurídica.

Abstract: This article leads to the discussion about civil liability in purchases made over the internet, the bibliographic research makes evident the legal uncertainty due to the absence of its own legislation that holds those who commit any damage liable. Both the supplier, the seller and the consumer are unprotected without a normative instrument to protect them, in order to fill this gap, the Civil Code and the Consumer Protection Code are used in an analogous manner in the liability of such damages.

Keywords: civil liability. damage. legal uncertainty.

Introdução

O presente artigo tem a finalidade de demonstrar as lacunas existente na responsabilização de quem comete algum dano nas transações feitas pelos meios digitais. O sistema de compras pela internet teve início na década de 1970 quando surgiu o E-commerce nos Estados Unidos da América. Devido a comodidade, e a globalização as compras pela a internet tem se tornado um meio comum, facilitando tanto para o vendedor em divulgar seus produtos, abrangendo um número maior de pessoa sem a necessidade de gastar com espaço físico e mão de obra, quanto para o cliente que poderá ter acesso a produtos com preços mais favoráveis a seu orçamento e com a qualidade que ele procura.

Devido ao grande fluxo de transações comerciais e percebendo a necessidade de regulamentar este comercio o Brasil criou alguns institutos legais, como por exemplo a lei 12.965 de 23 de abril de 2014, denominada de Marco Civil da Internet, esta lei trás princípios basilares no que concerne aos atos praticados nos meios digitais, porém como

o fluxo das transações é volumosa e só aumenta a cada dia e como o Marco Civil da Internet aduz questões principiológicas, os consumidores muitas vezes ficam desprotegido no que se referi a questões pontuais, sendo utilizado o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor para responsabilizar quem venha a cometer algum dano nas transações comerciais feitas pelos meios digitais.

Direito Eletrônico

1.1 E-Commerce

E-commerce, ou comercio eletrônico, teve início nos Estados Unidos na década de 1970 pela troca de arquivos e solicitações de pedidos. O inglês Michael Aldrich criou o primeiro sistema de compras online.

A empresa Amazon foi uma das primeiras a ingressar nesse sistema de vendas, aqui no Brasil essa prática é mais recente, no entanto com o desenvolvimento da internet e a globalização a comunicação e as transações comerciais tem sido utilizado diariamente por meio de diversas plataformas.

Essa prática se tornou ainda mais fundamental nos dias de pandemia, tendo em vista a necessidade do distanciamento social facilitando tanto para o vendedor em postar seus produtos para uma leva maior de clientes, como para o cliente que do conforto de sua casa pode buscar os melhores produtos com os preços que lhe atraem e recebe-los ali de forma bem mais prática.

A loja Magazine Luiza foi a primeira loja brasileira a ter uma experiencia na venda por meio de sistemas eletrônicos. Em 1992 ela criou um terminal eletrônico, no qual fazia suas propagandas e mostrava seus produtos, no entanto este sistema não tinha conexão com a internet, pois não havia ainda uma legalização liberando este meio para a comercialização via internet.

O Ministério das Comunicações regulamentou a comercialização por meios da internet no ano de 1995 e no ano de 1996 o empresário Ricardo Jordão Magalhães criou a primeira loja virtual oficialmente brasileira denominada Brasoftware.

Em 2013 foi publicado o decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013, regulamentando o E-commerce. Este decreto visto na época como uma forma de regulamentar definitivamente as transações comerciais feitas pela internet. Porém o decreto não aprofundou nas questões essenciais, alguns autores criticam que apenas reforçou o que já previa o Código de Defesa do Consumidor e acabou sendo bem genérico deixando muitos pontos controversos sem regulamentação.

Neste sentido, Fernandes (2014, online) afirma:

“Nem sempre o avanço tecnológico demanda a necessidade de novas leis. O Código de Defesa do Consumidor, já vinha sendo facilmente aplicado às transações realizadas em meio eletrônico, sobretudo o direito ao arrependimento. O Decreto, então, não inovou buscou apenas definir padrões para direitos já previstos no CDC”.

Um ponto importante do decreto está relacionado ao direito de arrependimento do consumidor, estabelecendo que o fornecedor deve expressamente informar os meios pelos quais o consumidor pode devolver, por exemplo um produto que não tenha gostado. Todavia, esta definição é para as compras de produtos físicos o decreto não definiu a relação das compras feitas por meios não físicos, como por via download, os games, e-books e cursos.

O direito ao arrependimento também está previsto no Código de Defesa do Consumidor, o qual estabeleci em seu artigo 49 (quarenta e nove) que o consumidor tem o direito ao arrependimento nas compras feitas online pelo prazo de 07 (sete) dias a contar o prazo do momento da assinatura do recebimento do produto.

Sendo assim, por mais que haja esses institutos que visam proteger o usuário nas relações comerciais via transações digitais, tais institutos ainda são superficiais, deixam margem para que as pessoas com intenções maldosas pratiquem atos ilegais lesionando assim o direito de terceiros. É preciso a criação de uma lei que resguarde o consumidor de forma mais clara, objetiva, que trate das questões centrais das relações comerciais, como por exemplo da responsabilização por meio de reparação ao dano causado quando for prejudicado a outra parte.

1.2 Marco Civil Da Internet

Com a utilização dos meios digitais cada vez mais intenso devido ao seu desenvolvimento, ficou evidente a necessidade de normatizar a prática de alguns atos realizados na internet, neste sentido o Marco Civil da Internet foi criado para garantir através de normas fundamentais, segurança jurídica a esse seguimento. Sendo assim, foi criado a lei 12.965 de 23 de abril de 2014, visando regulamentar a utilização da rede mundial de computadores, estabelecendo fundamentos, princípios, objetivos e os direitos dos usuários.

O desenvolvimento dos meios digitais trouxe um dinamismo positivo para a vida das pessoas. No entanto, também acompanha algumas pessoas mal-intencionadas que praticam atos reprováveis por meio da internet, pois acreditam ser mais fácil o anonimato.

Assim expõem Tomasevicius, Eduardo (2015, online):

“Essas transformações resultantes do uso livre da internet geram perplexidade nas pessoas, que ainda não sabem ao certo como comportar-se nessa “terceira esfera de ação humana”, equivocadamente denominada de “ciberespaço”. Imaginou-se que a internet deveria ser “terra sem lei”, onde tudo seria permitido pela aparente impossibilidade de descoberta da verdade identidade da pessoa”.

A prática de atos violadores de direito como a intimidade pela internet tomou repercussão mundial em 2013, no qual foi descoberto que o Governo Americano praticava espionagem na sua população, ficando assim ainda mais evidente a necessidade de uma lei que regulamente o acesso a rede mundial de computadores e responsabilize os possíveis infratores.

O Marco Civil da Internet é conhecido como a “Constituição da Internet”, pois criou fundamentos basilares, porém ainda é objeto de muita discussão, uma vez que há muitas questões a serem protegidas no meio digital, ficando por exemplo a responsabilidade pelo dano causado, que é o objeto principal deste trabalho, sem uma norma específica para responsabilizar quem pratica estes atos lesivos.

2. Responsabilidade Civil

É pulsante que a internet tem se tornado um instrumento fundamental nos dias atuais, seja para o desempenho das atividades laborais, seja para a comunicação entre pessoas por meio de redes sociais ou para a prática de transações comerciais.

No entanto, os legisladores ainda não se empenharam para a regulamentação das responsabilidades pelos eventuais danos que possam sofrer quem utiliza os meios eletrônicos para fazer transações comerciais, ficando assim sem uma lei específica que defina os direitos e obrigações de quem fornece, vende ou compra produtos por tais meios.

Como ressalta Gonçalves, Carlos Roberto (Direito civil brasileiro, volume 4, 2019).

“No estágio atual, a obrigação do empresário brasileiro que dele se vale para vender os seus produtos ou serviços, para com os consumidores, é a mesma que o referido diploma atribui aos fornecedores em geral. A transação eletrônica realizada entre brasileiros está, assim, sujeita aos mesmos princípios e regras aplicáveis aos demais contratos aqui celebrados”.

O projeto de lei do Deputado João Arruda, PL 1.232/2011, visava estabelecer a responsabilidade do fornecedor ao disponibilizar seu produto a venda nos meios eletrônicos, porém não há nenhuma norma aprovada neste sentido.

Devido a necessidade de uma legislação que defina esses direitos e com o dever de resguardar os consumidores, tem se aplicado nestes casos o direito comparado, tanto do Código de Defesa do Consumidor, quanto os institutos do Código Civil relacionados a responsabilidade civil.

É importante ressaltar que nas relações de consumo eletrônico internacional ficam estas sujeitas ao que estabelece o dispositivo do artigo 9º, § 2º, da lei de introdução às Normas do Direito Brasileiro, o qual define o domicílio do comprador como o competente para a dissolução judicial de qualquer evento litigioso que possa surgir.

Em caso de defeito na mercadoria por ato de construção, montagem, encaixotamento ou transporte tem direito o cliente a ser ressarcido pelos eventuais danos que possa sofrer advindos da compra de determinado produto.

Contudo, o cliente também pode sofrer perdas e danos com propagandas enganosas pela internet, anúncios falsos, ou mercadorias com qualidade diferente do que foi anunciado como por exemplo a compra de um pacote de viagem com vários direitos, no entanto ao chegar no local para usufruir do que estava na propaganda, percebe-se que o ambiente não é condizente com o anúncio. Como dispõe o artigo 927 do Código Civil, aquele que, por ato ilícito, causar danos a outrem, fica obrigado a repará-lo, estes atos podem ser por ação, omissão, imprudência ou negligência.

O Código Civil deixa claro que os empresários individuais e as empresas respondem independentemente de culpa pelos danos que seus produtos postos em circulação possam ter causados a alguém.

3. Responsabilização Dos Danos Causados No Código De Defesa Do Consumidor

Como dito anteriormente, devido à ausência de norma específica que regulamente as relações de consumo pelos meios digitais, tem se aplicado os institutos do Código de Defesa do Consumidor para dirimir possíveis lacunas, este por sua vez aduz situações como a proibição da propaganda enganosa, de métodos abusivos e coercitivos, estabelece que as ofertas apresentadas devem ser claras e precisas sobre suas características, qualidade e quantidades.

O fabricante o produtor ou o construtor respondem independentemente de culpa pelos danos causados ao consumidor por defeitos decorrentes da fabricação, construção, montagem, manipulação ou condicionamento do produto.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 2º (segundo) define como consumidor: “aquele que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Todavia, o consumidor tem o direito de conhecer previamente o produto ao qual está disposto a adquirir, sendo assim nos casos em que a compra é feita pela internet, porém o consumidor não tem este contato concomitantemente com o objeto, sendo lhe resguardado pelo Código de Defesa do Consumidor o direito ao arrependimento, tendo ele o direito a devolver o bem adquirido, caso o produto não corresponda ao que ele pleiteia, pelo prazo de sete dias. Este prazo passar a ser contado a partir do momento em que o consumidor assinar o ato de recebimento da mercadoria.

Ainda que o Código de Defesa do Consumidor trás certa proteção ao consumidor digital, tal proteção é genérica, é preciso que este consumidor se sinta seguro através de uma legislação própria com termos específicos e definições objetivas, no entanto enquanto esta norma não é criada, observa-se o que estabeleci este Código e o Código Civil quanto a responsabilização por eventuais danos que as partes possam sofrer.

Há alguns projetos de lei no Congresso Nacional, visando a normatização e regulamentação do comercio eletrônico, podendo ser destacados o projeto de lei do Senador Humberto Costa, PLS 439/2011 que foi arquivado, mas trazia pontos de suma relevância neste processo de formalização das relações comerciais pelos meios digitais.

O projeto visava alterar o Código de Defesa do Consumidor no intuito de trazer a obrigatoriedade que o fornecedor se identificassem de forma clara ao ofertarem seus produtos pela internet, disponibilizando seu nome ou CNPJ, número de telefone para contato em caso de atraso ou quando houver a necessidade de troca de produtos, desistência da compra, deixando cristalino o prazo de entrega, a política de trocas e possível multa por atraso, além disso, aduzia o projeto pela vedação de envio de e-mails (SPAM), e chamadas telefônicas (telemarketing) ofertando produtos ou serviços, que não tenha sido previamente requisitados pelo cliente, estabelecendo assim sanções quando houver o descumprimento das normas dispostas.

Tal projeto foi prejudicado pela Projeto de Lei nº 281, de 2012 de autoria do Senador José Sarney (MDB/AP), no entanto este projeto dispõe das mesmas questões do PLS 439/2011, trazendo a necessidade do aperfeiçoamento das disposições referente aos negócios jurídicos realizados pelos meios digitais, reafirmando a necessidade da proteção do consumidor pela sua vulnerabilidade frente ao fornecedor ou em relação ao vendedor, e a importância da privacidade dos dados pessoais. Em caso de rescisão fica definido que não haja custas para o consumidor, mas que seja rescindido automaticamente o contrato de compra e venda ou prestação de serviço. Sendo importante ressaltar que este projeto já foi aprovado no Senado tendo sido enviado a Câmara dos Deputados para apreciação.

Considerações Finais

Portanto, é evidente a necessidade de norma própria que responsabilize as pessoas que causem danos nas transações comerciais feitas pela internet. Pois a internet é um sistema em que os criminosos aproveitam para praticar crimes devido a sensação de impunidade que ainda nos dias atuais persistem neste meio. Devido ao alto fluxo de comercialização e o aumento exponencial dos usuários nas redes sociais é preciso direcionar atenção a altura da importância deste setor.

É necessário a criação de leis específicas que responsabilize por exemplo quando o vendedor atrasar na entrega da mercadoria, aplicando lhe multas, ou se o produto contiver defeitos na hora do recebimento pelo cliente, ou também se houver diferença na qualidade do material, assim como quando houver possíveis desvio desta mercadoria ou atraso na entrega.

Mesmo que seja possível responsabiliza-los atualmente atualizando o Código Civil quanto as responsabilidades pelos danos e o Código de Defesa do Consumidor com relação a devolução de produtos e a propagando enganoso é latente a necessidade de garantir mais segurança tanto para os empreendedores quanto para os consumidores.

O Congresso Nacional precisa da prioridade as matérias relacionadas a esse tema, o comerciante que tiver que divulgar seu produto na internet necessita ter uma definição específica de como seu produto tem que ser exposto. E o cliente precisa esta ciente do tempo que levará para o seu produto chegar até a sua casa e caso ele não chegue o consumidor deve ter o direito a ser indenizado pelo dano sofrido de forma clara e objetiva. É salutar a importância do tema para os dias atuais, no entanto persiste a ausência de normas que regule especificamente este setor ficando um espaço carente de normatização.

Bibliografia

Gonçalves, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 4 : responsabilidade civil / Carlos Roberto Gonçalves. – 14. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

Tartuce, Flávio. Direito Civil: Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil – v. 2 / Flávio Tartuce. – 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Gagliano, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, v. 3 : responsabilidade civil / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo

Pamplona Filho. – 17. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

<https://openrit.grupotiradentes.com/xmlui/bitstream/handle/set/1272/Trabalho%20de%20Conclus%3a3o%20de%20Curso%20-%20Rodrigo%20Silva%20de%20Andrade.pdf?sequence=1>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm

<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/a-responsabilidade-dos-sites-que-intermediam-a-compra-e-venda-pela-internet.htm>

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm

<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/101329>

O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL NA INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO DA SEGURIDADE SOCIAL

VINICIUS SOUTOSA FIUZA:
Advogado, Especialista em Direito e
Processo Previdenciário, Mestrando
da Pontifícia Universidade Católica
– PUC/SP

RESUMO: O presente artigo traz em sua essência o estudo do princípio da vedação ao retrocesso social, observando o núcleo fundamental dos direitos fundamentais. Em um primeiro momento faremos uma breve evolução história dos direitos fundamentais, apontando em qual geração surgiram os direitos sociais. Passaremos, então, a analisar a proteção aos direitos sociais na Constituição Federal de 1988, abordando também o mínimo existencial, a reserva do possível e a ponderação dos princípios constitucionais. Detalharemos no que consiste o princípio da vedação ao retrocesso social, com análise de julgados do Supremo Tribunal Federal, e a sua aplicação no direito da seguridade social.

PALAVRAS-CHAVE: Vedação ao retrocesso social. Princípios constitucionais. Mínimo existencial. Ponderação. Direito da seguridade social.

ABSTRACT: This article contains an analysis of the constitutional principle that inhibits social regression, observing the core of fundamental rights. First, we have a historical evolution of aforementioned rights, including social rights. Then, we will analyze the protection of social rights in the Brazilian Constitution from 1988, also addressing the right to basic conditions of life, the reserve for contingencies, and the weighting of the constitutional principles. We will detail the inhibition of social regression, analyzing former cases judged by the Brazilian Supreme Court, and its application for social security rights.

KEYWORDS: Fence to social regression. Constitutional principles. Minimum for existence. Weighting of principles. Social security laws.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Evolução histórica dos direitos fundamentais. 2. Os direitos sociais na Constituição da República de 1988. 2.1. Mínimo existencial. 2.2. O direito social subjetivo *prima facie* e a ponderação. 3. Direitos sociais e a reserva do possível. 4. O princípio constitucional da vedação ao retrocesso social. 5. A vedação ao retrocesso social na interpretação do Supremo Tribunal Federal. 6. A aplicação da vedação ao retrocesso no direito da seguridade social. Considerações finais.

INTRODUÇÃO

A proteção social disposta na Constituição Federal de 1988 é resultado de uma evolução histórica e legislativa infraconstitucional que, diante de tamanha relevância, foi inserido no texto da Constituição Cidadã. Um dos motivos da Carta Política ser reconhecida como cidadã deve-se justamente ao fato de incorporar a proteção de direitos sociais, dentre os quais está inserido o direito à Seguridade Social.

Seguridade Social possui um capítulo próprio na Constituição Federal de 1988³⁴ e é gênero, que possui como espécies a Saúde, a Assistência Social e a Previdência Social. Neste trabalho, faremos uma breve evolução histórica dos direitos fundamentais, até chegarmos nos dias atuais, para apresentarmos a importâncias das conquistas alcançadas ao longo do tempo, e da necessidade de cada vez mais serem efetivados tais direitos, além do dever estatal de não retirar aquilo que já foi incorporado patrimônio jurídico da pessoa.

Com o passar do tempo as sociedades perceberam que além de o Estado precisar exercer função ativa, através das políticas públicas, para serem atingidos os direitos sociais, também deve essa organização abster-se de qualquer ameaça aos direitos que já foram reconhecidos anteriormente.

A vedação ao retrocesso social começou a ganhar força na década de setenta, nas doutrinas alemã e portuguesa. Portanto, trata-se de visão relativamente nova, e que precisa ser adaptada para a realidade brasileira, totalmente diversa daquela vivida nos países europeus citados, mas que já encontra respaldo em posicionamentos dos tribunais superiores de nosso país.

Admitida a possibilidade de utilização da vedação ao retrocesso social como tese válida, carregando consigo a dignidade da pessoa humana, a efetividade estatal e o mínimo existencial, analisaremos como tem sido o posicionamento na Corte Suprema brasileira, e a sua aplicação no Direito da Seguridade Social, mormente após a edição da Emenda Constitucional nº 103/19, que implementou a chamada Nova Previdência.

1 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Há quem entenda que os primeiros traços dos direitos fundamentais surgiram ainda na idade antiga, na Grécia, quando se limitou a atuação do Estado com o intuito de garantir o direito do indivíduo. Posteriormente, já na Idade Medieval (entre os séculos V e XV), o poder estava quase em sua totalidade nas mãos da Igreja Católica, e por isso o direito canônico influenciou sobremaneira os direitos dos cidadãos, em um verdadeiro

34 CAPÍTULO II DO TÍTULO VIII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

período de inquisição. Nessa época eram comuns as arbitrariedades e a inobservância dos direitos da pessoa como o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal.

Até que em 1215 o Monarca João Sem Terra edita a Magna Carta Libertatum sob ameaça dos Barões de sua retirada do poder, surgindo as primeiras linhas dos direitos fundamentais da pessoa humana, como o devido processo legal e a individualização da pena, que persistem até hoje na sociedade. Nota-se a nítida limitação ao poder do Rei, começando a demonstrar a ideia de abstenção do Estado para trazer liberdade ao cidadão.

Com a Revolução Francesa em 1789, que teve como lema “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, é que os direitos fundamentais de primeira geração, ou primeira dimensão, são consolidados, fazendo com que o Estado respeite a liberdade de cada ser humano. Nessa época já se falava em irretroatividade da lei penal e na proteção da pessoa em relação a autoridade, tudo com o objetivo de fortalecer os direitos individuais e afastar as arbitrariedades ainda comuns.

Com o surgimento do Iluminismo na Europa a razão passou a ser observada como uma forma de remodelar a sociedade. Nesse momento histórico, Cesare Beccaria escreve o icônico livro *Dos Delitos e Das Penas* tecendo severas críticas à crueldade das penas aplicadas à época, introduzindo a ideia de proporcionalidade em relação aos delitos cometidos, e que a pena deveria servir para proteção da sociedade e desestímulo de outros delitos, e não simplesmente punição ao delinquente.

Em 1789, também a França promulga a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, um preâmbulo da Constituição Francesa de 1791, onde se positivava a liberdade do indivíduo como a possibilidade de exercer tudo aquilo que quiser, respeitado o limite da liberdade do outro cidadão.

Trazendo para o Brasil, a Constituição de 1824, apontada pela doutrina como uma constituição nominativa por não ser traduzida na prática pela atuação estatal, ainda não se adequava ao contexto mundial de proteção do indivíduo, dos direitos fundamentais de primeira dimensão, uma vez que colocava como Poder do Estado o Poder Moderador, exercido pelo próprio imperador. Com a Constituição de 1891 as primeiras ideias de direitos fundamentais passaram a constar do texto constitucional.

Após a Primeira Guerra Mundial as constituições dos países buscaram proteger o que até então não resguardava, como a proteção da família, da ordem econômica e social, da educação, e da função social da propriedade, apresentando os chamados direitos de segunda geração. Dessa forma, o Estado passa a precisar de uma atuação em relação aos indivíduos para ter esses direitos concretizados, e não mais uma conduta passiva como nos direitos de primeira geração.

A Constituição do México de 1917 e a Constituição de Weimar, de 1919 foram as primeiras a positivarem os direitos sociais, incentivando os demais países a fazerem o mesmo. No Brasil, as Constituições de 1934 e a de 1937 seguiram esse modelo, já trazendo capítulos específicos para os direitos individuais e os direitos sociais. Como destaque está a colocação da Saúde e da Educação como um dever do Estado no texto constitucional.

O conceito de direitos fundamentais teve origem na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, um marco temporal na proteção dos direitos humanos, que pela primeira vez teve a sua proteção no âmbito internacional. O direito à Seguridade Social, especificamente o direito Previdenciário, foi colocado pela primeira vez como um direito fundamental, uma garantia do homem na proteção em casos de doença, velhice e viuvez.

Ainda com relação a tratados internacionais, merece destaque o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, realizado com o intuito de dar maior efetividade à Declaração de 1948. Esse foi uma segunda proteção do Direito à Previdência como direito fundamental.

Tivemos ainda a Constituição de 1967, que reduziu os direitos individuais, indo na contramão do resto do mundo, até que em 1988, a Constituição vigente até a atualidade, conhecida como Constituição Cidadã é promulgada, dando alta relevância aos direitos fundamentais.

A Carta Magna de 1988 foi promulgada com a ideia de melhorar a sociedade, principalmente trazendo a busca pela igualdade social, promovendo os direitos do cidadão, e dando-lhe instrumentos para até mesmo fiscalizar o cumprimento do texto constitucional.

O Decreto Legislativo nº 591/1992 internalizou o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais ao direito brasileiro, tornando obrigatória a observação pelo Estado da efetivação à proteção do acesso de todos à seguridade social.

São nos direitos de segunda geração que está inserido o direito à seguridade social, que engloba a saúde, a assistência social e a previdência social. E é nesse contexto que iremos explorar a vedação ao retrocesso social neste trabalho.

2 – OS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

Como visto, os direitos fundamentais estão espalhados por todo o texto constitucional. Os direitos sociais, especificamente, começam a ser desenhados pelo constituinte originário no artigo 6º, que dispõe sobre os direitos trabalhistas.

Reconhecidos como direito de segunda geração, o Estado precisa atuar para a sua efetivação, ao contrário dos direitos de primeira geração quando a ordem constitucional era de abstenção para que não fossem violados.

Devemos ter atenção de que os direitos sociais, quando não atendidos, devem ser exigidos do Estado, não se caracterizando apenas como uma obrigação moral, mas também uma obrigação reconhecida pelo próprio ente ao assinar diversos tratados internacionais que versam sobre a proteção dos direitos do trabalhador e dos segurados, aplicando o máximo possível dos recursos para essa proteção e efetivação.

Dos ensinamentos de Norberto Bobbio podemos extrair que os direitos fundamentais surgem naturalmente, até que são positivados nas constituições, e por fim serão realizados quando o poder estatal empregar as suas políticas públicas para atingir plenamente esse direito positivo universal. Por isso, os direitos sociais não são meramente normas programáticas, mas contém em si um direito exigível do Estado, seja ele do Poder Executivo, Legislativo, ou na omissão desses dois, do próprio Poder Judiciário.

A Constituição de 1988 trouxe bases sólidas para promover os direitos sociais, com características normativas, ou seja, deixa de ser nominativa, apenas elencando direitos, mas passa a trazer mecanismos de efetivação desses direitos.

Claro que não se resolveram todas as questões sociais pela promulgação da Constituição, mas ela passou a ser mais condizente com a realidade social da época em que foi promulgada, e precisa ser constantemente atualizada para se adequar a realidade social em que vivemos.

Muito se fala da criação do Estado Democrático de Direito pela Constituição Cidadã, mas alguns doutrinadores apontam que na verdade o que se iniciou foi mais do que isso, surgiu um Estado Social e Democrático de Direito. Entre os defensores desse pensamento estão José Afonso da Silva e Paulo Bonavides. Isso proque nos artigos 1º e 3º estão elencados os princípios e objetivos da República que devem ser observados para a efetivação dos direitos sociais, na busca pelo atingimento do bem comum.

Dalmo Dallari conceitua bem comum como “o conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana” (DALLARI, 1998, p. 41)³⁵. Logo, para se atingir o bem comum, é imprescindível a efetivação dos direitos fundamentais de segunda geração, caminhando para também serem atingidos os objetivos da República, e cumpridos os princípios elencados na Constituição Federal.

³⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos da teoria geral do estado. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

Diante do Estado Social e Democrático de Direito, o direito brasileiro, sob influência da doutrina alemã, passou a reconhecer uma força normativa à Constituição, o que trouxe uma busca pela maior efetivação dos direitos. Luis Roberto Barroso ensina que as normas constitucionais possuem também uma imperatividade, um comando, e no seu descumprimento, seja por ação ou omissão, é necessária atuação estatal (geralmente pelo Poder Judiciário) para restaurar a ordem constitucional.

Com base na Teoria da Separação dos Poderes de Montesquier, por muito tempo se entendeu que os direitos sociais eram normas programáticas, direcionadas ao Poder Legislativo e ao Executivo, que tinham a opção de cumpri-lo ou não, e qualquer intervenção do Poder Judiciário seria ilegítima, porque o juiz não era eleito pelo povo.

Atualmente não se vislumbra válido tal posicionamento porque, na medida em que a sociedade evolui, as determinações constitucionais também precisam avançar, mas obviamente esta segunda ocorre de forma mais lenta, como resposta a alteração social. E nesse momento é que surge o chamado ativismo judicial para efetivação dos direitos sociais. A justiça proativa tem sido aceita no Brasil, mas também deve respeitar os princípios e normas que constam do texto constitucional.

Quando houver um conflito entre normas com conteúdo de princípios e direitos fundamentais, deverá haver uma ponderação desses princípios, em um fenômeno de elasticidade dessas regras, para que sejam utilizadas até o seu limite, sem violar outra norma ou princípio. Essa ponderação também é fundamental para resolver eventuais conflitos conceituais como o mínimo existencial e a efetivação do direito fundamental.

Os direitos sociais estão por todo o texto da Constituição da República de 1988, como por exemplo, além do artigo 6º já citado, todos aqueles que constam do Capítulo II, que trata justamente dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Um dos fundamentos da República é justamente a dignidade humana, que tem por objetivo, conforme previsto no artigo 3º da Constituição de 1988, acabar com a pobreza e reduzir as desigualdades sociais. E os direitos sociais existem justamente para garantir essa dignidade, motivo pelo qual estão protegidos como cláusula pétrea.

Por ser um direito fundamental, o direito social tem aplicabilidade imediata, conforme dispõe o parágrafo 1º do artigo 5º. Além disso, pelo mesmo motivo, o seu núcleo é garantido como cláusula pétrea, ou seja, não pode ser objeto de nenhuma alteração tendente a reduzi-lo ou aboli-lo.

A norma que trata de um direito social traz em si a eficácia em favor do cidadão, que pode exigir o seu cumprimento pelo Poder Público, e da mesma forma, um conteúdo

programático para o Legislativo e o Executivo implementarem a política pública adequada, que se não acontecer, abre a possibilidade da pessoa buscar o Poder Judiciário para ter atendido o seu direito fundamental, em verdadeira judicialização do direito social.

2.1 – O MÍNIMO EXISTENCIAL

Todo direito fundamental possui um núcleo de prestação obrigatória, um mínimo existencial, que é dever do Estado garantir a sua inviolabilidade. Não pode o Estado se negar a cumprir algum direito fundamental em seu núcleo, nem mesmo sob a alegação de inexistência de recursos, sob pena de esvaziar a razão do direito fundamental.

Esse mínimo existencial, chamado por parte da doutrina de núcleo essencial, está embasado no próprio supraprincípio constitucional da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III da Constituição Federal/88.

Mínimo existencial pode ser conceituado como uma obrigação mínima, um dever do Estado, não podendo afastar o ser humano da sua condição de humanidade, evitando, assim, a agressão da autonomia e da dignidade humana.

Dessa forma, o sempre suscitado argumento da impossibilidade de efetivação do direito social em razão da reserva do possível, colocando os valores econômicos a frente dos valores sociais, perde a sua validade quando aponta para um sentido que irá deixar de atingir, ou acarretará na redução da proteção, ou até mesmo extinção, do direito social.

O mínimo existencial tem em seu conteúdo o conjunto de prioridades definidas na constituição para atuação do Estado. Deve ser prioridade do Estado alocar os seus recursos para políticas públicas que irão prover o mínimo existencial à sua população. E em caso de judicialização do direito social não implementado pelo Poder Público, visando restabelecer o mínimo existencial do cidadão, o magistrado estaria dispensado de observar o argumento da reserva do possível diante da ponderação entre o direito social e a visão econômica.

2.2 – O DIREITO SOCIAL SUBJETIVO PRIMA FACIE E A PONDERAÇÃO

Além da própria ideia do mínimo existencial, caso não se trate de algo ligado ao núcleo fundamental, o direito social deve ser observado como um direito subjetivo prima facie, aquele que é perceptível como possível, mas pela técnica da ponderação de princípios e regras não se decide pelas extremidades, ou sim ou não.

Esse direito social subjetivo prima facie tem natureza principiológica, e por isso está sujeito a ponderação no caso concreto, devendo ser aplicado com razoabilidade na decisão. Com essa ponderação e a elasticidade dos princípios constitucionais e direitos fundamentais, se protege, de fato, o direito social.

Luis Roberto Barroso aponta que a ponderação verifica, além das normas aplicáveis ao caso concreto, os conjuntos de princípios constitucionais de interpretação, onde estão inseridos o princípio da máxima efetividade, o da razoabilidade e da interpretação conforme a constituição, entre outros. Isso tudo deve ser utilizado para solucionar o caso concreto, interpretando de forma mais apropriada e proporcional o direito que se busca, sem esquecer o mínimo existencial.

Dentro do conflito de direitos fundamentais e princípios, cabe ao intérprete buscar observar o mínimo existencial como motivo suficiente para efetivar o direito social, e de outro lado, quando não se referir ao núcleo fundamental, estaremos diante de um direito subjetivo *prima facie*, que deve também ser respeitado na ponderação do caso concreto.

Importante consignar também que os direitos fundamentais ainda podem ser interpretados de forma conjunta para dar ainda mais força aos direitos sociais, como no caso das prestações de saúde, onde se complementam o direito à vida e à saúde, protegendo a dignidade da pessoa humana em face de outros direitos.

3 – DIREITOS SOCIAIS E A RESERVA DO POSSÍVEL

Assim como em tudo no mundo moderno, implementar os direitos sociais envolve valores econômicos muitas vezes elevados. Isso quer dizer que além da vontade política, é necessário financiamento, dinheiro. E quando se trata de dinheiro público para implantação das políticas públicas, esses valores devem sempre ser previstos na lei orçamentária.

A ideia da reserva do possível foi pela primeira vez debatida no Brasil em 2004, quando ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45, o Ministro Relator Celso de Mello elaborou detalhada análise sobre a efetividade dos direitos fundamentais de segunda geração em observância ao mínimo existencial, que faz parte do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, em oposição à reserva do possível.

No mérito, referida ação foi julgada prejudicada em razão da alteração legislativa posterior à distribuição da demanda, mas em seu voto o Decano trouxe ensinamentos de grande relevância para o tema que estamos estudando neste trabalho.

Em um primeiro momento, Celso de Mello pontuou que o Poder Público pode incorrer em inconstitucionalidades tanto por ação quanto por omissão, reconhecendo a competência constitucionalmente atribuída ao Supremo Tribunal Federal para sanar tal vício. Ainda no voto, reconheceu que as políticas públicas necessitam de um aporte financeiro, e que não pode o Poder Público criar obstáculos para frustrar a efetividade do direito social. E textualmente coloca:

“Cumpra advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.”³⁶

O que Celso de Mello consignou em seu brilhante voto é que o Estado não poderá deixar de implementar ações simplesmente alegando a reserva do possível, a ausência de recursos, em razão da obrigação constitucional que recebeu do Constituinte Originário. Mas, se objetivamente comprovada a impossibilidade econômica para realizar uma política pública com o intuito de efetivar direito social, também não poderá se exigir tal conduta estatal, quando será lícito invocar a cláusula da reserva do possível.

Tendo em vista que a Constituição Federal/88 tem como princípio basilar assegurar o bem estar social, o que implicitamente carrega a dignidade da pessoa humana, nos casos em que for alegada a reserva do possível, o intérprete deve, ao menos, observar o mínimo existencial, e assim eleger as prioridades dos gastos públicos. Dessa forma seria possível ponderar o mínimo existencial e a reserva do possível. Mas só depois de assegurado o mínimo existencial é que se pode eleger as prioridades orçamentárias.

Deve haver, então, uma razoabilidade entre a pretensão individual e a proteção social da coletividade. Desta feita surge o binômio que deve ser observado: se por um lado deve haver razoabilidade na pretensão da sociedade em face do Estado, do outro precisa existir a disponibilidade financeira pública para efetivar as prestações reclamadas.

Andreas Joachim Krell, em sua obra *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*, coloca que as normas constitucionais que se referem a direitos sociais devem ter natureza aberta para não carregar consigo a necessidade de atualização periódica e possibilitarem diversas formas de concretizá-los.

O Supremo Tribunal Federal já firmou posicionamento pela impossibilidade de o Estado sustentar a reserva do possível para deixar de cumprir sua obrigação constitucional e assim deixar de efetivar a consagração do direito social, muito menos quando se tratar de algum valor protegido pelo mínimo existência.

A reserva do possível fica limitada ao mínimo existencial, que se constitui da junção de prerrogativas para garantia da dignidade da pessoa humana. O mínimo existencial não

36 (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

pode ser sequer mitigado, devendo permanecer intacto e protegido, mesmo que inexistia recurso financeiro capaz de provê-lo.

Assim, deverá o Poder Público, primeiro pelos Poderes Legislativo e Executivo, garantir o mínimo existencial, alocando prioritariamente suas verbas para tanto, e só depois disso, com base na reserva do possível deixar de implementar alguma ação que estaria obrigado, e dessa forma não irá ferir o mínimo existencial.

4 – O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

Antes mesmo de nos aprofundarmos no princípio objeto do nosso estudo, necessário pontuar sobre o que se entende como princípio constitucional atualmente. Princípio é o centro do sistema jurídico, que possui força normativa, constituindo-se mais do que mera fonte do direito.

Luís Roberto Barroso ensina que o princípio constitucional é “o norte pelo qual deve guiar o operador do direito”³⁷. O princípio é mais do que a própria norma, é um instrumento multifuncional, nos dizeres de J.J Canotilho. Segundo Celso Antonio Bandeira de Mello, princípios são proposições de caráter fundamental no sistema, de tal maneira que alcança todos os seus dispositivos, o que redundava que desobedecer a um princípio é mais grave do que desobedecer a uma regra. Wladimir Novaes Martinez aponta que princípios devem ser arguidos e utilizados para aperfeiçoar o entendimento e interpretação do tema, constituindo uma importante ferramenta operacional.

Os princípios são carregados de valores enquanto as regras apenas descrevem condutas que devem ser seguidas em determinadas situações. Os princípios são proposições, juízos, valores que a sociedade adota e que se propagam por todo o sistema. O princípio é aplicado observando as regras de ponderação, porque não há princípio absoluto, enquanto a regra se utiliza da subsunção do fato à norma.

O Princípio da Vedação ao Retrocesso Social é amparado por outros princípios constitucionais, como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, o Princípio da Máxima Efetividade (previsto no artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição/88), o Princípio do Estado (Social) Democrático de Direito, o Princípio da Segurança Jurídica, da Confiança e da Boa-Fé.

³⁷ BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.p. 317.

As primeiras linhas da vedação ao retrocesso surgiram na década de 50, na Itália, quando se concluiu que uma vez atingido determinado direito social, ele não poderia ser diminuído, sendo vedado ao legislador retornar ao estado anterior.

Posteriormente, já na década de 70, em Portugal também se aplicou tal princípio em julgado do Tribunal Constitucional em julgamento sobre uma norma que buscava revogar direitos relativos ao Sistema Nacional de Saúde, sendo tal norma declarada inconstitucional com base na vedação ao retrocesso social. O Tribunal Constitucional português colocou como requisitos para aplicação do princípio a norma atingir o mínimo existencial, que é inerente à dignidade da pessoa humana; e a violação de direito adquirido, do princípio da confiança e da segurança jurídica em âmbito social, econômico e cultural.

No Brasil o núcleo dos direitos fundamentais, o mínimo existencial, já é protegido pelas cláusulas pétreas e pelo próprio princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, bastando demonstrar a violação ao segundo requisito para aplicar a vedação ao retrocesso.

A Alemanha também já aplicou a vedação ao retrocesso social, mas com relação ao direito de propriedade, que no entendimento da doutrina germânica é inerente aos direitos individuais, e por consequência protege também os direitos prestacionais.

Quando aplicado em relação ao direito brasileiro, o princípio da vedação ao retrocesso possui diversas expressões com equivalência semântica, como por exemplo princípio da não reversibilidade, princípio da vedação da contrarrevolução social, princípio da vedação à estagnação social e princípio da irreversibilidade dos direitos fundamentais.

Existe discussão doutrinária sobre o princípio em estudo ser implícito ou explícito na Constituição, sendo a maioria defendida pela primeira hipótese. Mas não há dúvidas que existem dispositivos constitucionais que expressamente tratam da proibição de retrocesso como no próprio artigo 3º, II, que coloca como objetivo da República o desenvolvimento social, e o artigo 216-A, parágrafo 1º, XII, inserido no texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 71.

Além disso, o texto do Decreto Presidencial nº 676, de 1992, que internalizou o Pacto de San José da Costa Rica ao direito brasileiro previu expressamente o princípio da estagnação à vedação social em seu artigo 26.38

38 Artigo 26 - Desenvolvimento progressivo - Os Estados-Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, **a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura**, constantes da Carta da Organização dos Estados

Seguindo a doutrina de Ingo Sarlet, o princípio da vedação ao retrocesso social tem como fundamento os princípios do Estado Social e Democrático de Direito e na fundamentabilidade dos direitos constitucionais, principalmente a dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica. Um Estado que não confere segurança aos seus cidadãos, fazendo constantes alterações legislativas tendentes e violar um mínimo existencial, perde a sua credibilidade e abala a confiança da população para com esse Estado, trazendo prejuízos sociais e econômicos.

Lenio Streck, em sua obra *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*³⁹, trata do princípio em estudo com os seguintes dizeres:

"(...) a Constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro. Tem, igualmente, a relevante função de proteger os direitos já conquistados. Desse modo, mediante a utilização da principiologia constitucional (explícita ou implícita), é possível combater alterações feitas por maiorias políticas eventuais, que, legislando na contramão da programaticidade constitucional, retiram (ou tentam retirar) conquistas da sociedade. Veja-se, nesse sentido, a importante decisão do Tribunal Constitucional de Portugal, que aplicou a cláusula da "proibição do retrocesso social", inerente/imanente ao Estado Democrático e Social de Direitos: "... a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passara também a ser uma obrigação negativa. O Estado que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social". (STRECK. 2004, p. 254/255)

Veja que no posicionamento da Corte Constitucional portuguesa, a partir do momento em que o Estado consegue efetivar um direito social, deixa de ter uma obrigação de fazer, e passa a ter uma obrigação de não fazer, que é abster-se de atentar contra esse direito social implementado.

Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, **na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.**[...] (grifamos)

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5. ed. rev. atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004

Para Sarlet, o princípio da vedação ao retrocesso social é uma forma de proteger os direitos fundamentais das ações do Poder Público, seja o poder Executivo ou Legislativo, que tenham por objetivo suprimir ou restringir esses direitos.

Dessa forma, não se pode revogar uma lei que trate de direito social sem que uma outra garanta eficácia equivalente, colocando em risco o mínimo existencial de cada indivíduo. Se necessário, deve o operador do direito buscar aplicação efetiva da vedação ao retrocesso. É dever do Estado garantir o equilíbrio, a justiça e o bem estar social, por meio de suas políticas públicas, buscando implementar os direitos fundamentais, e uma vez implementados, deverá se abster de restringi-los, respeitando o direito adquirido dos cidadãos.

J. J. Gomes Canotilho aponta que qualquer medida governamental, seja ela uma lei ou um ato administrativo, que reduza a proteção do mínimo existencial sem criação de alternativa ou compensação, que acarrete em anulação, revogação ou aniquilação desse núcleo essencial, deve ser reconhecida como inconstitucional com base na proibição do retrocesso social. Para ele, uma vez atingido o direito social, ele passa a ser uma garantia constitucional e um direito subjetivo do cidadão, e por isso não pode ser reduzido.

Em seus estudos mais recentes, Canotilho se manifestou sobre a impossibilidade de sustentação do princípio da vedação ao retrocesso diante das crises, principalmente a crise econômica que supostamente poderia levar à falência o sistema previdenciário. Seria possível, então, tolerar certas restrições de direitos sociais já conquistados, em face da crise econômica.

Não nos apegue aceitável, como ordinariamente vem ocorrendo, que a análise econômica do direito seja colocada à frente do próprio direito, principalmente quando se trata de um direito fundamental. É certo que o fator econômico deve ser sopesado, mas somente após a questão jurídica do direito em si ser enfrentada, e não o contrário, como tem sido feito pelo Poder Judiciário atualmente. Na ponderação entre a viabilidade econômica e a efetividade do direito social, sempre deve prevalecer a segunda opção.

É dever do Estado atuar para buscar uma melhora progressiva das condições de vida da população, inclusive consta do artigo 3º como objetivo da República a redução das desigualdades sociais e a construção de uma sociedade mais justa e solidária. Qualquer medida que possa suprimir uma garantia já implementada só pode ser aceita se criado algum outro mecanismo para se chegar ao mesmo direito.

Podemos perceber que o Princípio da Vedação ao Retrocesso Social é um direito constitucional de resistência, que visa proteger dos atos governamentais aquilo que já é de conhecimento da sociedade como direito. Logo, é vedado qualquer ato tendente a

mitigar tais conquistas sociais, impedindo que sejam implementados em patamares menores do que os já atingidos.

O princípio em estudo não é um obstáculo para qualquer alteração de um direito social, mas essas alterações devem respeitar aquilo que já foi alcançado pela sociedade. A segurança da intangibilidade do mínimo existencial dos direitos sociais é condição para o atingimento da dignidade da pessoa humana. A certeza jurídica é que vai garantir que as alterações legislativas sobre direitos fundamentais (que são necessárias de acordo com a evolução da sociedade) serão justas e proporcionais.

Não pode o Poder Estatal conceder uma proteção insuficiente dos direitos fundamentais, mas caso seja necessária alteração com relação a proteção desses direitos, ela deverá observar a adequação, a necessidade e a proporcionalidade, e não poderá atingir o mínimo existencial.

Cumpra pontuar, ainda, que o princípio da vedação ao retrocesso social seria oponível até mesmo em face de um poder constituinte originário, que a princípio aparenta ser ilimitado, mas possui limitações nos tratados internacionais de direitos humanos, no núcleo essencial do direito fundamental e nos chamados limites transcendentais, que inclui a vedação ao retrocesso, impedindo o legislador constituinte originário de suprimir ou esvaziar um direito social já consolidado no mundo jurídico.

5 – A VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL NA INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A Suprema Corte brasileira já foi provocada para manifestar-se sobre a aplicação do princípio à vedação do retrocesso social em algumas oportunidades, aplicando tal proibição em alguns casos e afastando tal aplicação em outros. Passemos a analisar os votos emblemáticos que trataram sobre o princípio aqui destacado.

Uma primeira manifestação que merece destaque citou a vedação ao retrocesso social no julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 1.946/DF40, que tratava da Emenda Constitucional nº 20/98 em relação ao salário-maternidade. Na oportunidade, o Ministro Relator Sidney Sanches apontou em seu voto que o retrocesso em relação a direitos sociais não pode se presumir, precisando da comprovação de que houve violação do mínimo existencial para aplicação do princípio.

40 ADI 1.946-DF, de Relatoria do Min. Sydney Sanches, julgado em 16.5.2003.

Outra manifestação ocorreu em sede de controle difuso de constitucionalidade no julgamento do Agravo Regimental em Recurso Extraordinário nº 639.33741, que analisou a obrigatoriedade do Município em manter atendimento escolar, por meio de creche, para crianças de até cinco anos de idade. Em acórdão relatado pelo Ministro Celso de Mello, em tópico específico sobre a proibição do retrocesso, reconheceu-se que essa cláusula é um obstáculo constitucional para “desconstituir conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive”. Apontou também que o Estado, uma vez reconhecido o direito de uma prestação, tem o dever não só de tornar esse direito efetivo, como também se abster de frustrar os direitos sociais já concretizados.

Ao julgar improcedente a ADI nº 3.104/DF42 a relatora Ministra Carmen Lúcia, afastou a aplicação do princípio da vedação ao retrocesso social alegado na petição inicial. No caso, buscava-se o reconhecimento de que as alterações da Emenda Constitucional nº 20/98 teria criado um direito subjetivo de aposentadoria aos servidores com a sua publicação. A maioria do Supremo Tribunal Federal seguiu a relatora, e entendeu não haver inconstitucionalidade porque não foi atingido o direito à aposentadoria em si, houve apenas alteração dos critérios para o novo modelo previdenciário que veio instituir.

Outras ações declaratórias de inconstitucionalidade foram propostas em face da Emenda Constitucional nº 41/03, as ADI nº 3.105-8/DF e ADI nº 3.128-7, que impugnavam a criação da contribuição previdenciária do servidor inativo. Nesse caso, ao acompanhar o voto da Ministra Relatora Ellen Gracie, que foi vencido, Celso de Mello pontuou a fundamentabilidade do direito à previdência social, invocando a vedação ao retrocesso para consignar que não poderiam ser desconstituídas as conquistas que já foram alcançadas pela sociedade.

Em seu voto, o Decano ainda ratificou que “a conquista da garantia de não mais contribuir para o regime da previdência com o ato de aposentação não poderia ser suprida para obrigar os aposentados e pensionistas a contribuírem como contribuintes do sistema, sob pena de retrocesso ilegítimo desse direito”⁴³ (MELLO, 2004).

Mais uma vez em sede de controle concentrado, no julgamento da ADI nº 4.54344, que buscou a inconstitucionalidade da Lei 12.034/09, que reinstituíu o voto impresso, a

41 (DJe nº 177, publicação em 15.09.2011. AgRg no RE 639.337/SP. 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, Rel. Min. Celso de Mello).

42 (STF - ADI: 3104 DF, Relator: Min. PRESIDENTE, Data de Julgamento: 05/01/2004, Data de Publicação: DJ 03/02/2004 PP-00005)

43 (STF - ADI: 3128 DF, Relator: ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 18/08/2004, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 18/02/2005)

44 (STF - ADI: 4543 DF, Relator: CARMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 06/11/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 13/10/2014)

Ministra Relatora Carmen Lucia reconheceu a vedação ao retrocesso porque violaria cláusula pétrea do voto secreto.

O que se percebe é que o Supremo Tribunal Federal já aplicou o princípio da vedação ao retrocesso social em diversos julgamentos, mas também afastou a aplicação do mesmo princípio em outros tantos. Mesmo nos casos em que a maioria entendeu pela improcedência da ação declaratória de inconstitucionalidade, alguns ministros sustentaram a aplicação do princípio da vedação do retrocesso social nos exatos termos como apresentamos nesse trabalho, não como uma limitação absoluta ao Poder Público, mas sim observando o mínimo existencial, a segurança jurídica, o direito adquirido e a dignidade da pessoa humana.

Possivelmente o Supremo Tribunal Federal irá se manifestar sobre o tema em breve, quando julgar as ações declaratórias de inconstitucionalidade ajuizadas em face da Emenda Constitucional nº 103/19, que reformou o sistema previdenciário brasileiro. Grande parte dessas ações possui dentre os seus argumentos pela inconstitucionalidade de alguns dispositivos da referida emenda o princípio da vedação ao retrocesso social. Essas ações ainda estão pendentes de julgamento.

6 – A APLICAÇÃO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO NO DIREITO DA SEGURIDADE SOCIAL

Quando estiverem prontas para serem julgadas as ADIs propostas em face da Reforma da Previdência, muito possivelmente a Suprema Corte brasileira vai analisar a possibilidade de aplicação do princípio em estudo no direito previdenciário. Isso porque uma parcela da doutrina entende que a aplicação desse princípio impediria toda e qualquer reforma do sistema previdenciário, e por isso seria inoponível em face de alterações legislativas com esse tema.

Na verdade, como já mencionado anteriormente, a vedação ao retrocesso não quer engessar o legislador, mas quer garantir que ao menos um mínimo existencial, um núcleo dos direitos sociais, como é o caso do direito à seguridade social, seja preservado e não retome a um *status* menor do que aquele já conquistado.

No capítulo anterior, quando analisamos algumas decisões do Supremo Tribunal Federal que fundamentou seu posicionamento na proibição do retrocesso, vimos que alguns casos tratavam de temas afetos à seguridade social, como no julgamento dos casos envolvendo salário-maternidade na EC 20/98 e nas contribuições dos inativos previstas na EC 41/03. De fato, ambas as ações foram julgadas improcedentes, decidindo pela constitucionalidade da norma, mas comprova que, ao menos em tese, é possível a aplicação da vedação ao retrocesso social no direito da seguridade social.

Até mesmo porque, trata-se de princípio que vai ao encontro da própria finalidade da seguridade social, qual seja atingir a dignidade da pessoa humana, o bem estar social, reduzindo as desigualdades. Evitar a redução ou extinção de benefícios e serviços previdenciários e assistenciais é um dever do Poder Público, abstendo-se de atuação sobre aquilo que já foi conquistado pela sociedade.

Vale dizer também que algumas ADIs que atacam a Emenda Constitucional nº 103/19 já possuem parecer da Procuradoria Geral de República pela procedência das ações. No caso, por exemplo, da ADI 6.916/DF, o parecer ministerial alega a ausência de razoabilidade e proporcionalidade da nova forma de cálculo da pensão por morte e aposentadoria por incapacidade permanente não decorrente de acidente do trabalho, ferindo também a dignidade da pessoa humana. Veja que o fundamento resvala na vedação ao retrocesso social, apesar de não citar tal princípio textualmente (talvez como estratégia processual diante do posicionamento anteriormente apontado no Supremo Tribunal Federal).

Portanto, apesar da divergência de parte da doutrina, e com base nos próprios julgados do Supremo Tribunal Federal analisados, entendemos pela possibilidade de aplicação do princípio da vedação ao retrocesso social nos casos afetos aos direitos da seguridade social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos sociais são considerados direitos fundamentais de segunda dimensão, e dentro deles estão inseridos o direito à saúde, à educação, à economia, à cultura, à previdência social, entre outros. Enquanto os direitos fundamentais de primeira geração (liberdade, contraditório, ampla defesa, etc) demandavam um não fazer por parte do Estado, os direitos de segunda geração, exigem uma atuação estatal para a sua efetivação, garantia e proteção.

Cumpra ao Poder Público editar leis (por meio do Poder Legislativo) e realizar ações (pelo Poder Executivo) para que o cidadão implemente esses direitos sociais que, uma vez atingidos, não poderão sofrer alteração que o leve para um *status* inferior àquele que foi contemplado. É nisso que consiste o princípio da vedação ao retrocesso social.

Todo direito fundamental possui um núcleo fundamental, um mínimo existencial que não pode ser atingido por qualquer lei ou ato administrativo. Por isso, esse mínimo existencial é protegido como cláusula pétrea pelo artigo 60, parágrafo 4º da Constituição da República Federativa do Brasil. É esse mínimo existencial que deve ser priorizado quando da elaboração das leis orçamentárias, com alocação de valores suficientes para a sua garantia, proteção e continuidade de atingimento.

Quando não observado o mínimo existencial, seja por ato omissivo do Estado quando deixar de realizar alguma política pública a que estava constitucionalmente obrigado, seja por ato comissivo, quando altera a legislação para reduzir a proteção do direito social e acaba afetando o mínimo existencial, o Poder Judiciário poderá ser provocado para que seja restabelecida a proteção ao mínimo existencial, o que fará pela ponderação de princípios e regras constitucionais e internacionais.

Ao nosso ver, o mínimo existencial deve prevalecer sobre a cláusula de reserva do possível, sempre suscitada pelos órgãos estatais em juízo e nas exposições de motivos das alterações legislativas. Justamente porque, por meio da ponderação, se observa de um lado o atingimento de um direito social amparado pela Constituição, no intuito de atingir os objetivos e princípios da República previstos nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal, entre eles a dignidade da pessoa humana, a segurança jurídica e a redução das desigualdades sociais. E do outro, o interesse econômico, de menor relevância no contexto dos direitos fundamentais.

O argumento da reserva do possível só seria relevante em momento de crise econômica e desde que objetivamente comprovada no caso concreto, como apontou Canotilho em seus mais recentes trabalhos, e Celso de Mello em suas manifestações acerca do princípio da vedação ao retrocesso social. E mesmo comprovada a impossibilidade econômica de realizar alguma política pública, admitindo-se a mitigação da vedação ao retrocesso social, deve ser preservado o mínimo existencial.

A Constituição Cidadã é reconhecidamente principiológica, sendo possível, e até mesmo necessária, a aplicação da vedação ao retrocesso como uma tentativa de inibir o Poder Público a propor qualquer alteração capaz de violar os direitos sociais já conquistados. O princípio da vedação ao retrocesso social deve funcionar como um escudo para proteger os direitos fundamentais, podendo servir como base para se declarar a inconstitucionalidade da norma que infringir tal princípio.

A vedação ao retrocesso não se trata de uma barreira intransponível ao legislador de forma a impossibilitar a atualização do texto constitucional em relação a realidade social, mas sim um direito de razão principiológica que confere segurança à população de um Estado de que aquilo que foi atingido pela sociedade, que passou a fazer parte do seu patrimônio jurídico, não lhe será mais retirado, e nem mesmo diminuído.

Assim, deve ser observado o núcleo essencial dos direitos sociais, podendo outros princípios prevalecer sobre a vedação ao retrocesso social, o que não pode é suprimir pura e simplesmente um direito já concretizado, protegido constitucionalmente, sem que seja criado algum mecanismo equivalente ou de compensação.

O Supremo Tribunal Federal já aplicou o princípio da vedação ao retrocesso social em julgamentos de ações declaratórias de inconstitucionalidade, mas também afastou a sua incidência em julgados sobre reformas previdenciárias anteriores, como nos casos das Emendas Constitucionais 20/98 e 41/03. Mesmos nesses casos em que as ações foram julgadas improcedentes não houve unanimidade, e os ministros que ficaram vencidos acolheram a vedação ao retrocesso como fundamento para reconhecer a impossibilidade do Estado reduzir a proteção previdenciária.

No Brasil, a cada reforma previdenciária, seja ela por medida provisória, por lei, ou por emenda constitucional como a mais recente, as regras ficam cada vez mais rígidas para atingir o direito a aposentação. E mesmo quando atingidos os requisitos, a forma de cálculo reduz sobremaneira o valor dos benefícios previdenciários, sendo esse um dos maiores retrocessos da Emenda Constitucional Reformadora de 2019. Ou seja, dificulta a proteção securitária, e para quem consegue implementá-la, paga-se um valor incapaz de prover nem mesmo o mínimo existencial, que deveria estar protegido por cláusula pétrea.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel (coord.) Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BRAGA, Juliana Toralles dos Santos. Reforma Previdenciária. Neoliberalismo versus Direitos Sociais Previdenciários. Qual caminho desejamos tomar? Curitiba: Juruá, 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Portal Eletrônico do Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 20 jun.2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADC n. 4.578/DF. Plenário. Relator Ministro Luiz Fux. DJe 9.11.2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>> Acesso em: 20 jun.2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4.543/DF. Plenário. Relatora Ministra Carmen Lúcia. Julgamento em 19.10.2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>> Acesso em: 20 jun.2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental n. 639.337. Segunda Turma. Relator Ministro Celso de Mello. DJe 15.09.2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>> Acesso em: 20 jun.2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 32.033. Plenário. Relator Ministro Gilmar Mendes. Data do Julgamento 13/06/2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>> Acesso em: 20 jun.2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 20.257/DF. Plenário. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>> Acesso em: 20 jun.2022. Relator Ministro Décio Miranda. Data do Julgamento 8.10.1980.

_____. Emenda Constitucional Nº 103, de 12 de novembro de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 20 jun. 2022

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. Proibição ao retrocesso social está na pauta do Supremo Tribunal Federal. Publicado em 11 abr.2015. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2015-abr-11/observatorio-constitucional-proibicao-retrocesso-social-pauta-stf#_ftn3. Acesso em: 20 jun.2022

CORDEIRO, Karina da Silva. *Direitos Fundamentais Sociais. Dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial: o papel do Poder Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

GARCIA, Sérgio Renato Tejada. O princípio da vedação de retrocesso na jurisprudência pátria - análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Regionais Federais e da Turma Nacional de Uniformização. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 36, jun. 2010. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao036/sergio_tejada.html> Acesso em: 20 jun. 2022.

JUNIOR, Luiz Carlos da Silva. O princípio da vedação ao retrocesso social no ordenamento jurídico brasileiro.: Uma análise pragmática. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3651, 30 jun. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24832/o-principio-da-vedacao-ao-retrocesso-social-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em: 20 jun. 2022.

LAZZARI, João Batista; CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; KRAVCHYNCHYN, Gisele; ROCHA, Daniel Machado da. *Comentários à Reforma da Previdência*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINES, Wladimir Novaes. Curso de Direito Previdenciário. 4ª ed. São Paulo: Ltr, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira, e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTOS NETO, Auro Lima dos. A importância da aplicação do princípio da vedação do retrocesso social ao direito previdenciário. Publicado em 01 out. 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-previdenciario/a-importancia-da-aplicacao-do-principio-da-vedacao-do-retrocesso-social-ao-direito-previdenciario/#:~:text=A%20aplica%C3%A7%C3%A3o%20do%20princ%C3%ADpio%20da%20veda%C3%A7%C3%A3o%20do%20retrocesso%20social%20junto,como%20vimos%20no%20desenvolvimento%20do>. Acesso em: 20 jun.2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas aproximações entre os direitos sociais e o mínimo existencial. Revista Consultor Jurídico, 01 set 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-01/direitos-fundamentais-algumas-aproximacoes-entre-direitossociais-minimo-existencial>. Acesso em: 20 jun. 2022.

_____, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA MONTES, F. F. (2021). O princípio da vedação do retrocesso social no direito previdenciário. REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO SOCIAL, 3(1). Recuperado de <https://rbds.ieprev.com.br/rbds/article/view/114>. Acesso em: 20 jun.2022.

SISTEMA PRISIONAL: A INEFICÁCIA ANTE A FALTA DE INVESTIMENTOS NO ÂMBITO DA EXECUÇÃO PENAL E OS ALTOS ÍNDICES DE REINCIDÊNCIA

LUCAS KALEBE DOS SANTOS ARAÚJO:

Bacharelado em Direito pelo Centro
Universitário de Santa Fé do Sul- SP,
UNIFUNEC

ADEMIR GASQUES SANCHES

(orientador)⁴⁵

RESUMO: O presente tema possui uma reflexão sobre os ditames da Lei de Execução Penal no sentido que sua integralidade e aplicabilidade não se amolda ao que se espera por parte do legislador em seu texto legal, discussão que gira em torno da falta de recursos a serem destinados ao sistema carcerário em investimentos nas melhorias adequadas dentro das unidades prisionais já existentes, bem como no que se refere a criação de novos estabelecimentos prisionais para a redução de superlotações em presídios já existentes. O método usado no trabalho foi o hipotético-dedutivo, onde foram consultados, como base para a pesquisa, dados do sistema carcerário, bem como, doutrinas específicas do âmbito processual penal, relacionando estes entendimentos aos dados pesquisados. Em suma, o objetivo principal desse trabalho é estabelecer um liame objetivo entre a falta de recursos empregados ao sistema carcerário e como isso afeta diretamente nas práticas delituosas por reincidentes do sistema carcerário. Entende-se o tema como relevante para o âmbito jurídico por conta dos elevados níveis de criminalidade e como se pode ter uma redução deste número se feito os investimentos necessários no sistema carcerário.

Palavras-chave: Lei de Execução Penal. Sistema Carcerário. Recursos.

ABSTRACT: This theme reflects on the dictates of the Criminal Execution Law in the sense that its completeness and applicability does not conform to what is expected by the legislator in its legal text, a discussion that revolves around the lack of resources to be allocated to the prison system in investments in adequate improvements within existing prisons, as well as with regard to the creation of new prison establishments to reduce overcrowding in existing prisons. The method used in the work was the hypothetical-deductive one, where data from the prison system were consulted as a basis for the research, as well as specific doctrines of the criminal procedural scope, relating these understandings to the researched data. In short, the main objective of this work is to establish an objective link between the lack of resources used by the prison system and how this directly affects criminal practices by repeat offenders in the prison system. The

45 Docente do Centro Universitário de Santa Fé do Sul-SP, UNIFUNEC

issue is understood as relevant to the legal sphere due to the high levels of crime and how this number can be reduced if the necessary investments are made in the prison system.

Keywords: Criminal Enforcement Law. Prison System. Resources

1 INTRODUÇÃO

Pensar na Lei de Execução Penal é refletir sobre mecanismos legais onde o Estado por meio da lei estabelece regras e ditames que devem ser cumpridos, para que o condenado criminalmente passe por um processo ressocializador quando inserido no sistema carcerário. Este dispositivo legal estipula os parâmetros que o estabelecimento prisional e os agentes que ali estão devem seguir para que a pretensão punitiva ocorra da melhor forma e que esse fator ressocializador do indivíduo seja possível.

O presente trabalho busca explicar por que o Estado falha em manter os estabelecimentos prisionais já construídos e a deficiência em constituir novos estabelecimentos, isto por conta da falta de empregabilidade de recursos que são ou que deveriam ser destinados a este sistema, o que impacta diretamente nas condições a qual o indivíduo encarcerado enfrenta quando ingressa nesse sistema.

A falta de recursos que se destina a esse sistema é um dos principais problemas, se não mais gravoso, a qual se tem nesse quadro penitenciário nacional, a precariedade de recursos que esse sistema encara escancaram os problemas que os detentos enfrentam diariamente, como a superlotação que se destaca como mais gravosa, e também problemas relacionados a falta de estrutura das penitenciárias, como o escasso acesso a saúde, que é ainda mais alarmante para as detentas mulheres, a falta de acesso à educação e a falta de acesso a oficinas e acompanhamento profissional a qual se espera por parte dos mesmos.

Os problemas relacionados a elevada reincidência criminal se encontram em um sistema que falha em cumprir a ressocialização com êxito, explicar os elevados números de reincidência e relacioná-los a falta de recursos destinados a este sistema. A falha em cumprir dispostos simples a qual se determina na Lei de Execução Penal é o principal ponto a ser destacado, como isso afeta diretamente no cumprimento da pena do acusado e como o quesito da ressocialização se distancia da realidade do detento o aproximando mais do fator reincidência por conta dessa falta de recursos.

2 SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO

O que se observa em primeiro ponto é que o atual sistema carcerário brasileiro está em déficit de recursos há vários anos, isso leva a uma reflexão: se todas as medidas de segurança, ressocialização e de direitos humanos estão sendo respeitadas e cumpridas no sistema prisional brasileiro conforme se estabelece as garantias na Lei de Execução Penal,

e como estabelece as premissas constitucionais das garantias de direitos humanos, e proteção da vida humana, que é sabido indivisível e indisponível para a pessoa do apenado.

Há de se observar que o sistema prisional é e foi ao longo de décadas tratado de forma defasada e com poucos recursos destinados ao mesmo, o que pode se explicar os inúmeros problemas e fatores que contribuem para a falta de humanidade que os apenados têm no cumprimento dos seus regimes de penas. A destaque desses diversos problemas, se tem a as palavras do doutrinador Carlos Alexandre de Azevedo Campos que em sua obra destaca os diversos problemas:

De acordo com a pesquisa da Clínica UERJ Direitos, nos presídios e delegacias por todo o país, as celas são abarrotadas de presos, que convivem espremidos, não dispõem de camas ou colchões, precisando muitas vezes, revezar para dormir, fazendo-o em redes suspensas no teto, "dentro" das paredes, em pé, em banheiros, nos corredores, pátios, barracos ou contêineres. [...] Os presídios e delegacias não oferecem, além de espaço, condições salubres mínimas. Segundo relatórios de inspeção do CNJ, os presídios não possuem instalações adequadas à vida humana. Estruturas hidráulicas, sanitárias e elétricas depreciadas e celas imundas, sem iluminação e ventilação, oferecem perigos constantes para os presos e riscos gravíssimos à saúde ante as oportunidades de infecções diversas. As áreas de banho de sol convivem com esgoto aberto, com escorrimento das fezes. Os presos não têm acesso à água, para banho e para a hidratação, à alimentação de mínima qualidade. A comida está, muitas vezes, azeda ou estragada. Em algumas ocasiões, eles comem com as mãos ou em sacos plásticos (CAMPOS, 2016, p. 265 e 266).

O Livro Estação Carandiru do Dr. Dráuzio Varella é obra de destaque nos relatos e vivências de um médico dentro de um ambiente prisional caótico, que se compara a visão de uma pessoa comum da sociedade que é inserida naquele ambiente, e de acordo com os esses relatos da década de 90, se observa os ditames procedimentais que existiam dentro de um âmbito carcerário à época e que ao longo de mais de 20 anos após a publicação desta obra se encontram na mesma situação.

Nas palavras do nobre escritor, se tem uma frase que leva a um pensamento muito simplório sobre os ditames e como é a forma de tratamento dos detentos desde aquela época, na frase em destaque, o doutrinador cita que um dos chefes carcereiros escreve em

uma placa a seguinte frase: "É mais fácil um camelo passar pelo buraco de uma agulha do que um rico entrar preso na Casa de Detenção" (Varella, p. 14), onde se observa uma situação de preconceito sobre a condição social dos detentos, que não diverge dos dias atuais do olhar que a sociedade comum possui para com a população carcerária, mas o que chama mais a atenção neste fato é que tais palavras foram escritas por alguém que já conhecia aquele sistema e já se criava em sua mente um pré-conceito dos detentos que ali chegavam, o que pode ser considerado um fator social na pena e no psicológico do detento que adentra a esse sistema.

Não há de se negar que o fator histórico é um forte indicador do sistema atual decadente, passado deste ponto, o atual sistema se encontra muito defasado e com sérios problemas procedimentais, ligados este ao fato do baixo investimento contidos na década de noventa como exemplo anterior e dos dias atuais.

2.1 Superlotação e seus efeitos

A destaque da obra anteriormente citada do Doutor Dráuzio, o ponto da superlotação é algo de fator quase que histórico no passar do tempo do sistema carcerário, a qual nas palavras do próprio autor em sua renomada obra cita:

É o pavilhão mais abarrotado da cadeia. Movimento intenso nos corredores. Há momentos em que não se consegue alojar um preso a mais sequer. Moram ali 1600 homens, o triplo do que o bom senso recomendaria para uma cadeia inteira. Para tomar conta deles, a Detenção escala de oito a dez funcionários durante o dia e cinco ou seis à noite, às vezes menos. (Varella, p. 26).

Não há dúvidas que um dos piores problemas, se não o pior e mais gravoso desse sistema seja a superlotação que em seus efeitos são devastadores tanto para a população carcerária tanto para os agentes que lidam diretamente com esses detentos.

Cabe destaque para a explicação deste fenômeno os dados do site G1 que diz respeito aos números mais atuais da superlotação em presídios brasileiros no ano de 2021, em que segundo o site nos dados do monitor da violência de 2021 pode-se considerar que hoje são 682,1 mil presos no sistema carcerário, mas a capacidade é para 440,5 mil detentos em todas as penitenciárias nacionais, o que representa um déficit de 241,6 mil vagas em todo o país, isto não considerando os que estão cumprindo a sentença em regime aberto por óbvio, e não se considera também os presos em carceragens de delegacias da Polícia Civil por todo o Brasil, onde se contabilizados o número pode alcançar quase que 750 mil em todo o país, situação bem diferente do destacado na Lei de Execução Penal em seu artigo 85 que cita que o estabelecimento prisional deve ter lotação compatível a sua estrutura e finalidade, o que é de fato uma utopia.

A superlotação é a realidade mais injusta do atual sistema prisional quando o indivíduo enfrenta quando ingressa nesse sistema para iniciar o cumprimento de sua pena, que em tal explicação da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 ou denominada também como Lei de Execução Penal garante que a pena do indivíduo será cumprida em local determinado e em condições humanas justas e dignas conforme estabelece a Constituição Federal, o que de fato não é o que se tem por realidade, caso em que a situação são celas com mais presos que a capacidade a qual o local pode oferecer, bem como locais insalubres e o surgimento de doenças devido a sujeira do local, insetos e animais como ratos, baratas e percevejos, pouca iluminação e uma assistência médica quase que inexistente na maioria dos estabelecimentos prisionais.

Diante desse fato de que o indivíduo ingressa no sistema carcerário para cumprir sua pena, se espera que ele já esteja cumprindo de fato o que se determina na sentença que o condenou a reclusão ou detenção, entretanto se pode destacar o instituto da prisão temporária ou da prisão preventiva que é determina no momento da investigação. Esta prisão muitas vezes é decretada ao indivíduo como uma condenação antecipada, o que é gravoso, porém não é o objetivo desse exposto, mas no que se relaciona ao instituto da superlotação, se pode destacar que esse cumprimento antecipado é feito em regime fechado como o da execução penal e em estabelecimentos prisionais que são destinados ao sistema de reclusão convencional para os detentos que já estão no cumprimento da sentença condenatória, o que contribui ainda mais para superlotação, isso dado ao fato de que a forma mais adequada dessa prisão temporária ou preventiva deveria ser em estabelecimento em separado do da execução ou mesmo feitos nas cadeias públicas Municipais ou Estaduais, o que não se observa no Brasil e contribui para esse excesso de detentos em situações diferentes no mesmo estabelecimento.

No que se refere ao artigo 88 da Lei de Execução Penal, o mesmo destaca o direito a cela individual e com condições de saúde básicas garantidas, mas a realidade é diferente como citado, isso se relacionando ao ponto da falta de recursos para a construção de novos estabelecimentos ou para melhora dos já existentes.

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório.

Parágrafo único. São requisitos básicos da unidade celular:

a) salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;

b) área mínima de 6,00m² (seis metros quadrados).

Em entrevista ao site Gazeta do Povo, o professor do renomado Instituto de Relações Internacionais da Universidade de São Paulo (USP) que também é pesquisador do Núcleo de Pesquisa de Políticas Públicas da USP, Leandro Piquet Carneiro é expresso em sua fala: “Presídio cheio é falta de investimento no sistema. O Poder Executivo não está acompanhando a demanda da Justiça. No curto prazo, não há alternativa: é preciso investir num plano consistente, aumentar o número de vagas em novas unidades”.

2.2 Do direito comparado

Neste ponto do exposto, cabe uma diferenciação do sistema penitenciário nacional em relação ao demais sistemas ao redor do mundo, como é de destaque absoluto o sistema americano e os sistemas europeus, que sobretudo tem um conceito avançado de cumprimento de pena e de como lidar da melhor forma com seus detentos e as penas impostas a eles.

Como já destacado acima, o déficit atual brasileiro representa cerca de mais de 640 mil vagas em superlotação, em relação ao sistema americano, de acordo com dados do governo federal americano, em 2018 a atual população carcerária somava um total de 1,465,200 pessoas, distribuídas em todo território nacional, apesar do elevado número não há do que se falar em déficit ou superlotação, pois neste sistema os recursos empregados são eficientes e empregados para resolução destes transtornos observados no sistema prisional brasileiro.

Tais dados podem ser observados segundo trecho traduzido de um levantamento do U.S. Department of Justice, ou seja, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos, que aponta:

“Do final de 2017 ao final de 2018, a população carcerária total nos Estados Unidos caíram de 1.489.200 para 1.465.200, uma diminuição de 24.000 prisioneiros. Foi um 1,6% diminuição da população carcerária e marcou a quarta queda anual consecutiva de pelo menos 1%”. (bjs.ojp.gov, 2021)

Enquanto neste comparativo anual dos Estados Unidos sua poluição carcerária teve uma leve diminuição, a população carcerária brasileira só vem aumentando ao longo dos anos como dados apresentados, e citando o sistema americano, o investimento anual ultrapassa facilmente a casa de US\$ 52 bilhões por ano, segundo um levantamento do relatório do Arrest Records.com que traz conhecimento sobre dados públicos ao redor do mundo, onde tais valores não chegam nem próximo do que deveria ser o investido no Brasil, em que dados TCU (Tribunal de Contas da União) publicados em matéria do site Uol, foram gastos R\$ 15,8 bilhões de reais para a manutenção do sistema prisional em 2017, valor que poderia ser melhor empregado como o exemplo do sistema americano, em que

segundo a TCU, o Brasil precisaria investir mais R\$ 5,4 bilhões por ano até 2037 para ter um sistema ao menos digno e ressocializador a que se espera. (Uol, 2019)

Um breve estudo sobre as condições em que o Brasil se pode comparar com um país de mesmo nível econômico e social que o seu, neste caso o México, a disparidade é da superlotação é imensa, nos dados do site internacional "World Prison Brief", que possibilita acesso à informações sobre sistemas prisionais em todo o mundo, no México a população carcerária total em 2022 é de 226.111 mil presos e seu sistema prisional tem capacidade para 216.532 presos, o que representa uma ocupação de 104.4%, enquanto que no Brasil segundo números de 2020 a população carcerária era de 811.707 presos, e a capacidade do sistema era para 455.283, o que representa uma taxa de ocupação em 146.8%, o que é alarmante e extremamente desconexo com a realidade de países subdesenvolvidos como o Brasil em comparação feita acima com o México, que apesar do baixo número de detentos tem uma ocupação dentro da normalidade. (prisonstudies.org)

2.2 O encarceramento feminino, de travestis e transexuais

A respeito da situação da encarcerada mulher, segundo dados publicados no site agenciabrasil.ebc.com.br, segundo uma pesquisa da Fundação Getúlio Vargas no ano de 2018, as penitenciárias mistas representavam um total de 17% enquanto as exclusivamente femininas um total de 7%, o que se relaciona a tema em estudo no ponto que a falta de estrutura desses estabelecimentos representa de acordo com os dados do relatório do Infopen Mulheres que 90% das unidades mistas e 49% das unidades exclusivamente femininas são consideradas como inadequadas para gestantes e encarceradas, onde a LEP é expressa no artigo 89:

Além dos requisitos referidos no art. 88, a penitenciária de mulheres será dotada de seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa.

É dever do Estado propor mecanismos legais para que o direito a saúde da detenta seja garantido da melhor forma, o que não é o ideal como visto anteriormente seja pela falta de estrutura e pela falta de investimentos nesse sistema, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2018, p. 45) aduz:

Portanto, garante-se o acompanhamento médico à presa, durante toda a gestação e na fase do pós-parto, incluindo-se nesses cuidados o recém-nascido. [...] Ora, havendo contato sexual da presa com seu marido, companheiro ou namorado, é possível que ocorra a gravidez,

não deixando de ser um direito correlato, portanto, a assistência médica durante o período de gestação e, também, logo após. Ademais, outras modificações introduzidas nesta Lei permitem o contato da presidiária com seu filho, ao menos, até os sete anos.

Outro ponto a ser levantado é a forma de tratamento com as pessoas que se identificam com um outro gênero a qual o não de nascimento, que nesse caso são denominados ou denominadas travestis ou transexuais, a depender da forma que a pessoa se identifica, não se tem uma legislação pertinente sobre o assunto no âmbito penitenciário, tal forma que a situação de encarceramento por esse público é desumana e gravosa quando os mesmos se encontram em cumprimento de pena no sistema prisional.

Segundo levantamento do INFOPEN em 2019, apenas 3% dos presídios brasileiros possuem alas específicas para essa comunidade e apenas 7% tem celas exclusivas, o que escancara um problema de enorme gravidade por se tratar do país que está em 7º lugar no ranking mundial de maior população carcerária, tal fator pode se atribuir na falta de um olhar mais humano por parte do poder público em relação a esses detentos ou essas detentas, onde a precariedade de investimento é clara e os repasses para a ampliação e melhor capacitação dos agentes que irão lidar com essa parcela de encarceradas ou encarcerados.

As medidas tomadas pelo Governo podem muito se traduzir pelo que a sociedade com valores e ideais ultrapassados desejam e ensinam para o poder público no que se refere a essa e as demais parcelas de detentos, que é o cerceamento de direitos e a falta de olhar humano para com os detentos em geral, mas tal Governo deve cumprir o mandamento constitucional da dignidade humana em todos os casos, porém o olhar mais preciso deve se voltar a esta parcela de pessoas travestis e transexuais que tem 15 vezes mais chances de sofrer abuso sexual dentro das penitenciárias se comparado com os heterossexuais, e são também mais propensos a violência em geral ante o visível descaso do poder público em todas as esferas, segundo levantamento do Centro para o Progresso Americano. (Instituto Terra Trabalho E Cidadania, 2015)

2.3 Da precariedade ao acesso à assistência jurídica e assistência social para os detentos

O direito a acesso a assistência judiciária em primeiro ponto é observado como direito fundamental e é pé de equilíbrio na justiça, ser assistido por um profissional da área jurídica como um advogado é direito de todo e qualquer cidadão, no que se refere ao encarcerado que dali não pode sair, estado deve oferecer condições adequadas para que o detento tenha um local reservado para conversar e ser orientado por seu patrono constituído que o representa, tal disposto está na Lei de Execução Penal nos artigos 15 e 16 da referida lei, bem como outros que aduzem sobre esse direito.

No destaque a defensoria pública, cabe ressaltar que cumpre um papel determinante no auxílio aos detentos que em muitos casos são de baixa renda e não possuem condições financeiras para pagar advogado particular, mas cabe a ressalva que em muitas penitenciárias Brasil a fora que não se tem esta figura do defensor público e onde tem é apenas um ou dois para todo estabelecimento prisional, a implementação de medidas mais eficientes para o atendimento aos detentos e o investimento de recursos nas defensorias se fazem necessárias.

A assistência social para os detentos é o ponto mais gravoso, pois a atual precariedade no sistema se dá pela falta de profissionais no sistema, o os que atuam são poucos para tal demanda do sistema prisional brasileiro. Além de atuarem com papel importante na formação da ressocialização do indivíduo, isso em conjunto com os profissionais da área da psicologia, os assistentes sociais além de lidar com os problemas de superlotação e excesso de trabalho, tem que enfrentar situações que as penitenciárias os impõem, como destaque no Conselho Federal de Serviço Social, que aduz:

O/a assistente social é chamado a atuar de diversas formas, desde a produção de laudos e pareceres para assessorar a decisão judicial de progressão de regime; a participação nas comissões de classificação e triagem nos conselhos de comunidade e nas comissões disciplinares; o acompanhamento das atividades religiosas, entre outros. Destaca-se que nem sempre as ações propostas pela instituição aos/às assistentes sociais condizem com sua formação ou são de sua competência, algumas, inclusive, podem se mostrar opostas aos fundamentos da ética profissional (CFESS, 2014).

Apesar do mandamento sobre o trabalho do assistente social estar regulamentado na LEP em seus artigos 22 e 23, a assistência social deveria ter uma ampliação do poder público em sua atuação, a contratação de novos profissionais para se ter uma ampliação no atendimento e cuidado com a vida pregressa do indivíduo dentro do estabelecimento prisional, a qual a realidade atual é indubitável do ideal.

3 DAS VERBAS DESTINADAS AO SISTEMA CARCERÁRIO

No ponto máximo deste exposto cabe se destacar o baixo nível a qual se apresenta o sistema carcerário atual como um todo, em comparação com países da extensão territorial parecidas com o Brasil é nítida a grave situação a qual se encontra esse sistema, isto muito pelo fato do baixo repasse destinado a esse sistema.

Em números oficiais segundo o site Folha de São Paulo no ano de 2019, do montante total destinado ao sistema carcerário nacional foi gasto apenas 12% até agosto daquele

ano, sendo que a expectativa até aquele momento era de criação de 22 mil novas vagas eram esperadas para aquele ano, sendo que foram criadas apenas 6.300 deste total para reduzir um pouco as superlotações em penitenciárias nacionais.

Segundo aponta ainda este levantamento do site Folha de São Paulo o que se encontra é ainda mais gravoso para os efeitos de aplicabilidade da Lei de Execução Penal em sua totalidade, segundo o site, do montante a qual se esperava ser destinado ao sistema carcerário nacional e que foi autorizado pelo Governo era de R\$ 15,1 bilhões de 2001 a 2018, mas apenas 7,4 bilhões foram efetivamente pagos e empregados no sistema carcerário ao longo destes anos, o que representa cerca de quase 50% do valor total.

Segundo denomina a Lei de Execução Penal o órgão que deve ficar responsável pela fiscalização, repasses e implementações de novos estabelecimentos prisionais é o Departamento Penitenciário Nacional, que em ordem fica subordinado ao Ministério da Justiça, isto segundo o texto do artigo 71 da Lei de Execução Penal:

Art. 71. O Departamento Penitenciário Nacional, subordinado ao Ministério da Justiça, é órgão executivo da Política Penitenciária Nacional e de apoio administrativo e financeiro do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

No que se refere a este departamento, é de sua responsabilidade, e por ordem hierárquica o Ministério da Justiça, fiscalizar e fazer os repasses necessário para a manutenção e criação de novos estabelecimentos prisionais, a qual não se observa uma efetividade em suas atribuições segundos os dados anteriormente destacados, é de suma importância que para a reversão deste cenário esses órgãos tenham uma maior efetividade em suas políticas, e que façam uma gestão a qual um montante de cerca de 7,5 bilhões de reais que poderiam ser empregados ao longo de 17 anos não se perca por falta de incompetência e ineficácia de seus representantes.

Se observa também a falta de estrutura para os agentes penitenciário e funcionários que lidam diretamente com os detentos diariamente, pensar em formas de valorização do profissional, bem como dar segurança a eles é ponto não explorado em doutrinas ou em trabalhos acadêmicos e que se deve ter um olhar mais fidedignos a esses profissionais que estão diretamente ligados ao cumprimento de penas dos detentos.

Nas palavras da renomada obra de doutorado do psicólogo Arlindo da Silva Lourenço, onde o profissional em destaque exerce suas atividades profissionais como psicólogo em penitenciárias masculinas do Estado de São Paulo, profissional este que também acompanhou diversos trabalhadores e agentes penitenciários vitimados em rebeliões ao longo de sua carreira, escreveu sua obra de doutorado por título: "O trabalho em locais insalubres como as prisões, e as condições de trabalho bastante precarizadas do

agente são estressantes, desorganizadoras e afetam sua saúde física e psicológica", que em sua obra se destaca as condições de trabalho desumanas enfrentada pelos agentes bem como o fator psicológico que os afeta.

Para esse profissional da área da psicologia, os fatores psicológicos enfrentados pelos agentes penitenciários é fator importante no afastamento e pedidos de exoneração dos mesmos, agentes que tem uma media de vida destacada por ele entre 40 e 45 anos de idade, onde os agentes desenvolvem problemas de saúde como diabetes e hipertensões decorrentes do trabalho, cabe também os dizeres do profissional em relação a falta de condições dos presídios a qual se relaciona com o tema em estudo:

os recursos atuais não permitem a execução do trabalho do agente penitenciário com decência, o que implica em um não reconhecimento de sentido na profissão e, por consequência, em um não reconhecimento de sua função social e de sua existência. (protecao.com.br, 2021)

O que se tem nas palavras do autor é que a falta de verbas direcionadas a esse sistema prisional afeta não só os detentos que estão cumprindo suas penas em locais desumanos e insalubres, mas implica também na condição de trabalho e saúde dos profissionais responsáveis pela segurança dos detentos, a ponto que tais condições levam os mesmos a graves doenças e até a prematura morte como se apurou esse profissional da área da saúde, a falta de investimento do Governo não implica só na saúde e condições humanas dos detentos, mas nas pessoas a qual o governo confia seus poderes para fazer a segurança e cumprimento da pena, o que é ainda mais gravoso e preocupante.

4 DOS ELEVADOS NÍVEIS DE REINCIDÊNCIA CRIMINAL

O ponto de partida é explicar de acordo com o pensamento de doutrinadores o que se tem por reincidência, ao passo que na reincidência o acusado de infração penal que já sofreu uma anterior condenação criminal, que nas palavras do doutrinador Fernando Capez em sua obra Curso de Direito Penal, cita a reincidência como:

Conceito: é a situação de quem pratica um fato criminoso após ter sido condenado por crime anterior, em sentença transitada em julgada. [...] trata-se de circunstância agravante genérica de caráter subjetivo ou pessoal. [...] A exacerbação da pena justifica-se para aquele que, punido anteriormente, voltou a delinquir, demonstrando que a sanção anteriormente imposta foi insuficiente. (Capez, p. 500).

Pensando nesta fragilidade do Estado em cumprir com êxito a pretensão punitiva a qual se espera com a prisão do indivíduo, os níveis de reincidência criminais são bem elevados por todo o território nacional, problema a qual se perdura por anos apesar do fato que os ditames do Processo Penal Brasileiro são mais rigorosos e punitivos para os que sofrem uma segunda ou demais condenação por uma infração criminal, onde o indivíduo teria uma série de consequências gravosas nessa segunda condenação.

Dados apontados pelo site conjur.com.br no ano de 2019 são expressivos nesse aspecto, relevante ao ponto que no espaço de tempo entre os anos de 2015 e 2019 a taxa de reincidência foi bem elevada entre os maiores de 18 anos, que segundo números apontados no site se tem tal afirmação: "onde 42,5% das pessoas com mais de 18 anos que tinham processos registrados em 2015 retornaram ao sistema prisional até dezembro de 2019". (Conjur, 2019).

O pensamento direcionado sobre esse número é a falta de efetividade do sistema penitenciário nacional, pensar em reincidência é pensar que o mesmo indivíduo irá passar pelo sistema carcerário duas ou mais vezes em poucos anos, o que implica diretamente no fator da superlotação, pensar em formas de destinação de recursos para que os detentos recebam uma educação de qualidade e tenha um acompanhamento com profissionais adequados durante o cumprimento de sua sentença, como psicólogos, assistentes sociais e professores para a educação dos que não a tiveram acesso em tempo adequado, bem como a destacada saúde de qualidade e em condições humanas dignas, é fator fundamental para reversão desse quadro.

4.1 Funções da pena

Após citado conceito de reincidência, a mesma está a anos sob elevados índices, algo que se remete diretamente ao fato de que se o infrator volta ao sistema carcerário é porque cometeu novo crime e foi condenado por isso, isso leva a pensar na falta de efetividade da ressocialização a qual se busca na pretensão punitiva do Estado, que pode e está associado a falta de recursos empregados nesse sistema, em que este Estado deixa de cumprir em suma o que se espera das funções da pena que são estabelecidas como norte para o regresso destes indivíduos em sociedade.

A análise deve ser direcionada neste ponto sobre o que se espera com o cumprimento da pena e qual é a função dela sobre o infrator, cabe citar que ela tem três funções absolutas e que devem ser cumpridas para o regresso do indivíduo em sociedade, as funções: preventiva, de reprimir o delito e de ressocializar o infrator.

Se tratando destas funções, o conceito de prevenção serve para que o indivíduo após retirado o seu convívio em sociedade deixe de cometer delitos, sendo assim impossível o mesmo cometer crimes estando em um ambiente prisional. A função que reprime o delito

funciona com a ideia dos moldes antigos de punição, onde o indivíduo estando preso sentirá na pele os reflexos de sua conduta, funcionando esta como uma ideia que se o indivíduo voltar a delinquir será aquele ambiente que o aguarda novamente. A função de ressocializar é para retomar nos conceitos morais do indivíduo o convívio em sociedade, dando a ele meios de trabalho, estudo e assistência moral e social para que o mesmo não dependa mais do meio criminoso para sua subsistência e que entenda os efeitos de sua conduta criminosa e não volte a repetir, usando assim o Estado dos meios progressão de regime para retornar gradativamente o mesmo em sociedade.

O que se tem na execução penal brasileira no entanto é uma distorção do que se tem pelas teorias absolutas do conceito antigo que tratava de um direito baseado em Deus como divino, passando para teoria retributiva da pena dos conceitos modernos, tal distorção ocorre pelo fato de que a precariedade do sistema acaba trazendo a tona uma realidade de degradação humana, de superlotação e de falta de investimentos e mecanismos de proteção do Estado para com esses infratores, a qual é tema deste exposto. Segundo as palavras da doutrinadora Maria Lúcia Karam em uma obra antiga, porém que escancarara uma realidade semelhante até os dias atuais, aduz:

A privação da liberdade, o isolamento, a separação, a distância do meio familiar e social, a perda de contato com as experiências da vida normal de um ser humano, tudo isto constitui um sofrimento considerável. Mas, a este sofrimento logo se somam as dores físicas: a privação de ar, de sol, de espaço, os alojamentos superpovoados e promíscuos, as condições sanitárias precárias e humilhantes, a falta de higiene, a alimentação muitas vezes deteriorada, a violência das torturas, dos espancamentos e enclausuramentos em "celas de castigo", das agressões, atentados sexuais, homicídios brutais. (Karam, p. 173)

Este fato se explica em porque o Estado é falho principalmente no último quesito da função da pena, pois indivíduo ao sair deste ambiente degradante só leva consigo um sentimento de raiva e dor trazido por esta falsa sensação de repressão e ressocialização que o Estado tenta passar com o atual molde de execução penal.

5 CONCLUSÃO

A falta de recursos impacta diretamente no cumprimento das penas dos detentos inseridos no sistema carcerário nacional como o acesso a saúde, que por hora é o mais importante e nunca irá deixar de ser imprescindível, pensar em ferramentas para melhorar e ampliar o acompanhamento de saúde dos detentos bem como a modernização dos ambientes destinados a prestação de saúde aos detentos nos ambientes carcerários,

observando com cautela e cuidado também a pessoa da apenada parturiente e gestante e dos indivíduos que mais necessitam de tratamento individualizado. Como base primordial, os mecanismos de atuação de profissionais que acompanham o desenvolvimento dos encarcerados devem ser ampliados e olhados como olhos diversos dos atuais, não os limitando em atuação, mas abrindo novos postos de trabalho com um investimento efetivo em seus planos de carreiras, bem como aumentar o ganho salarial destes profissionais como um todo, este é passo inicial a ser tomado em direção a melhoria destas instituições.

O Estado falha na pretensão punitiva ideal a qual se espera pela Lei de Execução Penal isto é fato, o que poderia ser feito em relação a isto é o já destacado investimento com maior efetividade na pessoa do detento, isso em relação a educação fornecida nesses estabelecimentos prisionais, fazer com que o detento tenha um acesso ideal a educação básica, é um ponto importante para se pensar em reversão no quadro da elevada taxa de reincidência, e mais que isso, o investimento em educação social com ferramentas de apoio psicológico e oficinas que ensinam novos trabalhos para os mesmos é igual a qual se deve ser buscado a todo momento pelo estado.

Pensar de forma inteligente e com respeito a pessoa humana do detento deve ser umas das principais funções do poder público que atua neste sentido, o aumento de verbas e a construção de novos estabelecimentos prisionais deve ser a prioridade neste pensamento, bem como deve ser ampliado também com o reforço de investimento o acompanhamento e a valorização dos profissionais carcerários que atuam neste setor, os capacitando e dando melhores condições de trabalho aos mesmos.

Se cumpridas as diretrizes e mandamentos da Lei de Execução Penal para a funcionalidade destes estabelecimentos os impactos seriam diretos na redução do elevado índice de reincidência criminal, bem como se poderia imaginar um cenário de cumprimento da pretensão punitiva do Estado, onde o pensamento do cumprimento das três fases da função da pena que tanto de espera seja um fator da ressocialização e inserção do indivíduo novamente na sociedade.

Diante disso, o Estado proporcionou um descaso enorme com esse sistema durante anos, pensar na reversão desse quadro e em políticas de maior destinação de verbas a esse sistema é algo que deveria ter sido feito a anos, todavia isto não é um processo que se mostra efetivo a curto prazo, devendo o Estado além de investir com mais efetividade, fiscalizar a aplicação destes recursos, porque só assim se poderia ter de fato uma mudança nesse sistema e se poderia enxergar um quadro de cumprimento quase que unanime ou perto de uma realidade eficaz da Lei de Execução Penal.

REFERÊNCIAS

ANGELO, Tiago. **Taxa de retorno ao sistema prisional entre adultos é de 42%, aponta pesquisa.** Conjur, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-03/42-adultos-retornam-sistema-prisional-apontapesquisa>>. Acesso em 28 jul. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 28 jul. 2021.

BRASIL. **Lei de Execução Penal**, Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Brasília, DF, jun. de 1984. <Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 28 jul. 2021.

CAESAR, Gabriela; GRANDIN, Felipe; REIS, Thiago; SILVA, Camila Rodrigues. **População carcerária diminui, mas Brasil ainda registra superlotação nos presídios em meio à pandemia.** G1.globo, 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/populacao-carceraria-diminuimas-brasil-ainda-registra-superlotacao-nos-presidios-em-meio-a-pandemia.ghtml>>. Acesso em: 28 jul. 2021.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional.** Salvador/BA: JusPodivm, 2016.

CONSELHO FEDERAL DE SERVIÇO SOCIAL (CFESS). **Trabalho e projeto profissional nas políticas públicas.** Atuação de assistentes sociais no sócio jurídico: subsídios para uma reflexão, Brasil, 2014. Disponível em: <http://www.cfess.org.br/arquivos/CFESSsubsidiios_sociojuridico2014.pdf>. Acesso em 28 jul. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**, parte geral. 15º ed. São Paulo – Saraiva, 2011.

DADOS DO RESUMO DA PRISÃO MUNDIAL. **World Prison Brief**, 2022. Disponível em: <<https://www.prisonstudies.org/world-prison-brief-data>>. Acesso em 28 jul. 2022.

E., Ann Carson. **Prisoners in 2018.** bjs.ojp.gov, 2020. Disponível em: <<https://bjs.ojp.gov/content/pub/pdf/p18.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2022.

INFOPEN. **Levantamento Nacional de Informações Carcerárias.** [S.I.]: Depen, 2019. Disponível em: <<http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-analiticos/relatorios-analiticos>>. Acesso em: 28 jul. 2022.

INSTITUTO TERRA TRABALHO E CIDADANIA. **Cárcere e grupos LGBT:** normativas nacionais e internacionais de garantias de direitos. normativas nacionais e internacionais de garantias de direitos. 2015. Disponível em: <<http://ittc.org.br/carcere-e-grupos-lgbt-normativas-nacionais-e-internacionais-de-garantias-de-direi>>. Acesso em: 28 jul. 2022.

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias.** Niterói, Rio de Janeiro: Luam, 1993. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/das-funcoes-da-pena/>> Acesso em: 28 de jul. 2022.

LISBOA, Vinícius. **População carcerária feminina no Brasil é uma das maiores do mundo.** Agencia Brasil, 2018. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-11/populacao-carceraria-feminina-nobrasil-e-uma-das-maiores-do-mundo>>. Acesso em 28 jul. 2022.

LOURENÇO, Arlindo da Silva. **Agentes penitenciários sofrem com condições de trabalho.** protecao.com.br, 2010. Disponível em: <<https://protecao.com.br/geral/agentes-penitenciarios-sofrem-com-condicoes-de-trabalho/>> Acesso em 08 nov. 2021.

MADEIRO, Carlos. **Superlotadas, prisões no Brasil gastam R\$ 15,8 bilhões ao ano, diz TCU.** UOL, 2019. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/07/17/superlotadas-prisoos-no-brasil-gastam-r-158-bilhoes-ao-ano-diz-tcu.htm>>. Acesso em 28 de jul. 2022.

MARONI, João Rodrigo. **Muito além da falta de vagas: os problemas das prisões brasileiras.** Gazeta do povo, 2018. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/justica/muito-alem-da-falta-de-vagas-os-problemas-das-prisoos-brasileiras-7lceyu62fhvx3e12aeey7gc1h/#:~:text=Al%C3%A9m%20da%20falta%20de%20vagas%2C%20especialistas%20apontam%20lentid%C3%A3o%20da%20Justi%C3%A7a,a%20presen%C3%A7a%20das%20fac%C3%A7%C3%B5es%20criminosas>>. Acesso em 28 jul. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de execução penal** - 1. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2018. <Disponível em: <https://acljur.org.br/wp-content/uploads/2018/07/Curso-deExecu%C3%A7%C3%A3o-Penal-Guilherme-de-Souza-Nucci-2018>>.pdf. Acesso em: 28 jul. 2021.

PAULUZE, Thaiza. **Governo federal gastou só 12% dos recursos do fundo penitenciário em 2019.** Folha uol, 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/10/governo-federal-gastou-so-12-dos-recursosdo-fundo-penitenciario-em-2019.shtml>>. Acesso em 28 jul. 2021.

VARELLA, Dráuzio. **Estação Carandiru.** ed. de bolso. São Paulo: Companhia das Letras, 1999. Disponível em: <<https://copyright.noblogs.org/gallery/5220/Drauzio+Varella+-+Esta%C3%A7%C3%A3o+Carandiru.pdf>>. Acesso em 08 nov. 2021.

O DIVÓRCIO POST MORTEM E SUAS IMPLICAÇÕES NO DIREITO SUCESSÓRIO A LUZ DA AUTONOMIA DA VONTADE

LIDIANA SILVA DE MORAES:

Graduanda do curso de Direito pela
Unidas de Ensino Superior do Sul do
Maranhão - UNISULMA

FRANCINE A. RODANTE FERRARI NABHAN

(Orientadora)

RESUMO: Com os avanços granjeados no processo de facilitação da dissolução conjugal, o divórcio torna-se o meio para concluir o término da relação. Tal facilitação propiciou o respeito a autonomia de vontade, permitindo que a manifestação de uma das partes seja o suficiente para concretizar o divórcio. Contudo, dado a possibilidade de morte da parte interessada, durante o processo de divórcio, sem que haja finalizado a ação, surge a alternativa de aplicar o instituto do divórcio post mortem, a fim de perpetuar a vontade inicial manifestada pelo falecido(a). Dessa forma, o respeito a autonomia traz consigo consequências sucessórias, uma vez que retira a possibilidade da parte sobrevivente figurar como herdeira. Nesse contexto, o instituto passa a ser aplicado pela jurisprudência para resguardar a declaração inicial da parte interessada no divórcio e concretiza a almejada autonomia de vontade presente na Emenda nº 66/2010.

Palavras chave: divórcio, divórcio post mortem, autonomia, sucessão.

ABSTRACT: With the advances achieved in the process of facilitating marital dissolution, the divorce becomes the middle to conclude the end of the relationship. Such facilitation provided respect for autonomy of desire, allowing the manifestation of one of the parties to be enough to complete the divorce. However, given the possibility of death of the interested party, during the divorce process, without the action being finalized, the alternative arises of applying the post mortem divorce institute, in order to perpetuate the initial desire expressed by the deceased. In this way, respect for autonomy brings with it succession consequences, since it removes the possibility of the surviving party to appear as heiress. In this context, the institute is applied by jurisprudence to protect the initial declaration of the interested party in the divorce and materializes the desired autonomy of will present in Amendment nº. 66/2010.

Keywords: divorce, post mortem divorce, autonomy, sequence, succession.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O INSTITUTO DO DIVÓRCIO PERANTE O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 2.1 CONCEITO, FINALIDADES E EFEITOS DO DIVÓRCIO. 2.2 ESPÉCIES DE DIVÓRCIO. 2.3 DOS PROCEDIMENTOS PARA O DIVÓRCIO. 3 SUCESSÃO PATRIMONIAL ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS NO BRASIL. 3.1 PANORAMA GERAL DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS PARA CASAIS. 3.2 LIMITES DO DIREITO SUCESSÓRIO QUANTO AO REGIME PATRIMONIAL ESCOLHIDO. 3.3 DIVÓRCIO E POTESTIVIDADE: O CONTEXTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010. 4 O DIVÓRCIO POST MORTEM. 4.1 REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO INSTITUTO. 4.2 EFEITO RETROATIVO. 4.3 CONSEQUÊNCIAS SUCESSÓRIAS. 4.4 INVENTÁRIO E PARTILHA DE BENS. 5 CONCLUSÃO. ANEXO. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho delinea sobre a importância do divórcio post mortem, que acaba por dissolver o casamento e produzir alguns efeitos no ordenamento jurídico brasileiro, tais como a alteração no estado civil, o que retira, conseqüentemente, a condição de herdeiro(a) da parte sobrevivente no inventário, caso o citado instituto seja aplicado. Desse modo, a morte de um dos cônjuges no curso da ação de divórcio não faz com que haja a paralisação ou extinção da ação, uma vez que o divórcio é direito potestativo e deve ser respeitado o desejo do próprio autor da ação, conforme Emenda Constitucional 66/2010.

Nesse sentido, essa emenda constitucional possibilita a dissolução do casamento civil pelo divórcio. Deve-se ater, ainda, que a morte de um dos cônjuges não é suficiente para superar ou suplantar o acordo de vontades anteriormente manifestado, já que este possui valor jurídico e deve ser levado em conta. A aplicação do instituto do divórcio post mortem vem sendo aplicado desde 2018, a partir de uma tese do advogado Rodrigo da Cunha Pereira. No caso, o marido adentrou com o pedido de divórcio com partilha de bens, no entanto, faleceu ao longo do processo (a questão foi julgada sem resolução de mérito, por causa da morte de uma das partes).

O cônjuge é herdeiro necessário, não importando qual seja o regime de bens adotado, o que faz com que o cônjuge concorra na herança em igualdade com outros herdeiros necessários do de cujus. Com a possibilidade de aplicação do divórcio post mortem, o ex-cônjuge perde seus direitos sucessórios, haja vista não ter mais vínculo afetivo ou de solidariedade com o autor da herança.

2. O INSTITUTO DO DIVÓRCIO PERANTE O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Cabe pontuar, inicialmente, que o divórcio perpassou por uma revolução que tirou do Estado uma interferência desnecessária na vida do indivíduo, trazendo ao decorrer da história brasileira cada vez mais uma desburocratização e contribuindo para a

concretização desse direito tão precioso. Os teóricos Flávio Tartuce, Maria Berenice e Cristiano Chaves foram utilizados para elaborar a evolução do divórcio no decorrer do trabalho, assim como a Apelação Cível: AC 10000170712665001 MG, a EC 66/2010, lei 6.515 e lei 10.406 embasam legalmente esse aspecto revolucionário.

A instituição do divórcio levou em conta a ideologia social da época, marcadamente religiosa, que visava a perpetuação do casamento. Nesse contexto, a indissolubilidade do casamento persistiu até 1977, contudo, o casamento era rompido e a sociedade conjugal pendurava; acabava que não podia haver um novo casamento.

A revolução paulatina desse cenário ocorreu por meio de uma emenda constitucional⁴⁶ proposta pelo Senador Nelson Carneiro: A lei 6.515 de 1977, conhecida como Lei do Divórcio, que possibilitou a separação judicial, mesmo que houvessem vários entraves para a concessão do divórcio. Para que houvesse a separação teria que acontecer alguns eventos: primeiro as pessoas necessitavam de separar, após isso haveria a conversão da separação em divórcio, de maneira que a dissolução do vínculo conjugal era autorizada uma única vez.

O Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), conforme noticiado em seu site⁴⁷, teve iniciativa de apresentar projeto de emenda constitucional que extinguiu com a separação dessa maneira morosa. A Emenda Constitucional 66/2010 permitiu a dissolução do casamento sem precisar de prazos ou identificar algum culpado. Desse modo, além da morte, há outra forma de dissolução do casamento (divórcio); não haveria mais o instituto anterior da separação.

Segundo Maria Berenice, o divórcio é tratado como direito potestativo, de maneira que não é necessária a concordância do par para a sua decretação, bastando o desejo de um dos cônjuges. Além disso, também não precisa justificar o divórcio para intentá-lo por via judicial. É necessário, também, a presença de advogado, não precisando ser o mesmo para os dois e a partilha pode ser feita em momento posterior.

⁴⁶ EC 9/1977. Previa que o casamento somente poderia ser dissolvido nos casos expressos em lei, desde que houvesse prévia separação judicial por mais de três anos

⁴⁷ <https://ibdfam.org.br/noticias/8846/TJMG+concede+div%C3%B3rcio+post+mortem+a+a+pedido+da+filha+%3B+tese+que+prevaleceu+%C3%A9+do+presidente+do+IBDFAM>

O divórcio pode ser requerido a qualquer tempo, até mesmo no mesmo dia do casamento. Esse instituto está regulado no Código Civil. O divórcio direto está previsto no art. 1580 § 2º⁴⁸. A dissolução do casamento é tratado do capítulo X do Código Civil.

2.1 CONCEITO, FINALIDADES E EFEITOS DO DIVÓRCIO

Segundo Pablo Stolze, o divórcio é uma forma de extinguir a relação conjugal, sem possuir uma causa específica, bastando apenas uma simples manifestação de vontade de um ou ambos os cônjuges.

O divórcio é uma das causas do término da sociedade conjugal, previsto no art. 1571 inciso IV do Código Civil e possui o condão de dissolver o casamento. Caso ocorra a aplicação do divórcio, há uma alteração do estado civil dos cônjuges, de modo que saem de casados para divorciados e dessa maneira o divórcio tem por fim romper todos os laços do casamento e permitir que os envolvidos possam casar-se novamente.

A alteração de algumas cláusulas do acordo, tais como alimentos ou regime de convivência com os filhos, por exemplo, pode perfeitamente ser alteradas. Quanto ao processo de partilha de bens, caso haja homologação, não pode existir alterações posteriores, salvo alguma causa que comprometa a higidez (vício de vontade ou desproporção), o que causa a anulação da partilha.

Portanto, conclui-se que o divórcio opera como como término da sociedade constitui e implementa-se a partir da manifestação de vontade das partes e pode ser emanado pela via judicial ou extrajudicial.

2.2 ESPÉCIES DE DIVÓRCIO

O divórcio pode ocorrer por mútuo consentimento, via judicial ou extrajudicial. A hipótese extrajudicial ocorre quando há consenso entre o casal, a mulher não está grávida e inexistem filhos incapazes. Vale ressaltar que mesmo inexistindo nascituro, filhos menores ou incapazes, não é proibida a busca da homologação judicial do divórcio, que deve ser realizada por um petição firmada por ambos os cônjuges

Os requisitos para tal constam no art. 731 do Código de Processo Civil:

“Art. 731. 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:

⁴⁸ Art. 1.580. § 2º O divórcio poderá ser requerido, por um ou por ambos os cônjuges, no caso de comprovada separação de fato por mais de dois anos.

I– as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns;

II– as disposições relativas à pensão alimentícia entre os cônjuges; III – o acordo relativo à guarda dos filhos incapazes e ao regime de visitas; IV – o valor da contribuição para criar e educar os filhos.

Parágrafo único. Se os cônjuges não acordarem sobre a partilha dos bens, farse-á esta depois de homologado o divórcio, na forma estabelecida nos arts. 647 a 658 .”

O divórcio litigioso é um método de resolver conflitos no divórcio. Este processo requer a apresentação de questões ao tribunal de família para resolvêlas. Frequentemente, as famílias escolhem pelo litígio se não conseguirem chegar a um acordo por meio de outras opções de divórcio.

Enquanto isso, o divórcio unilateral, conforme Cristiano Chaves (2004, p. 115), é um direito potestativo extintivo, já que atribui ao cônjuge o poder de modificar a situação jurídica familiar existente, por meio de sua declaração de vontade. Dessa maneira, é um direito que se submete somente à vontade do cônjuge, sendo marcado, portanto, pela característica da indisponibilidade.

O divórcio extrajudicial ocorre por escritura pública perante tabelião (CPC 733). Não somente o divórcio, mas também a separação de corpos consensual pode ser formalizar mediante escritura. Caso inexista filho incapazes ou quando já consenso entre os cônjuges, a saída extrajudicial se encaixa.

Em suma, há dois tipos de divórcio (judicial e extrajudicial). O divórcio extrajudicial é realizado no Cartório (Tabelionato de Notas). Tem benefícios, tais como um procedimento objetivo, rápido e econômico, porém, apenas poderá ser realizado em situações específicas, ou seja, é necessário que haja comum acordo entre os interessados, ausência de filhos em comum menores de 18 anos ou incapazes, bem como a mulher não estar grávida (a presença de um advogado é indispensável).

O divórcio judicial, segundo Maria Berenice, pode ser consensual (amigável) ou litigioso, assim como é realizado a partir da propositura de uma ação judicial dirigida por um Juiz.

2.3 DOS PROCEDIMENTOS PARA O DIVÓRCIO

A sentença judicial irá pôr fim ao casamento, de maneira que a ação divórcio terá eficácia desconstitutiva (negativa) e o trânsito em julgado fará com que as partes adquiram a condição de divorciados. Nesse sentido, a ação divórcio é distribuída às varas de família,

sendo que na hipótese de violência doméstica a vítima pode propor no Juizado da Violência Doméstica. O autor irá solicitar uma cumulação de demandas, tais como pretensão alimentar, direito de convivência quanto aos filhos, partilha de bens e separação de corpos, por exemplo.

A sentença precisa ser averbada no registro civil, devendo constar que foi feita a partilha de bens; sob pena de um novo casamento orientar-se pelo regime da separação de bens (disposto no art. 1641 e 1523 do CC).

Sob esse aspecto, Maria Berenice diz:

“Quando ocorre o trânsito em julgado da sentença que decreta o divórcio, é extraído mandado ao cartório do registro civil para averbação no assento de casamento e no de nascimento de ambos os cônjuges.”

Para quem não gozar de plena capacidade, a ação de divórcio terá que contar com a legitimação extraordinária para outra pessoa vir a juízo em nome do incapaz.

O cônjuge não precisa comparecer ao Cartório de Notas, uma vez que é possível a representação por um procurador com poderes específicos para o ato. Assim como no casamento os noivos podem estar representados por procurador, na dissolução igual direito é assegurado.

Explica Flávio Tartuce⁴⁹, ainda, que as partes devem ser assistidas por advogado ou defensor público, com a possibilidade de haver o mesmo profissional para os dois. Se aparecer todos ao tabelionato, não precisa apresentar instrumento de procuração, bastando somente que todos firmem a escritura (partes e advogados). Se as partes de declararem pobres, o acompanhamento desse processo pode ser feito pela defensoria (atos notariais serão gratuitos, com a gratuidade se estendendo aos atos registrares civil e imobiliário).

Por fim, a escritura não requer exatamente homologação judicial e perfaz-se como título hábil para qualquer ato de registro. É útil também para junta comercial, alterações societárias e proceder à transferência de veículos. Após lavrar e assinar a escritura, há o encaminhamento do registro civil para que possa acontecer averbação no assento de casamento e de nascimento dos excônjuges.

3. SUCESSÃO PATRIMONIAL ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS NO BRASIL

⁴⁹ <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/785450710/inventario-extrajudicial-com-testamento>

De início, é salutar destacar que recentes mudanças, especificamente quanto ao RE nº 466.721, revelam que, mesmo diante de tantos progressos garantistas, no âmbito de direitos sucessórios, há uma lacuna do termo literal

“companheiro” para abordar a sucessão, o que requer medidas legais além do Código Civil para abranger este caso, assim como há uma diferença na solidariedade para famílias tradicionais e famílias mais atuais.

O recurso acima supracitado afirma a necessidade de abarcar os casais homossexuais e assegurar os mesmos direitos para todos, não estabelecendo tratamento desigual para ninguém, inclusive no que tange a sucessão legítima. Desse modo, houve uma alteração do diploma legal, passando a relatar o seguinte no art. 1.790 do CC:

“A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: (Vide Recurso Extraordinário nº 646.721) (Vide Recurso Extraordinário nº 878.694)

I– se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II– se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III– se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV– não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.”

Em suma, mesmo inexistindo qualquer previsão legal acerca do casamento civil homoafetivo, há uma proteção, mesmo que vindo de alterações fora do Código, que garante igualdade e dignidade a todos, devendo ser completamente aceitável e natural tratar os casais homossexuais sem qualquer preconceito ou discriminação.

3.1 PANORAMA GERAL DOS DIREITOS SUCESSÓRIOS PARA CASAIS

Em maio de 2017, o STF⁵⁰ reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, que previa a diferenciação dos direitos de cônjuges e companheiros no aspecto sucessório. Nesse sentido, foi fixada a tese:

“RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA E DAS SUCESSÕES. DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. INCONSTITUCIONALIDADE. STF. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. ART. 1.829 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. PRINCÍPIOS DA IGUALDADE, DIGNIDADE HUMANA, PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. INCIDÊNCIA. VEDAÇÃO AO RETROCESSO. APLICABILIDADE. 1. No sistema constitucional vigente é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1.829 do CC/2002, conforme tese estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento sob o rito da repercussão geral (Recursos Extraordinários nºs 646.721 e 878.694).”

Dessa forma, foi assegurada a igualdade dos direitos sucessórios, seja para cônjuge, seja para companheiro, o que contribuí para que casais estejam amparados legalmente por esse direitos que antes não lhe era assegurado. O avanço da sociedade exigiu a adequação do direito conforme novas situações fossem surgindo.

O artigo 1.790 do Código Civil, que estabelecia as diferenças entre cônjuge e companheiro, deve ser considerado inconstitucional pois viola princípios como igualdade, dignidade da pessoa humana, proporcionalidade e vedação ao retrocesso, já que não seria lógico diferenciar união estável e casamento para fins sucessórios, considerando que ambos são entidades familiares.

Portanto, o que realmente vale para fins sucessórios tanto para quem é casado como para quem convive como companheiro em união estável é o que dispõe o art. 1.829 do Código Civil:

“Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: (Vide Recurso

Extraordinário nº 646.721) (Vide Recurso Extraordinário nº 878.694)

⁵⁰ RECURSO ESPECIAL Nº 1.332.773 – MS (2012/0139674-5)

I– aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II– aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

II– ao cônjuge sobrevivente;

IV– aos colaterais.”

O companheiro, concorrendo com os descendentes do falecido, quando for herdeiro, terá quinhão igual aos descendentes, além de que se for ascendente dos descendentes herdeiros, a sua quota não pode ser inferior à quarta parte da herança (art. 1.832 do CC).

Portanto, ao cônjuge é assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, contanto que seja o único daquela natureza a inventariar.

3.2 LIMITES DO DIREITO SUCESSÓRIO QUANTO AO REGIME PATRIMONIAL ESCOLHIDO

Ao ser realizado o Pacto Antenupcial, tem que haver a escolha pelo regime de bens, sendo que caso as partes fiquem silentes, o regime padrão adotado é o de comunhão parcial de bens. Nesse contexto, há liberdade para modificar ou repelir normas dispositivas de determinado tipo escolhido, sendo possível até criar um novo regime.

Entretanto, essa autonomia é limitada, uma vez que a lei estabelece limite para as cláusulas patrimoniais e não patrimoniais, o que limita a liberdade dos casais. O Código Civil de 2002 possibilita até quatro regimes de bens: comunhão parcial de bens, comunhão universal de bens, participação final nos aquestos e o da separação de bens.

O bem comum será administrado pelo casal, sendo os cônjuges responsáveis por qualquer dívida que surgir. Na hipótese de um dos cônjuges, na sua administração dos bens, comprometer o patrimônio comum, poderá o juiz, a pedido do outro consorte, retirar-lhe o poder de gerência sobre os bens, conforme preceitua o art. 1.663, parágrafo primeiro do Código Civil.

Em síntese, na comunhão parcial de bens há a figura dos bens comuns do casal, que responderão pelas dívidas comuns que podem surgir no meio de sua própria

administração, com destaque que os particulares não se comunicam com os comuns, em regra.

Sobre a comunicação universal de bens, disserta David Roberto:

“Cria-se um patrimônio único, com a soma de todo o ativo do casal constituído antes do casamento, bem como com os bens que vierem a ser amealhados. O que era individual, passa a ser coletivo – uma comunhão. Desse modo, forma-se uma massa patrimonial, onde cada cônjuge detêm metade do patrimônio agrupado (patrimônio comum).”

A administração dos bens comuns compete a qualquer um dos cônjuges na comunicação universal de bens e nesse regime comunica-se de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas, com exceções dos bens incomunicáveis.

Em relação aos bens incomunicáveis, disciplina o art. 1.668 do Código Civil:

“São excluídos da comunhão:

I- os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;

II- os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;

III- as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;

IV- as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;

V- Os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.”

O regime de separação de bens tem base legal nos artigos 1687 e 1688. Nesse regime, o patrimônio é composto por bens particulares e não há bens comuns.

Não é preciso a autorização do cônjuge para haver alienação de seus bens, podendo ser administrado livremente e cada um responde por suas dívidas e obrigações. Além disso, pode pleitear como autor e réu acerca de seus bens, bem como prestar aval ou fiança, sem a anuência do cônjuge, sendo que é possível, também, sociedade entre os cônjuges, caso os recursos vierem de ambos.

Por fim, o regime de participação final dos aquestos figura como uma tentativa de junção dos regimes de separação de bens e o de comunhão dos adquiridos.

Sendo assim, na constância do casamento, não haverá comunicação de bens entre os cônjuges, contudo, havendo dissolução do casamento (por morte de um dos consortes, por separação judicial ou por divórcio), será realizado um balanço contábil geral para saber quanto cada cônjuge enriqueceu (SILVA NETO, René da Fonseca; Revista Jus Navigandi).

Em suma, o regime de aquestos consideram os bens adquiridos onerosamente na constância do casamento. Ele fica submetido às regras da separação convencional em meio a convivência conjugal e da comunhão parcial de bens no momento da dissolução quando houver separação, divórcio ou na sucessão da sociedade conjugal.

3.3. DIVÓRCIO E POTESTIVIDADE: O CONTEXTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010

Com a chegada da Emenda Constitucional nº 66/2010, que contribuiu por excluir os requisitos para o exercício do divórcio, a discussão sobre o divórcio passou a ser voltada para a constituição de um direito potestativo. Nesse sentido, o fim da união matrimonial passou a ser simples exercício de um direito, sem requisitos ou necessidade de fundamentação vinculada.

A Emenda constitucional 66/2010, na ótica de Cristiano Chaves de Faria:

“Afastou a exigência de qualquer prazo para a sua obtenção, permitindo que o divórcio seja decretado a qualquer tempo, independentemente do lapso temporal de convivência do casal ou de cessação de convivência. Sem dúvida, a inovação constitucional é justificável e merece elogios. Embora seja certo e incontroverso que todo casamento tende à manutenção, não se pode olvidar a possibilidade de cessação do afeto, encerrando o projeto familiar. Frustrando o pacto de solidariedade afetiva, pela ausência de ideais de comunhão de vida, surge para cada consorte um direito potestativo extintivo de dissolver a união matrimonial que se imaginou eterna, sem qualquer justificativa ou cumprimento de lapso temporal. Isto é, quando o véu da paixão já não mais encobre os defeitos recíprocos, o final é inexorável e fracassada a cumplicidade almejada, resta reconhecer o direito de ambos os cônjuges – mesmo do eventual responsável (em todos os sentidos) pela ruptura – de promover a dissolução matrimonial.”

Nesse contexto, o instituto da separação foi mantido, o que significa que o Estado não deveria se intrometer (não determinar prazo para divórcio). Dessa forma, ficava a opção de divorciar ou separar⁵¹ aos cônjuges.

A separação, desde a emenda, não constituía mais requisito para a decretação do divórcio, devendo a legislação infraconstitucional ser interpretada e aplicada em conformidade com o texto constitucional vigente.

A Emenda Constitucional n. 66, foi promulgada em 13 de julho de 2010. A mudança que essa emenda incrementou foi a modificação do §6º do art. 226 da Constituição Federal, que previa a dissolução do casamento pelo divórcio, contudo, na época, exigia a separação judicial prévia, com a decorrência do prazo de um ano, ou uma separação de fato de dois anos. O texto legal passa a vigorar então da seguinte forma:

“Art. 1º. O §6º do art. 226 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 226. (...)

(...)

§6º. O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.”

Mesmo trazendo tantas inovações e implementando autonomia no âmbito conjugal, a emenda foi alvo de críticas, marcadamente dos religiosos, que argumentavam no sentido de que a facilitação do divórcio seria uma ameaça às famílias brasileiras.

No entanto, mesmo diante de uma parte da sociedade não aprovando, a PEC 33/07 foi aprovada e transformou-se na Emenda Constitucional n. 66/2010, gerando discussões quanto aos seus efeitos na separação e no divórcio judicial e extrajudicial.

Portanto, hodiernamente, estando os cônjuges de acordo quanto ao desfazimento do casamento ou havendo diferenças quanto ao rompimento do vínculo conjugal, haverá a decretação do divórcio.

4.0 DIVÓRCIO POST MORTEM

⁵¹ Após a EC 66/2010, não mais existe no ordenamento jurídico brasileiro o instituto da separação judicial. Não foi delegado ao legislador infraconstitucional poderes para estabelecer qualquer condição que restrinja direito à ruptura do vínculo conjugal (REsp 1.483.841 – STJ, Documento 40398425, Despacho/Decisão, DJE 22.10.2014)

O divórcio post mortem tem por princípio respeitar a autonomia de vontade das partes e efetivar o direito potestativo a fim de dissolver o matrimônio. Sob essa temática:

“O divórcio post mortem é aquele que é concedido após a morte de uma ou ambas as partes desde que estas já possuam uma ação de divórcio em curso e que reste inequívoca e explícita a vontade de separação de ambos. A decisão que estabelece a desunião dos consortes possui efeitos retroativos ao óbito, reproduzindo diversas implicações no aspecto sucessório” (SANTOS DE ASSIS, VÍVIAN; p.41).

Tal instituto é imprescindível para a manutenção da organização social no ordenamento jurídico, prezando pela boa-fé e celeridade. Devido a emenda 66/10 deixar como único requisito a vontade das partes para findar o casamento, não há motivos para não ser decretado o divórcio diante do falecimento de uma ou ambas as partes no processo.

O advogado Rodrigo da Cunha pereira, “precursor” da instituição do divórcio pós morte disserta:

“Deixar de se decretar o divórcio, quando uma, ou mesmo ambas as partes falecem no curso do processo, seja consensual ou litigioso é fazer da lei (regra jurídica) um fetiche, é inverter a relação sujeito/objeto, e apegar-se excessivamente à formalidade jurídica em detrimento de sua essência.”

Por isso, negar provimento ao divórcio post mortem fere o direito potestativo, desestimulando a autonomia de vontade e implica consequentemente no desrespeito ao princípio da intervenção mínimo. O que deve ser levado em consideração é o valor jurídico anteriormente firmado entre as partes, ou até mesmo uma das partes.

4.1 REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DO INSTITUTO

Os requisitos para que seja concedido o divórcio post mortem são delineados pela jurisprudência. Sob esse aspecto, deve haver existência de uma ação ajuizada inequívoca em relação à manifestação de vontade das partes ou apenas de uma delas. Além disso, quando há morte superveniente dos cônjuges não há alteração das vontades anteriormente manifestadas. Uma jurisprudência que explica incisivamente essa questão é uma do relator Dárcio Lopardi:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE DIVÓRCIO – EXTINÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL – POSSIBILIDADE DE ATRIBUIÇÃO DE

EFEITOS RETROATIVOS À DECISÃO JUDICIAL QUE DECRETA O DIVÓRCIO DO CASAL – “DIVÓRCIO POST MORTEM” – POSSIBILIDADE JURÍDICA – RESPEITO À AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES – PRODUÇÃO IMEDIATA DE EFEITOS (ARTIGO 200 DO CPC/15) – RECONHECIMENTO DA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO (ALÍNEA A DO INCISO III DO ARTIGO 487 DO CPC/15) – JULGAMENTO ANTECIPADO PARCIAL DO MÉRITO (INCISO I DO ARTIGO 356 DO CPC/15). – Quando o término da sociedade conjugal se dá por meio do divórcio, deve ser observada a manifestação de vontade autonomamente manifestada pelos cônjuges no processo – Com a apresentação da petição inicial e da contestação, aperfeiçoou-se a manifestação de ambas as partes acerca da expressa concordância quanto à finalização da sociedade conjugal, por meio do divórcio (inciso IV do artigo 1.571 do CC/02 c/c inciso IV do artigo 2º da Lei 6.515/1977) – Nos casos em que já exista manifestação de vontade de ambos os cônjuges de se divorciarem, a superveniência da morte de um dos cônjuges no curso do processo ação não acarreta a perda de seu objeto – A superveniência da morte de um dos cônjuges, não é suficiente para superar ou suplantar o acordo de vontades anteriormente manifestado o qual possui valor jurídico e deve ser respeitado, mediante a atribuição de efeitos retroativos à decisão judicial que decreta o divórcio do casal.

(TJ-MG – AI: 10000200777423004 MG, Relator: Dárcio Lopardi Mendes, Data de Julgamento: 05/08/2021, Câmaras Cíveis/ 4ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 06/08/2021).

Dessa forma, como já houve interesse de agir, a continuidade processual deve abarcar os direitos sucessórios conforme a vontade da parte que desejava o divórcio, retirando o cônjuge, que passará a ser ex-cônjuge, da sucessão como herdeiro(a).

Em síntese, são exigidas as seguintes condições: a ação de divórcio precisa estar em curso, os cônjuges ou um dos cônjuges devem estar comprovadamente de acordo com o fim da sociedade conjugal e as provas colacionadas aos autos precisam ser capazes de atestar a inexistência de união conjugal.

4.2 EFEITO RETROATIVO

A retroatividade, para Simone Rodrigues, implica a ação ou condição de modificar o que já foi realizado, ou seja, conferir efeitos pretéritos aos atos praticados. A sua natureza comporta, pois, a intenção de alterar os acontecimentos pretéritos, razão pela qual sua aplicação se torna uma exceção.

Além da caráter potestativo do divórcio, o divórcio post mortem possibilita a produção de efeitos retroativos ao do óbito. Importante salientar que o óbito, nesse caso, ocorre no curso da tramitação processual.

Em relação aos efeitos retroativos em relação ao divórcio, Vivian Santos de Assis diz:

Uma vez levada em consideração a manifestação de vontade de ambos ou um dos consortes antes do evento morte, não se ofende a regra da ação personalíssima, bem como se atribui à sentença efeitos retroativos ao momento da interposição da ação, devendo ser extinto o processo somente quanto aos demais pedidos, como partilha de bens ou pedido reconvenicional de alimentos, caso hajam (2018; p.45)

Por isso, o que foi solicitado em vida pelo falecido deve ser respeitado judicialmente, principalmente se a ação já estiver passível de julgamento e houver sido solicitada a antecipação de tutela com anuência da parte contrária. Nada impede a concessão de medida liminar em relação a um assunto que seria discutido na sentença, desde que estejam incontroversos os pontos acerca da matéria, bem como não restarem mais provas a serem analisadas (MARINONI, Luiz Guilherme; p.147).

4.3 CONSEQUÊNCIAS SUCESSÓRIAS

O divórcio após a morte pode mudar consideravelmente o cenário, pois se não for decretado, o cônjuge fica na condição de viúvo, permanecendo vinculado à parte falecida no aspecto sucessório e irá assumir a posição de herdeiro necessário em relação aos bens anteriormente pertencentes ao falecido (art. 1.829 do Código Civil). Nesse caso, pode até ser realizada a partilha de bens do casal nos mesmos autos ou posteriormente.

Por outro lado, se for decretado o divórcio após a morte, quer dizer que foi levada em consideração a manifestação de vontade de ambos ou um dos consortes antes de ocorrer a morte. Nessa hipótese, atribui à sentença efeitos retroativos ao momento da interposição da ação, devendo ser extinto o processo apenas aos demais pedidos, tal como partilha de bens (ASSIS, Vivian Santos; p. 44).

Caso não seja instituído o divórcio post mortem, o herdeiro necessário passa a ser o cônjuge sobrevivente, ainda que haja separação de fato e inexistência de vínculo afetivo (Revista Vox, 2021; p.55).

Assim, a importância desse instituto é observada a medida que ele altera a mecânica da sucessão, adequando a realidade dos fatos, também se preocupando em recalculando o

quinhão que os demais herdeiros necessários receberão por direito ao fim do processo de inventário.

Portanto, o instituto do divórcio post mortem visa corrigir precisamente esse aspecto processual, em parte até burocrático, demonstrando que os efeitos jurídicos futuros do processo de divórcio podem ser logrados pela separação de fato, retroagindo ao momento que ficou constatada a ruptura conjugal (ASSIS, Vivian Santos; p. 56).

4.4 INVENTÁRIO E PARTILHA DE BENS

De início, cabe pontuar que, na ausência testamento ou codicilo, a divisão do patrimônio do falecido seguirá o rito da sucessão legítima, conforme art. 1.829 do Código Civil, no qual a partilha ocorrerá entre os herdeiros de mesmo grau (recebendo partes proporcionais ao que lhes cabe por direito).

O inventário é um procedimento relacionado à transmissão sucessória. Quando há o óbito de uma pessoa, ocorre também a sucessão do seu patrimônio para os herdeiros. Isso abrange tanto os bens como os direitos e obrigações daquele que faleceu. A partilha, por sua vez, é a prática dessa divisão do patrimônio do falecido depois que todo o procedimento de inventário é feito. É por meio dela que os herdeiros recebem a sua parte nos bens que foram inventariados (Galvão & Silva Advocacia, 2020).

Sob a partilha, deve-se ressaltar que a partilha tem efeito declaratório, uma vez que a titularidade dos bens já pertence aos interessados desde o evento morte e a herança se mantém indivisível até a conclusão da partilha.

Dessa maneira, a partilha de bens é extremamente importante para que não haja confusão patrimonial, fraude contra terceiros, evasão fiscal ou simulação. É por esse motivo que, trata-se de causa suspensiva do casamento o divórcio sem partilha (art. 1.523⁵²).

Por fim, deve-se, prestigiar e visar uma máxima efetividade ao divórcio após a morte, permitindo a produção plena dos efeitos que se almejam. Assim, é garantida a segurança jurídica e especificamente a manutenção da autonomia privada. Qualquer pensamento em uma direção oposta abre espaço para interferências injustificadas do Estado na esfera particular do indivíduo.

5. CONCLUSÃO

O instituto do divórcio post mortem ratifica o direito a autonomia e reduz a ação estatal diante da vida privada do indivíduo, além de constituir um evidente respeito a

⁵² BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de jan. 2002.

dignidade humana. A morosidade judicial não empata na decisão tomada por uma das partes ou por ambas em requerer o divórcio, sendo que a morte não influencia para uma mudança de decisão – o que foi determinado inicialmente pelas partes é o que prevalece.

Nesse contexto, se as partes já possuírem uma ação de divórcio em curso, no qual foi proposto o término do relacionamento e não haja uma decisão liminar, por demora do magistrado ou até mesmo por motivos imprevisíveis, deve ser aplicado o instituto do divórcio post mortem a fim de homologar a dissolução que deveria ter ocorrido assim que solicitada pelas partes.

O cotidiano do direito das famílias e sucessões possui um caráter mais íntimo, personalíssimo e ligado ao afeto. Nesses moldes, a intervenção mínima por parte do Estado é o mais correto, pois gradualmente vai adquirindo uma estrutura muito mais privada – nesse quesito que entra a autonomia das partes.

Diante de todas as evoluções que ocorreram com o divórcio, o Estado deve se adequar as mudanças, até mesmo pelo direito não ser imutável, pois está sujeito às mudanças da coletividade. Dessa maneira, a busca por soluções mais céleres e que respeitam a manifestação inicial da parte viabilizam uma decisão mais justa.

A autonomia privada, segundo Maria Helena Diniz:

O princípio da autonomia da vontade é o poder de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontade, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica (2011, p. 40-1).

Portanto, o divórcio post mortem é inegavelmente uma inovação no campo judicial, coadjuvando os processos no qual o magistrado não conseguiu finalizar o processo a tempo e, por isso, a decisão que põe fim ao casamento, mesmo após a morte de uma das partes, obedece a ideia de potestividade do divórcio e resguarda valores primordiais da dignidade humana e liberdade do indivíduo.

REFERÊNCIAS

CHAVES FARIAS, Cristiano. Divórcio 'post mortem': A morte que não separa.

Meu Site Jurídico. Disponível

em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/07/31/divorcio-postmortem-morte-que-nao-separa/>>. Acesso em 19 de jan. 2022.

BOUÇAS, Cibelle. TJ-MG garante divórcio mesmo após morte de marido. **Lopes& Castelo**. Disponível em: <<https://lopescastelo.adv.br/tj-mg-garantedivorcio-mesmo-apos-morte-de-marido/>>. Acesso em 19 de jan. 2022.

Assessoria de Comunicação do IBDFAM. TJMG concede divórcio post mortem a pedido da filha; tese que prevaleceu é do presidente do IBDFAM. **IBDFAM**.

Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/noticias/8846/TJMG+concede+div%C3%B3rcio+post+mortem+a+pedido+da+filha%3B+tese+que+prevaleceu+%C3%A9+do+presidente+do+IBDFAM#:~:text=A%20tese%20de%20div%C3%B3rcio%20post,morreu%20no%20curso%20do%20processo>>. Acesso em 19 de jan. 2022.

Dias, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. / Maria Berenice Dias – 14. Ed. Ver. Ampl. E atual. — Salvador: Editora JusPodivm, 2021. 1056 p.

Livro Direito Civil Brasileiro, volume 6, Direito de Família, Autor: Carlos Roberto Gonçalves, Editora Saraiva. São Paulo: Saraiva, 2013. TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Redesenhando os contornos da dissolução do casamento (casar e permanecer casado: eis a questão). In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Afeto, ética, família e o novo Código Civil. Belo Horizonte.

MBA Advocacia e Consultoria. STF decide: não existe diferença entre cônjuge e companheiro para fins sucessórios, 2017. Disponível em: <<https://mbaadvocacia.jusbrasil.com.br/noticias/463383687/stf-decide-naoexiste-diferenca-entre-conjuge-e-companheiro-para-fins-sucessorios>>. Acesso em: 12 de fev. 2022.

SILVA NETO, René da Fonseca e. Considerações sobre o regime de bens no Código Civil Brasileiro. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2869, 10 maio 2011. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19073>. Acesso em: 14 fev. 2022.

SILVA DE ALMEIDA, Crislaine Maria. **A Emenda Constitucional nº 66 de 2010 e seus efeitos**. Direitonet, 2011. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7008/A-EmendaConstitucional-no-66-de-2010-e-seus-efeitos>>. Acesso em 14 fev. 2022.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. O novo divórcio, 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 70.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias. V. 6, 10. Ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. Tutela antecipatória, julgamento antecipado da lide e execução Imediata da sentença. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ASSIS, Vivian Santos. **O INSTITUTO DO DIVÓRCIO “POST MORTEM**. UFBA, 2018.

RATTI, Fernanda Cadavid. Autonomia da vontade e/ou autonomia privada? . Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4311, 21 abr. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/38318>. Acesso em: 16 mar. 2022.

A EVOLUÇÃO DOS BANCOS DIGITAIS E A RELEVÂNCIA DA REGULAÇÃO BANCÁRIA

RUI MAURICIO LEÃO:
Graduando em Direito, Centro
Universitário de Santa Fé do Sul/SP,
UNIFUNEC

REGINA MARIA DE SOUZA⁵³

(orientadora)

RESUMO: O incessante desenvolvimento tecnológico, em especial da comunicação tem transformado as maneiras com que nos relacionamos e fazemos negócios, e no mercado financeiro não foi diferente, pois a evolução dos serviços financeiros por meio eletrônicos vieram para ficar, principalmente com a ocorrência das medidas sanitárias de isolamento em decorrência do novo Corona Vírus. Os bancos digitais que já estavam em forte desenvolvimento, agora lidera as transações em relação as realizadas em bancos tradicionais. No entanto com o amplo surgimentos de novos bancos, em sua maioria digitais, se faz um assunto relevante que a regulação bancárias objetivada em assegurar a solidez do mercado financeiro seja capaz de acompanhar tal evolução e garantir liquidez ao mercado ao mesmo tempo em que proporcione proteção aos usuários. Diante disto o objetivo deste trabalho é elucidar a evolução dos bancos digitais, bem como a relevância da regulação bancária. Para tanto será necessário o levantamento de dados acerca dos bancos e serviços digitais, junto às regulamentações que lhe normatizam. Situação esta que aponta a necessidade do Estado manter-se atualizado e com a legislação compatível à presente evolução do mercado financeiro brasileiro.

Palavras-chave: Regulação bancária, bancos digitais, Sistema Financeiro, Fintechs.

ABSTRACT: The incessant technological development, especially in communication, has transformed the ways in which we relate and do business, and in the financial market it was no different, as the evolution of financial services through electronic means is here to stay, mainly with the occurrence of sanitary measures of isolation due to the new corona virus. Digital banks, which were already in strong development, now lead transactions in relation to those carried out in traditional banks. However, with the wide emergence of new banks, mostly digital, it is a relevant issue that banking regulation aimed at ensuring the soundness of the financial market is able to accompany such evolution and guarantee liquidity to the market while providing protection to users. In view of this, the objective of this work is to

⁵³ Mestre e Doutora em Serviço Social, especialista em Direito de Família e das Sucessões em Direito processual civil, Processo penal

elucidate the evolution of digital banks, as well as the relevance of banking regulation. For this, it will be necessary to collect data about banks and digital services, along with the regulations that regulate them. This situation points to the need for the State to keep up to date and with the legislation compatible with the present evolution of the Brazilian financial market.

Keywords: Banking regulation, digital banks, Financial System, Fintechs.

1 INTRODUÇÃO

Assim como em todos os setores a comunicação e a tecnologia vêm alterando as formas como realizamos tarefas, trabalhamos, estudamos e vivemos nossos dias, uma vez que a tecnologia aproximou, facilitou e trouxe para a palma de nossas mãos a possibilidade de realizar tarefas que antes nos exigiam a necessidade de locomoção.

Muito presente em nossos dias como os aplicativos de mensagens instantâneas e as plataformas de comércio eletrônico, temos também cada vez com mais força as transações bancárias realizadas eletronicamente. As transferências de dinheiro, pagamentos de contas, contratações de produtos de seguridade e até mesmo a escolha e aplicações de recursos financeiros superavitários têm conquistado um forte e crescente espaço frente as transações tradicionais feitas pessoalmente em grandes bancos.

Embora os bancos ofereçam determinados serviços por meio eletrônicos desde 1995, passaram estes a serem mais notáveis com o surgimento das fintechs e bancos digitais que oferecem seus serviços virtuais desde a abertura da conta, ao contrário dos bancos tradicionais em que seus clientes somente poderiam acessar serviços eletrônicos após a abertura de uma conta por meio presencial em um banco tradicional

A forte adoção dos meios digitais pelos bancos não ganha força unicamente pela praticidade proporcionada ao usuário, mas também pela redução dos custos de coleta, processamento e uso das informações, permitindo-lhes assim a otimização de diversos processos, tais como o cálculo de riscos de crédito e de custos por exemplo (DAVIS; TUORI, 2000).

Nesse contexto de evolução dos serviços do sistema financeiro faz-se notório a necessidade de intervenção do Estado com vistas a proteção do consumidor e da liquidez deste mercado. No entanto a função do Estado tem que se restringir a estimular a busca de inovações que promovam o crescimento e desenvolvimento dos diversos segmentos do mercado nacional de forma sustentável. Dessa forma, salienta-se a importância da regulação bancária pelo Banco Central do Brasil e demais órgãos reguladores.

Contudo, tamanho avanço do sistema financeiro ainda teve um grande incentivo decorrente da pandemia ocasionada pelo no Corona Virus, cotidianamente conhecido como Covid19, pois com as medidas sanitárias de isolamento social e a suspensão temporária dos atendimentos presenciais houve um crescimento extraordinário na bancarização dos brasileiros, que segundo o IBGE, aproximadamente 10 milhões de pessoas abriram contas junto às instituições financeiras no Brasil. Situação impactada também pelo pagamento do auxílio emergencial pelo governo federal, que por sua vez foi realizado de forma digital. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2021)

Com uma análise da forma como a estrutura regulatória tem acompanhado as mudanças e o surgimento dos novos serviços o presente estudo tem o objetivo de elucidar os passos dados e seus respectivos desafios a caminho da regulação dos bancos e serviços digitais pelos órgãos reguladores no Brasil.

2. AUTOATENDIMENTO

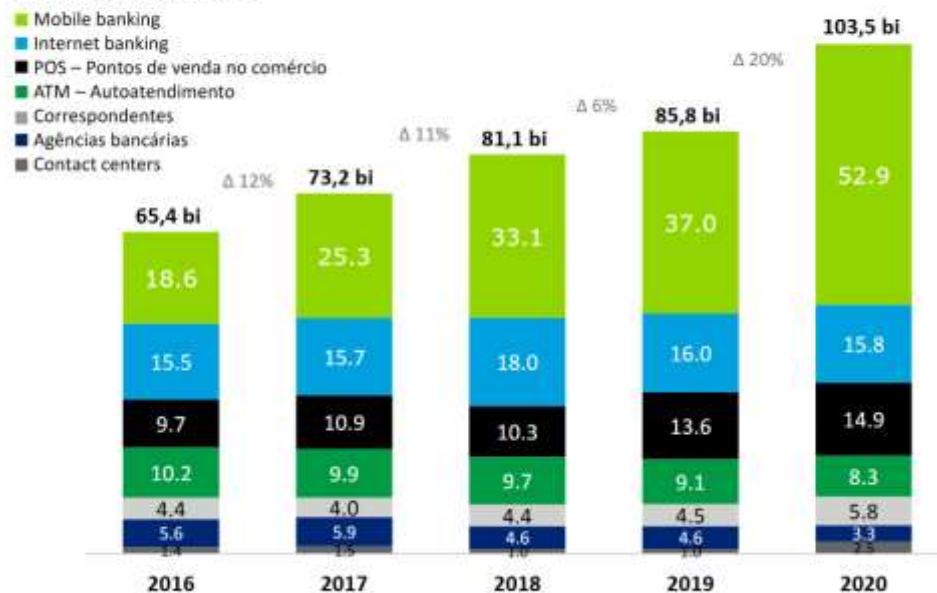
Um provável ponto de partida para o desenvolvimento dos bancos digitais está relacionado a necessidade de um efetivo autoatendimento, este por sua vez iniciado pelos bancos tradicionais com o intuito crescente de busca por maior efetividade e diminuição dos custos com mão de obra.

Com um espaço cada vez maior, os bancos digitais ganham ainda mais espaço com o trágico advento da pandemia da Covid-19, exigindo o aumento das mais diversas atividades de formas não presenciais, de acordo com uma pesquisa da Fintech Mambu, 54% dos brasileiros entre 18 e 35 anos já utilizam uma instituição digital como seu principal uso no sistema financeiro. Segundo resultados dessa pesquisa 61% dos jovens brasileiros de nível mais baixo sob o aspecto socioeconômico têm um banco digital como sua principal instituição financeira, enquanto entre os jovens de níveis mais ricos 62% tem como principal instituição financeira um grande banco. A grande razão apontada para isso é que os bancos digitais fortaleceram sua participação neste grande mercado com a oferta de serviços sem custo ou com custo inferior ao praticado pelos bancos tradicionais, bem como a oferta dos cartões de crédito sem anuidade, trazendo para este mercado, públicos antes com pouco acesso financeiro para tal. (EXAME, 2022)

De acordo com uma pesquisa realizada pela Federação Brasileira dos Bancos (FEBRABAN), o investimento em tecnologia no Brasil em 2020 foi de U\$\$ 29,5 bilhões, e no mundo foi de U\$\$ 2,9 trilhões, tendo como setor bancário, o segundo lugar em maior valor no Brasil e no mundo. Setor este que apresenta grande merecimento, pois as transações bancárias tiveram em 2020 um aumento de 20%, sendo o maior aumento dos últimos anos e atualmente o mobile banking é o canal dominante e responsável por mais da metade de todas as transações bancárias realizadas, como podemos verificar no gráfico abaixo.

Total de transações bancárias registrou crescimento de 20%, o maior dos últimos anos

Em bilhões de transações



Amostra: 21 bancos
 © 2021. Para mais informações, contate a Deloitte Touche Tohmatsu Limited.

Fonte: FEBRABAN, 2021.

Conforme exposto no mesmo relatório “O acesso do nosso internet banking por pessoa física reduziu drasticamente, enquanto o acesso pelo aplicativo, que já vinha em uma crescente, acelerou ainda mais com a pandemia.” (FEBRABAN, 2021)

A incessante evolução tecnológica propicia a criação de ferramentas novas e ao mesmo tempo cria também novos desafios para os órgãos reguladores, uma vez que estes precisam acompanhar tais inovações para garantir a segurança e um bom funcionamento eficiente das transações dos bancos tradicionais concomitante aos novos entrantes. Salienta-se ainda que essas evoluções tecnológicas permitem a entrada de empresas menores e menos estruturadas. (BULLOCK, 2018).

3. BANCOS DIGITAIS

As instituições financeiras considerados bancos digitais, geralmente são fintechs, uma abreviação derivada das palavras *financial technology*, que por sua vez são empresas que desenvolvem produtos financeiros digitais como; banco digital, empréstimos, cartão de crédito e débito, seguros, meios de pagamentos, dentre outros. As fintechs financeiras no Brasil passaram a ser regulamentadas pela resolução 4.656 de 2018 por exigência do Conselho Monetário Nacional (CMN). A partir de então o Banco Central do Brasil criou dois

modelos de operação para tais empresas financeiras, que são a Sociedade de Empréstimo entre Pessoas (SEP) e a Sociedade de Crédito Direto (SCD), onde a primeira atua com a intermediação entre agentes superavitários e os tomadores de crédito, e na segunda as empresas emprestam recursos próprios. (Banco Central do Brasil, 2020)

O crescente aumento na taxa de bancarização da população brasileira passou de 72,4% em 2008 para 90,4% em 2016 de acordo com o levantamento realizado pela FEBRABAN dividindo a quantidade de CPFs ativos presentes no sistema do Banco Central do Brasil de pessoas com idade superior a quinze anos pela população brasileira desta mesma faixa etária. (FEBRABAN, 2018)

4. PIX

Além da constante evolução tecnológica e da pandemia, outro fator que contribuiu muito para o aumento da demanda sobre as instituições financeiras digitais foi a criação do PIX, que veio para facilitar as formas de transferir recursos financeiros entre pessoas físicas e jurídicas, bem como para a efetivação de pagamentos. Conforme exposto no site do Banco Central do Brasil,

“Pix é o pagamento instantâneo brasileiro. O meio de pagamento criado pelo Banco Central (BC) em que os recursos são transferidos entre contas em poucos segundos, a qualquer hora ou dia. É prático, rápido e seguro. O Pix pode ser realizado a partir de uma conta corrente, conta poupança ou conta de pagamento pré-paga.”
(BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2022)

No que se refere à abertura de contas digitais, a Resolução nº 4.753 que entrou em vigor em janeiro de 2020 simplificou e modernizou as regras de abertura das contas digitais, tornando assim os tramites mais compatíveis aos hábitos de seus consumidores. Sendo essa resolução uma continuidade do processo de regulamentação viabilizado também pela Resolução nº 4.480 de abril de 2016. Enquanto as fintechs foram regulamentadas pelas Resoluções nº 4.656 e 4.657 do Conselho Monetário Nacional. Instituído a partir de então mais autonomia às fintechs que passam a atuar sem a obrigatoriedade de parceria com os bancos tradicionais.

5. DOCUMENTOS ELETRÔNICOS

A realização de transações digitais ocorre por meio de um documento digital, que pode ser qualificado como documento eletrônico ou documento informático, mas todos com o mesmo significado, sendo qualquer documento produzido através do uso do computador. Sendo assim, o documento eletrônico constitui-se em uma representação da realidade, que pode estar expresso de forma textual, sonora, gráfica, ou alguma outra

capaz de representar informações, cláusulas e demais dados necessários para a ocorrência de uma transação eletrônica.

Toda essa evolução tecnológica da informação não anda junto à evolução das pautas jurídicas sobre tal assunto, de forma que se cria um espaço no tempo em que mesmo com a existência e pleno uso de determinadas ferramentas inovadoras, ainda não haja legislação que a acompanhe. Situação semelhante foi citada por um grande nome do mundo dos negócios, Peter Drucker, quando sintetizou que há na Revolução da informação se equipara ao mesmo ponto em que a Revolução Industrial esteve em 1820, aproximadamente 40 anos após o aperfeiçoamento da máquina a vapor por James Watt, de forma que a máquina a vapor representava para a revolução industrial o mesmo que o computador representa para a Revolução da Informação. (DRUCKER, 1992)

A normatização que rege a regulação específica dos bancos e contas digitais teve início a partir de 2016 por meio da Resolução CMN nº 4.474 que dispõe a respeito da digitalização e gestão de tais documentos virtuais, bem como às transações realizadas pelas instituições financeiras autorizadas em seu funcionamento pelo Banco Central do Brasil, incluindo assim os chamados bancos digitais. Tratou-se também sobre o descarte dos documentos digitalizados e armazenados eletronicamente (CMN, 2016).

Esta mesma resolução traz ainda procedimentos específicos que o processo da digitalização e sua respectiva manutenção dos documentos digitalizados devem assegurar:

- I - integridade, autenticidade, confidencialidade e possibilidade de rastreamento do documento digitalizado;
- II - proteção do documento digitalizado contra o acesso, o uso, a alteração, a reprodução e a destruição não autorizados;
- III - rastreamento e auditoria dos procedimentos empregados;
- IV - padrão de qualidade da imagem do documento digitalizado que garanta a sua legibilidade e uso; e
- V - indexação que possibilite a localização, o gerenciamento e a preservação do documento digitalizado, bem como posterior conferência da regularidade das etapas do processo adotado. (CMN, 2016a, p. 5)

O conjunto das diversas regulamentações que parametrizam os aspectos dos serviços e transações digitais visam gerar segurança no sistema financeiro ao mesmo tempo que viabiliza a evolução deste segmento, uma vez que no contexto jurídico a maior

barreira na aceitação de um documento enviado por computador, ou até meio via fax é a possibilidade de se verificar a assinatura, bem como na segurança quanto a identificação do autor.

6. BANCO CENTRAL DO BRASIL (BACEN)

Instituição criada pela Lei 4.595 de 1964 consiste em uma autarquia federal e é vinculada ao Ministério da Fazenda, é o primeiro órgão supervisor e tem o objetivo de regular o sistema financeiro e zelar pela estabilidade econômica do país, sendo então um das instituições mais importante para todo o Sistema Financeiro Nacional.

Seu papel além de regulamentar, abrange ainda a fiscalização e autorização de funcionamento de todas as instituições financeiras instaladas no território brasileiro, pois assim o Estado por meio deste órgão é capaz de assegurar a estabilidade econômica no país.

Em sua definição específica ainda consta,

Condução das políticas monetária, cambial, de crédito e de relações financeiras com o exterior; a regulação e a supervisão do Sistema Financeiro Nacional (SFN) e a administração do sistema de pagamentos e do meio circulante. O Banco Central atua também como Secretaria-Executiva do Conselho Monetário Nacional (CMN) e torna públicas as Resoluções do CMN. (BACEN, 1964)

Sua missão mais vital para o Sistema Financeiro Nacional é “assegurar a estabilidade do poder de compra da moeda e um sistema financeiro sólido e eficiente”. Entretanto tal instituição financeira possui outras tarefas que inclui controle da inflação por meio da política monetária, prover condições de assegurar a solidez e solvência do sistema financeiro, e dentre outros, emitir papel moeda. Sendo ainda o banco do governo com a função de acolher o depósito das reservas do país.

Salienta-se ainda que por se tratar de uma autarquia federal, tal órgão não está subordinado a nenhum outro órgão público, para que assim tenha autonomia em suas funções e deliberações.

7. REGULAÇÃO NO SISTEMA BANCÁRIO

As corriqueiras atividades das instituições financeiras englobam os riscos de liquidez e de crédito, que se trata do risco de não se conseguir transformar um ativo em dinheiro quando se quiser, ou do emitente de um título não honrar seu devido pagamento nos parâmetros pré acordados, respectivamente. No entanto, o mercado financeiro tem uma peculiaridade que é o chamado risco sistêmico, que por sua vez é entendido como a

possibilidade de um “contágio”, ou seja, com a quebra ou crise de um banco seria possível que isso se propagasse às instituições com quem este primeiro estabelece negócios. E desta forma os efeitos dessa crise ou quebra não se limita às instituições financeiras nem ao seu setor financeiro especificamente, pois seus impactos perpetuariam de forma sistêmica decorrente dos prejuízos da falta de liquidez de algum ativo e das inadimplências geradas a partir da ocorrência inicial. (CASTRO, 2007).

Na impossibilidade de extinguir esse risco por completo, há a necessidade de diminuir ao máximo suas possibilidades de ocorrência, e para tanto existem a regulação do sistema bancário. Ainda que todos os entes envolvidos tenham interesses na geração de zelo e maior segurança, apenas o governo possui poderes que os setores privados não detêm, podendo coagir ou prescrever medidas de retaliação, promover a adoção de medidas que limitem a atuação e alavancagem dos bancos em determinadas atividades, bem como sua exposição a riscos, quando tais atividades simbolizarem alto risco para a instituição e para o sistema como um todo (GUINLE, 1999).

Um relevante desafio enfrentado pelos órgãos reguladores é o timing da regulação, pois a atualização dos recursos digitais é muito rápida, e as vezes ocorrem até diariamente, tornando impossível que as regras acompanhem tal evolução, pois mesmo que o regulador identifique a necessidade de uma interferência, estudos e verificações legais anteriores a uma possível implementação de qualquer norma. (SADDI, 2015)

Um fundamento inicial para a existência da regulação consiste na assimetria informacional, a concentração econômica e externalidades, da qual pode-se extrair o entendimento de que tal assimetria se dá pela capacidade dos agentes significativamente superavitários pagarem pela informação que desejam para que possam avaliar de forma apurada o nível de risco assumido, enquanto os pequenos depositantes são hipossuficientes e incapazes de acessar ou obter tais informações, causando uma falha de mercado denominada assimetria informacional (GUINLE, 1999).

Para Guinle (1999, pp. 3-4),

Regulação, no sentido genérico da palavra, significa dirigir, monitorar de acordo com um conjunto de regras que objetivam orientar determinado segmento na condução de sua atividade. No caso do sistema financeiro, especificamente no caso do sistema bancário, a regulação significa uma série de limitações e orientações contábeis, operacionais e administrativas que devem ser seguidas e que são fruto de constante monitoração por parte do órgão regulador.

Segundo o entendimento de Carvalho (2007), acerca da regulação do sistema financeiro, com o intuito de parametrizar ou impedir o cometimento de específicas condutas dos agentes de mercado, o Estado precisa fiscalizar e punir, citando inclusive que:

A regulação exercida pela CVM e BCB, por exemplo, não se limita à normatização de condutas, de acordo com a política e normas promulgadas pelo CMN; mas, também, pressupõe atividade de fiscalização e aplicação de sanção, mediante instauração de procedimento administrativo próprio (com fulcro na Lei nº 9.457, de 5 de maio de 1997).

O novo contexto de funcionamento dos bancos deixa evidente que este novo modelo além de mais prático e moderno é também mais econômico às instituições, se comparado aos modelos ainda existentes dos bancos tradicionais. De forma que já objetivando proteger o consumidor de uma condução forçada aos meios eletrônicos, foi estabelecida a Resolução 4.479 que impõe que as instituições não podem "recusar ou dificultar, aos clientes e usuários de seus produtos e serviços, o acesso aos canais de atendimento convencionais, inclusive guichês de caixa" (CMN, 2009, p. 2).

A Resolução CMN nº 4.480, de 2016 foi de grande relevância para o avanço e desenvolvimentos dos serviços financeiros digitais, pois dispõe sobre abertura e encerramento de contas transacionados de forma eletrônica. A referida resolução estabelece em seu texto a determinação que são considerados meios eletrônicos os "instrumentos e os canais remotos utilizados para comunicação e troca de informações, sem contato presencial, entre clientes e as instituições referidas no caput" e que "a utilização exclusiva de canal de telefonia por voz não é considerada meio eletrônico para fins do disposto nesta Resolução" (CMN, 2016c, p. 1).

Contudo, toda abordagem no quesito regulação abrangem tanto os bancos tradicionais quanto os digitais, demandando ainda regulamentações mais específicas.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como a ideia de barrar a evolução dos processos de informação é algo impossível e inviável, a necessidade da busca pela segurança jurídica pressionou a criação de ordenamentos jurídicos capazes de proteger as partes envolvidas.

Em um sistema bancário regulamentado, a maior parte das falências bancárias ocorre de maneira isolada, sem afetar as demais instituições e o conjunto do sistema (FREITAS, 2000).

Importantes dispositivos de regulação bancária são os Acordos de Basileia que estabelecem que os bancos devem assegurar o cumprimento de suas responsabilidades

financeiras com o próprio capital, de forma que a partir dessa capacidade de cada banco em garantir suas obrigações pecuniárias se consolida a solidez do Sistema Financeiro Nacional. (CORAZZA, 2000, p. 89)

Com uma maior concentração no funcionamento das transações virtuais, os aspectos como instalações físicas, patrimônio e demais recursos passam a ter menos ou praticamente nenhuma importância no momento de escolha de um banco para o usuário depositar e operar seus recursos. Toda essa dinâmica promove inúmeras vantagens e conforto ao cliente, entretanto exige que o Estado por meio de seus órgãos normativos fiscalizem tais instituições com vistas a manutenção da segurança e liquidez de todo o sistema financeiro.

Portanto, a regulação bancária, ainda que simbolize um entrave perante a evolução tecnológica do mercado financeiro, é de crucial importância para a manutenção da legalidade e da sustentabilidade de todo o Sistema Financeiro Nacional, bem como para a proteção do consumidor e manutenção de seus direitos.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Bianca. Bancos digitais já são principais bancos de relacionamento dos mais jovens. **Revista Exame**, São Paulo, 09 fev. 2022. Disponível em: <<https://exame.com/invest/minhas-financas/bancos-digitais-ja-sao-principal-banco-de-relacionamento-dos-mais-jovens/>>. Acesso em: 15 jul. 2022.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **CMN – Voto do Banco Central – Reunião de 31/03/2016**. Banco Central do Brasil, 31 mar. 2016. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/15648/nota>>. Acesso em: 11 set. 2022.

_____. **CMN – Votos do Banco Central – Reunião de 22/4/2016**. 2016. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/pt-br/#!/c/notas/15661>>. Acesso em: 21 set. 2022.

_____. **CMN – Votos do Banco Central – Reunião de 22/4/2016**. 2016. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/pt-br/#!/c/notas/15661>>. Acesso em: 21 set. 2022.

_____. **Institucional**. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/institucional>>. Acesso em: 02 abr. 2022.

_____. **Resolução Nº 3.694, de 26 de março de 2009**. Banco Central do Brasil, 26 mar. 2009. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/47651/Res_3694_v4_P.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2022.

_____. **Resolução nº 4.474 de 31 de março de 2016.** Dispõe sobre a digitalização e a gestão de documentos digitalizados relativos às operações e às transações realizadas pelas instituições financeiras e pelas demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil, bem como sobre o procedimento de descarte das matrizes físicas dos documentos digitalizados e armazenados eletronicamente. Banco Central do Brasil, 31 de março de 2016. Disponível em: <<https://www.gov.br/conarq/pt-br/legislacao-arquivistica/resolucoes/resolucao-no-4-474-de-31-de-marco-de-2016>>. Acesso em: 11 set. 2022.

_____. **Resolução nº 4.479 de 25 de abril de 2016.** Altera a Resolução nº 3.694, de 26 de março de 2009, que dispõe sobre a prevenção de riscos na contratação de operações e na prestação de serviços por parte de instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil. Banco Central do Brasil, 25 de abril de 2016. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50184/Res_4479_v1_O.pdf> Acesso em: 12 ago. 2022.

_____. **Resolução nº 4.480 de 25 de abril de 2016.** Dispõe sobre a abertura e o encerramento de contas de depósitos por meio eletrônico e dá outras providências. Banco Central do Brasil, 25 de abril de 2016. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50185/Res_4480_v1_O.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2022.

_____. **Resolução CMN nº 4.656 de 26 de abril de 2018.** Dispõe sobre a sociedade de crédito direto e a sociedade de empréstimo entre pessoas, disciplina a realização de operações de empréstimo e de financiamento entre pessoas por meio de plataforma eletrônica e estabelece os requisitos e os procedimentos para autorização para funcionamento, transferência de controle societário, reorganização societária e cancelamento da autorização dessas instituições. Banco Central do Brasil, 26 abr. 2018. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50579/Res_4656_v4_P.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2022.

_____. **Resolução nº 4.657 de 26 de abril de 2018.** Banco Central do Brasil, 26 abr. 2018. Disponível em <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50580/Res_4657_v1_O.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2022.

_____. **Resolução nº 4.658 de 26 de abril de 2018.** Dispõe sobre a política de segurança cibernética e sobre os requisitos para a contratação de serviços de processamento e armazenamento de dados e de computação em nuvem a serem observados pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central

do Brasil. Banco Central do Brasil, 26 abr. 2018. Disponível em:
<https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50581/Res_4658_v1_O.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2022.

_____. **Circular nº 4.753 de 26 de setembro de 2019**. Dispõe sobre a abertura, a manutenção e o encerramento de conta de depósitos. Banco Central do Brasil, 26 set. 2019. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-4.753-de-26-de-setembro-de-2019-218821976>>. Acesso em: 11 set. 2022.

_____. **Relatório de estabilidade financeira**. Brasília: Banco Central do Brasil, v. 15, n. 2, set. 2016. Disponível em:
<http://www.bcb.gov.br/htms/estabilidade/2016_09/refPub.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2022.

_____. **Fintechs**. Banco Central do Brasil. Disponível em:
<<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/fintechs>>. Acesso em: 30 ago. 2022.

_____. **Fintechs de crédito e bancos digitais**. Banco Central do Brasil. Disponível em:
<https://www.bcb.gov.br/conteudo/relatorioinflacao/EstudosEspeciais/EE089_Fintechs_de_credito_e_bancos_digitais.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2022.

BRASIL. **Constituição Federal da República**, 1988. Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 4.595 de 31 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 maio 2000. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4595.htm>. Acesso em: 15 ago. 2022.

BRASIL. **Lei no 6.385, de 7 de dezembro de 1976**. Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 7 de dezembro de 1976. Disponível em
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6385.htm>. Acesso em: 25 jul. 2022.

BULLOCK, Michele. **Financial technology and payments regulation**. 2018. Disponível em: <<https://www.bis.org/review/r180723g.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2022.

CARVALHO, Tomás Lima de. A regulação do mercado financeiro e a necessária intervenção estatal na autonomia privada. **Revista da Procuradoria-geral do Banco Central**, Brasília, v. 5, n. 2, p. 77-107, dez. 2007. Disponível em:

<http://www.bcb.gov.br/pgbcb/122011/revista_pgbc_vol5_num2.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2022.

CASTRO, Lavínia Barros de. Regulação financeira – discutindo os acordos da Basiléia. **Revista do BNDES**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 28, p.277-304, dez. 2007. Disponível em: <<https://web.bndes.gov.br/bib/jspui/handle/1408/12140>>. Acesso em: 11 jul. 2022.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. **Instrução CVM nº 4.753 de 26 de setembro de 2019**. Dispõe sobre a abertura, a manutenção e o encerramento de conta de depósitos. Comissão de Valores Mobiliários, 26 de setembro de 2019. Disponível em <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-4.753-de-26-de-setembro-de-2019218821976>>. Acesso em: 11 jul. 2022.

_____. **Instrução CVM nº 4.753 de 26 de setembro de 2019**. Dispõe sobre a abertura, a manutenção e o encerramento de conta de depósitos. Comissão de Valores Mobiliários, 26 de setembro de 2019. Disponível em <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-4.753-de-26-de-setembro-de-2019-218821976>>. Acesso em: 11 jul. 2022.

_____. **Instrução CVM nº 626 de 15 de maio de 2020**. Dispõe sobre as regras para constituição e funcionamento de ambiente regulatório experimental (sandbox regulatório). Comissão de Valores Mobiliários, 1 de junho de 2020. Disponível em <<http://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst626.html>>. Acesso em: 11 jul. 2022.

CONFEDERACAO NACIONAL DAS INSTITUICOES FINANCEIRAS. **História do**

Sistema Financeiro Nacional (Viagem de 1808 a 2002). Disponível em <<https://cnf.org.br/historia-do-sistema-financeiro-nacional-viagem-de-1808-a-2002/>>. Acesso em: 11 jul. 2022.

Conselho Monetário Nacional. **Resolução Nº 2.025, de 24 de novembro de 1993**. 1993. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/43500/Res_2025_v7_P.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2022.

CORAZZA, Gentil. Os dilemas da supervisão bancária. **Indicadores Econômicos FEE**, Porto Alegre, v. 28, n. 1, p.85-99, jun. 2000. Disponível em: <<https://revistas.dee.spvgg.rs.gov.br/index.php/indicadores/article/view/1659/2027>>. Acesso em: 15 mai. 2022.

DAVIS, E. Phillip; TUORI, Klaus. **The changing structure of banks' income – anempirical investigation**. Londres: Brunel University, 2000. Disponível em: <<https://bura.brunel.ac.uk/bitstream/2438/876/1/00-11.pdf>>. Acesso em: 27 mai. 2022.

DRUCKER, Peter F. **A Nova Era da Administração**. São Paulo: Pioneira, 1992.

FEBRABAN. **Pesquisa FEBRABAN de tecnologia bancária 2017 (ano-base 2016)**. São Paulo: Deloitte, 2017. Disponível em: <https://cmsarquivos.febraban.org.br/Arquivos/documentos/PDF/Pesquisa%20FEBRABAN%20de%20Tecnologia%20Banc%C3%A1ria%202017_final.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2022.

_____. **Pesquisa FEBRABAN de tecnologia bancária 2021 (ano-base 2020)**. São Paulo: Deloitte, 2021. Disponível em: <<https://cmsarquivos.febraban.org.br/Arquivos/documentos/PDF/pesquisa-febraban-relatorio.pdf>>. Acesso em: 30 ago. 2022.

FOLHA DE S. PAULO. **Pandemia Leva a Bancarização de quase 10 milhões de pessoas**. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/10/pandemia-leva-a-bancarizacao-de-quase-10-milhoes-de-pessoas.shtml>>. Acesso em: 22 jul. 2022.

FREITAS, Maria Cristina Penido de. A Evolução dos Bancos Centrais e Seus Desafios no Contexto da Globalização Financeira. **Estudos Econômicos**, São Paulo, v. 30, n. 3, p.397-417, set. 2000. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/ee/article/view/117651>>. Acesso em: 11 abr. 2022.

GUINLE, Ana Carla Abrão Costa. **A regulação bancária no Brasil**. 1999. 108 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Economia, Escola de Pós-graduação em Economia, Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 1999. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/163/00090860.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2022.

PINTO, Gustavo Mathias Alves. **Regulação sistêmica e prudencial no setor bancário brasileiro**. 2011. 379 f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito Econômico, Departamento de Direito Econômico, Financeiro e Tributário, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-03092012-145854/pt-br.php>>. Acesso em: 15 mai. 2022.

SADDI, Jairo. **Crise e Regulação, Inovação Financeira e Algoritmos**. In: NUSDEO, Fabio (coord). O Direito econômico na atualidade. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

SANTOS, Edson Luiz dos. **Do Escambo à Inclusão Financeira: a evolução dos meios de pagamento.** 1 ed. Sao Paulo: Linotipo Digital, 2014. p. 32

VALENTE, Jonas. **Agência Brasil explica o que são contas digitais.** Transações financeiras digitais ficaram mais evidentes com a pandemia. Disponível em

<<https://fmp.edu.br/wp-content/uploads/2022/04/Anais-do-V-Egrupe.pdf>>. Acesso em: 12 jun 2022.

O PROCESSO COLETIVO ESTRUTURANTE NA DEFESA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO ESTADO DO TOCANTINS

MAXWELL CAMPOS DE ARRUDA JÚNIOR:
Bacharelado do Curso de Direito da Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS)/ Palmas – TO, Brasil.

BUENÃ PORTO SALGADO⁵⁴
(coautor)

RESUMO: O tema do projeto está relacionado a área do Direito Processual Civil, que visa a discussão acerca da importância das Ações Coletivas e ao Acesso à Saúde digna estabelecida por lei, de modo a verificar a sua imprescindibilidade na consubstancialização de políticas públicas que assegurem este direito constitucional, bem como, de atestar sua eficácia como ferramenta de materialização das políticas fomentadas, e, que por algum motivo, não tiveram a sua aplicabilidade exitosa, o que acaba por colocar em risco direitos difusos e transindividuais tão pertinentes para o bom desenvolvimento de uma sociedade mais justa e igualitária. Trazendo o que é o processo coletivo estruturante, assim como o direito a saúde e também como esta aplicação no estado do Tocantins, colocando assim as decisões tomadas pelo judiciário sobre o tema abordado, foram coletadas estas informações também no HGP, sendo utilizado seu sistema de dados internos.

Palavras - Chave: Direito; Processo Coletivo; Saúde.

ABSTRACT: The theme of the project is related to the area of Civil Procedural Law, which aims to discuss the importance of such procedural element in the concreteness of the Right to health of the population of Tocantins, in order to verify its indispensability in the consubstantialization of public policies that ensure this right. as well as attesting to its effectiveness as a tool for materializing the policies promoted, and which, for some reason, did not have their successful applicability, which ends up jeopardizing diffuse and trans-individual rights so relevant for the good development of a fairer and more egalitarian society. Bringing what is the structuring selection process, as well as the right to health and also how this application in the state of Tocantins, thus placing the decisions made by the judiciary on the topic addressed.

Keywords: Health; Right; Collective process.

⁵⁴ Doutor em Direito pela UNESA-Rio. Mestre em Direito pela EPD-SP, Professor da Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS). Auditor do TCE-TO. E-mail: jurisportosalgado@gmail.com.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a realizar uma análise acerca do processo estrutural nas políticas públicas com ênfase na saúde, bem como, analisar as decisões judiciais deliberadas no Estado do Tocantins, buscando demonstrar que conceito de dignidade é o bem maior do ser humano. Para que se tenha uma qualidade de vida mínima, é necessário que tenhamos acesso à saúde de forma correta.

No Brasil, a Carta Magna de 1988 trouxe em seu corpo as garantias fundamentais para o ser humano, e, dentro delas está o direito à saúde, tendo ainda mais destaque com a criação do Sistema Único de Saúde (SUS). Entretanto, nem mesmo isso salvou a população do descaso do poder público, haja vista a necessidade que se nota em muitos casos de adjudicar judicialmente para se tenha acesso integral a saúde.

A escolha do tema justifica-se pela necessidade de melhor compreensão de um fato comum na sociedade brasileira, que são as ações coletivas e o desrespeito ao direito à saúde. Tendo a seguinte questão como problemática: a judicialização da saúde, através das ações estruturantes, de fato se faz necessária no cenário estadual?

O objetivo geral é verificar a importância das ações coletivas estruturantes na consolidação do acesso ao direito básico e constitucional à saúde.

Para melhor compreensão quanto à estruturação do presente artigo, impede comentar que será composta por três capítulos, divididos da maneira a ser exposta brevemente a seguir. O primeiro capítulo abordará o histórico e as reformas estruturais; o segundo, a saúde como direito fundamental; o terceiro, a saúde no Tocantins, e o impacto das decisões judiciais estruturantes.

A presente pesquisa visa contribuir para o conhecimento existente sobre o assunto pesquisado. Quanto à forma de abordagem do objeto pesquisado, será uma pesquisa qualitativa, uma vez, que, busca compreensão acerca da problemática pesquisada, esta não requer o uso de métodos e técnicas estatísticas.

O estudo será realizado através de pesquisa bibliográfica, dado que se utilizará de informações disponibilizadas em livros, artigos disponíveis na rede mundial de computadores, e todos os tipos de materiais já publicados.

Outros métodos da pesquisa utilizados foram as análises bibliográficas, os endereços eletrônicos, sites legislativos, jornalísticos, blogs, com o fim de trazer melhor conhecimento sobre o tema e informações atuais de grande relevância para o trabalho, e que de maneira clara valoriza o texto e seu entendimento.

2. HISTÓRICO E AS REFORMAS ESTRUTURAIS

Resolução estrutural ou resolução estruturante é uma espécie de decisão que é analisada, em suma, de forma diferenciada. Jobim (2013) conceitua que esse tipo de decisão é complicado, tendo surgido nos Estados Unidos da América, juntamente do poder judiciário entre 1950 e 1970, com definições bem claras: não há grandes preocupações com a definição analítica ou a categorização sistemática desse tipo de decisão, (COSTA, 2012).

Dentro do conceito histórico, o primeiro litígio estruturante ocorreu com o caso Brown verso Board of Education of Topeka, em 1954, momento em que a corte norte-americana deu entrada num caso em que se discutiu o preconceito em sua forma mais completa. Ao aceitar a matrícula de estudantes negros em faculdades públicas, onde até aquele momento, somente pessoas brancas podiam estudar, esse ato trouxe um amplo processo de mudanças no que se referia a educação dentro daquele país, conhecida tal decisão como "*structural reform*". Sendo essa, apenas a primeira fase de mudanças.

Segundo Owen Fiss:

O Sistema de escolas públicas foi o sujeito do caso Brown, mas com o tempo a reforma estrutural foi alargada para incluir a polícia, prisões, hospitais de saúde mental, instituições para pessoas com retardo mental, abrigos públicos e agências de serviço social. Reformas estruturais alcançaram tão longe, quanto o moderno Estado Burocrático (FISS, 2008, p. 761).

Esse caso trouxe grandes reformas dentro do judiciário americano dos Estados Unidos. Dentro das resoluções, surgiram reformas estruturais em outras entidades, nas quais possuíam o mesmo propósito principal de assegurar a constitucionalidade e os direitos dos cidadãos americanos.

2.1 PROCESSO COLETIVO ESTRUTURANTE

Através das decisões dos juízes e tribunais usando o método estrutural, uma transformação vem emergindo na sociedade, cenário que prisma pela garantia da concretização dos principais direitos fundamentais, o que objetiva a efetividade do provimento jurisdicional para as mudanças sociais. Neste toar, se torna necessário o conhecimento do conceito de litígio estrutural, para assim, compreender quando serão cabíveis e quando podem ser utilizados os modelos de decisões estruturantes.

Para Edilson Vitorelli (2018), litígios nada mais são que conflitos que exigem interesse judicial para serem resolvidos, enquanto o processo seria a forma pré-ordenada de atos colocados à disposição social para o alcance desta provisão. Se essa técnica não

existir mais, os processos coletivos serão tratados por outras técnicas processuais segundo cada país, entretanto, mesmo com esta técnica disponível, nem sempre um litígio coletivo será usado na resolução de processos coletivos, pois esta podem ser ajuizadas através de várias ações individuais.

Assim, podemos afirmar que o processo coletivo é contingente, e o litígio coletivo é necessário, Vitorelli traz que:

Litígio coletivo é o conflito de interesses que se instala envolvendo um grupo de pessoas, mais ou menos amplo, sendo que essas pessoas são tratadas pela parte contrária como um conjunto, sem que haja relevância significativa em qualquer de suas características estritamente pessoais (VITORELLI, 2018, p. 04).

Pode-se, então, afirmar que o processo coletivo é uma técnica para o desenrolar de litígios coletivos. Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. Dispõe que:

Uma relação jurídica é coletiva se em um de seus termos, como sujeito ativo ou passivo, encontra-se um grupo (comunidade, categoria, classe etc.; designa-se qualquer um deles pelo gênero grupo) e, se no outro termo, a relação jurídica litigiosa envolver direito (situação jurídica ativa) ou dever ou estado de sujeição (situações jurídicas passivas) de um determinado grupo. Assim, presentes o grupo e a situação jurídica coletiva, está-se diante de um processo coletivo (DIDIER JR; ZANETI JR, 2018, p. 31)

Zavascki (2003) aduz, que, no sentido amplo, a existência da preocupação com a tutela dos direitos coletivos no Brasil veio de forma mais acentuada no início da década de 60, havendo a publicação da Lei de Ação Popular em 1965. Na sequência, em 1985, foi promulgada a Lei de Ação Civil Pública, sendo considerada como um grande instrumento para a efetivação de tutelas coletivas.

Em sequência, o autor aduz que a Constituição Federal de 88 trouxe um reforço no sistema híbrido do controle da constitucionalidade adotada, tendo também ocorrido novas criações no que diz respeito às tutelas coletivas, e sua legitimação. Em 1990 o código de defesa do consumidor trouxe os direitos coletivos como difusos, estabelecendo uma classificação utilizada pela doutrina a clássica.

Nem sempre as tutelas para ações coletivas eram adequadas ou suficientes, visto que geralmente era uma adaptação dos instrumentos utilizados nos procedimentos individuais, contudo, Vitorelli (2018) trouxe inovações ao mostrar que as escolhas processuais devem ser conforme os litígios e suas individualidades, as técnicas podem e

devem ter alterações conforme cada caso apresentado, para que assim existam um julgamento justo e concreto.

2.1.1 CONCEITO DE DECISÃO ESTRUTURAL

Pode-se colocar que a resolução estrutural é quem implementa uma reforma dentro de uma organização, companhia e entidade, para ser uma solucionadora de litígios simples ou complexos (colisão múltiplos interesses sociais), denominado, assim, processo estrutural.

O conceito primário é que se orienta futuras demandas complexas, e que buscam a perfeita resolução da lide, que seja resolvida de forma que não tenham que se debater mais aquele tema.

Observando seu início, vemos que é o processo onde o juiz faz uma decisão levando em conta os valores públicos, existe aqui a participação de toda a sociedade que tenha interesse no resultado da resolução da demanda. A decisão estrutural dentro da formulação e execução, traz Judiciário e Estado, envolvidos, não na defesa e julgamento, mas em ouvir os interessados e buscar uma plena e efetiva resolução, amoldável a casos posteriores e fiscalizada pelo poder sentenciador, (VITORELLI, 2015).

É necessário que a Administração pública se molde às mudanças constantes dentro da sociedade, para que, assim, possam atender melhor o interesse da população, juntamente com o poder judiciário.

2.1.2 PROCESO ESTRUTURAL – CATEGORIAS

Existem dois tipos que podem ser indicadores do litígio coletivo, a conflituosidade e a complexidade, a primeira é medida pela uniformidade dos membros da sociedade, sendo assim, esse litígio seria mais conflituoso se gerasse um enorme impacto na violação perante o resultado exigido, já o segundo, é medido através da variabilidade, portanto, um litígio é mais complexo conforme as lesões que ele vai causando e a possibilidade da tutela da violação (VITORELLI, 2016).

Ressaltando que estes não são co-dependentes, a existência de seus titulares, possui três categorias que são definidas conforme o ato praticado e a lesão causada.

Os primeiros são os litígios globais (ou litígios transindividuais de difusão global): estes não atingem de forma direta qualquer cidadão, os titulares são atingidos de modo uniforme e quase imperceptível se olhado de forma individual, portanto não existe o interesse pessoal de forma visível. Vitorelli (2016, p. 24) diz que: “um bom exemplo é o

vazamento de óleo em menor quantidade no meio do oceano. O nível de conflito é baixo internamente e tem maiores possibilidades de auto composição”.

A segunda já traz os litígios locais (ou transindividuais de difusão local): eles alcançam a sociedade em pequenas proporções, com ligações de correlação social, emocional e histórico, como exemplo, tem-se as comunidades quilombolas e indígenas. Existe nesse litígio um alto grau de complexidade, e ligações reais de identidade (VITORELLI, 2016).

Já a terceira, é a que podemos dizer que mais cabe dentro da abordagem aqui disposta com base em Vitorelli (2016), pois aponta os litígios irradiados. A lesão afeta de modo desigual e de várias formas a sociedade, de diferentes comunidades e perspectivas sociais, essas são atingidas de maneiras diferentes dentro dos parâmetros individuais, são voláteis, ora parcialmente coincidentes, ora antagônicos. Sendo assim, esta incompatibilidade será observada por toda sociedade afetada, visto que gera resultados entre o causador do dano e entre os demais afetados.

3. A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O conceito de Direito, segundo Kelsen (1985), pode ser tido como um ramo do conhecimento humano, denominada ciência do direito, ou seja, um estado que esclarece as normas que regulam o comportamento social, podendo a mesma palavra ser usada de forma axiológica no sentido de justiça, e subjetiva na orientação do direito positivo. Reale (1976, p.104) esclarece que a “regra de direito vista por dentro, seria como uma ação regulada”, que possui várias outras formas de uso.

A forma subjetiva é a que se utiliza na exigência do Direito à saúde, a Constituição Federal de 1988 traz esse direito como fundamental, disposto no artigo 6º e no artigo 196, onde traz também que o Estado deve prover condições indispensáveis para seu exercício.

3.1 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988: A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Como já abordado, o direito à saúde está disposto nos artigos 6º e 196 da Carta Magna vigente, tratado como direito fundamental. Barros (1996, p. 134) informa que: “a dignidade humana e os direitos fundamentais vêm constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídico brasileiro”.

Silva, realiza uma abordagem sobre a colocação do direito à saúde na Carta Magna:

É espantoso como um bem extraordinariamente relevante à vida humana só na Constituição de 1988 tenha sido elevado à condição de direito fundamental do homem. E há de informar-se pelo princípio

de que o direito igual à vida de todos os seres humanos significa também que, nos casos de doença, cada um tem direito a tratamento condigno de acordo com o estado atual da Ciência Médica, independentemente de sua situação econômica, sob pena de não ter muito valor sua consagração em normas constitucionais (SILVA, 2006, p. 304).

Sarlet (1998) informa que o artigo 196 seria um daqueles artigos considerados programáticos, pois qualifica a saúde como “direito de todos e dever do Estado”, pois a palavra saúde tem um caráter genérico, dificultando a precisão na investigação quando necessário. Existem várias formas de melhorar a saúde da população, por esse motivo, existe a forma de serem postulados judicialmente essas demandas.

Pode-se ter um conceito de saúde visando a Constituição de 88, onde essa traz que saúde comina com alimentação, moradia, saneamento básico, renda, trabalho etc., juntamente com os órgãos que compõem o Sistema Único de Saúde (SUS), e o Governo de estabelecer medidas de melhorias para a população.

3.1.1 POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE

Limberger (2011, p. 308) aborda que a “ideia de saúde pública é imbricada com o conceito de política pública”. Portanto, o direito à saúde pode ser visto da seguinte forma:

Deve ser garantido mediante políticas sociais e econômicas, ou seja, um conjunto de atos normativos que se constitua em uma verdadeira “*policy*”, para usar a expressão norte-americana característica para este tipo de ação. Não se trata de uma norma, mas um conjunto encadeado de atos e ações do Poder Público que visam a garantir a todos este direito e imponham aos órgãos competentes do Estado o dever de executá-las (SCAFF, 2011, p. 78).

Portanto, a competência para executar as políticas públicas cabe em comum competência à União, Estados, Municípios e Distrito Federal, como está disposto no artigo 23, II, da Constituição Federal, sendo assim eles podem formular e executar políticas de saúde. Portanto, impõe que haja cooperação entre elas, tendo em vista o “equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional” (BRASIL, 1988).

Depois de entrar em vigor a Carta Magna de 88, foi aprovada a Lei nº 8.080/90 denominada Lei Orgânica da Saúde, essa estabelece os modelos e estruturas que o SUS deve ser regido, o serviço de saúde prestado por órgãos e instituições públicas federais, municipais, estaduais, e administração direta e indireta, disposto no artigo 7º, I e IX da lei.

Entre as principais atribuições do SUS, está a “formulação da política de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos e outros insumos de interesse para a saúde e a participação na sua produção”. (BRASIL, 1990).

Já a Constituição Federal de 1988 traz de forma concisa o que é o direito à saúde no seu texto da seguinte forma, no Título VIII - Da Ordem Social, Capítulo II - Da Seguridade Social, Seção II - Da Saúde, artigo 6º e 196, saúde é um 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.

3.1.2 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

Por mais bonitas que sejam as leis, estas em suma não são cumpridas de forma corretas, deixando muitas vezes a população em desamparo, dessa forma, para conseguir o que é seu direito primal, é necessário utilizar a judicialização para ter acesso a médicos e medicamentos. O autor Lopes esclarece que:

O direito aos serviços médicos e farmacológicos indispensáveis à manutenção da própria vida, e vida digna, gratuito no Brasil, subjetiva-se diante de cada caso em concreto, em ordem a legitimar o acesso pronto e diretamente exercitável em juízo, de todos e cada um, em face dos poderes públicos (LOPES, 2010, p. 88).

O direito a saúde como já discutido, é um direito constitucional e que por si só compreende o direito à vida justa e digna. Dentro disso, é importante observar a reserva do possível no que se refere ao atual Estado, Torres responde que:

Os direitos sociais e econômicos estremam-se da problemática dos direitos fundamentais porque dependem da concessão do legislador, estão despojados do *status* negativos, não geram por si sós a pretensão às prestações positivas do Estado, carecem de eficácia “*erga omnes*” e se subordinam à ideia de justiça social. Revestem eles, na Constituição, a forma de princípios de justiça, de normas programáticas ou de política, sujeitos sempre a interpositivo “*legatoris*”, especificamente na via do orçamento público” (TORRES, 2001, p. 278-279).

O indivíduo tem direito às condições mínimas de existência, de forma digna, ocorre que este direito já é protegido de forma indeclinável pelo poder público dentro da dignidade da pessoa humana disposta na Carta Magna. Vale ressaltar que, este poder sabe

que a reserva do possível é meramente uma forma de se eximir e ainda de protelar o cumprimento de obrigações primárias.

Canotilho completa que:

Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos por todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob "*reserva dos cofres cheios*" equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica. Para atenuar essa desoladora conclusão adianta-se, por vezes, que a única vinculação razoável e possível do Estado em sede de direitos sociais, se reconduz à garantia do mínimo social (CANOTILHO, 2002, p. 481).

O direito à saúde é altamente necessário para a vida digna, assim como direito à alimentação e moradia, esses estão relacionados ao direito a vida, é, por isso podem ser exigidos judicialmente, pois é uma garantia constitucional e essa não deve sofrer intervenções que prejudiquem a sociedade.

4. A SAÚDE NO TOCANTINS – DECISÕES

Em suma do que foi disposto no trabalho, o Estado do Tocantins conta com muitas decisões judiciais de cunho Coletivo Estruturante em prol da Defesa do Direito Fundamental à Saúde. Neste capítulo será discorrido sobre decisões favoráveis à demanda aqui estudada, tendo enfoque nas principais, que serão: (1) neurocirurgia, (2) cardíaca, (3) oncológica, e (4) cardiopatia.

Todas as decisões fazem menção ao descaso do Poder Público com a população, que, em meio ao sofrimento ainda tem que ter forças para lutar por direitos já são assegurados. Vale analisar que várias demandas sobre o mesmo assunto encargam nas decisões judiciais de cunho coletivo, o que acaba colaborando para que as decisões coletivas tenham julgamentos mais céleres, ante a urgência e matéria a ser tratada na lide.

Cumprido ressaltar que dentro de tantas garantias legais que temos, não seriam necessárias estas adjudicações para se fazer cumprir o que a lei já dispõe, entretanto, a observância destas decisões se faz necessária para que haja a formalização de um parâmetro que possa ser seguido em futuras necessidades.

4.1 NEUROCIRURGIA – PROCESSO AUTOS Nº 0006406-49.2015.827.2729, AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PRECEITO MANDAMENTAL EM TUTELA DE URGÊNCIA

Inicial – Dos Fatos: Após visita surpresa ao Hospital Geral de Palmas, foi notada uma demanda reprimida de 24 (vinte e quatro) pacientes que aguardavam atendimento neurocirúrgico. Dentro dos casos analisados, foi vista que a demora por vezes perfazia o lapso de 3 (três) meses, ocasião em que casos eletivos começaram a urgir por urgência.

Aliado a isso, em termo de declarações prestado pelo Coordenador da Neurocirurgia, foi mencionado que o Estado nunca conseguiu se manifestar em tempo hábil para que houvesse a realização dos procedimentos cirúrgicos, devido a extrema ausência de materiais (para embolização). A falta da organização da oferta regular do serviço de neurocirurgia, tem como consequência, além da busca pela tutela individual perante a Defensoria Pública, Ministério Público e Advocacia Privada, o descumprimento reiterado de ordens judiciais, em total desrespeito ao Poder Judiciário, sobrecarregando as Varas de Fazenda Pública, com ações individuais repetitivas, motivo que ensejou a propositura da ação coletiva.

Argumentação jurídica: Para a propositura da ação em análise, foi levada em consideração a pretensão de concretização de direitos fundamentais prestacionais através da imposição de obrigações de fazer à parte ré com vistas em garantir o direito à saúde e à vida. Neste toar, citou-se a previsão constitucional no seu art. 23, no qual expressa a competência para cuidados da saúde por parte dos entes federativos.

Na seara do SUS, foi citada a Norma Operacional da Assistência à Saúde – NOAS/SUS n. 01/2002, editada pela Portaria GM/373, de 27/02/20024, que fixa a responsabilidade solidária da União e dos Estados-membros, por intermédio, respectivamente, do Ministério da Saúde e das Secretarias Estaduais de Saúde, para a garantia de acesso da população aos procedimentos de alta complexidade.

Dos pedidos: Os pedidos orquestrados em juízo consistiam em compelir o Estado do Tocantins, imediatamente, a esgotar todos os recursos administrativos e financeiros para viabilizar a realização dos procedimentos da neurocirurgia aos pacientes que se encontram internados no Hospital Geral de Palmas, com risco de agravamento do quadro clínico e óbito (tutela individual homogênea). Ademais, sujeitar o Tocantins a organizar a oferta dos serviços de neurocirurgia, de maneira a garantir o direito de acesso de todos os pacientes que necessitam de procedimentos neurológicos, nos termos das prescrições médicas, em tempo hábil, de maneira a evitar o agravamento do quadro clínico e óbitos (tutela difusa), diretamente ou de maneira complementar (rede privada, dentro ou fora do estado).

Sentença/Acordo: O Tocantins se comprometeu em realizar a cirurgia dos 26 (vinte e seis) pacientes que se encontravam na lista de espera no tempo máximo impreterível de 45 (quarenta e cinco) dias (mantendo este prazo para os pacientes que viessem a ser internados). Em relação aos recursos humanos, abastecimento (materiais, medicamentos), leitos de UTI e estrutura física, o Estado se prontificou em esgotar todas as medidas administrativas e judiciais para dar a condição necessária para a realização das cirurgias.

Para responder às obrigações ora impostas, se comprometeu em realizar concurso público dentro das formalidades legais com previsão de provimento imediato e cadastro reserva para os profissionais responsáveis para a execução direta do serviço.

4.2 ONCOLÓGICA – PROCESSO AUTOS Nº 0030628-47.2016.827.2729, AÇÃO CIVIL PÚBLICA CONDENATÓRIA COM PRECEITO MANDAMENTAL EM TUTELA DE URGÊNCIA

Inicial – Dos Fatos: Notícias em fontes abertas exprimiam que pacientes cirúrgicos com doenças cardiológicas estavam se deparando de maneira habitual com a indisponibilidade de cirurgias cardiológicas na alta complexidade cardiovascular (aberta) no Hospital Geral de Palmas – HGP, em razão da falta de inúmeros materiais, medicamentos e equipamentos essenciais à execução do serviço, o que impossibilitava que os cidadãos tocantinenses tivessem acesso ao direito à saúde garantido pelo Poder Público, tal como determina a Constituição Federal em seu art. 196.

Por consequência, se constatou que pacientes que precisam de cirurgias cardíacas eletivas, em razão da demora e da desorganização do serviço, evoluíam para o quadro de urgência e emergência e acabavam vindo a óbito sem acesso ao serviço (teoria da perda da chance).

Observa-se que desde 2015, o Hospital Geral de Palmas já possuía boas condições estruturais para realizar as cirurgias cardíacas, porém, pela ausência de materiais as cirurgias não estão sendo realizadas. Logo, percebe-se todo um aparelhamento estatal com fulcro na disponibilização dos serviços, mas, por conta do desleixo administrativo, a ausência de materiais e o sucateamento orçamentário destinado à compra dos insumos impossibilita a disponibilização célere dos procedimentos cardíacos, deixando paciente na fila de espera há mais de 6 (seis) anos.

55 Art. 196. 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.

Argumentação jurídica: Art. 196 da Constituição Federal que preconiza o direito à saúde como um direito constitucional, e dever do estado o fornecimento de tratamento médico integral e de qualidade.

Dos pedidos: Os pedidos que englobavam a exordial consistiam em impor que o Estado do Tocantins providenciasse no prazo máximo de 20 (vinte) dias, a regularização das cirurgias cardíacas da alta complexidade cardiovascular (aberta) no hospital geral de Palmas com o fornecimento de materiais, insumos, medicamentos, equipamentos, instrumental cirúrgico e acessórios, recursos humanos, UTI de retaguarda necessária ao tratamento, para oferta célere e efetiva do serviço, diminuindo os custos com as atuais remoções e compras de serviços privados;

Sentença: Como fundamentação para respaldar a decisão do douto julgador, foi informado que é dever dos requeridos disponibilizar os meios necessários para o fornecimento do tratamento de que necessita a parte autora, considerando uma consequência constitucional indissociável do direito à vida. Nestes termos, o Estado do Tocantins foi condenado a ofertar desde cirurgias pediátricas aos portadores de cardiopatia congênita complexa, e conseguinte vaga em Unidade de Tratamento Intensivo Pediátrica, ao fornecimento de medicamentos, materiais e insumos, dimensionamento de pessoal, com capacidade de atender a demanda estadual.

4.3 CARDIOPATIA – PROCESSO AUTOS Nº 0039184-38.2016.8.27.2729/TO, AÇÃO CIVIL PÚBLICA INFÂNCIA E JUVENTUDE

Inicial - Dos fatos: O estado do Tocantins não dispunha de serviços para o tratamento de cardiopatias congênitas, em decorrência desta omissão, o envio de seus pacientes para realizarem tratamentos em outras unidades da federação começou a ser uma prática corriqueira. Como exemplo, tem-se o grande quantitativo de crianças cardiopatas que foram encaminhadas para Brasília-DF. Isso tem gerado um alto custo estatal, sobretudo com gasto referentes à UTI aérea e internações particulares.

É mencionado que os gastos com estruturação de ala cirúrgica para realização de cirurgia implicariam em gasto bem menor do que a manutenção dos pacientes enviados para outra unidade da federação. Contudo, o estado se negava em fornecer a estruturação correta, de maneira a continuar com a sobrecarga onerosa. Segundo relatos médicos, desde a criação do estado do Tocantins, somente 22 (vinte e dois) pacientes cardiopatas conseguiram realizar seu tratamento junto à CNRAC – Central Nacional de Regulação de Leitos de Alta Complexidade.

Dos pedidos: Foi requerido a reorganização do Serviço de Cirurgia Pediátrica (CIPE), para realização destas cirurgias no Estado do Tocantins, em recém-nascidos acometidos por Cardiopatia Congênita Complexa, contemplando, igualmente, o fornecimento de

medicamentos; materiais e insumos; e o dimensionamento de pessoal correspondente à demanda, garantindo, desta maneira, o acesso à saúde, em tempo hábil, de maneira universal, integral e igualitária;

Sentença: Os pedidos expressos na inicial foram acolhidos, sendo determinado ao estado do Tocantins que regularizasse a demanda de cirurgias da especialidade cardiológica, assim como os estoques dos insumos, materiais, equipamentos, medicamentos necessários ao atendimento dos pacientes usuários do Sistema Único de Saúde.

Por conseguinte o juiz arbitrou para que o estado fornecesse no prazo de 15 (quinze) dias, cânula arterial aramada de aorta 18fr a 22fr, gerador de marca passo provisório, aparelho de gasometria TCA, enxerto arterial, em poliéster (dacron) trançado com colágeno bovino, inorgânico, atóxico, pirogênico, estéril, com válvula em duplo folheto - (todos os tamanhos) e tubo valvulado com prótese biológica, heparina sódica 5000ui/ml solução injetável intravenosa 5 ml frasco-ampola (insumos faltantes), com a finalidade de que as atividades no estado não sofressem paralisação.

5. CONCLUSÃO

Este trabalho trouxe a análise das ações coletivas, como elas são divididas, suas conceituações e suas abordagens, o direito à saúde e as ações coletivas estruturantes na defesa desse direito no Estado do Tocantins, de maneira a assegurar a concretização deste direito constitucional, tão necessário para a manutenção dos indivíduos que residem no âmbito nacional.

A Constituição Federal destaca o Estado como devedor do direito à saúde. Consoante antevisto, o direito à saúde é plasmado no artigo 196 da Constituição Federal como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, regido pelo princípio do acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação (BRASIL, 1988). Todavia, nem sempre este direito é respeitado.

Neste toar, aspirando dar consistência às previsões ora previstas no arcabouço constitucional, o legislador previu mecanismos que pudessem assegurar a verdadeira efetividade dos direitos constitucionais, elaborando assim as ações coletivas. Ante o exposto, denota-se a extrema importância e relevância que transpõe a temática, não sendo apenas considerável para os operadores do direito, mas, para toda a sociedade civil que poderá buscar a efetivação de seus direitos através destes instrumentos.

Como forma de ilustrar a importância da temática, foi realizada uma análise concreta de decisões estruturantes prolatadas por juízes tocantinenses, no qual impunham ao Estado do Tocantins uma obrigação já prevista constitucionalmente, porém, com o intuito de efetivar o comando constitucional.

Neste segmento, foi possível constatar uma maior aplicabilidade das políticas de saúde após o julgamento destas ações estruturantes, que viabilizaram um maior acesso à saúde à população tocantinense.

Assim sendo, é necessário que a população tenha um maior conhecimento de todos os mecanismos imprescindíveis para o acesso ao direito à saúde, sendo indispensável este estudo, ao passo que, proporcionará uma análise crítica com relação ao papel das ações estruturantes.

REFERÊNCIAS

BRASIL, **Constituição Federativa do Brasil de 1988**. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 17/04/22.

_____, **Código de Defesa do Consumidor**. LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 17/04/22.

_____, **Sistema único de saúde – SUS**. LEI Nº 8.080, DE 19 DE SETEMBRO DE 1990. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 17/04/22

_____, Processo autos nº **0006406-49.2015.827.2729** Ação Civil Pública com Preceito Mandamental em tutela de Urgência. Inicial: Decisão- disponível em: <https://static.defensoria.to.def.br/postify-media/uploads/post/file/311/79f7fa59c99a0b40bf71b8925542bca1.pdf>. Acesso em: 30/04/22.

_____, Processo autos nº **0030628-47.2016.827.2729** Ação Civil Pública Condenatória com Preceito Mandamental em Tutela de Urgência. Inicial -disponível em: <https://norteagropecuario.com.br/media/6810/pedidoemendas.pdf>. Acesso em: 30/04/22. Decisão.

_____, Processo autos nº 0039184-38.2016.8.27.2729/TO Ação Civil Pública Infância e Juventude. Inicial: Decisão- disponível em: . Acesso em:

BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. Brasília Jurídica, 1996, p. 134.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 481.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **A "execução negociada" de políticas públicas em juízo. Revista de Processo**. São Paulo: RT, ano 37, v. 212, outubro/2012, p. 46.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 12ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 31.

FISS, Owen. "Two models of adjudication". In: DIDIERJR. Freche, JORDÃO, Eduardo Ferreira (CO- 7, ord.). **Teoria do processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 761.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1985, p. 89.

JOBIM, Marco Félix. **Medidas estruturantes: da Suprema Corte Estadunidense ao Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 93.

LIMBERGER, Têmis. **Saneamento: remédio preventivo nas políticas públicas de saúde**. In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: Anuário do Programa de pós-graduação em Direito da Unisinos: mestrado e doutorado, nº 8**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 308.

LOPES, Mauricio Caldas. **Judicialização da Saúde**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 88.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva. 1976, p. 104.

SCAFF, Fernando Facury. **O direito à saúde e os tribunais**. In: NUNES, António Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. **Os tribunais e o direito à saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 78.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 304. ⁸SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 101.

TORRES, Ricardo Lobo. **A Cidadania Multidimensional na era dos Direitos**. In: Teoria dos Direitos Fundamentais. Obra Coletiva (Org). Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 278-279.

VITORELLI, Edilson. **O Devido Processo Legal Coletivo**: Dos Direitos aos Litígios Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 521.

VITORELLI, Edilson. **Levando os conceitos a sério**: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. Revista de Processo (REPRO), v. 284, out 2018, p. 4, 5, 7.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. Tese de Doutorado.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados**. Revista de Processo. São Paulo, ano 28, n. 109, p. 45-56, jan./mar. 2003.

DIREITO COLETIVO DO TRABALHO: O DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO E O TRATADO DE VERSALHES.

VICTOR HUGO JANSEN DE OLIVEIRA:
Graduando em Direito pela Universidade
Estadual do Maranhão – UEMA.

RESUMO: O presente artigo versa sobre matéria de Direito do Trabalho, mais especificamente a respeito da relação entre o Direito Internacional do Trabalho e o Tratado de Versalhes. Nesse sentido, tem por escopo, o estudo do processo de positivação da liberdade sindical no plano internacional. Assim, inicialmente, demonstrar-se-á a conceituação do que seria o Direito do Trabalho, não obstante, para efeito de estudo, será apresentado uma breve exposição histórica, a respeito do surgimento da Organização do Trabalho e, por fim, avaliar o papel desempenhado pela Organização Internacional do Trabalho no exercício de sua competência normativa.

1.INTRODUÇÃO

Para a corrente mista de conceituação do Direito do Trabalho, capitaneada por Amauri Mascaro Nascimento (1989, p 379), o direito coletivo do trabalho é “o ramo do direito do trabalho que tem por objeto o estudo das relações coletivas de trabalho e estas são as relações jurídicas que têm como sujeitos grupos de pessoas e como objetos interesses coletivos” (apud LEITE, 2018, p. 645).

Esse ramo do Direito Laboral é aquele que cuida das relações coletivas de trabalho, ou seja, que estuda a organização sindical, a representação dos trabalhadores, a negociação coletiva e o direito de greve.

Assim, como principal característica dessa seara, corroborando com a dicção de Correia (2020), há a presença dos sindicatos para a defesa dos trabalhadores, em que as partes são equivalentes.

Dessa forma, a liberdade de se sindicalizar se transforma em um instrumento de concretização dos direitos sociais, assim como o direito a greve e a negociação coletiva.

É de se enfatizar, o fato de que pelo advento do direito coletivo do trabalho e, por sua vez, da liberdade sindical, verifica-se a prevalência do negociado sobre o legislado, dessa forma assegurando maior poder de negociação e representação aos trabalhadores pelos sindicatos.

Com isso em mente, a pedra angular, o objetivo central deste trabalho é investigar o processo de positivação da liberdade sindical no plano internacional. Para tanto, são

elencados alguns pressupostos de suma importância do Direito Internacional do Trabalho e a concepção de que se trata de subespécie do Direito Internacional Público.

Em um segundo ato são construídos, exibidos e registrados os fatos e eventos que antecederam à criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1919, no cenário pós Primeira Guerra Mundial, como marco de efetivação e constitucionalização do Direito do Trabalho.

Não obstante, disserta-se sobre o legado que foi e é deixado por essa instituição ao longo de sua existência, de reconhecimento do Direito Coletivo do Trabalho no âmbito internacional.

Em seguida, é vislumbrado o processo de retomada da paz mundial, após a Primeira Guerra Mundial (1914 – 1918), que culminou na elaboração do Tratado de Versalhes (1919), este um diploma internacional que instituiu a OIT e deu força legal à liberdade sindical em seu artigo 427, nº 2.

Por derradeiro, é estudado e examinado o papel desempenhado pela OIT no exercício da sua competência normativa. A convenção 87 da OIT é a escolhida para que se proceda a análise. Em suma, esta espécie normativa adota propostas relativas à liberdade sindical e à proteção do direito sindical como meio suscetível de melhorar a condição dos trabalhadores e assegurar a paz social, conforme determina o preâmbulo da Constituição da Organização Internacional do Trabalho.

Como forma de tornar lúdico e para elaborar este documento, utilizou-se de abordagem qualitativa e a pesquisa bibliográfica, de forma a buscar autores que enfatizem criteriosamente a matéria em questão nesse trabalho, possibilitando, a quem se depare com o estudo dessa matéria, um conteúdo de subsídio teórico sobre a temática, de forma a sair dessa leitura com o conhecimento construído e quiçá, consolidado.

2.DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO

Para Sussekind (2000) a expressão “Direito Internacional do Trabalho” (DIT) vem sendo empregada cada vez mais para identificar o capítulo do Direito Internacional Público que trata da proteção do trabalhador, seja como parte de um contrato de trabalho, seja como ser humano [...] (SUSSEKIND, 2000, p.17).

Da mesma forma, assevera Mazzuoli (2015) que essa falta de autonomia científica do Direito Internacional do Trabalho se dá em virtude do fato de seus institutos, instrumentos e métodos de investigação - apesar das peculiaridades de alguns deles - serem exatamente os mesmos do Direito Internacional Público (MAZZUOLI, 2015, p. 1107).

Assim, sem hesitar, pode-se afirmar que o Direito Internacional do Trabalho ou, simplesmente, DIT, consiste numa subespécie do Direito Internacional Público, seja por seu escopo de proteção ao trabalhador, seja por seus aspectos metodológicos e científicos.

Com um tom mais crítico, Hussek (2015) profere que o Direito Internacional do Trabalho é um ramo do Direito Internacional Público, como o são tantos outros – Direito Administrativo Internacional, Direito Ambiental Internacional, Direitos Humanos, Direitos de Integração, Direito Comunitário, Direito Penal Internacional, Direito Econômico Internacional, Direito Internacional do Trabalho.

O referido ramo consagra-se no conjunto de normas e princípios que se revelam aplicáveis a todos os trabalhadores, independentemente dos Estados de que são nacionais, e mesmo àqueles sem Estado, apátridas, refugiados e outros, marginais do mundo globalizado.

Porque o Direito Internacional do Trabalho tem natureza e vocação universais. Nos dias atuais, em que, cada vez mais, aproximam-se regras de Direitos Humanos, regras fundamentais e regras trabalhistas – que, em última análise, são Direitos Humanos -, este novel ramo do Direito tem missão luminosa, que, de alguma forma, instiga o orgulho dos Estados soberanos, que se veem obrigados a curvarem-se não sem um certo jogo de cena – aos tratados internacionais. (HUSSEK, 2015, p.62).

Realizadas as devidas balizas quanto à natureza jurídica do DIT, impende salientar sua principal finalidade, qual seja: a proteção ao trabalhador e, por derradeiro, a justiça social.

Nesse diapasão, explicita sobre o desiderato do DIT:

[...] universalizar os princípios de justiça social, bem como, se possível, buscar a uniformização das normas jurídicas dos diversos Estados, quanto à matéria do trabalho, desenvolvendo a cooperação internacional. O objetivo básico é a condição da melhoria da vida do trabalhador, não importa raça, sexo, idade, cultura, nível social, espécie profissional, nacionalidade, religião etc. (HUSEK, 2015, p.63)

Por justiça social entende-se, *a priori*, condições dignas de trabalho a todos os trabalhadores, bem como contraprestação pecuniária devidamente equivalente à força de trabalho empregada. Essa concepção, em nível global, deslinda na ideia de justiça social no sentido de divisão equânime das riquezas produzidas no trabalho.

De forma mais minudente e elucidativa, o Direito Internacional do Trabalho tem por objetivo:

- a) universalizar os princípios e as normas trabalhistas, a fim de garantir maior uniformidade em sua aplicação;*
- b) difundir em âmbito global as regras de justiça social, fomentando a justiça e a paz nas relações de trabalho;*
- c) impedir que razões econômicas impeçam os Estados de aplicar as normas internacionais de proteção ao trabalhador previstas nas convenções da OIT;*
- d) estabelecer regras claras de reciprocidade dos Estados na aplicação das regras de trabalho entre os seus cidadãos; e*
- e) proteger os direitos dos trabalhadores imigrantes, inclusive no que tange à conservação das garantias trabalhistas adquiridas no país de origem, relativamente aos seguros sociais (SÜSSEKIND apud MAZZUOLI, 2015, p. 1110).*

Segundo Mazzuoli (2015), no Direito Internacional do Trabalho há três motivos que sustentam seus fundamentos, a saber: os de ordem econômica, os de índole social e os de caráter técnico.

Dessarte, quanto a ordem econômica, tornando-se as normas do trabalho internacionais, no que se refere ao custo das medidas sociais da proteção ao trabalho, não haveria prejuízo aos países aderentes no âmbito internacional, tendo em vista a universalização das normas, e a extensão dos encargos sociais aos países em geral.

Outrossim, assevera Husek que a “vocação universal do Direito Internacional do Trabalho faz com que ele, necessariamente, se estenda e influencie o Direito Interno de cada país. Não existe para florescer e viver no âmbito da organiza o internacional, especificamente da OIT.” (HUSEK, 2015, p. 63).

Os motivos de índole social se referem   universaliza o dos princípios de justiça social aliada à dignifica o do trabalhador. Assim, os instrumentos internacionais de prote o do trabalhador, como a OIT e a Declara o Universal de Direitos Humanos (DUDH), previram princípios jurídico-sociais de promo o e prote o aos direitos dos trabalhadores.

No tocante aos motivos de caráter técnico, estes fundamentam a matéria em plano secundário, “a exemplo das convenções e recomendações adotadas nas seções da Conferência Internacional do Trabalho, bem como os estudos elaborados pela OIT sobre a matéria” (MAZZUOLI, 2015, p. 1110).

3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS AO SURGIMENTO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

No que tange ao surgimento da OIT (Organização Internacional do Trabalho), antes de tratar sobre seu nascimento, há que se discorrer sobre os antecedentes que possibilitaram à sua aparição, como instrumento de consolidação das relações de trabalho e de proteção ao trabalhador.

É de se dissertar que, em que pese às intempéries existentes nas sociedades industriais europeias, marcadas pela forte repressão às associações e organizações de trabalhadores, assim como, pela mercantilização e desvalorização do operário, situa – se, nesse período conturbado, a nascente do que conhecemos como Direito Coletivo do Trabalho.

Conforme apontam Orlando Gomes e Carlos Gottschalk (2006), tais doutrinadores salientam o surgimento primeiro de um Direito Coletivo, baseado em uma consciência de classe, vívida naquele momento, para depois surgir o Direito Individual de Trabalho.

De tal maneira, como antecedentes do surgimento da retromencionada OIT, o Direito do Trabalho no mundo passa por 3 fases, de acordo com Henrique Correia (2020), em sua obra *Resumo de Direito do Trabalho*, quais sejam: formação do Direito do Trabalho, sistematização e consolidação e institucionalização ou oficialização.

Na primeira fase, entre o final do século XVIII e meados do século XIX, houve pouca ou nenhuma produção de leis que regulamentassem ou protegessem as relações de labor, por parte do Estado. É por isso que percebia – se, àquela época, a exploração do trabalho infantil, de mulheres e acidentados, conforme dicção de Correia (CORREIA, 2020).

Mas, das poucas leis criadas, tais tinham o fito de evitar essa exploração extrema do operário, foi nesse período que houve um grande movimento de união do proletariado para pressionar as sociedades europeia e norte – americana, para infligir mudanças. Como exemplos de legislações desse período, trazemos:

- a) Moral and Health Act de 1802;
- b) Ato de 1826 na Inglaterra;

A segunda fase é a que abarca a edição do Manifesto Comunista de Marx e Engels, em 1848. É sabido que nesse momento histórico, as associações e organizações sindicais juntamente com os operários lutavam por melhores condições de labor, estes pressionando o Estado para que suas reivindicações fossem atendidas.

É com essas ferramentas em mãos que surgem leis para amparar os sindicatos e trabalhadores em suas lutas, tal como nos exorta Henrique Correia, “Nesse sentido, verifica – se o aumento de leis trabalhistas e o avanço no reconhecimento da negociação coletiva, juntamente com a garantia do direito de livre associação sindical dos trabalhadores” (CORREIA, 2020, p. 41).

O terceiro momento, por sua vez, compreende o período de 1919 até o final do século XX, em um cenário de produção de normas autônomas pelos trabalhadores de um lado e, de normas heterônomas pela elaboração do Estado.

Em um cenário pós-guerra e com o objetivo de promover a justiça social e, em particular, o respeito aos direitos humanos do trabalhador, surge a OIT, constitucionalizando, assim, o Direito do Trabalho.

Dessa forma, com a figura dessa instituição, há a proteção dos direitos coletivos do trabalho, de forma a influenciar, sobremaneira, nas criações legislativas dos estados que a compunham.

4. TRATADO DE VERSALHES: A CRIAÇÃO DA OIT E A DECLARAÇÃO SOBRE OS PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHO

A Primeira Guerra Mundial foi um evento histórico que marcou a humanidade para todo o sempre, causando impacto considerável no cotidiano das sociedades daquela época, tendo em vista que nunca antes ocorrera um conflito de tamanha proporção no mundo.

Sendo assim, quando as nações se reuniram em 1919 para a celebração de um acordo que colocaria fim ao conflito, chegou-se à conclusão de que deveria ser feito algo para evitar que um evento bélico dessa magnitude ocorresse novamente.

Isto porque conforme aponta DE SOUZA (2006) tornava-se imprescindível a “Justiça Social entre os povos, condição básica para a manutenção da paz internacional, e para tanto, foi criado um Organismo de caráter supranacional que buscasse o fim colimado e, assim, nasceu a Organização Internacional do Trabalho.”

Nesse contexto foi assinado o Tratado de Versalhes. Este Tratado foi celebrado em Paris, na França, no dia 28 de junho de 1919, passando a vigorar em 10 de janeiro de 1920. Dessa forma, chegou-se a um acordo pelo fim das hostilidades entre as nações europeias,

suas colônias e seus aliados ao redor do mundo, que se desencadearam em 1914 com o início da 1ª Guerra Mundial.

No entanto, percebeu-se que não bastava apenas pôr fim ao conflito. A opinião pública na época estava convencida que era necessário tratar de outros temas no Tratado de Versalhes, como as questões trabalhistas, dado o contexto social naquele tempo.

Nesse sentido assevera Miron Tafuri Queiroz: “havia a necessidade de se criar uma entidade internacional com a incumbência de promover a internacionalização das normas social-trabalhistas e, ao mesmo tempo, promover um controle sobre sua aplicação” (QUEIROZ, 2009, p. 25). É nesse contexto que surge a Organização Internacional do Trabalho, que foi criada na Conferência de Paz, assinada no Tratado de Versalhes em 1919 pelos países vitoriosos.

Além disso, o Tratado de Versalhes dispôs, na parte XIII sobre a criação da OIT, sendo este um documento internacional elaborado com o intuito de promover a paz social e a melhoria das relações de trabalho por meios de princípios que vieram a reger o direito internacional do trabalho. Ademais, incumbe-se ainda salientar que o Brasil adotou e tomou parte como um dos signatários da Organização Internacional do Trabalho.

Vale ainda frisar que, mesmo tendo sido um órgão criado para fazer parte das Nações Unidas, perdurou mesmo com o fim desta, convertendo-se no primeiro organismo especializado da Organização das Nações Unidas, como dispõe Luciano Martínez:

A Organização Internacional do Trabalho é um órgão das Nações Unidas que procura fomentar a Justiça Social e os direitos humanos e laborais mundialmente reconhecidos. Foi criada em 1919, mediante o Tratado de Versalhes, que deu origem à Sociedade das Nações. No ano de 1946 converteu-se no primeiro organismo especializado das Nações Unidas. (MARTÍNEZ, 2016, p.152)

Superado esse breve contexto que ocorreu no início do século XX, a Organização Internacional do Trabalho avançou de maneira contundente na promoção da liberdade e da dignidade da pessoa humana no que tange as relações trabalhistas.

Uma das principais medidas adotadas por ela nesse sentido foi a Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho e seu Seguimento, no ano de 1998. Embora a OIT tivesse uma atitude mais no sentido de afirmação de direitos trabalhistas, o advento dessa declaração sedimentou uma atitude com maior efetivação no que diz respeito as garantias legais nos quais os trabalhadores possuem.

Dessa forma, a Declaração instituiu quatro princípios basilares: a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; a abolição efetiva do trabalho infantil e a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

A esse respeito, destaca Barzotto (2007, p.44): “a OIT ao fixar quatro princípios ou direitos fundamentais no trabalho, em 1988, elegeu quais seriam os direitos humanos básicos e proclamou-os como indicadores mínimos da dignidade dos trabalhadores”.

Logo, a referida Declaração possui importantes efeitos nos Estados nacionais no que tange a situação dos trabalhadores, uma vez que possui a intenção de promover e enfatizar a existência de padrões mínimos de trabalho decente e digno no planeta (BARZOTTO, 2007).

5.CONCLUSÃO

Conclui-se, pois, que o direito coletivo do trabalho na verdade serve de garantia e soluções de problemas que envolvem interesses diversos do trabalhador e, em alguns casos também do empregador. Esse instituto originário do direito do trabalho geral em si, sem dúvidas disciplina diferentes caminhos a serem trabalhados e discutidos em favor das partes, referindo-se ao empregado como hipossuficiente e o patrão detentor do mando empresarial.

Dessa forma, entende-se que o direito coletivo do trabalho tem como objetivo o estudo das organizações sindicais, as negociações coletivas, os instrumentos normativos correlatos, em especial a Convenção Coletiva, o Acordo Coletivo de Trabalho, a Sentença Normativa prolatada nos autos de um dissídio coletivo e arbitragem, além do estudo do fenômeno da greve e suas repercussões nos vínculos de emprego.

No que tange ao Direito Internacional, os países no âmbito de suas relações interpessoais e interestatais devem solucionar os conflitos e atuar de forma preventiva, também na ordem internacional. Para tanto, modernamente os países têm sofrido uma espécie de redução de suas soberanias, de modo a permitir a aplicação das normas internacionais na medida de seus consentimentos.

O Direito Internacional do Trabalho preocupa-se das questões laborais e humanísticas, para a consecução de princípios sociais, econômicos, políticos e de uniformização das normas, garantindo a cooperação internacional, com reflexos nas condições de vida do trabalhador e no progresso social.

Grandes transformações e melhoras dos direitos têm sido conquistadas ao longo da história e o surgimento dos organismos contribuem para a internacionalização do Direito do Trabalho, como é o caso da OIT. Nos blocos desenvolvidos, como a Comunidade

Europeia, o processo de integração culminou num processo de integração econômica com características supranacionais.

Várias diretivas e convenções específicas de relações entre profissionais transnacionais também podem ser aferidas em âmbito internacional.

Mas, a internacionalização do Direito do Trabalho somente veio a se tornar realidade em 1919, com o término da Primeira Guerra Mundial e com a assinatura do Tratado de Versalhes, cuja Parte XIII constituiu a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e consagrou expressamente em seu texto o rol dos “princípios fundamentais do Direito do Trabalho”, contendo as principais pautas já presentes nas legislações dos países protagonistas da Revolução Industrial.

A intenção do Tratado de Versalhes, nesse particular, é exposta de maneira cristalina no preâmbulo de sua Parte XIII, quando se afirma que a almejada paz entre os signatários depende, em certa medida, da fixação de condições uniformes e justas de trabalho, no fito de evitar a utilização do custo da mão-de-obra como fator de desequilíbrio concorrencial entre os países.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia. **A Organização Internacional do Trabalho e a proteção aos Direitos Humanos do trabalhador.** Âmbito Jurídico, 2008. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-52/a-organizacao-internacional-do-trabalho-e-a-protecao-aos-direitos-humanos-do-trabalhador/>. Acesso em: 07 out. 2020.

ALVARENGA, Rúbia. **Proteção internacional aos direitos humanos dos trabalhadores: A declaração da OIT sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho de 1988.** Âmbito Jurídico, 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-164/protecao-internacional-aos-direitos-humanos-dos-trabalhadores-a-declaracao-da-oit-sobre-principios-e-direitos-fundamentais-no-trabalho-de-1988/>. Acesso em: 07 out. 2020.

CORREIA, Henrique. **Resumo de Direito do Trabalho.** – 2. Ed. Ver. E atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

DE SOUZA, Zoraide Amaral. **A Organização Internacional do Trabalho-OIT.** 2006.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Carlos. **Curso de Direito do Trabalho.** 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso básico de Direito Internacional público e privado do trabalho**. 3.ed São Paulo: LTr, 2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. – 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 7. ed. — São Paulo: Saraiva, 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

QUEIROZ, Miron Tafuri. **A Integração das Convenções da Organização Internacional do Trabalho à Ordem Jurídica Brasileira**. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-21112011-102707/pt-br.php>. Acesso em 07 out. 2020.

SUSSEKIND, Arnaldo. Direito Internacional do Trabalho. In: SUSSEKIND, Arnaldo;

ABANDONO MATERIAL E AFETIVO INVERSO: A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FILHOS COMO FORMA DE ASSEGURAR A DIGNIDADE DA PESSOA DO IDOSO

LANNA CARINE DANTAS FERREIRA CORREIA:

Graduação em Direito pela Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina - PE (FACAPE).
Pós-graduação em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá.

RESUMO: O presente trabalho trata da importância em analisar o abandono inverso, situações nas quais os pais idosos são abandonados, material e afetivamente, pelos seus filhos. A questão é abordada mencionando o quanto grave é a situação de desamparo familiar vivenciada por uma quantidade significativa de idosos brasileiros, sempre mostrando a necessidade de modificar esse cenário, com vistas a assegurar a dignidade da pessoa humana. Pela pesquisa bibliográfica realizada, buscaram-se formas de responsabilizar civilmente os filhos, pelos danos morais causados aos pais idosos em virtude do abandono inverso, uma vez que, ainda que ausente norma expressa sobre o assunto, essa responsabilização fundamenta-se em dispositivos encontrados na Constituição da República Federativa do Brasil, no Estatuto do Idoso e no Código Civil, bem como em princípios basilares do Direito de Família. Esse trabalho ainda visa demonstrar a importância da utilização da analogia para garantir a dignidade dos idosos e a necessidade da criação de uma lei específica para o tema, que evite deixar margens a possíveis decisões que contrariem os direitos dos idosos.

Palavras-chave: Abandono Inverso. Dignidade da Pessoa Humana. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT: This paper analyzes the growing importance of analyzing the reverse abandonment situations where elderly parents are abandoned, material and emotionally by their children. The issue is addressed by mentioning how severe the family situation of helplessness experienced by a significant number of elderly Brazilians, always showing the need to modify this setting, with a view to ensuring the dignity of the human person to the abandoned elderly. The bibliographical survey, are sought ways to hold civilly children, for damage caused to elderly parents because of reverse abandonment since, as absent express provision on the subject, this accountability is based on devices found in the Constitution the Federative Republic of Brazil, the Elderly and the Civil Code, as well as basic principles of family law. This work aims to demonstrate the importance of using the analogy to guarantee the dignity of the elderly and the need to create a specific law for the subject, to avoid leaving banks to possible decisions which violate the rights of the elderly.

Key words: Abandonment Reverse. Dignity of Human Person. Civil Responsibility.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. DO ABANDONO MATERIAL E AFETIVO DECORRENTE DA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA SOLIDARIEDADE E DA AFETIVIDADE. 1.1. A Evolução do Conceito de Família e a Priorização do Afeto. 1.2. Do Abandono Material e Afetivo. 1.3. Do Abandono Material e Afetivo Inverso e Suas Consequências. 2. DO DESRESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 2.1. Dignidade Da Pessoa Humana: Definição. 2.2 A Dignidade Da Pessoa Humana e o Direito De Família. 2.3. Abandono Inverso e a Irreverência à Dignidade Da Pessoa Humana. 3. PORQUE RESPONSABILIZAR OS FILHOS PELA OFENSA A DIGNIDADE DA PESSOA DOS PAIS IDOSOS. 3.1. Fundamentação Legal. 3.2. Do Dano Moral. 3.3. Da Responsabilidade Dos Filhos. 4. DO TRATAMENTO DADO AO ABANDONO AFETIVO E MATERIAL INVERSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 4.1. Posicionamentos Diversos Como Decorrência da Ausência de Norma Expressa. 4.2. Abandono Inverso e a Utilização da Analogia. 4.3. Da Necessidade de Proteção Legal Explícita. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O abandono material e afetivo inverso ocorre quando os filhos abandonam material e afetivamente os pais idosos, quando estes não possuem mais condições de prover sua própria subsistência. Tendo em vista à proporção que vem tomando no Brasil, vez que a quantidade de idosos desamparados pelos seus filhos é bastante significativa, é essencial apontar o papel da família, em especial, dos filhos, nessas situações, objetivando assegurar a dignidade da pessoa do idoso, bem como chamar atenção do Judiciário para uma análise mais cautelosa da problemática em apreço.

No ordenamento jurídico brasileiro, existem inúmeros dispositivos constitucionais, legais e princípios, que, ainda que de forma implícita, atribuem aos filhos o dever de colaborar para que seus pais idosos vivam em condições adequadas.

Sendo assim, os filhos – que possuem condições para tal – têm o dever de assistir seus pais, quando estes se tornarem incapazes de garantir sua existência íntegra. Ocorre que, atualmente, são comuns as situações em que, devido à negligência dos filhos, os idosos não possuem uma velhice com dignidade.

Apesar de se tratar de uma realidade na sociedade contemporânea, não é comum, na justiça brasileira, a responsabilização civil dos filhos pelo abandono material e afetivo inverso. É muito mais comum a responsabilização dos pais, pelo abandono dos filhos.

Neste viés, saliente-se que, muito embora não haja norma específica obrigando os filhos a assistirem seus pais, muito menos os punindo por serem negligentes com estes, é importante responsabilizá-los pelos danos aos pais idosos causados, já que o abandono faz os anciãos sofrerem incontáveis consequências negativas.

Na presente monografia foi utilizada como metodologia, a pesquisa bibliográfica e tem como objetivo geral assegurar aos idosos uma vida digna, já que a dignidade da pessoa humana é o fundamento principal do Estado Democrático de Direito, sendo assim, para alcançar tal propósito, serão apresentados como objetivos específicos a responsabilização civil dos filhos pelos danos morais causados aos pais abandonados, bem como a criação de uma lei especial para disciplinar o tema.

Saliente-se que, objetivando alcançar um meio de fazer com que os filhos proporcionem aos pais idosos uma existência com qualidade, o presente trabalho primeiramente apontará a modificação pela qual passou o objetivo da família, enfatizando a valoração de alguns princípios no âmbito familiar, como a solidariedade, a afetividade e a reciprocidade.

Posteriormente será ratificado o valor dado pelo ordenamento jurídico pátrio à dignidade da pessoa humana, bem como trará a responsabilidade civil dos filhos pelos danos morais decorrentes do abandono inverso, como uma forma de abrandar a dor sofrida pelo idoso desamparado.

Nesse contexto, será enfatizada a importância da analogia para que seja concretizada essa responsabilização, tendo em vista a ausência de norma expressa e as recorrentes decisões jurisprudenciais que punem pais pelo abandono dos filhos visando proteger os direitos de crianças e adolescentes.

Por fim, para assegurar a dignidade da pessoa dos idosos, será apontada a necessidade e a importância de que o ordenamento jurídico brasileiro crie um diploma legal capaz de obrigar os filhos a proverem o necessário à existência digna de seus pais idosos, e, em caso de descumprimento, responsabilizá-los pelos danos por eles ocasionados.

1. DO ABANDONO MATERIAL E AFETIVO DECORRENTE DA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA SOLIDARIEDADE E DA AFETIVIDADE

1.1 A Evolução do Conceito de Família e a Priorização do Afeto

Na antiguidade, a família baseava-se apenas nas relações de parentesco sanguíneo, era formada pelo casamento, em um modelo patriarcal e hierarquizado, onde se frisava a superioridade do homem, o qual possuía domínio sobre a mulher e seus descendentes, estes, por sua vez, estavam sempre vinculados às ordens do patriarca.

Nessa época, vigorava o princípio da autoridade, o poder era do homem, era o chefe da família, ou seja, o pai comandava o lar, a mulher e os filhos, todos estavam a ele

subordinados, era extremamente evidente a ausência da autonomia dos demais membros que compunham o seio familiar.

O *pater* exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes não emancipados, sobre a sua esposa e as mulheres casadas com *manus* com os seus descendentes. A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional. O ascendente comum vivo mais velho era, ao mesmo tempo, chefe político, sacerdote e juiz. Comandava, oficiava o culto dos deuses domésticos e distribuía justiça. Havia, inicialmente, um patrimônio familiar, administrado pelo *pater*. Somente numa fase mais evoluída do direito romano surgiram patrimônios individuais, como os pecúlios, administrados por pessoas que estavam sob a autoridade do *pater*. (GONÇALVES, 2012, p. 34)

Com o passar do tempo, esse modelo patriarcal familiar foi sendo pouco a pouco desconstituído. No Brasil, com a Constituição de 1988, foi trazido para a família um tratamento especial, com novos valores, enfatizando a igualdade entre homens e mulheres, e priorizando outros princípios, que possuem o amor, o respeito e a cooperação como aspectos fundamentais à entidade familiar.

Dessa forma, na sociedade contemporânea, o conceito de família vem ganhando uma conotação mais ampla, uma vez que, observado sob a ótica dos princípios da solidariedade e da afetividade, as relações familiares assumem uma postura baseada no dever de assistência material e afetiva de todos e para todos os indivíduos que a compõem, evidenciando assim, a necessidade de haver reciprocidade nas relações entre pais e filhos.

Sobre esse aspecto mais abrangente que vem ganhando o conceito de família, merece destaque a observação trazida por Cláudia Maria da Silva, na Revista Brasileira de Direito de Família:

(...) o conviver que é basicamente afetivo enriquecido com uma convivência mútua alimenta o corpo, mas também cuida da alma, da moral, do psíquico. Estas são as prerrogativas do poder familiar. (2004, p. 123)

No mesmo sentido, Rolf Madaleno, em seu Curso de Direito de Família dispõe que:

O afeto é mola propulsora dos relacionamentos familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência. A

afetividade deve estar presente nos vínculos de filiação e de parentesco, variando tão-somente na sua intensidade e nas especificidades do caso concreto. (2009, p. 65)

É claro que o significado e a importância da base familiar vêm tomando novos rumos na modernidade. O que realmente é valorizado é a assistência mútua e o companheirismo. A família perdeu a característica hierarquizada existente na época em que prevalecia o pátrio poder, e passou a caracterizar-se pela solidariedade. Sendo assim, a convivência familiar pautada no afeto, passou a prevalecer.

Ao trazer o princípio da solidariedade para definir os direitos e deveres existentes no seio familiar, enfatiza-se que a função reprodutiva não é mais a prioridade da família moderna. Atualmente o que se busca é o desenvolvimento da pessoa humana através da cooperação, do cuidado e do amparo. Pais e filhos devem agir sempre visando o bem comum e a sobrevivência daqueles que compõem seu ciclo familiar.

Erhard Denniger, na Revista Brasileira de Estudos Políticos, dispõe que:

A solidariedade, como categoria ética e moral que se projetou para o mundo jurídico, significa um vínculo de sentimento racionalmente guiado, limitando e autodeterminando que compele à oferta de ajuda, apoiando-se em uma mínima similitude de certos interesses e objetivos, de forma a manter a diferença entre os parceiros na solidariedade. (2012, p. 62)

Atualmente, ao referir-se ao objetivo da família, não se pode analisar apenas as necessidades materiais das pessoas, pelo contrário, é aqui que ganha espaço a afetividade. O modelo familiar contemporâneo destaca a importância da valorização do princípio da afetividade, que, por sua vez, impõe aos indivíduos direitos e deveres imateriais, consistentes em amor, companheirismo e compaixão.

É a solidariedade e a afetividade que fundamentam e solidificam o conceito de família moderno. É nesse contexto que se destaca a valorização da assistência material e afetiva mútua, que objetivam assegurar às pessoas, especialmente aos vulneráveis, como crianças, deficientes e idosos, a manutenção da qualidade de vida.

1.2 Do Abandono Material e Afetivo

Quando se desrespeita os princípios retromencionados, a razão de ser da família deixa de existir. Consequentemente, são desencadeadas situações de abandono, em suas

mais diversas formas, que ocasionam danos e afetam a estrutura física e psíquica dos indivíduos desassistidos pelos seus familiares.

É muito discutido no mundo jurídico, bem como são recorrentes as demandas judiciais, situações relativas ao abandono material e afetivo dos pais para com os filhos. O abandono material, além de ser considerado um ilícito penal, tendo como objetivo proteger o bem jurídico da assistência familiar, é também sancionado no âmbito cível, tendo em vista trazer inúmeras consequências infelizes a estrutura da família.

No mais, o abandono material caracteriza-se quando uma pessoa que é responsável pela subsistência de outra, deixa de fornecer o necessário para a manutenção da dependente. Como é o caso, por exemplo, de pais que ao deixarem de conviver com a genitora dos seus filhos, abandonam os lares, e conseqüentemente, deixam de oferecer recursos para o sustento de sua prole.

Ensina Washington de Barros Monteiro que o dever de prestar auxílio material, àqueles que do indivíduo dependam para manter sua sobrevivência, é baseado no binômio da necessidade e da possibilidade, ou seja, uma pessoa é juridicamente obrigada a prover meios de subsistência de outra, quando esta comprova a real indispensabilidade desse auxílio para sua manutenção e, além disso, o prestador da contribuição deve possuir meios para tal.

Na fixação dos alimentos equaciona-se, portanto, dois fatores: as necessidades do alimentado e as possibilidades do alimentante. Trata-se, evidentemente, de mera questão de fato, a apreciar-se em cada caso, não se perdendo de vista que os alimentos se concedem não *ad utilitatem*, ou *ad voliptatem*, mas, *ad necessitatem*. (MONTEIRO, 2007, p. 369)

Quando o binômio configura-se, e o indivíduo obrigado à prestação do auxílio material se furta de prestá-lo, está caracterizado o abandono material. Porém, de acordo ao pensamento apresentado por Celeste Gomes em seu livro *Dano Psíquico*, no que toca ao abandono afetivo, sua constatação é um pouco mais difícil, devido a sua grande subjetividade.

A afetividade é uma atividade psíquica básica, é a vida emocional do ser humano. É contínua no tempo: não pode deixar de sentir afetos e possuir predicados: valorização polar (amor, ódio, alegria e tristeza, etc.); é subjetiva; é atemática, isto é, não tem objeto – um indivíduo pode sentir alegria por motivos completamente diferentes de outro. (GOMES, 1998, p. 11)

Pelo exposto, é perceptível que o abandono afetivo é uma espécie de desamparo íntimo. Pode-se dizer que está configurado quando há indiferença, ausência no dever de cuidado, de carinho, de companheirismo, de educação, ou seja, consiste em uma falta de afeto.

Geralmente, a desobediência da prestação material é o primeiro passo para que muito em breve se configure o abandono afetivo, pois ambos são claros exemplos de ausência de responsabilidade e preocupação com a pessoa dependente. Deixar de prestar alimentos e recursos financeiros em geral ao necessitado é uma prova da ausência de atenção e de cuidado, o que, por sua vez, caracteriza o abandono afetivo.

1.3 Do Abandono Material e Afetivo Inverso e Suas Consequências

Ocorre que, muito embora não sejam recorrentes demandas judiciais a esse respeito, são bastante comuns, na realidade da sociedade contemporânea, situações onde os pais, quando já idosos e impossibilitados de prover seu próprio sustento, são abandonados pelos seus filhos. Quando isso ocorre, caracteriza-se o chamado abandono inverso. Essencial frisar que, ainda que não sejam tão comuns ações judiciais nesse sentido, essa espécie de abandono é uma lamentável realidade no Brasil.

Na grande maioria das cidades, das mais às menos desenvolvidas, são recorrentes as situações de miserabilidade que tem como vítimas a pessoa idosa. Não é rara a existência de anciãos maltrapilhos, doentes, jogados nas ruas implorando por doações, suportando os mais dolorosos tipos de humilhações. Também não é incomum a existência de idosos que se encontram abrigados em asilos, esperando ansiosamente uma visita familiar, que nunca chega.

O envelhecimento traz uma modificação na realidade de vida dos idosos, vez que, há uma inversão de importâncias, quem sempre foi respeitado e valorizado por ser útil no seio familiar, muitas vezes se transforma em um fardo que os familiares evitam carregar. É o que traz Camilo Carvalho ao dizer que:

O idoso que era considerado autoridade devido a sua sabedoria, com o passar do tempo viu o seu poder econômico e social se esvaír, com isso, suas memórias e sua experiência de vida, que em momento anterior eram muito valorizadas, agora parecem ser irrelevantes, recaindo sobre eles o peso da inutilidade e decadência. (2011, p. 03)

Na sociedade moderna, o tempo tem um valor imensurável, visto que as pessoas vivem sobrecarregadas de compromissos. Assim, cuidar dos pais idosos, dando-lhes toda

atenção e cuidado de que necessitam, é algo que alguns filhos consideram inviável, e, diante das diversas prioridades que se sobrepõem a estima que possuem com os pais, preferem romper os vínculos que os mantêm próximos e viver sem preocupar-se com as obrigações que deveriam ter para com eles.

Quando se forma a situação ora mencionada, fica claro o abandono inverso, que se configura tanto na modalidade de abandono material, quanto na modalidade de abandono afetivo, pois já que as relações familiares devem ser pautadas na reciprocidade, não é justo que um filho, tendo condições, se mantenha inerte sabendo que seus pais sofrem por passar diversas necessidades.

Se isso ocorre, os filhos estão sendo negligentes com os pais idosos, deixando de prover-lhes o necessário para manutenção da vida com qualidade, o que é característica primordial do abandono inverso, uma vez que, os mesmos deveres que os genitores, antes da velhice, possuem com sua prole, estes terão para com seus pais após adquirirem independência, pois com o avançar da idade, é comum que as pessoas necessitem de cuidados especiais por se tornarem mais frágeis e debilitadas.

Os filhos têm a obrigação de amparar seus pais na velhice, seja material, seja imaterialmente. Ainda que os pais tenham condições econômicas e financeiras de sobreviverem, subsiste o dever dos filhos nas prestações de ordem afetiva, moral, psíquica. (SILVA, 2012, p. 08)

Ao trazer dessa ideia, Lillian Ponchio e Silva ensina que não se deve centrar essa obrigação dos filhos para com os pais apenas nas necessidades materiais, ou seja, fornecer apenas condições financeiras para a manutenção dos pais não é suficiente, pois, como dito, o abandono inverso também existe na modalidade afetiva. Os idosos necessitam manter suas relações sentimentais, por, diante da ausência destas, se tornarem vulneráveis a crises existenciais capazes de acelerarem o fim da vida.

Quando as pessoas envelhecem, geralmente, apresentam degradações físicas e mentais, diante disso, em algumas ocasiões passam a ser tratadas com preconceito pela sociedade. Por esse motivo, é necessário que os filhos dediquem uma atenção especial aos pais idosos, visando impedir que eles se tornem vítimas de maus tratos e humilhações, já que são pessoas vulneráveis à exclusão social.

Da mesma forma que crianças necessitam de uma dedicação especial, tendo em vista a sua vulnerabilidade, o idoso também necessita de um maior amparo, uma assistência material e afetiva, já que sabe-se que, devido às consequências da velhice, não são capazes de prover sua própria subsistência e de defenderem-se das diversas situações recorrentes no cotidiano.

À medida que as pessoas vão envelhecendo, lidar com problemas habituais se torna cada vez mais complexo, tendo em vista que já não dispõem mais de capacidade física, nem mental, para enfrentar situações simples, como fazer compras, pagar contas, entre outras situações rotineiras, além do mais, tornam-se vulneráveis a pessoas que agem com má-fé, pois vão ficando cada vez mais fáceis de serem enganadas e manipuladas. Devido a esse aspecto, é que é essencial que os filhos não os deixem a própria sorte, e forneçam o carinho e a proteção necessária para que a existência de seus pais não se torne uma angústia.

Ocorre que, de fato, assim como existem pais que abandonam a prole, são diversas as situações em que os idosos sofrem com a ausência de assistência material e afetiva familiar. Não são raros os casos em que os filhos entregam seus pais a asilos, e jamais retornam, ou, ao saírem do lar dos seus genitores, rompem o totalmente o contato com eles, se portando de maneira indiferente perante as necessidades que os idosos venham a possuir.

Existem filhos capazes de tocar a vida ignorando completamente a existência de seus pais, que, abandonados, sofrem das mais diversas maneiras, o que reflete de forma extremamente negativa em suas vidas, pois um idoso desassistido materialmente padece de todas as dificuldades que um ser humano pode enfrentar, como fome, frio, dor e medo, o que os faz viver em situações precárias.

Aliada a essa ausência de prestação material, vem, conseqüentemente, a ausência de afeto, pois, diante de tamanha situação de miserabilidade, fica claro que além da falta de recursos financeiros suficientes para suprir suas necessidades físicas, os idosos também sofrem com a ausência de ternura, o que comprova que foram abandonados, também, afetivamente.

Quando são abandonados, além de ausência material e afetiva, os idosos são obrigados, de forma brusca, a se desligarem da sua história, acabando por perderem vínculos com tudo que conviveram, já que ao serem afastados das pessoas e dos ambientes que permaneceram durante toda sua vida, deparam-se com um novo ciclo, onde se veem obrigados a relacionarem-se com desconhecidos, deixando suas raízes para trás, fato esse que gera sentimento de insegurança e solidão.

Essa triste realidade, por vezes, é responsável por diminuir a vida dos idosos, que, ao passarem pelas situações e necessidades ora mencionadas, se sentem rejeitados acabam entrando em uma situação de tristeza profunda, o que causa um aceleração no processo de desgaste do organismo, e posteriormente, os levam ao óbito de forma precoce, o que muito provavelmente não ocorreria tão rápido se possuíssem amparo familiar.

No caso dos idosos, o abandono gera um sentimento de tristeza e solidão, que se reflete basicamente em deficiências funcionais, são demasiados os prejuízos que os anciões apresentam nessa fase, e o agravamento dessa situação de isolamento social ocorrer comumente nessa fase da vida. A falta de intimidade compartilhada e a pobreza de afetos e de comunicação dos jovens para com os idosos tendem a mudar estímulos de interação social do idoso e de seu interesse com a própria vida. (MAGNUS, 2013, p. 38)

Pela deterioração, já explicitada alhures, que o abandono inverso causa a pessoa do idoso, esse tema que vem ganhando espaço no ordenamento jurídico brasileiro, pois, são assustadoras as consequências desencadeadas na vida dos idosos vítimas da ausência de assistência material e afetiva, assim como são expressivas e recorrentes na sociedade contemporânea essa problemática.

Não são raras situações em que há uma inversão de sujeitos no tocante ao abandono material e afetivo, onde os filhos são sujeitos ativos e os pais idosos, conseqüentemente, são os indivíduos desamparados e desassistidos, tendo assim, violados os direitos da personalidade, conforme dispõe Pedro Lenza:

O envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção, um direito social, sendo obrigação de o Estado garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade. (2011, p. 1.119)

Já que os direitos da personalidade pertencem aos seres humanos desde o seu nascimento até a sua morte, e o envelhecimento é algo que decorre da existência de qualquer indivíduo, nessa fase, os idosos não podem ser privados de meios que assegurem a eles uma existência segura. Além de o Estado ter o dever de elaborar políticas públicas com esse objetivo, os filhos não podem se furtar dessa obrigação, uma vez que a família contemporânea existe com um olhar direcionado à solidariedade, à afetividade e, principalmente, à reciprocidade.

2. DO DESRESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

2.1. Dignidade Da Pessoa Humana: Definição

A dignidade da pessoa humana é caracterizada por um conjunto de garantias que asseguram ao ser humano uma existência íntegra. Para conceituá-la, é importante entender que ela encontra-se diretamente atrelada à vivência dos indivíduos de forma adequada,

respeitada, com meios suficientes à garantia daquilo que é essencial à sobrevivência humana.

A Constituição da República Federativa do Brasil traz a dignidade da pessoa humana como um fundamento do Estado Democrático de Direito. Veja-se:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

Por ser trazida como um princípio fundamental da República Federativa do Brasil, é evidente a enorme relevância que a Constituição Federal atribui a dignidade da pessoa humana. Pode ser dito que ela é a base do ordenamento jurídico brasileiro, e que é a fonte de onde decorrem todas as normas nele existentes, ou seja, nenhum ramo do direito pode violar essa garantia.

Todas as normas constitucionais, legais, todos os princípios e pensamentos norteadores da aplicação das normas jurídicas, devem ser pensados, obrigatoriamente, sob a ótica da dignidade da pessoa humana. Qualquer dispositivo ou posicionamento que a desrespeite, deve ser necessariamente combatido, já que, além de ser uma garantia fundamental, ela é um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

Tamanha importância dada à dignidade da pessoa humana decorre do fato de que as pessoas são os seres mais valorizados, seres principais de todo o ordenamento jurídico. O Estado e o Direito possuem os seres humanos como a razão de sua estrutura, como a motivação da sua organização, por isso, a garantia ao seu bem estar é algo inerente a essa qualidade de ser humano.

Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos à realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos jurídicos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito. O princípio da dignidade da pessoa humana não

representa apenas um limite à atuação estatal, mas constitui também um norte para sua ação positiva. (Dias, 2010, p. 63)

Ao falar sobre uma atuação positiva do Estado, o que se pretende passar é que, diante da obrigação da manutenção da vida digna dos seres humanos, o Estado deve atuar de forma prestativa, criando políticas públicas capazes de manter a qualidade de vida de todos os indivíduos, ofertando o básico e o essencial.

Ocorre que, essa atuação positiva, prestacional, apesar de ser obrigação do poder público, deve ser colocada em prática também pela população. Os indivíduos sempre devem conduzir suas atitudes com o objetivo de assegurar a dignidade daqueles que compõem o seu seio familiar.

É de se observar que a Carta Maior traz uma diferenciação dos homens, com relação aos demais seres vivos e não vivos. Em diversos dispositivos existentes em seu texto, é enfatizado que a dignidade é um atributo característico dos seres humanos, fato este que se encontra diretamente ligado à garantia de que a estes indivíduos deve ser assegurado o mínimo existencial.

Ao mencionar a garantia ao mínimo existencial, é importante esclarecer que se trata da concessão daquilo que é essencial para a sobrevivência digna das pessoas. Vale ressaltar que o básico à manutenção da vida dos seres humanos é bastante abrangente, vindo a englobar alimentação, saúde, educação, higiene e até mesmo o afeto, ou seja, o mínimo existencial encontra-se atrelado a tudo aquilo que os indivíduos necessitam para sobreviver com qualidade, honradez e respeitabilidade.

Isso é exatamente o que demonstra Wolfgang Sarlet, ao conceituar a dignidade da pessoa humana em sua obra "*Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*", conforme exposto a seguir:

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 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 ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos. (2011, p. 63)

No mesmo sentido, é o pensamento trazido por Alexandre de Moraes na "*Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*" dispõe que:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (2002, p. 128)

Pelo exposto, por ser a dignidade da pessoa humana um orientador estatal, o embasamento e a essência de todos os direitos, ela pode ser entendida também como um meio de proteção ao ser humano. E, ao adentrar na questão da proteção, a intenção é demonstrar que com sua eficácia, as situações que expõem os seres humanos a condições de miserabilidade devem se tornar inexistentes.

Carla Liliane Pelegrini sugere a ideia de que a dignidade da pessoa humana é uma vitória na sociedade contemporânea, pois é um avanço no combate a degradação dos seres humanos.

O princípio da dignidade da pessoa humana surge como uma conquista em determinado momento histórico. Trata-se de tutelar a pessoa humana possibilitando-lhe uma existência digna, aniquilando os ataques tão frequentes à sua dignidade. (PELEGRINI, 2004, p. 05)

Pelo exposto, pode-se perceber que são inúmeros os motivos que fortalecem a importância do respeito e aplicação da dignidade da pessoa humana, já que, além da garantia do mínimo existencial, são também fundamentos desse princípio, a liberdade, a igualdade e a autonomia humana. Sendo assim, ao ser desobedecido, fica evidente a violação a uma garantia constitucional que é essencial à manutenção do Estado Democrático de Direito.

É o que Nobre Júnior esclarece, em sua obra "*O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana*", veja-se:

Assim, respeitar a dignidade da pessoa humana, traz quatro importantes consequências: a) igualdade de direitos entre

todos os homens, uma vez integrarem a sociedade como pessoas e não como cidadãos; b) garantia da independência e autonomia do ser humano, de forma a obstar toda coação externa ao desenvolvimento de sua personalidade, bem como toda atuação que implique na sua degradação e desrespeito à sua condição de pessoa, tal como se verifica nas hipóteses de risco de vida; c) não admissibilidade da negativa dos meios fundamentais para o desenvolvimento de alguém como pessoa ou imposição de condições sub-humanas de vida. Adverte, com carradas de acerto, que a tutela constitucional se volta em detrimento de violações não somente levadas a cabo pelo Estado, mas também pelos particulares. (2000, p. 04)

Diante disso, o que se pretende frisar é que a qualidade da vida das pessoas é assegurada pela eficácia e pelo respeito da dignidade da pessoa humana, que deve ser colocada em prática por todos os indivíduos, como forma de evitar que seus semelhantes sobrevivam em situações precárias.

2.2 A Dignidade Da Pessoa Humana e o Direito De Família

Como já dito, a dignidade da pessoa humana é o centro de todo o ordenamento jurídico, é baseado nela que são criadas as normas dos demais ramos do direito. Seja o direito civil, penal, trabalhista, dentre outros ramos, todos desenvolvem suas regras priorizando o bem estar dos seres humanos, as condições dignas de vida e a garantia do mínimo existencial.

É o que Rolf Madaleno leciona ao dizer que: *"a dignidade humana é princípio fundamental e, portanto, recebe integral proteção do Estado Democrático de Direito, prevalecendo sobre os demais princípios"*. (2010, p. 29)

Dessa forma é importante salientar que o direito de família também traz a dignidade da pessoa humana como centro. Ou seja, ao dispor sobre o direito de família, o legislador também colocou como objetivo primordial o fornecimento de uma vida digna aos seres humanos.

É o que Carlos Roberto Gonçalves enfatizou em sua obra, ao dizer que: *"o direito de família é o mais humano de todos os direitos"* (2011, p. 22), o que é uma verdade quase absoluta, pois quando se diz que as relações familiares devem ser pautadas na solidariedade, na afetividade e na reciprocidade, é uma forma de concretização da dignidade da pessoa humana no seio familiar.

Sendo assim, todos os aspectos já mencionados com relação a esses princípios, devem ser pensados como um caminho necessário a ser percorrido para assegurar a dignidade da pessoa humana. A solidariedade e a reciprocidade tem o intuito de fazer com que os membros de uma família se ajudem mutuamente, garantindo uns aos outros meios necessários para uma existência com qualidade.

Com isso, fica evidente a ligação dos referidos princípios ao alcance dessa garantia, pois, já que pais e filhos são obrigados a contribuir com a manutenção uns dos outros, ofertando assistência material, desde que possuam meios suficientes para isso, é nítida a tentativa de que a dignidade da pessoa humana se faça presente no âmbito das relações familiares.

Com relação à afetividade, esta também visa propiciar uma vida digna àqueles que compõem o seio familiar. Para Maria Berenice Dias, a ligação entre a dignidade da pessoa humana e o princípio da afetividade é algo indiscutível, pois ela refere-se àquele *"como sendo o princípio de manifestação primeira dos valores constitucionais, carregado de sentimentos e emoções"*. (2005, p. 57)

Por ser o princípio da afetividade essencial à formação da personalidade de qualquer indivíduo, muito embora a Constituição da República Federativa do Brasil não o traga de forma explícita, ele é fruto da valorização dos sentimentos humanos, e, sem qualquer dúvida, existe baseado na necessidade do cuidado que deve ser tomado para que o direito a uma vida digna não seja violado. Dessa forma, a possibilidade das normas do direito de família serem eficazes, somente se concretiza se a dignidade da pessoa humana for colocada como objetivo primordial.

2.3. Abandono Inverso e a Irreverência à Dignidade Da Pessoa Humana

Ao falar sobre abandono material e afetivo, não há como se furtar da ideia de violação a dignidade da pessoa humana. É impossível negar que o abandono foge desse objetivo, que é basilar tanto no direito de família, como nos demais ramos do direito.

Situações de abandono geram inúmeras consequências negativas ao indivíduo abandonado, pois, em diversas situações, eles passam a viver em condições que, à luz da dignidade da pessoa humana, são completamente inadmissíveis.

Regina Tavares enfatiza que, assegurar o necessário à existência dos seus familiares, abrange questões materiais e imateriais, e, quando essa obrigação é desrespeitada, há ofensa à dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana reúne todos os valores e direitos que podem ser reconhecidos a ela, como a afirmação de sua integridade física, psíquica, moral e intelectual, além da garantia do livre desenvolvimento de sua autonomia e personalidade, constituindo-se verdadeira cláusula geral de proteção integral à pessoa humana. (2012, p. 85)

Se um pai abandona um filho, material ou afetivamente, é explícita a situação de violação a importância dada pelo ordenamento jurídico à dignidade da pessoa humana, já que, padecendo de inúmeras necessidades, os filhos abandonados não possuirão a garantia do mínimo existencial.

Como já foi dito, em alguns momentos, essa situação é invertida. Isso ocorre quando o abandono inverso se faz presente. Nessas ocasiões, o desrespeito à dignidade da pessoa humana merece um olhar mais cauteloso, pois, envelhecer traz uma série de debilidades físicas e psicológicas que faz com que o ancião necessite de maior atenção a ser perpetrada pelos seus filhos. Essa imposição de prestação de cuidado especial baseia-se no objetivo central do ordenamento jurídico, que é assegurar a sobrevivência digna de todos os seres humanos.

No momento em que um filho possui a obrigação de prestar auxílio material a seus pais idosos, inexistente a possibilidade dele se furtar de prestá-lo. Se de modo injustificado, o filho for omissivo com relação à referida prestação, e não cumprir seu dever, acabará por deixar faltar o essencial à manutenção de uma vida com qualidade ao idoso, sendo assim, esse indivíduo, evidentemente, se encontra violando o princípio da dignidade da pessoa humana, e não há dúvidas de que ele deve ser obrigado a reparar essa falha, tendo em vista a importância que é dada a esse princípio.

De igual modo, desrespeita a dignidade da pessoa humana, o filho que abandona afetivamente seus pais idosos. O abandono afetivo por sua vez, destrói um dos papéis fundamentais do perfil de família contemporâneo, vez que, como já mencionado alhures, o afeto faz parte daquilo que é considerado mínimo existencial.

Com essa postura, os filhos que deveriam ser responsáveis pela manutenção da qualidade de vida dos pais idosos, passam a ser causadores da sua existência em condição sub-humana.

Maristela Nascimento comenta que:

Pode-se verificar, de tal forma, a existência de todo um arcabouço jurídico voltado para a proteção da dignidade da pessoa humana e nela se insere, sem menor dúvida, o conjunto

de ações voltadas para a integração social do idoso, reconhecendo-lhe a hipossuficiência diante da dinâmica social capitalista. Em um mundo competitivo e excludente, o idoso, dadas as limitações naturais de ordem biológica, de regra é visto como portador de um déficit econômico e social, cujo resgate e busca da isonomia passa a ser objetivo da tutela jurídica específica. (2007, p. 42)

Diante do exposto, infere-se que, devido à situação de vulnerabilidade em que o idoso se encontra na sociedade contemporânea, a ele é necessário que seja dedicado um cuidado especial, a fim de garantir sua dignidade.

Tudo isso se fundamenta no fato de que o direito de família contemporâneo afirma que os seres humanos devem buscar a felicidade através do fortalecimento dos laços de afetividade, solidariedade e reciprocidade. Assim sendo, é notório que o ordenamento jurídico pátrio não pode permitir que os filhos mantenham uma postura individualista, conduzindo seus atos com o pensamento voltado apenas ao seu bem estar, deixando os pais idosos de lado, pois, seria inconcebível que a Constituição Federal trouxesse a dignidade da pessoa humana como seu fundamento e não buscasse efetivá-lo.

3. PORQUE RESPONSABILIZAR OS FILHOS PELA OFENSA A DIGNIDADE DA PESSOA DOS PAIS IDOSOS

3.1. Fundamentação Legal

Na China, desde o ano de 2013, vigora uma lei que obriga que os filhos visitem frequentemente seus pais idosos. O compromisso imposto aos filhos, trazido na referida lei, tem como objetivo manter uma tradição do país, na qual os filhos tem o dever de cuidar dos pais idosos, que são considerados indivíduos vulneráveis. (FIGUEIRÊDO ALVES, 2013).

A lei chinesa impõe aos filhos, exatamente, a obrigação de prestar o auxílio material e afetivo necessário, vez que, atrelada a obrigação de visitar, os filhos devem prover base emocional e material aos pais idosos, para que estes terminem a vida em condições dignas.

Dessa forma, existe uma tentativa em fazer com que os valores morais chineses permaneçam existindo com o seguimento das gerações, já que, ao impor essa obrigação por meio de lei, busca-se uma conscientização dos filhos, para que não abandonem os pais idosos no momento em que eles mais necessitam de auxílio. Ainda é de se observar que, essa imposição legal é um meio de preservar a família.

No ano de 2008, o deputado Carlos Bezerra do PMDB/MT, apresentou o Projeto de Lei nº 4294/2008 na Câmara Federal, trazendo uma punição aos filhos que abandonam os pais idosos, ou seja, o projeto de lei traz expressamente, o direito à indenização por dano moral para essas ocasiões.

Ocorre que o referido Projeto de Lei até a presente data encontra-se estacionado na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. A última discussão sobre a matéria ocorreu em 25 de junho de 2015, tendo sido suspensa devido ao início da Ordem do Dia do Plenário da Câmara dos Deputados.

Desde a referida data, não houve mais nenhuma movimentação no tocante ao referido Projeto de Lei. Sendo assim, o ordenamento jurídico brasileiro permanece sem possuir lei específica que responsabilize os filhos pelo abandono afetivo inverso ou que obrigue os filhos a prestarem auxílio material e afetivo aos pais idosos.

Contudo, ainda que diante dessa lacuna, existem inúmeros dispositivos legais, constitucionais e princípios, que, de forma implícita, impõem aos filhos a obrigação de prestar auxílio material e afetivo aos pais idosos, e, apesar de serem discutíveis, por não ser uma imposição taxativa, são capazes de assegurar a dignidade da pessoa do idoso.

A Constituição da República Federativa do Brasil possui dispositivos importantes para a caracterização dessa responsabilidade dos filhos para com os pais idosos, veja-se:

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.

Diante do artigo trazido, pode-se perceber que os filhos estão obrigados, desde que possuam meios suficientes, a cuidar dos pais quando estes não tiverem mais condições de prover sua própria subsistência. Conforme traz o dispositivo transcrito, os pais idosos carentes ou enfermos se tornam vulneráveis, necessitando de assistência material e afetiva a serem perpetradas pelos filhos.

Complementando o dispositivo anterior, a Carta Magna ainda busca enfatizar a necessidade de proteção a dignidade da pessoa do idoso, atribuindo essa obrigação não somente ao Estado, como também e principalmente, a família.

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

O Estatuto do idoso (Lei nº 10.741/03) busca reforçar os dispositivos constitucionais ora mencionados, sempre com o intuito de impedir que os filhos se furtem de assistir seus pais idosos.

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

O Estatuto ora mencionado, ainda dispõe que:

Art. 4º Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.

Pelo exposto, é nítido que o ordenamento jurídico brasileiro, apesar de não punir de forma expressa os filhos que abandonam os pais, seja material ou afetivamente, possui inúmeros dispositivos que vinculam os filhos a essa obrigação. Ainda que seja uma obrigação imposta de forma implícita pela Carta Maior e por dispositivos legais, ao ser descumprida, pode gerar o dever de reparação.

O Código Civil vigente, ainda possui dispositivo que caracteriza a reciprocidade das relações familiares, veja-se:

Art. 1.696. 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.

Em conformidade com todos os dispositivos transcritos, fica evidente que a obrigação de proteção, prestação material e afetiva, não recai apenas sobre os pais com relação aos filhos. Essa obrigação está atrelada à vulnerabilidade, ou seja, ao membro mais vulnerável do seio familiar devem ser asseguradas as condições essenciais à manutenção da sua vida com qualidade.

Sendo assim, um pai idoso, debilitado, que não possui condições físicas e mentais de prover seu próprio sustento, é, diante a legislação pátria, considerado uma pessoa vulnerável, com isso, os filhos possuem a obrigação de protegê-lo.

Como forma de ratificar os dispositivos aqui apresentados, é importante mencionar ideia trazida por Andreia Gomes Lima, que enfatiza que o idoso, assim como a criança e o adolescente, por ser igualmente vulnerável, também goza de todas as garantias a eles asseguradas.

O idoso, pessoa humana que é, goza de todos os direitos fundamentais inerentes a essa qualidade, direitos estes que estão estampados em todo o nosso sistema jurídico (CF/88 e demais leis), e agora também nesse seu Estatuto, que lhe assegura "proteção integral". Assim, visa assegurar-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade, dignidade e felicidade. Denota-se aqui o princípio magno que rege todos os dispositivos do Estatuto do Idoso: o princípio da proteção integral. (2010, p. 67)

De igual maneira, Maristela Nascimento Indalencio, explica que:

A proteção integral, portanto, pressupõe o atendimento a todas as necessidades do ser humano, respeitando-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Enquanto a criança e o adolescente são vistos como pessoas em peculiar processo de desenvolvimento, ao idoso se reconhece o outro extremo, ou seja, sua peculiaridade em face do processo de envelhecimento – ou declínio biológico. Trata-se de circunstância que, como dito anteriormente, na moderna sociedade capitalista de consumo, faz com que o idoso seja tratado com preconceito, como hipossuficiente em face da ausência de condições de competir no mercado de trabalho, gerando desigualdade de tratamento que deve ser equilibrada com a proteção integral prevista no Estatuto. Guardadas as peculiaridades, é evidente a identidade de situações. (2007, p. 53).

Em conformidade com os posicionamentos retromencionados, ao ser garantida aos idosos uma proteção integral, pode-se perceber que, não cabe apenas ao Estado garanti-la, vez que, essa proteção decorre da ampliação da proteção familiar, e pelo princípio da reciprocidade, pais e filhos são obrigados a buscar sua efetivação.

3.2. Do Dano Moral

O abandono inverso é consequência da negligência dos filhos com os pais idosos. A omissão dos filhos com relação aos cuidados que devem ter com pais, como já afirmado alhures, desencadeia uma série de aspectos negativos na vida desses idosos, pois o sentimento de hipossuficiência unido a tristeza e à solidão acabam por acelerar doenças físicas e agride também a saúde mental do ancião.

Quando isso ocorre, está configurado o dano moral, já que há uma violência moral, sentimental, e, a depender do caso concreto, até mesmo uma violência física, uma vez que se está diante da ausência de prestação material e afetiva.

A classificação tradicional do dano compreende a distinção entre dano patrimonial e dano moral ou extrapatrimonial. Dano patrimonial tem intrinsecamente um valor de economicidade, ou seja, atinge o patrimônio do lesado e está vinculado a sanção pecuniária, sendo passível de aferição econômica. De outro, existe o dano moral ou extrapatrimonial, inserido na categoria que se caracteriza por ser uma ofensa aos valores íntimos da personalidade, atingindo especialmente as esferas afetiva e intelectual, podendo trazer como consequência forte dor, angustia e sofrimento. (BITTAR FILHO, 1994, p. 06)

Ou seja, ao falar de dano moral, é importante mencionar que, na sua configuração, há uma ofensa aos sentimentos do ofendido, a sua integridade psíquica e até a física. Por esse motivo, o responsável pelo dano moral tem, por obrigação, que ressarcir o ofendido, muito embora esse ressarcimento tenha caráter apenas punitivo, já que a dor sofrida não tem como ser extinta.

É o que explica José Rafael Santini, ao dizer que:

A soma em dinheiro paga pelo agente é para que ele sinta de alguma maneira o mal que praticou. A dor, a alegria, a vida, a liberdade, a honra ou a beleza, são de valores inestimáveis. Isso não impede, porém, que seja aquilatado um valor compensatório que amenize aquele dano moral a que São João apóstolo chamava de danos da alma. (1997, p. 347)

Pode-se dizer, conforme o pensamento de Cavalieri Filho, que ao causar um dano material a alguém, o agente causador ofende a dignidade da pessoa humana. Veja-se:

[...] temos hoje o chamado direito subjetivo constitucional à dignidade. E dignidade nada mais é do que a base de todos os

valores morais, a síntese de todos os direitos do homem. O direito à honra, à imagem, ao nome, à intimidade, à privacidade, ou qualquer outro direito da personalidade, todos estão englobados no direito à dignidade, verdadeiro fundamento e essência de cada preceito constitucional relativo aos direitos fundamentais. (1998, p. 60-61).

E por ser a dignidade da pessoa humana uma garantia tão essencial, por ser ela a base do ordenamento jurídico, ao ser desrespeitada por algum indivíduo, este deve sofrer uma punição, qual seja, a reparação pecuniária, ainda que não seja capaz de eliminar os danos causados ao ofendido.

Neste mesmo sentido é o pensamento de Carlos Alberto Bittar Filho, que enfatiza mais uma vez que a existência de dano moral ofende o princípio da dignidade da pessoa humana e menciona a dificuldade de definir valor econômico pela dificuldade de reparar o dano causado.

Com relação ao dano moral, registra-se o crescimento significativo da proteção dada à dignidade da pessoa humana, personalidade e aos direitos fundamentais como sendo o fator propulsor para o seu reconhecimento e amplificação. Ainda assim, houve muita resistência por parte da doutrina e dos juízes em se reconhecer a existência do dano moral e a possibilidade de vias judiciais. No centro desta resistência, encontravam-se questionamentos emblemáticos: é possível compensar a dor por Qual é o valor da dor? Como avaliar o dano moral se este se encontra na esfera íntima do ser humano? (1994, p. 04)

O filho que desrespeita o dever de cuidado para com os pais idosos, descumpre uma obrigação legal a ele atribuída, ainda que indiretamente. Pois, os dispositivos já mencionados visam proteger o saudável relacionamento familiar, a manutenção dos vínculos entre pais e filhos e o mais importante, a preservação da dignidade humana.

É lamentável saber que para que os filhos não deixem de prestar assistência os pais idosos, seja necessário o estabelecimento de uma punição, pois é algo que deveria ser espontâneo, decorrer dos laços afetivos familiares, entretanto, é nítida a falta de respeito a esse dever e são comuns situações de idosos abandonados. Assim, pode-se dizer que, um filho que desassiste seus pais idosos, comete um ato ilícito, que por sua vez, configura um dano moral passível de indenização.

3.3. Da Responsabilidade Dos Filhos

A responsabilidade de indenizar os pais idosos por danos morais recai diretamente sobre os filhos pelo fato de que, no momento em que os idosos se tornam vulneráveis, os entes familiares mais próximos são chamados à obrigação de assisti-los, quais sejam, os filhos, desde que tenham possibilidade para tal conduta.

Um filho que abandona seu pais, causa danos morais e deve ressarcir-los. Para que haja obrigação de indenizar decorrente da responsabilidade civil, é necessário que haja um dano que tenha nexos de causalidade com uma ação ou omissão voluntária que configure ato ilícito.

O Código Civil dispõe que:

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.

Diante dos dispositivos expostos, pode-se afirmar que, por ser, o cuidado com os pais idosos e a prestação de assistência material e afetiva, um dever, no momento em que este não é observado, se tiver ligação direta com a posição omissa, negligente e voluntária dos filhos, é configurado o ato ilícito, e se dele decorrer dano, ainda que moral, é passível de indenização.

Sílvio Venosa afirma que para responsabilizar civilmente algum indivíduo, é imprescindível o nexos de causalidade, por isso deve haver ligação direta do dano moral causado no idoso, com o ato ilícito perpetrado pelos seus filhos.

A responsabilidade objetiva dispensa a culpa, mas nunca dispensará o nexos causal. Se a vítima, que experimentou um dano, não identificar o nexos causal que leva o ato danoso ao responsável, não há como ser ressarcida. (VENOSA, 2003, p. 39)

Importante ressaltar que a indenização por danos morais não fará com que haja uma reaproximação familiar, muito menos ensinará os filhos a amarem seus pais. Porém, ela busca compensar o idoso de alguma forma, por ter sido privado do convívio familiar e

por ter sofrido com a ausência do necessário para findar a vida com qualidade. Além disso, busca ainda, punir os filhos negligentes.

A responsabilidade civil representa, portanto, uma obrigação derivada, um dever jurídico sucessivo de assumir as consequências jurídicas de um fato, consequências estas que podem variar (reparação pessoal e/ou punição pessoal do infrator) de acordo com os interesses lesados. (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 45).

Pode-se considerar a indenização, também como um meio de desestimular o abandono inverso, pois, no momento em que os filhos sentem a sua omissão lhe trazer prejuízos financeiros é mais difícil a reiteração da conduta ilícita. A responsabilização também serve como prevenção, vez que, ao ver um indivíduo ser punido, alerta a população para que não pratique condutas semelhantes.

Por isso é que obrigar os filhos negligentes a indenizar os pais idosos é algo imprescindível à garantia da dignidade da pessoa do idoso, é o que nos traz Álvaro Villaça Azevedo ao considerar que:

O descaso entre pais e filhos é algo que merece punição, é abandono moral grave, que precisa merecer severa atuação do Poder Judiciário, para que se preserve não o amor ou a obrigação de amar, o que seria impossível, mas a responsabilidade ante o descumprimento do dever de cuidar, que causa o trauma moral da rejeição e da indiferença. (2004, p. 14).

Sendo assim, é evidente a vinculação dos filhos com a obrigação de prestação material e afetiva aos pais idosos, bem como sua consequente responsabilização por infringir este dever, vez que apesar de não extinguir a dor sofrida pelo idoso, a indenização por danos morais pode ao menos abrandá-la.

4. DO TRATAMENTO DADO AO ABANDONO AFETIVO E MATERIAL INVERSO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

4.1. Posicionamentos Diversos Como Decorrente da Ausência de Norma Expressa

Como já dito nos capítulos anteriores, não existe uma norma que, de forma taxativa, obrigue os filhos a prestarem auxílio material e afetivo aos pais na fase idosa, bem como não há nenhuma punição constitucional, nem legal, imposta de forma expressa aos filhos em casos de abandono inverso.

As discussões sobre o tema se desenvolvem em torno de dispositivos que visam assegurar a dignidade da pessoa humana, e os princípios da solidariedade, da afetividade e da reciprocidade no âmbito familiar, porém, de forma geral. Não há nada especificamente direcionado ao abandono inverso.

Essa ausência de regulamentação legal, por sua vez, desencadeia uma série de decisões diversas acerca do tema. Assim, algumas demandas judiciais são julgadas procedentes, ou seja, é concedida a indenização por dano moral, de outro lado, são comuns as decisões que negam o pedido do autor que alega ser vítima de danos morais decorrentes do abandono familiar.

As decisões judiciais que se manifestam ao lado da ideia de que não há possibilidade de indenização, geralmente alegam que o dinheiro é incapaz de reparar os danos sofridos pelo indivíduo abandonado, ou seja, a pecúnia é incapaz de suprir a dor do abandono. Além disso, no que toca ao afeto, afirmam que o amor, o carinho e a afeição, são sentimentos que devem decorrer naturalmente das relações familiares, não devem ser impostos por meio de lei.

Em consonância com esse posicionamento, pode-se apresentar a decisão a seguir, proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em março do ano corrente, que nega provimento a apelação em que o recorrente requer indenização a ser perpetrada pelo seu genitor, alegando que sofreu danos morais, por ter sido abandonado afetivamente por este.

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. Propositura em face de eventual abandono afetivo. Sentença de improcedência. Apela o autor, insistindo no abandono afetivo e material, alegando que o genitor beneficia os demais irmãos e o renega. Descabimento. Impossibilidade de se impor o dever de amar e dispender afeto. Danos morais não configurados. Indenização inexigível. A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicabilidade da reparação pecuniária. Recurso improvido. (TJ-SP, 2016)

Porém, como já exposto alhures, são inúmeros os posicionamentos doutrinários que afirmam a existência da configuração do dano moral em decorrência de abandono afetivo e material, tanto em situações de abandono efetivado pelos genitores com relação a sua prole, quanto nos casos em que os filhos desassistem os pais idosos vulneráveis.

Existem decisões judiciais no ordenamento jurídico brasileiro, que condenam pais a pagarem indenizações por danos morais como consequência do abandono afetivo e

material em face dos filhos. Dessa forma, pode-se perceber que as situações de abandono familiar vêm ganhando um espaço expressivo na atualidade, isso se deve, principalmente, ao novo sentido que o conceito de família vem ganhando.

Nessa seara, há de se mencionar uma decisão de grande repercussão, proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, onde o genitor foi condenado a indenizar sua filha em R\$200.000,00 (duzentos mil reais) por abandono afetivo.

Veja-se a ementa do referido julgado, do Recurso Especial nº. 1.159.242/SP, da 3ª Turma, em que atuou como Relatora, a Ministra Nancy Andrighi:

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

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

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

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

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

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

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

7. Recurso especial parcialmente provido. (2012)

A decisão retromencionada gira em torno de uma situação em que a autora, após ter obtido êxito em uma ação de reconhecimento de paternidade, ajuizou ação de indenização contra seu genitor, alegando que devido à ausência dele, material e afetiva, em seu crescimento, ela sofreu danos morais.

Na decisão de primeira instância, o pedido da autora foi negado, porém, esta recorreu e, por concluir que o réu possuía boas condições financeiras, o tribunal de justiça de São Paulo reformou a decisão, condenando o genitor da demandante a uma indenização de R\$ 450.000,00 (quatrocentos e cinquenta mil reais).

Inconformado com o alto vulto da indenização, o demandado recorreu ao Superior Tribunal de Justiça, onde obteve a decisão aqui mencionada, que manteve a concessão do pedido de indenização, diminuindo apenas o valor desta para R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

A referida Ministra, fundamentou sua decisão afirmando que os danos morais decorrentes das relações familiares devem possuir o mesmo tratamento dos danos civis, sendo assim, são passíveis de indenização. Completou ainda, que o dano moral nas relações familiares pode causar uma dor sentimental, decorrente de uma conduta negligente do autor, sendo assim, o dano moral é indenizável por trazer os elementos essenciais ao cabimento da indenização: dano, culpa do autor e nexos causal.

Recentemente, na terceira Vara Cível de Brasília, tramitou uma ação de indenização por danos morais decorrentes de abandono familiar, onde o pai foi condenado a pagar ao seu filho, R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais). O demandado recorreu, porém o Tribunal de Justiça do Distrito Federal manteve a decisão de 1ª instância, sob o seguinte fundamento:

A falta de atenção e cuidado, que implica ausência de proteção, tem presumidamente o condão de ensejar danos em detrimento da esfera jurídico-moral do cidadão, o que se traduz pela configuração do dano moral subjetivo. Trata-se de dano que atinge a psique humana, provocando desconforto psicológico, sentimentos de ansiedade, frustração, profunda tristeza, baixa autoestima, dentre outros. Tem-se, pois, a toda

evidência, que estão presentes os elementos ensejadores do dever de indenizar por danos morais decorrentes da violação dos deveres paternos. (TJDFT, 2016)

No caso em apreço, o autor da ação afirmou que o seu genitor foi extremamente negligente em sua infância e adolescência, pois o tratava de maneira inferior aos filhos que possuía de outro relacionamento, tendo, inclusive, transferido bens de sua propriedade para não beneficiar o demandante.

O autor afirmou que em diversas ocasiões, seu pai marcava de buscá-lo, porém não aparecia, e entrava em contato com ele embriagado e em companhia de mulheres que o demandante desconhecia. Completou ainda, que devido ao comportamento indiferente do seu pai para com ele, acabou sendo acometido de doença pulmonar de fundo emocional e de problemas comportamentais, por esse motivo, requereu a indenização de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) por danos morais.

Como já informado, a juíza de primeira instância julgou procedente em parte o pedido indenizatório e arbitrou os danos morais em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), decisão esta que foi mantida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

Com as decisões ora mencionadas, é inquestionável que a indenização por danos morais decorrentes de abandono material e afetivo nas relações familiares vem ganhando um espaço importante no ordenamento jurídico brasileiro, vez que, cada vez mais, fica evidente o impacto negativo desencadeado na vida do indivíduo abandonado.

4.2. Abandono Inverso e a Utilização da Analogia

No tocante à indenização por danos morais decorrentes de abandono material e afetivo inverso, não são comuns decisões judiciais a esse respeito no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que, embora sejam recorrentes as situações de idosos abandonados, são raras as demandas judiciais ajuizadas pelos anciãos vítimas da omissão de cuidado dos seus filhos.

Porém, apesar de incomuns, se um idoso acionar a máquina judiciária buscando indenização, em virtude de sofrer danos morais pelo abandono perpetrado pelos seus filhos, da mesma forma que existem decisões que concedem esse direito aos filhos abandonados pelos seus pais, os idosos devem ter seus pedidos julgados procedentes.

Como já dito, isso se deve ao fato de que, devido às limitações que sofrem com o avançar da idade, os idosos, assim como as crianças, os adolescentes e os deficientes, são pessoas consideradas vulneráveis e necessitam de que seus familiares se responsabilizem em ter para com eles uma maior cautela.

Ou seja, ainda que ausente regulamentação legal expressa no tocante ao abandono inverso, ao analisar o caso concreto, ficando evidente o ato ilícito, o dano e o nexo causal, o Judiciário deve conceder direito de indenização por danos morais ao idoso, tanto com relação ao abandono material quanto pelo abandono afetivo, pois ambos têm como consequência a ofensa à dignidade da pessoa do idoso.

O que se pretende afirmar com isso, é que o abandono afetivo inverso não possui ainda um posicionamento dos tribunais brasileiros, já que, geralmente, as decisões que tratam de indenização por danos morais decorrentes de abandono no âmbito familiar, se referem à criança e ao adolescente, o que não impede que as decisões retromencionadas sejam utilizadas como base para responsabilizar os filhos pelo abandono dos pais idosos.

Isso ocorre pois, de acordo com Maria Berenice Dias, em caso de omissão legal no tocante à regulamentação de ocasiões que devem ser tuteladas pela lei, elas devem ser *“preenchidas pelo juiz, que não pode negar proteção e nem deixar de assegurar direitos sob a alegação de ausência de lei.”* (2010, p. 26)

Sendo assim, aqui cabe mencionar a importância da utilização da analogia. O artigo 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro dispõe que *“quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”*.

Com isso, pode-se dizer que a aplicação de indenização por danos morais decorrentes de abandono afetivo e material não é cabível apenas em situações onde os genitores são negligentes com sua prole, mas também em situações em que os idosos, vulneráveis, são abandonados pelos seus filhos.

É o que Carlos Roberto Gonçalves ensina ao dizer que:

Conceitua-se como Analogia, o fato do juiz utilizar-se de solução de determinado caso concreto, em um mecanismo que não está diretamente ligado à um dispositivo legal, mas sim, de um dispositivo legal relativo a caso semelhante. (2011, p. 72).

Gonçalves ainda complementa que, para a utilização da analogia, é importante que haja:

- a) inexistência de dispositivo legal prevendo e disciplinando a hipótese do caso concreto; b) semelhança entre a relação não contemplada e outra regulada na lei; c) identidade de

fundamentos lógicos e jurídicos no ponto comum às duas situações. (2011, p. 72).

Ou seja, muito embora o único projeto de lei que se refira a sancionar os filhos pelo abandono dos pais idosos ainda não tenha sido aprovada, e o Brasil ainda não possua lei que discipline o abandono afetivo inverso, é através da utilização da analogia que se consegue a possibilidade de impor aos filhos uma responsabilidade civil pelo abandono de seus genitores idosos.

Daí a importância da utilização do instituto da analogia no tema em apreço, uma vez que, pendente de aprovação o projeto de lei que serve de proteção ao idoso, e pune os filhos pela negligência com os pais vulneráveis, existe uma lacuna no ordenamento jurídico brasileiro que precisa ser suprida, para isso, é necessário que haja um meio judicial capaz de aplicar soluções ao caso concreto com base em decisões dadas a situações semelhantes, ainda que de forma inversa, tendo em vista as consequências trágicas que o abandono gera na vida do idoso.

Sendo assim, o magistrado ao analisar o caso concreto, em que um idoso padece pelo abandono familiar, diante da ausência de norma que defina como se deve proceder, pela semelhança das situações, onde tanto o idoso quanto a criança ou o adolescente são vulneráveis e necessitam de cuidados especiais, o juízo deve utilizar a analogia.

Ou seja, cabe ao magistrado pautar sua decisão em posicionamentos em que pais são condenados a indenizar sua prole por dano moral decorrente do abandono familiar e, conseqüentemente sancionar financeiramente os filhos pela negligência com os pais idosos, já que, ainda que não haja norma regulamentadora, não é cabível que a garantia mais importante do ser humano, que é a dignidade da pessoa humana, trazida pela Carta Maior, seja violada pela ausência de norma explícita para todas as situações onde ela deve se fazer presente.

4.3. Da Necessidade de Proteção Legal Explícita

Pelo fato de o idoso se tornar um indivíduo extremamente vulnerável e necessitar de maior atenção e cuidado que devem partir, primeiramente, de seus familiares, mais especificamente de seus filhos, já que, em regra, são os indivíduos mais próximos a eles, e também devido à infeliz realidade do Brasil, em que idosos são abandonados com frequência, faz-se necessária a criação de uma lei específica, onde determine, taxativamente, as obrigações que os filhos tem para com seus pais idosos, bem como a imposição de sanções em caso de descumprimento.

A criação de uma lei com as referidas determinações, tem o objetivo de assegurar a prestação material dos filhos para com seus pais idosos, bem como, certamente, de

fortalecer os laços familiares, vindo a assegurar também os vínculos afetivos na vida dos anciãos.

A norma regulamentadora, evitará a configuração do abandono, pois ao descrever as obrigações e as punições que os filhos podem sofrer ao se furtarem do cumprimento do estabelecido, o diploma legal apresentará seu caráter preventivo, funcionando como um alerta.

Com isso, a grande maioria dos indivíduos, até por medo das sanções impostas, irão buscar assistir os seus genitores idosos, na medida das suas possibilidades, o que na grande maioria das vezes, garantirá aos idosos uma vida com qualidade. Assim, a eles estará assegurado o mínimo existencial, tendo a lei, nesse momento, um caráter efetivador de uma garantia constitucional.

Por fim, se a prevenção e a tentativa de efetivar os direitos básicos dos idosos não forem suficientes, a lei apresentará seu caráter punitivo, buscando, de alguma forma, abrandar o sofrimento do idoso, ainda quem com o pagamento de indenização pelos filhos, que serão sancionados pela sua postura indiferente às necessidades dos pais vulneráveis.

Ter um diploma legal nesse sentido se faz extremamente essencial na realidade da sociedade brasileira, já que o cenário de idosos abandonados é enorme e tende a tornar-se cada vez mais significativo, uma vez que, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), baseado no Censo realizado em 2010, afirmou que a população idosa brasileira, até 2060 irá quadruplicar.

E, conforme exposto alhures, o tempo vem se tornando algo cada vez mais precioso na vida dos jovens e adultos, o que os impede de dedicar a atenção necessária aos anciãos. Diante dessa realidade, supõe-se que com o aumento da população idosa, o aumento de anciãos abandonados é uma consequência inevitável, ante a ausência de uma lei que obrigue diretamente os filhos a essa prestação material e afetiva aos pais idosos.

Pois, diante da ausência de lei específica para a situação em apreço, aos magistrados é dada uma subjetividade muito grande, onde há margem suficiente para inúmeros posicionamentos, onde alguns podem exigir que os filhos indenizem os pais pelos danos morais causados e outros negarem a concessão da indenização alegando a ausência da norma regulamentadora.

Com isso, em inúmeras situações pode-se ter uma violação à dignidade da pessoa do idoso, o que deve ser inadmissível, diante da importância que é dada a esta. Não se

pode permitir que exista a possibilidade de uma decisão judicial tratar uma garantia, que é a base de todo o ordenamento jurídico, como algo insignificante e ineficaz.

Pelo exposto, é evidente que no ordenamento jurídico brasileiro precisa ser editada uma lei que defina o abandono inverso como um comportamento ilícito, trazendo as sanções cabíveis. A dignidade da pessoa do idoso, não pode ser violada, para isso, deve ser assegurada com a responsabilização dos filhos pelo abandono material e afetivo inverso.

Além de garantir a dignidade da pessoa humana aos idosos, sem deixar margem para a tomada de decisões contrárias, a criação dessa lei ainda colocaria em prática a solidariedade e a reciprocidade no âmbito familiar, o que consequentemente fortaleceria os vínculos entre pais e filhos e daria eficácia ao princípio da afetividade nas relações familiares.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o exposto na presente monografia, buscou-se demonstrar a relevância do tema “Abandono Material e Afetivo Inverso” e a necessidade de o mesmo ser analisado com maior cautela, tanto pelo Judiciário quanto pelo Legislativo, vez que a intenção foi enfatizar a necessidade da criação de uma lei específica para o assunto, evitando posicionamentos omissos com relação aos direitos dos idosos.

Muito embora tenha ficado evidente a ausência de norma própria que vincule a responsabilidade aos filhos com os pais idosos, foram apresentados dispositivos legais e princípios inerentes ao Direito de Família, que os submetem a esse dever, deixando clara a obrigação de reciprocidade no âmbito familiar.

Ao enfatizar a importância da valorização do princípio da afetividade, da solidariedade e da reciprocidade nas relações familiares, pretendeu-se esclarecer que a obrigação de assistir material e afetivamente não é apenas dos pais com relação a sua prole, mas também, dos filhos com relação aos genitores idosos, já que o presente trabalho deixa evidente que a vulnerabilidade é o que define qual é o indivíduo no seio familiar que necessita de assistência.

Nesse viés, restou demonstrado que, diante da vulnerabilidade dos idosos e das dificuldades que enfrentam com o avançar da idade, a família, em especial os entes mais próximos, que geralmente são os filhos, são chamados a protegê-los e a assegurar a eles a manutenção da qualidade de vida, garantindo o necessário para a existência digna, tudo com base na importância dada à dignidade da pessoa humana pelo ordenamento jurídico pátrio.

Pelo exposto, buscou-se frisar que é inadmissível que os idosos findem a vida em condições precárias ocasionadas pela negligência dos filhos, uma vez que na sociedade moderna, há necessidade em priorizar a garantia basilar trazida pela Carta Magna, proteger o fundamento do Estado Democrático de Direito, que é a dignidade da pessoa humana.

Conclui-se, diante todos os fundamentos trazidos, que é perfeitamente possível a responsabilização dos filhos pelo abandono inverso, já que, a conduta omissa é um ato ilícito que causa dano aos pais idosos e por isso, encontram-se presentes os requisitos imprescindíveis para que haja indenização.

Infere-se ainda, que a indenização não possui o condão de reparar os danos sofridos pelo idoso abandonado, porém, é capaz de, ao menos, abrandar o sofrimento. Além disso, responsabilizar civilmente os filhos pelo abandono material e afetivo inverso possui um caráter preventivo, efetivador e sancionador, uma vez que a intenção é evitar a reiteração e o aumento de situações de abandono, assegurar a dignidade da pessoa dos idosos e punir os filhos que cumprem tal dever.

Por fim, o presente trabalho pretendeu deixar evidente a necessidade de medidas legais, capazes de coibir o abandono afetivo inverso, uma vez que quando configurado, a razão de ser da família, que é baseada na reciprocidade e na solidariedade, deixa de existir, e o fundamento base do ordenamento jurídico brasileiro, que é a dignidade da pessoa humana, é violado.

Vale ressaltar ainda, que o tema não foi esgotado pelo fato de haver a necessidade de mais discussões a ele relacionadas, bem como manifestações judiciais favoráveis à responsabilização dos filhos pelos danos morais causados aos pais idosos decorrentes do abandono afetivo e material, uma vez que o Judiciário brasileiro ainda não possui posicionamentos consolidados a esse respeito.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jones Figueirêdo. Filhos que abandonam: Dignidade do idoso é pauta de urgência. Boletim Jurídico CONJUR, 11 jul. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-jul-11/jones-figueiredo-alves-dignidade-idoso-pauta-urgencia>

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Jornal do Advogado. OAB, São Paulo, 2004.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Do Dano Moral Coletivo no Atual Contexto Jurídico Brasileiro. Volume 12.1994.

BRASIL, Código Civil (2002). Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm.

_____, Estatuto do Idoso: Lei federal nº 10.741, de 01 de outubro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2003/L10.741.htm.

_____, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (1942). Brasília, DF: Senado Federal, 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm.

Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4.292/08. Autor: Carlos Bezerra. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=41568>.

CARVALHO; CAMILO, Marilza Simonetti de; Andryelle Vanessa. DO ABANDONO AFETIVO DE IDOSO SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. VII Encontro Internacional de Produção Científica, 2011.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1998.

CONSTITUIÇÃO (1988). Constituição da Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

DENNIGER, Erhard. "Segurança, diversidade e solidariedade" ao invés de "liberdade, igualdade e fraternidade". Direito Civil: Famílias. 4ª Edição: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 6ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze e FILHO Rodolfo Pamplona. Novo Curso de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, et al., DANO PSÍQUICO, Celeste Leite dos Santos Pereira, Maria Celeste Cordeiro Leite Santos, José Américo dos Santos. DANO PSÍQUICO. São Paulo. Editoria Oliveira Mendes, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Curso de Direito Civil Brasileiro. Volume 4. Responsabilidade Civil. Editora Saraiva, São Paulo, 7ª Edição, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Curso de Direito Civil Brasileiro. Volume 4. Responsabilidade Civil. Editora Saraiva, São Paulo, 6ª Edição, 2011.

INDALÊNCIO, Maristela Nascimento. Estatuto do idoso e direitos fundamentais: fundamentos da proteção da pessoa idosa no ordenamento jurídico brasileiro. Itajaí. 2007. Disponível em:
http://www6.univali.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=356

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2011.

MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Volume 2. Direito de Família. 38ª Edição. SP: Saraiva, 2007.

MONTEIRO, Washington de Barros; SILVA, Regina Beatriz Tavares. Curso de Direito Civil: Direito de Família. 42ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. Editora: Atlas. 2002.

NAGEL E MAGNUS, Charlotte De Marco e Cristhian De Marco. O DANO MORAL POR ABANDONO AFETIVO DO IDOSO: PROTEÇÃO A DIREITOS FUNDAMENTAIS CIVIS. 2013. Disponível em
http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2013/07/16/13_38_17_720_Abandono_afetivo_idoso.pdf

NOBRE JÚNIOR, E. P. O Direito Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Revista de Informação Legislativa. 2000. Disponível em:
<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/568>

PELEGRINI, Carla Liliane Waldow. Considerações a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista BoniJuris**. Curitiba. Volume 16, 2004.

SANTINI, José Rafael. Dano Moral: doutrina, jurisprudência e prática. São Paulo, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, Cláudia Maria da. Indenização ao filho: descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por dano à personalidade do filho. Revista Brasileira de Direito De Família. 2004.

SILVA et al. ; MEDEIROS, Lilian Ponchio e Alexandre Alliprandino. Responsabilidade Civil dos Filhos com Relação aos Pais Idosos: Abandono Material e Afetivo. 2012. Disponível em:

http://www.lex.com.br/doutrina_24230664_RESPONSABILIDADE_CIVIL_DOS_FILHOS_COM_RELACAO_AOS_PAIS_IDOSOS_ABANDONO_MATERIAL_E_AFETIVO.aspx.

Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.159.242-SP. Terceira Turma Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data do julgamento: 24/04/2012. Data da publicação: 10/05/2012.

TJ-SP - APL: 00007022920148260333 SP 0000702-29.2014.8.26.0333, Relator: James Siano, Data de Julgamento: 21/03/2016, 5ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 21/03/2016.

Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Processo 2013.01.1.136720-0. 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Responsabilidade Civil. Volume 4. 3ª Edição. São Paulo: Atlas, 2003.

VIEIRA, Andréia Gomes Andrade Lima. A importância do Estatuto do Idoso na efetivação do princípio da igualdade material. 2010. Disponível em:

http://www.institutoprocesso.com.br/2010/revista-cientifica/edicao_1/7_edicao_1.pdf

A IMPORTÂNCIA DA MEDICINA E SEGURANÇA NO ÂMBITO TRABALHISTA: EM RELAÇÃO A ATIVIDADE INSALUBRE E PERIGOSA E A CRISE PANDÊMICA DO COVID-19

JÚLIA BELLUSSI CRUZ MIYAJI:
Bacharelanda em Direito pelo Centro
Universitário de Santa Fé do Sul
(UNIFUNEC).

JANAINA GUIMARÃES MANSILIA
(orientadora)

RESUMO: A pandemia do COVID-19 asseverou ainda mais a crise na sociedade brasileira, inclusive na esfera trabalhista no âmbito da medicina e segurança, vez que fez com que as áreas laborais insalubres e perigosas proporcionassem um aumento de demandas e desenvolvimento instrutório. Tem por objetivo, estudar a importância da medicina e segurança do trabalho, apresentar seus conceitos, como meio operante para o desenvolvimento da saúde e bem-estar do empregado. Assim, analisando o conteúdo, é de suma importância o seu aprofundamento e a abordagem dos efeitos da pandemia no ramo do Direito do Trabalho, qual sejam o desemprego, os acidentes de trabalhos e mortes nos últimos dois anos, principalmente aos trabalhadores da área da saúde, que sofreram por diversas discussões sobre os riscos de vida, determinada por lei excepcional e o entendimento do STF. Para a realização do trabalho, foi utilizado o método por artigos científicos, livros e a legislação, juntamente com as questões jurisprudenciais fixadas. Conclui-se, assim, que a busca pela prevenção de acidentes e doenças, deverão arguir-se em ambos os lados, como o do empregador, quanto o do empregado, através de direitos e deveres para um equilíbrio de benefícios e que podem ser aprimorados, pela fiscalização e controle gestacional que previne possíveis acidentes.

Palavras Chaves: CLT. Medicina. Covid-19. Segurança. Acidentes.

ABSTRACT: The COVID-19 pandemic further exacerbated the crisis in Brazilian society, including in the labor sphere in the field of medicine and safety, as it made unhealthy and dangerous work areas provide an increase in demands and instructional development. Its objective is to study the importance of medicine and occupational safety, to present its concepts, as an operative means for the development of employee health and well-being. Thus, analyzing the content, it is extremely important to deepen it and to address the effects of the pandemic in the field of Labor Law, namely unemployment, work accidents and deaths in the last two years, especially for health workers. , who suffered through several discussions about risks to life, determined by exceptional law and the

understanding of the STF. To carry out the work, the method was used by scientific articles, books and legislation, together with the jurisprudential issues fixed. It is concluded, therefore, that the search for the prevention of accidents and diseases, should be argued on both sides, as the employer, as the employee, through rights and duties for a balance of benefits and that can be improved. , for the supervision and gestational control that prevents possible accidents.

Keywords: CLT. Medicine. Covid-19. Safety. Accidents.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo trata a respeito da importância da medicina e segurança do trabalho, vez que são responsáveis pela saúde física e mental do colaborador, regulamentado juntamente com as normas e apoios das áreas de Recursos Humanos e Departamento Pessoal, que possui como principal responsabilidade, prevenir que o empregado detenha problemas futuros ou imediatos de acordo com a sua função dentro ou fora da empresa, podendo então trazer riscos a sua saúde. A prevenção requer avaliações constantes do ambiente do trabalho, exames, laudos perícias, constituições, convenções e regulamentos internos.

Assim o trabalho tem como objetivo estudar a medicina e segurança, destacando como fatores importantes para a prevenção e segurança a serem mantidas e resguardar empresas e empregadores com a pandemia do covid-19, utilizando como metodologia os meios doutrinários, para aprofundar os principais direitos que todo trabalhador deverá ter, pela forma de usufruto e dever, sendo observados os conceitos, diferenças, e a sua vinculação com a atividade, como também a utilização da jurisprudência sobre a eficácia das áreas relacionadas.

Dessa forma, no primeiro e segundo capítulo, abordará a normativa da área de medicina e segurança destacando seus fundamentos e conceitos que descrevem seu posicionamento no ambiente trabalhista. Apresentará os principais requisitos de gerenciamento das atividades laborais, quem são os órgãos fiscalizadores e regulamentadores, como SESMT, Delegacia Regional do Trabalho, Ministério do Trabalho e entre outros, e também, quem são os responsáveis nos atos trabalhistas, ao se falar de empregado e empregador. Além das descrições e comentários sobre a Legislação, Decretos e Normas Regulamentadoras.

No terceiro capítulo, apresentará o conceito a atividade laboral insalubre e perigosa, que tem por sua vez, relevância, de acordo com o grau dos agentes nocivos que o empregado é exposto, prejudicando-o diretamente na saúde e segurança física. Devendo este, ter uma atenção significativa aos serviços da medicina e segurança em todo o tempo

de serviço. Neste capítulo, se destaca principalmente em razão dos adicionais e a discussão sobre a acumulação destes, juntamente com o Tribunal Superior do Trabalho.

Já no quarto capítulo, aduzirá as discussões que envolvem a utilização do EPI (Equipamento de Proteção Individual) e a sua ineficácia, destacando o meio de importância para alterações doutrinárias e jurisprudenciais, que anteriormente era considerado como algo inibidor de prejuízos ao colaborador. Fato que, atualmente, está sendo desenvolvido para amparar o empregado com questões preventivas, não somente por equipamentos, mas como garantias de direitos, caso ocorra prejuízo na vida do empregado acidentado. Valendo-se apresentar, o caso do motorista ambulatorial que por óbvias condições de trabalho, contraiu o Covid-19, mesmo com a utilização de proteções e realizados os meios de prevenção e segurança.

E por fim, pode-se perceber que a importância da medicina e segurança para o ambiente de trabalho, se difere com menos preocupações, em comparação as empresas sem estrutura para adequar seus colaboradores, sendo assim, de forma irregular e ilícita. Por mais que, estes campos não sejam tão reconhecidos, deve-se enfatizar suas funções, que se tornam relevantes para a realização eficaz das tarefas empregatícias, sem que haja problemas repentinos, devido à má saúde ou insegurança do colaborador por desinformação.

Além disso, este campo se torna muito importante ao ser incluído na situação perante a pandemia do Covid – 19, como uma crise que demarcou uma grande procura de profissionais da área de medicina e segurança do trabalho, para gestar as empresas.

2 CONCEITO DA MEDICINA E SEGURANÇA DO TRABALHO

A Medicina e Segurança do Trabalho por mais que estejam em conjunto nas disposições retratadas do Capítulo V da CLT, são por sua vez, ramos completamente distintos, mas que se harmonizam em conjunto, para a gestão interna de segurança e saúde da empresa.

Bem como, destaca o doutrinador Sérgio Pinto Martins (2009, p.142), que conceitua a segurança e medicina do trabalho como “[...] o seguimento do Direito do Trabalho incumbido de oferecer condições de proteção à saúde do trabalhador no local de trabalho, e de sua recuperação quando não estiver em condições de prestar serviços ao empregador”.

Para a doutrinadora Barros (2010, p.1063) declara que “[...] a integridade física do trabalhador é um direito da personalidade”.

Sendo assim, a medicina é um conhecimento tratado na área da saúde, para a prevenção e tratamentos de riscos que causam problemas na saúde humana ou animal, que por sua vez, ao se tratar da Medicina do Trabalho, vigorará em base a área de risco do colaborador em seu ambiente empregatício, com consultas admissionais, periódicas e demissionárias. Além de, regulamentar normas e regras que auxiliem quanto o colaborador como a empresa, com informações necessárias para a sua realização fática e fluida de produção com qualidade e bem estar.

É constituída pelo Médico do Trabalho (graduado em Medicina e especializado na área do Trabalho) e pelo Enfermeiro do Trabalho (graduado em Enfermagem). Ressaltando também, que a Medicina do Trabalho trata dos exames médicos obrigatórios por conta do empregador, e regulamentado pelo programa denominado de PCMSO (Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional).

O PCMSO está previsto na NR7, que determina que os empregados devem realizar uma série de exames desde o início e ao longo do contrato, avaliando possíveis impactos a saúde do funcionário. Este programa tem caráter preventivo, rastreando e diagnosticando precocemente as possíveis doenças, devendo compreender as avaliações clínicas de acordo com o ambiente e a função do colaborador.

A Norma Regulamentadora nº7, estabelece as regras mínimas que deverão ser observadas e seguidas, uma das responsabilidades obrigatórias, é a realização dos exames médicos:

7.4.1 O PCMSO deve incluir, entre outros, a realização obrigatória dos exames médicos:

a) admissional; b) periódico; c) de retorno ao trabalho; d) de mudança de função; e) demissional. (Portaria MTb n.º 3.214, 1978)

Podendo assim, informar que a principal preocupação da medicina, segundo Martins (2012, n.p.), é a saúde dos trabalhadores. Com a limitação da jornada de trabalho para evitar a cansaço, como intervalos, descansos semanais, férias e medidas preventivas em relação a acidentes do trabalho. Como também, a necessidade, da redução da jornada em trabalho insalubre e o aumento de dias de férias, sendo proporcional ao esforço físico nessas atividades especiais, recomendados na Medicina do Trabalho.

Andrade prognostica que:

Um verdadeiro Princípio de Proteção Social deve surgir da força das organizações coletivas e de uma proposta econômica adaptada à sociedade pós-industrial, a fim de atender indistintamente a todos os

cidadãos que vivem ou pretendem viver de uma renda ou de um trabalho digno, sobretudo o trabalho livre. (2008, p. 216)

Assim, há evidência de que a segurança é um feito de estado onde o indivíduo está livre de perigos, e se sente seguro e firme ao realizar suas tarefas sem preocupação, definição de requisito importante para o gestor da Segurança do Trabalho, especializado para adquirir segurança o suficiente para o empregado e o empregador, realizando estratégias de acordo com os seus estudos, para o melhor feito das realizações das atividades trabalhistas.

Tendo como destaque a segurança, no artigo 7º, XXII da Constituição Federal de 1988, que apresenta os direitos sociais e individuais, lhe garantindo, principalmente a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança, estes, sendo os direitos fundamentais dos trabalhadores urbanos e rurais, com a visibilidade da melhoria da sua condição social.

A Segurança do Trabalho é instituída pelos profissionais técnicos, os tecnólogos em Segurança do Trabalho e o Engenheiro em Segurança do Trabalho (Graduado em Engenharia). A Segurança do Trabalho, tem a função de verificar laudos, projetos, perícias, cursos, treinamentos e entre outros, e devem também, ser atuados de acordo com o programa PPRA (Programa de Prevenção de Riscos Ambientais).

O PPRA é regulamentado pela NR9, visando a prevenção de riscos à saúde do colaborador no ambiente de trabalho, gestando a segurança no trabalho da empresa, mapeando os riscos e facilitando o monitoramento e controle dos possíveis problemas no trabalho. Neste caso, independentemente do tamanho da empresa é dever a instituição do PPRA, para regulamentar e preservar as vidas dos colaboradores, buscando meios para evitar acidentes e doenças ocupacionais.

O EPI (Equipamento de Proteção Individual) está regido pelo artigos 166 e 167 da CLT e pela NR6, considera que todo dispositivo de uso individual destinado a proteção de riscos e segurança do trabalhador, é obrigatório e fornecido gratuitamente pelo empregador, em perfeito estado de conservação e funcionamento. Bem como, na Consolidação das Leis do Trabalho no artigo 188 dispõe sobre o seu uso obrigatório e a aprovação:

Art. 188. Em todas as atividades em que se tornarem exigíveis, serão fornecidos pelo empregador, além dos meios gerais, os equipamentos individuais de proteção à incolumidade do trabalhador, tais como: óculos, luvas, mascara, aventais, calçados, capuzes, agasalhos apropriados, etc., equipamentos esses que,

aprovados pelas autoridades competentes de Higiene do Trabalho serão de uso obrigatório dos empregados. (CLT, 1943)

O LTCAT (Laudo Técnico das Condições Ambientais do Trabalho) é um documento que está previsto na Lei nº 8.213/91, que tem como finalidade previdenciária, como um dos itens fundamentais para a concessão da aposentadoria especial. Não devendo se confundir com os Laudos Técnicos de insalubridade ou periculosidade, já que são destinados para controles trabalhistas.

O LTCAT depende de duas condições, pela nocividade e permanência. A nocividade será de acordo com os agentes expostos, capazes de causar danos à saúde e integridade física do trabalhador. E por fim, verificar a permanência, de acordo com o período em que o trabalho gera exposição do colaborador com os agentes nocivos, apresentando de forma permanente, não ocasional e nem intermitente, não havendo outra possibilidade mais favorável para a realização destas funções.

A elaboração deste Laudo, será realizado pelo Engenheiro de Segurança do Trabalho ou pelo Médico do Trabalho, caso contrário não haverá validade. Este documento poderá ser substituído pelas demonstrações ambientais, com todos os itens obrigatórios, como, identificação da empresa, tipologia, identificação do setor e da função, profissiografia, descrição dos agentes nocivos, localização das fontes geradoras dos agentes nocivos, a via e periodicidade de exposição, metodologia e procedimentos de avaliação dos agentes (de acordo com a Normas de Higiene Ocupacional), descrição de tecnologias de proteção, conclusão, e a assinatura dos devidos profissionais supra mencionados e a data de realização.

Outro documento que gerencia o controle das atividades laborativas dos colaboradores e determina sobre a exposição e proteção, é apresentado como PPP, que significa Perfil Profissiográfico Previdenciário. O PPP, é regularizado e disponibilizado pela Instrução Normativa de nº 85/2016 e pelo Decreto de 3.048/99, que é um documento histórico laboral preenchido de forma individualizada, ou seja, cada colaborador terá o seu próprio documento, que estabelecerá a exposição de agentes nocivos, químicos, físicos, biológicos ou associação destes agentes, que dependendo do tempo e da exposição comprovará para fins da concessão da aposentadoria especial.

As informações administrativas, serão reunidas por registros ambientais e resultados de monitoração biológica. A empresa permanecerá com este documento por 20 anos, e atualizará, de acordo com as mudanças que impliquem na validade do formulário, como alterações de função, agentes, ambientes e entre outros. Dos responsáveis pela emissão e dos direitos garantidos para se ter este documento, deverá ser: de direito do empregado, é de responsabilidade da empresa empregadora; do cooperado, é da cooperativa de trabalho; e do trabalhador avulso, é do sindicato. E, contudo, no caso de desvinculação ou

demissão, será de responsabilidade da empresa, entregar este documento para o colaborador.

3 NORMATIVAS DA MEDICINA E SEGURANÇA DO TRABALHO

Incumbe a todos os locais de trabalhos e órgãos nacionais a utilização da Medicina e Segurança, com o dever de cumprir as disposições retratadas nos artigos da Consolidação das Leis Trabalhistas, convenções coletivas e regulamentos específicos de seus Estados e Municípios.

Outra disposição legal, se encontra nas Normas Regulamentadoras (NR's), que são complementares ao Capítulo V da CLT de 1943. A NR1 primeiramente, define a obrigatoriedade para todas as empresas, públicas ou privadas, além de órgãos públicos que utilizarem o regimento da CLT.

A NR4 dispõe que os profissionais da área da Medicina e da Segurança do Trabalho, deverão estar aptos de acordo com o SESMT, com as competências e devidamente aplicados pelas graduações e cursos tecnológicos, garantindo a aplicação de seus conhecimentos nos ramos.

A SESMT tem como conceito, retratado pelo Engenheiro de Segurança do Trabalho:

Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e Medicina do Trabalho - SESMT tem o objetivo de promover a saúde e proteger os trabalhadores contra os perigos e riscos inerentes aos processos produtivos das empresas em uma época em que o número de acidentes e doenças eram alarmantes. (NOGUEIRA, Danilo. 2016, ambientesst).

É um preceito fundamental de acordo com a Constituição Federal, o direito a Segurança e Medicina do Trabalho:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança. (BRASIL,1988)

A Medicina e Segurança do Trabalho de acordo com o artigo 155 da CLT, tem como objetivo estabelecer os limites de sua competência, coordenar, orientar, controlar e supervisionar a fiscalização e as demais atividades relacionadas a área, inclusive, através da Campanha Nacional de Prevenção de Acidentes do Trabalho.

As empresas, tem o dever de cumprir as normas regidas pela Segurança e Medicina do Trabalho, instruir os empregados sobre as atualidades e assuntos pertinentes a este tema, adotar medidas eficazes determinados pelos órgãos regionais e facilitar o exercício da fiscalização. Ou seja, conforme o descrito no artigo 157 da CLT, as empresas são responsáveis por cumprir as normativas e adequar seus funcionários com instruções, além do fornecimento de equipamento de proteção, treinamentos, fiscalização e controle por medidas de segurança e médicas.

Dos deveres dos empregados, destacados no artigo 158 da CLT, observarão as normas representadas pela Medicina e Segurança do Trabalho e colaborarão com a empresa na aplicação das regras impostas, assim, constitui-se ato faltoso, para os empregados que em recusa injustificada, nas instruções expedidas pelo empregador e no uso de equipamentos de proteção individual fornecidos.

No artigo 160 da CLT e seus parágrafos §1 e §2, explica que nenhum estabelecimento iniciará suas atividades sem a autorização prévia das autoridades regionais competentes a área de Segurança e Medicina do Trabalho. Contudo, com alterações no ambiente, haverá nova inspeção e poderá as empresas solicitar uma avaliação prévia nos projetos de construções e instalações.

Caberá ao Ministério do Trabalho (MT) estabelecer normas, de acordo com a CLT:

Artigo 162, Parágrafo Único. As normas a que se refere este artigo estabelecerão:

- a) classificação das empresas segundo o número de empregados e a natureza do risco de suas atividades;
- b) o número mínimo de profissionais especializados exigido de cada empresa, segundo o grupo em que se classifique, na forma da alínea anterior;
- c) a qualificação exigida para os profissionais em questão e o seu regime de trabalho;
- d) as demais características e atribuições dos serviços especializados em segurança e em medicina do trabalho, nas empresas. (CLT, 1943)

O Ministério do Trabalho também, realizará medidas especiais de proteção de acordo com as peculiaridades de cada atividade ou setor.

É obrigatório a constituição da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), e o MT será responsável pela regulamentação e composição dos representantes desta. A CIPA tem como objetivo a prevenção de acidentes e doenças adquirida no meio empregatício, promovendo a saúde do empregador, de acordo com a NR5.

Dos requisitos atribuídos pelos artigos 170 até o 178 da Consolidação das Leis do Trabalho, o ambiente do trabalho precisa de uma edificação técnica de perfeita segurança aos colaboradores no local, boa iluminação para que haja apropriação nas realizações das atividades, e conforto térmico, que seja compatível com o ambiente normal e que não prejudique à saúde do colaborador.

A promoção da fiscalização para a verificar o comprimento, imposição de medidas cautelosas e penalidades, caberá a Delegacia Regional do Trabalho. E, portanto, caso haja, algum risco detectado para os empregados, o Delegado Regional do Trabalho poderá interditar o ambiente ou qualquer objeto que causará o dano, até tomar os devidos ajustes. As penalidades são as seguintes:

Artigo 201. relativas à medicina do trabalho serão punidas com multa de 3 (três) a 30 (trinta) vezes o valor de referência previsto no artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 6.205, de 29 de abril de 1975, e as concernentes à segurança do trabalho com multa de 5 (cinco) a 50 (cinquenta) vezes o mesmo valor [...] (CLT, 1943).

Em casos de reincidência ou questões que com intuito de fraudar a lei, de acordo com o mesmo artigo 201, parágrafo único, a multa será aplicada no valor máximo. As demais fiscalizações relacionadas com o Título II da CLT, serão exclusivamente por engenheiros de segurança e médicos do trabalho, normativa que classifica os trabalhadores e regulamenta as tratativas desde a admissão do até a demissão.

4 DAS ATIVIDADES INSALUBRES OU PERIGOSAS

As atividades insalubres e perigosas estão dispostas nos artigos 189 até o 197 da CLT, com o intuito de caracterizar e destinar de melhor o feito a prevenção de problemas futuros aos colaboradores.

Para Sergio Pinto Martins, este, entende a insalubridade como:

(...) o elemento prejudicial à saúde, que dá causa a doença. O prejuízo é causado diariamente à saúde do trabalhador. A insalubridade causa doenças. Pode haver inoculação, contaminação, transmissão de

doenças ou moléstia. A insalubridade está ligada à higiene e medicina. Diz respeito à Medicina do Trabalho. (2009, n.p.)

As funções de características insalubre, são aquelas que por sua natureza, condição ou método de trabalho, exponham o empregado a agentes nocivos à saúde, acima dos limites normais e com maior intensidade, podendo prejudicar o estado saudável do colaborador, devido a exposição. Caso haja neutralização ou eliminação dos elementos insalubres será rigido outras medidas e ajustes conforme a regularidade.

A insalubridade é de “ (...) natureza salarial e não indenizatória”. (MARTINS, 2009, p. 241). E deverá ser integrada de forma habitual, na remuneração do trabalhador e adicionados em outras verbas, como férias, horas extras e entre outros. De acordo com o Tribunal Superior do Trabalho, mediante a aprovação da Resolução nº. 148/2008, alterou a redação da Súmula nº. 228, que passou a ser esta:

A partir de 9 de maio de 2008, data da publicação da Súmula Vinculante nº 4 do Supremo Tribunal Federal, o adicional de insalubridade será calculado sobre o salário básico, salvo critério mais vantajoso fixado em instrumento coletivo. (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno em 26.06.2008) - Res. 148/2008, DJ 04 e 07.07.2008 - Republicada DJ 08, 09 e 10.07.2008. SÚMULA CUJA EFICÁCIA ESTÁ SUSPensa POR DECISÃO LIMINAR DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012.

Com a previsão, no artigo 192 da CLT:

O exercício de trabalho em condições insalubres, acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, assegura a percepção de adicional respectivamente de 40% (quarenta por cento), 20% (vinte por cento) e 10% (dez por cento) do salário-mínimo da região, segundo se classifiquem nos graus máximo, médio e mínimo. (CLT, 1943)

A atividade da insalubridade é regulamentada pela NR15, que determina os percentuais de adicionais que o colaborador deverá receber periodicamente, classificadas em máximo (40%), médio (20%) e mínimo (10%), incididas sobre o salário básico atual.

Na periculosidade, de acordo com Sérgio Pinto Martins, entende que esta atividade laborativa, tem como base:

Adicional de periculosidade é o acréscimo devido ao trabalhador que presta serviços em condições perigosas, na forma da lei. (...). Na

periculosidade existe risco, a possibilidade de ocorrer o infortúnio. É matéria ligada a Engenharia do Trabalho. (...). O infortúnio pode ocorrer a qualquer momento. Por isso, mesmo que a exposição seja feita por poucos minutos, ela é permanente, pois ocorre todos os dias e poderia ocorrer o infortúnio. (2018, n.p.)

As atividades consideradas perigosas, são aquelas que por sua natureza ou método de trabalho, impõe riscos a sua vida, como o contato permanente com explosivos e inflamáveis. Devido as essas condições, é regulamentada pela NR16 e pelo artigo 193, §1º da CLT, que retrata o adicional de 30% que incide sobre o salário bruto do colaborador exposto, podendo ele, optar pela insalubridade se for devido.

O adicional de periculosidade e insalubridade está fundamentado no artigo 7º, inciso XXIII, da Constituição Federal vigente:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei; (BRASIL, 1988)

E complementado, pelo artigo 200, inciso VIII da Constituição Federal, informando que o ambiente laboral tem como direito, para fins de tutela, com a colaboração na proteção:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho. (BRASIL, 1988)

Verifica-se nas redações, a importância e o cuidado essencial à vida do colaborador no ambiente de trabalho, uma vez que, condiz com princípios resguardados em lei para a prevenção no impacto de acidentes e amenizar prejuízos para aqueles que se encontram em vulnerabilidade ao exercer a função perigosa.

Por tanto, os adicionais de insalubridade ou periculosidade tem como natureza preventiva e não reparatória ou compensatória. As caracterizações e classificações destas atividades, tanto as insalubres quanto as de perigosas, serão determinadas pela perícia a cargo Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, por meio do Ministério do Trabalho.

Recentemente, houve uma discussão apresentada no artigo 193 §2º, que destaca a consideração das atividades perigosas, incluindo a opção pelo adicional de insalubridade, permanecendo uma lacuna na interpretação textual, com o entendimento na possibilidade de acúmulo dos adicionais, devendo o empregador pagar ambos juntos. Após a discussão jurisprudencial sobre o assunto, o C.TST apresentou no IRR – Incidente de Recurso Repetitivo:

O art. 193, § 2º, da CLT, foi recepcionado pela Constituição Federal e veda a cumulação dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, ainda que decorrentes de fatos geradores distintos e autônomos. (IRR, 2011, 239-55.2011.5.02.0319)

Então, segue-se o entendimento da impossibilidade na cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade, visto que no artigo apresentado foi destacado de acordo com o ministro Alberto Bresciani, explicando que:

O legislador, ao facultar ao empregado a opção pelo recebimento de um dos adicionais porventura devidos, por certo, vedou o pagamento cumulado dos títulos, sem qualquer ressalva. (IRR, 2011, 239-55.2011.5.02.0319)

Em uma nova discussão, em razão de alguns juízes do trabalho que entendem de forma diversa, julgando como procedente a acumulação dos adicionais, e estas, não se confundem, visto ter finalidades diferentes, como tese.

O TST reafirma que os adicionais de insalubridade e de periculosidade, não podem ser cumulados, de acordo com a decisão pacífica da Corte (RR-11734-22.2014.5.03.0042, DEJT 21/05/2021). Para os Tribunais Superiores, não é cabível a acumulação, devendo escolher entre eles, o que lhe for mais benéfico.

5 ACIDENTE DE TRABALHO PELO COVID-19 E A ATIVIDADE LABORAL

Atualmente, vive-se um momento de crise mundial retratado pelo vírus Covid-19 que alastrou diversas empresas, e devastou empregos. E por este motivo, verificou-se medidas para amenizar a crise econômica do país, vez que houve, o desemprego, a falta de mão de obra, o aumento de preços e entre outros aspectos.

Neste contexto, nunca na história aparentou tanta necessidade da utilização do meio da Medicina Ocupacional, Segurança do Trabalho e dos Recursos Humanos o quanto temos hoje, retratando da confiança ao empregado e ao empregador para continuar com suas atividades sem abalar o seu mercado, influenciando em toda a estrutura da empresa.

Essa preocupação decorre além do cenário atual, sendo considerado o aumento de problemas psicológicos e físicos, conscientizando a importância da prevenção dos acidentes de trabalhos de acordo com a ministra Delaíde Miranda Arantes do Tribunal Superior do Trabalho (TST) na maratona de lives sobre a Construção do trabalho seguro e decente em tempos de crise em 2020, afirmando que “Uma grande contribuição para a prevenção se dá quando a Justiça do Trabalho julga as ações de indenizações decorrentes de doenças ou acidentes de trabalho” e completa que, “Na medida em que a empresa se vê na obrigação de reparar o dano causado, seja por negligência ou por falta de medidas preventivas, o efeito pedagógico se reveste em medidas preventivas”.

A necessidade de mudanças na estrutura de regulamentação, se consiste para a qualidade e desempenho do colaborador em suas funções, além da prevenção de problemas drásticos que podem se arrolar no desenvolvimento econômico, prejudicando permanentemente o estado fático do funcionamento da empresa e da saúde do empregado.

Normalmente, o empregador verificava apenas o valor à vida, ou seja, caso ocorra um problema na saúde do empregado, há um convênio para gestar. Mas, ao entrar na crise do Covid -19, as empresas perceberam que além do valor à vida, deve-se tratar pela valorização dela, pela prevenção e trazendo benefícios para que não prejudique tanto o colaborador de forma individual, quanto o coletivo. Desta forma, houve a percepção de que uma boa qualidade de saúde habitual, transmite uma boa produção.

Através das diferentes realidades trabalhistas que foram desenvolvidas até hoje, se destacou pelo aumento da preocupação pela segurança, preservação e a prevenção de contaminação no ambiente do trabalho presencial, e até mesmo nos cuidados em casos que se modificou para o trabalho em Home Office (remoto). Situações estas, que provocou grandes impactos para os colaboradores, que tiveram que se adaptar de forma rápida a esta nova realidade, trazendo uma onda negativa que vem sendo agravada pelas doenças psíquicas e físicas, principalmente nas populações mais precárias.

O desembargador Sebastião de Oliveira, do TRT da 3ª Região (MG), ressalta referente a crise pandêmica:

É necessário que as corporações e as empresas se reúnam e montem uma equipe de emergência para tratar de quatro passos – prevenção, diagnóstico, tratamento e retorno ao trabalho. É preciso uma conjugação de esforços de patrão e empregado para salvar todos que puder. (SEBASTIÃO, 2020, Construção do trabalho seguro e decente em tempos de crise)

Recentemente, houve uma decisão pela Justiça do Trabalho que reconheceu a morte por Covid-19 como acidente de trabalho, com o valor total indenizatório de R\$ 200 mil (duzentos mil reais), apresentando um chocante entendimento sobre o valor de uma vida.

Este processo ocorreu em Minas Gerais, onde se alegou que o trabalhador foi contaminado pelo vírus Covid-19 ao realizar suas funções como motorista de uma transportadora. E a defesa, apresentou que o não houve o enquadramento da indenização por acidente de trabalho e que a empresa forneceu todos os cuidados para a segurança do colaborador, através de EPI's.

Na sentença, o magistrado apresentou o argumento com a recente decisão do STF que proferiu uma medida cautelar chamada de ADI nº 6342, que suspendeu a eficácia do artigo 29 da MP nº 927/2020. E, então, abriu-se uma margem para a aplicação da tese sob o Tema 932, apresentado como, "Possibilidade de responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho".

O artigo 29 na Medida Provisória nº 927 de 22 de março de 2020, previa que "em casos de contaminação pelo coronavírus (covid-19) não serão considerados ocupacionais, exceto mediante comprovação do nexo causal".

Assim, o tema 932 apresenta a seguinte justificativa sobre os acidentes de trabalho:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 932. EFETIVA PROTEÇÃO AOS DIREITOS SOCIAIS. POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIZAÇÃO OBJETIVA DO EMPREGADOR POR DANOS DECORRENTES DE ACIDENTES DE TRABALHO. COMPATIBILIDADE DO ART. 7, XXVIII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL COM O ART. 927, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO CIVIL. APLICABILIDADE PELA JUSTIÇA DO TRABALHO. [...] 4. Recurso Extraordinário desprovido. TEMA 932. Tese de repercussão geral: "O artigo 927, parágrafo único, do Código Civil é compatível com o artigo 7º, XXVIII, da Constituição Federal, sendo constitucional a responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida, por sua natureza, apresentar exposição habitual a risco especial, com potencialidade lesiva e implicar ao trabalhador ônus maior do que aos demais membros da coletividade" RE 828040. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES Julgamento: 12/03/2020 Publicação: 26/06/2020 (ALEXANDRE, 2020, Tema 932)

O entendimento do Supremo Tribunal Federal, apresenta a caracterização da doença transmitida pelo novo coronavírus como uma doença ocupacional, ou seja, uma doença trabalhista. Sendo autorizado, os empregados a utilizar o vínculo trabalhista como meio justificável das consequências por elas trazidas, cabendo a obrigação dos empregadores a evitar a contaminação do vírus Covid-19 com medidas protetivas no ambiente de trabalho.

De acordo com o artigo 19 da lei nº 8.213/1991, descreve que o acidente de trabalho é:

É uma ocorrência pelo exercício do trabalho a serviço da empresa, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. (LEI nº 8.213, 1991).

Ou seja, é qualquer ação inesperada ou não, que interfere no processo de uma atividade laboral normal, que carrega uma consequência isolada ou de forma simultânea, o dano ao trabalhador. E por determinação legal, as doenças ocupacionais ou profissionais se equiparam a acidentes de trabalho, com a previsão no artigo 21 da lei nº 8.213/1991.

Então, o próprio Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional, o artigo 29 da Medida Provisória do Governo Federal, que em resumo, destacava que o empregado deveria comprovar onexo causal, responsabilizando o empregador de forma subjetiva. Este entendimento, foi tratado como inconstitucional, justamente pela inviabilização do ônus pelo empregado a comprovar o acidente de trabalho, que por questões evidentes no ambiente laboral, terá prejuízos sem indenização.

Com esta nova decisão, existe o entendimento de que a empresa de forma objetiva apresentará o ônus, por questões dedutivas como tese para apresentar a enfermidade do acidente pelo Covid-19, principalmente, aos profissionais da área da saúde, onde sua atividade laboral é diretamente com a exposição destes agentes nocivos.

Em outras atividades laborais, dependerá de como era a realização do trabalho, pela comprovação de elementos que aparente a concessão da enfermidade do covid-19, como funções de operador de caixa, bancários, recepcionistas, e entre outros. Devendo apresentar de forma clara, o nexo causal entre a contaminação e o labor, visto que, estas atividades laborais não estão relacionadas nas exposições de agentes prejudiciais.

6 CONCLUSÃO

A medicina e segurança do trabalho é o assunto retratado ao longo do estudo, que tem como objetivo regularizar a segurança determinada no ambiente trabalhista e prevenir problemas futuros que prejudiquem a saúde do colaborador, devendo exigir uma série de exames para o controle da capacidade saudável do indivíduo. Seu conceito, recai sobre uma sequência de estudos de acordo com as atividades do colaborador e dos locais de risco, considerando os níveis de insalubridade e periculosidade, observando os equipamentos de proteção individual para a segurança e fornecimento hábil de uma produção eficaz ao empregado e ao empregador.

Ter o conhecimento de que há normas que garantem ao empregado segurança e prevenção, fornece um trabalho com desempenho digno e correto. Uma vez que, a vida e o nexos com a atividade se tornam um risco, pela exposição em funções laborais que podem prejudicar de forma individual e/ou coletiva, como o principal avanço para o reconhecimento do trabalho nessas condições.

É importante ressaltarmos, que as funções presentes para a eficácia na Segurança e na Medicina Trabalhista, são representados pelos Médicos do Trabalho e o Enfermeiro do Trabalho, quanto os Engenheiros especializados em Segurança do Trabalho e os Tecnólogos. São profissionais que efetuam de forma válida, toda a estruturação empregatícia para um regimento correto por meio de controles e estudos.

Toda empresa independente do porte, deverá implantar uma gestão pela Medicina e Segurança do Trabalho, para o enquadramento ocupacional dos funcionários, realizando assim, a partir de estudos e avaliações do ambiente, o fornecimento dos documentos básicos chamados PPRA e PCMSO, que realizará os Programa de Controle Médico Ocupacional e o Programa de Riscos Ambientais, destacando os riscos aos agentes nocivos que podem causar problemas de saúde. Trabalhos estes, que deverão ser realizados de forma personalíssima, com determinadas aquisições das empresas e seus requisitos.

Vale ressaltar, de que os profissionais destas áreas são tão importantes quanto o dinheiro destinado aos empregadores, sendo então, tão quanto essencial sua atribuição no ramo para que haja a valorização necessária da vida e saúde do empregado. Atualmente, a falta da cultura de Segurança, é um dos principais fatores relacionados aos acidentes de trabalho, devendo introduzir um Sistema de Gestão da Segurança do Trabalho, que gerencie os riscos e enfatize a cultura de segurança, o apresentando como um instrumento essencial.

E para isto, as equipes de saúde e segurança, e todos os órgãos governamentais devem conscientizar-se em abordar as questões de vida do trabalhador, isso significa ampliar o olhar para além da atividade laboral, considerando os reflexos do trabalho e das condições de vida dos colaboradores como humanos, de forma integral.

Deve-se destacar, o entendimento da Medicina e Segurança do Trabalho como um meio de regulamento que previne o caos próximo, proporcionando ajustes eficazes por análises específicas, obtendo um controle necessário determinado nos regimentos, para a qualidade do trabalho humano de forma segura, saudável e sem prejuízos.

Contudo, o valor da vida humana não pode ser quantificado, devendo apresentar a importância do conjunto de benefícios que as empresas e órgãos, que conseguem com a adoção de boas práticas de Saúde e Segurança no Trabalho, pois além de, prevenir acidentes e doenças, está de forma precoce a evitar os imprevistos acidentários, reduzindo os custos, otimizando conceitos, ajustando uma imagem com moral e potencializando a sua competitividade. E, portanto, se faz necessário edificar um processo que colabore para a autonomia dos trabalhadores, sendo as empresas como fatores fundamentais na identificação e procura de soluções.

Nesse sentido, as ações do trabalhador são espaços privilegiados para o cuidado integral à vida deste, assim como as demais ações da Atenção Básica e Fiscalização dos Órgãos Federativos são oportunidades para identificação, tratamento, acompanhamento e monitoramento das necessidades relacionadas ou não ao trabalho.

REFERÊNCIAS

ANDRADE; Everaldo Gaspar Lemos de. **Princípios de direito do trabalho - fundamentos - fundamentos teórico-filosóficos**. São Paulo: LTr, 2008.

ASSESSORIA, Antonie. **Diferença entre Medicina do Trabalho e Segurança do Trabalho**. Youtube, 23 de fevereiro de 2017. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=gBa9F8I0SyE>>. Acesso em: 23 de julho de 2021.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010.

BRASIL. DECRETO Nº 3.048, DE 6 DE MAIO DE 1999, **Regulamento da Previdência Social**. Presidência da República, 6º de maio de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm> Acesso em: 15 de novembro de 2021.

BRASIL. Lei Nº 8.213 de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm> Acesso em: 25 de junho de 2022.

BRASIL. Lei Nº 6.514 de 22 de dezembro de 1977, **Capítulo V do Título II da Consolidação das Leis do Trabalho**. Presidência da República, 1º de maio de 1943.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6514.htm.> Acesso em: 20 de julho de 2021.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 de junho de 2022.

INSS. **INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 85, DE 18 DE FEVEREIRO DE 2016**. Gov, 2016. Disponível em: <https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/22314328/do1-2016-02-19-instrucao-normativa-n-85-de-18-de-fevereiro-de-2016-22314159> Acesso em: 10 de setembro de 2022

MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários à CLT**. 6ed, São Paulo: Atlas, 2003.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 34ªed. São Paulo: Saraiva, 2018

MT. **NR 1 - DISPOSIÇÕES GERAIS E GERENCIAMENTO DE RISCOS OCUPACIONAIS**. Gov, 1978. Disponível em: <<https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/normas-regulamentadoras/nr-01-atualizada-2020.pdf>> Acesso em: 10 de setembro de 2022

MT. **NR 4 - SERVIÇOS ESPECIALIZADOS EM ENGENHARIA DE SEGURANÇA**

E EM MEDICINA DO TRABALHO. Gov, 1978. Disponível em: <<https://www.gov.br/trabalho/pt-br/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/ctpp-nrs/norma-regulamentadora-no-7-nr-7>> Acesso em: 22 de julho de 2022

MT. **NR 5 - COMISSÃO INTERNA DE PREVENÇÃO DE ACIDENTES**. Gov, 1978. Disponível em: <<https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/normas-regulamentadoras/nr-05-atualizada-2021-1-1.pdf>> Acesso em: 10 de setembro de 2022

MT. **NR 6 - EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL - EPI**. Gov, 1978. Disponível em: <<https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/normas-regulamentadoras/nr-06.pdf>> Acesso em: 10 de setembro de 2022

MT. **NR 7 - PROGRAMA DE CONTROLE MÉDICO DE SAÚDE OCUPACIONAL - PCMSO.** Gov, 1978. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho/pt-br/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/normas-regulamentadoras/nr-07_atualizada_2020.pdf> Acesso em: 22 de julho de 2021

MT. **NR 9 - AVALIAÇÃO E CONTROLE DAS EXPOSIÇÕES OCUPACIONAIS A AGENTES FÍSICOS, QUÍMICOS E BIOLÓGICOS.** Gov, 1978. Disponível em: <<https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/normas-regulamentadoras/nr-09-atualizada-2021-com-anexos-vibra-e-calor.pdf>> Acesso em: 10 de setembro de 2022

MT. **NR 15 - ATIVIDADES E OPERAÇÕES INSALUBRES.** Gov, 1978. Disponível em: <<https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/normas-regulamentadoras/nr-15-atualizada-2022.pdf>> Acesso em: 10 de setembro de 2022

MT. **NR 16 - - ATIVIDADES E OPERAÇÕES PERIGOSAS.** Gov, 1978. Disponível em: <<https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/composicao/orgaos-especificos/secretaria-de-trabalho/inspecao/seguranca-e-saude-no-trabalho/normas-regulamentadoras/nr-16-atualizada-2019.pdf>> Acesso em: 10 de setembro de 2022

MELO, Raimundo Simão de. **Direito Ambiental do Trabalho e a Saúde do Trabalhador.** 3ª edição. São Paulo : LTr, 2008, p. 29.

NOGUEIRA, Danilo. SESMT – **Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho.** Ambientest, 2016. Disponível em: <<http://ambientesst.com.br/sesmt/>>. Acesso em: 03 de julho de 2021.

OLIVEIRA, Agostinho. **TST publica tese que veda acumulação dos adicionais de periculosidade e de insalubridade.** Migalhas, 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/quentes/321320/tst-publica-tese-que-veda-acumulacao-dos-adicionais-de-periculosidade-e-de-insalubridade>> Acesso em: 03 de agosto de 2021.

PIRES, Philipe Oliveira. **Insalubridade e Periculosidade - Lei e Doutrina.** JusBrasil, 2019. Disponível em: < <https://philipepires.jusbrasil.com.br/artigos/622037067/insalubridade-e-periculosidade-lei-e-doutrina>> Acesso em: 25 de junho de 2022.

SANT'ANA, G. **Risco ocupacional: contaminação por COVID-19 em profissionais de saúde é mais frequente nas enfermarias do que UTIs [online].** SciELO em Perspectiva | Press Releases, 2020 [viewed 05 August 2021]. Disponível em:

<<https://pressreleases.scielo.org/blog/2020/10/09/risco-ocupacional-contaminacao-por-covid-19-em-profissionais-de-saude-e-mais-frequente-nas-enfermarias-do-que-utis/>>
Acesso em: 02 de agosto de 2021.

STF. ADI 6342 - **Referendo na medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.342 Distrito Federal.** STF, 2020. Disponível em:
<<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754346856>>
Acesso em: 03 de setembro de 2022.

STF. 932 - **Possibilidade de responsabilização objetiva do empregador por danos decorrentes de acidentes de trabalho.** STF JUS, 2020. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4608798&numeroProcesso=828040&classeProcesso=RE&numeroTema=932>>
Acesso em: 03 de agosto de 2021.

TST, ACÓRDÃO. **PROCESSO Nº TST-IRR-239-55.2011.5.02.0319.** 2011. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/3/2A875CB5EE19BC_adicionaisIRR.pdf>
Acesso em: 09 de setembro de 2022.

TST, jusbrasil. **Pandemia reforça importância da saúde e da segurança no trabalho.** 2020. Disponível em: <<https://www.tst.jus.br/-/pandemia-refor%C3%A7a-import%C3%A2ncia-da-sa%C3%BAde-e-da-seguran%C3%A7a-no-trabalho>> Acesso em: 09 de setembro de 2022.

TST, jusbrasil. **Súmula n. 228 do TST.** 2012. Disponível em:
<<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/sumulas/1431369857/sumula-n-228-do-tst>>
Acesso em: 25 de junho de 2022.

TST, juslaboris. **RESOLUÇÃO Nº 148, DE 26 DE JUNHO DE 2008.** Disponível em:
<https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/1621/2008_res0148_rep02.pdf?sequence=3&isAllowed=y> Acesso em: 25 de junho de 2022.

Vieira FO, Mó JRR, Santos VM, Miranda RCA, Borduan PO. **Segurança no trabalho: a persistência de acidentes diante das políticas de prevenção.** V Congresso Nacional de Excelência em Gestão. 2009. Disponível em:
<http://www.excelenciaemgestao.org/Portals/2/documents/cneg5/anais/T8_0156_0544.pdf> Acesso em: 04 de agosto de 2021.

CONTRATOS ELETRÔNICOS E SUA EXECUÇÃO EM JUÍZO

AYMME KATHERINE VIDOVIX:

Mestre em Ciências Empresariais pela Universidade Fernando Pessoa (UFP/PT). Master em Arquitetura e Iluminação pelo IPOG. Bacharel em Arquitetura e Urbanismo pela Universidade Federal do Tocantins (UFT).

LUCAS FERNANDES DE MORAIS VIDOVIX ⁵⁶

(Coautor)

RESUMO: A atualização das formas de contratação sempre vai existir. Partimos do escambo até a forma de contratação prevista na legislação infraconstitucional. Atualmente, a figura dos contratos eletrônicos está cada vez mais presente nas relações cotidianas, seja por sua versatilidade, seja pela praticidade em termos de tempo, e falta das limitações geográficas. Acontece que um questionamento surge ao se tratar desse tipo de contrato, pois a legislação infraconstitucional traz requisitos tanto para o negócio jurídico quanto para considerar um título executivo extrajudicial, essencial para o processo de execução. Com base nesses requisitos, tem-se como intuito no presente trabalho, a análise da validade dessa modalidade de contrato em relação à legislação existente, tanto com base na doutrina sobre o tema, quanto também da jurisprudência existente.

Palavras-chave: Contratos eletrônicos; Negócio jurídico; Título executivo extrajudicial; Execução.

1. INTRODUÇÃO

Os negócios jurídicos sempre fizeram parte da sociedade, estando presentes desde a antiguidade, alterando somente sua forma com o passar do tempo. Desde o escambo até as contratações virtuais, muito evoluiu-se no que tange à forma de contratação. A estrutura tradicional do contrato impresso, assinado entre as partes e reconhecida em cartório com a presença de duas testemunhas, hoje, está sendo, gradativamente, substituída pela contratação utilizando-se dos contratos virtuais, com assinatura digital.

O estudo tem como intuito principal a verificação das diferenças entre os dois tipos de contratos apresentados, tendo em vista a crescente e eminente substituição do primeiro pelo segundo tipo nas relações negociais da atualidade. Após essa verificação inicial que

⁵⁶Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Tocantins (UNITINS) em Palmas/TO. Bacharel em Engenharia Civil pela Universidade Federal do Tocantins (UFT). Servidor público efetivo do Município de Porto Nacional

incluirá as definições de contratos, assim como seus elementos básicos, passaremos para a abordagem da executividade dos contratos, tanto da forma como é tradicionalmente realizada, como no que tange aos questionamentos em relação aos contratos eletrônicos e sua execução em juízo.

O presente trabalho trata-se de uma pesquisa bibliográfica, com o objetivo de levantar os apontamentos já trazidos pelos doutrinadores sobre o tema, assim como um breve levantamento da jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre o assunto, já que, por tratar-se de um tema inovador na seara jurídica, não existe, ainda, legislação específica sobre a temática.

Primeiramente, o trabalho trará a conceituação de contratos como meio negocial, assim como seus princípios básicos e definições importantes sobre o assunto. Após essa explanação inicial, passaremos a compreensão dos contratos eletrônicos e suas particularidades em relação ao modelo tradicional. Após apresentação de ambos os conceitos, abordaremos o posicionamento da doutrina e jurisprudência sobre a temática, verificando ao final, qual o posicionamento majoritário sobre essa temática tão atual.

2.DEFINIÇÃO DE CONTRATOS

Quando busca-se a definição de contratos, deve-se, primeiramente, trazer à tona os conceitos relacionados à negócio jurídico. De acordo com o Mestre Miguel Reale, o negócio jurídico é o ato de vontade que implica em declaração expressa de vontade, instaurando uma relação entre dois ou mais sujeitos, estando protegido pelo ordenamento jurídico. Além disso, os negócios jurídicos podem ser classificados como unilaterais, quando apenas uma das partes precisa se manifestar, ou bilaterais, quando ambas necessitam de manifestação. Dessa forma, o contrato pode ser encarado como uma espécie e o negócio jurídico como gênero, do qual o contrato faz parte.

Para Maria Helena Diniz, a definição de contrato pode ser dada como:

[...] o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial (DINIZ, 2005, p. 24).

De acordo com a definição dada pela ilustre doutrinadora, o conceito de contrato engloba dois elementos bem particulares, sendo estes, o elemento estrutural e o elemento funcional. O estrutural diz respeito à formação do contrato com base na vontade de dois sujeitos, com vontades muitas vezes conflitantes, mas que após a formação do contrato, não tem autorização para alterar o combinado. Já o elemento funcional relaciona-se com

a função econômica do contrato, no qual as partes se adequam para atingir uma finalidade econômica resultando em reflexos patrimoniais.

Outra definição de contrato, é dada por Linares (2009, p. 13),

[...] contrato é um negócio jurídico pelo qual duas ou mais partes adquirem direitos e deveres em torno de um objetivo comum, fazendo com que as pretensões almejadas através deste instrumento jurídico tenham que ser cumpridas [...] tendo em vista que a consolidação dos propósitos através da manifestação de vontades então obtida vincula as partes envolvidas [...]

Ou seja, no que tange a definição de contratos, tem-se que este trata-se de fruto da relação entre pessoas, mais especificamente, da concretização de um negócio jurídico. Dessa forma as partes pactuam entre si um negócio jurídico, com sua manifestação de vontade e nos termos que foram dispostos entre si, concordando com todas as obrigações decorrentes dessas vontades.

3. PRINCÍPIOS CONTRATUAIS

Quando a conceituação de contratos vem à tona, é importante trazer seus princípios basilares, para que se possa entender, de forma mais sólida, sua formação. No trabalho de Zacca (2020, p. 16), foram trazidos os princípios considerados primordiais para a validade do contrato, sendo estes o da Autonomia da vontade, da Boa-fé e proibição do comportamento contraditório, além da Obrigatoriedade dos contratos, os quais serão abordados a seguir em mais detalhes.

Em relação ao princípio da autonomia das vontades, Venosa (2020, p. 15) traz que este refere-se à liberdade dos contraentes se valerem dos modelos de contratos já existentes ou então, de ter a liberdade de providenciar um novo modelo de contrato que se adequa mais às necessidades existentes entre as partes. Essa autonomia envolve a vontade de contratar ou não com certo indivíduo, à escolha do tipo de contrato a ser utilizado e também a liberdade sobre o conteúdo a ser redigido no contrato. Um ponto importante, trazido na obra de Zacca (2020, p. 17) é o de que essa liberdade não é absoluta, devendo respeitar a função social do contrato, assim como dispõe o art. 421 do Código Civil.

O segundo princípio citado, diz respeito à Boa-fé contratual, o que espelha-se diretamente na proibição do comportamento contraditório. Esse princípio, na lição de Venosa (2020, p. 19) trata-se do dever de agir de forma correta e ética, até mesmo antes e depois da vigência do contrato, o que engloba os efeitos residuais dos contratos. Dessa

forma, como consequência do princípio da Boa-fé, surge a proibição do comportamento contraditório, conhecido também como *venire contra factum proprium*, ou seja, as partes devem agir como combinado, aplicando a lealdade e a transparência durante a vigência dos contratos.

Já o último princípio, refere-se à obrigatoriedade dos contratos, o que de acordo com Gonçalves (2017, p. 46), traz o conceito de que ninguém é obrigado a pactuar um contrato, porém, após pactuado, as partes se submetem às obrigações que surgiram, devendo ambas as partes agirem da forma como foi estabelecida nas cláusulas. Por isso que a imperatividade dos contratos merece tanto destaque no que diz respeito aos princípios contratuais, o que de acordo com Zacca (2020, p. 18), traz à tona, implicitamente, a característica da intangibilidade dos contratos, ou seja, o que implica na impossibilidade de alteração unilateral de um contrato após acordo entre as partes.

4.CONTRATOS ELETRÔNICOS

Quando tratamos dos contratos eletrônicos é interessante destacar a diferença entre os contratos tidos como “tradicionais” pela teoria geral dos contratos e os contratos eletrônicos. Na obra de Pupo e Tabarelli (2020, p. 3), a conceituação é trazida como sendo uma sofisticação técnica quanto aos mecanismos de celebração dos contratos. Para Fábio Ulhoa Coelho, os contratos eletrônicos são aqueles celebrados com a transmissão eletrônica de dados, com o intuito de constituir, modificar, conservar ou extinguir direitos, trazendo obrigações aos pactuantes, cuja manifestação de vontades se manifesta de forma virtual, e não por meio de papel e caneta dos moldes tradicionais.

Mesmo se tratando de um tópico em quem não há unanimidade entre os doutrinadores sobre essa conceituação, a grande maioria dos doutrinadores traz conceitos similares. Outro exemplo que vai na mesma direção do já apresentado é trazida na obra de Leal (2007, p. 79), o que reforça o conceito de que o contrato eletrônico é apenas o meio utilizado para manifestar-se e instrumentalizar a vontade das partes.

A Jurisprudência também já se posiciona sobre a classificação desse tipo de contrato, o que pode ser extraído do seguinte julgado:

DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO ELETRÔNICO. ALEGADA AUSÊNCIA DOS TERMOS DO CONTRATO DE ADESÃO. ÔNUS DA PROVA. INVERSÃO. POSSIBILIDADE TECNOLÓGICA DE COMPROVAÇÃO. CONFIGURADA. NÃO IMPLEMENTADA. TERMO GERAL DO CONTRATO DE MÚTUO. INEXISTÊNCIA. ELEMENTOS PROBANTES. AUSÊNCIA. DEVER DE REGISTRO DOS ATOS PRATICADOS. COMPROMISSO DE TRANSPARÊNCIA E DE INFORMAÇÃO. INCIDÊNCIA. CAPITALIZAÇÃO

MENSAL DE JUROS. AUSÊNCIA DE PACTUAÇÃO EXPRESSA. VEDADA. SENTENÇA REFORMADA. MAJORAÇÃO DA SUCUMBÊNCIA. [...] 2. **O contrato eletrônico é de mesma espécie do contrato tradicional, não se tratando de uma nova modalidade de contratação, divergindo apenas em sua forma, pois possui os mesmos requisitos para a sua validade jurídica.** 3. O documento digital deve atender aos requisitos de identificação, autenticação, impedimento de rejeição, verificação e integridade, privacidade e aos princípios da neutralidade e da perenidade das normas reguladoras do ambiente digital, conservação e aplicação das normas jurídicas existentes aos contratos eletrônicos, boa-fé objetiva e figura do iniciador [...](**Grifos nossos**).

Com base no exposto, pode-se perceber sem muita dificuldade que a classificação tanto doutrinária, quanto o entendimento jurisprudencial, consideram os contratos eletrônicos como sendo apenas uma modalidade diferente de meio para sua formação, já que são considerados contratos do ponto de vista da Teoria Geral dos Contratos, não implicando num novo tipo de contrato.

5. ASSINATURA DIGITALIZADA E ASSINATURA DIGITAL

Um tópico muito interessante no que tange aos contratos eletrônicos diz respeito a diferenciação dos seus conceitos básicos, dentre eles o de assinatura digitalizada e o de assinatura digital. Martins, et al (2020, p. 4) traz em seu trabalho que esse tema tem um intuito principal, sendo este o de trazer a maior segurança jurídica possível para as partes contratantes, de forma que a veracidade dos fatos seja confirmada, assim como a autoria de quem está assinando.

A mesma autora traz a diferença básica entre assinatura digitalizada e assinatura digital em sua obra. De acordo com sua definição, o primeiro termo refere-se à reprodução eletrônica da assinatura manuscrita de uma pessoa, não podendo ser utilizada, portanto, como elemento suficiente para provar que as partes signatárias são as que estão vinculadas às assinaturas.

Continuando na definição dos termos, chega-se à definição de assinatura digital, termo bem mais completo pois esta é capaz de garantir a integridade de determinado contrato eletrônico, pois combina elementos da identidade do autor com elementos do texto, utilizando da criptografia para possibilitar uma única assinatura para cada documento.

6. EXECUÇÃO DE CONTRATOS

Primeiramente, ao falar sobre execução dos contratos, estamos tratando de execução de títulos extrajudiciais. Um ponto importantíssimo sobre o tema inicia-se sobre os requisitos para que um título seja executivo, ou seja, passível de ser executado. A obra de Zacca (2020, p. 40) é bem expressiva ao trazer o conceito de execução de um título, trazendo que trata-se do ato ou efeito de executar, cumprir ou realizar, fazendo com que a parte que não o tenha cumprido naturalmente o faça.

Além disso, na mesma obra foi trazido o fato de que a execução trata-se de um procedimento preconizado pelo Código de Processo Civil (CPC), mais especificamente em seu art. 319 e seguintes, apresentando-se em 4 fases distintas, sendo elas a postulatória-na qual o pedido é apresentado; ordinatória – em que é feita a análise dos requerimentos; instrutória – com produção de provas; e a decisória.

A execução em si, depende da existência de títulos executivos. Estes, por sua vez, podem ser judiciais (provindos de um processo de conhecimento prévio, art. 515 do CPC) ou extrajudiciais, especificados no art. 784 do CPC, como exemplo de notas promissórias ou duplicatas.

Ao tratar de títulos executivos extrajudiciais, alguns requisitos básicos mostram-se necessários para que estes possam ser utilizados no processo de execução de acordo com Zacca (2020, p. 41). Diante da taxatividade dos requisitos, extrai-se a liquidez (quando possui valor certo), e que o título seja certo (quando não há dúvidas sobre sua exigência) e exigível (quando a obrigação pode ser exigida por outrem). Quando algum desses requisitos não se fizerem presentes num processo de execução, o próprio CPC traz a possibilidade de nulidade do processo, como pode ser visto em seu art. 803, como segue: “É nula a execução se: I - o título executivo extrajudicial não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível [...]”(BRASIL, CPC, 2020).

Neste diapasão, e baseando-se na taxatividade trazida pelo CPC em seu art. 784, constitui título executivo extrajudicial qualquer documento particular assinado pelo devedor e também por 2 (duas) testemunhas, ou seja, englobando a figura do tradicional contrato entre particulares. Dessa forma, chega-se ao cerne do presente trabalho, tendo em vista que o grande intuito do debate é verificar a validade como título executivo extrajudicial de um contrato que, embora assinado pelas partes, não teve a presença de 2 (duas) testemunhas como preconizado na legislação infraconstitucional.

7.APLICAÇÃO AOS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Como já fora exposto, o grande questionamento do presente estudo gira acerca da validade dos contratos assinados eletronicamente num processo de execução, sendo estes considerados títulos executivos extrajudiciais.

O art. 784 do CPC, mais precisamente em seu Inc. III, traz a necessidade da assinatura de 2 (duas) testemunhas para que um título possa ser considerado título extrajudicial, aplicando-se, em teoria, uma interpretação fechada e taxativa no que tange aos requisitos e sua flexibilização.

Acontece que, Zacca (2020, p. 44) apresenta em seu trabalho a necessidade do direito, como ciência social aplicada, acompanhar a atualização das demandas sociais e do dinamismo social fruto da constante transformação da sociedade, o que inclui a atualização dos meios de contratação como ocorre com a utilização de contratos eletrônicos. Diante do tema, podemos trazer o seguinte:

Não se deve buscar a manifestação de vontade pelos meios tradicionais e já superados dentro da realidade social, mas sim, sob a ótica do que é socialmente praticado, dos usos e costumes, incluindo aqui as questões de capacidade, onde devemos superar a análise fria de capacidade civil para identificar, na expressão de Arruda Alvim, o discernimento das partes envolvidas em determinado negócio jurídico. (REBOUÇAS, 2019, p. 1).

Diante do exposto, pode-se perceber que a manifestação da vontade é o grande “X” da questão, já que a exigência de 2 (duas) testemunhas tem o principal objetivo de confirmar a manifestação de ambas as partes numa possível disputa. Esbarra-se portanto, no que Zacca (2020, p. 44) chama de controvérsia entre o trazido pelo art. 784 do CPC e o que a doutrina e jurisprudência conduz sobre a temática, já que a legislação mostra-se bem taxativa e fechada a interpretações extensivas, porém não sendo esse o entendimento aplicado atualmente.

Um ponto exposto e de extrema importância é o trazido pelo art. 4º da LINDB, que aborda o entendimento que deve ser utilizado quando há a presença de lacunas legislativas, apontando que o juiz deve decidir, nos casos omissos, de acordo com os costumes, analogia e princípios gerais do direito. Dessa forma, a atualização tecnológica das formas de firmar um contrato devem ser encaradas de maneira mais flexível, sendo esta, a maneira como a jurisprudência e doutrina escolheram para tratar o assunto como será apresentado a seguir.

As aplicações do tema já tiveram inúmeras manifestações, merecendo destaque as apontadas por Oliveira (2019, p. 25), que segue:

Nem o Código Civil, nem o Código de Processo Civil, inclusive o de 2015, mostraram-se permeáveis à realidade negocial vigente e, especialmente, à revolução tecnológica que tem sido vivida no que

toca aos modernos meios de celebração de negócios, que deixaram de se servir unicamente do papel, passando a se consubstanciar em meio eletrônico.

Além disso, outro julgado importante sobre o tema é o que segue:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. EXECUTIVIDADE DE CONTRATO ELETRÔNICO DE MÚTUO ASSINADO DIGITALMENTE (CRIOGRAFIA ASSIMÉTRICA) EM CONFORMIDADE COM A INFRAESTRUTURA DE CHAVES PÚBLICAS BRASILEIRA. TAXATIVIDADE DOS TÍTULOS EXECUTIVOS. POSSIBILIDADE, EM FACE DAS PECULIARIDADES DA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO, DE SER EXCEPCIONADO O DISPOSTO NO ART. 585, INCISO II, DO CPC/73 (ART. 784, INCISO III, DO CPC/2015). QUANDO A EXISTÊNCIA E A HIGIDEZ DO NEGÓCIO PUDEREM SER VERIFICADAS DE OUTRAS FORMAS, QUE NÃO MEDIANTE TESTEMUNHAS, RECONHECENDO-SE EXECUTIVIDADE AO CONTRATO ELETRÔNICO. PRECEDENTES. [...] 2. O rol de títulos executivos extrajudiciais, previsto na legislação federal em "*numerus clausus*", deve ser interpretado restritivamente, em conformidade com a orientação tranquila da jurisprudência desta Corte Superior. 3. Possibilidade, no entanto, de excepcional reconhecimento da executividade de determinados títulos (contratos eletrônicos) quando atendidos especiais requisitos, em face da nova realidade comercial com o intenso intercâmbio de bens e serviços em sede virtual. 4. Nem o Código Civil, nem o Código de Processo Civil, inclusive o de 2015, mostraram-se permeáveis à realidade negocial vigente e, especialmente, à revolução tecnológica que tem sido vivida no que toca aos modernos meios de celebração de negócios, que deixaram de se servir unicamente do papel, passando a se consubstanciar em meio eletrônico. 5. A assinatura digital de contrato eletrônico tem a vocação de certificar, através de terceiro desinteressado (autoridade certificadora), que determinado usuário de certa assinatura a utilizara e, assim, está efetivamente a firmar o documento eletrônico e a garantir serem os mesmos os dados do documento assinado que estão a ser sigilosamente enviados. 6. Em face destes novos instrumentos de verificação de autenticidade e presencialidade do contratante, possível o reconhecimento da executividade dos contratos eletrônicos. [...] 8. RECURSO ESPECIAL PROVIDO (STJ - REsp: 1495920 DF 2014/0295300-9, Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Data de Julgamento: 15/05/2018, T3

- TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/06/2018) (BRASIL, STJ, 2018)

Com base no exposto, e nos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, pode-se perceber que, mesmo diante da taxatividade do CPC em relação a necessidade da assinatura de 2 (duas) testemunhas, esta exigência mostra-se ultrapassada de acordo com as últimas decisões sobre o assunto, já que os dispositivos legislativos apresentam lacunas que surgiram com o desenvolver de novas tecnologias, a exemplo da assinatura eletrônica.

Dessa forma, é mister salientar que como o principal intuito da assinatura das testemunhas é confirmar a vontade das partes em pactuar um contrato particular, não há motivos suficientes para recusar qualquer outro meio que seja capaz de confirmar a vontade e autenticidade das partes, como ocorre com a assinatura eletrônica. Dessa forma, diante dos mais modernos meios de assinatura eletrônica, facilmente consegue-se confirmar as partes envolvidas e, com isso, a autenticidade do negócio jurídico firmado.

Como consequência dessa confirmação, não há dúvidas quanto à possibilidade de execução dos contratos na modalidade eletrônica, possibilidade confirmada por meio dos mais inúmeros julgados já realizados sobre a temática. Com isso, retoma-se à essência do contrato, sendo esta modalidade de contrato plenamente capaz de obrigar as partes, num processo de execução, de fazer ou cumprir o que fora pactuado originalmente, independente da presença e assinatura de 2 (duas) testemunhas.

8. CONCLUSÃO

A atualização dos meios negociais é algo natural e comum nas sociedades em constante desenvolvimento. Portanto, era de se esperar que mais cedo ou mais tarde, a estrutura contratual que estava sendo firmada fosse gradativamente substituída por algo mais tecnológico, cuja facilidade e segurança fossem mais adequadas a sua utilização. Dessa forma, a figura dos contratos eletrônicos surgiu e está cada vez mais presente nas relações cotidianas.

Com isso, uma resposta do mundo jurídico era esperada, já que a nossa legislação não tem como prever atualizações tecnológicas ao momento de sua publicação, cabendo à doutrina e a jurisprudência o preenchimento das lacunas que vão surgindo a todo momento. Isso aconteceu com a temática do presente estudo, já que a executividade dos contratos eletrônicos vinha sendo motivo de discussões nesse meio.

Com base no exposto, tanto no que tange aos requisitos para a formação de um negócio jurídico, quanto aos requisitos de um contrato e título executivo extrajudicial,

chega-se a conclusão, apoiado no entendimento da doutrina e da jurisprudência, que os contratos eletrônicos podem sim, ser plenamente executáveis em processos de execução.

Os entendimentos sobre o tema deixam claro que essa modalidade de contrato atende aos requisitos de título executivo extrajudicial, já que a escolha pelo meio eletrônico é somente o meio de assinatura, garantindo, com base nos sistemas de segurança e autenticidade já existentes, que as partes são as que estão assinando, não deixando dúvidas sobre sua autenticidade.

Dessa forma, não há o que se questionar sobre o tema, restando claro que a escolha por um meio em detrimento do outro não seria capaz de surgir qualquer questionamento sobre a nulidade de um pacto privado entre partes, ou seja, o contrato. Assim como esse meio é o utilizado atualmente, espera-se que os meios eletrônicos continuem evoluindo, e que o mundo jurídico consiga acompanhar esta constante evolução, promovendo discussões e análises consistentes como a que já existe e foi demonstrada no presente trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de processo civil**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 01 set. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código civil**. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 02 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão nº 1495920**. Recorrente: Fundação dos Economiários Federais FUNCEF. Recorrido: Emerson Martineli Rodrigues. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Superior Tribunal de Justiça STJ - Recurso Especial: REsp 1495920 DF 2014/0295300-9 - Inteiro teor. Df. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/595923192/recurso-especial-resp-1495920-df-2014-0295300-9/inteiro-teor-595923202>. Acesso em: 01 set. 2022.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 37.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 21 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. 867 p. 3 v.

Fuscaldo, et al. 2020. **Contratos eletrônicos**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/325485/contratos-eletronicos>. Acesso em 10 de agosto de 2022.

LEAL, Sheila do Rocio Cercal Santos. **Contratos Eletrônicos**: Validade jurídica dos contratos via internet. São Paulo: Atlas, 2007. 225 p.

OLIVEIRA, Valéria Ferreira. **A executividade do contrato eletrônico de mútuo assinado digitalmente sem a presença de duas testemunhas ante a taxatividade do art. 784, inciso 57 III do CPC/2015, sob a visão do ministro Paulo de Tarso Sanseverino**. 2019. 29 f. Monografia – Curso de Direito, Centro Universitário São Lucas, Ji-Paraná, 2019. Disponível em: <http://repositorio.saolucasjiparana.edu.br:8080/bitstream/123456789/119/1/Val%C3%A9ria%20Ferreira%20Oliveira%20-%20A%20executividade%20do%20contrato%20eletr%C3%B4nico%20de%20m%C3%Batu%20assinado%20digitalmente%20sem%20a%20presen%C3%A7a%20de%20duas%20testemunhas%20ante%20a.pdf>. Acesso em: 02 set. 2022.

PUPO, Thalia Stivanin; TABARELLI, Liane. **A eficácia executiva dos contratos eletrônicos de mútuo à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: análise do resp nº 1.495.920/df**. 2020. 33 p. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2020/04/thalia_pupo.pdf. Acesso em 30 de agosto de 2022.

REALE, Miguel. **Propedêutica de direito civil**; 6º ed. p. 356.

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. **Contratos eletrônicos**. 2. ed. São Paulo: Almedina Brasil, 2019. E-book. Acesso restrito.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: contratos**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020. 1038 p.

ZACCA, Ágatha. **Contratos eletrônicos e a via executiva: uma análise da exigência das testemunhas prevista no art. 784, iii do código de processo civil. 2020**. Trabalho de conclusão de curso. Universidade do Sul de Santa Catarina. Araranguá. 58 p. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/15764/1/PDF%20Contratos%20eletr%C3%B4nicos%20e%20a%20via%20executiva.%20Agatha%20Zacca.pdf>. Acesso em 15 de agosto de 2022.

O INSTITUTO DA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL E O AFASTAMENTO DAS FORMALIDADES LEGAIS PREVISTAS PELO LEGISLADOR CONSTITUINTE

JAIRO DE SÁ MACEDO

FRANCINE ADILA RODANTE FERRARI NABHAN

(orientadora)

RESUMO: O presente artigo científico possui o objetivo de abordar os riscos ocasionados pela ausência de formalidades legais previstas pelo legislador constituinte acerca da aplicabilidade da mutação constitucional ao caso concreto. Neste contexto, questiona-se há possibilidade da Carta Constitucional ser alterada de forma extrajurídica, como consequência do afastamento das formalidades legais previstas pelo legislador constituinte? A proposta empregada para tanto, possui natureza bibliográfica, fundamentada a partir de doutrinas, artigos jurídicos, revistas e legislação vigente como a Constituição Federal. Diante da revisão de literatura, constatou-se que este mecanismo informal de emenda é possível no Brasil, especialmente desde que a Constituição de 1988 ampliou os poderes do Supremo Tribunal Federal. Assim conclui-se que as decisões do STF merecem ainda mais cautela, pois são soberanas e não podem ser controladas por nenhum outro órgão. Assim, a mudança não deve ser aplicada indiscriminadamente, mas de forma responsável e ponderada, respeitando os limites de interpretação em geral e, em particular, os da própria Constituição.

Palavras-Chave: Mutação constitucional. Supremo Tribunal Federal. Constituição Federal de 1988.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL. 3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL. 3.1 Mutação constitucional por formação normativa. 4 A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL À LUZ DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA BRASILEIRO. 5 TEORIA DO PODER CONSTITUINTE. 5.1 A aplicabilidade do instituto das mutações constitucionais de forma extrajurídica em casos emblemáticos. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A mutação constitucional é um tema que tem recebido muita atenção na jurisprudência e doutrina constitucional, bem como no mundo jurídico em geral. Tem sido observado que Supremo Tribunal Federal tem procurado apropriar-se da mutação com a intenção de criar um novo modelo de controle da constitucionalidade, já que a ação correspondente já foi aplicada em vários casos com resultados satisfatórios (ANNA CANDIDA, 2017). Em última análise, tal fenômeno de mutação é implantado em um ambiente que desencadeia a evolução da realidade social, permitindo o confronto entre o

passado, o momento em que a norma surgiu, e o presente, a importância de interpretar a norma para uma nova eficácia social.

A implicação é que as causas das mutações constitucionais explícitas vêm dos diferentes grupos sociais existentes, já que eles são compostos por pessoas que mudam de ideia ao longo do tempo, seja por necessidade social ou por mudança de valores. E o Estado democrático de direito é muito bem implementado pela Constituição da República, que está em constante evolução em direção a um processo contínuo de reforma normativa segundo informa (BITTAR, 2018). Assim, fica estabelecido que a relação existente entre o Estado e o indivíduo dá origem a princípios de valores e interesses coletivos.

Neste contexto, a proposta deste artigo é examinar os limites das mudanças interpretativas, já que existe uma grave lacuna na lei no que diz respeito à liberdade concedida ao intérprete para dar um novo significado a um texto legal, dados os riscos que tal omissão acarreta. Portanto, reitera-se que uma má aplicação desta instituição permite ao intérprete agir ilegalmente como legislador, o que é contrário à Constituição Federal, que prevê a separação de poderes e delega este poder ao legislador.

Neste contexto, há possibilidade da Carta Constitucional ser alterada de forma extrajurídica, como consequência do afastamento das formalidades legais previstas pelo legislador constituinte? Assim, destaca-se a importância da discussão levantada, pois o problema acima exposto expõe a possibilidade de modificar ilegalmente a lei suprema do Estado, que é hierarquicamente superior a outras normas legais.

Para responder a problemática acima mencionada, elabora-se como objetivo geral, abordar os riscos ocasionados pela ausência de formalidades legais previstas pelo legislador constituinte acerca da aplicabilidade da mutação constitucional ao caso concreto. E, específicos, tecer considerações introdutórias sobre o instituto das mutações constitucionais para que seja possível discutir a relevância da limitação jurisprudencial ou entendimento doutrinário, acerca da sua aplicabilidade ao caso concreto, compreender a rigidez e supremacia normativa constitucional à luz do controle de constitucionalidade do sistema brasileiro a fim de verificar a necessidade das formalidades legais originadas pelo legislador constituinte, Analisar as noções fundamentais acerca da Teoria do Poder Constituinte com o propósito de observar como ocorre a criação, revisão e alteração da norma constitucional e, por fim, Apresentar casos emblemáticos em que houve a aplicabilidade do instituto das mutações constitucionais de forma extrajurídica.

Neste íterim, a proposta empregada para tanto, possui natureza qualitativa, por se basear em dados qualitativos para validar as hipóteses levantadas ao longo do trabalho. Ainda, no que se refere a revisão literária, a pesquisa denomina-se como bibliográfica, fundamentada a partir da legislação vigente como a Constituição Federal, além de revistas

e artigos jurídicos publicados na Internet encontrados em bases de dados como o Scielo, Portal, Capes, etc.

Pode-se dizer, portanto, que o processo de mudança constitucional é uma mudança informal de seu conteúdo normativo, resultante das interpretações constitucionais de determinadas matérias, por parte do Judiciário, como resultado de uma nova eficácia sociocultural, como será explicado muito brevemente, sobre alguns pontos relevantes do assunto, durante este artigo.

2 A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL

A jurisdição constitucional é considerada uma inovação no direito constitucional pois desempenha um papel muito importante na eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais para assegurar o bom funcionamento das funções do Estado. A questão da aplicabilidade das normas constitucionais é um problema que vem sendo debatido há muitos anos, cujo maior paradoxo é a correspondência entre direito e justiça, ou seja, entre direito e aplicação do direito (LEITE, 2020).

Neste contexto, a ideia da constituição como o instrumento supremo do Estado que garante a ordem estatal requer mecanismos regulatórios que tornem o sistema mais estável, dada a possibilidade de normas subversivas no próprio texto constitucional. Hans Kelsen (2017, p. 123-124), em sua obra clássica "Jurisprudência Constitucional", destaca o paradoxo entre a produção do direito e a aplicação do direito, que é a base da proteção judicial da constituição:

A jurisdição constitucional é parte de um sistema de medidas técnicas que deve garantir o exercício regular das funções do Estado. Estas funções também são de natureza jurídica: consistem em atos jurídicos. Estão relacionadas à criação da lei, ou seja, às normas legais, ou à aplicação da lei criada, ou seja, às normas legais estabelecidas. Assim, as funções do Estado são geralmente divididas em legislação e aplicação, que se opõem umas às outras, assim como a criação ou produção da lei se opõe à aplicação da lei, que é considerada uma mera reprodução.

Com o desenvolvimento do constitucionalismo moderno, iniciou-se a busca de métodos e mecanismos mais sofisticados para lidar com possíveis situações inconstitucionais no próprio texto constitucional. Em outras palavras, levando em conta a Constituição em seus aspectos formais e substantivos, é necessário desenvolver instrumentos eficazes para proteger a conformidade da Constituição com outras normas do sistema jurídico, bem como sua regularidade como ordem estatal vinculante, a fim de preservar sua essência.

Neste sentido, Neves (2019, p.113) ensina:

[...] em um Estado de direito democrático-constitucional, não é um ato livre dentro da Constituição, é um ato positivamente e negativamente condicionado pela Lei Fundamental, de modo que a lei deixou de ser um ato livre dentro da estrutura dos fins para ser um ato positivamente condicionado pela Constituição. Do conjunto normativo-constitucional decorre, por sua vez, que a aplicação dos preceitos constitucionais não é apenas tarefa da legislação, mas também tarefa constitucional da liderança política.

Segundo as conclusões da autora, a liberdade do legislador no processo de elaboração de normas constitucionais, embora ampla no momento de sua criação, será condicionada exclusivamente pelo controle político na aplicação da norma que, de acordo com Joaquim José Gomes Canotilho (2021, p.272), consistirá "na liberdade de conformidade política dentro dos 'limites' das normas constitucionais determinantes".

Nesta perspectiva, o judiciário desempenha um papel fundamental no processo de consolidação das normas constitucionais, cujo controle político é confiado principalmente ao Supremo Tribunal Federal, a mais alta autoridade judicial e guardião da Constituição, que lhe confere os poderes e competências definidos no texto constitucional.

É importante ressaltar que este controle político pelo judiciário não viola o princípio da separação de poderes, pois este conceito tem sido considerado com grandes reservas em relação ao conceito original de separação de poderes formulado por Locke (2018) e Montesquieu (2020), especialmente no que diz respeito à necessidade de uma "Constituição aberta aos intérpretes sociais", onde a responsabilidade de interpretar a Constituição deve ser compartilhada entre os diferentes setores da sociedade em um esforço comum para alcançar a constituição substantiva.

O constitucionalismo moderno busca assim fortalecer o Estado de Direito democrático com a integração e participação ativa dos três poderes, com aplicação e responsabilidade conjuntas, complementando as deficiências e fraquezas de cada um, a fim de manter a ordem constitucional. Neste contexto, de acordo com Leite (2020, p. 119), a atividade jurisdicional é evidente:

[...] através do desenvolvimento de certos princípios que refletem este forte intervencionismo do judiciário e garantem a eficácia da supremacia da Constituição, atuando como um escudo para a livre conformidade do legislador, através da avaliação de atos normativos como a Constituição.

Fica claro, portanto, que a atividade do legislador, mesmo que seja um ato puramente político, não pode eliminar ou suprimir a necessidade de controle judicial, pois a nova topologia do Estado exige uma ação efetiva não só dos órgãos que devem salvaguardar a Constituição, mas também da sociedade como um todo, a fim de manter e regular a ordem democrática.

3 MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

O processo de interpretação constitucional criado pelos tribunais brasileiros, principalmente o Supremo Tribunal Federal, é uma atividade que visa dar à norma constitucional o significado mais condizente com o espírito do fundador. No entanto, é bem conhecido que a evolução natural da sociedade implica em mudanças no contexto social, político, econômico e cultural dos povos, uma vez que a sociedade é um organismo em constante evolução (FERREIRA, 2017).

Neste contexto, a mudança social também implica transformações na relação entre o Estado e a sociedade, ou mais precisamente, entre sociedade e direito, com a constituição da nação se tornando o elemento básico na estruturação e organização do próprio Estado. Assim, a mudança social também requer mudanças na ordem jurídica do Estado, uma vez que:

Quando os fatos sociais mudam significativamente, as normas legais que não são adaptadas ao novo contexto tornam-se, até certo ponto, obsoletas e devem, portanto, ser modificadas ou substituídas. Desta forma, o equilíbrio necessário entre a lei e a realidade social é preservado (KUBLISCKAS, 2019, p.28).

Por outro lado, como a escrita constitucional foi criada para se perpetuar no tempo, existe uma tensão constante entre a estabilidade das normas constitucionais e a necessidade de mudança necessária para o processo evolutivo ao qual as sociedades são inevitavelmente submetidas, no contexto da chamada era da globalização.

Entretanto, o culto da Constituição não deve nos fazer perder de vista a necessidade de que ela seja eterna. Se ela deve ser um instrumento para a realização dos valores fundamentais de um povo, e se estes valores, dada a história de sua natureza, são mutáveis, então é intuído que o trabalho do constituinte, que tira de um povo em transformação a seiva que legitima seu produto, também está sujeito a mudanças palavras de (SILVA, 2020).

Portanto, qualquer constituição é um organismo vivo, em constante evolução, sujeito à dinâmica da realidade de qualquer estrutura social, e não é redutível a um conjunto normativo, mas é algo muito mais complexo, resultado da variedade de fatores, forças e ideologias que estruturam e governam a sociedade.

3.1 Mutação constitucional por formação normativa

Foi Aristóteles, em sua obra "Política " (1985), que lançou as bases da separa o tripartite de poderes, já que ele distinguiu tr s funções exercidas pelo soberano: A função de fazer leis, a função de fazer cumprir essas leis, e a função de julgar. Embora ele tenha previsto, devido ao momento histórico em que viveu, seu ideal concentrava estas funções em um único sujeito, o soberano (SILVA, 2020).

Em 1747, a concepção de Aristóteles foi refinada por Montesquieu em seu "O espírito das leis" (2005). Ele acreditava que as três funções do Estado deveriam pertencer a órgãos independentes e aut nomos.

De acordo com esta ideologia, os poderes t picos do Estado pertenciam a diferentes instituições, o que impedia que mais de um monarca exercesse as funções de fazer as leis, fazê-las cumprir e governar os assuntos derivados das mesmas. Isto deu origem à teoria da separa o tripartite de poderes, seguida da teoria dos controles e equilíbrios, e esta teoria, é claro, continua a evoluir até hoje.

O Poder é um, indivisível, portanto é mais correto falar de uma divisão tripartite de funções, ao invés de um poder que não pode ser dividido, ou tripartite. As funções, por sua vez, derivam do poder (singular). Em qualquer caso, a expressão   tão consolidada que a Constituição da República Federativa do Brasil menciona os poderes legislativo, executivo e judiciário (COELHO, 2021).

Deve-se acrescentar que cada poder é agora entendido como tendo sua função típica (legislativa, administrativa e judicial) e duas outras funções atípicas. Assim:

O poder legislativo tem o poder t pico de legislar; mas também tem um poder administrativo at pico (por exemplo, seus servidores) e um poder judicial (no caso de crimes pelos quais o Presidente da República   responsável). A função típica do executivo é realizar atos administrativos, regular at picamente (por exemplo, por decretos temporários) e julgar (por exemplo, em processos administrativos). O Judiciário, por outro lado, normalmente tem uma função judicial. Ao mesmo tempo, legisla at picamente (por exemplo, através da elabora o de regras judiciais) e administra seus funcionários (COELHO, 2021, p. 321).

O objetivo desta introdução   explicar que se escolhe chamar a mudanç a constitucional de "formação normativa" e não de consequência legislativa, como afirmam algumas doutrinas, pois a mudanç a não ocorre apenas como resultado de uma lei

aprovada pelo legislativo, mas deve ocorrer em qualquer forma de formação normativa, aprovada pelo legislativo, pelo executivo e pelo judiciário. É desnecessário dizer que, quando se trata de mudanças constitucionais induzidas pelo governo, a maioria delas é culpa do legislativo.

A interpretação da Constituição é prerrogativa não só do Judiciário, mas também do Legislativo (MIRANDA, 2018). O fato é que a Constituição, sendo por natureza geral, abstrata e aberta, muitas vezes permite múltiplas interpretações. Assim, o legislador comum tendo em mente que, como já mencionado, o executivo e o judiciário também têm o direito de fazê-lo no exercício de suas funções normativas atípicas, pode optar por uma das soluções. Aos poucos, lentamente, por ser uma mudança constitucional, a norma da Constituição, com a possível interpretação de uma norma inferior, pode mudar.

Estas suposições são especialmente relevantes quando há lacunas constitucionais ou quando se trata de normas constitucionais de eficácia limitada ou restrita, quando é necessária uma legislação integradora. Enquanto for constitucional, o legislador pode, e deve, interpretar a Constituição por meio de leis normais que a incorporem, no caso de lacunas, ou a complementem, no caso de regras de eficácia limitada, que sabe-se exigir legislação integradora. Essas mutações geralmente complementam a função normal do texto constitucional.

4 A SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL À LUZ DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA BRASILEIRO

A Constituição Federal brasileira de 1988 é uma das expressões legais da mais ampla soberania nacional e popular do Brasil e é responsável pela manutenção do Estado de Direito democrático. Naturalmente, deve ser entendido que as consequências da subordinação da norma constitucional afetam todos os brasileiros e abrangem todas as instituições, gerando o poder de controle perante todos, independentemente de sua situação financeira. É um estado de direito no qual as pessoas estão em pé de igualdade na busca e conquista de seus direitos.

A Constituição Federal é aquela em que a sociedade organizada limita ações ou estabelece bens públicos, ou seja, prescreve deveres ou garante direitos, criando um clima de controle deste estado garantidor. Neste viés, José Afonso da Silva ensina:

A Constituição é aquela que tem como forma um conjunto de normas (escritas ou costumeiras); como conteúdo, o comportamento de pessoas motivadas por relações sociais (econômicas, políticas, religiosas, etc.), como propósito, a realização de valores que indicam a existência de uma comunidade; e finalmente, como causa criativa e recreativa, o poder que emana do povo (SILVA, 2020, p.61).

As disposições ou normas (regras e princípios) que compõem a Constituição estão hierarquicamente colocadas acima de todas as outras normas legais que compõem o sistema jurídico brasileiro. Canotilho (2021), instrui que a supremacia constitucional é dividida em supremacia substantiva e formal. A supremacia substantiva refere-se ao conteúdo material da Constituição, ou seja, só existe em constituições flexíveis, ou consuetudinárias, nas quais as leis consuetudinárias e constitucionais têm voz, em contraste, do ponto de vista jurídico, a supremacia formal só pode se referir a uma constituição escrita, na qual se aplica a regra da rigidez constitucional.

Deve-se notar que a Constituição Federal conterà os princípios fundamentais de um Estado de direito democrático, ou seja, o espírito do sistema jurídico brasileiro será corporizado em seu próprio texto constitucional. Todas as pessoas públicas ou privadas estarão sujeitas a esta supremacia, de modo que nenhuma lei formal ou materialmente incompatível com a Constituição poderá ser promulgada.

Segundo Hans Kelsen (2021, p. 134),

A Constituição é o ápice do sistema jurídico de um país porque uma norma de direito, para ser válida, deve buscar sua validade em uma norma superior. Neste sentido, todas as normas devem estar em conformidade com os parâmetros constitucionais ou, caso contrário, são declaradas inconstitucionais, dado o controle brasileiro de constitucionalidade que ocorre no Supremo Tribunal Federal.

O controle constitucional pressupõe uma ordem jurídica, regida por uma Constituição rígida, na qual são examinados o conteúdo e o processo de formação de outras normas, bem como as regras estruturantes e fundamentais do Estado e a organização de seus órgãos. Este controle pode ser preventivo ou repressivo, e é exercido por todas as esferas do governo: o executivo, o legislativo e o judiciário.

Hans Kelsen (2021) ainda ensina que a ordem jurídica não é um sistema de normas legais dispostas lado a lado no mesmo plano, mas uma cascata de diferentes camadas ou níveis de normas legais. Sua unidade é o produto das relações de dependência resultantes do fato de que a validade de uma regra é baseada em outra regra cuja criação é, por sua vez, verificada por outra, e assim por diante, até que a regra fundamentalmente imposta seja alcançada. A norma fundamental hipotética, nestes termos é, portanto, o fundamento último da realidade, constituindo a unidade desta relação criativa.

Destarte, uma Constituição rígida, como a Constituição Federal de 1988, "tem um processo de emenda mais complexo, mais oneroso e mais solene do que o processo legislativo de mudança de normas inconstitucionais" (LENZA, 2020, p. 195), portanto, a

rigidez da Constituição é um pré-requisito para o teste de constitucionalidade, pois "se leis inconstitucionais fossem adotadas como normas constitucionais, então em caso de conflito, haveria uma revogação da lei anterior, não sua inconstitucionalidade" (BARROSO, 2018, p. 23).

Neste sentido, José Afonso da Silva (2020, p.46) define:

Nossa Constituição é rígida. Portanto, ela é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. Todo poder se baseia nela, e só ela confere os poderes e a autoridade do Estado. Nem o governo federal nem os governos estaduais, municipais ou distritais são soberanos, pois todos são limitados, explícita ou implicitamente, pelas normas positivas desta lei fundamental.

A inconstitucionalidade da lei implica a ruptura da relação de compatibilidade com a Constituição. De acordo com Luís Roberto Barroso (2018), a Constituição parece ser suprema e a base para a validade de todas as outras normas. Em virtude desta supremacia, nenhuma lei ou regulamento - de fato, nenhum ato legal, pode legitimamente continuar a existir se não estiver em conformidade com a Constituição.

A Constituição Federal do Brasil é a norma máxima do sistema jurídico do país, e mesmo as constituições estaduais, que têm sua parcela de supremacia, devem cumprir a Constituição de 1988 devido ao princípio da simetria, que "implica paralelismo, correspondência entre a Constituição Federal e as diversas constituições estaduais e leis orgânicas municipais" (BUCK, 2019, p. 72).

Desse modo, o Estado Constitucional democrático seria incompleto e enfraquecido se não oferecesse um mínimo de garantias e sanções: garantias de respeito, estabilidade e manutenção das normas constitucionais, sanções contra ações inconstitucionais de órgãos soberanos e outros. A ideia de proteção, salvaguarda, tutela ou garantia da ordem constitucional tem como antecedente o conceito de proteção do Estado, que pode ser definida num sentido amplo e abrangente como o conjunto de instituições, garantias e medidas que protegem e guardam interna e externamente a existência jurídica e factual do Estado.

Neste íterim, o objeto da proteção não é apenas a proteção do Estado, mas a proteção da forma constitucionalmente estabelecida do Estado. Oscar Vilena Vieira ensina: "Através de limitações constitucionais, as gerações futuras terão garantidos direitos de autogoverno contra as ameaças das gerações presentes de impor ideias absolutas que vinculem o futuro" (VIEIRA, 2019, p.226).

Assim, os direitos que podem ser reivindicados moral e racionalmente, por serem elementos essenciais na proteção da dignidade humana, que tornam possível a democracia como procedimento de tomada de decisão entre seres racionais, iguais e livres, devem ser protegidos como supraconstitucionais, quer estabelecidos por normas constitucionais ou derivados de princípios adotados pela Constituição ou mesmo de tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é parte, como expressamente reconhecido no §2º, do art. 5º da Constituição (VIEIRA, 2019).

Pode-se dizer, que a supremacia da Constituição Federal de 1988 é um ponto fundamental do Estado de direito democrático do qual deriva todo o sistema jurídico brasileiro, encabeçado pelas limitações impostas pelo texto constitucional. As limitações impostas por esta norma constitucional não podem criar limitações absolutas que podem forçar e sobrecarregar as gerações futuras a reexaminar o que foi estabelecido no passado, porque a dignidade da pessoa humana passa para uma esfera supraconstitucional da qual nenhuma norma constitucional pode impor limitações.

Portanto, indaga-se, como os limites desta adequação será estabelecido, observado a rigidez e a supremacia normativa, as quais não permitem que a Constituição seja objeto de alterações constantes, haja visto o princípio da estabilidade jurídica. Diante desse atrito jurídico, torna-se oportuno discutir acerca da Teoria do Poder Constituinte, a fim de verificar a resposta desta problemática por meio da compreensão de como ocorre a criação, revisão e alteração da norma constitucional, conforme se demonstrará na seguinte subseção.

5 TEORIA DO PODER CONSTITUINTE

Inicialmente, deve-se entender que o poder constituinte emana do povo, mas é exercido pelo Estado. De acordo com o Artigo 1, parágrafo único da Carta magna Brasileira, "Todo poder emana do povo, que o exerce através de seus representantes eleitos ou diretamente, de acordo com esta Constituição" (BRASIL, 1988). Neste sentido, o exercício do poder estará nas mãos de representantes eleitos pelo povo, cujo dever será legislar de acordo com a Constituição, seja ela original ou derivada.

O poder constituinte é, portanto, "a manifestação soberana da suprema vontade política do povo, social e legalmente organizado" (MORAES, 2021, p. 29), que em virtude de seu *status* original tem o poder de elaborar uma constituição ou mesmo de atualizá-la, revogando, modificando ou acrescentando normas constitucionais, em situação de derivação do original.

Destarte, ela está dividida em dois regimes básicos: originário e derivado. O poder real, primário ou constituinte do primeiro grau tem o propósito de criar ou recriar a

primeira ou nova constituição do Estado. Portanto, não há poder anterior ou superior, já que o poder original determina a estrutura da nova constituição e tem autonomia para determinar a lei que irá operar, ou seja, não está subordinado a uma concepção de lei já existente. Assim, tem alguma liberdade nos procedimentos aplicados para a criação da constituição, de modo que não é necessária nenhuma formalidade pré-estabelecida (LEPORE, 2019).

Em contrapartida, o poder constituinte derivado é classificado como reformador, revisor e emergente. O reformador, de acordo com sua própria nomenclatura, é responsável pela reforma constitucional e se materializa no Brasil através de emendas constitucionais ou da incorporação de tratados internacionais de direitos humanos (LEPORE, 2019). Deve-se notar que a Constituição Federal não prevê explicitamente um poder de reforma substantiva, como está implícito, mas pode ser derivado, por exemplo, do próprio Estado de Direito, que prevê propostas de emendas à Constituição, com as limitações formais e substantivas que derivam da rigidez Constitucional.

O poder derivado para rever a Constituição, por outro lado, foi previsto no Artigo 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que permitiu a revisão da Constituição dentro de cinco anos de sua promulgação por voto da maioria absoluta do Congresso, através de um processo legislativo menos oneroso. Entretanto, a passagem do tempo tornou esta cláusula inútil e agora a Constituição só pode ser modificada através de emendas (Poder Reformador), é o que instrui (FERREIRA FILHO, 2018).

Além disso, o poder constituinte derivado é conceituado como o poder de cada Estado de redigir sua própria Constituição, conforme exercido pelos Estados membros na elaboração das constituições estaduais (Artigo 25 da CF/88). Além dos conceitos discutidos, há também o poder constituinte difuso, que se manifesta em mudanças constitucionais.

O termo "difuso" foi cunhado pelo francês Georges Bourdeau, porque não está formalizado nas constituições, mas está muito presente nos sistemas jurídicos. Um poder constitucional difuso pode mudar as normas constitucionais informalmente, ou seja, sem revisão ou emenda. Enquanto o poder original é o que cria a constituição e o poder derivado é o que a reforma, o poder difuso é o poder invisível que altera a constituição, mas sem alterar uma única vírgula (BULOS, 2021).

Neste diapasão, embora a instituição das mutações constitucionais seja reconhecida na doutrina, na prática constitucional é claramente impossível traçar os limites precisos deste fenômeno. Isto levanta as seguintes questões: Existem limites para a aplicabilidade da instituição das mutações constitucionais no sistema jurídico brasileiro? Em caso afirmativo, quais são esses limites? Na busca de uma resposta a esta pergunta, é necessário,

através da análise de processos judiciais de destaque, identificar os riscos da interpretação constitucional como um processo informal de mudança constitucional, no tema a seguir.

5.1 A aplicabilidade do instituto das mutações constitucionais de forma extrajurídica em casos emblemáticos

A mutação constitucional ocorre quando uma mudança informal na constituição excede o limite de elasticidade do texto legal e, portanto, viola o que está consagrado na Carta Magna. Para tanto, a mutação constitucional é um fenômeno que tem sido observado na realidade de várias constituições ao redor do mundo, incluindo o Brasil, onde existem muitos casos ilustrativos (FERRAZ, 2017).

A autora acima mencionada, cita como exemplo, a nomeação do Marechal Floriano Peixoto em 1981 como Presidente da República e depois como Vice-Presidente. O artigo 42 da Constituição de 1891 estabelece: "Se, por qualquer razão, o cargo de Presidente ou Vice-Presidente ficar vago antes do término do mandato presidencial de dois anos, novas eleições serão realizadas" (BRASIL, 1981). Entretanto, o Congresso Nacional concedeu o cargo ao Vice-Presidente, de modo que a renúncia do Presidente ocorreu antes do término do mandato de dois anos, contrariando a disposição legal.

Neste contexto, a transferência constitucional permite o que a doutrina chama de "falseamento da Constituição" ou ainda, "quebrantamento (ou simplesmente quebra) da Constituição" (LEITE, 2020, p. 123). Este fenômeno é entendido como a atribuição de diferentes interpretações e significados ao que a norma constitucional realmente é. Destaca-se também que esta distorção constitucional ocorre quando certas normas constitucionais são interpretadas de forma diferente e sem qualquer semelhança com o que realmente são, excedendo assim os limites estabelecidos pelo texto constitucional.

Contemplando o texto a cima, Garcia (2018, p. 115-116) confirma-o ao distinguir os tipos de quebrantamento de constituição existentes:

O quebrantamento constitucional significa a violação de disposições constitucionais em um ou mais casos específicos, mas em caráter excepcional, isto é, na condição de que as disposições violadas permaneçam inalteradas nos outros casos e, portanto, não sejam definitivamente revogadas ou temporariamente invalidadas (suspensas). a) Quebrantamento inconstitucional da Constituição: violação excepcional de uma disposição constitucional sem recurso a um procedimento de revisão constitucional. b) Quebrantamento constitucional da Constituição: violação excepcional de uma

disposição constitucional em um ou mais casos específicos em que tal violação excepcional da Constituição tenha sido autorizada pela lei constitucional (por exemplo art. 44, § 2º, C. a da Constituição) ou onde o procedimento de revisão constitucional tenha sido seguido.

Desse modo, pode-se estabelecer que as violações ou distorções são parte do fenômeno de mutação constitucional, que se manifesta na violação dos limites constitucionais de forma clara e indiscutível, ou mesmo de forma pouco visível e despercebida, caso ocorram por inércia ou falta de uso.

As consequências deste fenômeno podem variar em grau e intensidade, na medida em que anulam a força das normas constitucionais e reduzem ou mesmo anulam sua eficácia normativa. Logo, provocam mudanças temporárias ou permanentes até suprimir completamente o funcionamento da norma constitucional, em flagrante desrespeito à Carta Magna, parâmetro de qualquer sistema legal.

Neste ínterim, considera-se inaceitável a produção de excessos e interpretações contraditórias provocados pela mudança constitucional, já que esta instituição surge para complementar a constituição e atualizar as novas conjunturas sócio-legais. Portanto, é necessário controlar estas mudanças informais, assim como as reformas e propostas de alteração da Constituição estão sujeitas ao controle da constitucionalidade, que representa atualmente o maior mecanismo corretivo em termos de eficiência e segurança do sistema jurídico brasileiro.

Neste sentido, enfatiza-se que as mutações constitucionais constituem um sério risco ao qual a Constituição pode estar exposta e que o controle da constitucionalidade se torna um importante aliado para evitar a repetição deste fenômeno na esfera jurídica. Portanto, o controle constitucional pode abranger tanto emendas constitucionais quanto outros princípios normativos, tais como a inconstitucionalidade material e formal.

Entretanto, é preciso conscientizar-se que as mutações constitucionais quase sempre ocorrem de tal forma que não podem ser legalmente neutralizadas pela ausência de inconstitucionalidade (BARROSO, 2019). Observa-se, que a grande questão surge quando os limites da mutação constitucional não são respeitados pelos próprios defensores da Constituição, quando pergunta-se: "*Quis custodiet custodes?*" (Quem há de vigiar os próprios vigilantes?)

Certamente, podem ocorrer mutações contrárias à Constituição, criando mutações constitucionais. No cenário de normalidade institucional, elas devem ser rejeitadas pelas autoridades competentes e pela sociedade. Caso contrário, a sociedade encontra-se em uma situação anormal, na qual os fatos prevalecem sobre a lei. A continuação desta

disfunção revelaria uma falta de normatividade da Constituição, uma usurpação de poder ou um quadro revolucionário é o que diz (BARROSO, 2019).

Portanto, é uma anomalia que o próprio Tribunal Constitucional promova ou repita uma mutação que, de alguma forma, exceda seus limites. Nesta situação, há uma distorção de todo o processo, causada pelo não cumprimento dos limites deste fenômeno, como pode ser visto nos processos legislativos e formais de emenda da Constituição (reforma e revisão), com propostas de emenda constitucionais. Assim, estas anomalias devem ser evitadas, pois ameaçam a própria existência da Constituição.

Neste contexto, é pertinente discutir o caso em que o Supremo Tribunal considerou como objeto de uma "mutação constitucional" artigo 52, X da Constituição Federal de 1988 a respeito da arbitrariedade do Senado em suspender, total ou parcialmente, a execução de leis declaradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal (BRASIL, 1988).

Apesar do texto constitucional, parte da doutrina, liderada pelo Ministro Gilmar Mendes, pretendia que, mesmo no caso de revisão accidental, as decisões do Supremo Tribunal fossem vinculativas, de efeito geral e *erga omnes*. Assim, na prática, esta doutrina perpetuou a emenda constitucional e eliminou qualquer participação efetiva do Senado no controle da constitucionalidade.

Neste sentido, está-se tratando de manipulação constitucional, ou seja, o uso da Constituição para certos interesses. Neste caso, em vez de servir à Constituição, o manipulador a utiliza. Como mencionado acima, a modificação da Constituição é um procedimento informal para alterar a Constituição. Portanto, "assume-se que qualquer mutação programada, pré-programada, deliberada, por medo de ser desqualificada, não é, uma vez que a mutação constitucional não é algo programável, premeditado, preconcebido sob pena de se descaracterizar" (KELSEN, 2021, p. 231).

Nota-se que a transferência prevista pelos ministros no artigo 52, X da CF/88 não é caracterizada, pois a posição adotada pelos defensores desta proposta é equivalente ao direito positivo, pela prática inadmissível do Supremo Tribunal Federal, que após um longo debate decidiu por maioria não aceitar tal argumento, pois constitui uma manipulação notoriamente inconstitucional, uma vez que os ministros são juízes da Corte Suprema.

Destarte, a imposição de uma ideia constitucional *contra constitutionem* é considerada impensável. A modificação do significado de uma sentença só pode ser feita de acordo com a finalidade da sentença e o quadro de significado. Não há espaço para interpretação arbitrária no processo de requerimento. Não respeitar os limites estabelecidos para emendas constitucionais equivale a renunciar a uma interpretação segura, proibida àquele que aplica a regra.

Neste contexto, as mutações constitucionais são perigosas e devem ser motivo de preocupação. Esta questão torna-se particularmente relevante, especialmente quando se trata do efeito colateral da interpretação constitucional, uma vez que mesmo uma leitura não autorizada da constituição se espalha pelo sistema legal e causa danos até que seja devidamente corrigida e verificada, como deveria ser.

6 CONCLUSÃO

Ante o exposto depreende que, a mutação é um processo informal de mudança no qual é dado um novo significado a uma norma sem alterar o texto. Uma vez que a Constituição é a razão de ser do Estado, ela deve refletir a realidade social da população. Portanto, para conseguir esta adaptação do texto constitucional à situação dos fatos sociais, a Constituição não pode ser estática, já que a sociedade está em constante mudança. Neste ponto, ressalta-se a importância da emenda constitucional como instrumento de interpretação da norma, pois permite alcançar um equilíbrio entre a estabilidade da constituição e a dinâmica da sociedade, sem passar por um processo burocrático e lento.

Quanto aos limites de sua aplicação, não há pacificação na doutrina, mesmo o Supremo Tribunal Federal não tem uma opinião consolidada sobre esta questão, que tem sido objeto de muito debate e discordância entre os juizes. Esta diferença se deve à ausência de uma disposição legal ou estudo estruturado que defina a mudança constitucional, o que torna sua análise subjetiva. A dificuldade de definir estes limites vem da multiplicidade de causas que podem levar a uma mutação, pois são o resultado da evolução da sociedade e de fatos sociais que não podem ser previstos de forma objetiva e esquemática.

Sou a favor do uso da mutação como renovação semântica do texto devido à evolução da sociedade, pois a Constituição, que é a lei fundamental do Estado, não pode ser completamente estática e insensível aos acontecimentos. Além disso, no caso de uma Constituição rígida, um simples ajuste do significado da norma não pode ser deixado a um longo processo de reforma formal.

Entretanto, o recurso a esse processo informal de mudança não pode ser deixado apenas à consciência do intérprete, pois isso equivaleria a conceder legitimidade legislativa que não está prevista na Constituição e poderia violar a separação de poderes. É essencial que estes parâmetros sejam respeitados, pois qualquer ideia em contrário constituiria um risco para o Estado de Direito democrático.

Observou-se que as emendas constitucionais estão limitadas ao próprio texto constitucional e não podem contradizê-lo de forma alguma. O objetivo é adaptar o significado da palavra à nova realidade. Portanto, as decisões do STF merecem ainda mais

cautela, pois são soberanas e não podem ser controladas por nenhum outro órgão. Assim, a mudança não deve ser aplicada indiscriminadamente, mas de forma responsável e ponderada, respeitando os limites de interpretação em geral e, em particular, os da própria Constituição.

REFERÊNCIAS

ANNA CANDIDA da Cunha Ferraz. **Processos informais de mudança da constituição** Osasco: EdIFIEO, 4ª ed. 2017.

ARISTÓTELES. **Política**. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira**. 9ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2019.

BITTAR, Eduardo; **Teoria do Estado: Filosofia política e Teoria da Democracia**. 7º. ed. São Paulo: Atlas 2018.

BRASIL, **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 nov. 2021.

BUCK, Pedro. **As Entidades Componentes da Federação Brasileira: União Federal, Estados membro, Distrito Federal e Município**. Doutorando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. São Paulo. 2019.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Da reforma à mutação constitucional**. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 33, n.º129, jan./mar., 2021.

CANOTILHO. José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ª Edição- Reimpressão. Editora: Almedina, 2021.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva,

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**. 4 ed. Osasco: EDIFIEO, 2017. 280 p.

FERREIRA FILHO, Manoel G. **O Poder Constituinte**. 9ª Edição São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

FERREIRA, Maria Elizabeth Malaquias. Modulação dos efeitos temporais no controle jurisdicional de constitucionalidade e reflexos sobre a norma do art. 52, X, da Constituição Federal. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 44, n.173, p. 193-207, jan./mar. 2017.

GARCIA, Emerson. **Interpretação constitucional**: a resolução das conflitualidades intrínsecas da norma constitucional. São Paulo: Atlas, 2018.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Alexandre Krug. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2017.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 1ª Edição. Editora: Forense Universitária. 2021.

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e mutações constitucionais**: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Atlas, 2019.

LEITE, George Salomão. **Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais**. - Brasília : Senado Federal, Conselho Editorial, 2020. 160 p.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 21ªed. São Paulo: Método, 2020.

LÉPORE, Paulo. **Direito Constitucional**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 25.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de Júlio Fischer e Introdução de Peter Laslett. São Paulo: Martins Fontes, 2018 (Clássicos).

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2018.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis**. Introdução, trad. e notas de Pedro Vieira Mota. 17ª ed. São Paulo. Saraiva: 2020.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

NEVES, Carmen Nasaré Lopes. **Mutação Constitucional em face da Hermenêutica Judicial no Controle por via de Exceção**. In: Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Brasília, ano 12, abril, 2019. p. 32.
Disponível em:

<http://www.escolamp.org.br/arquivos/revista_2%C2%BA_concurso_de_monografia.pdf>
Acesso em: 19. Abr. 2022.

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e poder popular**. São Paulo: Malheiros, 2020.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de Justiça**. Editora Malheiros. São Paulo. 2019.

RESSOCIALIZAÇÃO CARCERÁRIA: UMA ABORDAGEM DOS ASPECTOS LEGAIS E DOS DESAFIOS À SUA EFETIVAÇÃO

TAYLLA VITÓRIA RODRIGUES POLLI:

Graduanda do Curso de Direito das
Faculdades Integradas de Paranaíba -
FIPAR.

ANA CARLA SANCHES LOPES FERRAZ⁵⁷

LEANDRA SALUSTIANA DA SILVA OLIVEIRA⁵⁸

(orientadoras)

INTRODUÇÃO

Há tempos a realidade do sistema prisional brasileiro vem mostrando sinais de falência, diante de um cenário precário e desumano, longe da ideia de ressocialização preconizada pela Constituição Federal de 1988 e Lei de Execução Penal (LEP). A realidade demonstrada é de um verdadeiro negligenciamento por parte do Poder Público e, de certa forma, pela sociedade que agem com descaso à situação degradante em que se encontram as penitenciárias brasileiras, gerando como consequência altos índices de violência dentro e fora das penitenciárias.

O encarceramento realizado no Brasil tem se mostrado ineficaz para proporcionar a reintegração social do preso, não promovendo a diminuição do cenário da violência e a sensação de insegurança por parte da população, na medida em que se utiliza como medida punitiva tão somente o segregamento dos indivíduos, em detrimento das medidas ressocializadoras e de preparo para o melhor retorno ao convívio social.

A ressocialização do apenado deve ser efetivada, conforme prevê a Lei de Execução Penal e Constituição Federal de 1988, respeitando os direitos e princípios fundamentais, em especial o da Dignidade Humana.

Porém, na prática verifica-se que o Estado tem sido omissivo em não cumprir com as suas obrigações básicas, falhando em dois aspectos: o indivíduo que vive à margem da sociedade, que por muitas vezes tem como causa a ausência do Estado, e segundo por não oportunizar o mínimo de dignidade, aplicando-lhe apenas o encarceramento, com poucos investimentos em sua ressocialização.

57 Direitos Humanos (FIPAR). Mestre em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR e Professora das Faculdades Integradas de Paranaíba - FIPAR. E-mail: anaferraz.adv@hotmail.com

58 Direitos Humanos (FIPAR). Mestre em Educação pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul - UEMS e Professora das Faculdades Integradas de Paranaíba - FIPAR. E-mail: leandrasalustiana@gmail.com

Ademais, podemos verificar a omissão do Estado em relação à superlotação nos presídios, gerando como consequência inúmeras rebeliões e mortes, que, aliado aos poucos investimentos em ressocialização, acabam por aumentar os índices de reincidência.

A Lei de Execução Penal (LEP), considerada um avanço no âmbito prisional, tem por finalidade regulamentar os direitos e deveres do apenado, na prática, não tem sido efetivamente cumprida em todas as penitenciárias brasileiras, principalmente quando se trata da ressocialização do apenado.

1 CONCEITO DE RESSOCIALIZAÇÃO

Para se falar da ressocialização do encarcerado, antes se faz necessário abordar sobre o conceito de socialização, que consiste no processo pelo o qual um indivíduo internaliza as regras sociais, é por meio desse processo que adquirimos cultura. A socialização pode ser entendida como um aprendizado contínuo, pelo qual aprendemos idiomas, símbolos, dentre outros aprendizados.

Quando um indivíduo desobedece às regras que ele aprendeu no processo de socialização, esse indivíduo é excluído da sociedade pelo Estado, respondendo pelo processo do crime praticado, recebendo assim uma pena e ao receber sua pena esse indivíduo passará a ser um detento. Assim, a pena que esse indivíduo recebe tem o papel de prevenção e ressocialização, prevenção para que o indivíduo não cometa outros delitos na sociedade e ressocialização para que, depois que ele cumprir a pena determinada, possa voltar ao convívio social restaurado e restabelecido e poder viver em harmonia com a sociedade.

Portanto, a ressocialização é reintegrar o indivíduo novamente ao convívio social ou socializar “tornar social” aquele que se desviou por meio de condutas reprovável da sociedade e das normas positivadas. Portanto, a ressocialização é preparar o indivíduo infrator ao convívio social. Ambos os conceitos e temas não se desvinculam. É perfeitamente viável garantir-se a punição de quem pratica um crime, mantendo-se o estrito cumprimento da lei, de modo a assegurar, com isso, o respeito aos direitos individuais e fundamentais”. (NUCCI,2018, p.31).

2 DIREITOS HUMANOS E A RESSOCIALIZAÇÃO

A origem dos Direitos Humanos remonta à antiguidade a.c, por uma linha de tempo, constituída por vários marcos históricos. Vale ressaltar que a evolução histórica dos Direitos Humanos compreende fatos sucessivos que ocorreram por milhares de anos e que trouxeram conquistas sociais.

No código de Ur-Nammu é possível identificar dispositivos que já abordavam a reparabilidade do que hoje é tido como um dano moral, ou seja, desde os tempos mais remotos da civilização humana, já se tratava do tema danos morais, que foi, ao longo dos tempos, abordado no meio social. (LIMA, 2017)

Posteriormente, temos o Código de Hamurabi:

[...] Na Suméria antiga, o Rei Hamurabi da Babilônia editou o Código de Hamurabi, que é considerado o primeiro código de normas de condutas, preceituando esboços de direitos dos indivíduos (1792-1750 a.C.), em especial o direito à vida, propriedade, honra, consolidando os costumes e estendendo a lei a todos os súditos do Império. Chama a atenção nesse Código a Lei do Talião, que impunha a reciprocidade no trato de ofensas (o ofensor deveria receber a mesma ofensa proferida). (RAMOS, 2019, p.44)

Podemos observar que até então a sociedade Babilônica não tinha um conjunto de leis codificadas e o intuito da criação deste primeiro código de normas de conduta era disciplinar a sociedade. De acordo com o referido código as punições eram divididas em três classes, ou seja, cada classe teria a sua pena;

1º Awelum: “filho do homem”, era a classe superior, a quem descumprissem as regras eram aplicadas penas pecuniárias, para eles não haveria outro tipo de pena como a pena de morte, pena capital ou pena de mutilação.

2º Mushkenum: “cidadão livre”, era a classe intermediária, a quem violassem as normas uma vez seria aplicada pena reparatória pecuniária e em caso de reincidência era aplicada a pena capital, variando de acordo com a gravidade do delito. Podemos observar que a primeira classe nunca teria uma pena capital como nesta classe.

3º Wardum: “escravo marcado”, era a classe composta pelos escravos que, não obstante serem objeto de propriedade, eram lhes atribuídas penas severamente cruéis, ora de mutilação, ora de morte.

Em se tratando de Leis criminais, vigorava a “*lex talionis*” chamada Lei de Talião, Castilho (2018, p.55) explana:

É neste documento que se encontra a famosa previsão da forma de “dosimetria de pena” conhecida como “Lei de Talião” ou “olho por olho, dente por dente”, indicando para o delito uma pena equivalente ao dano causado. Em que pese rigorosa, a previsão constituía, de fato, um avanço para a época, uma vez que representava uma limitação legal aos governantes, impedindo-os de aplicar penas

arbitrárias. Além disso, o Código contém uma série de dispositivos relativos aos direitos dos indivíduos, como o direito a uma espécie de salário mínimo por dia de trabalho, o direito a alimentos da mãe e seus filhos em face do abandono do marido, a questão de ajuda a fugitivos, entre outros. Esse código vigorou por aproximadamente 1.500 anos. (CASTILHO,2018, p.55).

Em 450 a.C foi criada a Lei Das Doze Tábuas como já diz o próprio nome era composta por doze peças de madeira. Segundo Castilho (2018):

Trata-se da Lei das Doze Tábuas, que nasce da ideia de reunir as várias normas da época em um só texto legal. Este código foi estabelecido para aplacar as reclamações dos plebeus e protegê-los em suas liberdades que não eram até então reconhecidas. Às doze tábuas foram incorporadas várias áreas do direito que protegiam o patrimônio e o reconhecimento do pater famílias como único sujeito de direitos. (CASTILHO, 2018, p.57).

No decorrer de 1.215 surgiu a Magna Carta, através dos barões ingleses que obrigaram o Rei João Sem Terra a ceder direitos sob pena de perder o trono, configurando o fim do absolutismo, sendo assim o rei João Sem Terra não seria mais absoluto, e, cedendo os direitos em prol da legalidade, passando a ser submisso a Lei, ele não seria mais a lei. Este documento limitou o poder dos monarcas da Inglaterra.

Castilho (2018, p.66) fala sobre a cláusula 39 da Magna Carta:

“Nenhum homem livre será preso, encarcerado ou privado de uma propriedade, ou tornado fora da lei, ou exilado, ou de maneira alguma destruído, nem agiremos contra ele ou mandaremos alguém contra ele, a não ser por julgamento legal dos seus pares, ou pela lei da terra”. (CASTILHO, 2018, p.66).

Como podemos observar a Magna Carta fortaleceu alguns direitos, entre eles, a proteção dos direitos e garantias individuais, *habeas corpus*, direito de propriedade e do devido processo legal. O *habeas corpus* tinha por objetivo proteger o indivíduo quando este era preso ilegalmente, o direito à propriedade visava proteger os bens materiais do indivíduo e o devido processo legal garantia a todos o acesso ao direito e à justiça.

Em relação a esse último direito elencado pela Carta Magna, Castilho (2018, p.66) menciona que: “ O artigo 40 no qual menciona que quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública,

remeterão ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia." Nesse sentido, o direito ao devido processo legal significa que "a ninguém venderemos, nem a ninguém recusaremos ou atrasaremos o direito ou a justiça. (CUNHA, 2019)".

A Lei do Habeas Corpus surgiu em 1679, na Inglaterra, em pleno regime feudal. Foi considerada uma grande conquista para a época, pois o Habeas Corpus era apenas um dispositivo na Magna Carta, então nesse ano passou a ter uma Lei exclusiva. Havia uma exceção quando se tratava de traição ou subordinação contra o senhor feudal, nesses casos não se aplicava o Habeas Corpus. (BRAYNER, 2012)

Castilho (2018) expõe alguns artigos da Lei de Habeas Corpus:

A Lei de Habeas Corpus Habeas Corpus Act (1679)

I – A reclamação ou requerimento escrito de algum indivíduo ou a favor de algum indivíduo detido ou acusado da prática de um crime (exceto tratando-se de traição ou felonía, assim declarada no mandato respectivo, ou de cumplicidade ou de suspeita de cumplicidade, no passado, em qualquer traição ou felonía, também declarada no mandato, e salvo o caso de formação de culpa ou incriminação em processo legal), o lorde-chanceler ou, em tempo de férias, algum juiz dos tribunais superiores, depois de terem visto cópia do mandato ou o certificado de que a cópia foi recusada, concederão providência de habeas corpus (exceto se o próprio indivíduo tiver negligenciado, por dois períodos, em pedir a sua libertação) em benefício do preso, a qual será imediatamente executória perante o mesmo lorde-chanceler ou o juiz; e, se, afiançável, o indivíduo será solto, durante a execução da providência, comprometendo-se a comparecer e a responder à acusação no tribunal competente.

(...)

III – A providência será executada e o preso apresentado no tribunal, em curto prazo, conforme a distância, que não deve exceder em caso algum, vinte dias.

IV – Os oficiais e os guardas que deixarem de praticar os atos de execução devidos, ou que não entregarem ao preso ou ao seu representante, nas seis horas que se seguirem à formulação do pedido, uma cópia autêntica do mandato de captura, ou que

mudarem o preso de um local para outro, sem suficiente razão ou autoridade, pagarão 100 libras, no primeiro caso, e 200 libras, no segundo caso, ao queixoso, além de perderem o cargo. (CASTILHO, 2018, p.83-84).

A Declaração de Direito de 1689 (em inglês Bill of Rights), na Inglaterra, assegurou, entre outros direitos, a liberdade, a vida e a propriedade privada, assegurando o poder do Parlamento em detrimento da vontade absoluta do rei.

Ainda na Inglaterra, em 1689, após a chamada Revolução Gloriosa, com a abdicação do Rei autocrático Jaime II e com a coroação do Príncipe de Orange, Guilherme III, é editada a “Declaração Inglesa de Direitos”, a “Bill of Rights” (1689), pela qual o poder autocrático dos reis ingleses é reduzido de forma definitiva. Não é uma declaração de direitos extensa, pois dela consta, basicamente, a afirmação da vontade da lei sobre a vontade absolutista do rei. Entre seus pontos, estabelece-se “que é ilegal o pretendido poder de suspender leis, ou a execução de leis, pela autoridade real, sem o consentimento do Parlamento”; “que devem ser livres as eleições dos membros do Parlamento” e que “a liberdade de expressão, e debates ou procedimentos no Parlamento, não devem ser impedidos ou questionados por qualquer tribunal ou local fora do Parlamento”. (RAMOS, 2019, p.51-52).

Com o passar do tempo, foram sendo criados inúmeros dispositivos normativos de garantia dos direitos indispensáveis à vida humana.

“Os Direitos Humanos consistem em um conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade. Os Direitos Humanos são os direitos essenciais e indispensáveis à vida digna”. (RAMOS, 2019, p.35)

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, foi aprovada pela a ONU em 10 de dezembro de 1948, após a segunda guerra mundial em razão do grande número de perda de pessoas, por governos fascistas e violações a direitos individuais.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, influenciada por esses dispositivos normativos, trouxe o capítulo referente aos Direitos e Garantias Fundamentais.

A Lei de Execução Penal – LEP, Lei nº 7.210, criada em 11 de julho de 1984, espelhada nos direitos humanos, traz em seu conjunto de normas, princípios e regras que regulam a relação entre o Estado e o sentenciado, garantindo os direitos e deveres do preso, evidenciando seu aspecto ressocializador.

Todavia, apesar de esses direitos terem sido positivados na Constituição, na categoria de direitos fundamentais, com o intuito de proteger o cidadão contra a opressão do Estado, acabaram se tornar alvo de inúmeras críticas por não estarem sendo devidamente respeitados.

3 O TRABALHO COMO DIREITO SOCIAL DO PRESO

A Lei de Execução Penal nº 7.210/1.984, ao tratar da assistência ao preso e ao internado, prescreve em seu art. 10, que: “A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade”, destacando além do direito, um aspecto social. No mesmo sentido, a Lei evidencia o trabalho do apenado como um dever social e condicionante da dignidade humana, possuindo assim uma finalidade educativa e produtiva, conforme elencado nos artigos 28 e 29 da LEP:

Art. 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.

§ 1º Aplicam-se à organização e aos métodos de trabalho as precauções relativas à segurança e à higiene.

§ 2º O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo.

§ 1º O produto da remuneração pelo trabalho deverá atender:

- 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.

§ 2º Ressalvadas outras aplicações legais, será depositada a parte restante para constituição do pecúlio, em Caderneta de Poupança, que será entregue ao condenado quando posto em liberdade.

Apesar de o trabalho prisional não estar submetido ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, ao preso são resguardados os direitos inerentes à previdência social, sendo o auxílio-reclusão o principal exemplo.

Segundo a LEP, os condenados à pena privativa de liberdade estão obrigados ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade. Apenas para o preso provisório, o trabalho não é obrigatório e só poderá ser executado no interior do estabelecimento. Nesses casos, poderá haver uma recorrência de seu advogado ou defensor, dando assim uma esperança de antecipação da liberdade, pois terá como fundamento não só a remuneração, em alguns casos, mas principalmente a redução da pena.

Entretanto, observa-se que o trabalho prisional, enquanto fator de possível ressocialização do preso, normalmente é remunerado com salários inferiores ao mínimo o que acaba de certa forma frustrando a sua real finalidade, na medida em que o preso recebe menos que o trabalhador comum em razão, única e exclusivamente, de sua real condição, ou seja, de ter sido submetido à pena privativa de liberdade. Fator este que deve ser tratado com cautela a fim de que não configure discriminação injustificada, nem mesmo que venha a favorecer a exploração lucrativa do trabalho do apenado em detrimento de uma das suas principais finalidades que é a sua reintegração ao convívio social.

4 MONITORAMENTO ELETRÔNICO: UM MECANISMO RESSOCIALIZADOR?

O monitoramento eletrônico não é algo que surgiu recentemente com o avanço da tecnologia e com o aumento da população carcerária. Ele surgiu na década de 60 do século passado e, a partir de então, foi tomando força e crescendo cada vez mais.

Atualmente o monitoramento se tornou uma das ferramentas mais utilizada pelo Estado, sendo uma grande alternativa para os condenados à pena privativa de liberdade. Ele teve seu início nos Estados Unidos, idealizado brilhantemente por dois irmãos Ralph e Robert Schiwitzgebél. Para os dois irmãos o monitoramento é um meio de fornecer uma opção menos onerosa para as pessoas que possuem envolvimento com a justiça. Porém, somente em 1964 que o plano foi finalmente colocado em prática, quando 16 apenados jovens tiveram o equipamento eletrônico instalado em uma de suas pernas.

NUCCI (2018, p.172) destaca alguns requisitos para que o monitorado deverá seguir:

Dessa forma, a saída pode contar com o monitoramento eletrônico, afinal, sem um endereço preciso, torna-se inviável fiscalizar a movimentação do sentenciado; b) recolhimento noturno, consistindo no período decorrido entre o anoitecer e o alvorecer, podendo variar de um lugar a outro. A meta é a proibição de permanência na via pública, longe da residência para a qual se dirigiu, seja familiar ou comunitária, durante a noite, período no qual há menor vigilância das autoridades em geral, além de ser propício a reuniões e festejos, onde há consumo de álcool e outras substâncias; c) proibição de frequentar determinados lugares, que, agora, finalmente, a lei passa a especificar, indicando bares, casas noturnas e estabelecimentos congêneres. (NUCCI,2018, p.172).

Devido a esse avanço testado e muito bem-sucedido que tal modalidade se expandiu e rapidamente foi adotada em inúmeros países. No Brasil, somente em 2007 é que o monitoramento chegou, primariamente na Paraíba, expandindo-se assim para os demais Estados.

Devido à superlotação das penitenciárias brasileiras o monitoramento eletrônico, mais conhecido como "tornozeleiras", foi adotado para aqueles que cumprem penas privativas de liberdade. Ele funciona por meio de GPS e é monitorado por funcionários do sistema penitenciário e, caso o detento saia da rota estabelecida, é emitido o sinal imediatamente à central de controle. Caso o apenado não justificar judicialmente o motivo do desvio da rota delimitada, poderá ser recolhido novamente para o regime fechado.

A Lei de Execução Penal traz em seu artigo 146-C a previsão do monitoramento eletrônico e define as regras para o seu uso, nos seguintes termos:

Art:146-C: O condenado será instruído acerca dos cuidados que deverá adotar com o equipamento eletrônico e dos seguintes deveres: I – receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações; II– abster-se de remover, de violar, de modificar, de danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica ou de permitir que outrem o faça; (...); Parágrafo único. A violação comprovada dos deveres previstos neste artigo poderá acarretar, a critério do juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa: I – a regressão do regime; II – a revogação da autorização de saída temporária; (...); VI – a revogação da prisão domiciliar; VII – advertência, por escrito, para todos os casos em que o juiz da

execução decida não aplicar alguma das medidas previstas nos incisos de I a VI deste parágrafo. (BRASIL,1984)

Diante disso pode se concluir que o monitoramento nada mais é que um aparelho totalmente tecnológico que monitora o apenado de forma integral através de uma central de 24 horas de monitoramento.

Durante a pandemia, em meados de 2020, devido ao grande número de casos e a superlotação, ficou decidido que apenados com mais de 60 anos, faixa etária considerada de risco e apresentar problemas de saúde que necessitam de acompanhamento médico constante, passassem a cumprir suas penas em regime domiciliar, com uso de monitoramento com tornozeleira eletrônica (STJ.JUS.BR), aproximando assim o preso de sua família e da sociedade favorecendo assim a sua ressocialização.

5 PRINCIPAIS DESAFIOS À RESSOCIALIZAÇÃO DO CÁRCERE NO BRASIL

Atualmente a ressocialização do apenado enfrenta muitos desafios. A superlotação das penitenciárias brasileiras ainda é o principal deles, pois as mesmas encontram-se em condições que desfavorecem a ressocialização dos apenados devido às condições precárias, contribuindo para um resultado inverso do objetivo pretendido que é a reinserção do preso à sociedade.

Devido ao exíguo número de vagas em muitas das penitenciárias brasileiras, nem sempre é possível realizar a separação dos presos por grau de periculosidade, por exemplo. Essa realidade tem levado algumas penitenciárias a ficarem conhecidas como uma “escola de crimes”, onde muitos indivíduos primários condenados a crimes de menor potencial ofensivo são colocados junto com presos de alta periculosidade, que cometeram crimes graves, em verdadeiro descumprimento da Lei de Execução Penal que prevê as hipóteses de separação dos presos. Assim, “[...] o Estado deve assumir a responsabilidade de não prejudicar o seu aprendizado, não permitindo que conviva com delinquentes habituais, muito mais distantes de qualquer chance de ressocialização efetiva”. (NUCCI,2016, p.1540).

A superlotação é uma realidade vivenciada em muitas penitenciárias brasileiras que dificultam o processo de ressocialização do apenado. De acordo com Nucci (2016) a difícil ressocialização se dá pela a superlotação:

[...] 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. (NUCCI, 2016, p.1.540).

A realidade no interior das penitenciárias revela o quão desafiador é a tarefa de ressocializar o indivíduo. A superlotação revela um cenário caótico em decorrência da falta de vagas aliada à baixa taxa de empregos fornecidos para o apenado para a devida redução da pena.

Convém destacar ainda que a questão da superlotação se tornou um problema ainda maior com o surgimento da pandemia do novo coronavírus - Covid-19 pois, mesmo com a adoção das medidas preventivas, não foi possível evitar a contaminação dos presos. De acordo com dados publicados pelo departamento penitenciário nacional (DEPEN) as penitenciárias estão com 54,9% acima de sua capacidade, fator preponderante para a disseminação do vírus.

Outro desafio a ser enfrentado em relação à ressocialização do apenado é imposto pela própria sociedade que acredita que bandido tem que ficar preso para então não colocar os demais em estado de risco e, acredita ainda, que na prisão o apenado tem que ser tratado da forma mais banal, à base da força e de castigos. Verifica-se que a sociedade ainda possui uma visão retrógrada em relação à pena privativa de liberdade, que as cadeias foram feitas unicamente para castigar o apenado e não para ressocializar.

Desse modo, a sociedade brasileira se preocupa com o encarceramento do preso para então limpar as ruas do perigo, ao invés de se preocupar com o que realmente importa que é o retorno do preso à sociedade e sua ressocialização.

Além disso, a falta de recursos financeiros e de profissionais na área são fatores que contribuem para um processo de ressocialização falho no sistema carcerário, ficando muitas vezes a cargo do próprio detento a opção por ressocializar-se ou não.

Ademais, a reincidência criminal demonstra o grau de deficiência do sistema penal brasileiro pois, o indivíduo normalmente entra no mundo do crime devido a certas circunstâncias, sendo a mais comum delas a falta de estrutura familiar e ao saírem das penitenciárias o apenado se depara com a falta de emprego, muitas vezes decorrente do preconceito, com diferenças culturais, econômicas e principalmente educacionais, e, por não estar preparado para o convívio social acaba cometendo novo delito e retornando novamente à prisão, em verdadeiro círculo vicioso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho objetivou analisar a ressocialização sob a ótica dos direitos e garantias estabelecidos na Constituição Federal de 1988 e legislações. A realidade que este estudo constatou é de uma fragilidade do sistema carcerário no tocante à ressocialização

dos apenados e de uma pouca efetividade dos princípios consagrados, em especial o da isonomia ou igualdade de direitos.

Desse modo, verifica-se que a ressocialização no âmbito do sistema carcerário brasileiro está longe de ser efetiva e justa, apesar de necessária numa sociedade onde se evidenciam a desigualdade de oportunidades e milhares de pessoas vivendo à margem da sociedade.

Resta evidente que a superlotação tem sido um dos principais problemas enfrentados pelo sistema penitenciário de forma geral. O ambiente insalubre e hostil a que estão submetidos os apenados em celas superlotadas propiciam a proliferação não só de doenças, mas também de aperfeiçoamento e prática de atividades criminosas pois, devido à superlotação e falta de vagas, nem sempre o Estado consegue efetivar, na prática, a separação dos presos, por grau de periculosidade, por exemplo. Tudo isso evidencia a precariedade e fragilidade do sistema carcerário refletindo em rebeliões e altos índices de reincidência, cujas consequências são prejudiciais a toda sociedade.

Por outro lado, o preconceito ainda arraigado na sociedade é preciso ser trabalhado, a fim de que haja um novo olhar sobre o delinquente, de forma mais ampla, tratando-o como uma pessoa que já pagou pelos seus erros e não como um criminoso pelo resto da vida. A manutenção do preconceito e da rotulação de que o preso sai pior do que entrou na prisão só contribui para a exclusão e marginalização desse grupo e em nada contribui para o processo de ressocialização.

Nesse sentido, a recuperação do sistema prisional depende de uma série de fatores a começar pela postura da sociedade, no sentido de entender que o problema também é seu e não somente criticar as reformas sob o prisma de beneficiar delinquentes, além de compreender que a partir do momento em que o Estado direciona melhores tratamentos aos encarcerados, não está fazendo em razão de merecimento, mas sim em busca de solucionar os problemas criminais.

A adoção de medidas de cunho ressocializador, como o trabalho e o estudo, por exemplo, ainda são as mais prudentes, sem deixar de levar em consideração os princípios de segurança e retribuição pelo mal cometido. Assim, permite que o apenado se sinta útil, produzindo algo para si e para a sociedade, além de contribuir para a sua ressocialização.

A princípio, pode parecer que oferecer condições dignas de vida, atendendo inclusive a requisitos de direitos humanos, não seja punir o indivíduo que cometeu um crime, pois a punição, segundo o entendimento do senso comum, deve ser cruel e contínua. Entretanto, deve-se lembrar de que o simples fato de retirar a liberdade já é uma punição severa na vida do indivíduo, haja vista que a liberdade, muitas vezes, é a única

coisa que ele verdadeiramente possui. Além disso, a privação do convívio com amigos e familiares, a imposição de regras e horários, já se tornam meios de penalizar o indivíduo que não detém tais regras sociais como suas.

A adoção de medidas ressocializadoras aos encarcerados podem gerar uma mudança de comportamento, se tornando mais dóceis, o que permite tratamentos menos hostis e menos investimento em aparelhamento de segurança, além da redução de motins e rebeliões.

Todavia, a resposta para esta problemática consiste na exigência do fiel cumprimento da legislação existente, bem como uma maior efetividade na formulação de políticas públicas e projetos e/ou maior fiscalização no cumprimento dos existentes, a fim de que se possa alcançar a reconstrução do sistema prisional, restabelecendo a ordem jurídica e social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União, Brasília**, DF, 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm >. Acesso em 09 dez 2020.

BRAYNER, Marcos Aurélio Pereira. **Origem, desenvolvimento, uso e abuso do Habeas Corpus**. 2012. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-set-07/marcos-brayner-origem-desenvolvimento-uso-abuso-habeas-corporus>>. Acesso em: 09 dez 2020.

CASTILHO, Ricardo. **Direitos Humanos**. 5º ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. **STJ: A remessa de documentos ao MP e a interpretação restritiva do art.40 do CPP**, 2019 – São Paulo. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/05/30/stj-remessa-de-documentos-ao-mp-e-interpretacao-restritiva-art-40-cpp/>>. Acesso em: 09 dez 2020.

LIMA, André Barreto. **O dano moral ao longo da história**. Publicado na Revista Âmbito Jurídico, 2017- São Paulo – Qualis – ISSN- 1518-0360 – Rio Grande do Sul 2016 – Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/56890/o-dano-moral-ao-longo-da-historia#:~:text=No%20c%C3%B3digo%20de%20Ur%2DNammu,tempos%2C%20aborda%20no%20meio%20social> >. **Acesso em 09 dez 2020.**

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e execução penal**. 13º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Execução Penal**. 1º. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

VELASCO, Clara. **Menos de 1/5 dos presos trabalha no Brasil; 1 em cada 8 estuda**. Rio de Janeiro. 26 de abril de 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/26/menos-de-15-do-presos-trabalha-no-brasil-1-em-cada-8-estuda.ghtml>>. Acesso em 09 de dez. 2020.