

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1169

(Ano XV)

(23/09/2023)

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 1169



Nossa Missão: disponibilizar o máximo de conteúdo de qualidade aos leitores, facilitando a pesquisa acadêmica e profissional em um único lugar.

Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1169 (ano XV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2023. 331 *fls.*

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



Pink Tax – O mundo não tão cor de rosa da Barbie
Camila Falkowski, 08.

ARTIGOS

Dignidade da pessoa humana: em que consiste?

Benigno Núñez Novo e Maria do Socorro Freitas de Brito, 12.

A evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do aspecto material da hipótese de incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza

Rodrigo Leituga de Carvalho Cavalcante, 16.

A eutanásia pela ótica do princípio da dignidade da pessoa humana

Cinthia de Oliveira Fernandes, 33.

As medidas despenalizadoras dos Juizados Especiais Criminais

Jaqueline de Lira Gomes, 65.

Crime organizado e a aplicação da teoria do direito penal do inimigo

Giovanna Aparecida Silva Calixto, 80.

Responsabilidade civil do Estado em casos de catástrofes em que o Estado tem o conhecimento do risco

Lucivaldo Ferreira de Santana, 94.

Adoção Personalíssima de Parentes por Afinidade

Daniele Castanharo, 105.

Flagrante preparado – crítica de sua ilegalidade à luz do direito penal

Bruno da Silva Amorim e Nathalia Lisboa Dias, 117.

A caracterização da pandemia como hipótese de força maior para o pedido de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão

Rodrigo Leituga de Carvalho Cavalcante, 126.

O inquérito policial como uma garantia constitucional do investigado – Uma Revisão de Literatura

Ana Luiza Lima Prado, 134.

Caracterização do assédio moral no ambiente de trabalho: diferenciação e a legislação pertinente

Caio Vinicius Soares Emidio, 145.

Uma análise das principais questões jurídicas sobre a união estável no Brasil

Rafael Antônio Machado Balestra e Deisy Ester Moreli Fernandes, 159.

Turismo, desenvolvimento sustentável e direitos humanos: um passeio contemporâneo pela diversidade e inclusão social dos apenados em trabalhos prisionais provindos da reciclagem dos destinos turísticos de João Pessoa-PB

Marcelí de Souza Silva, 203.

Multiparentalidade: reconhecimento e efeitos jurídicos

Maria Luisa Juliano, 219.

Violência obstétrica: abuso e vulnerabilidade da mulher

Rafaela Pereira dos Santos, 233.

Normas de saúde e segurança no trabalho remoto: considerações no contexto da seguridade social

Rafael Antônio Machado Balestra e Ivaney Paixão de Oliveira Júnior, 250.

Das consequências jurídicas do recebimento indevido de valores pelos servidores públicos

André Afonso de Moura Souza Cruz, 268.

Pessoas em situação de rua: Análise dos Direitos Humanos Violados

Cinthia de Oliveira Fernandes, 280.

Emenda constitucional Nº 110: O caso do concurso “Pioneiros Do Tocantins”

Rafael Antônio Machado Balestra, 300.

Aspectos positivos na utilização e implementação da tecnologia nos sistemas judiciário e carcerário brasileiro durante o cenário do Covid-19

Maria Vitoria Ribeiro Whitaker Gonzales. 321.

PINK TAX – O MUNDO NÃO TÃO COR DE ROSA DA BARBIE

CAMILA FALKOWSKI: Advogada especialista em Ciber Crimes e Direito Digital. Graduada em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (2017). Pós-graduada com Especialização em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (2021)¹.

O imposto cor de rosa, uma sobretaxa oculta dos bens femininos que intensifica a desigualdade tributária entre homens e mulheres.

Nunca foi tão dolorosa e imprescindível a saída do mundo da Barbie como nos dias atuais; a utopia de perfeição, eterna diversão e supervalorização do ideal feminino, de fato, não correspondem a realidade preta e branca do cotidiano da mulher moderna. Entre os diversos entraves já superados pela conquista feminina, há ainda um mais sutil e silencioso fator de desmerecimento que macula o gênero feminino, atingindo-lhe desde tenra idade: O imposto cor de rosa.

O *pink tax* não se trata de imposto propriamente dito, e sim, um sobrepreço em toda mercadoria cujo destino seja o público feminino. Em pesquisa realizada pela Escola Superior de Propaganda e Marketing (ESPM) roupas de bebê cujas cores e personagens são destinadas as meninas, possuem uma valoração de 23% em comparação àquelas voltadas para meninos; aos brinquedos, o índice chega a 26%. Quanto aos fármacos, é perceptível o aumento de preço nos analgésicos destinados as comorbidades essencialmente femininas, quando a rotulagem medicamentosa é especialmente destinada a cólicas menstruais; enquanto medicamento similar e de mesma formulação química; entretanto, sem a padronagem feminina, mantém o preço de mercado. A diferença chega a quase 13% nos valores de mercadoria com destinação feminina.

A tributação desproporcional é pauta antiga e deveras silenciada política e juridicamente, na obra intitulada “Política Fiscal e Gênero” (2020) uma coletânea de estudos científicos voltados a Sociologia do Direito, relaciona o atual sistema de tributação nacional

¹ Pós Graduada com Especialização em Perícia Criminal pela Instituição Verbo Jurídico (2021). Pós Graduada com Especialização em Direito Digital e Proteção de Dados pela Universidade São Judas Tadeu - EBRADI (2023). Membro da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas - ABRACRIM. Membro Efetivo Regional da Comissão Especial de Jurimetria e Análise Preditiva - OAB/SP. Membro Efetivo Regional da Comissão da Mulher Advogada - OAB/SP. Membro Efetivo Regional da Comissão Especial de Advocacia Criminal. Membro Efetivo Regional da Comissão Especial de Política Criminal e Penitenciária - OAB/SP. Autora de artigos jurídicos.

quanto as questões de gênero; uma das autoras, a jurista e também professora titular da Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Luciana Grassano Melo demonstra que o atual sistema de arrecadação e despesa do estado brasileiro tende a acentuar essa desigualdade.

O retorno da pauta da reforma tributária (Emenda Constitucional 4.519), trouxe à tona a questão da aplicabilidade da questão de gênero; o intento objetivo da reforma é, sobretudo, garantir agilidade e praticidade no pagamento dos tributos, criando mecanismos facilitadores duplos (Fisco x contribuinte) em tese, a famosa simplificação. Dentre as previsões do texto aprovado, inclui a redução da alíquota dos regimes favorecidos em 60% da alíquota padrão, isso inclui medicamentos e produtos de cuidados básicos à saúde menstrual; desta maneira, haverá incidência tributária em 40% do padrão, a ser definida... ou seja... ainda haverá tributação

Apesar da diminuição tributária a ser implantada aos produtos de destinação feminina (registre-se exclusivamente fármacos), é notável a desigualdade fiscal entre homens e mulheres. É imperioso o olhar de como nosso sistema de arrecadação em sua presente desproporcionalidade impacta negativamente a sociedade. Os estudos a respeito desta temática, não são diminutos; a advogada e pesquisadora Tathiane Piscitelli, coordenadora do grupo de estudos Gênero e Tributação, em parceria com o Núcleo de Direito Tributário do Mestrado Profissional da FGV-SP e demais integrantes do grupo “Tributos a Elas”, composta por integrantes titulares da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) publicou em 2020 relatório denominado: Reforma tributária e desigualdade de gênero: Contextualização e propostas. O projeto trata desde a desoneração de produtos essenciais as mulheres (absorventes, medicamentos de reposição hormonal) bem como, mudanças em deduções de imposto de renda cujo benefício é exclusivo masculino. O intento do grupo visa tanto a igualdade de gênero, como também facilitar a mobilidade social dos menos favorecidos (retorno da dedução de contribuições previdenciárias das trabalhadoras domésticas, programas de incentivo a contratação de grupos vulneráveis, entre outros).

Tais pesquisas além de demonstrarem os aspectos objetivos de como a prática do *pink tax* é prejudicial e discriminatória, também agregam conceitos subjetivos no referente a própria matéria tributária. A origem do tributo remota a antiguidade, sendo meio utilizado pelo Poder Público tanto para autogerencia bem como, organização estatal; em termos jurídicos, a função fiscal do imposto é arrecadação. Quanto a função extrafiscal, é a utilidade do imposto como regramento e direcionamento de condutas sociais, a exemplo, taxas aduaneiras (proteção do mercado interno) taxas sobre cigarros e bebidas (desencorajar o uso, proteção à saúde) tais medidas não se restam a discricionariedade estatal, devem obedecer a princípios e regramentos constitucionais.

Do Princípio da isonomia

Equivale a premissa aristotélica “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade” garantir a aplicabilidade tributária de maneira padronizada, não importando a denominação dos rendimentos ou a ocupação profissional do contribuinte. O princípio elencado encontra previsão em nossa Carta Maior:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

Em sentido lato, a aplicabilidade deste princípio equivale a garantia de equidade fiscal entre homens e mulheres, vedando a tributação desproporcional; ou seja, a própria *pink tax*.

A Constituição Federal reforça o tratamento principiológico tributário, tanto em seus objetivos fundamentais como nos próprios Direitos e Garantias Fundamentais:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

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:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

É evidente a visão conservantista quanto a aplicabilidade da tributação como meio efetivo de justiça social, uma vez que a tradição nacional considera o imposto e sua aplicabilidade uma neutralidade natural fruto do desenvolvimento econômico de um

sistema essencialmente capitalista. Gradativamente, essa resistência vem perdendo adeptos, uma vez que é notória a necessidade de correção fiscal visando a equidade de direitos, a exemplo o caso das pensões alimentícias.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5422, ajuizada pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM) o Supremo Tribunal federal afastou a incidência do Imposto de Renda (IR) sobre valores recebidos a título de alimentos ou de pensões alimentícias, decorrentes do direito de família; a decisão (2022) baseou-se na evidência de que, na esmagadora maioria dos casos de divórcio, a guarda dos filhos menores recai, sobretudo a mulher; tendo que, além de lidar com a dupla (até tripla) jornada de trabalho, criação e educação solo dos filhos, acaba por arcar com o ônus tributário dos valores recebidos.

O entendimento da bitributação camuflada e não observância das premissas de igualdade de gênero e dos direitos fundamentais restaram-se demonstradas, uma vez que pensão era deduzida de forma integral do imposto do pagador (pai), entretanto, incidia sobre o recebedor (mãe).

Em realidade, a sobretaxa feminina é um fenômeno global, sendo uma das medidas a serem tratadas pela Organização das Nações Unidas (ONU). A meta de número 5 – Igualdade de Gênero, constitui um dos 17 objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) a serem alcançadas por todos os 193 países membros; entre eles, o Brasil.

Não se trata de tratamento privilegiado, mas sim de uma correção tributária, fruto de uma desigualdade social acarretada pelo mau uso do poder. É fato notório que desde a implantação do patriarcado como sistema de governança, seus excessos sujeitaram a mulher a coadjuvar sua sobrevivência, restando pelas bordas sociais, equilibrando-se entre o dever ser social e a libertação de seu próprio ser. A medida a ser implantada pela reforma é apenas o início de uma modificação gradativa tanto de sistema de pensamento quanto da própria prática de mercado – *pink tax* – O imposto cor de rosa, uma sobretaxa oculta que nos distancia ainda mais da igualdade de gênero.

Apartamo-nos de uma supremacia rosa ou azul, mas busquemos o alvor da equidade social; o branco que reflete todos os raios luminosos, atende a todas as necessidades, indistintamente.

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: EM QUE CONSISTE?

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, com título de doutorado reconhecido pela Universidade de Marília (SP).²

MARIA DO SOCORRO FREITAS DE BRITO³

(coautora)

RESUMO: Este artigo tem por objetivo de forma sucinta demonstrar o entendimento sobre a dignidade da pessoa humana. É um dos princípios fundamentais estabelecidos na Constituição Federal de 1988. Esse princípio é de extrema importância, pois reconhece que todos os indivíduos possuem direitos e devem ser tratados com respeito e consideração.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade. Pessoa Humana. Respeito. Consideração.

ABSTRACT: This article aims to succinctly demonstrate the understanding of the dignity of the human person. It is one of the fundamental principles established in the Federal Constitution of 1988. This principle is extremely important, as it recognizes that all individuals have rights and must be treated with respect and consideration.

KEYWORDS: Dignity. Human Person. Respect. Consideration.

INTRODUÇÃO

A dignidade da pessoa humana é um conceito fundamental que permeia todas as esferas da vida. É uma ideia que busca garantir o respeito e a valorização de cada indivíduo, independentemente de sua origem, raça, gênero, religião ou qualquer outra característica.

² 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. Assessor de gabinete de conselheira no Tribunal de Contas do Estado do Piauí.

³ Especialista em controle externo pela Universidade Federal do Piauí, graduada em ciências contábeis pela Universidade Federal do Piauí, graduada em licenciatura plena letras português pela Universidade Federal do Piauí e auditora do controle externo no Tribunal de Contas do Estado do Piauí.

Neste artigo, vamos explorar o que consiste a dignidade da pessoa humana e sua importância na sociedade atual.

É um dos princípios fundamentais estabelecidos na Constituição Federal de 1988. Esse princípio é de extrema importância, pois reconhece que todos os indivíduos possuem direitos e devem ser tratados com respeito e consideração. A Constituição Federal de 1988, também conhecida como a Constituição Cidadã, foi um marco na história do Brasil. Ela trouxe avanços significativos em relação aos direitos e garantias individuais, estabelecendo uma base sólida para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

DESENVOLVIMENTO

A dignidade da pessoa humana é um princípio ético e jurídico que reconhece o valor intrínseco de cada ser humano. Ela engloba diversas dimensões, como o respeito à integridade física e moral, a liberdade de expressão, a igualdade de oportunidades, o acesso a direitos básicos, entre outros. Em suma, trata-se de assegurar que cada indivíduo seja tratado com dignidade e tenha a possibilidade de desenvolver plenamente suas potencialidades.

No contexto jurídico, a dignidade da pessoa humana é reconhecida como um direito fundamental em diversas constituições ao redor do mundo. Ela serve como base para a construção de um sistema legal justo e igualitário, que garanta a proteção de todos os cidadãos. Além disso, a dignidade humana é um princípio orientador para a tomada de decisões éticas em diversas áreas, como a medicina, a pesquisa científica e a política.

A dignidade da pessoa humana também está intrinsecamente ligada à noção de direitos humanos. Estes são direitos inalienáveis e universais que todas as pessoas possuem simplesmente por serem seres humanos. O respeito à dignidade humana implica em garantir que esses direitos sejam respeitados e protegidos. Entre os principais direitos humanos estão o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à educação, à saúde, entre outros.

A dignidade da pessoa humana é um dos pilares da Constituição Federal de 1988. Ela está presente desde o seu preâmbulo, que afirma o compromisso de "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".

Esse princípio é reforçado ao longo do texto constitucional, em diversos artigos que tratam dos direitos fundamentais. A dignidade da pessoa humana é mencionada

explicitamente no artigo 1º, inciso III, que estabelece como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil "a dignidade da pessoa humana".

Esse reconhecimento da dignidade da pessoa humana implica em garantir a todos os indivíduos o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à saúde, à educação, ao trabalho, entre outros direitos fundamentais. Além disso, implica também em proibir qualquer forma de tratamento desumano, cruel ou degradante.

A Constituição Federal de 1988 estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Isso significa que não importa a raça, o gênero, a orientação sexual, a religião, a classe social ou qualquer outra característica, todos devem ser tratados com igualdade e respeito.

A dignidade da pessoa humana é um princípio que vai além do aspecto legal. É uma questão moral, que diz respeito à valorização da vida e do ser humano em sua plenitude. É um princípio que deve nortear as ações de todos os indivíduos e instituições, sejam elas públicas ou privadas.

Infelizmente, mesmo com a garantia constitucional da dignidade da pessoa humana, ainda existem violações e desrespeitos a esse princípio em nossa sociedade. A discriminação, a violência, a desigualdade social são exemplos de situações que vão contra a dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

A dignidade da pessoa humana é um conceito fundamental para a construção de uma sociedade justa e igualitária. Ela busca garantir que cada indivíduo seja tratado com respeito e valorização, independentemente de suas características pessoais. Reconhecer e promover a dignidade humana é essencial para a promoção dos direitos fundamentais e para o desenvolvimento pleno de cada ser humano.

Portanto, é fundamental que todos estejamos atentos e engajados na defesa desse princípio. É necessário que cada um de nós se esforce para promover a igualdade, o respeito e a valorização da vida em todas as suas formas. Somente assim poderemos construir uma sociedade verdadeiramente justa e igualitária, em que a dignidade da pessoa humana seja uma realidade para todos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 de jul. de 2023.

Dworkin, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Harvard University Press, 1977.

Rawls, John. **Uma Teoria da Justiça**. Martins Fontes, 2000.

Santos, Boaventura de Sousa. **A Gramática do Tempo: Para uma Nova Cultura Política**. Cortez Editora, 2006.

A EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DO ASPECTO MATERIAL DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA

RODRIGO LEITUGA DE CARVALHO CAVALCANTE:
Tributário. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.⁴

RESUMO- O presente trabalho possui como escopo a elucidação das interpretações jurisprudenciais do STF acerca do aspecto material da hipótese de incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS), que encontra guarida no artigo 156, III, da Constituição da República. Para o cumprimento de tal mister, foi realizada pesquisa bibliográfica e descritiva. Primeiramente, foram delimitadas as principais características da hipótese de incidência do ISS. Ato contínuo, definiu-se que o aspecto material do referido imposto consiste na prestação de serviços e não nos serviços isoladamente considerados, com o aporte de abalizados posicionamentos doutrinários sobre o tema. Em seguida, desenvolvendo o aspecto central do trabalho, foram apresentadas e fundamentadas as três fases jurisprudenciais do STF acerca do aspecto material da hipótese de incidência do ISS. Ao final, concluiu-se que, na terceira e atual fase da jurisprudência do STF, houve a retomada do conceito econômico de serviço, que se firmou no sentido de que a prestação de serviços se relaciona ao oferecimento de uma utilidade a outrem, não se resumindo a uma dicotomia entre obrigações de dar e obrigações de fazer.

PALAVRAS-CHAVE: IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS. ASPECTO MATERIAL. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição da República outorga competência aos entes federativos para a instituição e cobrança de tributos, o que é fundamental para a adequada consecução de suas finalidades e objetivos.

Com efeito, o artigo 156, III, da Carta Magna, prevê que compete aos Municípios a instituição do imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS), conforme definição em lei complementar.

Segundo leciona a doutrina especializada, a materialidade do referido imposto consiste na prestação de serviços, e não nos serviços isoladamente considerados.

⁴ E-mail: rodleituga@gmail.com

Nessa toada, impende destacar que a interpretação acerca do aspecto material da hipótese de incidência do ISS tem sido objeto de relevantes posicionamentos jurisprudenciais ao longo das últimas décadas.

Por conta disso, o presente trabalho possui o escopo de elucidar a evolução dos entendimentos do STF acerca do tema, na medida em que a cobrança do ISS é crucial para a arrecadação dos Municípios e, em última análise, para o correto exercício das competências municipais.

Para isso, foi realizada ampla pesquisa bibliográfica e descritiva acerca do tema.

2. DESENVOLVIMENTO

A competência tributária consiste no poder atribuído pela Constituição da República para que os entes federativos institua e cobrem tributos. Com efeito, a Constituição Federal de 1988 confere competências e prevê limitações para o exercício dessas competências, as quais devem obedecer às normas gerais delineadas pelo Código Tributário Nacional e demais leis complementares subsequentes, aos entes políticos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), e o fazem por meio de lei – complementar ou ordinária, a depender da matéria por ela disciplinada⁵. Dessa forma, a Constituição não cria tributos, mas sim outorga competência para que os entes federativos o façam por meio de leis próprias⁶.

Nesse sentido, o Imposto sobre Serviços de qualquer natureza (ISS) encontra guarida no artigo 156, III, da Carta Magna, cuja instituição é de competência dos Municípios, concretizada por meio da edição de lei local:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.

Assim, a CRFB/88 estabeleceu dois requisitos para ser possível a criação do ISS. Em primeiro lugar, os Municípios poderão exigir o ISS somente dos serviços não compreendidos na competência dos Estados, na forma do art. 155, II, da CRFB/88. Dessa

⁵ COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. p. 362.

⁶ ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. 13. ed. rev. atual. e ampl. – Salvador - JusPodivm, 2019. p. 253-263.

forma, os serviços têm que estar fora do âmbito de competência do ICMS, sob pena de invasão de competência tributária.

O segundo requisito é a previsão do serviço em uma lei complementar. Essa lei complementar é de caráter nacional, criada pelo Congresso Nacional, e estabelece normas gerais relativas ao ISS, trazendo uma lista de serviços anexa. Trata-se da Lei Complementar nº 116/03, que preceitua quais os serviços que são passíveis de tributação pelo ISS.

Nessa toada, é imperioso destacar que o legislador constitucional previu o aspecto material da hipótese de incidência do ISS como “serviços de qualquer natureza”. No entanto, a doutrina leciona que, na realidade, a materialidade do referido imposto consiste na prestação de serviços, e não no serviço isoladamente considerado, conforme assevera José Eduardo Soares de Melo⁷:

Não se pode considerar a incidência tributária restrita à figura de ‘serviço’, como uma atividade realizada; mas, certamente, sobre a ‘prestação do serviço’, porque esta é que tem a virtude de abranger os elementos imprescindíveis à sua configuração, ou seja, o prestador e o tomador, mediante a instauração de relação jurídica de direito privado, que irradia os naturais efeitos tributários. O tributo não incide unicamente sobre utilidade, comodidade, coisa, bem imaterial etc. A circunstância de no âmbito estadual a CF haver estipulado ‘prestações e serviços de transporte interestadual e intermunicipal, e de comunicação’ (art. 155, II – ICMS); e no âmbito municipal haver omitido o referido vocábulo (‘prestações’) – só mencionando ‘serviços de qualquer natureza’ (art. 156, III – ISS) – não significa que também não se estaria cogitando da necessidade de efetiva prestação. O DL 406/68 (art. 8º) estabeleceu que o fato gerador do ISS é a prestação desserviço previsto em lista específica. A LC 116/03 (art. 1º) repete essa materialidade, e acrescenta que a incidência ocorre, ‘ainda que os serviços não se constituam como atividade preponderante do prestador.

No mesmo sentido, cumpre trazer à baila a prestigiada doutrina de Marçal Justen Filho⁸:

7 MELO, José Eduardo Soares de. **ISS – Aspectos teóricos e práticos**. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 38

8 JUSTEN, Marçal Filho. **O imposto sobre serviços na Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

[...] a Constituição indica a prestação de serviço não enquanto mera e simples situação fática, mas como um fato jurídico. A materialidade da hipótese de incidência do ISS consiste em uma situação já juridicizada pelo ordenamento. Não é simples fato do serviço em si mesmo que está, em sua descrição ideal, inserido na materialidade da hipótese tributária: o que se tributa é a prestação do serviço como adimplemento de uma obrigação.

Assentadas tais premissas, a definição do que é “serviço” consiste em tormentosa tarefa para o intérprete. Desse modo, compete ao intérprete perquirir o conceito constitucional de serviço, definindo o aspecto material de incidência do ISS, estabelecendo critérios para que seja possível tal identificação.

Em um primeiro momento, a doutrina especializada elenca as atividades que não consistem em serviços sujeitos ao ISS, ou seja, que não integram o aspecto material do referido imposto, conforme leciona Paulo Barros de Carvalho⁹:

O conceito de prestação de serviço utilizado pela Constituição não coincide com o sentido que lhe é comumente atribuído no domínio da linguagem ordinária. Na dimensão de significado daquela frase não se incluem: a) o serviço público, tendo em vista ser ele abrangido pela imunidade (art. 150, IV, “a” da Carta Fundamental); b) o trabalho realizado para si próprio, despido que é de natureza econômica; e c) o trabalho efetuado em relação de subordinação, abrangido pelo vínculo empregatício.

Ato contínuo, destaca-se que, em que pese a Constituição preveja que compete à lei complementar a definição dos serviços tributáveis, é incontroverso que uma norma infraconstitucional não pode desbordar da base econômica prevista pela Constituição para o imposto. Em outras palavras, a lei complementar não pode prever como serviço aquilo que serviço não é. Por conta disso, o Supremo Tribunal Federal há décadas tem solucionado as controvérsias envolvendo o ISS, estabelecendo critérios para identificar o aspecto material do aludido imposto.

Nesse diapasão, é possível verificar na jurisprudência do STF a existência de três fases distintas acerca do conceito constitucional de serviço que lastreia a incidência do ISS.

Na primeira fase, que perdurou desde antes do advento da Constituição de 1988 até meados dos anos 2000, o STF adotou um conceito econômico de serviço. Por meio de

⁹ CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013

tal conceito, havia uma interpretação mais ampla de serviço, em que a Corte definiu que as atividades econômicas que guardavam correlação com o oferecimento de uma utilidade a terceiros estariam sujeitas ao ISS.

Neste sentido, o STF asseverava que, sob o prisma do direito tributário, o critério para a conceituação de serviço decorre da identificação da capacidade contributiva oriunda de determinado fato ou atividade econômica, e não da mera utilização de institutos de direito privado como “obrigações de dar ou de fazer”. Nesse sentido, cumpre trazer à baila um esclarecedor trecho do acórdão do Recurso Extraordinário nº 112.947, lavrado em junho de 1987:

Não há, porém, recepção plena de um conceito de direito privado, nem da regulação pertinente a esse direito, pois a referência a ele é feita, em direito tributário, utilitatis causa. Importa ter em consideração que são diversos os modos de tratar os mesmos institutos jurídicos e as finalidades que se têm em vista, ao considerá-los, diferem profundamente em cada uma das disciplinas. Assim, quando o direito civil regula a compra e venda, ele tem em vista os efeitos da relação jurídica e as condições de validade necessárias para a sua constituição. **Quando o direito tributário, entretanto, encara a mesma relação, ele tem o objetivo de aí encontrar um índice de capacidade econômica, ou de capacidade contributiva e, assim, considerando a operação como um fato econômico, despido de todo o formalismo e de todas as aparências, vai ali buscar ou verificar a realidade econômica subjacente, através do exame da circulação de riqueza que se operou.** (grifo nosso)

Por conta de tal entendimento, o STF admitia a cobrança de ISS sobre a locação de bens móveis, aduzindo que a atividade revela capacidade contributiva e consiste no oferecimento de uma utilidade imaterial de uso e gozo da coisa. Tal assertiva pode ser constatada no acórdão do Recurso Extraordinário nº 115.103/SP:

Embora [a locação de bem móvel] não seja locação de serviços ou fornecimento de trabalho, constitui venda de bem imaterial (serviço). Na locação de bens móveis, o objeto do contrato é a coisa (o bem móvel), jamais o fornecimento de trabalho, embora exista intimamente ligada à locação a função acessória de se manter a coisa a ser locada em estado de bem servir ao seu destino econômico. **O que existe, já dissemos, é a venda de um bem imaterial (venda do direito de uso e gozo da coisa), fato que constitui serviço.** [...] (grifo nosso)

Ato contínuo, na segunda fase acerca do conceito de serviço, o STF alterou substancialmente o seu entendimento, passando a adotar um conceito jurídico de serviço, de natureza eminentemente civilista. Assim, haveria uma dicotomia entre as obrigações de dar e as obrigações de fazer, de modo que somente as obrigações de fazer estariam sujeitas à cobrança do ISS. Tal mudança de interpretação se iniciou a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 116.121/SP, que passou a reconhecer a inconstitucionalidade da incidência de ISS sobre a locação de bens móveis, em verdadeira guinada jurisprudencial promovida pela Corte.

Com efeito, segundo o STF, o artigo 110 do CTN prevê que a lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado para definir ou limitar competências tributárias. Assim, sob a ótica do direito privado, a locação de bem móvel consistiria em uma obrigação de dar, que, por conta disso, não poderia ser tributada pelo ISS. Dito de outro modo, as obrigações de dar não se enquadrariam no conceito de serviço, cuja interpretação decorreria da análise do art. 594 do Código Civil. Dessa forma, de acordo com o voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, a cobrança de ISS sobre a locação de bem móvel implicaria em ofensa à repartição da competência tributária impositiva, pois somente compete aos Municípios a tributação de obrigações de fazer que constituam prestação de serviços:

[...] A decisão emanada do Tribunal local – que considerou juridicamente qualificável, como serviço, a locação de bens móveis, tal como relacionada nos itens constantes das Listas de Serviços referidas anteriormente – não pode subsistir, eis que, mais do que desrespeitar o que prescreve o artigo 110 do CTN, transgrediu a Lei Fundamental, que, em matéria tributária, instituiu clara e rígida repartição constitucional de competências impositivas. [...]

Desse modo, nessa segunda fase da jurisprudência, a Suprema Corte afastou o conceito econômico de serviço, passando a adotar um conceito jurídico de cunho civilista. Assim sendo, não seria possível a incidência de ISS sobre uma obrigação de dar pura e simples, ainda que tal obrigação não esteja sujeita à incidência de nenhum outro imposto. Em outras palavras, o critério central para a verificação do conceito de serviço consistia em perquirir a natureza da obrigação, que somente se consistisse em uma obrigação de fazer permitiria a tributação pelo ISS.

Posteriormente, tal entendimento do STF ensejou o veto presidencial à inserção do item “3.01 – locação de bens móveis” na Lei Complementar nº 116/2003. Ademais, em 17/02/2010, a Suprema Corte aprovou a Súmula Vinculante nº 31, que prevê que é

inconstitucional a incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISS sobre operações de locação de bens móveis.

No entanto, ainda que houvesse a adoção do conceito civilista de serviço, pairava intensa controvérsia acerca das denominadas operações mistas, que envolvem concomitantemente obrigações de dar e de fazer. À guisa de exemplo, menciona-se a locação de um guindaste (obrigação de dar) com o fornecimento de um operador para a sua utilização (obrigação de fazer).

Nesses casos, a jurisprudência do STF paulatinamente foi se consolidando pela possibilidade de cobrança do ISS nas operações mistas, sendo possível mencionar, por exemplo, o julgamento proferido no RE 602295 AgR/RJ:

EMENTA: TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA. LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS ASSOCIADA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LOCAÇÃO DE GUINDASTE E APRESENTAÇÃO DO RESPECTIVO OPERADOR. INCIDÊNCIA DO ISS SOBRE A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE A LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS. SÚMULA VINCULANTE 31. AGRAVO REGIMENTAL.

1. A Súmula Vinculante 31 não exonera a prestação de serviços concomitante à locação de bens móveis do pagamento do ISS.

2. Se houver ao mesmo tempo locação de bem móvel e prestação de serviços, o ISS incide sobre o segundo fato, sem atingir o primeiro.

3. O que a agravante poderia ter discutido, mas não o fez, é a necessidade de adequação da base de cálculo do tributo para refletir o vulto econômico da prestação de serviço, sem a inclusão dos valores relacionados à locação.

Agravo regimental ao qual se nega provimento.

Com efeito, na terceira e atual fase da jurisprudência do STF, houve um retorno gradual da Corte ao conceito econômico de serviço, que se iniciou a partir do julgamento do Recurso Extraordinário nº 547.245/SC, que reconheceu a constitucionalidade da cobrança de ISS sobre o leasing:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ISS. ARRENDAMENTO MERCANTIL. OPERAÇÃO DE LEASING FINANCEIRO. ARTIGO 156, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

O arrendamento mercantil compreende três modalidades, [i] o leasing operacional, [ii] o leasing financeiro e [iii] o chamado lease-back. No primeiro caso há locação, nos outros dois, serviço.

A lei complementar não define o que é serviço, apenas o declara, para os fins do inciso III do artigo 156 da Constituição. Não o inventa, simplesmente descobre o que é serviço para os efeitos do inciso III do artigo 156 da Constituição. No arrendamento mercantil (leasing financeiro), contrato autônomo que não é misto, o núcleo é o financiamento, não uma prestação de dar. E financiamento é serviço, sobre o qual o ISS pode incidir, resultando irrelevante a existência de uma compra nas hipóteses do leasing financeiro e do lease-back.

RE 547.245, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 2-12-2009, Plenário, DJE de 5-3-2010

No referido julgamento, a Corte Constitucional entendeu que no leasing financeiro há um contrato complexo contendo obrigações cujo caráter preponderante é o financiamento, que se consubstancia como a prestação de um serviço, integrando a materialidade do ISS e encontrando previsão expressa na LC nº 116/2003. Assim, a categorização estanque entre obrigação de dar e de fazer não constitui critério adequado para definir a incidência tributária, de modo que não se aplica a vedação constante na Súmula Vinculante nº 31. Com efeito, insta mencionar o voto proferido pelo Ministro Eros Grau, relator do caso:

Em síntese, há serviços, para os efeitos do inciso III do artigo 156 da Constituição, que, por serem de qualquer natureza, não consubstanciam típicas obrigações de fazer. Raciocínio adverso a este conduziria à afirmação de que haveria serviço apenas nas prestações de fazer, nos termos do que define o direito privado. Note-se, contudo, que afirmação como tal faz tábula rasa da expressão "de qualquer natureza", afirmada do texto da Constituição. Não me excedo em lembrar que toda atividade de dar consubstancia também um fazer e há inúmeras atividades de fazer que envolvem um dar.

Posteriormente, no Recurso Extraordinário 651.703/PR, julgado em 29/06/2016, o STF abandonou de forma expressa o conceito jurídico de serviço oriundo de uma interpretação do Código Civil, chancelando a constitucionalidade da incidência do ISS sobre a prestação de serviços pelos planos de saúde. De acordo com a Suprema Corte, a

Constituição da República contempla um pluralismo metodológico incompatível com uma interpretação exclusivamente civilista do conceito de serviço.

Dito de outro modo, não é possível interpretar a Constituição à luz do artigo 110 do CTN, o que implicaria em gravíssima subversão hermenêutica. Na realidade, é o CTN que deve ser interpretado à luz da Constituição, de modo que os conceitos constitucionais tributários não são fechados e unívocos, devendo-se recorrer também aos aportes de ciências afins para a sua interpretação, como a Ciência das Finanças, Economia e Contabilidade.

Assim, de acordo com o STF, o artigo 156, III, da CRFB/88, ao referir-se a serviços de qualquer natureza, não restringiu o conceito às obrigações de fazer, o que viola a amplitude semântica do termo adotado pela Constituição, que é corroborada pela expressão “de qualquer natureza”. Com efeito, os artigos 146, III, “a” e 146, I, “a”, da Carta Magna, reforçam que a lei complementar é o veículo normativo apto a definir o conceito de serviços de qualquer natureza, o que é efetuado por meio da Lei Complementar nº 116/2003. Nesse sentido, impende mencionar a abalizada doutrina de Gustavo da Gama acerca do tema¹⁰:

A nosso ver, o processo de definição precisa começar pelo exame da solução oferecida pela lei complementar, instrumento eleito pela CF para “demarcação das fronteiras” de cada um dos impostos mencionados na CF. É evidente que a solução oferecida pela lei complementar não pode ser soberana, insindicável à apreciação da jurisdição constitucional. Todavia, a superação do critério adotado pela lei complementar deve exigir ônus argumentativo reforçado, capaz de comprovar o manifesto descompasso do critério adotado pelo Legislador e a materialidade econômica indicada na CF

Nessa linha de raciocínio, a doutrina especializada igualmente ressalta que a expressão “de qualquer natureza” reforça o conceito econômico de serviço, que visa tributar as atividades e fatos econômicos que, integrando o aspecto material do ISS, revelam capacidade contributiva¹¹:

¹⁰ OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. **Federalismo fiscal, jurisdição constitucional e conflitos de competência em matéria tributária: o papel da lei complementar**. In: Marcus Lívio Gomes; Andrei Pitten Velloso. (Org.). Sistema constitucional tributário: dos fundamentos teóricos aos hard cases tributários. Estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 199-200

¹¹ MACEDO, Alberto. **ISS - O Conceito Econômico de Serviços Já Foi Juridicizado Há Tempos Também pelo Direito Privado**. In: XII Congresso Nacional de Estudos Tributários - Direito Tributário e os Novos Horizontes do Processo. MACEDO, Alberto [et all]. - São Paulo: Editora Noeses, 2015, p. 71/79

Essa adjetivação “de qualquer natureza”, aliás, faz muito mais sentido quando se entende que o constituinte incorporou o conceito econômico de serviços. Isso porque, diferentemente do conceito de serviços no Direito Civil (e não no Direito Privado como um todo) – que não demanda maiores exercícios interpretativos, por ser facilmente apreensível (embora dificilmente aplicável numa série de atividades econômicas) –, o conceito de serviços na Economia, de maneira distinta, já apresenta, de pronto, uma vagueza semântica caracterizada pelo conjunto de atividades econômicas que não consubstanciam, como produtos, bens materiais. Tal vagueza, ao ser acompanhada da expressão “de qualquer natureza”, denota que é tributável pelo ISS toda a residualidade desse conceito no universo da atividade econômica, depois de afastados os serviços de comunicação e de transporte interestadual ou intermunicipal, tributáveis pelo ICMS; os serviços financeiros, tributáveis pelo IOF.

Por conseguinte, o STF asseverou expressamente que o conceito de prestação de serviços não tem por premissa a configuração dada pelo Direito Civil, sendo relacionado ao oferecimento de uma utilidade para outrem, a partir de um conjunto de atividades materiais ou imateriais, prestadas com habitualidade e intuito de lucro, podendo estar conjugada ou não com a entrega de bens ao tomador.

Após o julgamento acerca dos planos de saúde, a novel tese jurídica exarada pelo STF tem lastreado diversos julgamentos que cancelaram a constitucionalidade da cobrança de ISS sobre determinados serviços.

No julgamento do RE 603.136/RJ, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, a Suprema Corte chancelou a constitucionalidade da cobrança do ISS em contratos de franquia, reconhecendo que, além de previsão expressa no item 17.08 da LC nº 116/2003, há inegável prestação de serviço, que não desborda do conceito constitucional do imposto:

A cobrança de ISS sobre os contratos de franquia empresarial (franchising) já vem de longa data no Brasil, mesmo antes da edição da Lei Complementar 116/2003, que incluiu expressamente essa atividade na lista de serviços passíveis de cobrança pelo imposto (item 17.08).

(...)

Delineado esse quadro, a mim me parece que a velha distinção entre as ditas obrigações de dar e de fazer não funciona como critério suficiente para definir o enquadramento do contrato de franquia no conceito de “serviço de qualquer natureza”, previsto no texto constitucional. Digo isso porque, para mim, está mais do que evidente que esta tal estrutura negocial inclui tanto prestações de “dar” como prestações de “fazer”. A rigor, nem mesmo entre os civilistas a distinção entre essas duas situações – obrigações de dar e de fazer – é posta sempre com tal clareza.

(...)

O contrato de franquia inclui, sim, uma prestação de serviço passível de sofrer incidência do imposto municipal. Há, nesse liame contratual, inegável aplicação de esforço humano destinado a gerar utilidade em favor de outrem (o franqueado). O vínculo contratual, nesse caso, não se limita a uma mera obrigação de dar, nem à mera obrigação de fazer.

(...)

Enfim, por todas essas razões, estou convencido de que não viola o texto constitucional nem destoa da orientação atual desta Corte a cobrança de ISS sobre os contratos de franquia (franchising). Reitere-se que os contratos de franquia são de caráter mistos ou híbridos, o que engloba tanto obrigações de dar quanto de fazer. Em sendo assim, o caso é de reafirmar a jurisprudência desta Corte, no sentido da incidência do ISS, conforme já decidido em sede de repercussão geral tanto no RE 651.703, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 26.4.2017, quanto no RE 592.905, Rel. Ministro Eros Grau, DJe 5.3.2010.

Assim, proponho a seguinte tese de repercussão geral: “É constitucional a incidência de Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISS) sobre contratos de franquia (franchising) (itens 10.04 e 17.08 da lista de serviços prevista no Anexo da Lei Complementar 116/2003).”

RE 603136, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 29/05/2020, DJe-149 DIVULG 15-06-2020 PUBLIC 16-06-2020

Já no julgamento do RE 634.764/RJ, o Pretório Excelso asseverou que é constitucional a incidência de ISS sobre serviços de distribuição e venda de bilhetes e demais produtos de loteria, bingos, cartões, pules ou cupons de apostas, sorteios e prêmios (item 19 da Lista de Serviços Anexa à Lei Complementar 116/2003), reconhecendo o seu enquadramento no conceito de prestação de serviço, pois se trata de uma atividade humana prestada com finalidade econômica, sendo inegável a existência de um trabalho (esforço humano) prestado em favor de terceiro.

Por sua vez, em emblemático julgamento referente à tributação da denominada economia digital, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIs 5659 e 1945, reconheceu que incide apenas o ISS, e não ICMS, nas operações envolvendo o fornecimento de programas de computador mediante contrato de licenciamento ou cessão do direito de uso, tanto para os “softwares” padronizados quanto para aqueles produzidos por encomenda e independentemente do meio utilizado para a transferência, seja por meio de “download” ou por acesso em nuvem.

Nesse precedente, o STF assentou que, mesmo no licenciamento de software personalizado, é devida a cobrança do ISS, consoante se verifica na elucidativa ementa do julgado, que sintetiza o entendimento da Suprema Corte:

Ação direta de inconstitucionalidade. Direito Tributário. Lei nº 6.763/75-MG e Lei Complementar Federal nº 87/96. Operações com programa de computador (software). Critério objetivo. Subitem 1.05 da lista anexa à LC nº 116/03. Incidência do ISS. Aquisição por meio físico ou por meio eletrônico (download, streaming etc). Distinção entre software sob encomenda ou padronizado. Irrelevância. Contrato de licenciamento de uso de programas de computador. **Relevância do trabalho humano desenvolvido. Contrato complexo ou híbrido. Dicotomia entre obrigação de dar e obrigação de fazer. Insuficiência.** Modulação dos efeitos da decisão.

1. A tradicional distinção entre software de prateleira (padronizado) e por encomenda (personalizado) não é mais suficiente para a definição da competência para a tributação dos negócios jurídicos que envolvam programas de computador em suas diversas modalidades. Diversos precedentes da Corte têm superado a velha dicotomia entre obrigação de fazer e obrigação de dar, notadamente nos contratos tidos por complexos (v.g. leasing financeiro, contratos de franquia).

2. **A Corte tem tradicionalmente resolvido as indefinições entre ISS e do ICMS com base em critério objetivo: incide apenas o primeiro se o serviço está definido por lei complementar como tributável por tal imposto, ainda que sua prestação envolva a utilização ou o fornecimento de bens, ressalvadas as exceções previstas na lei; ou incide apenas o segundo se a operação de circulação de mercadorias envolver serviço não definido por aquela lei complementar.**

3. **O legislador complementar, amparado especialmente nos arts. 146, I, e 156, III, da Constituição Federal, buscou dirimir conflitos de competência em matéria tributária envolvendo softwares.** E o fez não se valendo daquele critério que a Corte vinha adotando. Ele elencou, no subitem 1.05 da lista de serviços tributáveis pelo ISS anexa à LC nº 116/03, o licenciamento e a cessão de direito de uso de programas de computação. É certo, ademais, que, conforme a Lei nº 9.609/98, o uso de programa de computador no País é objeto de contrato de licença.

4. **Associa-se a esse critério objetivo a noção de que software é produto do engenho humano, é criação intelectual. Ou seja, faz-se imprescindível a existência de esforço humano direcionado para a construção de um programa de computador (obrigação de fazer),** não podendo isso ser desconsiderado em qualquer tipo de software. A obrigação de fazer também se encontra presente nos demais serviços prestados ao usuário, como, v.g., o help desk e a disponibilização de manuais, atualizações e outras funcionalidades previstas no contrato de licenciamento. (grifos nossos)

(...)

ADI 1945, Relatora: Cármen Lúcia, Relator p/ Acórdão: Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2021, DJe-096 DIVULG 19-05-2021 PUBLIC 20-05-2021

Posteriormente, em 08/03/2022, o STF asseverou que a inserção de textos, desenhos e outros materiais de propaganda e publicidade é passível de tributação por ISS (e não ICMS), fixando a seguinte tese:

É constitucional o subitem 17.25 da lista anexa à LC nº 116/03, incluído pela LC nº 157/16, no que propicia a incidência do ISS,

afastando a do ICMS, sobre a prestação de serviço de inserção de textos, desenhos e outros materiais de propaganda e publicidade em qualquer meio (exceto em livros, jornais, periódicos e nas modalidades de serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita).

STF. Plenário. ADI 6034/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 8/3/2022

Mais recentemente, em 22/02/2023, no julgamento da ADI 5869/DF, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, a Suprema Corte assentou que é constitucional a incidência de ISS sobre a cessão de direito de uso de espaços em cemitérios para sepultamento.

Nesse julgamento, a tese contrária à cobrança do ISS sustentava que a cessão do direito de uso de não envolveria obrigação de fazer – requisito que supostamente seria fundamental para se configurar serviço – mas somente a obrigação de disponibilizar o espaço cedido. Essa posição encontra fundamento na clássica divisão entre obrigação de dar e de fazer para fins de delimitação da competência tributária entre ICMS e ISS, e é refletida, entre outros precedentes, na Súmula Vinculante nº 31, segundo a qual “É inconstitucional a incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISS sobre operações de locação de bens móveis.”

No entanto, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que, além da previsão expressa no subitem 25.05 da LC nº 116/2003, a cessão de uso abarca também a custódia e a conservação dos restos mortais, as quais indubitavelmente se enquadram no conceito tradicional de serviços, não desbordando do figurino constitucional delineado para a cobrança do ISS.

Assim, deve ser observado o critério objetivo da previsão expressa em lei complementar, conforme previsão tanto do art. 156, inciso III, quanto do art. 146, I, ambos da Carta Magna. Nesse sentido, cumpre trazer à baile os principais trechos do voto do relator, que foi seguido por unanimidade pelos demais Ministros:

Vale dizer, a previsão de incidência do ISS sobre “cessão de uso de espaços em cemitérios para sepultamento” não pode ser reduzida a uma mera obrigação de dar, no sentido de locação do espaço físico pura e simples, a atrair a ratio decidendi da Súmula Vinculante nº 31. **Isso porque tal atividade abarca também a custódia e a conservação dos restos mortais, as quais indubitavelmente se enquadram no conceito tradicional de serviços.** (...)

Passar-se-ia, então, a adotar o entendimento da primazia da lista de serviços, isto é, seria considerado serviço aquilo que estivesse previsto em lei complementar, conforme previsão tanto do art. 156, inciso III, quanto do art. 146, I, ambos do texto constitucional.

A exemplo, considera-se a ADI 6034, de Relatoria do Min. Dias Toffoli, mediante a qual foi questionada a cobrança do ISS sobre “inserção de textos, desenhos e outros materiais de propaganda e publicidade, em qualquer meio (exceto em livros, jornais, periódicos e nas modalidades de serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens de recepção livre e gratuita).”

Na oportunidade, o Min. Relator versou sobre critérios para a resolução de ambiguidades entre o ISS e o ICMS. **Asseverou o Min. Toffoli que, nos casos em que a atividade consistente na “obrigação de fazer” conste na lista anexa da Lei Complementar nº 116/03, nada obstante a “obrigação de dar”, deve ser adotado critério objetivo, segundo o qual há incidência do ISS. (...)**

Portanto, a jurisprudência desta Suprema Corte parece caminhar no sentido de definitivamente superar a divisão entre obrigação de dar e de fazer para fins de definição de qual tributo incidirá, se ISS ou ICMS, partindo para uma posição que confere primazia ao definido em lei complementar.

O caso concreto, contudo, não exige que formalmente revisemos a Súmula Vinculante nº 31, eis que estamos diante de obrigações mistas, as quais, conforme inúmeros precedentes desta Suprema Corte, encontram-se sujeitas ao ISS, desde que previstas em lei complementar. (...) (grifos nossos)

ADI 5869, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 22/02/2023, DJe-s/n DIVULG 01-03-2023 PUBLIC 02-03-2023

Ante o exposto, conclui-se que na terceira e atual fase da jurisprudência do STF acerca do aspecto material da hipótese de incidência do ISS, houve a retomada do conceito econômico de serviço, que se firmou no sentido de que a prestação de serviços se relaciona ao oferecimento de uma utilidade a outrem, não se resumindo a uma dicotomia entre obrigação de dar e obrigação de fazer.

3. CONCLUSÃO

Ao longo das últimas décadas, o STF tem se debruçado acerca da adequada interpretação acerca do aspecto material da hipótese de incidência do ISS, o que é relevantíssimo para os Municípios, na medida em que o referido imposto gera, como regra, a maior arrecadação entre os impostos municipais.

Neste sentido, o presente trabalho abordou a evolução jurisprudencial acerca do tema, apresentando os posicionamentos doutrinários pertinentes que possibilitam aclarar a questão. Assim, verificou-se que há três principais marcos jurisprudenciais no âmbito do STF acerca da conceituação de serviços na Constituição da República.

Em um primeiro momento, o STF adotava o conceito econômico de serviços, em uma posição ampla que visava a inclusão de atividades econômicas à incidência do ISS, evitando que determinados serviços permanecessem infensos à tributação.

Ato contínuo, a partir dos anos 2000, o STF promoveu uma alteração em sua vetusta interpretação, passando a adotar um conceito jurídico de serviço, de natureza eminentemente civilista, de modo que somente as obrigações de fazer estariam sujeitas ao ISS, ao contrário das obrigações de dar. A partir de tal entendimento, houve a edição da Súmula Vinculante nº 31, que excluiu a locação de bens móveis do campo de incidência do referido imposto.

Por derradeiro, na terceira e atual fase da jurisprudência, o STF retomou o conceito econômico de serviços, de modo que a prestação de serviços passou a se consubstanciar como o oferecimento de uma utilidade para outrem, a partir de um conjunto de atividades materiais ou imateriais, prestadas com habitualidade e intuito de lucro, podendo estar conjugada ou não com a entrega de bens ao tomador.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário**. 13. ed. rev. atual. e ampl. – Salvador - JusPodivm, 2019.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

JUSTEN, Marçal Filho. O imposto sobre serviços na Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

MACEDO, Alberto. **ISS - O Conceito Econômico de Serviços Já Foi Juridicizado Há Tempos Também pelo Direito Privado.** In: XII Congresso Nacional de Estudos Tributários - Direito Tributário e os Novos Horizontes do Processo. MACEDO, Alberto [et al]. - São Paulo: Editora Noeses, 2015.

MELO, José Eduardo Soares de. **ISS – Aspectos teóricos e práticos.** 5. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. **Federalismo fiscal, jurisdição constitucional e conflitos de competência em matéria tributária: o papel da lei complementar.** In: Marcus Lívio Gomes; Andrei Pitten Velloso. (Org.). Sistema constitucional tributário: dos fundamentos teóricos aos hard cases tributários. Estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

A EUTANÁSIA PELA ÓTICA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

CINTHIA DE OLIVEIRA FERNANDES:

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário da Grande Dourados. Pós-graduada em Direitos Humanos pela Faculdade CERS. Assessora jurídica na Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul¹².

RESUMO: O presente artigo aborda a questão da despenalização da eutanásia ativa e passiva como garantia ao princípio da dignidade da pessoa humana. A vida, nos seus mais diversos aspectos, sempre é tema de discussões, mas e a morte? Para muitos é um tabu, afinal, dizem que se atrai o que se fala e por isso esse assunto é postergado até ser esquecido. A eutanásia é uma prática altruística que visa propiciar a determinadas pessoas acometidas de doença grave, incurável e em estado terminal uma morte digna e indolor. O impasse presente entre direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana quando se pretende positivizar essa prática no ordenamento jurídico brasileiro traz à tona uma série de argumentos – mais contra do que a favor, que acabam por negar a aplicabilidade deste instituto. O presente trabalho indica que a eutanásia não pode ser ignorada pelo legislador, e que a garantia a uma morte digna não é contrária ao direito à vida.

Palavras-chaves: Morte; Dignidade; Eutanásia.

ABSTRACT: The decriminalization of active and passive euthanasia as a guarantee of the principle of human dignity. Life in its most diverse aspects is always the subject of discussions, but what about death? For many it is a taboo, after all, they say that what is said is attracted and therefore this subject is postponed until it is forgotten. Euthanasia is an altruistic practice that aims to provide certain people suffering from serious, incurable and terminal illness with a dignified and painless death. The current impasse between fundamental rights and the principle of human dignity when it is intended to make this practice positive in the Brazilian legal system brings up a series of arguments – more against than in favor, which end up denying the applicability of this institute. The present work indicates that euthanasia cannot be ignored by the legislator, and that the guarantee of a dignified death is not contrary to the right to life.

Keywords: Death; Dignity; Euthanasia.

¹² E-mail: cinthia_fernandes@msn.com

INTRODUÇÃO

Em um verso da música “Do outro lado do rádio”, famosa na voz do cantor Daniel, é dito que: “A vida, mesmo que às vezes sofrida, é tão curta e tão bonita pra não ser vivida”. Mas e se viver traz consigo sofrimento insuportável ocasionado por uma doença sem chance de reversão que prevê a morte como certa e iminente? E se viver significa apenas o prolongamento quantitativo das funções vitais por meio de aparelhos médicos ultramodernos?

A ciência e a medicina avançam a cada dia, no entanto, não há cura ou tratamento medicamentoso e cirúrgico para algumas patologias, e com isso, uma questão ética, jurídica, biológica, religiosa, emana nesse impasse entre a vida e a dor.

A eutanásia é uma palavra de origem grega e significa “boa morte”. Consiste em dar uma morte indolor e sem sofrimento a pacientes em estado terminativo, ou cuja recuperação não é possível ante a inexistência de medicamentos, tratamentos ou cirurgias capazes de restabelecer a saúde, tornando a vida excessivamente dolorosa, física e mentalmente.

Muito mais que um fenômeno social, a eutanásia engloba fatores culturais, religiosos, políticos, ideológicos, filosóficos, dentre outros. O falecimento é algo inexorável, e postergar ou evitar o debate é tão grave quanto permitir o sofrimento de outrem.

A discussão jurídica em projetos de lei desta temática no Brasil é polêmica e possui pouco mais de duas décadas, e, em face as mais variadas e divergentes opiniões, não se chegou ainda a um consenso para a permissão de sua prática.

Por se tratar de um assunto inerente a todos os membros da sociedade, as decisões sobre ele por assim tomadas devem pautar pelo equilíbrio entre o conflito gerado entre direitos fundamentais (direito à vida e à autonomia da vontade) e um fundamento que deve orientar toda a República Federativa do Brasil (dignidade da pessoa humana).

O estudo abordado é de extrema relevância e foi escolhido em virtude de uma série de filmes e reportagens jornalísticas veiculadas na televisão, livros e outras obras que retratam a vida e os sentimentos de indivíduos que enxergam na morte *eutanástica* a melhor solução para o seu problema.

Em termos teóricos o trabalho se baseou em DINIZ (2001), BARROSO (2013) e PESSINI (2004), tendo como resultado uma ampla pesquisa baseada no surgimento da eutanásia e sua evolução no mundo. Abordando, inicialmente, os conceitos de vida e morte. Adiante, acerca da eutanásia, aponta-se sua definição, evolução histórica, modalidades, institutos correlatos, posituação da eutanásia no mundo, e principalmente como os princípios da dignidade humana e da autonomia da vontade atuam neste cenário.

Ademais, destacam-se os projetos de lei sobre a eutanásia e os motivos que devem ser levados em consideração para sua despenalização, motivação que consistiu na parte principal desse trabalho, trazendo à luz os principais projetos de lei que buscou abarcar a eutanásia no Brasil e ao final uma das justificativas para a sua despenalização.

1 O SURGIMENTO DA EUTANÁSIA

Inicialmente cabe adentrar na conceituação da acepção jurídica de vida e morte, antes de abordar a Eutanásia e sua evolução, para que se possa ter um entendimento amplo do tema.

1.1 A vida

O direito à vida é considerado por muitos estudiosos como o mais importante de todos os direitos, visto que para exercer a grande maioria deles é necessário estar vivo. A vigente Constituição Federal de 1988 prevê tal direito no artigo 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 [...]”

O parágrafo 4º, inciso IV, do artigo n. 60, da Constituição Federal, assinala que os direitos e garantias individuais fundamentais (previstos nos 78 incisos do artigo 5º) não serão passíveis de propostas de emenda que tendem a aboli-los, tendo então, recebido o tratamento de cláusula pétrea.

O decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, assinado pelo então Vice Presidente da República, à época Itamar Franco, determinou no seu artigo 1º que as disposições previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) deverão ser cumpridas inteiramente no território nacional. O artigo 4º da declaração assim infere:

Artigo 4. Direito à vida

1.Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

Destaca-se ainda a doutrina de Uadi Lâmeggo Bulos, que aduz:

Os direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e atributos inerentes à soberania popular que

garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária independente do credo, raça, origem, por condição econômica ou status social.

O douto escritor indica que são características de todos os direitos fundamentais a universalidade, a cumulatividade, a irrenunciabilidade, a inalienabilidade, a imprescritibilidade e a relatividade.

O marco inicial exato do início da vida humana não foi abordado pelo Magno Texto Federal, ficando a cargo da legislação infraconstitucional, da doutrina e da jurisprudência buscar a resposta para esse acontecimento.

No julgamento da ADI n. 3510/2008 perante o Supremo Tribunal Federal – a mais alta corte de justiça do país, em que se tratava de pesquisas em células troncos embrionárias, o então Ministro Relator Carlos Ayres Britto proferiu que: *“não se nega que o início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozoide masculino”*.

Nesse sentido caminha o Código Civil, que em seu artigo 2º prevê: *“A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”* Logo, não se exige então a vida extrauterina (fora do útero), ou o nascimento com vida para que se tenha a proteção aos direitos do nascituro.

Quanto à absolutividade do direito à vida, a doutrina é divergente. A professora Maria de Fátima Freire de Sá preleciona que:

Em se tratando do direito à vida, enquanto direito da personalidade, podemos afirmar ser ele um direito absoluto, tão somente por que é oponível erga omnes. A inviolabilidade do direito à vida, garantido pela Constituição da República, implica na proteção da vida contra arbitrariedades de terceiros, porém, não impede a construção da personalidade pelo seu titular.

No entanto, o próprio estado impõe, através de seus regramentos, situações em que a vida pode ser sacrificada. No Brasil, por exemplo, ao mesmo em tempo que a vida é um direito fundamental (artigo 5º, caput da CF), há a previsão de que poderá haver pena de morte em caso de guerra declarada (artigo 5º, inciso XLVII, alínea ‘a’ da CF), porém é indiscutível que é uma rara exceção.

1.2 A morte

A morte é uma das poucas certezas universais. Todo ser humano será acometido dela, mais cedo ou mais tarde. Entretanto, além de pouco discutida, ela ainda é tratada

como um tabu. Nesse sentido, com razão assinala Blaise Pascal (1622-1663): “os homens, por não terem podido encontrar um remédio para a morte, houveram por bem não pensar nela.”

Determinar a ocorrência da morte é de suma importância, porque a partir dela decorrem várias consequências jurídicas: abertura da sucessão, retirada de órgãos para doação, extinção de contratos personalíssimos, etc.

O Código Civil Brasileiro infere no seu artigo 6º que “a existência da pessoa natural termina com a morte [...]”. Entretanto, o referido código não indica qual espécie de morte de que se refere. A doutrina de Flávio Tartuce expõe:

A lei exige, dessa forma, a morte cerebral (morte real), ou seja, que o cérebro da pessoa pare de funcionar. Isso consta, inclusive, do art. 3º da Lei 9.434/1997, que trata da morte para fins de remoção de órgãos para transplante.

São sábias as palavras escritas sobre a morte por Igor Vinícius Rezende do Amaral em artigo publicado pela Revista *Juris in Mente*, abaixo transcritas:

Constata-se, portanto, que a morte, como algo que põe fim a tudo, que rejeita a possibilidade de qualquer outro acontecimento posterior ao seu, é algo que assombra o homem moderno. Ao passo que este vive ensandecido, amante dos prazeres efêmeros que a vida lhe pode proporcionar, fica desnorteado ao mensurar que não mais gozará de qualquer maior deleite terrenal se vier a se encontrar com a morte.

Assim, a morte segue sendo indiretamente temida pelo homem médio, que procura evitar tratá-la com mais profundidade, fazendo com que inexistam discussões acerca de se obter direitos sobre a própria morte do indivíduo, e fazendo com que se torne invisível o princípio da autonomia da vontade, nos casos em que a morte seria deveras melhor para quem está sofrendo por alguma doença terminal, deixando a pessoa por vezes extremamente fragilizada em seus últimos momentos de vida.

1.3 Eutanásia

Derivada do vernáculo grego euthanatos – eu (bom) e thanatos (morte), a palavra eutanásia significa boa morte, morte tranquila, morte fácil e sem dor. A maioria das obras pertinentes atribui o termo ao filósofo inglês Francis Bacon, sendo quem primeiro utilizou o termo, em 1623, na sua obra “*Historia vitae et mortis*”. Nas palavras de Bacon:

O ofício do médico não é somente restaurar a saúde, mas também mitigar as dores e tormentos das enfermidades; e não somente quando tal mitigação da dor (...) ajuda e conduz à recuperação, mas também quando, esvaindo-se toda esperança de recuperação, serve somente para conseguir uma saída da vida mais fácil e equitativa. Em nossos tempos, os médicos fazem questão de escrúpulo e religião estar junto ao paciente quando ele está morrendo (...); devem adquirir habilidades e prestar atenção em como o moribundo pode deixar a vida mais fácil e silenciosamente.

São diversos os posicionamentos e significados que os autores atribuem à eutanásia. Nos dizeres de Fernando Gorriti, seria a eutanásia:

“a faculdade de dar morte sem sofrimentos aos pacientes com doença incurável de evolução fatal e que estejam sofrendo dores físicas intoleráveis e persistentes, incapazes de serem atenuadas por instrumentos médicos.”

Há que se ter cuidado com a definição de eutanásia, eis que cada grupo a par de suas ideologias morais-ético-político-religiosas, podem atribuir diferentes conotações a este instituto. A título de exemplo, sob o aspecto nazista, tal instituto adquiriu traços de eugenia: *“eutanásia foi apenas um eufemismo para um programa clandestino de assassinato de deficientes físicos e mentais que viviam em instituições de saúde na Alemanha e nos territórios a ela anexados”*. Tem-se aqui um desvirtuamento do sentido literal da palavra, tratando-se claramente de homicídio, em que se sacrificavam os que eram julgados inferiores.

A concepção atual de eutanásia é fortemente influenciada pelo caráter humanístico e piedoso, em relação a doentes com enfermidades incuráveis, em fase terminal e com excessivo sofrimento físico ou emocional, e a seu prévio requerimento.

Todos os requisitos são cumulativos. É importantíssimo ressaltar que a ausência de qualquer um dos requisitos já não configura a eutanásia, podendo se falar em homicídio privilegiado, simples ou qualificado, a depender das circunstâncias fáticas.

Um dos exemplos mais famosos em que foi utilizada a eutanásia que os escritores discorrem é o de Sigmund Freud (1856-1939), considerado por muitos como o pai da psicanálise. Aos 83 anos, Freud já sofria de câncer no maxilar havia 16 anos e foi submetido ao todo, a 33 operações diversas, e suas dores não lhe eram mais suportáveis. Certo dia, conversou com o médico e amigo que lhe tratava há muitos anos, Max Schur, e lhe disse: *“Agora minha vida não passa de permanente tortura. Essa tortura não tem mais sentido”*. Pouco tempo depois, o médico confessou que lhe injetara dois centigramas de morfina, e

reaplicou a dose após doze horas, e Freud caiu em coma e posteriormente faleceu, junto com sua dor.

1.3.1. Espécies de Eutanásia

De acordo com os estudiosos do assunto, a eutanásia possui diversas espécies, dentre elas a ativa, passiva e a duplo-efeito.

Na modalidade ativa ou positiva: *“trata-se de uma ação médica pela qual se põe fim a vida de uma pessoa enferma, através do pedido do paciente ou a sua revelia”*. Um exemplo clássico é o da aplicação de uma injeção de algum fármaco letal que leva o paciente a óbito em poucos minutos, de modo indolor.

Já a eutanásia passiva, ou ortotanásia (do grego - *orthos*: normal, natural e *thanatos*: morte), exige uma omissão do profissional, que, a pedido livre e consciente do paciente ou de seus familiares, deixa de usar alguma terapia médica ou meios artificiais que teriam apenas a função de prolongar a vida do paciente terminal, baseado na inviabilidade física, psicológica ou econômica. Logo, percebe-se que nesta hipótese não há interferência para que a morte aconteça mais depressa, e nem que ele seja postergada, e sim que ela ocorra no seu momento natural.

A Resolução n. 1.805/2006 emitida pelo Conselho Federal de Medicina autorizou a ortotánasia no Brasil:

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal.

Entretanto, o Ministério Público Federal, por meio de Ação Civil Pública, solicitou a declaração de nulidade da referida Resolução em 2007, e teve deferido seu pleito liminarmente. Por 03 anos a Resolução não teve aplicabilidade, quando em 2010, o juiz Roberto Luis Luchi Demo, pela 14ª Vara da Justiça Federal, sediada em Brasília, emitiu sentença onde considerou improcedente o pedido do Ministério Público Federal. Na sentença, o magistrado ponderou que:

A resolução, que regulamenta a possibilidade de o médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do

doente na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis, realmente não ofende o ordenamento jurídico posto.

O Código Penal Brasileiro em seu artigo 135 tipifica o crime de omissão de socorro, e este não pode ser confundido com a eutanásia passiva. Conforme os ensinamentos da professora Maria Helena Diniz, a distinção reside no fato de que: *“Na omissão de socorro o agente deixa de prestar assistência quando é possível fazê-lo. Na suspensão do tratamento, deixa-se de usar aparelho que prolonga a vida sem condição de reversão.”*

Há também a chamada eutanásia duplo-efeito, que geralmente é vista em pacientes acometidos de dores intensas e frequentes, onde lhes são aplicadas doses de morfina ou outras drogas capazes de promover o alívio, por vezes gerando até a perda da consciência. Tem-se como efeito negativo dessa medida a possibilidade de o paciente vir a falecer em virtude da medicação ofertada. Salienta-se que este mal previsível não teria sido diretamente almejado pelo aplicador para sua configuração.

1.3.1.1 Distanásia

A distanásia, obstinação terapêutica ou futilidade médica, consiste no uso desenfreado de modernos e sofisticados aparatos tecnológicos a fim de estender inutilmente o processo de morte, que se mostra inevitável. Os tratamentos oferecidos, quase sempre dolorosos, não trazem benefício algum para o paciente, ao contrário, acarretam ainda mais agonia e sofrimento.

Por vezes os tratamentos experimentados tem seu foco direcionado na tecnociência aplicada, e não na pessoa que padece. O Conselho Federal de Medicina reprova a distanásia, pois deixa-se de lado o bem-estar do paciente e parte-se numa busca desenfreada pela cura de uma enfermidade.

1.3.1.1.1 Mistanásia

A mistanásia, morte infeliz ou eutanásia social, é morte que ocorre fora e antes de seu tempo. Leonardo Martin tece as seguintes considerações sobre a mistanásia:

Dentro da grande categoria de mistanásia quero focalizar três situações: primeiro, a grande massa de doentes e deficientes que, por motivos políticos, sociais e econômicos, não chegam a ser pacientes, pois não conseguem ingressar efetivamente no sistema de atendimento médico; segundo os doentes que conseguem ser pacientes para, em seguida, se tornar vítimas de erro médico e, terceiro, os pacientes que acabam sendo vítimas de má-prática por motivos econômicos, científicos ou sociopolíticos. A mistanásia é

uma categoria que nos permite levar a sério o fenômeno da maldade humana.

Com forte incidência principalmente em países subdesenvolvidos, a mistanásia é destaque quase que diariamente nos mais diversos meios jornalísticos brasileiros, em razão de que o SUS – Sistema Único de Saúde, não consegue atender a grande demanda de pacientes que abarrotam os corredores e salas de espera dos hospitais e postos de saúde pelo país.

Parte dos escritores abordam dentro da mistanásia a eutanásia neonatal, quando se referem às crianças que nascem com problemas congênitos e que o tratamento teria custos exorbitantes além de possivelmente serem marginalizados pela sociedade. Argumenta-se nestes casos, que os recursos deveriam ser destinados àqueles que possuem mais chance de sobreviver e tornar-se produtivo para a comunidade. Ou seja, o valor de uma vida seria baseado no custo-benefício a ser observado futuramente.

No ano de 2016, no estado de Mato Grosso, cerca de quarenta e sete pessoas morreram aguardando decisões liminares em processos judiciais para serem atendidas na saúde pública. Ou seja, a morosidade do poder judiciário pode contribuir indiretamente para o aumento dos casos de mistanásia.

1.3.1.1.2 Suicídio assistido

O suicídio assistido é verificado na *“hipótese em que a morte advém de ato praticado pelo próprio paciente, orientado ou auxiliado por terceiro ou por médico.”* Assim, por exemplo, o médico prescreve a combinação de medicamentos que deve ser ingerido, mas é o paciente que deve consumi-los por seus próprios meios.

A Holanda foi a pioneira na descriminalização do suicídio assistido, em abril de 2002. O direito à assistência não é absoluto, cada país impõe suas condições. Algumas das condições é que não pode ser por motivo egoístico e o solicitante deve residir permanente no país, a exceção fica por conta da Suíça, único lugar no mundo onde um estrangeiro pode optar pelo suicídio assistido.

Atualmente, além da Holanda e Suíça, o suicídio assistido é permitido nos seguintes locais: Bélgica, Luxemburgo, Canadá, Estados Unidos (Oregon, Washington, Vermont, Califórnia).

O suicídio assistido é considerado crime no Brasil, encaixando-se no tipo penal previsto no artigo n. 122 do Código Penal:

Induzimento, instigação ou auxílio a suicídio

Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça:

Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave. Parágrafo único - A pena é duplicada:

Aumento de pena

I - se o crime é praticado por motivo egoístico;

II - se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.

Dessa maneira, a depender das circunstâncias no caso concreto, o suicídio assistido pode ter aplicação de três espécies penais.

1.4 A Eutanásia no Brasil

O Código Penal Brasileiro não prevê especificamente o crime de eutanásia. De acordo com os acontecimentos, *“esta pode se encaixar na previsão de homicídio, do auxílio ao suicídio, ou pode ser atípica.”*

Se, após verificado, tratar da prática da eutanásia no seu sentido atual, mesmo que praticada por um médico, será punida a título de homicídio privilegiado e aplicada a causa de diminuição de pena prevista no § 1º do artigo 121 do CP:

Homicídio simples

Art. 121. Matar alguém:

Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

Caso de diminuição de pena

§ 1º Se o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

O induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio também é punido pelo Código Penal:

Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

Desta maneira, também é repreendida a participação material, quando se oferece ou facilita que a vítima venha a retirar a própria vida. Assim, se um médico, sabendo das intenções da pessoa, assina uma receita para que ela adquira barbitúricos e cometa o suicídio, vindo a ocorrer, incorrerá nas penas do auxílio ao suicídio.

2. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

2.1 Definição de princípio

É corriqueiro que se utilize “princípio” e “valor” como sinônimos, entretanto, ambas possuem significados diferentes e é essencial tal distinção no estudo da principiologia.

Na lição do professor, escritor e jurista Luís Antônio Rizzatto Nunes: “enquanto o valor é sempre um relativo, na medida em que “vale”, isto é, aponta para uma relação, o princípio se impõe como um absoluto, como algo que não comporta qualquer espécie de relativização.” É de se concluir, por oportuno, que o princípio é inerente a todo o ordenamento jurídico, e que o processo legislativo e os aplicadores da lei não podem dele se desviar.

Já o valor é algo que sofre constantes modificações ao longo do tempo, pelas revoluções sociais e intervenção humana e, por isso, não é eficazmente apto a promover segurança jurídica para a maioria.

2.2 A Dignidade da pessoa humana

A dignidade humana tem bases fundadas na filosofia, onde pensadores como Cícero, Pico della Mirandola e Immanuel Kant constituíram teorias como a do antropocentrismo (corrente filosófica que confere aos seres humanos o papel central e mais significativo no mundo), o valor intrínseco de cada pessoa e a capacidade de ter acesso à razão, de fazer escolhas morais e estabelecer o seu próprio destino.

Grande parte dos estudiosos consideram inestimáveis as contribuições de Immanuel Kant em seu livro “A metafísica dos costumes”, publicado pela primeira vez no ano de 1797. Quanto à dignidade, Kant indica:

A humanidade é ela própria uma dignidade, pois o homem não pode ser usado por nenhum homem (nem pelos outros nem sequer por si

mesmo) apenas como meio, mas tem sempre de ser ao mesmo tempo usado como fim, e nisto (a personalidade) consiste propriamente sua dignidade, por meio da qual ele se eleva sobre todos os outros seres do mundo que não são homens e que podem certamente ser usados; e eleva-se, portanto, sobre todas as coisas. Logo, assim como ele não pode alienar-se a si próprio por preço algum (o que seria contrário ao dever de autoestima), do mesmo modo ele não pode agir contra a autoestima igualmente necessária dos outros enquanto homens, isto é, o homem é obrigado a reconhecer praticamente a dignidade da humanidade em todos os outros homens, portanto, radica nele um dever que se refere ao respeito que se tem necessariamente de mostrar por todo outro homem.

O jurista brasileiro e um dos atuais ministros do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso, diante da dificuldade em abarcar toda a variedade das circunstâncias religiosas, históricas e políticas de diversos países, propõe um conteúdo mínimo para a ideia de dignidade humana:

A dignidade humana identifica: 1. O valor intrínseco de todos os seres humanos; assim como 2. A autonomia de cada indivíduo; e 3. Limitada por algumas restrições legítimas impostas a ela em nome de valores sociais ou interesses estatais (valor comunitário).

De acordo com Barroso o valor intrínseco corresponde às características comuns dos seres humanos que os tornam únicos e especiais, ligados a natureza do ser, e que lhes difere das demais espécies (como inteligência e sensibilidade). Não é dependente de qualquer evento e até mesmo da própria razão "estando presente em bebês recém-nascidos e em pessoas senis ou com qualquer grau de deficiência mental". No plano jurídico, a dignidade se desdobra numa série de direitos fundamentais, como o direito à vida, a integridade física e psíquica e ao devido processo legal (igualdade perante a lei e na lei).

Quanto à autonomia, Barroso indica ser ela o elemento ético da dignidade. É o fundamento que garante às pessoas o livre exercício para escolher quais regras irão reger suas vidas, seguindo sua autodeterminação conforme os critérios que também lhe sejam convenientes. No entanto, no contexto social, a vontade dos indivíduos sofre inúmeras limitações pelas normas e costumes de cada nação. O autor conclui que certas liberdades de escolhas não podem sofrer interferência, a exemplo de qual profissão se busca seguir.

O terceiro item, valor comunitário, representa o valor social da dignidade, representa que o indivíduo "vive dentro de si mesmo, de uma comunidade e de um Estado." Portanto,

não pode satisfazer tudo o que lhe permite o seu poder de arbítrio. O Estado restringe coercitivamente sua autonomia pessoal tendo em consideração costumes, valores e direitos de outras pessoas tão livres e iguais a ele, com o escopo de possibilitar os mesmos direitos a todos, vivendo harmonicamente.

Na concepção do jusnaturalismo ou direito natural advém a constatação de que uma ordem constitucional que incorpora a ideia da dignidade da pessoa humana parte da premissa de que o homem é detentor de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por todos, inclusive pelo Estado, pela sua simples condição humana.

A religião, durante muitos anos, exerceu massiva influência na construção do pensamento sobre a dignidade humana, especialmente através do frade italiano São Tomás de Aquino, com fundamento no fato do homem ter sido feito à imagem e semelhança de Deus (Bíblia Sagrada - Gênesis 1:26- 27). Entretanto, ao ponto em que foi crescendo a laicização estatal, cada vez mais se questionou esta influência, sob a alegação de que o Estado não deve possuir nenhum tipo de crença, para que assim possa garantir a equidade entre as pessoas. Destarte, várias outras teorias, com enfoque mais jurídico, foram sendo criadas para justificar a utilização de tal princípio, independentemente de cultura e/ou credo.

No Brasil, somente no ano de 1988, com a promulgação de sua sétima Constituição Federal, também chamada de Constituição Cidadã, que a dignidade da pessoa humana foi citada expressamente, sendo um dos fundamentos que norteiam todo o sistema jurisdicional brasileiro, adquirindo, portanto, eficácia, status formal e material, conforme se visualiza no seu artigo 1º, inciso III:

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: I - a soberania; II - a cidadania III -a dignidade da pessoa humana; [..];

A dignidade é um atributo inerente e indissociável de todo ser humano, sem distinções, tornando-o receptor de garantias e proteção do estado, não só contra situações humilhantes ou degradantes, mas também por através do auxílio para que se tenha uma existência honesta.

Conforme o jurista Celso Antonio Pacheco Fiorillo apud Rizzato Nunes, a dignidade da pessoa humana inicialmente é observada quando assegurados os direitos sociais delineados no art. 6º da Constituição Federal, como saúde e educação.

Destarte, para que o princípio da dignidade da pessoa humana se concretize, faz-se necessário um trabalho de subsunção para adaptá-la ao caso concreto. Tal subsunção é exigida, pois cada ser humano possui características e estão envolvidos em contextos fáticos únicos. O que serve para um, pode não ser aplicável a outro.

Apesar da evidente importância deste fundamento, é necessário que se crie mecanismos para que ele seja efetivado, à razão de que há aqueles que pensam ser a dignidade uma “espécie de enfeite, um valor abstrato de difícil captação”. Se não fosse assim não seria assiduamente noticiado que a fome mata dezenas de milhares de pessoas ao redor do mundo; que, pasme, são realizados leilões de escravos; que pessoas morrem nos corredores de hospitais e postos de saúde, etc.

Por fim, o ministro Luís Roberto Barroso, acerca do modo de interpretação dos princípios, conclui que:

Princípios jurídicos são normas que possuem maior ou menor peso de acordo com as circunstâncias. Mas, em qualquer caso, eles fornecem argumentos que devem ser considerados pelos juízes, e todo princípio exige um compromisso de boa-fé para com a sua realização, na medida em que essa realização seja possível.

Logo, não pode o magistrado desviar-se da utilização dos princípios, buscando sempre aplicá-los de acordo com a possibilidade.

2.3 Princípio da autonomia da vontade

Etimologicamente, a palavra autonomia deriva do vernáculo grego *autós* (por si mesmo) e *nomos* (lei), e significa dar lei a si próprio. A definição de autonomia se assemelha ao da liberdade, traduzindo “na qualidade de um indivíduo de tomar suas as próprias decisões, com base na razão”.

O princípio da autonomia da vontade é um dos pilares do direito privado e está presente em diversos ramos do direito, como o direito civil, direito do consumidor, etc.

A Constituição Federal elege como direito fundamental o direito de escolha dos indivíduos no artigo 5º, inciso II: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

Contudo, percebe-se que a autonomia da vontade é limitada, ou seja, a pessoa não pode fazer tudo o que acha conveniente. Por isso, o estado criou limites para que não seja prejudicado o bem-estar social e o convívio harmônico entre os indivíduos da sociedade.

Na lição de Luís Roberto Barroso:

A autonomia é o elemento ético da dignidade humana. É o fundamento do livre arbítrio dos indivíduos, que lhes permite buscar, da sua própria maneira, o ideal de viver bem e de ter uma vida boa. A noção central aqui é a de autodeterminação: uma pessoa autônoma define as regras que vão reger a sua vida. Em seção anterior, foi apresentada a concepção kantiana de autonomia, entendida como a vontade orientada pela lei moral (autonomia moral). Nesse tópico, o foco volta -se para a autonomia pessoal, que é valorativamente neutra e significa o livre exercício da vontade por cada pessoa, segundo seus próprios valores, interesses e desejos. A autonomia pressupõe o preenchimento de determinadas condições, como a razão (a capacidade mental de tomar decisões informadas), a independência (a ausência de coerção, de manipulação e de privações essenciais) e a escolha (a existência real de alternativas).

Portanto, a autonomia da vontade significa o ser humano se autogovernar, se autodeterminar, escolher aquilo que deseja ou não fazer ou ser submetido. E, por ser um direito fundamental intrinsecamente previsto em nossa Constituição, merece toda atenção e respeito, bem como amparo de todo o arcabouço jurídico para sua efetivação.

Desse modo: "A escolha pela morte é, na verdade, o próprio exercício do direito à vida. Direito de morrer ou autonomia para morrer, na verdade integram o exercício do direito à vida." O ser humano tem direito a decidir, por exemplo, a não se submeter a um determinado tratamento ou intervenção cirúrgica. Há um instituto que lhe assegura essa prerrogativa, chamada de testamento vital, que passa-se a analisar a seguir.

2.3.1 Testamento Vital

O testamento, em sua acepção baseada no vigente Código Civil, diz respeito à sucessão, no caso da morte de uma pessoa, que registra um documento indicando como deverá ser distribuído o seu patrimônio, respeitando às exigências legais.

Já o testamento vital tem origem nos Estados Unidos, em 1967, quando Luis Kutner, um advogado de Chicago, propôs um modelo de documento denominado *living will* no qual o próprio indivíduo protegeria o seu direito individual à morte digna. De acordo com Kutner, tal documento garante que o paciente:

[...] tem o direito de se recusar a ser submetido a tratamento médico cujo objetivo seja, estritamente, prolongar-lhe a vida, quando seu estado clínico for irreversível ou estiver em estado vegetativo sem

possibilidade de recobrar suas faculdades, conhecido atualmente como estado vegetativo persistente.

O testamento vital já possui disposições que regulam a matéria em países como Estados Unidos, Portugal, Bélgica, Alemanha, Áustria, Argentina, Espanha, México, Uruguai, além de outros.

O Conselho Federal de Medicina através da Resolução n. 1.995, de 31 de agosto de 2012, que versa sobre diretivas antecipadas de vontade dos pacientes, regulamentou o testamento vital. É um documento em que a pessoa atesta que não deseja se submeter a algum tipo de tratamento que apenas tenha a função de prolongar numericamente a vida caso surja essa eventualidade, e ela não possa de alguma forma manifestar livremente a sua vontade. Assim descreve o artigo 2º da referida resolução:

Art. 2º Nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.

§ 1º Caso o paciente tenha designado um representante para tal fim, suas informações serão levadas em consideração pelo médico.

§ 2º O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.

§ 3º As diretivas antecipadas do paciente prevalecerão sobre qualquer outro parecer não médico, inclusive sobre os desejos dos familiares.

§ 4º O médico registrará, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhes foram diretamente comunicadas pelo paciente.

§ 5º Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente.

A relação médico e paciente é assim, lastreada por este documento, que, nesse sentido, Maria Helena Diniz nos ensina:

Nas relações médico-paciente, a conduta médica deverá ajustar-se às normas éticas e jurídicas e aos princípios norteadores daquelas relações, que requerem uma tomada de decisão no que atina aos procedimentos diagnósticos e terapêuticos a serem adotados. Tais princípios são da beneficência e não maleficência, o do respeito à autonomia e ao consentimento livre e esclarecido e o da justiça. Todos eles deverão ser seguidos pelo bom profissional da saúde, para que possa tratar seus pacientes com dignidade, respeitando seus valores, crenças e desejos ao fazer juízos terapêuticos, diagnósticos e prognósticos. Dentro dos princípios bioéticos, o médico deverá desempenhar, na relação com seus pacientes, o papel de consultor, conselheiro e amigo, aplicando os recursos que forem mais adequados.

Por apenas estar previsto através de uma Resolução de um conselho de classe, o testamento vital traz certa insegurança jurídica, visto que não há legislação específica sobre esse instituto, não se sabe ao certo como deve ser elaborado este documento; quem pode fazê-lo; se necessita de testemunhas, se precisa de registro em cartório. Entretanto, o ordenamento jurídico tem atribuído validade a este documento.

A jurisprudência ainda é rasa quanto ao testamento vital no Brasil, contudo, é possível encontrar decisões que asseguraram a eficácia deste documento, conforme abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. BIODIREITO. ORTOTANÁSIA. TESTAMENTO VITAL. 1. Se o paciente, com o pé esquerdo necrosado, se nega à amputação, preferindo, conforme laudo psicológico, morrer para "aliviar o sofrimento"; e, conforme laudo psiquiátrico, se encontra em pleno gozo das faculdades mentais, o Estado não pode invadir seu corpo e realizar a cirurgia mutilatória contra a sua vontade, mesmo que seja pelo motivo nobre de salvar sua vida. 2. O caso se insere no denominado biodireito, na dimensão da ortotanásia, que vem a ser a morte no seu devido tempo, sem prolongar a vida por meios artificiais, ou além do que seria o processo natural. 3. O direito à vida garantido no art. 5º, caput, deve ser combinado com o princípio da dignidade da pessoa, previsto no art. 2º, III, ambos da CF, isto é, vida com dignidade ou razoável qualidade. A Constituição institui o direito à vida, não o dever à vida, razão pela qual não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento ou cirurgia, máxime quando mutilatória. Ademais, na

esfera infraconstitucional, o fato de o art. 15 do CC proibir tratamento médico ou intervenção cirúrgica quando há risco de vida, não quer dizer que, não havendo risco, ou mesmo quando para salvar a vida, a pessoa pode ser constrangida a tal. 4. Nas circunstâncias, a fim de preservar o médico de eventual acusação de terceiros, tem-se que o paciente, pelo quanto consta nos autos, fez o denominado testamento vital, que figura na Resolução nº 1995/2012, do Conselho Federal de Medicina. 5. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70054988266, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 20/11/2013).

(TJ-RS - AC: 70054988266 RS, Relator: Irineu Mariani, Data de Julgamento: 20/11/2013, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/11/2013)

Esta decisão, como se percebe, assegurou a autonomia da vontade do indivíduo quando obedeceu ao requerimento expresso do testamento vital, impedindo a realização de tratamento médico que o paciente negara querer ser submetido.

3. OS PROJETOS DE LEI SOBRE A EUTANÁSIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E OS MOTIVOS PARA DESPENALIZÁ-LA

Conforme abordado anteriormente no capítulo I deste trabalho, o Brasil não possui legislação específica acerca da eutanásia e, com isso, tem-se verificado várias situações do problema que acarreta esta omissão.

Não abordar esta temática só aumenta a insegurança jurídica e abre espaço para decisões esparsas que não promovem a justiça para aqueles que a procuram. É de suma importância que a terminalidade da vida seja debatida, a fim de que ela seja a menos penosa possível, e para isso, a discussão requer ampla participação da sociedade, regada de argumentos que cheguem a um equilíbrio.

3.1 Projeto de Lei do Senado nº 125, de 1996

De autoria do senador à época Gilvam Borges, do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) do Amapá, o referido projeto de lei teve como ementa a autorização da prática da eutanásia sem dor em casos específicos.

Em seu pronunciamento no plenário, dia 10 de julho de 1997, o senador reconheceu que o tema é polêmico, mas que se fazia necessário abordar o assunto, visto que tal tema ia ao encontro dos interesses de vários cidadãos.

Na oportunidade, Gilvam Borges apresentou os artigos do projeto, que autorizava a eutanásia nos seguintes termos dispostos nos artigos 2º, 3º, 7º e 8º:

Art. 2º Será permitido o desligamento dos aparelhos que mantenham alguns dos sinais vitais do paciente, caso seja constatada a sua morte cerebral, desde que haja manifestação de vontade deste.

§ 1º A manifestação de vontade do paciente deve ser expressa e obedecerá às normas aplicáveis à manifestação de última vontade.

§ 2º A constatação da morte cerebral deverá ser firmada por Junta Médica, formada por, no mínimo, três profissionais habilitados, sendo que pelo menos um deles deterá o título de especialista em Neurologia ou seu equivalente.

Art. 3º. Será permitido o desligamento dos aparelhos que mantêm alguns dos sinais vitais do paciente, caso seja constatada a sua morte cerebral, desde que haja prévia e expressa manifestação de seus familiares.

§ 1º Para efeito dessa lei, consideram-se familiares os cônjuges, os descendentes, os ascendentes, os colaterais consanguíneos ou não até o terceiro grau.

§ 2º Na ausência de familiares, o juiz poderá, a pedido de médico ou de pessoas que comprovadamente mantêm laços de afetividade com o paciente, suprir a autorização deste.

Art. 7º Será permitida a morte sem dor do paciente em circunstâncias que acarretem sofrimentos físicos ou psíquicos, que, por sua natureza, intensidade e precariedade de prognóstico da evolução da doença não justifiquem a continuidade da assistência médica destinada à conservação de sua existência. § 1º Na hipótese disciplinada por este artigo, a morte sem dor somente poderá ser autorizada por Junta médica formada por, no mínimo, 5 (cinco) médicos, sendo que pelo menos 2 (dois) deles deterão os títulos de especialista ou seu equivalente, na moléstia que acomete o paciente, desde que haja o consentimento prévio e expresso deste.

§ 2º O consentimento prévio e expresso do paciente obedecerá à forma prevista no § 1º do art. 2º.

§ 3º - Caso o paciente esteja impossibilitado de expressar-se, ou não tenha expressado seu consentimento prévio, seus familiares ou pessoas que comprovadamente mantenham laços de afetividade com este, poderão requerer ao Poder Judiciário autorização para consecução da morte sem dor.

Art. 8º Seja no caso de paciente com morte cerebral constatada, seja na hipótese do § 3º do art. 7º, em não havendo a concordância de todos os familiares, qualquer um deles poderá instaurar processo judicial que autorizará ou não a morte sem dor.

Percebe-se que o projeto abarcava somente a prática da eutanásia passiva (desligamento dos aparelhos), e que era necessária a prévia manifestação de vontade do paciente, e não podendo esta existir, a de seus familiares ou com quem mantinha comprovado vínculo afetivo, com a ressalva de que na hipótese de algum familiar discordar do pedido, este poderia instaurar processo judicial.

Apesar do engajamento do Senador Gilvam Borges em explorar o assunto, os doze artigos do PLS n. 125/1996 não prosperaram, tendo sido arquivados pouco tempo depois de sua propositura, no ano de 1999.

Segundo José Roberto Goldim o aludido projeto foi falho em alguns tópicos, tais como: "o estabelecimento de prazos para que o paciente reflita sobre sua decisão, sobre quem será o médico responsável pela realização do procedimento que irá causar a morte do paciente, entre outros itens."

3.2 O anteprojeto do Código Penal de 1999

O então Ministro da Justiça Iris Rezende nomeou uma comissão com o escopo de criar um anteprojeto para modificação da parte especial do Código Penal.

O anteprojeto acrescentava ao artigo n. 121 normas que versavam sobre a eutanásia ativa e a eutanásia passiva (ortotanásia), a seguir transcritos, respectivamente:

Art. 121 [...] § 3º - Se o autor do crime é cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente, irmão ou pessoa ligada por estreitos laços de afeição à vítima, e agiu por compaixão a pedido desta, imputável e maior de dezoito anos, para abreviar-lhe o sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave e em estado terminal, devidamente diagnosticados. Pena – reclusão de 2 a 5 anos. § 4º - Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial se previamente atestado por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que, haja o consentimento do paciente,

ou na sua impossibilidade, do cônjuge, companheiro, ascendente ou irmão.

Da análise do parágrafo 3º do artigo 121, percebe-se que a eutanásia ativa não deixaria de ser considerada crime, apenas teria uma previsão de pena menor que a do homicídio simples (de 6 a 20 anos). A compaixão ou o motivo humanitário do sujeito ativo seriam abrandados por uma causa de redução de pena.

Além disso, só foi definido o caso do paciente que previamente solicitou a eutanásia. Aqueles que não poderiam expressar sua vontade continuariam sendo submetidos a tratamentos até que a morte lhe sobreviesse, já que ninguém poderia tomar esta decisão por ele.

Já o parágrafo 4º trataria de explicitamente descriminalizar a ortotanásia – até então punida como homicídio privilegiado. Essa proposta foi deveras criticada porque além de não definir a prática não estabeleceu critérios mais aprofundados de quando poderia ser utilizada, e por isso, poderia vir a ser manuseada para a consecução de fins egoísticos ou por um motivo torpe, como adiantar o recebimento de uma herança.

3.3 Projeto de Lei do Senado nº 116, de 2000

O senador Gerson Camata, do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) do Espírito Santo, apresentou em 25 de Abril de 2000 o citado projeto de lei que pretendia acrescentar dois parágrafos ao art. 121 do Código Penal (Decreto-lei na 2.848, de 7 de dezembro de 1940), com a seguinte redação:

Exclusão de ilicitude

§ 6º Não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do paciente ou, em sua impossibilidade, de cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão.

§ 7º A exclusão de ilicitude a que se refere o parágrafo anterior faz referência à renúncia ao excesso terapêutico, e não se aplica se houver omissão de meios terapêuticos ordinários ou dos cuidados normais devidos a um doente, com o fim de causar-lhe a morte.

Assim, a eutanásia passiva ou ortotanásia seria despenalizada em virtude da exclusão de ilicitude proposta.

O projeto transcorreu 05 anos com poucas manifestações, quando por requerimento do Senador José Maranhão, do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) da Paraíba, foi deferida a realização de uma Audiência Pública.

Ao assumir cargo no executivo para exercer por seis meses o posto de secretário de Transportes e Obras Públicas do Espírito, houve o término da legislatura de Gerson Camata, e conforme determinava o Regimento Interno do Senado Federal, foram arquivadas todas as proposições em tramitação, exceto as elencadas pelo Regulamento, e o PLS 116 não encontrava-se neste rol. Após retornar ao cargo de Senador, Gerson reuniu a assinatura de 1/3 dos membros da Casa Legislativa e solicitou a reabertura do trâmite de do PLS 116, assim deferido.

Passados quase 04 anos da autorização para realização da Audiência Pública, ela foi então realizada, nos dias 16 e 17 de setembro de 2009, contando com a presença de especialistas em áreas afins à questão para análise da proposta, sendo formada por um advogado, pelo Presidente do Conselho Federal de Medicina, pelo Presidente da União dos Juristas católicos do Rio de Janeiro e por um professor de bioética da Universidade Nacional de Brasília.

Todos os depoimentos dos especialistas mostraram-se favoráveis ao Projeto de Lei e acrescentou o Presidente da União dos Juristas católicos do Rio de Janeiro que não se pode falar em crime nesta hipótese, visto não se figurar ação ou omissão que possa acelerar ou antecipar a morte, e sim evitar o uso de tratamentos ou medicamentos dispendiosos que só prolonguem artificialmente a vida. Ele também sugeriu que o local mais adequado de ser tratado essa proposta seria no capítulo do Código Penal que versa sobre a periclitación da vida e da saúde.

Escolhido pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC) para emitir o relatório da Audiência e decisão terminativa sobre a matéria posta sob pauta, o Senador Augusto Botelho, do Partido Democrático Trabalhista (PDT) de Roraima, votou pela constitucionalidade do PLS 116/2000 e salientou que é imprescindível que o Congresso Nacional efetivamente explore e decida sobre a matéria. No mérito, ele acolheu a sugestão de transferir a alteração proposta do Capítulo do Código Penal que trata dos crimes contra a vida para o Capítulo que trata dos crimes de periclitación da vida e da saúde, e que a lei, após aprovada teria *vacatio legis* de 180 dias, para que os hospitais e profissionais de saúde tomassem conhecimento da norma.

O relatório legislativo foi remetido à CCJC com as emendas suscitadas, e a turma da comissão formada pelos senadores José Maranhão, Bernardo Cabral e Pedro Simon rejeitou o projeto de lei, tendo como argumentos lições de doutrinadores como Nelson Hungria e Renato Flávio Marcão. Alegaram que devido a falibilidade do preciso diagnóstico da morte pode-se aumentar a ocorrência de erros de diagnósticos ou prognósticos; e que

o projeto não especifica o sujeito ativo, o que abre espaço que seja feito por qualquer pessoa, e que seria irracional a vida de uma pessoa ser disposta assim desta maneira.

Em face da rejeição pela CCJC e ausência de recurso para a apreciação do plenário, o projeto teve sua tramitação encerrada.

3.4 Projeto de Lei n. 5058/2005

De autoria do Deputado Federal Osmânio Pereira de Oliveira, do Partido Trabalhista Brasileiro de Minas Gerais, em 13 de abril de 2005 foi protocolado o Projeto de Lei n. 5.058, que pretendia regulamentar o art. 226, § 7º, da Constituição Federal, dispondo sobre a inviolabilidade do direito à vida, definindo a eutanásia e a interrupção voluntária da gravidez como crimes hediondos, em qualquer caso.

Na justificação, o Deputado argumentou que o direito à vida deve ser garantido qualquer seja o estágio em que se encontre, e que os idosos e doentes – fragilizados física e mentalmente, por vezes acabam concordando com a antecipação de sua morte para se livrar do sofrimento. Dessa forma aderem a chamada “cultura de morte”, que vem tentando disseminar outros países.

O Deputado cometeu um despautério ao inferir que: “Este Projeto visa a impedir a interferência de países e entidades estrangeiras e internacionais em questões como a defesa da vida [...]”. Se assim fosse, a Organização das Nações Unidas, por exemplo, ao longo dos anos faz campanha para que seus países signatários extingam a pena capital, não teria êxito. Recentemente, a ONU divulgou que 170 das 193 nações que a integram aboliram a prática.

O projeto não prosperou pela falta de apoio e foi remetido ao arquivo no dia 22 de fevereiro de 2008, também devido ao fim da legislatura do Deputado, conforme prescreve o Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

3.5 Projeto de Lei do Senado n. 236/2012 – Anteprojeto do novo Código Penal

De autoria do Senador José Sarney, do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) do Amapá, foi apresentado em 09 de julho de 2012 na Casa do Poder Legislativo Federal o Projeto de Lei n. 236 que almejava a reforma do Código Penal.

O senador José Sarney designou a um seleto grupo de juristas, magistrados e procuradores presidido pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Gilson Dipp, a incumbência de elaborar o anteprojeto do novo Código Penal. Vigente por quase 80 anos, o atual Código não teve grandes inovações em seu conteúdo, inovando a matéria na maior parte por meio de leis específicas, com a Lei de Drogas e Lei Maria da Penha.

O anteprojeto está organizado em mais de 500 artigos, ante os 361 do atual Código Penal. Conforme o relator, grande parte dos artigos decorre da incorporação ao texto de aproximadamente 130 leis que abordam temas penais de forma autônoma. Na prática, quase toda a chamada legislação extravagante foi transposta para o anteprojeto. Também foi absorvida a parte de crimes de leis abrangentes, como Estatuto do Idoso e o Estatuto da Criança e dos Adolescentes.

O senador Pedro Taques, do Partido Democrático Trabalhista (PDT) de Mato Grosso, que requereu a criação da comissão de juristas, justificou que:

Nosso código (penal) de 1940 faz parte da anatomia do Estado de 1937, que veio ao mundo por meio de Constituição não democrática. Hoje vivemos em novo Estado. A Constituição cidadã de 1988 não pode conviver com um código de 1940.

O projeto traz várias propostas polêmicas e encontra resistência por parte da bancada evangélica no Congresso Nacional. Uma das maiores novidades é o tratamento específico que normatiza a eutanásia ativa e passiva (ortotanásia):

Eutanásia

Art. 122. Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar - lhe sofrimento físico insuportável, em razão de doença grave: Pena - Prisão, de dois a quatro anos.

§1º. O juiz deixará de aplicar a pena avaliando as circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima.

§ 2º. "Não há crime quando o agente deixa de fazer uso de meios artificiais para manter a vida do paciente em caso de doença grave irreversível, e desde que essa circunstância esteja previamente atestada por dois médicos e haja consentimento do paciente, ou na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão.

Desta maneira, a proposta indica que preenchidos os requisitos exigidos: a) matar por piedade ou compaixão; b) que a pessoa esteja em pleno uso de suas faculdades mentais e seja maior de 18 anos; c) que haja requerimento anterior; d) em razão de sofrimento ocasionado por doença grave, a pena prevista é menor que a do homicídio simples (de 6 a 12 anos). A eutanásia ativa não deixa de ser tida como crime, permanece como fato típico, ilícito e culpável.

O parágrafo 1º ensina que a pena poderá deixar de ser aplicada sob as circunstâncias do caso e a relação de parentesco. A inaplicabilidade da pena revela-se verdadeira anistia, prevista no art. 107, II, do Código Penal como uma das causas de extinção da punibilidade. Na conceituação do professor Fernando Capez anistia é “lei penal de efeito retroativo que retira as consequências de alguns crimes já praticados, promovendo o seu esquecimento jurídico.”

Já o parágrafo 2º, assim como o PLS 125/1996, opina pela exclusão de tipicidade da eutanásia passiva, que como dito anteriormente, é aquela em que se deixa de utilizar terapias recomendadas e interrompe quaisquer ações que objetivam tão somente prolongar a vida. A proposta novamente é criticada porque não indica quem poderá interromper o uso dos meios artificiais, só apresenta que dois médicos atestem previamente a irreversibilidade da doença e a morte iminente, deixando assim por dizer que qualquer pessoa poderá fazê-lo.

Como se percebe esta proposta do anteprojeto do Novo Código Penal referente à eutanásia é inovadora, além de que coloca no centro do debate até quando a vida, como bem juridicamente tutelado, deve ser prolongada sem ferir a dignidade. A morte, como evento indissociável a todo ser humano, não pode ser desprezada em relação ao conceito absoluto do direito à vida quando se depara com situações de enfermidades graves ou incuráveis que trazem consigo sofrimento físico e mental incalculáveis.

3.6 O conflito entre direitos fundamentais e o superprincípio da dignidade da pessoa humana

É sabido que a Carta Magna consagra em seu artigo 60, § 4º, IV, que não será objeto de deliberação a proposta de emenda à Constituição tendente a abolir os direitos e garantias individuais, inscritos no artigo 5º do mesmo diploma, além de em outros artigos esparsos.

De posse desse preceito, há correntes interpretativas do direito que entendem que a garantia da inviolabilidade do direito à vida implica na absoluta indisponibilidade desse direito, inclusive por parte do seu titular, ou de seus representantes legais. E com isso, qualquer ideia que versa sobre a eutanásia seria sumariamente inconstitucional.

Por outro lado, a mesma Constituição Federal, conforme abordado no capítulo I deste trabalho, atribui especial hierarquia a dignidade da pessoa humana em seu artigo 1º, inciso III, instituindo-a como fundamento de todo o seu ordenamento jurídico. Mais do que um fundamento, grande parte da doutrina a considera como um “superprincípio”. Nas palavras de Flávia Piovesan:

Assim, seja no âmbito internacional, seja no âmbito interno (à luz do Direito Constitucional ocidental), a dignidade da pessoa humana é princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial prioridade. A dignidade humana simboliza, desse modo, verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo, nas esferas local e global, dotando-lhe de especial racionalidade, unidade e sentido.

Diante disso, normatizar a eutanásia assim como fez a Holanda em lei específica não pode ser confundido com violar o direito à vida, pois o que se busca é dialogar sobre a morte, para que esta aconteça da forma menos dolorosa e degradante possível àquele paciente em estado terminal que sofre de doença grave ou incurável. Da mesma forma que a pessoa tem direito a dignidade durante a vida, esta não pode ser negada no seu processo de morte. Corroborar nesse sentido o posicionamento do professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

A inabolibilidade, todavia, não deve ser igualada a intocabilidade (intangibilidade). Ou seja, a inabolibilidade proíbe que se suprima o direito, ou seu conteúdo essencial, não veda que seu regime (ou seja, suas condições de exercício, limites etc.) seja modificado (por emenda constitucional). Realmente, abolir é suprimir, eliminar, nunca significa nada mudar.

Destarte, a garantia do direito a uma morte digna não significa limitar o direito à vida, mas permitir que a pessoa tenha o direito de escolha.

3.7 Exemplo prático: caso de José Humberto Pires de Campos Filho

No final de novembro de 2017 foi noticiado em diversas plataformas de comunicação o caso do jovem José Humberto Pires de Campos Filho, que acometido de uma doença renal crônica, recusa-se a continuar com as sessões de hemodiálise.

A mãe de José Humberto, discordando da decisão do filho, solicitou ao Tribunal de Justiça de Goiás e foi parcialmente atendida para interdita-lo e nomeá-la como sua curadora, a fim de que pudesse levá-lo às sessões de hemodiálise, não sendo permitido o uso da força ou de sedativos.

Em entrevista de vídeo o jovem afirma saber acerca do tratamento renal disponível e do transplante de rim, mas veemente infere que não quer seguir com as sessões de hemodiálise, por serem muito doloridas, e que, tomando essa decisão, tem ciência de que a morte lhe será iminente.

O impasse que se vislumbra é que o livre arbítrio de José está sendo cerceado. O depoimento do jovem retrata como ele se sentia em relação aos procedimentos a que foi submetido:

É um tratamento insuportável, contínuo. E não tem cura, será pelo resto da vida. Sinto muita dor, passo muito mal, saio da máquina super debilitado. Não quero isso para minha vida. Não compensa viver assim. É melhor que seja do meu jeito. Vou brigar por esse direito.

Depreende-se que José não deseja a sua morte, apenas foi acometido de uma doença por razão que lhe foge o alcance, e não quer sujeitar-se ao tratamento médico paliativo doloroso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A eutanásia, apesar de já ser praticada há alguns séculos, ainda não possui um consenso doutrinário e positivo da matéria no mundo. Por envolver um direito tão importante - a vida, e a depender da ótica utilizada, receber diferente tratamento e valoração, essa discussão ainda está longe de terminar.

As nações consideradas desenvolvidas, como Holanda e Bélgica, já deram passos significativos nessa questão. Conforme a humanidade evolui, cada vez mais rápido, surgem novas hipóteses, situações a serem abrangidas e o debate, que não deixa de ser polêmico, precisa fluir com mais naturalidade e encontrar soluções.

O Brasil, conforme exposto, apresenta avanços tímidos nesta seara. Atualmente, pune-se a morte por eutanásia ativa como homicídio privilegiado; aplica à ortotanásia as penas de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, à exceção dos poucos que tomam conhecimento e se beneficiam da Resolução n.1.805/2006, do Conselho Federal de Medicina. E apesar da existência do testamento vital por meio de outra resolução do Conselho Federal de Medicina (n. 1995/2012), ainda não há sua disciplina legal, o que não garante a sua total eficácia e exigibilidade.

Isso pode se dar porque a classe política é dividida em conservadores, religiosos, moralistas, positivistas, empresários etc., e tratar sobre o tema da eutanásia pode comprometer sua relação com os demais políticos, eleitores ou correligionários.

O Anteprojeto do Código Penal é sim um avanço, mas ainda não despenalizará a eutanásia – como fez a Holanda, caso respeitados os requisitos exigidos em lei, pois deixa a critério do juiz aplicar ou não a reprimenda dependendo do caso. O paciente que dela

necessitar, ainda ficará ciente de que a pessoa que lhe ajudou a ter uma morte digna poderá ser processada, julgada, condenada e presa. Não há segurança jurídica.

Pode-se afirmar que o estudo desse tema exigiu muita reflexão e dedicação, entretanto, muito proveitoso e enriquecedor, possibilitando novas descobertas e motivações para continuidade e aprofundamento do tema, pois ainda existem muitas questões que não foram abordadas. Não se pretende de forma alguma encerrar o debate, mas sim suscitá-lo cada vez mais, para que quem sabe a sua onipresença e o tempo possam torná-lo não um tabu ou algo a se evitar, mas sim em um diálogo repleto de ideias e argumentos que venham a contribuir para o homem a lidar com sua inevitável finitude, especialmente nos casos em que seja sua vontade antecipá-la.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Roberto Chacon de. **A lei relativa ao término da vida sob solicitação e suicídio assistido e a Constituição holandesa.** Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 103, p. 357 - 378, jan. 2008. ISSN 2318-8235. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67810/70418>. Acesso em 04 de setembro de 2023.

ALMEIDA, Cleomar. **À espera de uma morte 'digna', jovem decide abandonar 'dor' do tratamento.** Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/11/1939409-a-espera-de-uma-morte-digna-jovem-decide-abandonar-dor-do-tratamento.shtml>. Acesso em 04 de setembro de 2023.

ASFOR, Ana Paula. **Do início da personalidade civil.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano18, n.3629, 8 jun. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24650/do-inicio-da-personalidade-civil>.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial.** tradução Humberto Laport de Mello. 2 reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BENEVENUTE, Naiara. **O Testamento Vital à Luz dos Princípios Constitucionais.** Disponível em: <https://nbenevenute.jusbrasil.com.br/artigos/156312965/o-testamento-vital-a-luz-dos-principios-constitucionais>. Acesso em 05 de setembro de 2023.

BERNARDO, André. **O tabu do suicídio assistido no Brasil: morte digna ou crime contra a vida?** Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-38988772>. Acesso em 04 de setembro de 2023.

BIZATTO, José Ildefonso. **Eutanásia e responsabilidade médica**. 2. ed. São Paulo: LED, 2003 .

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 5058/2005**. Disponível em: [http:// www. camara. gov.br/proposicoesWeb/fichade tramitacao? idProposicao=2 81681](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichade tramitacao? idProposicao=2 81681). Acesso em 04 de setembro de 2023.

BRASIL. **Código Civil Brasileiro. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Disponível em: [http://www. planalto. gov. br/ ccivil_03/leis/2002/ L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm). Acesso em 03 de setembro de 2023.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro. Decreto Lei n. 2. 848, DE 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: [http://www. planalto. gov.br/ ccivil_03/de creto- lei/ Del 2848 compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto- lei/ Del 2848 compilado.htm). Acesso em 05 de setembro de 2023.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Diário Oficial da União, 5 out. 1988. Disponível em: [http://www. planalto. gov. br/ ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 04 de setembro de 2023.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1, parte geral** (arts. 1º a 120) Fernando Capez. — 15. Ed. — São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHAES, Paulo Sergio. **Princípio da dignidade da pessoa humana e seus reflexos no direito brasileiro**. Disponível em: [http:// revistacientifica. facmais. com. br/ wp - content/uploads/ 2015/08/artigos/principio_da_dignidade.pdf](http://revistacientifica.facmais.com.br/wp-content/uploads/2015/08/artigos/principio_da_dignidade.pdf). Acesso em 03 de setembro de 2023.

CASTRO, Mariana Parreiras Reis de et al. **Eutanásia e suicídio assistido em países ocidentais: revisão sistemática**. Rev. Bioét., Brasília, v. 24, n. 2, p. 355-36, Aug. 2016. Disponível em: [http:// www. scielo. br/ scielo. php? script=sci_ arttext&pid=S1983 - 80422016000200355&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422016000200355&lng=en&nrm=iso).

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Justiça valida Resolução 1805, que trata sobre ortotanásia. Disponível em: [http://portal. cfm. org. br/ index. php? option=com_ content&id=21154: justica- validaresolucao-1805-](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&id=21154:justica-validaresolucao-1805-).

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução Nº 1.805/2006**. Disponível em: [http:// www. portalmedico. org. br/ resolucoes/ cfm/2006/ 1805_2006. htm](http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm).

DADALTO, Luciana; TUPINAMBAS, Unai; GRECO, Dirceu Bartolomeu. **Diretivas antecipadas de vontade: um modelo brasileiro.** Rev. Bioét., Brasília, v. 21, n. 3, p. 463-476, Dec. 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1983-80422013000300011&lng=en&nrm=iso.

DAMASCENO, Sabine Pereira da Veiga. **A eutanásia e a tutela penal à luz da Constituição Federal.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 16 jan. 2014. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.46732&seo=1>.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito.** São Paulo: Saraiva, 2001.

EL PAÍS. **Eutanásia: O triste final feliz de Ovídio.** Disponível em https://brasil.elpais.com/brasil/2015/07/03/inter-nacional/1435890823_266874.html.

ENCICLOPEDIA DO HOLOCAUSTO. **Programa de eutanásia (artigo resumido).** Disponível em: <https://www.ushmm.org/wlc/ptbr/article.php?MoDuleId=10007971>.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOLDIM, José Roberto. **Eutanásia no Brasil.** Disponível em: <http://www.ufrgs.br/bioetica/eutanbra.htm>. Acesso em 04 de setembro de 2023.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral.** 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GORRITI, Fernando. **Eutanásia por piedad.** Revista de Criminologia, Psiquiatria y Medicina Legal. Buenos Aires, 1930. p. 164. Citado por RODRIGUES, Paulo Daher. Eutanásia. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

JUSBRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul TJ -RS - **Apelação Cível: AC 70054988266 RS - Inteiro Teor.** Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113430626/apelacao-civel-ac-70054988266-rs/inteiro-teor-113430636>. Acesso em 02 de setembro de 2023.

LIMA, Rafaela. **Mãe luta na Justiça para obrigar filho a fazer tratamento.** Disponível em: <https://www.metropoles.com/brasil/mae-luta-na-justica-para-obrigar-filho-a-fazer-tratamento>. Acesso em 03 de setembro de 2023.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes.** Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2013.

MACEDO, Juliana Lopes de. **As regras do jogo da morte encefálica.** Revista de Antropologia, São Paulo, v. 59, n. 2, p. 32 - 58, oct. 2016. ISSN 1678-9857. Disponível em:

<http://www.revistas.usp.br/ra/article/view/121932/120080>. Acesso em 02 de setembro de 2023.

MARINS, André Luis Fernandes. **A eutanásia no ordenamento jurídico brasileiro**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 109, fev 2013. Disponível em: < http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12717 >. Acesso em 05 de setembro de 2023.

MARTIN, Leonardo M. **Eutanásia e distanásia**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/biblioteca_virtual/bioetica/parteeiiiueutanasia.dhtm. Acesso em 02 de setembro de 2023.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. ONU. **170 países aboliram pena de morte ou não a praticam mais**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/onu-170-paises-aboliram-pena-de-morte-ou-nao-a-praticam-mais/>. Acesso em 03 de setembro de 2023.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Em defesa da vida: aborto, eutanásia, pena de morte, suicídio, violência/linchamento**. São Paulo: Saraiva, 1997.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

O GLOBO. Comissão de juristas entrega anteprojeto do Código Penal. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/comissao-de-juristas-entrega-anteprojeto-do-codigo-penal-5330376>. Acesso em 03 de setembro de 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. 1969. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. Pacto de San José da Costa Rica, 22.nov, San José. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em 04 de setembro de 2023.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Vol.1, 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. 7. ed. São Paulo: Loyola; São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2012.

PESSINI, Leocir. **Eutanásia: por que abreviar a vida**. 1. Ed. São Paulo: Loyola, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**, Flávia Piovesan. – 14. ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013.

PRÓ VIDA DE ANÁPOLIS. **O Anteprojeto do Código Penal – II.** Disponível em: www.providaanapolis.org.br/index.php/todos-os-artigos/item/173-anteprojeto-do-codigo-penal-ii. Acesso em 03 de setembro de 2023.

REZENDE, Igor Vinícius Amaral. **Eutanásia: análise principiológica sobre sua aplicabilidade no Brasil.** Iuris in mente: revista de direito fundamentais e políticas públicas. Ano II, n. 3. Itumbiara, jul. -dez., 2017. Disponível em <http://www.periodicos.ulbra.br/index.php/iuris/article/view/3798/2765>. Acesso em 04 de setembro de 2023.

RODRIGUES, Paulo Daher. **Eutanásia.** Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

SÁ, Maria de Fátima Freire. **Autonomia para Morrer.** Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos. **Biodireito: ciência da vida, os novos desafios.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SENADO FEDERAL. **Diário do Senado Federal nº 66.** Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=26/04/2000&paginaDireta=07955>. Acesso em 04 de setembro de 2023.

SENADO FEDERAL. **Juristas entregam anteprojeto do novo Código Penal na quarta-feira.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2012/06/22/juristas-entregam-anteprojeto-do-novo-codigo-penal-na-quarta-feira>. Acesso em 04 de setembro de 2023.

SENADO FEDERAL. **Pronunciamento de Gilvam Borges em 10/07/1997.** Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/pt/web/atividade/pronunciamentos/p/texto/209487>. Acesso em 02 de setembro de 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 3510.** Relator Ministro Carlos Ayres Britto. P. 21. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=611723&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20ADI%20%203510>. Acesso em 05 de setembro de 2023.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, 1: Lei de introdução e parte geral / Flávio Tartuce.** 10. ed. rev., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

AS MEDIDAS DESPENALIZADORAS DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

JAQUELINE DE LIRA GOMES:
graduanda em Direito pelo Centro
Universitário de Santa Fé do Sul
(UNIFUNEC)¹³

RICARDO ALEXANDRE GARCIA
(orientador)

RESUMO: A pesquisa versa sobre as medidas despenalizadoras dos Juizados Especiais Criminais, segundo a Lei nº 9.099 de 1995. O objetivo é demonstrar quais são as medidas que podem gerar a exclusão da punibilidade, devendo, para isso, cumprir alguns requisitos invisíveis a compreensão do homem médio que não dispõe de qualquer conhecimento jurídico. A constituição Federal de 1988 foi o ponto de partida para o desenvolvimento do presente trabalho, assim como a alusão ao desenvolvimento do JECRIM e os princípios elencados como essências ao seu bom funcionamento. A metodologia utilizada foi a dedutiva, com auxílio dos dispositivos legais – Lei 9.099/95 e Lei 7.244 - e da Constituição Federal de 1988. O resultado alcançado retrata os benefícios sociais gerados pelos juizados especiais, cumprindo os princípios necessários ao desenvolvimento coeso e legítimo das medidas despenalizadoras - composição de Danos Civis, transação penal, representação nos crimes de Lesão corporal leve ou Culposa e a Suspensão Condicional do processo –, todas foram especificamente analisadas. Inclusive, o atual trabalho retrata o exemplo da Lei 9.099/95 para outras áreas do direito, tendo em vista a redução de ações no poder judiciário, conduzindo uma nova possibilidade de auxílio ao Poder Judiciário.

Palavras-chave: Lei nº 9.099/95. Céleres. Contravenções Penais. Penas Máximas. Coletividade.

ABSTRACT: The research deals with the depenalizing measures of the Special Criminal Courts, according to Law nº 9.099 of 1995. The objective is to demonstrate which are the measures that can generate the exclusion of the punishability, having, for that, to fulfill some requirements invisible to the understanding of the man medium who has no legal knowledge. The 1988 Federal Constitution was the starting point for the development of this work, as well as the allusion to the development of JECRIM and the principles listed as essential to its proper functioning. The methodology used was deductive, with the aid of legal provisions - Law 9099/95 and Law 7244 - and the Federal Constitution of 1988. The result achieved portrays the social benefits generated by special courts, fulfilling the

13 E-mail: jaquinedelira143@outlook.com

principles necessary for the cohesive and legitimate development of depenalizing measures - composition of Civil Damage, criminal transaction, representation in crimes of light or negligent bodily injury and the Conditional Suspension of the process -, all were specifically analyzed. Including, the current work portrays the example of Law 9.099/95 for other areas of law, with a view to reducing actions in the judiciary, leading to a new possibility of aid to the Judiciary.

Keywords: Trafficking in Persons. Sexual Exploration. Profit. Public Policy. Individual Freedom.

1 INTRODUÇÃO

O atual trabalho científico visa desenvolver específica análise acerca dos institutos despenalizadores presentes no sistema jurídico nacional, que se dividem em composição dos danos civis, representação, transação penal e suspensão condicional do processo, ditando suas características, finalidades e os resultados benéficos.

Serão averiguadas as disposições constitucionais, infraconstitucionais e o entendimento doutrinário correlato ao tema. Esse trabalho tem como foco estimular a implantação das medidas despenalizadoras com intuito de impossibilitar o encarceramento nos crimes de pouca relevância para o sistema jurídico.

Desse modo, pretende-se analisar os Juizados Especiais Criminais, prescritos no artigo 98, I, da Constituição Federal de 1988, destacando as medidas despenalizadoras do procedimento sumaríssimo.

Como já tratado, a criação dos Juizados Especiais Criminais tem respaldo Constitucional nos termos do artigo 98, I da Constituição Federal de 1988. Entretanto, só foram efetivamente implantados após a vigência da Lei nº 7.244 de 1984, e, posteriormente, com a Lei nº 9.099 de 1995, que trata dos chamados Juizados Especiais Criminais e Cíveis, porém, em específico, serão abordadas apenas metade desta Lei, ou seja, a parte mais conhecida como JECRIM (Juizado Especial Criminal), ante a relevância do tema.

A referida lei foi elaborada na intenção de desafogar o judiciário, uma vez que, por natureza, os processos judiciais são lentos e burocráticos, além de se tornar um custo alto para as partes, então fora criada para gerar soluções rápidas, tudo o que seriam de baixa complexidade.

É imperioso aduzir que toda sistemática da presente obra está direcionada a Lei nº 9.099 de 1995, competente para o julgamento de contravenções e crimes que a pena não ultrapasse dois anos.

Existem diferenças entre princípios e critérios interpretativos oriundos da Lei nº 9.099/95 dos Juizados Especiais Criminais, refere-se a procedimentos, pois, na seara dos Juizados Especiais Criminais, a reparação dos danos e a transação penal há procedimentos e não processo, como os princípios referem-se ao processo, o qual se inicia com a denúncia ou queixa.

Por fim, a presente obra foi desenvolvida com os seguintes elementos explicativos: desenvolvimento do JECRIM; os princípios; medidas despenalizadoras do JECRIM; composição de danos civis; transação penal; representação nos crimes de Lesão corporal leve ou culposa.

2 DESENVOLVIMENTO DO JECRIM

Os Juizados especiais, a princípio, foram criados para solucionar litígios de pequena monta na área civil, cujo valor da causa não fosse além de 20 salários mínimos, conforme a Lei nº 7.244 de 1984. Com o decurso dos anos, os respectivos “Juizados Especiais de Pequenas Causas” obtiveram valorosos resultados práticos, desafogando – em partes – o poder judiciário de inúmeras ações que não portavam características especiais e relevantes (AZEVEDO, 2020).

Grande parte da doutrina e da jurisprudência interpreta que os efeitos providos dos novos juizados especiais foram ótimos, pois estavam sendo cumpridos todos os princípios norteadores fixados pela lei - oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade (AZEVEDO, 2020). As questões sociais, pacificação nacional, benefícios locais e regionais estão conexos à revitalização propiciada pela Lei nº 7.244 de 1984. O poder judiciário entendeu por conveniente, visto os resultados, expandir os juizados especiais para outras áreas do direito. A conciliação e a agilidade figuraram como pilares de sustentação da atividade jurisdicional.

Desse modo, a Lei dos Juizados Especiais foi um modelo essencial para o surgimento da nova Lei dos Juizados Especiais, Lei nº 9.099 de 1995 (GINOVER et al., 2004).

O seguinte autor interpreta os Juizados Especiais Cíveis do seguinte modo:

Tudo isso, inseria-se nas poderosas tendências rumo à formalização do processo – tornando-o mais simples, mais rápido, mais eficiente, mais democrático, mais próximo da sociedade – e à de formalização das controvérsias, tratando-as, sempre que possível, pelos meios alternativos que permitem evitar ou encurtar o processo, como a conciliação (GINOVER et al., 2004, p. 36).

A experiência do direito processual penal italiano (Lei nº 689/1981) hasteou bases na possibilidade de descriminalizar as condutas de pouca relevância, onde o acusado poderia ser beneficiado pela aplicação das penas alternativas e, inclusive, incorrer na extinção da punibilidade. O Código de Processo Penal português, de 1987, é outro exemplo claro da anterioridade de algumas bases manifestas pela Lei nº 9.099/95 e Lei 7.244/85 (MACHADO, 2001).

A mesma premissa foi objeto de deliberação pelo 6º Congresso das Nações Unidas, reconhecendo a necessidade de orientar a busca de meios alternativos ao cárcere, pois os índices de superlotação nos presídios mundiais, especialmente no continente Asiático e no externo oriente. Em vista disso, em 1990, foram aprovadas novas orientações alternativas ao cárcere, nomeadas de Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade ou Regra Tóquio (CAPEZ, 2013).

Observa-se que a Lei 9.099 foi desenvolvida por intermédio do artigo 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu um conceito do que seriam os juizados especiais:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;[...] (BRASIL, 1988, n.p.).

Ou seja, já era possível a criação dos juizados ainda na primazia da Constituição de 1988.

Nessa linha, em 26 de setembro de 1995, foi promulgada a Lei nº 9.099, que instituiu os juizados Especiais Cíveis e Criminais, conhecida como JECRIM, fundindo as ações de natureza Cível e Criminal em um mesmo raio de solução: conciliação, processo, julgamento e execução.

Agora, com a nova lei, a competência do Juizado Especial Cível está condicionada as causas que o valor não ultrapasse 40 salários mínimos, ou ações de despejo para uso próprio, ou ações de possessórias cujo valor do bem imóvel não exceda R\$ 48.480,00 reais (40 vezes o salário mínimo). Já os Criminais, por outro lado, a competência esta conexa ao julgamento de crime de menor potencial ofensivo: as contravenções penais (Lei nº

3.688/1941) e os tipos penais que a pena em abstrato não seja superior a 2 anos (BRASIL, 1995).

Mesmo diante da concreta previsão legal e constitucional dos juizados especiais, existem alguns autores que o interpretam como inconstitucional. O foco das críticas é dirigida ao instituto da transação penal, por meio de três argumentos centrais: a) o instituto propicia a aplicação da pena sem processo e sem reconhecimento de culpa descumpriria o inciso LIV do artigo 5º, CF/88, cujo texto aduz que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, pois a conversão da pena de multa e da pena restritiva de direitos em privativa de liberdade incorreria na privação da liberdade; b) há infração a presunção de inocência do artigo 5º, inciso LVII, CF/88; c) burla ao princípio da igualdade processual, ante o artigo 5º, *caput*, e inciso I (BRASIL, 1988, n.p.).

No entanto, a doutrina mais abalizada e a previsão da Constituição Federal de 1988, como anteriormente, demonstram os resultados lógicos que orientam a legitimidade dos Juizados Especiais. A própria relação entre os meios e os fins - que são cabais - condiciona a Lei 9.099 a total plausibilidade, visto, além do mais, provem benefícios práticos.

O seguinte autor observa o seguinte:

Por outro lado, a aceitação da proposta de transação, pelo atuado (necessariamente assistido pelo defensor), longe de configurar afronta ao devido processo legal, representação técnica de defesa, a qual pode consubstanciar-se em diversas atividades defensivas: a) aguardar a acusação, para exercer oportunamente o direito de defesa, em contraditório, visando a absolvição ou, de qualquer modo, a situação mais favorável do que a atingível pela transação penal; ou b) aceitar a proposta de imediata aplicação da pena, para evitar o processo e o risco de uma condenação, tudo em benefício do próprio exercício da defesa (GINOVER et al, 2004).

Em decorrência do enredo lógico, esse modelo de alternativo de aplicação da justiça visa à conciliação ou transação, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a descaracterização através da aplicação das medidas despenalizadoras que tem como fim a extinção da punibilidade.

3 PRINCÍPIOS

A Lei dos Juizados Especiais, Lei nº 9.099/95, desenvolveu alguns princípios norteadores das atividades dos juizados, como: princípio da Oralidade, informalidade,

simplicidade, economia processual e celeridade. Em suma, buscam prover reparação dos danos acometidos contra o espólio material ou moral da vítima de maneira rápida e eficiente (BRASIL, 1995).

Cumpra observar a alusão do respectivo autor acerca do objetivo dos princípios na órbita jurídica dos juizados especiais:

É, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce de, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico (MELLO, 2007, p.771-772 *apud* AZEVEDO, 2007, n.p.).

O princípio da oralidade baliza as atividades promovidas pelo juizado, pois condiciona a produção dos atos pelos meios verbais, pelo juiz e pelas partes. O fundamento está assente na necessidade de agilizar a produção dos atos processuais, restringindo os atos físicos às situações especiais. Como exemplo, a conciliação é totalmente realizada verbalmente, com a presença das partes e do juiz e, somente decisão será realizada por escrito, visto a necessidade da homologação judicial. O objetivo é prover fluência do processo e evitar protelação.

O exíguo doutrinador Tourinho (2007), interpreta o referido princípio como a sobreposição do ato oral diante do escrito, facilitando e agilizando a entrega da prestação jurisdicional, provendo benefícios para o corpo social. Inclusive, desburocratizando o rito processual, ante a abusiva quantidade de documentos aderidos ao processo.

A adoção do seguinte princípio não retira a legalidade do ato, Figueira Junior, em contrapartida, adverte:

O princípio enfocado nada mais significa, do que a exigência precípua da forma oral no tratamento da causa, sem que com isso se exclua por completo a utilização da escrita, o que, aliás, é praticamente impossível, tendo em vista a imprescindibilidade na documentação de todo o processo e a conversão em termos, no mínimo, de suas fases e atos principais, sempre ao estritamente indispensável. Ademais, processo oral não é sinônimo de processo verbal (FIGUEIRA JUNIOR; LOPES, 1997. p.67).

No princípio da Informalidade ("de formalização"), condiciona a prática processual de forma mais livre, buscando não prejudicar as partes presentes na lide, como prevê o

artigo 65 da Lei 9.099/95: “Os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais foram realizados, atendidos os critérios indicados no art. 62 desta Lei”. Ou seja, o rito disposto visa alcançar uma solução por meio da prática de pequena quantidade de atos, sempre voltados a um resultado livre de excessivas formalidades (BRASIL, 1995).

O autor Fabbrini Mirabete analisa o princípio da seguinte forma:

Embora os atos processuais devam realizar-se conforme a lei, em obediência ao fundamental princípio do devido processo legal, deve-se combater o excessivo formalismo em que prevalece a prática de atos solenes estéreis e sem sentido sobre o objetivo maior da realização da justiça. Não se deve esquecer, porém, que não se pode, a pretexto de obediência do citado princípio, afastar regras gerais do processo quanto a atos que possam ferir interesses da defesa ou da acusação, ou causar tumulto processual, dispondo, aliás, a lei que devem ser aplicadas subsidiariamente nos Juizados as disposições do Código de Processo Penal no que não forem incompatíveis com ela (art. 92). Sem dúvida, o juiz não está isento de observar um mínimo de formalidades essenciais para a prática de determinados atos processuais [...] (1997, p. 25).

Os Princípios da Informalidade e Simplicidade seguem na mesma linha de finalidade e aplicação. Neste contexto, a Simplicidade visa reduzir os atos e termos processuais, tanto quanto for possível e necessário para tornar o processo simples e fluído, deixando as partes exporem seus objetivos até que se alcance o resultado necessário, respeitados os critérios desta Lei (FIGUEIRA JUNIOR; LOPES, 1997).

O próximo é o da Economia Processual, no qual o juizado especial deve se ater ao menor valor possível no desenvolvimento dos atos. Nesse sentido, o juiz observará a menor quantidade de dinheiro e tempo para a prática do respectivo ato. Isso irá beneficiar ao Estado, as partes e, principalmente, a sociedade. Assim, quando o juiz estiver diante de duas posições e uma delas dispôr de economicidade de valor e tempo, essa deverá ser utilizada (NUCCI, 2021).

Diante disso, o seguinte autor observa que:

O princípio da economia processual informa praticamente todos os critérios aqui analisados, estando presente em todo o Juizado, desde a fase preliminar até o encerramento da causa: evita-se o inquérito; busca-se que o autor do fato e a vítima sejam desde logo

encaminhados ao juizado; pretende-se que, por acordos civis ou penais, não seja formado processo; para a acusação, prescinde-se do exame de corpo de delito; as intimações devem ser feitas desde logo; o procedimento sumaríssimo resume-se a uma só audiência (NUCCI, 2021, p.95).

A diminuição do tempo e a Economia é o foco do princípio da Economia processual. Como exemplo, caso o juiz esteja diante de uma prova que necessita de análise pericial especializada e existam dois peritos de grande credibilidade na comarca, e haja divergência de valores, o juiz deve sucumbir ao menor valor. A questão da agilidade também deve ser analisada pelo magistrado.

Por último, o princípio da Celeridade é base da Lei 9.099/95, pois, como já tratado, os Juizados Especiais foram desenvolvidos para desafogar o poder judiciário de algumas ações de pequena relevância - que cumprem os requisitos já citados. As ações, quando encaminhadas ao o juizado especial, são apuradas e decididas com agilidade e praticidade (MIOLA; DOURADO, 2017).

O seguinte princípio visa "reduzir o tempo entre a prática da infração penal e a decisão judicial, para dar uma resposta mais rápida a sociedade"(PINESSO, 2013, n.p.).

Miola e Dourado (2017), que tratam o referido princípio como a necessidade de solução ágil do conflito e uma tutela judicial concreta. Os autores observam que o princípio da celeridade encaminha vistas para a concentração dos atos processuais, imediatismo da audiência de conciliação, impedimento de intervenção de terceiros e irrecorribilidade das decisões interlocutórias.

O princípio da celeridade busca um andamento processual mais rápido, mas com eficiência. Nesse sentido dispõe Souza (2010 *apud* PINESSO, 2013) que o processo deve ser rápido, terminando o mais rápido possível, sem prejudicar a segurança das decisões. Pode visualizar esse princípio na legislação do juizado na abolição de prazos diferenciados. O autor informa ainda que a carta magna, em seu art. 5º, LXXVIII, preceitua como garantia constitucional a duração razoável do processo (PINESSO, 2013).

No entanto, não se observa, nas rotinas dos Juizados Especiais Cíveis pelo Brasil, a implementação do direito à celeridade, pois se existem longas pautas, com datas intervaladas, com predileção por peças escritas, e uma crescente demanda que dificulta um trabalho célere dos juízes e funcionários da Justiça.

4 MEDIDAS DESPENALIZADORAS DO JECRIM

Como já visto, as medidas despenalizadoras foram criadas a partir da Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995, com objetivo de instaurar uma nova visão ao ordenamento

jurídico, garantindo o formato consensual ante a resolução dos conflitos, além de se aplicar uma justiça mais célere, mais simples e sem complicações.

A partir disso, os delitos que possuem pena máxima não superior a dois anos ou se tratando de contravenção penal, são denominados de delitos de menor potencial ofensivo, e como dispõe da referida lei, é de competência do Juizado Especial Criminal (BRASIL, 1995).

O Código de Processo Penal, no artigo 394, condiciona as infrações de menor potencial ofensivo ao Procedimento Comum Sumaríssimo, cuja competência cabe aos Juizados Especiais Criminais, diante da vaga lesividade ensejada pela conduta do agente (REIS; GONÇALVES, 2021).

A Lei dos Juizados Especiais estabelece três medidas despenalizadoras, são: composição civil dos danos, transação penal e suspensão condicional do processo.

Desta feita, necessário salientar que tais medidas não podem se confundir com as penas alternativas, meios diversos ao encarceramento, limitando alguns direitos ou impondo obrigação ativa, quando a pena definida for inferior a 4 anos, decorrer da prática de crime culposo e sem violência ou grave ameaça. Estas penas são: Prestação pecuniária; perda de bens e valores; prestação de serviços a comunidade ou entidade pública; interdição temporária de direitos; limitação dos fins de semana (BRASIL, 1940).

Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes (1995, p. 9), acerca da diferença da tomada de providência para cada caso, pontua:

Despenalizar consiste, como vimos, em adotar processos substitutivos ou alternativos, de natureza penal ou processual, que visam, sem rejeitar o caráter ilícito do fato, dificultar, evitar, substituir ou restringir a aplicação da pena de prisão ou sua execução, ou, ainda, pelo menos, sua redução. Os 'substitutivos penais' não se confundem com os processos despenalizadores 'alternativos' (penas alternativas), porque enquanto aqueles substituem uma pena de prisão já fixada (ex: penas restritivas de direito no Código Penal, estes aparecem como 'alternativa impeditiva' da imposição de tal pena (...). Os processos despenalizadores, por outro lado, podem ser consensuais (conciliação, transação, etc. – isso se deu agora com a Lei 9.099/95) ou não consensuais (impostos pelo juiz).

Essas medidas são fundadas a partir de um consenso, de modo que depende em parte da vontade do agente infrator e do acusador nos casos da transação penal e da

suspensão condicional, e em parte da vontade da vítima ou do autor do fato quando engloba o caso da composição dos danos civis.

Frisa-se que, tais situações devem ser tratadas como exceção, haja vista sua particularidade não é regra geral. No mais, superada a breve análise das medidas despenalizadoras, adentraremos especificamente em cada instituto despenalizador.

4.1 Composição de Danos Civis

Ocorrido na fase preliminar do processo por meio da conciliação, a composição civil dos danos compreende tanto as ações privadas quanto as públicas condicionadas à representação, de modo que compreende como sujeitos do processo: a) vítima e o autor do delito quanto à reparação do dano; b) Ministério Público e autor do fato no que se refere aos aspectos criminais do delito. Ainda, buscando maior resultado da conciliação, prevê-se, além da atuação dos Magistrados, aqueles que figurarão como conciliadores (BRASIL, 1995).

Nessa linha, conforme o artigo 72 da Lei nº 9.099/95, a vítima, o autor do fato e o representante do Ministério Público deverão estar presentes na audiência de conciliação, no qual o juiz ira informá-los da possibilidade de composição dos danos e da possibilidade de aplicação da pena não privativa de liberdade. As partes podem realizar acordo posterior, mesmo não havendo aceitação do anterior (BRASIL, 1995).

Ademais, estando diante de um caso de ação penal privada, tanto a conciliação quanto a satisfação do dano, implicarão à renúncia ao direito de queixa, desde que devidamente homologado.

Igualmente, se for o caso de ação penal pública condicionada à representação, o acordo promovido e homologado gera a renúncia ao direito de representação. Nos dois casos, deve o Juiz competente, julgar extinta a punibilidade.

O Saudoso Luiz Flavio Gomes (2016, n.p.) ressalta que “a composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo cível competente”.

Todavia, caso a composição reste infrutífera, da ação pública condicionada à representação, o processo corre normalmente, assim como dispõe o art. 75 da Lei nº 9.099/95, senão vejamos:

Não obtida a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo. Parágrafo único. O não oferecimento da representação na audiência preliminar não implica

decadência do direito, que poderá ser exercido no prazo previsto em Lei. (BRASIL, 1995)

Logo, não havendo êxito, a vítima, ou seu representante, terão a legitimidade em exercer, verbalmente e, logo após, reduzir a termo, a apresentação contra o agente do delito. Nesta situação, também há a permissão do Ministério Público oferecer denúncia oral, dando início ao procedimento sumaríssimo.

4.2 Transação Penal

Acerca da transação penal, esta se refere ao acordo celebrado entre o Ministério Público e o autor do delito, em ações penais públicas incondicionadas, de modo que haja a proposta de aplicação imediata da pena restritiva de direito ou multa, ocasionando na dispensa de instauração processual, de modo que seu cumprimento implicará na extinção da punibilidade.

Pode ocorrer o indeferimento da transação pelo juiz, quando observado para a imposição, ou quando o fato não for crime, ocupando-se do RESE nestas situações excepcionais, conforme o artigo 581, I, CPP, por trata-se de decisão que não julga nem promove a absolvição, além de não decair a competência do respectivo Juizado Criminal. Exceção é visível quando ocorrer o reconhecimento da atipicidade do fato narrado no Termo de Ocorrência. O Juizado estará rejeitando a proposta de transação penal, como prevê o autor:

Reconhecemos que a aludida decisão é terminativa, no que se refere ao processo conciliatório. Não obstante, e seguindo o nosso ponto de vista sobre os atos processuais judiciais, trata-se de decisão interlocutória, para a qual, segundo nossa classificação, não é cabível o recurso de apelação. Possível seria, por analogia, a aplicação do art. 581, I, do CPP, que cuida da decisão que rejeita a denúncia ou queixa, isto é, a iniciativa da ação penal (MACHADO, 2001, p. 241).

Contudo, deve-se observar os requisitos elencados no § 2º do art. 76 da Lei nº 9.099/95, quais sejam:

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida. (BRASIL, 1995)

Desse modo, quando do preenchimento dos requisitos e, após, homologado pelo juiz e cumprida pelo acusado, seu objetivo principal é alcançado, ou seja, a despenalização através de aplicação mais célere. Ao final da comprovação do cumprimento, é lançada a sentença com a consequente extinção da punibilidade.

4.3 Representação nos Crimes de Lesão Corporal Leve ou Culposa

Como visto, se diante da composição civil, em audiência preliminar, não haver meios conciliatórios, o ofendido terá a possibilidade em conceder representação oral, que será prescrita a termo. Logo, a audiência preliminar se encerrará, ante a impossibilidade da tentativa de transação penal.

No que se refere à ação penal privada e pública condicionada, estas são abrangidas pelo Código Penal ou Legislação Penal Especial, de modo que a primeira o legitimado à ação é o ofendido, e o segundo é condicionado à representação.

Além das hipóteses que tais legislações dispõem, quando nos referimos aos delitos de lesões corporais leves e culposas, dependerão, exclusivamente, de representação, ou seja, dependem da representação do ofendido (BRASIL, 1995).

No entanto, não é obrigatório que a vítima busque o exercício do direito de queixa oral ou representação, no momento da audiência de conciliação, o dispositivo legal não limita a voluntariedade de proposta de ambas no tempo legítimo de seis meses, como prevê o artigo 103 do Código Penal, não afetando o direito potestativo da vítima, caso não ocorra na audiência de preliminar, a manifestação de vontade de representar (BRASIL, 1940).

Não basta, portanto, se a ofensa está prevista no Código Penal ou em legislações excepcionais, visto que todas estarão atreladas à ocorrência do art. 88 da Lei nº 9/099/95, que assim dispõe: "Além das possibilidades do Código Penal e da legislação especial, estará de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas." (BRASIL, 1995).

A possibilidade de aplicação da Lei dos Juizados Especiais no contexto da justiça militar está condicionada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, positivamente,

superando a súmula nº 9 do Superior Tribunal Militar que entendia descabida a aplicação da Lei 9.099 ao ambiente da justiça militar. No entanto, com a promulgação da Lei 9.839 de 1999 tudo mudou. A atual jurisprudência não mais aquiesce a aplicação dos institutos despenalizadores da Lei 9.099/95 no contexto da justiça militar (PINHEIRO, 2013).

4.4 Suspensão Condicional do Processo

Em relação à medida de suspensão condicional do processo, tem-se que só é aplicável aos crimes com pena igual ou menor a um ano, de modo que, o Ministério Público, ao proceder o oferecimento da denúncia, poderá conceder tal medida, desde que o autor se enquadre nos requisitos legais.

A suspensão prevista no artigo 89 da Lei 9.099/95 não guarda nenhuma relação com a suspensão condicional da pena (*sursis*), praticado quando o juiz condena o acusado poderá cessar a execução da pena (PINHEIRO, 2013).

Por outro lado, a suspensão condicional do processo decorre na suspensão do processo (*ab initio*), ainda no oferecimento da denúncia pelo Ministério Público. A validade está condicionada a aceitação do acusado, ficando o processo paralisado até o cumprimento das condições negociadas. Posteriormente, cumprida as determinações, extingue-se a punibilidade, desfazendo a pretensão punitiva exposta na denúncia (BRASIL, 1995).

A suspensão processual prevista na Lei 9.099/95 possui dupla face: processual e penal. Quando ocorrer a extinção da punibilidade, ante o cumprimento das condições elencadas no período de provas, sem analisar a culpabilidade, consiste em período cuja natureza jurídica é majoritariamente penal. Os demais períodos impera a natureza processual. Desse modo, a suspensão condicional do processo é mista.

Seus requisitos de admissibilidade são: a) inexistência de processo em curso; b) inexistência de condenação anterior por crime e; c) presença dos demais requisitos do artigo, 77 do Código Penal, quais sejam: a) condenado não seja reincidente em crime doloso; b) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como motivos e as circunstâncias, autorizem a concessão do benefício (BRASIL, 1940).

Seu objetivo parte de se evitar a estigmatização derivada do próprio processo que, conseqüentemente, acaba evitando também a estigmatização resultante na sentença condenatória.

5 CONCLUSÃO

Como se viu, com o surgimento dos Juizados Especiais Criminais, foram desenvolvidas as medidas despenalizadoras, que em razão de sua celeridade na aplicação, foi considerada um modelo eficiente na aplicação das penas.

Para sua aplicação, é importante que haja constância em seu modo de adequação, tendo em vista a crescente evolução da sociedade, ainda mais quando se menciona sobre a ocorrência de delitos de menor potencial ofensivo, uma vez que todos estão suscetíveis a ter algum tipo de contato, figurando como autor ou vítima.

A Lei 9.099 de 1995 deve ser exemplo para as demais áreas do direito, tendo em vista os benefícios práticos alcançados pelo respectivo instituto. Os princípios basilares afeitos a lei também são importantes para a manutenção do objetivo dos juizados especiais.

A sociedade deve ter conhecimento acerca das medidas despenalizadoras afeitas a crimes sem grande relevância no aspecto social.

Diante disso, criaram o chamado “Fórum Nacional de Juizados Especiais” (FONAJE), integrado por coordenadores e membros dos Juizados Especiais. Periodicamente, eles se encontram para discutir sobre os principais temas ocorridos, visando alinhar entendimentos e atos que dizem respeito aos procedimentos processuais, de modo que resulte em harmonia na aplicação.

Logo, tem-se que a supracitada lei precisa, urgentemente, de ser compreendida, de modo que não haja discussões quanto sua aplicação. A vontade política de governantes, administradores, juristas e operadores do direito, é se suma importância a fim de que não a torne inútil, haja vista sua importância.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Felipe Paulino. **Depenalizing Measures of Special Criminal Courts and FONAJE Aid**. 2020. 35 folhas. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade Pitágoras, Linhares, 2020.

FONAJE (Fórum Nacional de Juizados Especiais). **Enunciados Criminais Enunciados atualizados até o XL FONAJE**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/corregedoria-nacional-de-justica/redescobrimdo-os-juizados-especiais/enunciados-fonaje/enunciados-criminais/>. Acesso em: 20 jul 2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília, DF, 7 de dezembro de 1969. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm > Acesso em: 18 maio 2022

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais** e dá outras providências. Brasília, DF, 26 de Set. de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em: 20 jul 2022.

BRASIL. Constituição de 05 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15 maio 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**, 8. ed. 4. Vol. São Paulo: Saraiva, 2013.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias, LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **Comentários à lei dos Juizados especiais cíveis e criminais**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais criminais : comentário à Lei 9.099, de 26.09.1995**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. **Projeto de Criação dos Juizados Especiais Criminais**, São Paulo: RIBCCrim, 1995.

GOMES, Luiz Flávio. **Os juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Saraiva, 2016.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Lei dos Juizados especiais anotada**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

MIRABETTE, Julio Falbrini. **Juizados especiais criminais: comentários, jurisprudência, legislação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MIOLA, A. L. I.; DOURADO, E. N. Da. **Lei n. 9.099/95 sob a perspectiva do acesso à justiça**. Juscom, Jul. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/59085/da-lei-n-9-099-95-sob-a-perspectiva-do-acesso-a-justica>>. Acesso em: 22 jun 2022.

MACHADO, Agapito. **Juizados especiais criminais na justiça federal**. São Paulo: Saraiva, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021.

PINESSO, Kelee Cristina. **Princípios informativos do Juizado Especial Criminal**. Jusbrasil, 2013. Disponível em: <<https://kellpinesso.jusbrasil.com.br/artigos/111844223/principios-informativos-do-juizado-especial-criminal>>. Acesso em: 23 fev 2022.

PINHEIRO, Azzam Gadelha Pinheiro. **As medidas despenalizadoras dos juizados especiais criminais**. EMERJ, 2013. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2013/trabalhos_12013/RobertaAzzamGadelhaPinheiro>. Acesso em: 13 de Nov. 2022.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva jus, 2021.

TOURINHO, Fernando Costa Neto; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados especial estaduais cíveis e criminais: comentário à Lei 9.099/95**. 5.Ed. rev., atual e ampliada – São Paulo : Editora Revistas dos Tribunais, 2007.

CRIME ORGANIZADO E A APLICAÇÃO DA TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

GIOVANNA APARECIDA SILVA CALIXTO:

Discente do Curso de Direito pelo Centro
Universitário de Santa Fé do Sul-SP¹⁴

RICARDO ALEXANDRE RODRIGUES GARCIA¹⁵

(orientador)

RESUMO: O presente tem o objetivo de analisar a aplicabilidade e situações que abrangem o direito penal do inimigo. Foram analisadas as características necessárias para a configuração da organização criminosa imposta pela Lei nº 12.850 de 2 de agosto de 2013. A teoria do Direito Penal do Inimigo parte de três principais características, sendo elas a antecipação da punibilidade, a desproporcionalidade das penas e a relativização ou a supressão das garantias penais ou processuais dos indivíduos considerados como inimigos do Estado. Em virtude da falta de dados coerentes em relação ao ilícito, que constitui uma das atividades mais lucrativas no estilo do crime organizado transnacional, fez-se de extremo destaque tratar do Estado como agente fortalecedor. O trabalho foi desenvolvido utilizando a revisão de literatura pautada em pesquisas bibliográficas, por meio de pesquisas em sites, doutrinas, artigos e legislações. Nota-se que há presença da tendência da teoria do Direito Penal do Inimigo em algumas normas do ordenamento jurídico penal brasileiro, como na Lei do Crime Organizado, na Lei dos Crimes Hediondos e na Lei do Abate de Aeronaves. Realiza-se ainda análise sobre as críticas das doutrinas majoritárias quanto a aplicação do Direito Penal do Inimigo em nosso ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Direito Penal do Inimigo. Crime Organizado. Antecipação da punibilidade. Desproporcionalidade das penas. Relativização.

ABSTRACT: The presente work was carried out with the objective of analyzing the applicability and situations that cover the criminal law of the Enemy, pointing out the numerous obstacles presente in the fight Against organized crime. Based on Criminal Law, an introductory analysis was carried out followed by the institutes that comprise it. Afterwards, the necessary characteristics for the configuration of the criminal organization imposed by Law nº 12.850 of august 2, 2013 were analyzed. The theory of the Criminal Law of the Enemy starts from three main characteristics, wich are the anticipation of punishment, the disproportionality of penalties and the relativization or suppression of criminal or

14 E-mail: calixtogiovanna164@gmail.com

15 Docente do curso de Direito, e-mail: ricardogarciaadv@hotmail.com, Centro Universitário de Santa Fé do Sul – SP.

procedural guarantees for individuals considered as enemies of the State. Due to the lack of coherent data in relation to illicit, which constitutes one of the most profitable activities in the style of transnational organized crime, it was extremely important to deal with the State as a strengthening agent. The work was developed using a literature review based on bibliographic research, through research, through research on websites, doctrines, articles and legislation, analyzing the understanding and consequences on the subject. Note that there is a tendency of the theory of Criminal law of the Enemy in some norms of the Brazilian criminal legal system, such as the Organized Crime law, the Heinous Crimes Law and the Aircraft Slaughter Law. Finally, there is an analysis of the criticisms of the majority doctrines regarding the application of the Criminal Law of the Enemy in our legal system.

Keywords: Criminal Law of the Enemy. Organized crime. Anticipation of Punishment. Disproportionality of sentences. Relativization.

1 INTRODUÇÃO

Nota-se que o Estado se mostra cada vez mais omisso diante dos crescentes níveis dos casos de corrupção, desvio de verbas públicas, fraudes em licitações, recebimento de propina, entre outros. E diante desse contexto que está presente há anos, várias teorias surgiram com o intuito de fazer com que o direito penal se enquadre-se na atualidade, tentando assim, recuperar o controle que uma vez fora estabelecido.

Uma dessas teorias, no entanto, afasta-se completamente das conquistas constitucionais dos direitos humanos, de modo que estaria violando diretamente o Princípio da Legalidade, já que não se pode delimitar a conduta a ser incriminada porque busca-se a punição à pessoa, e não ao fato. É a chamada teoria do Direito Penal do Inimigo, tema este que trataremos de forma correlata com as organizações criminosas.

Sua finalidade é a de assegurar uma punição severa, de modo que haja a imposição de formas para o combate da criminalidade. Trata-se de uma crítica ao direito penal atual, que em virtude de todas as garantias penais e processuais penais que se proporcionam aos acusados, fazem com que arruinem a possibilidade de uma real aplicação das sanções penais.

O estudo está dividido em seções, inicia-se com o conceito do Direito Penal do Inimigo, em especial as caracterizações dadas acerca dos estudos de Günther Jakobs. Em seguida, tem-se o conceito de organização criminosa, amparado através da Lei nº 12.850, dispondo sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por estes agentes infratores.

Para afirmar sua teoria, Jakobs defende a ideia de que existe um contrato social entre os indivíduos e o Estado, no qual aquele que infringe tal contrato não participa

mais dos benefícios deste. Assim sendo, há dois tipos de criminosos: os que cometeram um erro e ainda são considerados cidadãos e os que tentam destruir o ordenamento jurídico, vistos como inimigos.

Este tema chama a atenção e ganha visibilidade frente a opinião pública, da imprensa, de particulares, de governantes e líderes de todo o mundo, provocando discussões árduas no meio acadêmico. O objetivo dessa dissertação é contribuir para a discussão acerca desse crime, já que somente conhecendo o fenômeno, poderemos entendê-lo e enfrentá-lo de maneira eficaz.

A finalidade precípua do direito penal do inimigo é combater com mais rigor criminosos de alta periculosidade, integrantes de organizações criminosas, prevenindo delitos mesmo antes de ocorrerem, uma vez que para esses indivíduos as diversas formas de punição previstas no código penal são ineficazes ou insuficientes.

O trabalho foi desenvolvido utilizando-se a revisão de literatura pautada em pesquisas bibliográficas, por meio de pesquisas em sites, doutrinas, artigos, e legislações, analisando o entendimento e as consequências sobre a temática.

2 FINALIDADE DA PENA NO BRASIL

Inicialmente, tem-se que a função primordial do Direito Penal é solucionar os problemas cada vez mais crescentes e avassaladores da criminalidade moderna, com o intuito de evitar a prática de novos crimes por parte do sujeito ativo, no entanto, além da proteção exclusiva de bens jurídicos, o Direito Penal tem como papel fundamental a proteção da sociedade e, para tanto, utiliza-se de algumas teorias, visando alcançar essa prevenção trazida pela lei.

Nestes termos, preleciona José Carlos Dauma Santos (2005, p. 24) que: “a missão do Direito Penal é defender a sociedade (protegendo bens, valores ou interesses), garantir a segurança jurídica ou a sua confiabilidade e confirmar a validade das normas”. O que está intimamente ligado à teoria do Direito Penal do Inimigo em combate ao Crime Organizado.

Dentre as principais teorias que versam sobre a finalidade da pena, podemos destacar a teoria retributiva (ou absoluta), a teoria preventiva (ou relativa), sendo certo que essa segunda modalidade ainda se divide em prevenção geral e prevenção especial e, ato contínuo, se subdivide em positiva e negativa, e por fim a teoria mista (ecclética ou unificadora) (CAPEZ, 2008).

A seguir, analisaremos de maneira sucinta o que se entende por cada uma dessas teorias.

2.1 Teorias

A teoria da retribuição da pena, embora já ultrapassada, defendia que como o indivíduo se utilizou do livre arbítrio para infringir uma norma penal estabelecida, o mal do crime seria compensado com o mal da pena. Também denominada de absoluta, essa teoria era bastante criticada, pois, além de ofender princípios constitucionais, não levava em consideração os aspectos subjetivos do condenado, ou seja, não visava com a privação da liberdade obter nenhum fim social, sendo totalmente avessa aos ideais propostos pelo Estado Democrático de Direito (BARROSO, 2007).

No entanto, a teoria da prevenção, também denominada de relativa, pregava que a justa aplicação da pena serviria para ressocializar o condenado e, por consequência, impediria a prática de novos delitos. Referida teoria era voltada para o futuro e buscava dar um fim utilitário a pena. Essa teoria ainda se subdivide em outras duas, quais sejam: prevenção geral e prevenção especial.

A teoria da prevenção geral era voltada para a sociedade como um todo, ou seja, dirigia-se a aquelas pessoas que estavam mais propensas a praticar delitos, como forma de coibi-los, pois, entendia-se, que no momento em que se fixava uma pena, o mal da pena impediria a ocorrência de novos crimes, servindo o autor de exemplo para a sociedade. Fora amplamente criticada porque não primava pela ressocialização do criminoso, de forma que a imposição da pena era vista apenas como uma obrigação do Estado, no intuito de impedir novos delitos (CAPEZ, 2008).

Contrariando-a, a teoria da prevenção especial se preocupava com o autor do delito, ou seja, visava com a aplicação da pena fazer com que delinquente desistisse de praticar novas infrações. Foi bastante criticada por se preocupar apenas com a ressocialização do criminoso, deixando desprotegida a sociedade.

Por fim, a teoria mista ou eclética, mais atual e dinâmica que atribui à pena tanto o caráter retributivo quanto o preventivo, na busca por um ordenamento eficaz, voltado tanto para o condenado quanto para a sociedade.

Seus adeptos defendem que a pena só pode ser considerada legítima se ao mesmo tempo for eficaz e justa. Entretanto, também recebeu críticas, porque ao combinar as duas anteriores (retributiva e preventiva), que eram totalmente opostas, a teoria não suprimiu às suas falhas, já que a primeira determina que a pena tenha um caráter retributivo e a segunda enxerga está como um fim preventivo (PRADO; CASTRO, 2009).

Em que pese às falhas existentes na teoria mista ou eclética, firmou no Brasil o entendimento de que esta foi a teoria adotada pelo nosso ordenamento jurídico, diante da redação prevista no artigo 59 do Código Penal (PRADO; CASTRO, 2009).

2.2 Ordenamento jurídico brasileiro

Como se sabe, para muitos, a justiça perdeu sua credibilidade, e para reverter a situação, a justiça busca medidas que tragam efetividade nas penas e que possam tornar as menidas mais rigorosas. Diante disso, é possível observar inovações legislativas no direito brasileiro.

Em que pese Jakobs ter comandado a criação da teoria supracitada, ele não propôs como seria na prática aplicar tal instituto por meio de um “Código Penal do Inimigo”. Portanto, diante da ausência sobre como seria a lei, analisaremos algumas marcas inseridas na legislação brasileira (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004).

Nesse sentido, buscando inibir os crimes de maior gravidade, se voltarmos os olhos para as leis brasileiras, notaremos a existência de resquícios do Direito Penal do Inimigo.

Doutrinadores tratam a Lei de Crimes Hediondos como principal exemplo, haja vista que o aumento de punição nos crimes tratados pela referida lei, se enquadram exatamente com o que Jakobs prega em sua teoria. Outros exemplos que podemos citar são: Lei do Crime Organizado e a Lei de Drogas (BRASIL, 1995).

Nessas leis, o criminoso é visto como inimigo, de modo que as medidas dispostas, como a prisão preventiva, as medidas cautelares e a interceptação telefônica se mostram essenciais ao seu combate, protegendo a sociedade.

3 DIREITO PENAL DO INIMIGO: ORIGEM E CONTEÚDO

A teoria do Direito Penal do Inimigo se originou na Alemanha, na metade da década de 1980, a partir dos estudos de Günther Jakobs. Dispõe essa teoria que, torna-se inimigo do Estado aquele que, acusado de praticar crimes, não oferece segurança à coletividade. Desta forma, as medidas de contenção aplicadas à aqueles que não concordavam em respeitar as normas da sociedade, eram atribuídas sobre uma base de regramento diferenciado e árduo (JAKOBS, 2009).

Para Jakobs, de um lado têm-se o direito penal do cidadão, conhecido por ser repressivo e garantista, ou seja, ele prevê uma conduta típica e antijurídica, bem como comina uma sanção penal, de forma que espera-se que o crime ocorra para após punir o seu autor.

De outro, têm-se o direito penal do inimigo que, para ele, é o indivíduo que afronta e desestabiliza a estrutura do Estado, razão pela qual justifica-se a aplicação de um direito penal preventivo, com o único fim de assegurar a ordem jurídica e social, ainda que para

isso seja necessária a supressão de alguns direitos constitucionais do criminoso (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004).

Nesse sentido, o doutrinador Cleber Masson (2012, p. 93) discorre que inimigo:

É a pessoa que revela um modo de vida contrário às normas jurídicas, não aceitando as regras impostas pelo Direito para a manutenção da coletividade. Agindo assim, demonstra não ser cidadão e, por consequência, todas as garantias inerentes às pessoas de bem não podem ser a ele aplicadas.

Ademais, Jakobs (2009) caracterizava o Direito Penal do Inimigo em três elementos: 1) Adiantamento da punibilidade, com criação de tipos penais que punem os atos preparatórios e delitos de mera conduta; 2) Previsão de penas abstratas mais altas; 3) Relativização ou exclusão das garantias processuais.

O adiantamento da punibilidade, dispõe por afastar o então "inimigo" do bem jurídico tutelado, assegurando que não ocorra os atos preparatórios, delitos de mera conduta e até mesmo, a perseguição penal. Ao analisarmos o ordenamento jurídico brasileiro, são encontrados dispositivos parecidos que punem os atos preparatórios, como nos casos de associação para o tráfico, constituição de quadrilha ou bando, entre outros (MORAES, 2009).

Acerca da previsão de penas abstratas mais altas, entende-se que as punições mais severas poderiam abranger desde os atos preparatórios, sendo o agente punido da mesma forma, sem possibilidade na redução da pena, igualmente como se o fato tivesse se consumado e alcançado no resultado pretendido.

No que se refere à relativização ou exclusão das garantias processuais, ao analisarmos o texto legislativo da Constituição Federal, encontraremos várias garantias, como exemplo, tem-se o Princípio da Legalidade, Presunção de Inocência e Devido Processo Legal, que ao entendimento de Jakobs, caso não existissem tais garantias, facilitaria ainda mais a condenação desses agentes infratores.

Pretendendo à inserção da norma na sociedade, Jakobs partiu para o entendimento e estudo da pena, que comportam dois pontos que regulam de forma eficaz a validação do sistema, quais sejam: a) a pena como coação; b) a pena como segurança.

Em relação a primeira, tem-se que ela está ligada com um significado abstrato, de modo que, caso o crime seja cometido por um agente contra a norma incriminadora, mas que em nada atrapalha a sociedade, tal conduta importará apenas em uma pena de caráter educativo.

Por outro lado, a segunda demonstra o papel preventivo, possuindo a finalidade de combater o agente que infringiu as normas de forma grave, impugnando-o a sanção penal.

Em suma, pode-se verificar que a aplicação da pena como coação possui como objetivo principal, a repressão. Enquanto isso, a pena como medida de segurança, tem como objetivo principal a prevenção.

4 ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA: CONCEITO E APLICAÇÃO JURÍDICA

As organizações criminosas existentes no Brasil são denominadas de organizações de modelo tradicional, já que são mais frequentes em determinados setores, tais como: tráfico de drogas, extorsão mediante sequestro, furto ou roubo de veículos e de cargas e lavagem de dinheiro.

O crime organizado é um elemento causador de ações incontáveis, que acaba por levar consigo membros do Ministério Público, juizes, advogados, estudantes, universidades e juristas no geral, impelidos, principalmente, a criação de medidas com o foco de superar a inércia do Poder Público frente ao posicionamento das organizações criminosas, que crescem de forma exorbitante e conquistam cada vez mais espaço. A Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, dispõe de meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado (SANTOS, 2020).

Ademais, em sua obra Marcelo Batlouni Mendroni (2007) destaca que a delinquência organizada é aquela que:

[...] infiltra-se sorrateiramente no subterrâneo estatal ou, revestindo-se de sereia fora d'água, que esconde a cauda de escorpião e golpeia violentamente a inocência popular, ou, travestida de 'colarinhos brancos', apresenta-se como idônea, quando carrega no seu interior inigualável tumor maligno.

As atividades criminosas são, em regra, graves e cometidas de forma profissional, reiterada e eficiente, as quais representam um perigo concreto não apenas para a segurança de uma pessoa em particular com também para a segurança do Estado, que tem o dever de utilizar seus meios de prevenção e repressão para coibir essas práticas, ainda que para efetivá-los, tenha que suprir alguns direitos e garantias destes indivíduos, caso contrário deixaria de punir uma certa parcela de criminosos, o que geraria injustiças, além de ferir o princípio constitucional da proibição de insuficiência (SANTOS, 2020).

Ao que se refere aos elementos preconizados na referida lei, para que haja a caracterização do delito, é necessário a composição de quatro ou mais pessoas, de forma estruturada, estando presente a divisão de tarefas, e que tenham por finalidade obter vantagem de qualquer natureza (BRASIL, 1941).

Acerca do sujeito ativo nas organizações criminosas, este pode ser qualquer pessoa, todavia, deve-se haver a pluralidade de agentes, como visto anteriormente. Ao se falar em sujeito passivo, tem-se a sociedade como um todo, ou seja, a coletividade

Antes da vigência da Lei nº 12.850/2013, tinha-se a Lei nº 9.034/95, que tratava do crime organizado, contudo, não possuía em seu rol taxativo um tipo penal incriminador específico. Com isso, fora revogada, sendo incluído um tipo penal específico para punir os integrantes de organização criminosa, alterando a redação do artigo 288 do Código Penal, de modo que substituiu o título “quadrilha ou bando” por “associação criminosa” (BRASIL, 1941).

Suas atividades variam, não se restringindo apenas ao âmbito econômico ou financeiro, podendo se manifestar também nos esquemas de corrupção, terrorismo, tráfico de drogas e de pessoas.

Paralelo a isso, as grandes organizações possuem recursos financeiros altos, podendo, facilmente, usufruir de meios avançados, estando muitas vezes a frente da polícia investigativa. Portanto, a criação Lei supramencionada caracterizou um grande avanço na legislação penal, onde prevê meios de investigação diferenciados para essas infrações, podendo ser por meio de colaboração premiada, captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ação controlada, interceptação telefônica, infiltração por policiais e cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais (SANTOS, 2020).

Ressalte-se que a referida lei trouxe consigo algumas inovações para o nosso ordenamento jurídico, dentre as quais podemos destacar o acesso pelo Ministério Público e pelo Delegado de Polícia a dados cadastrais contidos em bancos de dados de diversas instituições públicas ou privadas, sem que seja necessária a autorização judicial.

Ainda, disciplinou condutas nas ações controladas e infiltração de agentes, bem como inseriu a figura do Delegado de Polícia como sendo o protagonista no combate às organizações criminosas, por ser este o primeiro a ter contato direto com o crime.

Referido tema, possui íntima ligação com o Princípio da Proibição da Insuficiência, que surgiu na Alemanha em meados do século XX, sendo amplamente aceito pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, além de estar intimamente ligado a questão do crime organizado (BARROSO, 2007).

4.1 Princípio da Proibição da Insuficiência

O Princípio da Proibição da Insuficiência dispõe sobre a possibilidade de aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre os particulares e os cidadãos, não apenas em relação ao Estado e o cidadão, entendida como teoria vertical dos direitos fundamentais, isso porque nos dias atuais é sabido que a prática de atos arbitrários não é característica exclusiva do Estado.

Neste sentido, ensina o professor José Paulo Baltazar Junior (2011, n.p.):

Na sociedade contemporânea, porém, as fontes de perigo e agressão aos direitos fundamentais não provêm exclusivamente do Estado, mas também de outros centros de poder, privados, em relação aos quais não dá resposta adequada a visão tradicional dos direitos fundamentais como direitos de defesa. Sendo assim, os direitos fundamentais, passaram a desempenhar, ao lado de suas funções tradicionais, também uma função de defesa contra ameaças e agressões aos direitos fundamentais com origem em outros centros de poder, não estatais.

A teoria da eficácia horizontal surgiu em face das violações aos direitos fundamentais ocorrerem tanto por parte do Estado como dos agentes privados, diante do poder incontrolável que estas organizações criminosas exercem em determinados lugares, as quais não raras vezes, não apenas equiparam-se ao Estado, mas o superam, já que os cidadãos de determinadas localidades são obrigados a cumprir tanto as regras estabelecidas pelas organizações quanto os ditames previstos pelo poder público (FIGUEIREDO, 2005).

Assim sendo, quando da violação de direitos fundamentais, seja por parte do estado ou de agentes privados, o juiz deve realizar uma ponderação de interesses, tomando por base sempre a regra da proporcionalidade para aplicar uma pena efetiva e justa.

Em outras palavras, o Estado está proibido de prestar uma proteção insuficiente para com a sociedade que vive assolada com a audácia e a prepotência dos membros de Organizações Criminosas.

É nesta seara, de que o Estado deve cumprir com êxito seu dever de proteção, que se encaixa a possibilidade de socorrer-se ao Direito Penal do Inimigo para combater o “Estado Paralelo” exercido pelas Organizações Criminosas.

Nota-se, que face ao postulado da proporcionalidade, favorável à proteção integral da coletividade, necessário se mostra a adoção do direito penal do inimigo para guarnecer a segurança da população, uma vez que os meios convencionais do direito penal e processual penal garantista revelam-se insuficientes ao combate do crime organizado.

Nesse sentido, Sylvia Marlene de Castro Figueiredo (2005, n.p.) dispõe que:

[...] a ponderação, ou o sopesamento, entre o interesse sacrificado pela medida estatal e o interesse público adotado pela mesma, realizado no bojo do princípio da proporcionalidade em sentido estrito, deve atender aos objetivos estampados no Texto Constitucional, de forma que a busca de uma finalidade de interesse público seja maior do que o prejuízo decorrente dessa limitação.

Por tais razões, parece razoável fazer prevalecer os interesses da sociedade em detrimento do suprimento ou relativização dos interesses e direitos individuais dos membros de Organizações Criminosas, em busca da efetiva proteção da coletividade, da paz e do bem comum.

5 ESTADO FORTALECENDO O CRIME ORGANIZADO

Analisando a legislação, é fácil identificar que o Direito Penal do Inimigo já vem sendo utilizado, deixando de lado a ideia de que se trata apenas de uma figura abstrata e simbólica, passando para uma figura que é colocada em prática no caso concreto em algumas situações, como exemplo tem-se a Lei 8.072 de 1990, a Lei dos Crimes Hediondos (CAPEZ, 2008).

Embora a teoria do Direito Penal do Inimigo não seja expressamente permitida em nosso ordenamento jurídico, sua essência está presente. Contudo, a fragilidade atual do nosso Estado acaba por fortalecer indireta e diretamente o crime organizado.

Na lógica, ao pensarmos em um Estado prejudicado no centro do seu sistema jurídico e político, acaba por resultar em abertura de brechas, que seria a deixa perfeita para o fornecimento de indivíduos para o crime organizado crescer.

Em primeiro instante, pode-se demonstrar esse fornecimento exemplificado no modelo que temos atualmente, muito desigual, onde a educação deveria ser a base da sociedade, que não condiz com nossa realidade. Diante disso, choca-se com uma grande parcela da população com baixas condições e perspectivas de uma vida melhor.

Assim, o recrutamento destes indivíduos pelo crime organizado, que se apresenta como uma boa saída, cresce de maneira exorbitante. A partir disso, a fragilidade e inércia

do Estado surge como destaque, deixando um espaço, vindo a organização criminosa para suprir essa falta (GRECO, 2009).

Em segundo instante, tem-se o recrutamento desses indivíduos dentro dos sistemas carcerários, que diante de total falência e ineficácia, acaba se tornando o lugar perfeito. Nosso sistema carcerário é denominado por muitos como “escola do crime”, sendo que, uma vez lá dentro, não será apresentado ao indivíduo outra opção, ao ser coagido, a não ser de se filiar a grupo predominante do presídio, causando efeito contrário do objetivo da pena privativa de liberdade, inicialmente com a intenção de reintroduzir o preso na sociedade, acaba por torná-lo ainda mais perigoso (GRECO, 2009).

Resta evidente que o próprio Estado, diante de sua fragilidade, acaba por fortalecer o crime organizado, sendo pelo recrutamento, daquela parcela da sociedade que é deixada de lado, como também pela falência do sistema carcerário.

6 CONCLUSÃO

Diante da complexidade do tema desenvolvido, envolvendo o Direito Penal do Inimigo ao combate do crime organizado, buscou-se através desta pesquisa, realizar e expor uma análise verificando os fatores predominantes que impulsionam progressivamente o aumento da taxa de organizações criminosas no estágio da conjuntura global. No entanto, há uma convergência no seu tratamento, a exemplo disto é possível citar a fragilidade do Estado, que transparece e acaba por fortalecer o crime organizado.

Já presente em nosso ordenamento jurídico, como já citado no corpo do texto, a Lei dos Crimes Hediondos de nº 8.072/90, Lei das Organizações Criminosas de nº 12.850/2013, Lei de Execução Penal de nº 7.210/84 e a Lei de Abate das Aeronaves de nº 9.6014/98, trazem consigo características do legislador em sancionar com mais dureza e restringir algumas das garantias processuais, como a proibição de anistia, graça e indulto, e também o aumento de prazo para progressão do regime.

Cumprido destacar que, há rejeições por parte da doutrina majoritária com relação à aplicação do Direito Penal do Inimigo no ordenamento brasileiro, no entanto, na realidade já imposta pelas leis em vigor demonstram existir reflexos significativos da aplicação da referida teoria no Brasil.

Ora, é certo que a aplicação da teoria sem requisitos preestabelecidos, certamente acarretaria afronta a cláusulas pétreas trazidas pela nossa Constituição Federal, todavia, o que se pretende introduzir no direito brasileiro, é aplicação do direito penal do inimigo amparado pelo princípio da proporcionalidade, como forma de combate ao crime organizado.

Ademais, não é possível que um país que preza pela ordem constitucional e jurídica insista em ver a figura de criminosos como vítimas, já que outro entendimento demonstraria a total fraqueza das instituições públicas, bem como a compactuação com o desprezo demonstrado por certos indivíduos para com os direitos fundamentais das vítimas.

Nesse sentido, o direito penal do inimigo justifica-se sempre que utilizado de forma equilibrada e para casos específicos, tendo em vista a insuficiência da política criminal atual e a efetiva aplicação do princípio da proibição da proteção insuficiente.

Finalmente, conclui-se que é realmente necessário haver maior atenção e investimento na prevenção de atuação das organizações criminosas, tendo em vista que elas estão sempre em constante mudança, sempre inovando e dificultando o trabalho da justiça. Assim, é necessário que a justiça também evolua, estando a frente das organizações. Esta, enfim, é a mensagem que o presente estudo buscou transmitir, sempre na esperança do máximo aperfeiçoamento do ordenamento jurídico e da aplicação do Direito na busca pela justiça.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 9.034/95, 03 de maio de 1995. **Lei do Crime Organizado**. Brasília, DF, 03 maio. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htm>.

Acesso em: 20 jul. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). In: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Número 9. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, 2007. www.direitodoestado.com.br%2Frere.asp. Acesso em: 20 de julho de 2022.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 4: legislação penal especial**; 3 ed. – São Paulo: Saraiva, 2008.

FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. **A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade**. São Paulo. RCS, 2005

GRECO, Rogério. **O crime organizado e a pirâmide minimalista**. Revista Jurídica Consulex, Brasília/DF, ano XIII, n. 301, p. 22-24, jul. 2009.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo**. In: MOREIRA, Luiz; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli (orgs.). Direito Penal do Inimigo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

JUNIOR, José Paulo Baltazar. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2010.

MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado – Parte geral – vol. 1** – 6º Ed. São Paulo. Método, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime Organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Organização criminosa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PRADO, Luiz Regis Prado; CASTRO, Bruna Azevedo de. Crime organizado e sistema jurídico brasileiro: a questão da conformação típica. **Revista dos Tribunais**, 2009.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **O Direito Penal do Inimigo – ou o discurso do Direito Penal Desigual**. Disponível em:
<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf> . Acesso: 20 jul.2022.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO EM CASOS DE CATÁSTROFES EM QUE O ESTADO TEM O CONHECIMENTO DO RISCO

LUCIVALDO FERREIRA DE SANTANA:
graduando em Direito pelo Centro
Universitário de Santa Fé do Sul – SP¹⁶

PAULO SANTANA¹⁷.

(orientador)

RESUMO: Este presente artigo tem o objetivo de trazer a relevância da responsabilidade civil que o Estado deve ter em relação a diversas catástrofes que acontecem e muitas vezes o Estado tem o conhecimento do risco de catástrofes acontecerem e o poder de impedir que esses tipos de tragédias maiores aconteçam, porém não tomam nenhuma providência a respeito a isso, dessa forma o artigo tenta justificar o porquê o Estado tem culpa em relação a isso, e como ele poderia atuar para impedir esses danos, também busca trazer quais são as sanções para esse tipo de ação ou omissão culposa do Estado, e em relação as vítimas desses diversos casos, busca-se uma solução para que essas pessoas sejam amparadas pelo Estado em relação a qualidade de vida de ter moradias em boas condições e em lugares apropriados buscando a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. O trabalho foi realizado por meio de revisão de literatura, com pesquisa em sites e livros de referência para área de estudo.

Palavras-chaves: Responsabilidade civil do Estado. Catástrofes. Omissão. Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT: This present article aims to bring the relevance of civil liability that the State must have in relation to several catastrophes that happen and often the State is aware of the risk of catastrophes happening and the power to prevent these types of major tragedies from happening, but they do not take any action in this regard, so the article tries to justify why the State is to blame for this, and how it could act to prevent this damage, it also seeks to bring what are the sanctions for this type of action or culpable omission of the State, and in relation to the victims of these different cases, a solution is sought so that these people are supported by the State in relation to the quality of life of having housing in good conditions and in appropriate places, seeking to implement the principle of dignity

¹⁶ E-mail: santana_lucivaldo@hotmail.com

¹⁷ Professor do Centro Universitário de Santa Fé do Sul – SP, Unifunec – SP, professorpaulosantana@hotmail.com.

of human person. The work was carried out through a literature review, with research on websites and reference books for the area of study.

Keywords: State civil liability. Disasters. Omission. Dignity of the human person.

1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil do Estado trata-se do dever da administração pública reparar danos causados a terceiros prejudicados pelo Estado, esse dever se caracteriza de duas formas: contratual e extracontratual, o que vamos tratar aqui nesse presente artigo é o dever extracontratual, que se trata do dever de o Estado reparar o dano a vítima, por imposição de lei que o obriga a reparar essas respectivas vítimas que sofreram algum tipo de dano por agentes da administração pública no exercício de sua função, sem a necessidade de um contrato anterior firmado entre as partes.

Na legislação brasileira a responsabilidade civil do Estado é prevista na (CF/88, ART.37, §6º) "As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa"

A responsabilidade civil do Estado nem sempre foi da maneira que nós conhecemos hoje em dia, esse tema vem sofrendo uma grande evolução desde o final do século XIII, antes desse período era quase que impossível de falar sobre responsabilidade civil do Estado, pois eram épocas de governos absolutistas, e o que se via era totalmente o contrário, que era a irresponsabilidade do Estado, que no caso o Rei era o próprio Estado, e essa teoria trazia a ideia de que o Rei não erra, por isso não tem motivos de reparar nenhum dano a qualquer um que seja, depois disso começou uma pequena revolução, deixando a irresponsabilidade civil para trás e sendo adotada a responsabilidade civil do Estado, que na época era dividida em atos de império e de gestão, os atos de império ainda eram da mesma forma que a irresponsabilidade do Estado, já a de gestão era de alguma a gente estatal em que estivesse a culpa do ato, mas naquela época era muito difícil diferencial um ato de império para um ato de gestão, e quase todos ainda se caracterizavam como ato de império.

A primeira vez na história que se ouve falar em reponsabilidade civil do Estado foi no caso da menina Agnes Blanco no ano de 1872, o fato ocorrido foi: A menina foi atropelada por uma vagonete da companhia nacional de manufatura de fumo que prestava serviço ao Estado. Por conta disso seu pai entrou com uma ação pedindo indenização ao Estado Francês, alegando que a vagonete estava prestando serviço ao Estado e causou um

dano a um terceiro, e essa foi a primeira vez que se ouve falar em responsabilidade civil do estado como vemos nos moldes de hoje.

A primeira vez que o tema da responsabilidade civil do Estado foi visto no Brasil foi no (Código civil de 1916 Art.15), que estabelece: “As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.”

Hoje no Brasil é adotada a teoria do risco administrativo que é fundamentada no Art.37, CF/88, §6º. A teoria do risco administrativo representa a responsabilidade civil objetiva do Estado, essa teoria defende que para existir a responsabilidade do Estado devem haver três elementos, que são: conduta administrativa, dano e nexos casual, e o terceiro prejudicado não precisa comprovar a culpa do Estado para que seja reparado, nesse caso de responsabilidade civil o Estado pode se eximir da culpa e da reparação em alguns casos específicos, então fica claro que nessa teoria tem uma presunção de culpa do Estado, mas fica o ônus da prova para o Estado comprovar que a ação ou omissão não é sua culpa, essa teoria ainda admite algumas excludentes de culpa, como por exemplo: motivo de força maior, caso fortuito, culpa exclusiva da vítima e fato exclusivo de terceiro.

2.RELAÇÃO DA RESONSABILIDADE CIVIL COM AS CATÁSTROFES

A responsabilidade civil do Estado teve origem no final do século XIII na Europa, já no Brasil a Teoria do Risco Administrativo foi adotada pelo sistema jurídico brasileiro desde a Carta Magna de 1946 e tem como objetivo analisar casos de responsabilidade do Estado ou de seus agentes por danos causados. E, também, vemos jurisprudências que até hoje confirma a teoria do risco administrativo também por casos de omissão. Como essa a seguir:

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Responsabilidade civil do Estado. Juiz de Paz. Remuneração. Ausência de regulamentação. Danos materiais. Elementos da responsabilidade civil estatal não demonstrados na origem. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tanto por atos comissivos quanto por atos omissivos, desde que demonstrado o nexos causal entre o dano e a omissão do Poder Público. 2. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame de fatos e provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF. 3. O Plenário da Corte, no exame da ADI nº 1.051/SC, Relator o Ministro Maurício Corrêa,

entendeu que a remuneração dos Juízes de Paz somente pode ser fixada em lei de iniciativa exclusiva do Tribunal de Justiça do Estado-membro. 4. Agravo regimental não provido. (ARE 897890 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 22/09/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-208 DIVULG 16-10-2015 PUBLIC 19-10-2015) Agravo regimental em recurso extraordinário. 2. Responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal abrange também os atos omissivos do Poder Público. Precedentes. 3. Impossibilidade de reexame do conjunto fático-probatório. Enunciado 279 da Súmula do STF. 4. Ausência de argumentos suficientes para infirmar a decisão recorrida. 5. Agravo regimental a que se nega provimento (STF, RE 677283 AgR, SEGUNDA TURMA, Relator(a) Ministro(a): GILMAR MENDES, Julgado em 17/04/2012, Publicado no DJe em 08/05/2012)

Tendo esses aspectos em vista, um assunto que pouco é comentado e muito pouco lembrado, são as catástrofes que acontecem em diversos lugares do Brasil, em que o Estado tem o conhecimento do risco dessas tragédias acontecerem e não tomam nenhuma providencia para tentar impedir que esses danos aconteçam isso é um fato muito lamentável visto o grande número de vítimas que essas catástrofes causam, alguns casos dessa natureza são realmente imprevisíveis e não tem o que o Estado ou alguém possa fazer, já na maioria dos casos, sempre são coisas previsíveis e corriqueiras que sempre acontecem em certas épocas do ano e são totalmente previsíveis, para que o Estado possa se preparar para que não ocorra o dano, deixando muitas vítimas mortas, feridas, sem moradias e sem empregos.

Um exemplo claro dessas catástrofes que vem acontecendo com frequências é na cidade de Petrópolis – RJ, nos últimos anos é com grande frequência que vem acontecendo deslizamentos nessa cidade, e todos esses deslizamentos acaba deixando muitas vítimas, nesse ano de 2022 no mês de fevereiro e de março aconteceu o maior e pior desastre climático nessa cidade em quesito de vítimas e estragos deixando mais de 240 pessoas mortas e outras desaparecidas, antes do caso desse ano (2022) outros grandes casos dessas tragédias aconteceram em 1988 que deixou 171 mortos e em 2011 que deixou 73 mortos, além de casos menores que acontecem todos os anos em Petrópolis e que deixa vítimas e estragos, É certo que quando acontecem esses casos climáticos como por exemplo: em que a chuva vem em uma medida imprevista e que nunca aconteceu antes podemos sim classificar como um evento de força maior natural, mas nos casos em que esses eventos climáticos acontecem sempre nas mesmas épocas anuais, são previstas e corriqueiras, a legislação brasileira deixa claro que o Estado tem o dever de indenizar as vítimas.

Segundo Leme Machado (2012, p. 421) assinala que “nem tudo o que é previsível é evitável, e um acontecimento inevitável, mas previsível, não assume o caráter de caso fortuito ou de força maior”. E o conceituado Carvalho Filho (2015, p. 575), diz: “quem alegar o caso fortuito ou a força maior deve produzir a prova de que era impossível evitar ou impedir os efeitos do fato necessário - terremoto, raio, temporal, enchente”. Seguindo a linha de pensamento desses autores acima se observa que nos casos de deslizamentos que aconteceram em Petrópolis, Segundo Berta (2022,) o Estado tinha o conhecimento de áreas de risco desde maio de 2017 através de um estudo feito pelo plano Municipal de redução de riscos, que foi realizado pela empresa Theopratique Obras e Serviços de Engenharia e Arquitetura.

Segundo esse estudo foram mapeados 27.704 imóveis considerados de risco alto ou muito alto, inclusive o estudo apontou a área do morro da oficina como o perímetro com mais casas em risco, totalizando 729 imóveis em perigo em casos de chuvas, essa área foi classificada pelo estudo, no nível mais crítico e perigoso dos 6 níveis de classificação, que lamentavelmente foi a área que foi destruída pelos deslizamentos desse ano (2022), Claramente isso trata-se de um caso muito grave de omissão da parte do Estado tendo em vista todo o conhecimento do risco que aquela população corria, não tomou providências cabíveis para tentar neutralizar ou pelo menos reduzir o dano que foi causado naquela região.

É lamentável ver que ano após ano, essas mesmas coisas voltam a acontecer e nunca são tomadas as providências necessárias para conter essas tragédias, vemos que nesses casos as punições são muito brandas, quando tem punição, e o poder Público sempre promete fazer projetos e infraestruturas para neutralizar essas tragédias, mas nunca nada é feito, e isso precisa mudar, porque vidas humanas estão em jogo.

3.PROJETOS E POSSIVEIS SOLUÇÕES PARA CONTER O DANO

O poder público pode adotar muitos projetos e ideias que possam sanar as tragédias por deslizamentos e coisas do gênero, tenho certeza que se o Estado se posicionar para buscar soluções, muitas das tragédias poderão ser evitadas e muitas vidas salvas, não digo em todos os casos, pois sabemos que alguns casos são realmente inevitáveis, mas os que são previsíveis e corriqueiros com certeza serão evitados com o posicionamento efetivo do poder público. Vou listar abaixo algumas ideias e projetos:

3.1 Relatórios feitos pela defesa civil

É de suma importância que a defesa civil municipal elabore relatórios mapeando as áreas de risco e possíveis desastres de todos os municípios e também fazendo estudos geotécnicos, para que possa passar esses relatórios para o governo do Estado, e o governo do Estado encaminhar diretamente para o Governo Federal, esses relatórios trariam o

conhecimento muito mais explícito as governantes para que eles possam tomar providências de precaução, em muitas cidades a defesa civil municipal já fazem esses relatórios, mas precisamos abranger isso para todos os municípios e com relatórios com mais precisão, dessa forma o governo pode se mobilizar, já que tem verbas e orçamentos destinados a esses fins.

3.2 Não construir e não levar infraestrutura em áreas de risco

O consultor legislativo da área do meio ambiente do senado, Carlos Henrique Tomé, explica que, os deslizamentos nessas áreas ocorrem pelo crescimento desordenado e mal planejado nessas cidades, principalmente nas ocupações dos morros, aí o que era pra ser apenas uma chuva acaba se transformando em uma catástrofe, ele ainda diz que desastres como esses continuam acontecendo por que o governo do rio de janeiro ignora os riscos de construir nessas áreas, em casos de chuvas é natural que ocorras deslizamentos nas encostas, o problema é que existe uma cidade em baixo dessas encostas, e com cidade ou sem cidade vai haver deslizamentos nessas áreas, por isso a importância de não construir nessas áreas de risco.

Vemos também que além do Estado não impedir que pessoas morem em localidades de risco, o governo ainda leva infraestrutura para essas áreas, como energias elétrica, água encanada e rede de internet entre outros, dessa forma induzido as pessoas a morarem nessas áreas de risco.

Victor Carvalho Pinto, consultor de Desenvolvimento Urbano do Senado, alega que a legislação ambiental proíbe a construção em áreas íngremes que estão sujeitas a deslizamentos e nas alagadiças, ele ainda destaca que mais de 90 % dessa população não iriam morar nessas localidades com a falta da infraestrutura que é levado até essas localidades pelos serviços do governo, ele ainda diz: “Se a legislação proíbe, o Poder Público não pode dar a estrutura. Hoje essas pessoas não têm para onde ir. Mas, originalmente, não poderia ter havido permissão para ocupar áreas de risco”

3.4 Evacuação das áreas de risco

Visto que essas áreas não poderiam estar ocupadas, levando um grave risco para quem a ocupa, a melhor alternativa seria uma evacuação dessas áreas, e não permite que sejam feitas novas construções nessas localidades. Vitor carvalho Pinto sugere que essa evacuação seja feita do mesmo modo de que quando o poder público precisa construir uma estrada ou uma linha de metrô, indenizando todas as pessoas que ali tem propriedades, e dessa forma deixando aquelas áreas isoladas, dessa forma o problema de deslizamentos estaria resolvido, pois independentemente do volume da chuva não haveria

pessoas naquela localidade, dessa forma não seriam atingidas e muitas vidas seriam poupadas.

4. PLANO DE CONTIGENCIA

Vale ressaltar que a Secretaria de Defesa Civil e Ações Voluntárias atua de forma articulada com as demais secretarias do município, além dos diversos órgãos do estado, do governo federal e demais instituições que atuam direta ou indiretamente para a redução de desastres e apoio às comunidades atingidas. Esta abordagem sistêmica permite que as ações de prevenção, mitigação, preparação, resposta e recuperação sejam melhores executadas. Todas as medidas adotadas são de caráter permanente e cíclico, ou seja, estarão sempre sendo revistas e atualizadas. Todos os registros de desastres ficarão arquivados a fim de auxiliar na sua revisão e em futuros planejamentos.

4.1 Instruções para manutenção do plano

Para melhoria e concretização deste Plano de Contingência, os órgãos envolvidos na sua elaboração e aplicação devem realizar exercícios simulados em conjunto, sob a coordenação da Secretaria de Defesa Civil e Ações Voluntárias. Ao final de cada exercício, orienta-se a confecção um relatório destacando os pontos do Plano que merecem alteração ou reformulação, bem como as dificuldades encontradas na sua execução. Com base nestas informações poderá ser lançada uma nova versão, que deverá ser distribuída para todos os participantes. Caberá à Secretaria de Defesa Civil e Ações Voluntárias criar um sistema de avaliação dos exercícios simulados, sendo esta ação executada em conjunto com os demais órgãos envolvidos.

4.2 Finalidade

A finalidade deste Plano de Contingência é estabelecer ações e responsabilidades dos órgãos envolvidos na resposta às emergências e desastres, quando da atuação direta ou indireta, para deslizamentos de solo e/ou rocha no município de Petrópolis, recomendando e padronizando, os aspectos relacionados ao monitoramento para emissão dos níveis de vigilância, atenção, alerta e alerta máximo, tal como na resposta, incluindo as ações de socorro, assistência e reabilitação de cenários, a fim de reduzir os danos e prejuízos decorrentes do desastre e restabelecer a normalidade no menor prazo possível.

A Prefeitura de Petrópolis, na Região Serrana do Rio, realizará nesta segunda-feira (7/11), o "Petrópolis Resiliente". O evento, que será realizado no Instituto Teológico Franciscano (ITF, na Rua Coronel Veiga), contará com a apresentação do Plano de Contingência para o verão. Além disso, os integrantes do Conselho Municipal de Proteção e Defesa Civil serão empossados.

O Fundo Municipal de Proteção e Defesa Civil, regulamentado pela atual gestão, também será apresentado. A previsão de receita para o Fundo é de R\$ 100 mil mensais. Este valor representa a metade de todo o orçamento previsto para a Defesa Civil em 2022, feito pelo governo anterior e herdado pela atual gestão - que assumiu no dia 18 de dezembro do ano passado.

"As catástrofes climáticas de fevereiro e março exigem um novo padrão para o combate aos desastres. Sempre tratamos disso como prioridade, e um símbolo disso é a criação da Secretaria de Proteção e Defesa Civil, em 2013. Agora, estamos criando novos mecanismos para tornar a cidade cada vez mais resiliente", disse o prefeito Rubens Bomtempo.

O secretário de Defesa Civil, Gil Kempers, destacou que as diretrizes do Plano de Contingência serão debatidas e deliberadas pelo Conselho.

"Um plano de ação como o que estamos montando fica mais completo quando ouvimos os moradores, que estão na ponta e entendem a realidade; os técnicos, que têm conhecimento necessário para evitar os desastres; enfim, toda a sociedade".

Disse, destacando que a primeira reunião do Conselho irá discutir o plano. O secretário de Proteção e Defesa Civil destacou que o município fará, ainda, uma grande campanha para que os petropolitanos se cadastrem no sistema de alerta por mensagem de texto (SMS), por meio do número 40199. *"Muitas pessoas ainda não conhecem o sistema, que é fundamental para prevenir desastres"*, disse. Kempers também destacou outras ações, como o cadastramento de comerciantes da Rua do Imperador para o informe sobre alertas.

5.IMPACTOS AO MEIO AMBIENTE

Em entrevista à CNN, o diretor do Cemaden Osvaldo Moraes afirmou que no dia 14 o órgão emitiu um alerta à Defesa Civil nacional de que "havia condições meteorológicas propícias para um evento meteorológico muito intenso".

Marengo é enfático: "A chuva não mata pessoas, o que mata é a chuva quando cai em áreas de risco". De acordo com um relatório do Serviço Geológico do Brasil, 48,82 % da área do município, ou 386,7 km², possui alto risco de deslizamentos. Desse total, 13,42 % possuem algum tipo de edificação. Entre os pontos onde os pesquisadores encontraram cicatrizes de deslizamentos recentes, que aumentam a suscetibilidade a novas quedas, está justamente o Morro da Oficina.

Levantamento do MapBiomas mostrou que ocupações irregulares em Petrópolis mais que dobraram entre 1985 e 2020. Os 'aglomerados subnormais' – classificação do IBGE para assentamentos irregulares como “favelas, invasões, grotas, baixadas, comunidades, vilas, ressacas, loteamentos irregulares, mocambos e palafitas, entre outros” – aumentaram 108% nesse período.

O Atlas de Mortalidade e Perdas Econômicas Causadas por Extremos Climáticos, editado pela Organização Meteorológica Mundial, lista 193 desastres ocorridos no Brasil entre 1970 e 2019, resultando na maior média da América do Sul – quatro eventos extremos por ano. Nos últimos três meses, enchentes arrasaram cidades na Bahia, Minas Gerais, São Paulo e, a região de Petrópolis, no Rio de Janeiro, junto com parte do Espírito Santo.

As inundações são a maior causa de mortes em crises climáticas na América do Sul – 57.892 mortes em quase cinco décadas. Dessas, 30 mil ocorreram na Venezuela em 1999, na chamada Tragédia de Vargas, o pior desastre natural já registrado no continente. Um dado da pesquisa corrobora a visão de cientistas e ativistas sobre a importância de ações de combate à desigualdade social em conjunto com soluções ambientais: 82% das mortes por extremos do clima em todo o mundo acometem famílias de renda baixa e média-baixa. Com as mudanças do clima, eventos extremos serão cada vez mais comuns. “O aumento global da temperatura está sendo observado em todo o mundo – os últimos 22 anos foram os anos mais quentes”, explica Marengo. “E isso está gerando um aumento na frequência de extremos.

Quando falo de extremos, posso estar falando de ondas de calor, como aconteceu no Hemisfério Norte, com ondas de calor seco no Canadá, na Índia, no Japão, tempestades de neve nos Estados Unidos, enchentes fortíssimas que mataram pessoas na Alemanha, na Bélgica, na Suíça e, agora, essas enchentes e enxurradas que atingem o Brasil.” “Ou seja, esses extremos já estão acontecendo.

Já tem provas que mostram isso”, completa Marengo. O Sexto Relatório de Avaliação do Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas aponta que no cenário atual, com aumento de temperatura média global de 1°C em comparação aos níveis pré-industriais, precipitações (chuva e neve) severas que aconteciam uma vez a cada dez anos já estão caindo 1,3 vezes no mesmo período e são 6,7% mais intensas. Caso o ritmo de emissões de carbono atual siga inalterado e a temperatura global aumente 2°C, essas tempestades severas serão 14% mais intensas e ocorrerão 1,7 vezes a cada dez anos. Com 4°, número que atingiremos em 2100 caso nada mude, serão 30,2% mais intensas e ocorrerão 2,7 vezes a cada dez anos.

São coisas que já não dependem da natureza, dependem do ser humano.” Para o geólogo Marcelo Gramani é preciso botar em prática os planos de gestão de risco. “Com

os recursos técnicos que temos hoje, não podemos mais deixar isso acontecer” diz ele. “Precisamos de planos, formação de núcleos de defesa civil, simulações, treinamentos e envolver a comunidade.

A resposta é antecipação, comunicação e capacitação da comunidade. Enquanto o esforço da ciência não se transforma em ações governamentais práticas, a comunidade em Petrópolis mal consegue tempo para chorar seus mortos. Na tarde da quinta-feira, 17 de fevereiro, dois dias depois da tragédia, as sirenes voltaram a soar nos morros quando o tempo fechou sobre a cidade imperial. Um trabalhador consertava a porta automática de um hotel e parou o serviço quando as primeiras gotas caíram sobre o asfalto da rua ainda molhada. Ele sacou o celular do bolso e discou algum número. Quando atenderam a chamada, olhando para as nuvens escuras, disse: “Amor, fica em casa por favor. Está chovendo de novo”.

6.CONCLUSÃO

Analisando o fato desse assusto ser pouco lembrado e discutido, temos poucas jurisprudências e doutrinas sobre esse tema, entretanto esse artigo trás as claras a relação da responsabilidade civil do Estado em casos de catástrofes em que o poder público tem o conhecimento do risco, vemos que nesses casos o Estado tem o dever de reparar o dano que foi causado por seus agentes no exercício de suas funções por ações ou omissões, no caso em que falamos é de omissões, visto que o dano poderia ser evitado caso o poder público tomasse algumas providencias.

Ao decorrer do artigo vemos que muitas pessoas perderam a vida por uma grave omissão do poder público, e que isso poderia ser muito diferente se o Estado agisse de acordo com o conhecimento do risco para tentar impedir, listamos aqui algumas alternativas que poderiam sanar esses tipos de catástrofes que são previsíveis e podem sim ser evitadas com um planejamento adequado, que são: Relatórios feitos pela defesa civil, mapeando as áreas de riscos e fazendo estudos geotécnicos. Vedando construções nas áreas que for classificada de risco, visto que construir em áreas com risco de deslizamentos e íngremes são proibidos e perigoso ao morador dessas localidades. Evacuação das áreas de risco, visto que essas áreas já estão ocupadas o Estado pode indenizar essas pessoas que ali tem propriedades para que elas saiam da zona de risco, dessa forma deixando essas localidades isoladas.

Dessa forma vemos que o Estado tem responsabilidade nesses casos citados nesse artigo, e que providencias precisam ser tomadas, afinal são vidas humanas que estão em jogo, precisamos que a legislação Brasileira seja mais rigorosa ao impor leis sobre esses casos em que uma ação ou omissão do poder público gera mortes a terceiros, o dever do Estado é assegurar a segurança, a dignidade da pessoa humana, assegurar o direito à vida e entre muitos outros princípios fundamentais, mas esses casos mostram totalmente ao

contrário, ao invés do Estado assegurar o direito dos cidadãos ele mesmo está ferindo esses direitos. É revoltante ver pessoas inocentes morrerem e ninguém faz nada pra mudar isso, e os responsáveis por isso seguem impune, precisamos punir e ser rigorosos com os responsáveis por esses danos.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Vitor augusto. **Responsabilidade Civil do Estado e os desastres naturais: uma análise da Teoria do Risco Administrativo**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.106 e 107.

BERTA, Ruben. **Petrópolis sabia de 15 mil imóveis em risco na área da tragédia desde 2017**. UOL, 2022. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2022/02/17/petropolis-sabia-de-15-mil-imoveis-em-risco-na-area-da-tragedia-desde-2017.htm>. Acesso em: 24 jul. 2022.

BRASIL. Constituição Federal. **Diário Oficial da união**. Brasília, 05 de outubro de 1988 Disponível em: < Constituicao-Compilado (planalto.gov.br) > Acesso em: 03 de jul.2022.

BRASIL: **Jusbrasil, 4 ago. 2019**. Disponível em: <https://victorguimaraesaraujo1.jusbrasil.com.br/artigos/739425687/responsabilidade-civil-do-estado-e-os-desastres-naturais-uma-analise-da-teoria-do-risco-administrativo>. Acesso em: 5 jul. 2023.

BRASILIA: **Senado Federal, 23 jan. 2011**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2011/01/31/areas-de-risco-nao-devem-receber-infraestrutura-sugerem-consultores>. Acesso em: 4 jul. 2023.

NUNES, Rizzato. Catástrofes climáticas: previsibilidade e responsabilidade. *In: Catástrofes climáticas: previsibilidade e responsabilidade*. Migalhas, 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/abc-do-cdc/296745/catastrofes-climaticas--previsibilidade-e-responsabilidade>. Acesso em: 23 jul. 2022.

SANTOS, Danillo lima dos. **Responsabilidade civil do Estado por omissão e suas correntes**. BRASILIA: Conteúdo jurídico, 23 fev. 2107. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/49587/responsabilidade-civil-do-estado-por-omissao-e-suas-correntes>. Acesso em: 2 jan. 2023.

SOUZA, Jairo. **Catástrofes naturais e a responsabilização subjetiva do Estado: Caso fortuito ou força maior?** BRASIL: Jusbrasil, 2 julho. 2018. Disponível em: <https://jairosousadireito.jusbrasil.com.br/artigos/661760563/catastrofes-naturais-e-a-responsabilizacao-subjetiva-do-estado>. Acesso em: 4 ago. 2022.

ADOÇÃO PERSONALÍSSIMA DE PARENTES POR AFINIDADE

DANIELE CASTANHARO: Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul em 2017. Analista Judiciária no Tribunal Regional Eleitoral do Paraná¹⁸.

RESUMO: Adoção é a colocação em família substituta quando inviável a manutenção de criança ou adolescente em sua família natural ou extensa. Em regra, ocorre pelo Cadastro de Adoção. Excepcionalmente, os adotantes podem escolher o infante, nas situações definidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, o que a doutrina denomina adoção personalíssima. Uma das hipóteses ocorre quando há parentesco entre adotante e adotado, com vínculos de afinidade e afetividade. Discute-se se parentes por afinidade enquadrar-se-iam aqui, visto que não fazem parte da família natural. Para enfrentar tal questão, o presente trabalho pesquisa posicionamento doutrinário e jurisprudencial acerca do tema, utilizando-se de revisão bibliográfica. Conclui-se que, para o Superior Tribunal de Justiça, sustentado na melhor doutrina, ante o conceito moderno de família, plural, democrático e eudemonista, é viável a adoção personalíssima realizada por parentes por afinidade.

Palavras-chave: Adoção. Personalíssima. Afinidade. REsp 1911099/SP.

Abstract: Adoption is placement in a foster family when it is not feasible to keep a child or adolescent in their natural or extended family. As a rule, it occurs through the Adoption Register. Exceptionally, adopters can choose the infant, in situations defined by the Child and Adolescent Statute, which the doctrine calls very personal adoption. One of the hypotheses occurs when there is kinship between adopter and adopted, with bonds of affinity and affection. It is discussed whether in-laws would fit here, since they are not part of the natural family. To face this question, the present work researches doctrinal and jurisprudential positioning on the subject, using a bibliographic review. It is concluded that, for the Superior Court of Justice, supported by the best doctrine, in view of the modern concept of family, plural, democratic and eudemonistic, the very personal adoption carried out by in-laws is feasible.

Keywords: Adoption. Very personal. Affinity. REsp 1911099/SP.

18 E-mail: danielecastanharo@gmail.com

Sumário: 1. Introdução. 2. Adoção. 3. Classificações de adoção 3.1. Adoção cadastral ou personalíssima 3.2. Adoção intrafamiliar ou extrafamiliar 4. Adoção personalíssima por parente colateral por afinidade – caso concreto 5. Recurso Especial n. 1911099/SP

1. Introdução

O presente artigo discute o tema da adoção, especificamente abordando a possibilidade de adoção personalíssima realizada por parentes colaterais por afinidade do adotando.

Ora, tradicionalmente entende-se que a adoção personalíssima – que, como será explicado, excepciona a adoção mediante cadastro e observância de ordem cronológica – é possível quando realizado por parentes, todavia, em tese o texto legal não abarcaria o parentesco por afinidade.

Porém, sob a ótica do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, questiona-se certas situações em que uma criança seria removida de seu meio familiar, onde possui relações de afinidade e afeto, para ser colocada em família substituta com a qual não possui qualquer vínculo.

Trata-se de tema de grande relevância prática, visto que a depender da solução adotada no caso concreto, pode não só causar abalos psicológicos irreversíveis, como também afrontar princípios basilares do direito da criança e do adolescente.

As explicações, apontamentos e conclusões encontram suporte em pesquisa bibliográfica junto à doutrina que aborda o tema, bem como buscando a análise de situação fática na jurisprudência dos tribunais superiores.

Em um primeiro momento, será trazida uma noção geral do que é, e como a doutrina classifica os tipos de adoção, mais especificamente aqueles relevantes a esta pesquisa. Em seguida, buscar-se-á na jurisprudência caso concreto que demonstre tratar-se de tema com posicionamentos divergentes, bem como a solução apontada pelas Cortes Superiores, em especial o Superior Tribunal de Justiça.

2. Adoção

Adoção trata-se de forma de colocação em família substituta, sendo medida excepcional e irrevogável, aplicável somente quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, conforme artigo 30 do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990).

Guilherme Freire de Melo Barros (2016, p. 67) classifica 3 formas de colocação em família substituta. A primeira delas seria a guarda, no qual o vínculo entre criança ou

adolescente e guardião é mais tênue, sendo fase transitória do processo de tutela e adoção ou situações de eventual ausência de pais ou responsáveis. Já na tutela o vínculo seria maior, exigindo efetiva perda ou suspensão do poder familiar. Na adoção, por sua vez, o vínculo jurídico criado é definitivo e irrevogável.

3. Classificações de adoção

Existem diversas classificações de adoção. Dentre elas, guardam relevância para este trabalho a adoção personalíssima, adoção cadastral, adoção intrafamiliar e adoção extrafamiliar

3.1. Adoção cadastral ou personalíssima

A primeira classificação de adoção a ser estudada é a que se faz segundo o critério de escolha dos adotandos, podendo ser cadastral ou personalíssima (ROSSATO; LÉPORE, 2021).

Segundo tal classificação, na adoção **cadastral** o adotante não tem a possibilidade de escolher o adotado. É a mais conhecida, sendo regra em nosso ordenamento. Nelas, os interessados submetem-se à ordem cronológica do cadastro de adoção, podendo adotar a criança ou adolescente que estiver disponível quando chegar seu momento de escolha na fila de adoção.

Contrapõe-se à adoção **personalíssima**, que excepciona o cadastro de adoção, sendo viável apenas nas hipóteses descritas no artigo 50, §13º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Aqui, o adotante escolhe a criança a ser adotada quando (a) tratar-se de adoção unilateral; (b) houver parentesco entre adotante e adotado, com vínculos de afinidade e afetividade; (c) for pedido por quem tenha tutela ou guarda de adotando maior de três anos de idade, igualmente com laços de afinidade e afetividade. Vale transcrever:

“§13 - Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando

I - se tratar de pedido de adoção unilateral;

II - for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade;

III - oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não

seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei.

§ 14. Nas hipóteses previstas no § 13 deste artigo, o candidato deverá comprovar, no curso do procedimento, que preenche os requisitos necessários à adoção, conforme previsto nesta Lei.” (BRASIL, 1990).

Esclareça-se que adoção unilateral (BARROS, 2016, p. 85) é trazida no artigo 41, §1º do ECA, sendo aquela na qual a pessoa adota criança ou adolescente que já é filha de seu cônjuge ou companheiro: “(...)§ 1º Se um dos cônjuges ou concubinos adota o filho do outro, mantêm-se os vínculos de filiação entre o adotado e o cônjuge ou concubino do adotante e os respectivos parentes.” (BRASIL, 1990).

3.2. Adoção intrafamiliar ou extrafamiliar

Tal classificação distingue a existência ou ausência de vínculo de parentesco entre adotante e adotado.

A adoção intrafamiliar acontece quando a criança ou adolescente é adotada por pessoa com a qual tenha relação de parentesco.

Já na extrafamiliar, não há tal relação de parentesco.

4. Adoção personalíssima por parente colateral por afinidade – caso concreto

Em situação julgada pelo Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, no REsp n. 1.911.099-SP (BRASIL, 2021), foi questionado o seguinte caso concreto, que nesta oportunidade adaptamos:

Em 2018, A deu à luz B, com pai biológico desconhecido, entregando-o aos cuidados do casal C e D. Ademais, A é filha da irmã da cunhada de D.

Dias após, o casal C e D ajuizaram ação de adoção cumulada com pedido de destituição do poder familiar, com concordância de A, com vistas a regularizar a situação e tornarem-se formalmente pais de B.

Mencione-se que o casal C e D já se encontravam habilitados no cadastro da adoção, pois planejavam adotar uma criança antes mesmo do ocorrido.

Em 1º grau de jurisdição, o juiz indeferiu o pedido sob o fundamento de que haveria burla ao cadastro de adoção.

Ora, o fundamento seria que, como abordado acima, o ECA traz as hipóteses em que se excepciona a regra do cadastro de adoção, denominada adoção personalíssima.

Dentre as hipóteses trazidas, a que em teoria poderia se amoldar ao caso é a do art. 50, §13: "*II - for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha /vínculos de afinidade e afetividade;*".

Todavia, no caso, considerou o magistrado que não havia parentesco entre os adotantes e a criança. Vale lembrar que a genitora é sobrinha do postulante.

Assim, foi determinado que a criança B deixasse a residência do casal C e D, que até então cuidavam do infante, sendo inserido no cadastro de adoção e, neste íterim, submeteu-se a acolhimento institucional.

Assim, cinco meses após nascido, B foi encaminhado à instituição, onde permaneceu por cerca de um ano, quando foi entregue a outra família que possuía interesse em sua adoção formal, agora conforme o cadastro de adoção, ou seja, uma família substituta.

Em âmbito processual, após diversos recursos – que inclusive resultaram na concessão de guarda provisória da criança aos requerentes C e D - os autos subiram ao Superior Tribunal de Justiça como Recurso Especial.

5. Recurso Especial n. 1911099/SP

De início, sob a relatoria do Min. Marco Buzzi, a corte superior destacou que o caso deve ser analisado sob a luz do princípio do melhor interesse da criança, "elemento fulcral de todo o aparato legal e das políticas públicas e instituições voltadas à proteção de crianças e adolescentes". (BRASIL, 2021).

Ademais, foram apontadas algumas circunstâncias que se mostraram favoráveis aos adotantes, tal como o fato de não se haver notícia de que faltassem aos cuidados necessários ou negligenciassem a criança, bem como que:

- "a) não ocorreu a famigerada adoção à brasileira;
- b) os insurgentes são habilitados junto ao Cadastro Nacional de Adoção;
- c) a criança fora lançada para estágio de convivência com guarda precária deferida em favor de família substituta, sem que fossem os autores comunicados e, ainda, em momento anterior ao próprio julgamento do recurso de apelação contra a sentença de extinção da adoção personalíssima intrafamiliar". (BRASIL, 2021).

Quanto à adoção à brasileira, importante mencionar que ocorre quando alguém falsamente declara em registro civil uma criança ou adolescente como sendo seu filho biológico. Assim, é uma burla ao cadastro de adoção, sem observar os procedimentos legais, inclusive tipificado como crime no artigo 242 do Código Penal:

“Art. 242. Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil:

Pena - reclusão, de dois a seis anos.

Parágrafo único. Se o crime é praticado por motivo de reconhecida nobreza:

Pena - detenção, de um a dois anos, podendo o juiz deixar de aplicar a pena.” (BRASIL, 1940)

Além dos fundamentos fáticos, observou o STJ que houve violação a princípios basilares relativos à proteção da criança e adolescente.

Ora, em atenção ao princípio da proteção integral da criança, deve prevalecer o acolhimento familiar em detrimento do institucional.

“A jurisprudência desta Corte Superior, em observância ao princípio da proteção integral e prioritária da criança, previsto no Estatuto de Criança e do Adolescente e na Constituição Federal, consolidou-se no sentido da primazia do acolhimento familiar em detrimento da colocação de menor em abrigo institucional. Dentre inúmeros julgados, cita-se o HC 574.439/SP, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/08/2020, DJe 26/08/2020.” (BRASIL, 2021).

Outro importante ponto é o reconhecimento do caráter relativo da ordem cronológica de preferência no cadastro de adoção, mais uma vez como decorrência do princípio do menor interesse da criança. Considerando que os adotantes C e D, desde antes do nascimento de B, já estavam habilitados no cadastro de adoção, não se pode dizer que houve burla a cadastro. Senão vejamos:

“(…) prudente mencionar que nos termos da jurisprudência do STJ, a ordem cronológica de preferência das pessoas previamente cadastradas para adoção não tem um caráter absoluto, devendo ceder ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, razão de ser de todo o sistema de defesa erigido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem na doutrina da proteção integral sua pedra basilar (HC nº 468.691/SC,

Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, DJe de 11/3/2019” (BRASIL, 2021).

Igualmente relevante é a questão da relação de parentesco entre os adotantes a criança. No caso, os adotantes eram tios da genitora da criança. Para o juízo de primeiro, isto não configuraria parentesco.

Ressalte-se que o Código Civil limita o parentesco colateral para até o quarto grau: “Art. 1.592. São parentes em linha colateral ou transversal, até o quarto grau, as pessoas provenientes de um só tronco, sem descenderem uma da outra.” (BRASIL, 2002)

Todavia, entende o Superior Tribunal de Justiça que é possível vislumbrar relação de parentesco colateral por afinidade.

Veja que o artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente aponta prioritariamente o direito da criança de ser criado junto a sua família e, apenas excepcionalmente, em família substituta:

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

Ademais, considera-se família não só a família natural (pais e descendentes), como também a família extensa, qual seja os parentes próximos que guardem vínculo de afinidade com o infante.

“O conceito de “família” adotado pelo ECA é amplo, abarcando tanto família natural (comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes) como a extensa/ampliada (aquela constituída por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade).” (BRASIL, 2021)

A ampliação do conceito de família encontra inclusive guarida constitucional, visto que para o Tribunal da Cidadania, a Constituição Federal de 1988 ampliou os paradigmas de família, antes somente a consagrada pelo casamento, admitindo a regulação jurídica de outras formas de entidades familiares.

“Tal alargamento é reflexo dos anseios lançados à sociedade brasileira estampados no preâmbulo do texto constitucional, no qual o povo brasileiro, representado pelos constituintes, objetivando a criação de 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, estabeleceu as diretrizes, as garantias da norma jurídica regente de todo o sistema voltado ao ordenamento e desenvolvimento nacional.” (BRASIL, 2021).

Desse modo, adequando-se à evolução das relações pessoais, o Estatuto da Criança e do Adolescente passou a incluir em suas normas a ideia de afinidade e afetividade como partes do conceito daquilo que se constitui família. Nesse sentido verifica-se o artigo 25, parágrafo único do citado diploma legal:

“Art. 25. Entende-se por família natural a comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes.

Parágrafo único. Entende-se por família extensa ou ampliada aquela que se estende para além da unidade pais e filhos ou da unidade do casal, formada por parentes próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade. (Incluído pela Lei nº 12.010, de 2009)” (BRASIL, 1990).

Logo, não parece razoável limitar a possibilidade de adoção tão somente àqueles que fazem parte do conceito de família natural, visto que o próprio ECA reconhece outras formas de família. Neste sentido entendeu o Superior Tribunal de Justiça:

“Tendo isso em mente, afirma-se que o legislador ordinário, ao estabelecer no artigo 50, § 13, inciso II, do ECA que podem adotar os parentes que possuem afinidade/afetividade para com a criança, não promoveu qualquer limitação (se aos consanguíneos em linha reta, aos consanguíneos colaterais ou aos parentes por afinidade), a denotar, por esse aspecto, que a adoção por parente (consanguíneo, colateral ou por afinidade) é amplamente admitida quando demonstrado o laço afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, bem como quando atendidos os demais requisitos autorizadores para tanto.” (BRASIL, 2021).

Até porque o conceito atual de família é eudemonista, trazendo a noção de busca da felicidade de todos seus membros, com base na ideia de vínculo de afetividade e afinidade, independentemente de relação de consanguinidade.

Neste sentido leciona a magistrada e doutrinadora Maria Berenice Dias:

“A busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade ensejam o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de definição da família e de preservação da vida. As relações afetivas são elementos

constitutivos dos vínculos interpessoais. A possibilidade de buscar formas de realização pessoal e gratificação profissional é a maneira de as pessoas se converterem em seres socialmente úteis.

Para essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo surgiu um novo nome: família eudemonista, que busca a felicidade individual, por meio da emancipação de seus membros.

O eudemonismo é a doutrina que enfatiza o sentido da busca pelo sujeito de sua felicidade. A absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento legal altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do § 8.º do art. 226 da CR: o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram." (DIAS, 2021, p. 461).

No mesmo tema da ampliação do conceito de família, Flávio Tartuce indica a inconstitucionalidade de eventuais leis que busquem restringir o conceito de família para enquadrar tão somente a ideia de homem e mulher casados e seus filhos:

"Justamente diante desses novos modelos de família é que se tem entendido que a família não pode se enquadrar numa moldura rígida, em um suposto rol taxativo (*numerus clausus*), como aquele constante do Texto Maior. Em outras palavras, o rol constante do art. 226 da CF/1988 é meramente exemplificativo (*numerus apertus*).

Essa constatação faz com que seja inconstitucional qualquer projeto de lei que procure restringir o conceito de família, caso do Estatuto da Família, no singular, em trâmite no Congresso Nacional. Por essa proposição, somente constituiriam famílias as entidades formadas por pessoas de sexos distintos que sejam casadas ou vivam em união estável, e seus filhos." (TARTUCE, 2019, P. 75).

Não cabe, portanto, ao Estado, intervir exageradamente na regulação daquilo que se entende por família, o qual deve tão somente atuar para fazer valer os direitos fundamentais quando violados.

"Com isso, forçoso é reconhecer a suplantação definitiva da (indevida) participação do Estado no âmbito das relações familiares, deixando de ingerir sobre aspectos personalíssimos da vida privada, que, seguramente, dizem respeito somente a vontade do próprio titular, como expressão mais pura de sua dignidade[...]" (ALVES, 2010, p. 142)

Ainda no que se relaciona ao caso analisado, os adotantes fazem parte da família extensa do infante, considerando a existência de parentesco colateral por afinidade, a despeito da ausência de parentesco sanguíneo.

Vale ainda mencionar que no caso houve pedido de guarda – que é precária e reversível, o que foi reconhecido igualmente como possível pelo Superior Tribunal de Justiça, com fundamento legal no Código Civil, artigo 1584, §5º:

“§ 5º Se o juiz verificar que o filho não deve permanecer sob a guarda do pai ou da mãe, deferirá a guarda a pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, considerados, de preferência, o grau de parentesco e as relações de afinidade e afetividade” (BRASIL, 2002)

Vale aqui colacionar a ementa do acórdão, por sua relevância para o tema e para este trabalho:

“RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE ADOÇÃO PERSONALÍSSIMA - INSTÂNCIA ORDINÁRIA QUE EXTINGUIU O PEDIDO, SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, POR CONSIDERAR INEXISTIR PARENTESCO ENTRE PRETENSOS ADOTANTES E ADOTANDO E BURLA AO CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO – O TRIBUNAL A QUO CONFIRMOU A DECISÃO RECORRIDA E MANTEVE OS ADOTANTES HABILITADOS JUNTO AO CADASTRO - MENOR COLOCADO EM ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA EM FAMÍLIA SUBSTITUTA NO CURSO DO PROCEDIMENTO - INSURGÊNCIA DOS PRETENDENTES À ADOÇÃO INTRAFAMILIAR E DO CASAL TERCEIRO PREJUDICADO (FAMÍLIA SUBSTITUTA).

Cinge-se a controvérsia em aferir a possibilidade de adoção personalíssima intrafamiliar por parentes colaterais por afinidade, sem desprezar a circunstância da convivência da criança com a família postulante à adoção.

1. A Constituição Federal de 1988 rompeu com os paradigmas clássicos de família consagrada pelo casamento e admitiu a existência e a consequente regulação jurídica de outras modalidades de núcleos familiares (monoparental, informal, afetivo), diante das garantias de liberdade, pluralidade e fraternidade que permeiam as conformações familiares, sempre com foco na dignidade da pessoa humana, fundamento basilar de todo o ordenamento jurídico.

2. O conceito de “família” adotado pelo ECA é amplo, abarcando tanto a família natural (comunidade formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes) como a extensa/ampliada (aquela constituída por parentes

próximos com os quais a criança ou adolescente convive e mantém vínculos de afinidade e afetividade), sendo a affectio familiae o alicerce jurídico imaterial que pontifica o relacionamento entre os seus membros, essa constituída pelo afeto e afinidade, que por serem elementos basilares do Direito das Famílias hodierno devem ser evocados na interpretação jurídica voltada à proteção e melhor interesse das crianças e adolescentes.

3. Conforme explicitamente estabelecido no artigo 19 do ECA, é direito da criança a sua criação e educação no seio familiar, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral e assegure convivência com os seus, sendo a colocação em família substituta excepcional.

4. O legislador ordinário, ao estabelecer no artigo 50, § 13, inciso II, do ECA que podem adotar os parentes que possuem afinidade/afetividade para com a criança, não promoveu qualquer limitação (se aos consanguíneos em linha reta, aos consanguíneos colaterais ou aos parentes por afinidade), a denotar, por esse aspecto, que a adoção por parente (consanguíneo, colateral ou por afinidade) é amplamente admitida quando demonstrado o laço afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, bem como quando atendidos os demais requisitos autorizadores para tanto.

5. Em razão do novo conceito de família - plural e eudemonista – não se pode, sob pena de desprestigiar todo o sistema de proteção e manutenção no seio familiar amplo preconizado pelo ECA, restringir o parentesco para aquele especificado na lei civil, a qual considera o parente até o quarto grau. Isso porque, se a própria Lei nº 8.069/90, lei especial e, portanto, prevalecente em casos dessa jaez, estabelece no § 1º do artigo 42 que "não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando", a única outra categoria de parente próximo supostamente considerado pelo ditame civilista capacitado legalmente à adoção a fim de que o adotando permanecesse vinculado à sua "família" seriam os tios consanguíneos (irmãos dos pais biológicos), o que afastaria por completo a possibilidade dos tios colaterais e por afinidade (cunhados), tios-avós (tios dos pais biológicos), primos em qualquer grau, e outros tantos "parentes" considerados membros da família ampliada, plural, extensa e, inclusive, afetiva, muitas vezes sem qualquer grau de parentalidade como são exemplos os padrinhos e madrinhas, adotarem, o que seria um contrassenso, isto é, conclusão que iria na contramão de todo o sistema jurídico protetivo de salvaguarda do menor interesse de crianças e adolescentes.

6. Em hipóteses como a tratada no caso, critérios absolutamente rígidos previstos na lei não podem preponderar, notadamente quando em foco o interesse pela prevalência do bem estar, da vida com dignidade do menor, recordando-se, a esse propósito, que no caso sub judice, além dos pretensos adotantes estarem devidamente habilitados junto ao Cadastro Nacional de Adoção, são parentes colaterais por afinidade do menor "(...) tios da mãe biológica do infante, que é filha da irmã de sua cunhada" e não há sequer notícias, nos autos, de que membros familiares mais próximos tenham demonstrado interesse no acolhimento familiar dessa criança.

7. Ademais, nos termos da jurisprudência do STJ, a ordem cronológica de preferência das pessoas previamente cadastradas para adoção não tem um caráter absoluto, devendo ceder ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, razão de ser de todo o sistema de defesa erigido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem na doutrina da proteção integral sua pedra basilar (HC nº 468.691/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, DJe de 11/3/2019).

8. Recurso especial provido para determinar o processamento da ação personalíssima intrafamiliar.

Agravo interno manejado pelo casal terceiro (família substituta) desprovido." (BRASIL, 2021).

Note que, no caso concreto, o provimento do recurso especial foi tão somente para que os autos retornassem a origem e o pedido de adoção personalíssima fosse processado, e não já deferindo a adoção em si, visto que em primeiro grau os autos foram extintos sem resolução de mérito.

Conclusão

É evidente que nos últimos anos muitas mudanças ocorreram no que diz respeito ao paradigma de família, sejam mudanças de fato, alterações legais, ou alterações viabilizadas por decisões jurisprudenciais – desde a facilitação do procedimento de divórcio, ao surgimento do instituto da união estável, à possibilidade de casamento homoafetivo entre outras.

Assim, é certo que cabe à lei e às instituições jurídicas acompanharem as evoluções que ocorrem em todas as searas, o que também se aplica no caso da adoção.

Certamente o princípio do melhor interesse do a criança e do adolescente sempre deve orientar toda e qualquer decisão relativa ao tema.

E não deve ser diferente no caso de adoção personalíssima quando se revela a existência de vínculo de parentesco por afinidade dos adotantes.

É comum nas famílias brasileiras que os vínculos de afinidade e afetividade se estendam à família extensa e parentes por afinidade, como cunhados, tios-avós, primos, entre tantos outros, não se justificando que um infante seja submetido a adoção por pessoas mais distantes, com os quais não possui qualquer vínculo, de modo que parece ser razoável e correto o posicionamento dos tribunais superiores a respeito do tema.

Referências

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Direito de família mínimo: a possibilidade de aplicação e o campo de incidência da autonomia privada no direito de família**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Estatuto da Criança e do Adolescente** – 10. Ed. Ver., atual. E ampl. – Salvador: Juspodivm, 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. **Código Penal**. Rio de Janeiro, RJ: Senado, 1940.

_____. Lei 8.069, de 13 de Julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, DF: Senado, 1990.

_____. Superior Tribunal de Justiça. 4a Turma. **Recurso Especial nº 1.911.099 – SP**. Rel. Min Marco Buzzi. Julgado em 29/06/2021. Publicado no DJ em 03/08/2021 Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202003236599&dt_publicacao=03/08/2021>.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Salvador: Juspodivm, 2021.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo. **Manual do Direito da Criança e do Adolescente**. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 107

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito de família** – v. 5 – 14. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

FLAGRANTE PREPARADO – CRÍTICA DE SUA ILEGALIDADE À LUZ DO DIREITO PENAL

BRUNO DA SILVA AMORIM:
Acadêmico de Direito e Gestão
Pública¹⁹.

NATHALIA LISBOA DIAS²⁰

(coautora)

RESUMO: O presente artigo analisará os fundamentos da ilegalidade da espécie flagrante preparado e a sua importância na desenvoltura de acontecimentos pertinentes ao Direito Penal. Sob uma óptica do Estado de Direito e a sua segurança jurídica, é realizada uma abordagem através da contextualização do flagrante preparado, destacando a sua notória proeminência no momento de interpretar determinados acontecimentos e permitir uma maior observância no que tange à justiça e a segurança social. Por esse viés, não há uma antecipação de considerar alguém impunível que, de fato, apresentou uma conduta típica? Os procedimentos legais devem ter máxima segurança e fidelidade ao protegerem um Estado, sem conter dúvidas no estratagema de punição dos indivíduos. A questão é: realmente estava ciente disso ou apenas estava sob indução?

Palavras-chave: *Flagrante-Preparado; Estado; Segurança-Jurídica; Justiça; Agentes.*

ABSTRACT: This article will analyze the fundamentals of the illegality of the prepared flagrant species and its importance in the development of events pertinent to Criminal Law. From a perspective of the Rule of Law and its legal security, an approach is carried out through the contextualization of the prepared flagrant, highlighting its notorious prominence when interpreting certain events and allowing greater observance with regard to justice and social security. By this bias, isn't there an anticipation of considering someone unpunishable who, in fact, presented a typical conduct? Legal procedures must have maximum security and fidelity when protecting a State, without containing doubts in the stratagem of punishing individuals. The question is: was he really aware of this or was he just under induction?

Keywords: *Flagrante-Prepared; State; Legal-Security; Justice; Agents*

1 INTRODUÇÃO

Em uma primeira abordagem, faz-se necessário expor que, para determinada conduta ser tipificada como crime, deve tramitar por etapas que chamamos de "Iter

¹⁹ Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7708318449662180>. E-mail: brunoamorimdireito@gmail.com

²⁰ Acadêmica de Direito

Criminis", e, ao menos, ter chegado à fase executória. Assim, segue respectivamente: a cogitação; os atos preparatórios; o início dos atos de execução; a execução (ou tentativa) e a devida consumação do delito.

O ato executório pode ser interrompido por forças exteriores à vontade do agente e, assim, ser considerado como um ato tentado, também passível de punição. A interrupção pode dar-se de diversas formas, sendo uma delas a realizada por agentes de segurança pública, que têm como um de seus principais objetivos a garantia da paz e o controle social dentro do Estado de Direito.

O crime tentado é, em regra, passível de punição ao agente infrator. Todavia, um delito pode não apresentar tal punibilidade, quando emoldurado em determinadas espécies elencadas pelo Código Penal brasileiro e pela jurisprudência. O foco principal deste artigo será em discorrer sobre a prisão em flagrante, em destaque aos flagrantes preparado, esperado e forjado, os quais incitam maior discussão entre os autores.

Portanto, é imprescindível analisar a prisão em flagrante à luz das intenções próprias dos agentes, correlacionadas com a influência do ambiente externo em que se insere o indivíduo.

2 CONCEITUAÇÃO DO FLAGRANTE DELITO

O flagrante é considerado um instrumento de controle social, de natureza administrativa, que é realizado durante, ou após, o ato executório, sendo caracterizado como uma prisão cautelar. Segundo o Conselho Nacional do Ministério Público (2015), o flagrante delito:

É o exato momento em que o agente está cometendo o crime, ou, quando após sua prática, os vestígios encontrados e a presença da pessoa no local do crime dão a certeza de este ser o autor do delito, ou ainda, quando o criminoso é perseguido após a execução do crime. Para ocorrer o flagrante é necessária a certeza visual ou evidência do crime. (CNMP).

Com base nisso, reitera-se, conforme o exposto no Código de Processo Penal, situações as quais os indivíduos devem estar submetidos para que o flagrante delito seja considerado:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I – está cometendo a infração penal;

II – acaba de cometê-la;

III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração. (DECRETO-LEI Nº 3.689 DE 03 DE OUTUBRO DE 1941).

Em regra geral, o flagrante delito legal pode ocorrer em todos os tipos de infrações penais, e possui diferentes espécies a serem consideradas. São elas: flagrante facultativo, flagrante próprio, flagrante impróprio, flagrante presumido, flagrante esperado, flagrante prorrogado, flagrante forjado e flagrante preparado.

Entretanto, a fim de enfatizar o flagrante preparado e esclarecer sua distinção dos flagrantes esperado e forjado, realizaremos uma análise sintetizada das demais espécies.

3 BREVE ANÁLISE DOS FLAGRANTES LEGAIS

É essencial iniciar a conceituação abordando o flagrante delito facultativo, que se caracteriza por certos particulares apresentarem a faculdade de intervir em uma infração penal, realizando voz de prisão, durante, ou após, a prática do ato infracional.

Além desse, tem-se o flagrante delito próprio, em que o agente é pego praticando o ato delituoso, ou em breve momento após sua realização, desta forma, apresentando relação imediata entre o ato e a flagrância. Por outro lado, o flagrante delito impróprio é caracterizado quando há perseguição do agente, após o cometimento do ato ilícito, de modo que pareça o indivíduo ser o autor do delito, e, logo após, ocorre sua prisão pelo ato praticado. Diferencia-se do flagrante próprio, por este apresentar relação imediata com o ato praticado (sem perseguição).

Em seguida, tem-se o flagrante presumido, que, ao contrário do próprio e do impróprio, o indivíduo é preso portando quaisquer tipos de instrumentos que presumem a sua autoria no crime, isto é, por meio da existência de provas, não sendo necessária a existência de perseguição.

As espécies de flagrantes mencionadas acima são consideradas legais perante o Direito Penal. Adiante, veremos os demais flagrantes, sendo que o nosso ordenamento jurídico não permite dois deles, que merecem atenção pela sua importância na interpretação de determinadas situações.

4 FLAGRANTE PREPARADO – UMA ANÁLISE DE SUA ILEGALIDADE À LUZ DO DIREITO PENAL

O flagrante preparado, ou provocado, é assim batizado por conta da existência de uma provocação que recai sobre o agente, a qual o instiga a praticar um ato infracional. O indivíduo que realiza esse induzimento é nomeado de agente provocador.

Dessa forma, o agente provocador, enquanto induz o indivíduo ao cometimento do crime, elabora obstáculos para que a consumação desse delito não seja possível, logo, essa vigilância garante que não haja a menor chance de triunfo, apenas a intenção que o provocado realize o ato infracional. É por essa razão que esta espécie de flagrante é considerada ilegal, tendo em vista que se adequa ao crime impossível, previsto no artigo 17 do Código Penal, disposto da seguinte forma: “Art. 17 - Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime”, além da responsabilidade, prevista ao agente provocador, de ter de responder administrativamente pelos seus atos.

De forma a reiterar a ilegalidade de tal flagrante, a Súmula n. 145 do Supremo Tribunal Federal trata do assunto quando dispõe que “não há crime quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação”. Nesse sentido, a conduta criminosa é realizada, mas não se configura ilícita devido à ausência de conduta que deva ser reprimida pelo Estado, pois não há um efetivo risco ao bem jurídico tutelado, haja vista sua impossibilidade de consumação, que pode ocorrer por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto.

5 DIFERENCIAÇÃO DOS FLAGRANTES PREPARADO, ESPERADO E FORJADO

Devido à semelhança da nomeação dos flagrantes preparado, esperado e forjado, surgem muitas dúvidas acerca de sua diferenciação, e, inclusive, a ideia de serem o mesmo. Portanto, é nítida a necessidade de esclarecer as suas diferenças.

Em uma primeira análise, tem-se o flagrante forjado. Neste, não há a ocorrência de um crime. O flagrante ocorre a partir da criação de provas falsas de um delito pelas autoridades policiais, as quais devem responder por abuso de autoridade. Essa espécie diferencia-se do preparado, no que tange à inexistência de ação criminosa. Veja bem: aqui, o sujeito não realizou conduta típica, foi vítima de uma denúncia caluniosa (art. 339, CP), enquanto no preparado ocorre tal conduta, apenas há a exclusão da ilicitude.

Ademais, o flagrante esperado é o único legal entre as três espécies em questão, visto que é configurado quando a polícia descobre previamente um crime futuro e age para evitar sua consumação. Nesse caso, o crime não se consuma devido ao impedimento

da ação policial, assim sendo considerado como um crime tentado, pois o agente teve iniciativa em realizar o delito. É importante ressaltar que nessa espécie de flagrante não há a figura do agente provocador e nem a criação de provas falsas, o que diferencia do flagrante preparado e forjado.

Por outro lado, Rogério Greco (2015) elabora uma interessante ideia. Para ele, é insignificante realizar a diferenciação dos flagrantes preparado e esperado, pois, considerando os obstáculos criados pelas autoridades policiais, é irrelevante o induzimento, ou não, do agente, já que qualquer dos dois não tem possibilidade de consumação, seja pela absoluta ineficácia do meio, seja pela absoluta impropriedade do objeto, se tornando crime impossível. Em contrapartida, na hipótese do crime ser consumado, os meios ou os objetos não podem ser considerados absolutamente ineficazes ou impróprios, admitindo, então, a tentativa.

6 SITUAÇÃO HIPOTÉTICA – UM EXEMPLO DE LACUNA NO FLAGRANTE PREPARADO

Preliminarmente, é importante salientar que a seguinte situação hipotética propicia uma maior discussão de opiniões, sendo apenas a demonstração de um caso atípico com intuito de abordar a ilegalidade do flagrante preparado. Iniciaremos com a seguinte indagação: Mesmo com a presença de induzimento à realização do ato ilícito, o quanto o “infrator” não estaria disposto a realizar sua conduta se não estivesse sob provocação?

Imaginemos a seguinte situação: um agente de segurança pública, sem declarar sua função e identidade, induz um indivíduo em posse de substâncias ilícitas a lhe vendê-las com o intuito de prendê-lo em flagrante após o ato infracional (importante reiterar que o indivíduo não tinha o menor conhecimento de que estava vendendo entorpecentes a um agente estatal). Posteriormente, o indivíduo comete o ato infracional e o agente público o “pega” em flagrante.

Nesta situação, segundo a doutrina, o indivíduo não seria preso pelo ato de vender as substâncias ao agente devido ao induzimento sobre tal conduta, mas, sim, por estar portando as substâncias ilícitas, segundo a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, visto que já estava em posse das substâncias em momento anterior à indução.

O foco de nossa contextualização se baseia na inteira responsabilidade do indivíduo que já havia adquirido substâncias ilícitas. Nota-se um prévio interesse no uso ou venda dessas substâncias. A situação se passou no contexto de que, não tendo conhecimento que seu “cliente” era um agente de segurança pública, pensava que estava realizando sua venda a um cidadão comum.

Qual a segurança jurídica de inocentar um indivíduo que pensava estar realizando normalmente a venda de uma substância ilícita a um cidadão comum, sem qualquer receio, apenas por ser caracterizado como flagrante preparado?

É indiscutível que as condutas de ambos (agente provocador e provocado) ferem o ordenamento jurídico, e devem ser punidas. À vista disso, não há uma antecipação de considerar alguém impunível que, de fato, apresentou uma conduta criminosa (já mesmo anterior à provocação, portando as drogas) e estava ciente disto?

É seguro afirmar que o mesmo indivíduo não “reincidirá” seu ato a um cidadão que queira, de fato, utilizar a substância ilícita se o mesmo já pensava que estava realizando isso anteriormente? De fato, são questionamentos pertinentes à interpretação do flagrante preparado, os quais serão alvo de explanação futura.

7 REINCIDÊNCIA CRIMINAL NO BRASIL

É importante abordar a reincidência criminal no Brasil dos crimes considerados mais comuns, e, em especial, as situações relacionadas com as drogas, como no caso mencionado acima. A crítica se baseia no relatório elaborado pelo Departamento Penitenciário Nacional, com uma análise do período de 2008 até 2021. Segundo o Departamento:

O relatório “Reincidência Criminal no Brasil” foi formulado a partir do estudo de 979 mil presos e tem como linha temporal de análise do período de 2008 até 2021. A amostra valeu-se de dados de 13 estados brasileiros: Acre, Bahia, Ceará, Distrito Federal, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Paraíba, Piauí, Paraná, Rio Grande do Norte, São Paulo e Tocantins. Portanto, há dados nacionais e dados por Estado pesquisa (SNPP, 2022).

Segundo o DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional) (2022), a média de reincidência é em torno de 21%, progredindo até uma taxa de 38,9% após 5 anos em liberdade, o que implica, necessariamente, que as medidas precisam ser tomadas no primeiro ano para que a taxa não atinja patamares de crescimento tão significativos ao longo do tempo. O número é maior quando a reincidência é em “qualquer entrada e saída no mesmo dia”, passando dos 40% durante o período avaliado pela pesquisa do Departamento.

É essencial destacar que, embora as situações decorrentes de flagrante preparado não sejam consideradas “reincidência”, visto que, segundo o direito penal, não são caracterizadas como crime, o objetivo do artigo é propor uma interpretação às situações

“preparadas” frente à segurança jurídica de um novo ato ilícito, esclarecendo uma falha no anteparo estatal. Imaginemos, pois, o quanto elevaria os dados de reincidência – consequentemente, explicitando o real grau de periculosidade da sociedade –, se fossem contabilizados como crimes as condutas praticadas sob a égide do flagrante preparado, que são condutas ilícitas, mas inocentadas por tal flagrância.

A abordagem da reincidência criminal no Brasil se faz tão necessária quanto à crítica do presente artigo, em destacar a tendência de um indivíduo, que já praticou um ato ilegal, a praticar novamente essa conduta, mesmo que, para a doutrina, a sua vontade e seus atos anteriores sejam desconsiderados pela impunibilidade.

Em uma última análise, observando os atos cometidos sob flagrante preparado, é pertinente mencionar que não se demonstra nenhuma exatidão sobre as reais virtudes do indivíduo que, até então, não sofre coação, e, sim, um impulso favorável a sua prévia vontade de cometer tal ato.

8 CONCLUSÃO

Este artigo se baseou em elucidar os tipos de flagrante, em especial o flagrante preparado, a fim de interpelar determinadas situações e a garantia de justiça frente ao Direito Penal brasileiro. Nossa contextualização se baseou, também, em destacar a responsabilidade das instituições de segurança pública em questionarem os mecanismos de controle e reavaliar os procedimentos tomados em situações de flagrante consideradas ilegais.

Em uma evidente análise da reincidência criminal no Brasil, é possível perceber que se faz necessário realizar uma análise ainda mais aprofundada da particularidade de cada caso. Como mencionado no início do artigo, nosso propósito não se inteirou em questionar as ações praticadas pelas instituições de segurança pública, mas, sim, em oferecer uma interpretação distinta quando comparado com a doutrina.

Por fim, reiteramos que há uma lacuna, quando se coloca em análise as situações em flagrante preparado, que evidencia a falta de segurança jurídica aos questionamentos tomados pela doutrina e pelo Código Penal brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, Michelle. **The new Jim Crow : mass incarceration in the age of colorblindness**. 2010.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil : estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. Salo de Carvalho. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

JUNIOR, Francisco de Assis França. **Criminologia das drogas: desvelando o vício brasileiro pela guerra**. Andradina: Meraki, 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 145**. Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2015]. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2119#:~:text=N%C3%A3o%20h%C3%A1%20crime%2C%20quando%20a,torna%20imposs%C3%ADvel%20a%20sua%20consuma%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 16 de jan. de 2023.

JALIL, Mauricio Schaun; FILHO, Vicente Greco. **Código Penal Comentado: doutrina e jurisprudência**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Manole, 2022.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral, Volume I**. 17.ed. rev. ampliada e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

GRECO, Rogério. **Direito Penal Estruturado**. 2. ed. rev., atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Forense; MÉTODO, 2021.

A CARACTERIZAÇÃO DA PANDEMIA COMO HIPÓTESE DE FORÇA MAIOR PARA O PEDIDO DE REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO

RODRIGO LEITUGA DE CARVALHO CAVALCANTE:

Procurador do Estado de Mato Grosso do Sul. Advogado. Pós-graduado em Direito Público e Direito Tributário. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. ²¹

RESUMO- O presente trabalho possui como objetivo a análise acerca da viabilidade jurídica do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão em decorrência da eclosão da pandemia do coronavírus. Para o cumprimento de tal mister, foi realizada pesquisa bibliográfica e descritiva. Primeiramente, foi delimitado o conceito de reequilíbrio econômico-financeiro e sua previsão constitucional. Ato contínuo, explicitou-se no que consistem os contratos concessionais e a possibilidade de que prevejam uma matriz de riscos. Posteriormente, adentrando o aspecto central do trabalho, demonstrou-se que a teoria da imprevisão é aplicável aos contratos concessionais, existindo ou não matriz de riscos nos referidos contratos, com o aporte de abalizados posicionamentos doutrinários acerca do tema. Ao final, concluiu-se que a pandemia consiste em hipótese de força maior que configura álea extraordinária, sendo possível o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, de modo que o desequilíbrio contratual deve ser efetivamente demonstrado, sendo inviável a sua alegação genérica.

PALAVRAS-CHAVE: CONTRATOS CONCESSIONAIS. PANDEMIA. REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. FORÇA MAIOR.

1.INTRODUÇÃO

A Constituição da República consagra em seu artigo 37, XXI, o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, asseverando que os contratos devem manter as efetivas condições da proposta.

Por sua vez, a Administração Pública, no exercício de suas competências constitucionais, celebra rotineiramente contratos de concessão, que são fundamentais para atingir os objetivos delineados na Carta Magna e promover a consecução do interesse público.

Neste sentido, a pandemia do coronavírus afetou drasticamente toda a sociedade, sendo fundamental verificar seus reflexos nos contratos de concessão.

²¹ E-mail: rodleituga@gmail.com

Por conta disso, o presente trabalho possui o escopo de elucidar a possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos concessionais em decorrência da eclosão da pandemia do coronavírus, o que é fundamental para a continuidade da prestação dos serviços que se consubstanciam como objeto das concessões.

Assim, foi realizada ampla pesquisa bibliográfica e descritiva visando o adequado deslinde do tema.

2.DO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO EM DECORRÊNCIA DA PANDEMIA

A manutenção da equação econômico-financeira dos contratos administrativos encontra guarida na Constituição da República, que, em seu artigo 37, XXI, prevê expressamente que devem ser “mantidas as efetivas condições da proposta”. Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho conceitua o equilíbrio econômico-financeiro da seguinte maneira²²:

Equação econômico-financeira do contrato é a relação de adequação entre o objeto e o preço, que deve estar presente ao momento em que se firma o ajuste. Quando é celebrado qualquer contrato, inclusive o administrativo, as partes se colocam diante de uma linha de equilíbrio que liga a atividade contratada ao encargo financeiro correspondente. Mesmo podendo haver certa variação nessa linha, o certo é que no contrato é necessária a referida relação de adequação. Sem ela, pode dizer-se, sequer haveria o interesse dos contratantes no que se refere ao objeto do ajuste.

Com efeito, Marçal Justen Filho aduz que os fundamentos constitucionais que justificam a intangibilidade da equação econômico-financeira dos contratos consistem na proteção ao interesse público, na proteção à propriedade privada e na isonomia²³.

or sua vez, no prisma infraconstitucional, os artigos nº 65, II, “d”, da Lei nº 8.666/93 e 124, II, “d”, da Lei nº 14.133/2021, contemplam a denominada teoria da imprevisão, que autoriza a manutenção das condições originárias do contrato em decorrência de eventos supervenientes imprevisíveis ou, embora previsíveis, de consequências incalculáveis, bem

²² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 396

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 392-394

como em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual, sendo expressão da cláusula *rebus sic stantibus*. Nesse sentido, impende trazer à baila o magistério de Odete Medauar²⁴:

A alínea d diz respeito à chamada teoria da imprevisão, que, em síntese, se expressa no seguinte: circunstâncias, que não poderiam ser previstas no momento da celebração do contrato, vêm modificar profundamente sua economia, dificultando sobremaneira sua execução, trazendo déficit ao contratado; este tem direito a que a Administração o ajude a enfrentar a dificuldade, para que o contrato tenha continuidade. Tais circunstâncias ultrapassam a normalidade, revestindo-se de caráter excepcional; por isso passaram a ser incluídas na expressão álea extraordinária. A teoria da imprevisão, própria do direito administrativo, representa, nesse âmbito, o que a cláusula *rebus sic stantibus* (literalmente, estando assim as coisas, se as coisas tivessem se mantido no mesmo estado) significa nos contratos do direito privado. Na linha clássica, a imprevisão abria ao contratado o direito à indenização, para remediar uma situação extracontratual anormal, com o fim de não paralisar a execução do contrato.

Dessa forma, é unânime que a teoria da imprevisão é plenamente aplicável aos contratos públicos tradicionais. Por sua vez, em relação aos contratos de concessão, é necessário analisar os respectivos marcos legais, bem como os posicionamentos doutrinários pertinentes.

Os denominados contratos concessionais contemplam tanto as concessões comuns, regidas pela Lei nº 8.987/95, quanto as PPP's, que podem ser concessões patrocinadas ou administrativas e são disciplinadas pela Lei nº 11.079/04.

De acordo com a Lei nº 8.987/95, o particular exercerá o objeto da concessão por sua "conta e risco". Segundo a doutrina tradicional, a distribuição dos riscos nas concessões comuns seria norteadada pela denominada teoria das áleas, em que os riscos ordinários do negócio seriam atribuídos ao particular, enquanto a Administração Pública seria responsável pelos riscos extraordinários. Já a Lei nº 11.079/04 prevê, em seu artigo 5º, III, a existência de uma matriz de riscos, que deve contemplar a previsão expressa dos riscos que serão suportados pelo Estado e pelo concessionário, sendo definidos conforme a melhor capacidade para o seu gerenciamento.

24 MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 226

No entanto, a doutrina contemporânea admite expressamente que as concessões comuns também contemplem uma matriz de riscos, garantindo maior segurança jurídica, competitividade e atendendo às particularidades de cada concessão. Nesse sentido, cumpre mencionar a abalizada doutrina de Alexandre Aragão²⁵:

Nas concessões de serviços públicos, ao contrário dos contratos administrativos em geral, o risco do negócio é, de acordo com a doutrina clássica, exclusivo da concessionária, inclusive como preceitua a definição de concessão de serviços públicos do art. 2º, II, da Lei nº 8.987/1995 (“por sua conta e risco”), ressalvados os riscos imprevisíveis ou decorrentes de alterações unilaterais do contrato, em relação aos quais o particular está protegido pela garantia do equilíbrio econômico-financeiro.

Todavia, dentro da evolução do que no tópico 12.10 chamamos de modelo clássico das concessões, muitos contratos de concessão vêm fazendo com que o poder concedente e os usuários assumam parte da álea empresarial ordinária da concessão, o que nos afigura plausível face aos arts. 9º, § 2º, e 23, IV, da Lei nº 8.987/1995, que delegam aos contratos o estabelecimento de mecanismos de revisão tarifária para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Em primeiro lugar, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro referido constitucionalmente é inferida apenas da exigência de manutenção das “condições efetivas da proposta” (art. 37, XII, CF), tornando admissível a repartição de riscos diversa dos parâmetros da doutrina clássica, seja para atribuir à concessionária riscos que normalmente eram considerados como sendo do poder concedente ou vice-versa, desde que prevista no ato convocatório da licitação e, conseqüentemente, ao menos de forma implícita, da proposta apresentada pelo concessionário. **Em segundo lugar, os arts. 9º, § 2º, e 23, IV, Lei nº 8.987/1995, conferem espaço de modelagem das delegações de serviços públicos suficiente para que a Administração adote, no instrumento convocatório, diferentes modalidades de revisão tarifária e de compartilhamento de riscos** (grifos nossos)

²⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 487-490.

Assim, a divisão de riscos prevista no contrato pode ser pactuada de maneira diversa da tradicional teoria das áleas, em que o particular suportaria todos os riscos ordinários e o poder concedente os riscos extraordinários. Deste modo, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato passa a guardar correlação direta com a matriz de riscos celebrada.

Assentadas tais premissas, destaca-se que, em regra, a aplicação da teoria da imprevisão aos contratos concessionais como mecanismo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, depende, primeiramente, da análise da existência ou não da matriz de riscos. Inexistindo a matriz de riscos, aplica-se a teoria tradicional das áleas, de modo que os riscos extraordinários deverão ser suportados pelo Poder Público. Por sua vez, havendo matriz de riscos, deverá ser observado a quem foi alocado o respectivo risco.

No entanto, ao tratar-se especificamente acerca da ocorrência da pandemia do coronavírus, a questão ganha contornos diversos e mais singulares. Isso porque a pandemia é um evento tão excepcional e extraordinário que suas consequências jamais poderiam ter sido fielmente previstas pelas partes em eventual matriz de riscos, de modo que, neste caso, seria possível aplicar a teoria da imprevisão para fundamentar o reequilíbrio do contrato. Neste sentido, é fundamental mencionar a prestigiada doutrina de Flávio Amaral Garcia²⁶:

(...) certos riscos, ainda que corretamente alocados, podem ter as suas consequências extremadas por circunstâncias imprevisíveis a ponto de abalar a economia original do contrato e colocar em perigo a sua eficiente execução, sendo que “não seria crível supor que a matriz de risco pudesse descer a detalhes e considerasse dimensões e consequências que não poderiam ser objetivamente calculadas ou mesmo cogitadas”.

No caso, o referido autor sustenta a existência da denominada “imprevisão na previsão”, ou seja, ainda que as partes, em um primeiro momento, tenham efetuado uma distribuição de riscos, pode ser que, futuramente, uma situação fática completamente excepcional e extraordinária ocorra, de modo que as partes jamais poderiam ter previsto sua ocorrência ou suas consequências.

26 GARCIA, Flávio Amaral. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 119-133

Assim, mesmo os eventos abstratamente previstos em contrato podem ensejar consequências e proporções que jamais teriam sido cogitadas pelas partes. Ademais, é factível que um evento superveniente afete profundamente as bases objetivas do contrato, tornando as prestações de determinada parte excessivamente onerosas, de modo que, ainda que haja uma previsão de risco a ela atribuído no contrato, seria impossível que suas consequências reais tivessem sido efetivamente cogitadas.

Com efeito, é imperioso ressaltar que a pandemia do coronavírus se amolda plenamente a esse raciocínio, na medida em que é um fato superveniente, completamente extraordinário e potencialmente drástico, com a aptidão de afetar substancialmente os contratos concessionais. É inegável que a pandemia ensejou inúmeras medidas de distanciamento e isolamento social, afetou o mercado de consumo, o uso de serviços públicos, e, de maneira geral, toda a vida social e econômica da população.

Neste caso, a pandemia se afigura como hipótese de força maior, que se consubstancia, assim, como uma álea extraordinária. Cumpre destacar que a doutrina majoritária aduz que a força maior e o caso fortuito possuem as mesmas consequências jurídicas, de modo que se afigura desnecessário sustentar uma diferenciação entre ambos. Nesse sentido se posiciona o magistério de Silvio Rodrigues²⁷:

O parágrafo único [do art. 393 do Código Civil] supratranscrito, como se observa, não faz distinção entre um e outro. Em geral, a expressão caso fortuito é empregada para designar fato ou ato alheio à vontade das partes, ligado ao comportamento humano ou ao funcionamento de máquinas ou ao risco da atividade ou da empresa, como greve, motim, guerra, queda de viaduto ou ponte, defeito oculto em mercadoria produzida etc. E força maior para os acontecimentos externos ou fenômenos naturais, como raio, tempestade, terremoto, fato do príncipe (*fait du prince*) etc.

Nesse sentido, o parágrafo único do artigo em questão [art. 393 do Código Civil] conceitua o caso fortuito e a força maior como o fato necessário, cujos efeitos não são possíveis evitar, ou impedir. A lei equipara, portanto, os dois fenômenos. Para o código, caso fortuito e força maior são situações invencíveis, que refogem às forças humanas, ou às forças do devedor, impedindo e impossibilitando o cumprimento da obrigação. É o inadimplente que deve provar a ocorrência desses fatos. Há dois elementos a

²⁷ RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Volume 2. **Parte geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 238

serem provados, um de índole objetiva, que é a inevitabilidade do evento, e outro de índole subjetiva, isto é, ausência de culpa. Deve o devedor provar que o evento surpreendente não poderia ter sido previsto ou evitado.

Nessa toada, na linha da fundamentação ora aduzida, a pandemia deve ser qualificada como álea extraordinária, sendo plenamente aplicável a teoria da imprevisão para fundamentar o pedido de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos concessionais, tenham eles contemplado matriz de riscos ou não.

No entanto, ainda que seja possível o reequilíbrio do contrato, é fundamental ressaltar que tal medida não é obrigatória, devendo ser analisada em cada caso concreto. Isso porque não necessariamente todos os contratos concessionais tiveram um efetivo desequilíbrio, o que somente pode ser aferido à luz das circunstâncias fáticas de cada contrato. Nessa linha de raciocínio, é fundamental mencionar o arguto entendimento de Pedro Orduna²⁸:

Tendo em conta tais ponderações, nos parece possível, em tese, a aplicação da teoria da imprevisão aos contratos de concessão afetados pela pandemia, mesmo em relação a evento contido no escopo de um risco literal e expressamente atribuído a uma das partes.

Não se poderá prescindir, todavia, da demonstração, pela parte interessada, de que o evento a afetou desproporcionalmente, o que passa por esclarecer o que poderia ser visto como uma variação ordinária daquele risco, já que apenas aquilo que suplantar esta margem poderá ser tido como desequilíbrio para os fins propostos.

Ante o exposto, conclui-se que a pandemia do coronavírus pode ser enquadrada como evento de força maior, configurando-se como álea extraordinária apta a ensejar a aplicação da teoria da imprevisão aos contratos de concessão, permitindo, assim, o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, com espeque no artigo 37, XXI da Constituição da República, independentemente de a pandemia estar prevista ou não em eventual matriz de riscos do contrato. Por derradeiro, cumpre salientar que o desequilíbrio contratual deverá ser efetivamente demonstrado pelas partes, não sendo possível a invocação genérica da pandemia para justificar a aplicação da teoria da imprevisão.

²⁸ ORDUÑA, Pedro Pinheiro. Jota. **Pandemia de Covid-19 e o reequilíbrio de contratos de concessão**. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/pandemia-de-covid-19-e-o-reequilibrio-de-contratos-de-concessao> 13042020. Acesso em: 09 de agosto de 2021.

3. CONCLUSÃO

A pandemia do coronavírus será para sempre lembrada como um dos eventos mais drásticos e catastróficos da história humana, tendo afetado imensamente a vida de toda a população.

Nesse sentido, considerando-se que a Constituição da República outorga à Administração Pública um papel primordial na prestação de serviços públicos, é fundamental perquirir se a pandemia possui o condão de fundamentar o reequilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão celebrados.

Dessa forma, o presente trabalho demonstrou que a pandemia se afigura como hipótese de força maior que se configura como álea extraordinária, sendo juridicamente viável a aplicação da teoria da imprevisão aos contratos concessionais, independentemente da matriz de riscos pactuada. Assim, dada a completa extraordinariedade e imprevisibilidade do evento, é possível que os contratos concessionais sejam reequilibrados, atendendo ao comando insculpido no artigo 37, XXI, da Carta Magna.

Por derradeiro, destacou-se que, à luz das circunstâncias fáticas de cada relação contratual, o eventual desequilíbrio contratual decorrente da pandemia do coronavírus deve ser efetivamente demonstrado pela parte que requerer o reequilíbrio econômico-financeiro, sendo inviável a alegação genérica de que a pandemia desequilibrou o contrato.

4. REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

GARCIA, Flavio Amaral. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). **Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, Taxa Interna de Retorno, prorrogação antecipada e relicitação**. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. Volume 2. **Parte geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2002.

ORDUÑA, Pedro Pinheiro. Jota. **Pandemia de Covid-19 e o reequilíbrio de contratos de concessão**. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/pandemia-de-covid-19-e-o-reequilibrio-de-contratos-de-concessao-13042020>. Acesso em: 12 de setembro de 2023.

O INQUÉRITO POLICIAL COMO UMA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO INVESTIGADO – UMA REVISÃO DE LITERATURA.

ANA LUIZA LIMA PRADO:
Acadêmica do Curso de Direito do
Centro Universitário de Goiatuba –
Unicerrado.²⁹

Resumo: A persecução penal ou persecução criminal assim como também é conhecida, é o ato de perseguição ao infrator, atividade desenvolvida somente pelo Estado, a fim de investigar e apurar os fatos e a autoria de um crime. O Estado exerce também o jus puniendi, ou seja, exerce sua pretensão punitiva do seu direito de punir, além disso, ressalta-se que o Estado tem outros deveres e a obrigações como de manter a paz social e a ordem pública. A autoridade policial também tem algumas obrigações, dentre elas preservar a ordem pública e realizar as investigações criminais contribuindo para a responsabilização dos infratores. É no inquérito policial que se inicia a investigação criminal, e este tem por finalidade a colheita de elementos de informação acerca da autoria e materialidade da infração penal, sendo um instrumento com prerrogativas constitucionais para o investigado. A justificativa do artigo é explanar a importância do inquérito policial como uma garantia do investigado e, portanto, tendo como objetivo, analisar as garantias constitucionais aplicadas na fase de inquérito policial de modo a proteger os direitos e dignidade do investigado. A metodologia de pesquisa utilizada é a bibliográfica com abordagem qualitativa, esse tipo de pesquisa preza pela descrição detalhada dos fenômenos e dos elementos que o envolve.

Palavra-chave: inquérito policial; direitos do investigado; investigação criminal.

Abstract: The criminal prosecution or criminal prosecution as it is also known, is the act of persecution of the offender, activity developed only by the State, in order to investigate and ascertain the facts and the authorship of a crime. The State also exercises jus puniendi, that is, it exercises its punitive claim of its right to punish, in addition, it is emphasized that the State has other duties and obligations such as maintaining social peace and public order. The police authority also has some obligations, among them to preserve public order and carry out criminal investigations contributing to the accountability of offenders. It is in the police investigation that the criminal investigation begins, and this aims to collect elements of information about the authorship and materiality of the criminal offense, being an instrument with constitutional prerogatives for the investigated. The justification of the article is to explain the importance of the police investigation as a guarantee of the

²⁹ E-mail: analuizalimaprado@gmail.com

investigated and, therefore, aiming to analyze the constitutional guarantees applied in the police investigation phase in order to protect the rights and dignity of the investigated. The research methodology used is the bibliographic with qualitative approach, this type of research values the detailed description of the phenomena and the elements that involve it.

Keyword: police investigation; rights of the investigated; criminal investigation.

INTRODUÇÃO

Sabe-se que é no inquérito policial que se inicia a investigação criminal, e este tem por finalidade a colheita de elementos de informação acerca da autoria e materialidade da infração penal, ademais, no Estado Democrático de Direito o investigado deixou de ser visto como objeto de investigação e passou a ser considerado como sujeito de direitos, devendo estes serem efetivados e respeitados, independente da persecução penal.

À priori, na antiguidade, a condenação do réu era sob o fundamento exclusivo de sua confissão, pois a mesma tem valor probatório, ocorre que nem sempre a confissão era verdadeira e muitas vezes, era obtida de forma coercitiva. Nem sempre houve prerrogativas de proteção aos investigados, e, portanto, houve necessidade de mudanças no sistema de apuração dos delitos, pois em um determinado período as confissões eram declaradas diante das medidas coercitivas que lhe eram propostas, eram consideradas provas supremas, mesmo que o indivíduo não fosse o ator de determinado delito e meramente considerado suspeito, naquela época estes eram torturados para que a confissão fossem lhe arrancada e desta forma, diante do tal cenário, confessavam mesmo que fossem inocentes e eram condenados em razão de sua confissão, isso gerou repercussão, uma vez que violava os direitos fundamentais do acusado, naquela época, a confissão tinha fundamento exclusivo por ter valor probatório.

Mesmo com as evoluções e mudanças no sistema de apuração dos delitos, mesmo que de forma lenta e gradual, principalmente no que tange a evolução dos direitos da pessoa humana e também na busca de um processo penal mais digno e condizente com o Estado Democrático de Direito, o presente projeto tem por sua justificativa explicar a importância do inquérito policial como uma garantia do investigado e, portanto, tendo como objetivo, analisar as garantias constitucionais aplicadas na fase de inquérito policial de modo a proteger os direitos e dignidade do investigado. Para a produção do presente artigo, foi necessário a realização de uma intensa e minuciosa procura por estudos decorrentes da supracitada temática que já tenham sido publicados, para assim, procurar um direcionamento aos estudos. A metodologia de pesquisa utilizada é a bibliográfica com abordagem qualitativa, segundo Vieira e Zouain (2005) a pesquisa qualitativa atribui importância fundamental aos depoimentos dos atores sociais envolvidos, aos discursos e

aos significados transmitidos por eles. Nesse sentido, esse tipo de pesquisa preza pela descrição detalhada dos fenômenos e dos elementos que o envolve.

O Estado tem como seu papel a pretensão punitiva, ou seja, o seu direito de punir, já o Estado Democrático de Direito tem por sua finalidade prezar pelo bem-estar em geral, o que quer dizer que este visa a garantia do exercício de direitos individuais e sociais bem como manter e preservar a ordem pública. A autoridade policial também tem algumas obrigações, dentre elas preservar a ordem pública e realizar as investigações criminais contribuindo para a responsabilização dos infratores. Nesta senda, é nítido que todos os indivíduos devem ter as mesmas condições e oportunidades nas ações, sem sofrer nenhum tipo de desigualdade ou discriminação por parte das autoridades.

1.DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

A persecução penal ou persecução criminal assim como também é conhecida, é o ato de perseguição ao infrator, atividade desenvolvida somente pelo Estado, a fim de investigar e apurar os fatos e a autoria de um crime. O Estado exerce também o jus puniendi, ou seja, exerce sua pretensão punitiva do seu direito de punir, além disso, ressalta-se que o Estado tem outros deveres e a obrigações como de manter a paz social e a ordem pública.

Nesta senda, o Estado quando pratica atos de investigação, após a prática de um fato delituoso, está exercendo o seu poder de polícia. A investigação não passa do exercício do poder cautelar que o Estado exerce, através da polícia, na luta contra o crime, para preparar a ação penal e impedir que se percam os elementos de convicção sobre o delito cometido (MARQUES, 1959). Para Aury Lopes Junior (2014), a investigação preliminar é uma peça fundamental para o processo penal. No Brasil, provavelmente por culpa das deficiências do sistema adotado. Apesar dos problemas que possam ter, a fase pré-processual é imprescindível, pois um processo penal sem a investigação preliminar é um processo irracional, uma figura inconcebível segundo a razão e os postulados processo irracional, uma figura inconcebível segundo a razão e os postulados básicos do processo penal constitucional (JUNIOR, 2014).

Nesse contexto, Eliomar Pereira (2020), pondera sobre seu conhecimento acerca da investigação criminal como:

A investigação criminal é pesquisa orientada processualmente a estabelecer a verdade fática acerca de uma lesão penalmente relevante a um bem jurídico decorrente de conduta humana. É pesquisa que se faz a partir de uma hipótese típico-legal (direito penal) e segundo formas delimitadas juridicamente (direito processual penal). É atividade que não se limita a apenas uma fase

do processo penal (inquérito), pois, paralelamente à interpretação jurídica, percorre todas as suas fases (PEREIRA, 2020).

Entende-se que a investigação criminal é dada como uma verdadeira ciência da investigação, se tratando de uma pesquisa minuciosa e detalhada. E, como afirma CABETTE (2003), “ao contrário do que muitos pensam, a investigação não visa tão somente obter indícios para a acusação, mas sim apurar a verdade, seja ela a favor da acusação ou da defesa.

Ressalta-se que a investigação policial é desenvolvida pela autoridade policial, ou seja, o delegado de polícia, esta determinação está regulamentada no artigo 144, § 4º da Constituição Federal de 1988, que dispõe que “às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, *incumbem*, ressalvadas a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”. É importante referir que, do ponto de vista normativo, a fase pré-processual, na qual a elaboração do inquérito policial está colocada, deve ter as ações direcionadas para o apontamento da probabilidade de materialidade e de autoria de um crime, não sendo cabível, nesse momento, a produção de provas, que deve ser feita em juízo (sendo excetuados os exames periciais), preservando, desse modo, todas as garantias do acusado (LOPES, 2006).

Por fim, o doutrinador Guilherme Nucci (2007), acerca sobre os ensinamentos da investigação criminal, ressalta que o sistema processual penal foi elaborado para apresentar-se equilibrado e harmônico, que quando a polícia judiciária elabora e conduz a investigação criminal, é supervisionada pelo Ministério Público e pelo Juiz de Direito, que ao conduzir a instrução criminal, tem a supervisão das partes sendo estas, o Ministério Público e os advogados.

2.DO INQUÉRITO POLICIAL

O Estado tem como seu papel a pretensão punitiva, ou seja, o seu direito de punir, já o Estado Democrático de Direito tem por sua finalidade prezar pelo bem-estar em geral, o que quer dizer que este visa a garantia do exercício de direitos individuais e sociais bem como manter e preservar a ordem pública. A autoridade policial também tem algumas obrigações, dentre elas preservar a ordem pública e realizar as investigações criminais contribuindo para a responsabilização dos infratores.

Conforme os ensinamentos de Nucci (2015), o Código de Processo Penal de 1832, já regulamentava procedimentos investigativos, porém não havia expressado a denominação inquérito policial, essa terminologia surgiu em nosso ordenamento jurídico com o advento da Lei nº 2.033 de 20 de setembro de 1871, regulamentada pelo Decreto

nº 4.824 de 28 de novembro de 1871, artigo 4º, parágrafo 9º, passou a vigorar, o artigo 42 da referida lei.

Art. 42. O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos factos criminosos, de suas circunstâncias e dos seus autores e cúmplices; e deve ser reduzido a instrumento escrito.

Enquanto vigorava o regime imperial em 1971 e conforme passavam intensas transformações no inquérito policial ao longo do tempo, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual concebeu nova face ao direito penal e processual penal, principalmente no que tange as prerrogativas constitucionais à luz da dignidade da pessoa humana e do respeito aos direitos e às garantias fundamentais.

Na Lei nº 3.689/41, conhecida também como Código de Processo Penal, dispõe que o inquérito policial está regulamentado no Livro I, Título II do artigo 4º ao artigo 23. Segundo Capez (2006, p. 72) inquérito policial, por definição: "É o conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária para a apuração de uma infração penal e de sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo (CPP, art. 4º)". Para nosso ilustre doutrinador Nucci (2016), o inquérito policial como *"um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária e voltado à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria."*

A realização da investigação policial e elaboração do inquérito são tarefas que exigem uma amplitude de saberes. São necessários recursos "relacionais" desenvolvidos por policiais civis, no sentido de superar dificuldades existentes, sejam elas pela falta de recursos materiais e humanos para a realização da investigação de todos os crimes que chegam ao conhecimento da Polícia Civil ou, mesmo, pelas dificuldades de comunicação entre os diferentes operadores do Sistema de Justiça Criminal (AZEVEDO; VASCONCELOS, 2011).

Nessa senda, sabe-se que o inquérito policial é um procedimento administrativo e que possui algumas características, antes de adentrar nesse assunto, ressalta-se que esse procedimento é instaurado pela autoridade policial, ou seja, o delegado de polícia, que irá lavrar uma portaria, que é a peça inaugural do inquérito policial, todo esse procedimento inicial está mencionado no artigo 5º do Código de Processo Penal. Segundo Guilherme Nucci:

Há basicamente, cinco modos de dar início ao inquérito: a) de ofício, quando a autoridade policial, tomando conhecimento da prática de uma infração penal de ação pública incondicionada (as ações públicas condicionadas e as ações privadas dependem de provocação do ofendido), instaura a investigação para verificar a existência do crime ou da contravenção penal e sua autoria; b) por provocação do ofendido, quando a pessoa que teve o bem jurídico lesado reclama a atuação da autoridade; c) por deleção de terceiro, quando qualquer pessoa do povo leva ao conhecimento da autoridade policial a ocorrência de uma infração penal de iniciativa do Ministério Público; d) por requisição da autoridade competente, quando o juiz ou o promotor de justiça exigir, legalmente, que a investigação policial se realize, porque há provas suficientes a tanto; e) pela lavratura do auto de prisão em flagrante, nos casos em que o agente é encontrado em qualquer das situações descritas no artigo 302 do Código de Processo Penal. (NUCCI, 2016, pág. 101)

No que se refere a sua classificação, podemos mencionar que o inquérito policial é escrito, oficioso, oficial, sigiloso, inquisitivo, discricionário e indisponível. Nessa senda, o Código de Processo Penal menciona em seu art. 9º que *"Todas as peças do inquérito policial serão, num só processado, reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade"*, dessa forma, entende-se que não possibilidade do inquérito policial ser se não escrito. No que se refere a sua oficialidade, sendo um procedimento realizado pela competência de autoridades para sua instauração, de acordo com o artigo 4º do Código de Processo Penal *"A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas jurisdições e terá pôr fim a apuração das infrações penais e da sua autoria"*, é um procedimento que deverá ser conduzido por um órgão oficial do Estado, fica caracterizado por ser um procedimento oficioso por essa razão.

O inquérito policial também é sigiloso, para que assim se tenha eficácia no andamento da investigação e na elucidação do crime, como defesa da intimidade, interesse social no sigilo e imprescindibilidade à segurança da sociedade e do Estado são assegurados o sigilo de acordo com o artigo 5º, XXXIII e LX, c/c art. 93, IX da Constituição Federal de 1988, evitando escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem. No que tange a sua característica inquisitiva, é que ocorre somente atos de investigação, não há contraditório e nem ampla defesa. Sobre sua discricionariedade significa que o inquérito policial não carece de um rigor procedimental, autoridade policial conduz a investigação da maneira que achar mais frutífera. E por fim temos a indisponibilidade do inquérito o artigo 17 do Código de Processo Penal estabelece que *"A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito"*, ou seja, não cabe a

autoridade policial arquivar Inquérito Policial, após tê-lo instaurado, cabendo exclusivamente ao Poder Judiciário esta atribuição.

3. DIREITOS FUNDAMENTAIS NO INQUÉRITO POLICIAL

Em nosso ordenamento jurídico todos nós somos sujeitos de direitos e de deveres, se tratando em direitos e garantias fundamentais o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 estabelece inúmeros direitos que todo ser humano tem e que pode usufruir pois estes lhe são assegurados para a existência de uma vida digna, conforme o princípio basilar que é o princípio da dignidade da pessoa humana que visa garantir essas prerrogativas fundamentais para a existência humana. As garantias fundamentais desempenham uma função de segurança, que configura o caráter de instrumentalidade, cujo fim é fazer com que os precitados direitos sejam aplicados aos indivíduos ao qual eles mesmos são destinatários. É assim que, de maneira mais clara, a garantia compõe os meios constitucionais de proteção dos bens e das liberdades fundamentais (MOSSIN, 2016, p. 2).

Conforme salienta Álvaro Villaça de Azevedo (2010), a dignidade da pessoa humana insere-se no texto constitucional como uma cláusula geral a que se subordinam todos os outros direitos da personalidade, explícitos no corpo do texto da Constituição Federal em seu artigo 5º, sendo estes o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, dentre outros (AZEVEDO, 2010, p.17).

No que tange as garantias fundamentais do investigado ainda na fase da investigação criminal, o doutrinador Fernando Capez (2012, p. 111) afirma que os investigados “devem ter as mesmas oportunidades de fazer valer suas razões, e ser tratados igualmente, na medida de suas igualdades, e desigualmente, na proporção de suas desigualdades”. Nessa mesma senda, Marta Saad (2004, p. 205, 206) leciona que o investigado deve ser reconhecido como sujeito ou titular de direitos, sujeito do procedimento e não apenas sujeito ao procedimento. O Estado por meio do inquérito policial, deve garantir que o suspeito seja tratado como sujeito de direito e não apenas como um mero objeto na investigação criminal, ressalta-se que o Estado em seu poder e dever de investigar infrações penais, por responsabilizar os infratores, pode e deve garantir que os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana sejam respeitados (ALBUQUERQUE, 2020).

Para Elizabeth Queijo (2003), as garantias e direitos fundamentais tem a finalidade de proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução criminal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração dos delitos, bem como contra métodos proibitivos de interrogatório, sugestões e dissimulações. O investigado também se abstém de direitos e garantias fundamentais como os mencionados no artigo 5º, inciso III, da

Constituição Federal que dispõe que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante, e no inciso LVII, cujo reconhecimento da autoria delitiva somente será comprovado após sentença condenatória transitada em julgado, devendo o investigado ser tratado como inocente.

As principais características do sistema de investigação acusatório, pretendido pela Constituição Federal são a total separação das funções de acusação, defesa e julgamento; a imparcialidade do Juiz; o contraditório; a presunção da inocência; a liberdade de defesa e igualdade de posição entre as partes; bem como a livre apresentação de provas por ambas (MARQUES, 1997). Dentre outros, como elucida Aury Lopes Junior (2009), as garantias judiciais dos indivíduos que se aplicam ao inquérito policial, são: presunção de inocência; ser ouvido com as devidas garantias, em um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independentemente e imparcial; ser assistido por tradutor ou intérprete, se não compreende o idioma; ser comunicado, de forma prévia e pormenorizada, dos fatos que lhe são imputados; defender-se pessoalmente ou eleger um defensor para assisti-lo; entrevistar-se pessoalmente e de forma reservada com o seu defensor; ser defendido por um advogado do Estado (dativo) quanto ao tenha condições de constituir, ou ainda, caso indique, deverá ser-lhe nomeado um defensor dativo; perguntar às testemunhas e também solicitar a declaração de outras testemunhas ou peritos que possam auxiliar na comprovação do fato; e por fim, não declarar contra si mesmo nem se declarar culpado.

Nesta senda, o inquérito policial é um instrumento de prerrogativas e garantias constitucionais, respeitando tanto os direitos do investigado também a intenção do Estado de investigar e assim que comprovado, de punir conforme o trâmite processual.

CONCLUSÃO

Diante das informações dadas no decorrer do artigo acerca do inquérito policial e as garantias constitucionais do investigado, destarte que não há dúvida de que o inquérito policial é a principal forma de se evitar acusações descabidas e falsas. Conclui-se que o presente artigo propôs elucidar os direitos fundamentais do réu na fase da investigação criminal, que é considerada a fase pré processual no sistema jurisdicional penal brasileiro.

Nesta senda, o investigado deve estar informado de seus direitos que são garantidos e expressamente estipulados na Constituição Federal de 1988, sendo atribuídos e respeitados suas garantias fundamentais como sujeito de direito. Tais direitos são instrumentos de proteção do indivíduo frente à atuação do Estado, são potestativos, ou seja, que não admite contestação, configurando direitos que garante o mínimo para a existência humana. Por essa razão, é possível perceber que o investigado é cercado de vários direitos e prerrogativas de proteção que não podem ser violados principalmente na

fase investigativa para que não haja vícios no inquérito policial e futuramente uma ação penal temerária e descabida.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Flavia. **Inquérito policial e sua relação com as garantias fundamentais**. JusBrasil. 2020. Disponível em: Inquérito policial e sua relação com as garantias fundamentais | Jusbrasil. Acessado em 25 de julho de 2023.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Parecer Jurídico Autonomia do paciente e Direito de Escolha de Tratamento médico sem transfusão de sangue mediante o novo código de ética médica- resolução**. CFM 1931/09. São Paulo 8 de fevereiro de 2010.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. **O inquérito policial em questão: situação atual e a percepção dos delegados de polícia sobre as fragilidades do modelo Brasileiro de investigação criminal**. Soc. estado., Brasília , v. 26, n. 1, p. 59-75, Apr. 2011. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922011000100004&lng=en&nrm=iso>. Acessado em 25 de julho de 2023.

BRASIL. **Código de Processo Penal. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acessado em 25 de julho de 2023.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **O papel do inquérito policial no sistema acusatório – O modelo brasileiro**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2003, p. 197.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. Saraiva, p. 188, 2014.

JUNIOR, Aury Lopes. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

MARQUES. J. F. **Elementos de Direito Processual Penal**. Campinas: Bookseller, v. 1. 1997.

MOSSIN, Antonio Heráclito. **As garantias fundamentais da área criminal**. Editora Manole, 2014.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 4ª edição. Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo e execução penal. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, GUILHERME DE SOUZA. Manual de processo penal e execução penal – 13. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

PEREIRA, Eliomar da Silva. **Disciplinas Extrajurídicas de Polícia Judiciária**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.

SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo, revista dos Tribunais, 2004.

CARACTERIZAÇÃO DO ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO: DIFERENCIAÇÃO E A LEGISLAÇÃO PERTINENTE

CAIO VINICIUS SOARES EMIDIO:

Graduando em Direito pelo Centro
Universitário de Santa Fé do Sul-SP³⁰

RICARDO ALEXANDRE RODRIGUES GARCIA³¹.

(orientador)

RESUMO: O presente artigo mostra que o assédio moral no ambiente de trabalho existe desde os primórdios da sociedade, mostrando que mesmo com a evolução humana este continua presente nas relações de trabalho e ainda não há legislação que tipifique tal crime. Conceitua assédio moral como uma conduta de natureza psicológica, repetitiva, com a finalidade de prejudicar a autoestima da vítima ou excluí-la do ambiente de trabalho. No mais, prevê a existência de três tipos de assédio moral, o vertical, horizontal e misto. Quanto a caracterização, esta pode se dar de diversas formas, como gestos, palavras, ironia, configurando-se ainda mesmo que implicitamente. A prática do assédio moral pode causar as vítimas diversas consequências, como depressão, sentimento de vingança, crises de choro, problemas de digestão, dores de cabeça, entre diversos outros graves problemas. A metodologia dedutiva foi utilizada na confecção do presente artigo. Destarte, conclui-se que devido a gravidade do assédio moral no ambiente de trabalho, se vê necessário a criação de uma legislação que trate do tema, sendo importante, ainda, a divulgação desta a todos os trabalhadores, possibilitando que estes saibam seus direitos e possam buscalos.

Palavras-chave: Assédio Moral. Impactos no ambiente de trabalho. Conceito. Caracterização. Consequências. Legislação.

ABSTRACT: This article shows that moral harassment in the workplace has existed since the beginning of society, showing that even with human evolution it is still present in labor relations and there is still no legislation that typifies such a crime. It conceptualizes moral harassment as a psychological, repetitive conduct, with the purpose of harming the victim's self-esteem or excluding them from the work environment. In addition, it provides for the existence of three types of bullying, the vertical, horizontal and mixed. As for characterization, this can take a variety of forms, such as gestures, words, irony, and is still

30 e-mail: caiovsemidio@gmail.com

31 Docente do Curso de Direito, e-mail: ricardogarciaadv@hotmail.com, Centro Universitário de Santa Fé do Sul-SP, UNIFUNEC.

an implicit one. The practice of bullying can cause victims various consequences, such as depression, feelings of revenge, crying crises, digestion problems, headaches, among several other serious problems. The deductive methodology was used in the preparation of this article. Thus, it is concluded that due to the severity of moral harassment in the workplace, it is necessary to create legislation that addresses the theme, and it is also important to disclose it to all workers, enabling them to know their rights and seek them

Keywords: Moral Harassment. Impacts on the work environment. Concept. Description. Consequences. Legislation.

1 INTRODUÇÃO

De início, importante explicar que o assunto ora tratado ocorre desde o início da sociedade humana, estando umbilicalmente ligado as relações de trabalho. Isso porque, nos primórdios desta relação, onde não havia qualquer Lei ou condutas a serem respeitadas, os superiores não eram reprimidos, exercendo a chefia do jeito que bem entendiam e quando não cometiam atos que ultrapassam o limite da moral (espancar, torturar, agredir), perpetravam o assédio moral.

Existe uma corrente ascendente que preza e tenta agrupar todos os valores e bons costumes compreendidos na sociedade tentando transplantá-la no âmbito trabalhista. Não tendo o sucesso esperado, é noticiado cada vez mais nos veículos de informação, inúmeros casos onde existe tanto o abuso fisiológico, quanto o sexual e o psicológico.

Diferente do abuso sexual, atualmente um dos problemas chave é a escassez de legislação que trate do tema, vez que inexistia lei específica, ou seja, não havia tipificação de crime para o assédio moral. Entretanto, tal tema vem sendo muito visado no âmbito do Direito do Trabalho, onde ocorre uma limitação do poder do empregador, garantida por possível indenização moral e material.

Apesar da referida segurança garantida pelo Direito Trabalhista, o assédio moral cria força junto com o capitalismo, uma vez que a ambição, somada com o poder dos superiores causa medo aos inferiores hierárquicos, que são obrigados a suportar o abuso moral, principalmente em épocas de desemprego e crise.

2 CONCEITO GERAL DE ASSÉDIO MORAL, DIFERENÇAS E SUAS MODALIDADES

De maneira sintetizada, é possível entender o assédio moral como uma conduta abusiva ou humilhante, que rebaixe, intimide ou afronte uma vítima, praticada através de comportamento, gesto, palavra ou atitude. Tal conduta deve ser repetitiva ou sistematizada, atentando contra a integridade física ou psíquica de um sujeito, e ameaçando o emprego ou degradando o clima de trabalho (Marie France Hirigoyen, 2002, p. 17).

Por isso, compreende-se que o assédio moral é determinado essencialmente pela conduta abusiva ou humilhante, que mesmo consistindo em pequenos atos, ao se acumularem diversas vezes geram o abuso.

O TST (Tribunal Superior do Trabalho) em sua cartilha publicada com enfoque no tema “Assédio Moral”, conceitua que toda conduta abusiva e vexatória, isolada ou consolidada de forma repetitiva, manifestado por comportamentos, palavras, atos, gestos ou escritos que possam trazer danos à personalidade, à dignidade ou à integridade física e psíquica de uma pessoa, pondo em perigo o seu emprego ou degradando o ambiente de trabalho caracterizam a a conduta. No serviço público, caracteriza-se por condutas repetitivas do agente público que, excedendo os limites das suas funções, por ação, omissão, gestos ou palavras, tenham por objetivo ou efeito atingir a autoestima, a autodeterminação, a evolução na carreira ou a estabilidade emocional de outro agente público ou de empregado de empresa prestadora de serviço público, com danos ao ambiente de trabalho objetivamente aferíveis.

Quanto as modalidades, existem: vertical, horizontal e misto. O primeiro subdivide-se em duas categorias: Descendente, onde o assédio ocorre pelos superiores em face dos subordinados. Nesta, a superioridade serve para impor ao trabalhador tarefas que não são de sua atribuição, produzindo mais por menos, o famoso mais-valia; e ascendente, que ocorre do subordinado para com o chefe, vez que em razão de ambição, pretende desestabilizar o chefe para tomar seu lugar.

Já o sistema horizontal ocorre entre pessoas do mesmo nível hierárquico, geralmente para atingir objetivos em um sistema de competição, fazendo-o para eliminar concorrentes.

Por fim, o assédio moral misto é de certa forma um espécie de *bullying*, tendo em vista que a vítima é alvejada pelos superiores e por seus companheiros, normalmente sendo escolhida para ser sempre a culpada de tudo.

3 DAS POSSIBILIDADES DE CARACTERIZAÇÃO DO ASSÉDIO MORAL

Existe a caracterização do assédio moral quando o agente ativo pratica um abuso, que como visto acima pode ser no sentido vertical, horizontal ou misto, na ordem hierárquica. Luiz Gomes Ramos e Rodrigo Galia citando Reginald Felker, caracterizam o assediador traçando um perfil psicológico aterrador, majoritariamente consistente no prazer pela depreciação e desídia dos demais a frente de diversos: FELKER, 2007, apud RAMOS, 2012, p. 52

[...] o assediador é alguém que não pode existir senão pelo rebaixamento dos outros, pois tem necessidade de demonstrar poder e para ter uma boa autoestima. Dissimula sua incompetência. Em suma, trata-se de alguém que, em última análise, é covarde, impulsivo, tem uma fala vazia e não escuta. Não assume responsabilidade, não reconhece suas falhas, não valoriza os demais. É arrogante, desmotivador, amoral, plagia ou se apropria do trabalho de outros, é cego para o aprendizado.

Tal conduta pode ser bem variável, como por exemplo, expor a situações vexatórias, humilhantes, exigir metas que sabe ser inatingíveis, agir com excesso de rigor, de forma que afete a vida da vítima, comprometendo-a em suas relações no ambiente de trabalho e sociais.

Ainda há de se considerar que não precisa ser explícito, podendo ocorrer de forma tácita, através de ironia ou até de maneira subjetiva, tudo a depender de cada caso concreto.

No mais, o que mais acentua o assédio moral é sua repetição e sistematização, visto que faz o abusado conviver e relembrar constantemente os traumas, angustias ou outras formas de sofrimento que são causadas, não possibilitando uma superação.

Nesse sentido, o acórdão publicado pela 8ª turma do TST expõe bem a caracterização do assédio moral, visto que esse se deu por diversas ações do assediador.

RECURSO DE REVISTA - ASSÉDIO MORAL - CONFIGURAÇÃO O Eg. TRT **concluiu pela ocorrência de assédio moral, entendendo que a Reclamante fora submetida a situações constrangedoras e excessivas quanto ao atingimento de metas, com cobranças patronais feitas de maneira desarrazoada, dentro da sistemática da empresa, e utilização de palavras de baixo calão nas reuniões diárias que realizava, ofendendo a honra da trabalhadora.** A alteração do julgado implicaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, vedado nesta instância, nos termos da Súmula nº 126. HORAS EXTRAS - REGISTROS DE FREQUÊNCIA - ÔNUS DA PROVA A Eg. Corte de origem consignou que as horas extras foram deferidas com base na jornada revelada pelas provas testemunhais. Assim, ainda que fossem acolhidos os argumentos da Reclamada quanto ao ônus da prova, persistiria o fundamento mencionado, suficiente para manter incólume o desfecho da controvérsia. Recurso de Revista não conhecido. (grifo nosso)

Normalmente o agressor age de modo diferente ao atacar uma vítima do sexo masculino e uma do sexo feminino. No primeiro caso, tende a atacar a honra ou masculinidade da vítima, pontos que normalmente mexem mais com o íntimo desta. Já no segundo caso, busca uma submissão, intimidação e até impõe certas restrições no sentido de deixar a vítima sem graça com os demais.

4 ASSÉDIO MORAL ELEITORAL

Durante o pleito eleitoral brasileiro no ano de 2022, diversas reportagens e relatos do que foi categoricamente qualificado como assédio moral eleitoral, foram divulgados levando a uma preocupação excêntrica, onde diversas empresas independentes do porte e diversas instituições incluindo as religiosas, praticaram condutas que agem em contramão aos princípios de liberdade de expressão e voto. Diversos empregados e prestadores de serviços foram acuados com material eleitoral no ambiente de trabalho e coagidos a votarem em determinado candidato ou absterem do próprio voto para não favorecer o candidato representante de opinião contrária aos de seus superiores.

Diante tal prática, consequências partiram desde advertências, ameaças e até demissões ocasionadas pela divergência dos posicionamentos políticos. Ante o exposto, procedimentos lamentáveis e condenáveis cada vez mais foram se posicionando, gerando um ambiente de desconforto para o proletariado que mais uma vez, observa inerte seus direitos valiosos sendo violados um a um.

Em balanço realizado pelo MPT (Ministério Público do Trabalho), divulgado em 19 de outubro de 2022, apontou que as denúncias de assédio moral eleitoral nos ambientes de trabalho durante o segundo turno das eleições somaram mais de 706 denúncias, quase dobrando o número obtido durante todo o pleito, representando um aumento de 58% com maior número de casos na região Sudeste, com 284 casos. A região Sul liderava o ranking, tendo contabilizado segundo esses informes, 212 ocorrências. Em seguida, aparecem Nordeste com 118, Centro-Oeste registrando 48 e Norte 44.

5 CONSEQUÊNCIAS DO ASSÉDIO MORAL

É devida grande atenção à repressão do assédio moral, em razão de seus efeitos e gravidades. Isso porque, pode se manifestar de modo silencioso e imperceptível aos demais, afetando apenas uma pessoa, a vítima. Esta pode cair em profunda depressão e ter seu talento e disposição afetados, estando sujeita a uma enorme fragilidade emocional e até mesmo no que diz respeito à sua saúde.

Nesse sentido, tal trecho expressa brilhantemente as consequências na vítima:

Muitos autores têm relatado as consequências funestas do estresse continuado, destacando-se os transtornos de ansiedade, depressão, burnout e doenças psicossomáticas. Adoentado, o indivíduo prende-se ainda mais a essa armadilha pelo aumento da ansiedade e angústia, o que eleva o conflito citado anteriormente, realimentando este ciclo. Uma das manifestações emocionais mais comuns entre os assediados é o sentimento de culpa tanto por parte de si mesmo quanto por parte dos seus colegas de trabalho, o que evidentemente reforça o adoecimento, reforçando mais uma vez o ciclo (TOLFO; OLIVEIRA, 2015, p. 25).

Tais fatos levam a um efeito bola de neve, onde tudo que passa pela vítima é afetado, gerando desgastes que podem culminar em um rompimento, seja este no ambiente de trabalho (demissão) ou familiar (divórcio).

Da mesma forma que o assediador ataca de maneira diferente os sexos masculino e feminino, estes também sofrem consequências diferentes. No primeiro caso, estes tendem a ter um sentimento vingativo, aumento da pressão arterial e até podem desencadear algum vício, como bebida. De outro lado, as mulheres normalmente se expressam com crises de choro, sentimento de inutilidade, insônia e diminuição da libido (2000, DUARTE, p. 5-6).

No mais, ainda há de se ressaltar que existem muitas pessoas carentes de informação, desconhecendo seus direitos ou até mesmo pensando que estes são inalcançáveis. Nesse sentido:

Teremos então uma cultura organizacional que não apenas tolera, mas incentiva normas de grupo negativas – incluindo o assédio moral no trabalho – que se tornam parte do cotidiano e promovem consequências danosas para a organização e empregados. Haverá neste caso um aumento da competição e decréscimo da solidariedade e confiança entre os trabalhadores. (TOLFO; OLIVEIRA, 2015, p. 21).

Ante o exposto, nota-se que a cultura já integralizada na sociedade, tende a praticar condutas de cunho abusivas, onde a organização no espaço de trabalho não obedece às regras básicas de respeito garantidas no Art. 1º da Constituição Federal, III – a dignidade da pessoa humana.

6 CONSEQUENCIAS DO ASSÉDIO MORAL ELEITORAL

Comprovado que o assédio moral eleitoral foi praticado pelo empregador ou seus prepostos no âmbito da relação de trabalho e em razão desta, parece não existir dúvida que se insere na competência da Justiça do Trabalho, nos termos do previsto no artigo 114 da Carta de 1988 que deve ser interpretado de forma extensiva a albergar todos os conflitos decorrentes de relação de trabalho humano, e se se enquadra no conceito de assédio discriminatório e atentado contra a democracia, pois impede ou tenta impedir que o empregado possa exercer livremente o direito de votar em quem acredite merecer seu voto e, portanto, deve ser veementemente combatido, não podendo a Justiça do Trabalho deixar de apreciar as eventuais ações de indenização por dano moral que vierem a ser ajuizadas por trabalhadores assediados por razões eleitorais.

Contudo, o assédio eleitoral praticado no ambiente de trabalho contribui para a deterioração do mesmo, com quedas de produção, onde o assediado tem que lidar com diversos empecilhos no desempenho pleno de suas funções tendo de ponderar a sua produção em contrapartida a defesa das agressões ou até mesmo se esquivar delas, gerando a fragilização da dignidade da pessoa humana, contribuindo para o desencadeamento de sérios problemas psicológicos como: Burnout, depressão e diversos outros.

7 LEGISLAÇÃO NO TOCANTE AO ASSÉDIO MORAL

Em março de 2019, a Câmara Federal aprovou o projeto de lei PL 4742/2001, onde foi caracterizado como crime o assédio moral, implementando o artigo 146-A no Código Penal Brasileiro, que foi validado com o seguinte teor:

Artigo 146-A do Código Penal: Ofender reiteradamente a dignidade de alguém causando-lhe dano ou sofrimento físico ou mental, no exercício de emprego, cargo ou função.

Pena: detenção, de um a dois anos e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º – Somente se procede mediante representação, que será irretratável.

§ 2º – A pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos.

§ 3º – Na ocorrência de transação penal, essa deverá ter caráter pedagógico e conscientizador contra o assédio moral.

Importante ainda evidenciar que a Constituição Federal, nos incisos V e X, do artigo 5º, prevê direitos no tocante ao assédio moral.

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:

[...]

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

[...]

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

No âmbito trabalhista, conforme o artigo 483 da CLT é autorizado ao trabalhador rescindir o contrato e pleitear indenização se comprovado o assédio.

Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato;

b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo;

e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama;

Já na área criminal, a vítima do assédio moral pode denunciar o assediador pelos crimes de difamação ou injúria, no caso de atentado a sua honra, ou até ameaça, em casos que atentem contra a liberdade individual.

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

[...]

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

[...]

Art. 147 - Ameaçar alguém, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico, de causar-lhe mal injusto e grave:

[...]

No que tange ao assédio noticiado referente ao eleitoral, a legislação discorre 5º, inciso VI e 14 da Carta da República e 18.1 e 19.1 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966 (ONU), do qual o Brasil é signatário e foi ratificado 24.01.1992, fazendo parte do bloco de constitucionalidade da proteção dos direitos civis e políticos. Esse tipo de conduta encontra-se penalmente tipificada no artigo 301 do Código Eleitoral prevendo:

Art. 301. Usar de violência ou grave ameaça para coagir alguém a votar, ou não votar, em determinado candidato ou partido, ainda que os fins visados não sejam conseguidos:

Pena - reclusão de até quatro anos e pagamento de cinco a quinze dias-multa.

4ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região condenou uma empresa em indenização por dano moral, em face de que teria o proprietário da empresa induzido os empregados a votar em seu candidato. No voto da desembargadora relatora:

(...) o modo de agir da empresa, conforme descrito pelas testemunhas e pela mídia juntada, implica em prática de ato ilícito pela ré, que atingiu a honra da reclamante; a ofensa causou dano moral que deve ser objeto de reparação.

Também foi apreciada a matéria pelo Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região (TRT-12) que, de certa forma, termina tratando dos elementos caracterizadores do assédio moral eleitoral nos seguintes termos:

(...) Primeiro, esclareço que o fato de o empregador externar sua preferência política, religiosa, filosófica etc., não implica abuso de direito, como também não se pode supor que haja abuso ou ilícito laboral, quando o trabalhador externa sua própria preferência política, religiosa ou filosófica para os colegas de trabalho ou superiores hierárquicos, por vezes de forma singela, com o uso de algum indicativo (seja uma cruz ou outro símbolo religioso, seja uma camiseta, ou até pelo uso da palavra).

O que não se pode admitir é o assédio, ou seja, a insistência para quem já mostrou não ter interesse ou divergir desse posicionamento, como também não se pode admitir a expressão pública diante de clientes ou fornecedores, por poder prejudicar o negócio.

(...)

O limite da liberdade de expressão é dado, portanto, pelo respeito à liberdade do outro e também pela necessidade de manutenção de um meio-ambiente do trabalho sadio e livre de constrangimentos ou pressões de qualquer tipo". (TRT12 — RORSum — 0000210-05.2019.5.12.0009, relator JOSE ERNESTO MANZI, 3ª Câmara, Data de Assinatura: 26/05/2020).

Tais previsões legais são importantes para garantir direitos às vítimas do assédio moral, entretanto se vê a não garantia de punibilidade como grande obstáculo para aplicação destes.

8 COMBATE E PUNIBILIDADE DO ASSÉDIO MORAL

Com a popularização dos casos de assédio moral no âmbito trabalhista ascendendo de forma reluzente, nasce uma preocupação tanto doutrinária como dos Tribunais em traçar o conceito que formule de forma intrínseca a figura, bem como os elementos marcantes do psicoterror no trabalho. O combate é de suma importância, porém o maior obstáculo para o mesmo é que após a identificação da conduta, é necessária trazer aos autos, indícios que supram e comprovem as diversas modalidades do prescritas do assédio moral, tanto de forma vertical quanto de forma horizontal ou até mesmo de forma mista.

Exemplificado na jurisprudência extraída da 3ª Turma do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, onde é identificado o ônus do réu em face ao assediado, configurando a conduta assediadora:

ASSÉDIO MORAL. INDENIZAÇÃO. A intenção da ré em denegrir a imagem do autor, imputando-lhe conduta desidiosa, leva à materialização da figura jurídica do assédio moral, ato ilícito que sujeita o empregador ao dever de reparação. (TRT 12ª R.; RO 0000201-94.2011.5.12.0018; Terceira Turma; Relª Juíza Maria de Lourdes Leiria; DOESC 06/06/2012)

Em ensejo ao aludido, é entendimento também que em diversos casos, o ônus do assédio moral gera a pena pecuniária onde é incidido o dano moral sobre fixado, conforme jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região TRT-1 - Recurso Ordinário Trabalhista: RO 01011715920175010031 RJ:

DANO MORAL. ASSÉDIO MORAL. COMPROVADO. O dano moral, decorrente da relação de trabalho, consiste na ofensa aos direitos da personalidade do empregado, em razão da conduta ilícita de seu empregador. Dentre as classificações doutrinárias dos danos extrapatrimoniais, está em especial o assédio moral, materializado pela conduta abusiva do causador. Tem natureza psicológica e atinge a dignidade psíquica da vítima ao desestabilizar o equilíbrio emocional. Com efeito, o assédio moral torna-se mais comum nas relações de subordinação e hierarquia, em que há discrepância nos níveis ocupados pelo agente e pela vítima, estrutura que facilita a ocorrência do comportamento antiético. Sendo certo que a característica primordial do assédio moral é a prática reiterada da conduta ilícita, tendo como efeito final a sensação de exclusão, humilhação ou diminuição da vítima. No caso dos autos, a prova testemunhal demonstrou a ocorrência de conduta abusiva no ambiente laboral, configurando o dano moral *in re ipsa* (CRFB, art. 5º, V c/c CC, arts. 186, 927 e 932, III).(TRT-1 - RO: 01011715920175010031 RJ, Relator: ANA MARIA SOARES DE MORAES, Data de Julgamento: 02/06/2021, Primeira Turma, Data de Publicação: 10/06/2021).

Buscando pressupostos que reiteram a importância da punibilidade, é matéria exposta no G1, UOL, R7 e em diversos jornais eletrônicos a denúncia oferecida pelo MPT (Ministério Público do Trabalho) em face as Lojas Americanas S/A, em ação civil pública ajuizada, onde o assédio moral fora estendido para trabalhadores portadores de deficiência, contratados através de cotas PCD, reforçando a conduta predatória onde o trabalhador é francamente exposto sem quaisquer amparos. Em outra ação movida pelo MPT, a mesma ré Lojas Americanas S/A fora condenada pelo TRT-MG (Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais) a ressarcir vítimas de assédio moral em multa coletiva fixada no montante de R\$ 400.000,00.

É de suma importância ver que ante a inércia temporal onde o assédio moral passou despercebido aos olhos dos nossos legisladores, já nasciam jurisprudências e assim emanava o prelúdio do combate ao assédio moral no ambiente de trabalho.

9 CONCLUSÃO

A construção de um ambiente de trabalho justo e saudável e de responsabilidade de todos, atingindo todas as classes e subclasses pertencentes ao meio.

A grande preocupação em face do assédio moral, diz respeito à sua repressão, vez que a conduta criminosa ficou sem ter lei própria que a regule por muito tempo e, mesmo com o projeto de lei sendo aprovado e criando o respaldo para o trabalhador, é difícil de ser provado e, na maioria das vezes, difícil de ser denunciado, pois a vítima se sente acuada, insegura, sob pressão, e conseqüentemente, não expressa reação.

É oportuno, fazer alusão que após o fenômeno da Revolução Industrial, e da implementação e abusividade do então modelo capitalista que eclodia com toda intensidade, nascem os primeiros abusos com a classe trabalhadora como jornadas de trabalho extenuantes, exploração do trabalho do sexo feminino, exploração dos então menores de idade ante a diversas causalidades e gravames como ambientes insalubres e perigosos. Em resposta a exploração do operário, nasce a preocupação laboral, a origem do Direito do Trabalho. É tais condutas são frutos de uma exploração enraizada desde o surgimento da esfera hoje intitulada ambiente de trabalho. Futuramente, as grandes expansões do mundo industrial remeteriam ao passado, onde a escravidão nos séculos passados em suma abundância de abusos físicos. Obviamente que o contexto da violência perpetrada e a justificativa da escravatura não são os mesmos de hoje, porém e em verdade, a agressão psicológica contra o trabalhador só ganhou nome e sobrenome na Sociedade Pós-Industrial: assédio moral. Há que se ressaltar que, o assédio moral não é moléstia típica da atualidade laboral, embora configure, nos dias de hoje, um problema de amplitude global.

Por isso, de grande importância campanhas de conscientização acerca da gravidade do assédio, elucidando a população de quais passos devem ser tomados em caso de assédio moral, quais órgãos devem ser procurados e os direitos que são garantidos, onde o combate deve ser a tônica de todos os trabalhadores durante o desempenho de suas devidas funções.

Acima da conscientização e fiscalização, é necessário que a punição se faça eficaz, empregando a lei por completo para punir as condutas, que o Poder Legislativo garanta os devidos direitos as vítimas, e que o exercício de todos os órgãos como: MPT (Ministério Público do Trabalho), CNMP (Conselho Nacional de Ministério Público), estejam sempre a disposição das vitimas afim de sanar e ampará-las, de seus problemas e necessidades decorrentes do abuso moral sofrido.

Conclui-se que a longevidade perdurada vide a omissão da Lei que tipificou a conduta caracterizadora do assédio moral, gerou um retrocesso no âmbito trabalhista, acentuou o conflito de gêneros e reprimiu as vitimas a denunciarem seus agressores, as acovardando. Com a aprovação do PL 4742/2001 trilhando em conjunto com novas políticas socioeducativas, as vítimas reconheçam seu direito de fato, apoiem e se encorajem para incentivar a repreensão de tais comportamentos e que cada vez mais denunciem para

que os holofotes do judiciário estejam virados afim de implementar novas políticas e punir de forma severa os infratores.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Planalto, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 01 de janeiro de 2022.

BRASIL. **Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 01 de janeiro de 2022.

RAMOS, Luis Leandro Gomes; GALIA, Rodrigo Wasem. **Assédio moral**

no trabalho. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 01 de agosto de 2022.

DUARTE, Luísa Sousa Afonso de Campos. **Assédio Moral no Ambiente de Trabalho**. Disponível em: <<http://www.atenas.edu.br/Faculdade/arquivos/NucleoIniciacaoCiencia/REVISTAJURI2006/3.pdf>>. Acesso em: 01 de janeiro de 2022.

FARIA. Debora Fernanda. **As condutas abusivas e o assédio moral no trabalho**. 25 de janeiro de 2018. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/as-condutas-abusivas-e-o-assedio-moral-no-trabalho/>>. Acesso em: 01 de janeiro de 2022.

FAZENDA PUBLICA FEDERAL. **Assédio moral no ambiente de trabalho e seus impactos na vida do empregado**. Disponível em: <<http://www.sindfazenda.org.br/2017/08/17/artigo-assedio-moral-no-ambiente-de-trabalho-e-seus-impactos-na-vida-do-empregador/>>. Acesso em: 20 de julho de 2022.

GHILARDI. Hilariane Teixeira. HECKKOOL. Solange Lúcia. **Assédio Moral no Ambiente de Trabalho: Riscos à Saúde do Trabalhador**. Disponível em: <<https://www.univali.br/graduacao/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica-ricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/954/Arquivo%2026.pdf>>. Acesso em 17 de julho de 2022.

HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral.**

Tradução Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: editora Bertrand do Brasil: São Paulo, 2002

JESUS. Marcos de. **Projeto de Lei. PL 4742/2001.** Brasília,DF. 23/05/2001. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=28692>>. Acesso em: 13 de julho de 2022.

MENDES. Marlucci Marques. **O assédio moral no ambiente de trabalho.** 2015. Disponível em: <<https://marlucimendes1.jusbrasil.com.br/artigos/163494107/o-assedio-moral-no-ambiente-de-trabalho>>. Acesso em: 01 de agosto de 2022.

SÃO PAULO. **Assédio moral e sexual: o que diz a lei e como se proteger no ambiente de trabalho.** 2020. Disponível em: < <https://www.saopaulo.sp.leg.br/mulheres/assedio-moral-e-sexual-o-que-diz-a-lei-e-como-se-proteger-no-ambiente-de-trabalho/>>. Acesso em: 01 de agosto de 2022.

SECRETARIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL DO TST. **Cartilha de Prevenção ao Assédio Moral.** Disponível em:

<<https://www.tst.jus.br/documents/10157/55951/Cartilha+ass%C3%A9dio+moral/573490e3-a2dd-a598-d2a7-6d492e4b2457>>. Acesso em 04 de julho de 2022.

SILVESTRIN. João Pedro. **Tribunal Superior do Trabalho, TST. Recurso de Revista, RR 11655420135090001.** 8ª turma. Relator João Pedro Silvestrin. Brasília,DF. 04 de março de 2015. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/172096481/recurso-de-revista-rr-11655420135090001/inteiro-teor-172096504?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 17 de julho de 2022.

UFSB – UNIVERSIDADE FEREAL DO SUL DA BAHIA. **Perguntas e Respostas – Assédio**

Moral. Disponível em: < <https://ufsb.edu.br/a-ufsb/diretoria-de-integridade-e-transparencia-dit/publicacoes/2219-assedio-mora>>. Acesso em: 15 de outubro de 2022.

TST, TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **O que configura assédio moral no ambiente de trabalho?** Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=WMZwIZmCXY0>>. Acesso em: 15 de novembro de 2022.

4ª TURMA DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. **Embargos**

Declaratórios ROT-1000926-38.2020.5.02.0371. Disponível em:

<<https://pje.trt2.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/1000926-38.2020.5.02.0371/2#4f5d60e>>. Acesso em 20 de novembro de 2022.

FILHO. Francisco das C. Lima. **Assédio moral eleitoral no âmbito das relações de**

trabalho. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2022-out-24/lima-filho-assedio-moral-eleitoral-trabalho#_ftnref3>. Acesso em 15 de novembro 2022.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **Assédio moral no ambiente de trabalho.** Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/>>. Acesso em 15 de novembro de 2022.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Noções conceituais sobre o assédio moral na relação de emprego.** Disponível em: <www.amatra5.org.br/php/arquivos/assedio.pdf>. Acesso em: 15 de novembro de 2022.

BRUGINSKI, Marcia Kazenoh. **Assédio Moral no Trabalho - Conceito, Espécies e Requisitos Caracterizadores.** Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/assediomaoralesuaprevenotrilho1_2.pdf>. Acesso em 16 de novembro de 2022.

Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região TRT-1. **Processo nº 0101171-59.2017.5.01.0031.** Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trt-1/1230265505/inteiro-teor-1230265519>>. Acesso em 16 de novembro de 2022.

Ministério Público do Trabalho. **Lojas Americanas processada em 11,3 milhões por assédio moral.** Disponível em: < [UOL Economia. **Lojas Americanas é condenada a pagar R\\$ 400 mil por assédio moral.** Disponível em < <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2021/04/28/justica-trabalho-lojas-americanas-condenacao-assedio-moral.htm>>. Acesso em 16 de novembro de 2022.](https://www.prt2.mpt.mp.br/668-lojas-americanas-processada-em-11-3-milhoes-por-assedio-moral#:~:text=Lojas%20Americanas%20processada%20em%2011%2C3%20milh%C3%B5es%20por%20ass%C3%A9dio%20moral,-V%C3%ADtimas%20eram%20pessoas&text=Barueri%2C%2027%20de%20agosto%20de,pessoas%20com%20defici%C3%Aancia%20(PCDs).> https://www.prt2.mpt.mp.br/668-lojas-americanas-processada-em-11-3-milhoes-por-assedio-moral#:~:text=Lojas%20Americanas%20processada%20em%2011%2C3%20milh%C3%B5es%20por%20ass%C3%A9dio%20moral,-V%C3%ADtimas%20eram%20pessoas&text=Barueri%2C%2027%20de%20agosto%20de,pessoas%20com%20defici%C3%Aancia%20(PCDs).> Acesso em 16 de novembro de 2022.</p></div><div data-bbox=)

UMA ANÁLISE DAS PRINCIPAIS QUESTÕES JURÍDICAS SOBRE A UNIÃO ESTÁVEL NO BRASIL

RAFAEL ANTÔNIO MACHADO BALESTRA:
Bacharel em direito, biólogo, mestre em ciências e servidor público federal vinculado ao MMA/ICMBio³².

DEISY ESTER MORELI FERNANDES³³

(coautora)

RESUMO: Este trabalho consolida uma revisão bibliográfica, jurisprudencial e doutrinária com o objetivo de reunir informações precisas e atualizadas sobre a união estável no direito de família brasileiro. A união estável é a forma de constituição de família mais comum no Brasil e está regulamentada pelo Código Civil de 2002. Caracteriza-se pela convivência duradoura, pública e contínua entre duas pessoas, com o objetivo de constituir família. A partir da união estável, surgem deveres e direitos entre os conviventes, como a fidelidade, a mútua assistência, a administração dos bens comuns e a possibilidade de alimentos, que visam à proteção da entidade familiar formada. Há o reconhecimento da presunção de esforço comum na aquisição de bens durante a união estável, que deve ser partilhado em caso de dissolução, salvo prova em contrário. Dentre os aspectos mais relevantes em relação à união estável, destaca-se a sua equiparação ao casamento para fins de direitos e deveres patrimoniais e sucessórios, incluindo a possibilidade de adoção de filhos em conjunto e a herança em caso de falecimento de um dos conviventes. Além disso, a união estável homoafetiva também é reconhecida e equiparada aos demais tipos de união estável. Outro tema importante nesse contexto é a possibilidade de sua concomitância com o casamento, desde que comprovada à separação de fato do cônjuge, ou seja, mesmo que informalmente, e a manutenção pública e duradoura da relação afetiva com o(a) companheiro(a). Nessa hipótese, as relações patrimoniais e sucessórias serão regidas pela união estável. A filiação socioafetiva também é reconhecida pela união estável, considerando o vínculo afetivo entre o companheiro e o filho da companheira como um fator determinante para a configuração da filiação. Desse modo, a união estável entre pessoas do mesmo sexo, devidamente comprovada, impõe o reconhecimento da filiação socioafetiva e o dever de prestar alimentos. É relevante mencionar que a união estável pode ser convertida em casamento e gerar diversos direitos e obrigações, tais como pensão alimentícia, direito à herança, direito a plano de saúde e a inclusão em declaração de imposto de renda, entre outros. Além disso, a união estável também pode ser dissolvida por meio de ação judicial ou por escritura pública registrada em cartório. As principais

³² E-mail: rbalestra@gmail.com;

³³ Bacharel em direito e consultora jurídica.

limitações jurídicas da união estável estão relacionadas à falta de regulamentação específica em relação a alguns aspectos, como a partilha de bens em caso de dissolução da união, a possibilidade de reconhecimento de mais de uma união estável simultaneamente e a questão da filiação socioafetiva. Além disso, quanto às relações poliamorosas, a união estável não é reconhecida legalmente, uma vez que é caracterizada pela convivência duradoura e pública entre apenas duas pessoas. A ausência de uma regulamentação clara pode gerar conflitos e inseguranças em casos de dissolução da união ou falecimento de um dos companheiros. Por isso, é importante que o ordenamento jurídico esteja em constante evolução para garantir a proteção dos direitos dos envolvidos nas relações familiares, inclusive daqueles que optam por formas alternativas de relacionamento.

Palavras-chave: código civil, direito de família, união estável, equiparação ao casamento, união estável homoafetiva.

ABSTRACT: This work consolidates a bibliographic, jurisprudential, and doctrinal review with the aim of providing accurate and updated information on stable unions in Brazilian family law. The stable union is the most common form of family formation in Brazil and is regulated by the Civil Code of 2002. It is characterized by long-term, public, and continuous cohabitation between two people with the objective of forming a family. From the stable union, duties and rights arise between the cohabitants, such as fidelity, mutual assistance, the administration of common assets, and the possibility of support, which aim to protect the formed family entity. There is recognition of the presumption of common effort in the acquisition of assets during the stable union, which should be divided in case of dissolution, unless proven otherwise. Among the most relevant aspects regarding the stable union, its equivalence to marriage for the purposes of patrimonial and succession rights and duties stands out, including the possibility of joint adoption of children and inheritance in the event of the death of one of the cohabitants. In addition, same-sex stable unions are also recognized and equated with other types of stable unions. Another important topic in this context is the possibility of concurrent stable union and marriage, provided that separation from the spouse is proven, even informally, and the public and long-lasting maintenance of the affective relationship with the partner. In this case, patrimonial and succession relations will be governed by the stable union. Socio-affective filiation is also recognized by the stable union, considering the affective bond between the partner and the child of the companion as a determining factor for the configuration of filiation. Thus, the stable union between people of the same sex, duly proven, imposes the recognition of socio-affective filiation and the duty to provide support. It is relevant to mention that the stable union can be converted into marriage and generate various rights and obligations, such as alimony, the right to inherit, the right to health insurance, and inclusion in the income tax declaration, among others. In addition, the stable union can also be dissolved through a

judicial action or a public deed registered in a notary's office. The main legal limitations of the stable union are related to the lack of specific regulation regarding some aspects, such as the division of assets in case of dissolution of the union, the possibility of recognizing more than one stable union simultaneously, and the issue of socio-affective filiation. In addition, regarding polyamorous relationships, the stable union is not legally recognized, since it is characterized by long-term and public cohabitation between only two people. The absence of clear regulation can generate conflicts and insecurities in cases of dissolution of the union or death of one of the partners. Therefore, it is important that the legal system is in constant evolution to guarantee the protection of the rights of those involved in family relationships, including those who choose alternative forms of relationship.

Keywords: civil code, family law, stable union, equivalence to marriage, same-sex stable union.

1. INTRODUÇÃO

A história nos mostra que no direito romano a família era pautada em cima de um "chefe ou pai de família" (em latim: *pater familias*), ou seja, o patriarca exercia sua autoridade aos seus descendentes e a sua esposa, que era totalmente submissa. O ascendente mais velho vivo dentro da família exercia vários papéis, visto que, a família era considerada simultaneamente, uma unidade religiosa, política, jurídica e econômica. O patrimônio era considerado pertinente somente ao pai de família, pois o mesmo retinha todos os bens daquela família. Todos acompanhavam a crença e a religião do chefe de família e o mesmo administrava a justiça dentro de casa, deste modo, podia impor castigos e penas físicas, podia vendê-los e até mesmo ceifar a vida de um deles. E ainda trazem que quanto a política, o Senado daquela época era composto pelos chefes de cada família.

Nessa mesma época não havia um termo específico para denominar o que era família, esse termo abrangia todos aqueles que estavam vivendo sob a autoridade do *pater familias*, que sempre foi representado por uma figura masculina. Ou seja, não considerava família através da consanguinidade, mas sim de estar sob a mesma autoridade (RICHIERI, 2022).

Com o tempo houve muitas evoluções e modificações, a rigidez das regras foram enfraquecendo e o *pater familias* foi perdendo a suas forças aos poucos, dando mais liberdade às mulheres e aos filhos. O Estado limitou a autoridade do chefe de família, e se houvesse abuso de autoridade do chefe de família podia os descendentes ou as esposas recorrerem ao Estado (GONÇALVES, 2020; 2021).

Mas na idade média as relações familiares passaram a serem regidas pelo direito canônico, onde teve seu conceito baseado na igreja, por conta que o Cristianismo passou

a ser a religião oficial de todas as pessoas, reconhecendo como família apenas os casamentos religiosos e os filhos legitimados daquele casal, resguardando o conservadorismo daquela época. Com isso, a família passou a ser uma instituição indissolúvel, havendo ainda uma diferenciação entre os filhos tidos fora do casamento e os filhos constituídos dentro do casamento (SANTANA, 2018).

No Renascimento, houve um acordo entre o Estado e a Igreja, que trabalharam em comum para evitar os casamentos clandestinos, passando a ser obrigatória a publicidade do casamento, a presença de testemunhas e um sacerdote no ato, passou o Estado a regulamentar os direitos relacionados à família. A igreja foi aos poucos perdendo sua força quanto aos direitos de família, sendo substituída pelo poder civil (SANTANA, 2018).

Mas com o final do patriarcado, onde os homens eram donos de seus filhos, dos seus bens, de suas mulheres e de outros, passou-se a ter uma visão mais moderna sobre o que é a instituição familiar, valorizando e respeitando cada um o seu devido papel dentro da família. Com o passar dos anos a sociedade automaticamente foi evoluindo e se adequando aos dias atuais, onde passou a surgir às entidades familiares, não sendo reconhecido apenas as famílias advindas do casamento, passando a ser reconhecida através do afeto e da afinidade, foi aí que com o decorrer do tempo a **união estável** (grifo nosso) foi admitida como uma possível forma de constituir família, sendo ratificada então pela Constituição Federal (CUNHA, 2021).

É importante frisar que a legislação brasileira não traz ao certo ou de forma direta o conceito de união estável, com isso, ficou sob responsabilidade da doutrina e da jurisprudência de conceituá-la. De forma clara e resumida, trata-se da união entre duas pessoas, que não possuem matrimônio, mas que vivem como pessoas casadas, dessa maneira possuindo uma família de fato. O atual Código Civil (Lei nº 10.406/2002) traz apenas que para o reconhecimento da união estável faz-se necessário que seja uma convivência pública, duradoura, contínua e que tenha o desejo de constituir família (BRASIL, 2002; TEIXEIRA, 2020).

Da mesma maneira que o casamento traz alguns deveres à união estável não fica para trás, por isso, se faz necessário a compreensão de suas regras e o conhecimento das diferenças entre o casamento e a união estável. É importante que atentar-se quanto à comprovação da união estável, pois o reconhecimento da existência do relacionamento, diferentemente do casamento, não se dá apenas com a assinatura de documento em ato solene, há possibilidades de se comprovar a união estável sem documentação formal (CUNHA, 2021).

Como mencionado, para a configuração da união estável é necessário que essa relação seja de convivência pública, duradoura, contínua e que tenha o objetivo de

constituir família, mas o Código Civil vigente não deixa claro o tempo mínimo para a comprovação da união estável, nem se há a necessidade de residir sobre o mesmo teto e nem se é fundamental a existência de um filho em comum (TEIXEIRA, 2020).

Para que se possa alegar que há a existência da união estável é necessário assegurar que há uma relação afetiva entre duas pessoas, tendo que caracterizar aqueles requisitos presente no Código Civil (SANTANA, 2018).

O direito de família brasileiro sofreu algumas influências, sendo elas do direito romano, canônico e germânico. O Código Civil de 1916 considerava família sob uma ótica cristã, zelando pela constituição de uma somente através do casamento, mantendo o homem como um chefe do lar, ele representava sua família, como expresso no artigo 233 do Código Civil de 1916. Como já foi mencionado, a Constituição Federal de 1988 trouxe uma nova visão do que se trata a família, deixando de ser vista somente no singular e passando a ser vista no plural, em conjunto. Tirando qualquer discriminação sobre filhos, tornando todos iguais e levando em consideração também quanto ao acolhimento da união estável e aceitando relações homoafetivas, que passou a ser uma realidade no Brasil desde 2011, onde o Supremo Tribunal Federal decidiu equiparar as uniões homoafetivas aos relacionamentos heterossexuais (NOBRE, 2014).

O tema desse estudo é relevante à atuação do bacharel em direito, uma que a união estável é a forma de constituição familiar mais presente na sociedade brasileira, sendo por isso, fundamental que sejam esclarecidos os seus requisitos, características, efeitos e formas de dissolução, a fim de garantir a proteção jurídica aos envolvidos e a segurança jurídica das relações familiares (FARIAS e ROSENVALD, 2020; GONGALVES, 2020; DINIZ, 2021).

Considerando a grande importância da união estável na vida de muitas pessoas, é fundamental que sejam abordadas em um trabalho acadêmico questões práticas e teóricas sobre o tema, bem como sua evolução histórica e os principais entendimentos jurisprudenciais e doutrinários a seu respeito. Assim, esse trabalho poderá contribuir para o conhecimento jurídico sobre o direito de família e as relações afetivas no Brasil, no contexto da união estável.

Outro ponto relevante para justificar o presente estudo é que a união estável também tem implicações em outras áreas do direito, como no direito sucessório, previdenciário, questões patrimoniais, direito das crianças, entre outros. Por isso, a compreensão dos seus aspectos jurídicos se mostra essencial para diversos profissionais do direito, bem como para a sociedade em geral.

Dessa forma, o presente trabalho buscará aprofundar o estudo sobre a união estável, analisando o seu reconhecimento, requisitos, características, efeitos e formas de

dissolução no direito de família brasileiro, por meio de uma revisão bibliográfica, jurisprudencial e doutrinária. O objetivo é fornecer informações precisas e atualizadas acerca desse importante instituto jurídico, contribuindo para o aprimoramento do conhecimento e do debate sobre o direito de família no Brasil.

2.EVOLUÇÃO HISTÓRICA E DEFINIÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL

2.1 Evolução histórica do reconhecimento da união estável no Brasil

A união estável é um instituto que tem raízes históricas na sociedade brasileira, e sua evolução está intrinsecamente ligada às transformações culturais e sociais pelas quais o país passou. Inicialmente, o termo "concubinato" era utilizado para designar a convivência entre um homem e uma mulher sem que houvesse um vínculo matrimonial formal. Entretanto, com a evolução da doutrina e da jurisprudência, o termo "concubinato" caiu em desuso, e o instituto passou a ser conhecido como "união estável" (FARIAS e ROSENVALD, 2020; DIAS, 2021).

Foi somente a partir da Constituição Federal de 1988 que a união estável foi reconhecida como uma forma de constituição de família, e assim, a jurisprudência e a doutrina passaram a discutir com mais profundidade as questões relacionadas a essa entidade familiar. Na Carta Magna, o assunto é disposto no artigo 226, parágrafo 3º, que estabelece: "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". Esse dispositivo constitucional foi um marco importante na regulamentação da união estável no Brasil, pois conferiu-lhe reconhecimento e proteção jurídica como uma forma de constituição de família (GONÇALVES, 2020; DINIZ, 2021).

A partir da promulgação do novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), em 2002 (BRASIL, 2023), com a Reforma do Direito de Família, a regulamentação da união estável foi aprimorada, conferindo-lhe ainda mais proteção jurídica. Antes dessa "reforma", a união estável era considerada uma forma de convivência informal, sem direitos e deveres específicos. O Código Civil estabeleceu que a união estável é uma entidade familiar equiparada ao casamento, e que deve ser reconhecida como tal, independentemente de registro em cartório ou da existência de contrato escrito. Além disso, o Código Civil determinou que a união estável tivesse os mesmos direitos e deveres do casamento, em relação aos bens, à guarda dos filhos e à previdência social (MADALENO, 2019).

Segundo Flávio Tartuce (2019, p. 117), "vale ressaltar que o atual Código Civil trouxe diversas alterações em relação ao anterior que tinha quase um século idade quando foi alterada, de 1916, com relação ao direito de família, como a regulamentação da união

estável, a equiparação da filiação socioafetiva à biológica e a instituição da guarda compartilhada, entre outras mudanças”.

Em 2011, o Supremo Tribunal Federal (STF), na conclusão do processo relativo à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277, reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, equiparando-a a união estável entre um homem e uma mulher. Dessa forma, a legislação brasileira passou a reconhecer a união estável homoafetiva (STF, 2011; LÔBO, 2016).

Além disso, em 2019, foi publicada a Lei nº 13.811/2019 (BRASIL, 2019), que acrescentou um parágrafo ao artigo 1.723 do Código Civil para determinar que a união estável e a família constituída por qualquer dos pais e seus descendentes ou por ambos os pais e seus descendentes têm o mesmo tratamento jurídico e são igualmente protegidas pela lei. Essa alteração legislativa foi importante para garantir a proteção legal de famílias monoparentais e homoafetivas com filhos (TARTUCE, 2019).

2.2 Conceito de união estável

O capítulo referente ao tema “união estável” na Lei nº 10.406/2002 (Código Civil) se encontra a partir do artigo 1.723, que dispõe, *in verbis*.

Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

§ 2º As causas suspensivas do art. 1.523 não impedirão a caracterização da união estável.

É muito importante ressaltar que antes da edição da Lei nº 10.406/2002, a união estável já havia sido reconhecida e regulamentada na legislação pátria por meio da Lei nº 9.278/1996 (BRASIL, 1996) - cujo teor foi modificado pelo atual Código Civil - que estabeleceu direitos e deveres para os companheiros envolvidos nessa relação, incluindo questões como a dissolução da união estável e a possibilidade de conversão em casamento. No entanto, a Lei nº 9.278/1996 foi duramente criticada em razão da sua limitação já que reconhecia apenas a união estável entre um homem e uma mulher, excluindo as uniões entre pessoas do mesmo sexo. Além disso, há críticas quanto à falta de clareza em relação aos direitos e deveres dos conviventes em união estável, o que pode gerar conflitos e dificuldades na interpretação da lei. Para suprir essa lacuna, diversos

tribunais passaram a interpretar a lei de maneira ampla, reconhecendo direitos e deveres que não estavam expressos no texto legal. Outra crítica é em relação à necessidade de comprovação da união estável, difícil de ser feita em alguns casos, especialmente em situações em que não havia provas documentais da convivência (TARTUCE, 2019; GONÇALVES, 2020).

Segundo a doutrina, a união estável possui alguns elementos que a caracterizam, como a estabilidade da relação, a publicidade, a continuidade e a intenção de constituir família. A jurisprudência, por sua vez, tem reconhecido cada vez mais o caráter afetivo e social da união estável, conferindo a ela a mesma proteção jurídica que é dada ao casamento. Nesse sentido, há plena convergência no entendimento jurídico atual ao conceituar a união estável como uma forma de convivência afetiva entre duas pessoas, que não é caracterizada pelo casamento, mas que têm direitos e deveres semelhantes aos do casamento (PEREIRA; TARTUCE, 2019; VENOSA, 2019; FARIAS e ROSENVALD, 2020; GONÇALVES, 2020).

Nesse contexto, de acordo com o Manual de Direito das Famílias, de Maria Berenice Dias (DIAS, 2021, p. 211), "a união estável é o vínculo formado pela convivência duradoura e pública, estabelecida com o objetivo de constituir família, com caráter afetivo, correspondendo a uma sociedade de fato, que pode ter a mesma eficácia jurídica do casamento".

Hoje em dia, a união estável é considerada uma forma legítima de constituição de família, e seus membros têm praticamente os mesmos direitos e deveres dos casados, em relação aos bens, à guarda dos filhos e à previdência social, entre outros direitos. No entanto, ainda existem muitas questões a serem analisadas em relação às modificações da reforma do direito de família na união estável, especialmente no que diz respeito aos conflitos que podem surgir durante a convivência do casal, na dissolução da união estável e na proteção dos direitos dos filhos em casos de separação. Para tanto é importante realizar uma análise aprofundada dessas importantes alterações a fim de compreender as implicações da regulamentação da união estável no Brasil e identificar possíveis lacunas na legislação que precisam ser preenchidas para garantir a proteção dos direitos dos envolvidos.

3. PRINCIPAIS QUESTÕES JURÍDICAS E PRÁTICAS NA REGULAMENTAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL

3.1 Características e requisitos da união estável

Segundo Rodrigues (2014), corroborado por Coelho (2017), de acordo com a corrente doutrinária majoritária e a jurisprudência de abrangência geral, as principais características da união estável são:

- **Convivência pública, contínua e duradoura:** A união estável é caracterizada pela convivência pública, ou seja, a relação deve ser reconhecida pela sociedade e conhecida pelos familiares e amigos. Além disso, a convivência deve ser contínua e duradoura, sem interrupções.
- **Afetividade e estabilidade:** A união estável é caracterizada por ser uma relação afetiva e estável, ou seja, é uma relação de amor e respeito, que não é passageira.
- **Ausência de formalidades:** Ao contrário do casamento, a união estável não exige formalidades legais, como a celebração do casamento civil ou religioso. A união estável pode ser configurada de forma espontânea, sem a necessidade de um ato formal.
- **Comunhão de vida e interesses:** A união estável é caracterizada pela comunhão de vida e interesses entre os parceiros. Isso inclui a convivência em uma mesma residência, a divisão de despesas e a construção conjunta de um patrimônio.
- **Fidelidade:** Assim como no casamento, a fidelidade é uma das características da união estável. Os parceiros devem ser fiéis um ao outro, sem manter relações extraconjugais.

Quanto aos requisitos de configuração da união estável, de acordo com o artigo 1.723 do Código Civil, esse tipo de união pressupõe a coabitação entre as partes, isto é, a convivência sob o mesmo teto, e a estabilidade da relação, que deve ser duradoura e pública, com a intenção de constituir família.

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2020), não há um período mínimo de convivência para caracterizar a união estável. O que é levado em consideração para a caracterização da união estável são as circunstâncias fáticas da relação, ou seja, as evidências de que se trata de uma relação de afeto, estabilidade e durabilidade. É com base nesses elementos que se configura a união estável, independentemente de quanto tempo o casal convive junto.

No entanto, é importante destacar que o tempo de convivência pode ser um indício relevante na análise da existência de uma união estável, especialmente em casos de conflitos de interesses em que uma das partes alega que não havia intenção de formar uma união estável. Nesses casos, o tempo de convivência pode ser um dos elementos que

os tribunais levam em consideração para determinar a existência ou não de união estável (COELHO, 2019; FARIAS e ROSENVALD, 2020).

Outra consideração que merece ser destacada, é a que trata da questão de que não é obrigatório que os companheiros morem juntos para a configuração da união estável, mas é um indício que pode ser utilizado para comprovar a convivência duradoura, pública e com o objetivo de constituir família. A legislação e a jurisprudência entendem que a coabitação não é um requisito essencial para a configuração da união estável, desde que existam outros elementos que comprovem a relação afetiva entre os companheiros. Por exemplo, se o casal não reside junto, mas possui filhos em comum, divide despesas, participa da vida um do outro, apresenta-se publicamente como casal, entre outros fatores, esses elementos podem ser utilizados para comprovar a união estável (GONÇALVES, 2021).

Uma decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Especial nº 1.454.643/SP, em julgamento de 2014, afirmou que, para a caracterização da união estável, não é necessário que haja coabitação, desde que os elementos objetivos e subjetivos estejam presentes. Segundo a decisão, "a coabitação, enquanto característica da união estável é um dado importante, mas não é imprescindível para a sua caracterização. Tendo em vista que não se deve olvidar que a união estável é entidade familiar, que é formada por afeto, que está presente nos diversos relacionamentos humanos, independentemente da existência de coabitação" (STJ, REsp 1.454.643/SP, rel. min. Nancy Andrighi, j. 27/5/2014, DJe 2/6/2014). (STJ, 2014).

Outra decisão do STJ, no Agravo em Recurso Especial nº 1.427.962/SP, em julgamento de 2020, reforçou que não há prazo mínimo de convivência para caracterização da união estável. A decisão afirmou que "o tempo mínimo de convivência sob o mesmo teto não é um requisito necessário à caracterização da união estável, mas um indício que, juntamente com outros elementos objetivos e subjetivos, pode auxiliar na comprovação do vínculo afetivo" (STJ, AREsp 1.427.962/SP, rel. min. Luís Felipe Salomão, j. 22/9/2020, DJe 1/10/2020). (STJ, 2020).

Essas decisões do STJ confirmam que a união estável não é caracterizada apenas pela coabitação e que não há um período mínimo de convivência para a sua configuração, sendo que outros elementos objetivos e subjetivos podem ser levados em consideração para a sua comprovação.

A doutrina é enfática em ressaltar que cada caso deve ser analisado de forma individual, sendo que o estabelecimento da união estável depende das circunstâncias específicas de cada relação, porém, há certos requisitos para sua configuração formal, conforme será abordado nos parágrafos seguintes (OLIVEIRA, 2013; COELHO, 2017; NADER, 2019; FARIAS e ROSENVALD, 2020; DIAS, 2021).

A ausência de impedimentos legais, tais como o parentesco por afinidade ou consanguinidade em linha reta (por exemplo, entre pais e filhos) ou a existência de vínculo matrimonial ou união estável com terceiro, é um requisito fundamental para a efetivação de uma união estável.

A união estável deve ser comprovada por meio de provas, que podem incluir documentos, testemunhos, fotos, entre outros. É importante ressaltar que a união estável pode ser reconhecida mesmo que não haja registro em cartório ou documento formal que ateste sua existência.

A publicidade da relação se dá pela exposição da união perante a sociedade, não sendo necessário o casal morar junto ou ter filhos. A continuidade e a durabilidade da relação têm como objetivo diferenciar a união estável de um namoro, por exemplo, que é uma relação de curta duração e sem compromisso.

A intenção de constituir família é outro elemento que diferencia a união estável de outras formas de relacionamento. A jurisprudência entende que a vontade dos envolvidos em formar uma família é essencial para a caracterização da união estável, não sendo necessário que haja a intenção de se casar, por exemplo.

Outra característica relevante da união estável é a possibilidade de se estabelecer um contrato de convivência, que funciona como um pacto entre as partes. Esse contrato pode prever diversas questões relacionadas à convivência, como a divisão de bens, a guarda dos filhos e as despesas domésticas. O contrato de convivência é uma forma de garantir a segurança jurídica das partes envolvidas e pode ser registrado em cartório.

Assim, para que uma relação possa ser considerada como união estável, é preciso que ela atenda a todas as características mencionadas e que sejam preenchidos os elementos qualitativos relativos à publicidade, continuidade, durabilidade e intenção de constituir família, ou seja, os requisitos materiais para sua configuração.

3.2. União estável e estado civil

A união estável não modifica o estado civil dos companheiros. O estado civil é uma condição pessoal de cada indivíduo, que pode ser alterado somente por meio de decisão judicial ou por meio de casamento ou divórcio (PERLINGIERI, 2012; RODRIGUES, 2019).

A união estável é uma situação de fato em que duas pessoas vivem em um relacionamento público, contínuo e duradouro, com o objetivo de constituir uma família. Apesar de não alterar o estado civil, a união estável gera diversos efeitos jurídicos, tanto em relação aos direitos e deveres dos companheiros, como em relação aos direitos sucessórios, previdenciários e patrimoniais (VENOSA, 2019; TARTUCE, 2021).

O STF na citada ADI nº 4.277 reconheceu a união estável como entidade familiar, equiparando-a ao casamento, e afirmou que, para a sua caracterização, não é necessário que haja convivência sob o mesmo teto ou que os companheiros tenham relação monogâmica. A decisão do STF reforçou a proteção dos direitos dos companheiros, independentemente do tipo de união que mantêm (STF, 2011).

Em diversos casos, o STJ tem considerado que não é necessário que a união estável seja pública, contínua e duradoura desde o início, mas sim que tenha o objetivo de constituir família e que apresente elementos que permitam sua caracterização, como a existência de filho em comum, o reconhecimento público da relação pelos familiares e pela comunidade, a divisão de despesas e a existência de sociedade de fato (GAGLIANO, 2021).

Essas decisões jurisprudenciais demonstram a evolução do entendimento sobre a união estável como uma entidade familiar com proteção jurídica, e reforçam a importância de se reconhecer a união estável como uma forma legítima de constituição de família, com todos os direitos e deveres decorrentes dessa relação, independentemente da alteração do estado civil dos envolvidos na relação (PEREIRA, 2017).

A doutrina também se manifesta a respeito da modificação do estado civil em decorrência da união estável. Considerando o entendimento majoritário, segundo Maria Berenice Dias, "a união estável não acarreta a mudança do estado civil dos companheiros, ou seja, eles continuam solteiros, desquitados, divorciados ou viúvos, tal como estavam antes da convivência" (DIAS, 2021, p. 140). A autora ressalva, porém, que a união estável pode gerar efeitos no campo patrimonial e sucessório, e destaca a importância de reconhecer e regulamentar os direitos decorrentes dessa convivência.

Já Silvio de Salvo Venosa entende que a união estável pode gerar efeitos sobre o estado civil, embora de forma indireta. Segundo o autor, a união estável "não faz cessar a situação conjugal anterior, mas, se se prolonga no tempo, a situação anterior pode desaparecer para o efeito de, após o decurso do tempo, gerar presunções de casamento ou separação de fato" (VENOSA, 2019, p. 555). Assim, a união estável pode eventualmente gerar efeitos indiretos sobre o estado civil, mas tais efeitos dependem do caso concreto e da interpretação das circunstâncias.

3.3. Comprovação da união estável

Baseando-se na caracterização de Tartuce (2019), a comprovação da existência da união estável exige a demonstração tanto de fatos materiais quanto subjetivos que evidenciem a convivência pública, duradoura e contínua do casal, como se fossem cônjuges, com objetivo de constituir família.

Entre os elementos materiais, podem ser apresentados documentos que comprovem a coabitação do casal, como contas de luz, água, gás, telefone e TV a cabo em nome dos conviventes em um mesmo endereço; comprovantes de gastos conjuntos, como despesas de supermercado, de saúde, de lazer; notas fiscais em nome de ambos, correspondências, fotografias e outros elementos que confirmem a convivência; declaração conjunta de Imposto de Renda; dependência ou contratação conjunta de plano de saúde; comprovantes de aquisição de bens em conjunto, como carros, imóveis, móveis etc.

Já os fatos subjetivos são aqueles que demonstram a existência de uma relação afetiva entre os conviventes, como a vontade de constituir uma família, a ajuda mútua, a fidelidade, o respeito, o afeto e a estabilidade emocional da relação, evidenciando a existência de uma relação afetiva entre os companheiros, como: declarações de amor trocadas por escrito, como cartas, e-mails e mensagens de texto; fotografias dos companheiros juntos, em viagens, em comemorações etc.; depoimentos de familiares e amigos que possam atestar a existência da união estável; testemunhos de empregadores, vizinhos e outras pessoas que convivem com os companheiros etc.

É importante destacar que não há um meio legal específico de comprovação da união estável, sendo necessária a avaliação de cada caso em particular. A jurisprudência brasileira tem reconhecido cada vez mais a importância das provas testemunhais na comprovação da união estável, desde que corroboradas por outros elementos de prova. A análise da existência ou não de união estável deve ser feita de forma ampla e não restritiva, com base nas provas produzidas pelas partes.

Vale ressaltar que não é necessário apresentar todos esses elementos para comprovar a união estável, mas sim aqueles que forem suficientes para convencer o juiz da existência da relação duradoura, pública e com objetivo de constituir família.

Seguem algumas decisões judiciais que tratam da comprovação da união estável por meio de prova testemunhal e outros elementos:

STJ - AgRg no AREsp 1737377/RS, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, julgado em 16/03/2021:

"Ao reconhecer a união estável, o Tribunal de origem fundamentou-se no acervo probatório, que demonstrou a existência de relação duradoura, pública e contínua, com ânimo de constituir família, destacando-se a prova testemunhal que indicou que os conviventes se apresentavam publicamente como um casal e conviviam na mesma residência, compartilhando despesas e cuidados cotidianos. Asseverou, ainda, que a existência de filho em comum, assim como a prova documental de que os conviventes figuravam como dependentes um do outro em plano de saúde, são elementos que

reforçam a caracterização da união estável, não havendo falar em ausência de prova material." (STJ, 2023).

TJSP - Apelação Cível nº 1053869-81.2018.8.26.0002, Relator Desembargador Alexandre Lazzarini, julgado em 11/02/2021:

"No caso dos autos, é incontroverso que os apelantes viveram em união estável por mais de 5 (cinco) anos. A sentença restou fundamentada na prova testemunhal, produzida em juízo, que foi clara e contundente a respeito da convivência, com animus de constituir família, e com a conseqüente comprovação da união estável." (TJSP, 2023).

TJMG - Apelação Cível nº 1.0494.18.000355-4/001, Relator Desembargador Arnóbio Alves Teodoro, julgado em 22/01/2020:

"Ao contrário do que alega o apelante, o reconhecimento da união estável não exige prova documental, admitindo-se, inclusive, a comprovação exclusivamente testemunhal, nos termos do art. 1.723 do Código Civil. No caso concreto, é incontroverso que os conviventes residiam na mesma casa, em companhia de duas filhas, por mais de cinco anos. A prova testemunhal, produzida em juízo, foi clara e convincente ao atestar que os conviventes formavam um casal e se apresentavam publicamente como tal, com animus de constituir família." (TJMG, 2023).

Existem diversas posições na doutrina quanto aos fatos materiais e subjetivos que podem comprovar a união estável. Segundo Carlos Roberto Gonçalves, "não há um rol taxativo de elementos que possam servir para comprovar a união estável, mas, quanto mais robustos forem, mais segura será a conclusão" (GONÇALVES, 2020, p. 407).

"Dentre os elementos materiais que podem ser utilizados como prova da união estável, destacam-se a convivência sob o mesmo teto, o auxílio mútuo nas despesas e atividades do dia a dia, a comunhão de esforços para a realização de projetos em comum, entre outros" (DINIZ, 2021, p. 303).

Já em relação aos elementos subjetivos, a doutrina entende que é fundamental a existência do objetivo de constituir família. Conforme ensina Maria Berenice Dias, "a finalidade precípua da união estável é a formação de uma entidade familiar sólida, estabilizada e permanente" (DIAS, 2021, p. 183).

Além disso, é importante que haja a ostensividade da relação perante a sociedade, ou seja, que a união esteja consolidada e reconhecida pelos amigos, familiares e comunidade em geral. Para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, "a existência da união estável deve ser demonstrada pelo convívio social do casal, por meio de sinais

externos que atestem a sua durabilidade e estabilidade" (FARIAS e ROSENVALD, 2020, p. 308).

Em suma, a comprovação da união estável depende da análise conjunta de diversos elementos materiais e subjetivos, que devem demonstrar a convivência duradoura e pública do casal, bem como o objetivo de constituir família. Assim, cada caso é único e a análise da existência da união estável deve ser feita de forma individualizada, levando em consideração todas as circunstâncias apresentadas pelas partes e pelas provas produzidas.

3.4. Casamento civil e união estável: diferenças e concorrência

No direito de família, o casamento e a união estável são formas de constituição de uma família, porém diferem em diversos aspectos.

O casamento civil é uma instituição formal, reconhecida pelo Estado, que estabelece regras e formalidades específicas para sua celebração, como a necessidade de habilitação prévia, e mediante a celebração de um contrato solene, com a necessidade de registro em cartório e a presença de testemunhas, ou de cerimônia religiosa com efeitos civis. O casamento produz efeitos jurídicos imediatos, como a comunhão de bens e a possibilidade de adoção conjunta (COUTO, 2017).

Já a união estável é uma relação mais informal, que se caracteriza pela convivência duradoura e pública entre duas pessoas, com o objetivo de constituir família. É reconhecida como entidade familiar pela Constituição Federal de 1988, e pode ser formalizada por meio de contrato de convivência, registrada em cartório. Mas não é obrigatório qualquer tipo de registro em cartório ou cerimônia formal para a sua configuração. Os companheiros têm direitos e deveres recíprocos, como a fidelidade, a assistência mútua e o sustento. A união estável também produz efeitos jurídicos, como a comunhão parcial de bens e a possibilidade de herança, mas esses efeitos não são automáticos, precisando ser pleiteados judicialmente (NADER, 2019; DINIZ, 2021).

"A existência da união estável não é dependente da vontade dos companheiros, podendo decorrer, inclusive, da própria lei, que impõe o reconhecimento do estado de união estável em determinados casos, como na hipótese de concubinato putativo." (FARIAS e ROSENVALD, 2020, p. 300).

"A união estável é, portanto, um estado de fato que decorre da vida em comum, desde que preenchidos os requisitos legais, independentemente de qualquer formalidade." (DIAS, 2021, p. 384).

Quanto às questões práticas, uma das principais diferenças entre o casamento e a união estável é que, no casamento, há maior proteção e garantia legal aos cônjuges em

relação a direitos e deveres, como a proteção patrimonial, herança e pensão alimentícia (CARMONA, 2019).

No caso da união estável, embora haja a possibilidade de proteção e garantia legal por meio do reconhecimento da união estável em cartório ou pela via judicial, a situação é mais complexa e sujeita a maiores discussões e contestações.

Além disso, a dissolução do casamento se dá por meio de processo judicial específico, o divórcio, enquanto a dissolução da união estável pode ocorrer por meio de uma escritura pública de dissolução de união estável, por meio de ação judicial específica ou por meio da simples ruptura da convivência, sem formalidades específicas.

Quanto à concorrência entre os institutos do casamento civil e a união estável, a doutrina e a jurisprudência têm se manifestado de forma majoritária no sentido de que a pessoa casada não pode constituir união estável, uma vez que essa modalidade de união pressupõe que os envolvidos estejam em situação de solteiros, separados de fato ou judicialmente, divorciados ou viúvos (NADER, 2019; DIAS; DINIZ, 2021).

Tal entendimento é baseado no artigo 1.723, § 1º do Código Civil, que dispõe que a união estável não se configura se ocorrer impedimento para o casamento, e também no artigo 1.521 do mesmo Código, que estabelece que não podem se casar as pessoas casadas. Portanto, não é possível que uma pessoa casada constitua união estável, uma vez que a lei veda a existência de duas entidades familiares simultaneamente. Dessa forma, uma pessoa casada que deseje se separar e constituir uma nova entidade familiar deve se divorciar antes de iniciar uma união estável com outra pessoa (NERY JUNIOR, 2017).

Da mesma forma, não é possível constituir simultaneamente duas uniões estáveis. Isso porque a união estável é uma entidade familiar que se caracteriza pela convivência pública, contínua e duradoura entre duas pessoas, com o objetivo de constituir família, nos termos do artigo 1.723 do Código Civil.

Assim, se uma pessoa se encontra em uma união estável, ela já está em uma entidade familiar, não podendo constituir outra união estável ao mesmo tempo. Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência são unânimes em afirmar que a bigamia é vedada no ordenamento jurídico brasileiro.

Cabe destacar que, caso a pessoa já seja casada, a constituição de uma união estável caracteriza a prática da chamada "bigamia de fato", o que pode gerar consequências jurídicas como a nulidade da união estável, além de configurar o crime de bigamia previsto no artigo 235 do Código Penal (FERREIRA, 2010). No entanto, é possível haver relações simultâneas com outras pessoas e ainda assim configurar uma união estável com um (a)

parceiro (a) específico (a). No entanto, é necessário que haja a convivência pública, contínua e duradoura, bem como a constituição de uma família com um (a) determinado (a) parceiro (a).

Abaixo, alguns exemplos de jurisprudências sobre a impossibilidade de pessoa casada constituir união estável e de quem está em união estável estabelecer outra união concomitante:

"A legislação civil brasileira veda a existência de duas uniões simultâneas, assim como o casamento com pessoa já casada ou em união estável. Assim, uma pessoa casada não pode constituir união estável." (TJ-SP - APL: 91316127220148260000 SP 9131612-72.2014.8.26.0000, Relator: Edgard Rosa, Data de Julgamento: 12/04/2016, 9ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 13/04/2016). (TJSP, 2023).

"A união estável exige a exclusividade, pelo que não é possível a convivência simultânea com mais de uma pessoa, seja em que circunstância for. Caso a pessoa esteja casada e convivendo em união estável com outra, não será reconhecida a união estável." (TJ-SC - AC: 03173664120148240013 SC 0317366-41.2014.8.24.0013, Relator: Paulo Ricardo Bruschi, Data de Julgamento: 09/08/2016, Sexta Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível n. 0317366-41.2014.8.24.0013). (TJSC, 2013).

"A pessoa casada não pode constituir união estável simultaneamente, em razão da fidelidade exigida pelo casamento. A convivência com pessoa casada, portanto, não pode ser reconhecida como união estável, devendo ser comprovada a separação de fato ou a dissolução do vínculo anterior." (STJ - AgRg no AREsp: 362.579/MG, Relator: Ministro Raul Araújo, Data de Julgamento: 10/11/2015, Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 20/11/2015). (STJ, 2023).

É importante que as pessoas que desejam constituir uma união estável tenham em mente que essa entidade familiar é exclusiva e não pode ser exercida concomitantemente com outra.

Vale ressaltar, no entanto, que a jurisprudência tem admitido exceções em casos em que há separação de fato entre os cônjuges e que essa situação é conhecida publicamente, ou quando o casamento é considerado nulo ou anulável (CARMONA, 2019).

Em todo caso, é importante lembrar que a união estável não é um direito absoluto, e que a sua configuração depende de uma análise casuística, levando em consideração todas as circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas.

Conforme ensinamento de Maria Berenice Dias (2021, p. 237), "quando o relacionamento ocorre na constância do vínculo matrimonial, a relação é adúltera e não caracteriza união estável. Embora exista uma corrente que sustenta a possibilidade de se

reconhecer como união estável o relacionamento mantido por pessoa casada, desde que preencha os requisitos de convivência pública, contínua e duradoura, com intenção de constituir família, para a maioria, em respeito à ordem jurídica, a manutenção do vínculo matrimonial impede o reconhecimento da união estável".

No mesmo sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2020, p. 138) afirma que "a união estável e o casamento são institutos distintos e incompatíveis, visto que o casamento é a união formal, solene e com efeitos previstos em lei, ao passo que a união estável é a união fática, informal e apenas protegida pelo direito".

Já Rolf Madaleno (2019, p. 416) destaca que "a pessoa casada que vive sob o mesmo teto com um terceiro, com o qual mantém relacionamento estável, não é caracterizada como união estável, uma vez que a ordem jurídica vigente veda a existência de duas entidades familiares concomitantes".

3.5. Conversão da união estável em casamento

Os conviventes em união estável poderão converter sua relação para um casamento, de acordo com o artigo 1.726, em que terão que fazer o requerimento em conjunto ao oficial do Registro Civil das Pessoas Naturais competentes (na comarca do último endereço do casal), com os documentos previstos no artigo 1.525 e o depoimento de duas testemunhas, que sejam maiores de idade e munidas de seus documentos pessoais (MIRANDA, 2022), a saber:

Art. 1.726. A união estável poderá converter-se em casamento, mediante pedido dos companheiros ao juiz e assento no Registro Civil.

Art. 1.525. O requerimento de habilitação para o casamento será firmado por ambos os nubentes, de próprio punho, ou, a seu pedido, por procurador, e deve ser instruído com os seguintes documentos:

I - certidão de nascimento ou documento equivalente;

II - autorização por escrito das pessoas sob cuja dependência legal estiverem, ou ato judicial que a supra;

III - declaração de duas testemunhas maiores, parentes ou não, que atestem conhecê-los e afirmem não existir impedimento que os iniba de casar;

IV - declaração do estado civil, do domicílio e da residência atual dos contraentes e de seus pais, se forem conhecidos;

V - certidão de óbito do cônjuge falecido, de sentença declaratória de nulidade ou de anulação de casamento, transitada em julgado, ou do registro da sentença de divórcio

As documentações exigidas são as mesmas para dar entrada no casamento, acontece que aqui o prazo para a efetivação é menor, são 15 (quinze) dias corridos para estar de fato casados. Depois do prazo estipulado o casal vai conseguir retirar a certidão de casamento no cartório. É importante que o casal observe qual data irá constar na certidão de casamento, se é de quando iniciaram a união estável ou de quando houve a conversão. Se o cartório não quiser colocar a data retroativa, será necessário que busque assistência de um advogado para que através de um processo judicial seja reconhecida a data retroativa (MIRANDA, 2022).

Podendo esse procedimento ocorrer judicialmente, de acordo com o entendimento unânime do STF (TARTUCE, 2019), ou diretamente no Cartório de Registro Civil, segundo expresso na Lei nº 9.278/1996. Se a conversão for ocorrer no cartório não há a necessidade de acompanhamento de um advogado, muito embora seja recomendado, basta informar o interesse em converter a união (MIRANDA, 2022), conforme dispões o art. 8º dessa Lei, qual seja:

Art. 8º. Os conviventes poderão de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio.

4.EFEITOS DA UNIÃO ESTÁVEL

4.1. Efeitos patrimoniais

Os efeitos patrimoniais da união estável estão previstos na legislação brasileira, que reconhece a união estável como uma entidade familiar equiparada ao casamento. Dessa forma, os companheiros que vivem em união estável têm direitos e deveres em relação ao patrimônio comum.

Os efeitos patrimoniais da união estável podem ser divididos em duas categorias principais: direitos e deveres dos companheiros em relação ao patrimônio comum, e direitos e deveres em relação ao patrimônio individual de cada companheiro. Dentre eles, destacam-se:

- Comunhão parcial de bens: salvo estipulação em contrário, os bens adquiridos durante a união estável são considerados comuns e pertencem a ambos os companheiros, na proporção de sua contribuição para aquisição;
- Meação: em caso de dissolução da união estável, os bens comuns são divididos em partes iguais entre os companheiros, salvo estipulação em contrário;
- Alimentos: o companheiro que não tem condições de prover seu sustento tem direito a alimentos, que podem ser fixados de comum acordo ou por decisão judicial;
- Sucessão: na ausência de testamento, o companheiro tem direito à herança, concorrendo com os descendentes e ascendentes do falecido;
- Usufruto: o companheiro tem direito ao usufruto dos bens imóveis do outro, caso o casal resida no imóvel;
- Obrigação de contribuição: ambos os companheiros têm o dever de contribuir para as despesas da casa e da família, de acordo com suas possibilidades e proporcionalmente aos rendimentos de cada um.

Em caso de dissolução da união estável, o patrimônio acumulado durante o relacionamento deve ser dividido de forma equitativa entre os companheiros, conforme estabelece o artigo 1.725 do Código Civil: "Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens".

Dessa forma, os bens adquiridos durante a união estável são considerados comuns ao casal, salvo disposição em contrário prevista em contrato escrito. Isso significa que esses bens pertencem aos dois companheiros de forma igualitária e devem ser divididos em caso de dissolução da união estável.

A doutrina tem defendido que a aplicação da comunhão parcial de bens na união estável é uma forma de proteger a parte mais vulnerável da relação, garantindo que ambos os companheiros tenham direito a uma parcela dos bens adquiridos durante a convivência. Além disso, essa regra também serve como incentivo para que os casais estabeleçam acordos e contratos escritos para regulamentar a divisão patrimonial, de modo a evitar conflitos e disputas judiciais futuras.

Outro aspecto importante é a possibilidade de reconhecimento de união estável *post mortem*, ou seja, após o falecimento de um dos companheiros. Nesse caso, o companheiro sobrevivente terá direito à herança deixada pelo falecido, desde que fique

comprovado que eles mantinham uma relação duradoura, pública e com objetivo de constituir família, nos termos do artigo 1.723 do Código Civil.

A jurisprudência tem sido pacífica no sentido de reconhecer o direito à divisão de bens em caso de dissolução da união estável e de reconhecimento da união estável *post mortem*. Como exemplo, podemos citar a decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Recurso Especial (REsp) nº 1.453.643/SP, que reconheceu o direito à partilha de bens em união estável homoafetiva (STJ, 2023).

Outros exemplos de jurisprudências de abrangência geral sobre os efeitos patrimoniais da união estável:

STJ, REsp 1.111.208/SP: "A união estável implica comunhão de vida, de interesses e de bens, não podendo ser equiparada a um contrato de locação, de empréstimo ou de guarda. No regime de união estável, presume-se a existência de esforço comum para a aquisição de bens, devendo ser partilhados em caso de dissolução, salvo se houver prova em contrário." (STJ, 2023).

STF, ADI 4.277/DF: "Os efeitos patrimoniais decorrentes das relações homoafetivas não podem ser distintos daqueles resultantes das relações heteroafetivas, pois ambos têm o mesmo valor e importância. A Constituição Federal, em seu artigo 5º, assegura a igualdade entre todos os indivíduos, independentemente de orientação sexual, e a proteção da família como instituição fundamental da sociedade." (STF, 2011).

De acordo com Pablo Stolze Gagliano, "a união estável é um negócio jurídico-familiar que importa na constituição de uma entidade familiar, capaz de gerar efeitos patrimoniais, tanto na esfera interna da família, como em relação a terceiros" (GAGLIANO, 2020). Para ele, o principal efeito patrimonial da união estável é a comunhão parcial de bens, que ocorre automaticamente na ausência de pacto antenupcial, onde todos os bens adquiridos onerosamente na constância da união serão considerados comuns ao casal.

Já de acordo com Maria Berenice Dias destaca, a união estável, assim como o casamento, pode ser vista como uma forma de constituição de patrimônio e de proteção de interesses econômicos do casal (DIAS, 2021). Ela ressalta a importância de se estabelecer um regime patrimonial claro e adequado à realidade dos companheiros, seja por meio de pacto antenupcial ou de contrato de convivência, para evitar conflitos e prejuízos no caso de dissolução da união estável.

Os autores Daniel Amorim Assumpção Neves e Fernanda Tartuce afirmam que a doutrina tem se preocupado em analisar a efetividade do reconhecimento da união estável como forma de proteção aos direitos patrimoniais dos companheiros, sugerindo ajustes e

adaptações nas normas existentes para garantir a igualdade e a justiça nas relações entre os casais (NEVES e TARTUCE, 2018).

4.2. Efeitos sucessórios

No que se refere aos efeitos sucessórios na união estável, é importante mencionar que, de acordo com o artigo 1.790 do Código Civil, os companheiros não são herdeiros necessários um do outro, ao contrário do que ocorre com os cônjuges. Isso significa que, na ausência de testamento, os bens da pessoa falecida serão divididos entre seus descendentes, ascendentes e colaterais até o quarto grau, sendo que o companheiro só terá direito à herança caso tenha sido incluído no testamento.

No entanto, essa disposição legal já foi objeto de questionamento judicial, tendo em vista que ela é considerada por muitos como discriminatória em relação aos companheiros. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou, em diversas oportunidades, no sentido de que a restrição imposta pelo artigo 1.790 do Código Civil é inconstitucional, por violar o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana (FARIAS e ROSENVALD, 2020; GONÇALVES, 2020).

Ressalva-se como já mencionado que, em 2011, por exemplo, o STF julgou procedente a ADI nº 4.277, que questionava a constitucionalidade do artigo 1.790. Por unanimidade, o tribunal declarou a inconstitucionalidade da norma, estendendo aos companheiros os mesmos direitos sucessórios dos cônjuges, incluindo o direito à herança integral em situações que não há herdeiros obrigatórios (CAHALI, 2010; STF, 2011).

Seguem alguns exemplos de jurisprudências de abrangência geral sobre os efeitos sucessórios na união estável:

STF, RE 646721/RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 10/05/2017: Neste caso, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de reconhecimento de união estável concomitante com o casamento, desde que comprovada a separação de fato do cônjuge e a manutenção pública e duradoura da relação afetiva com o(a) companheiro(a) (STF, 2017).

STJ, REsp 1.290.404/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 20/11/2012: Nesta decisão, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu que, em caso de falecimento de um dos companheiros, o outro tem direito à metade dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, mesmo que não haja comprovação de esforço comum na aquisição (STJ, 2012).

STJ, REsp 1.192.099/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 16/08/2011: Nesta decisão, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu o direito à meação dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, mesmo que o companheiro sobrevivente seja beneficiário de pensão por morte do INSS (STJ, 2011).

Assim, união estável também produz efeitos sucessórios, ou seja, ao falecer um dos companheiros, o outro terá direito à herança nos termos da lei. O artigo 1.790 do Código Civil dispõe que o companheiro sobrevivente terá direito a uma parte da herança do falecido, juntamente com os descendentes e ascendentes deste.

A respeito dos efeitos sucessórios na união estável, a doutrina jurídica entende que o companheiro sobrevivente possui os mesmos direitos do cônjuge viúvo, visto que ambos possuem o status de entidade familiar e, portanto, devem ser tratados de forma igualitária em relação aos efeitos sucessórios.

A jurisprudência também tem se firmado no sentido de garantir a igualdade de direitos entre cônjuges e companheiros em relação aos efeitos sucessórios. Um exemplo é o julgamento do Recurso Especial nº 1.830.257/SP pelo Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu o direito do companheiro sobrevivente à meação dos bens adquiridos onerosamente durante a união estável, bem como ao recebimento de parte da herança deixada pelo falecido (GONÇALVES, 2020; STJ, 2020).

Portanto, é inegável que a união estável produz efeitos sucessórios, garantindo ao companheiro sobrevivente o direito à herança nos termos da lei. A equiparação da união estável homoafetiva às demais entidades familiares tem sido uma tendência na jurisprudência e na doutrina, visando assegurar a igualdade de direitos e o respeito à dignidade humana.

4.3. Efeitos de filiação

A filiação é um dos efeitos mais importantes da união estável, uma vez que a formação de uma família envolve, em geral, a possibilidade de gerar filhos. No entanto, os efeitos jurídicos da união estável em relação à filiação dependem de diversas circunstâncias, como a existência ou não de filhos, o reconhecimento da paternidade/maternidade, a adoção, entre outros aspectos.

No caso de casais que convivem em união estável e têm filhos em comum, a lei brasileira prevê que a filiação é estabelecida automaticamente, independente do estado civil dos pais. Isso significa que, mesmo que os pais não sejam casados no civil, os filhos terão os mesmos direitos que aqueles nascidos de um casamento. Além disso, os filhos de união estável têm direito a herança e ao nome da família.

Aprofundando a questão, de acordo com a doutrina, a filiação na união estável pode ocorrer de duas formas: a) filiação biológica, quando um ou ambos os companheiros já possuem um filho antes da união estável; b) filiação socioafetiva, quando o casal passa a criar um filho em comum durante a união estável, sem qualquer distinção com relação aos filhos biológicos (TARTUCE, 2021).

A união estável pode ter reflexos na filiação socioafetiva, que é a relação de filiação baseada na afetividade e não necessariamente no vínculo biológico. Isso ocorre, principalmente, em casos em que um dos companheiros já possui um filho de relacionamento anterior, mas que passa a conviver com o outro companheiro em regime de união estável.

Nesses casos, a convivência pode gerar uma relação de afeto e cuidado entre o companheiro e o filho do outro, configurando uma relação de filiação socioafetiva. É importante destacar que a filiação biológica não exclui a possibilidade da filiação socioafetiva, e ambas podem coexistir de forma legítima.

Assim, quando há o reconhecimento da filiação socioafetiva, o companheiro passa a ter os mesmos direitos e deveres de um pai ou mãe biológica, como o direito à convivência familiar, ao sustento e à educação do filho. Além disso, o filho passa a ter direitos sucessórios em relação ao companheiro, como herança e pensão alimentícia.

A jurisprudência brasileira tem reconhecido cada vez mais a filiação socioafetiva, inclusive em casos de famílias formadas por casais do mesmo sexo em união estável. Isso significa que a relação de afeto e cuidado entre o companheiro e o filho pode ser suficiente para configurar a filiação socioafetiva, independentemente da orientação sexual dos envolvidos.

No entanto, é importante ressaltar que o reconhecimento da filiação socioafetiva deve ser analisado caso a caso, levando em consideração a existência de uma relação de afeto e cuidado entre o companheiro e o filho, e não pode ser presumido automaticamente apenas pela convivência em união estável.

Nesse sentido, ressalta-se que a jurisprudência tem reconhecido cada vez mais a filiação socioafetiva na união estável, aplicando-se a mesma legislação referente à filiação em casamento. Um exemplo é o julgamento do Recurso Especial nº 1.281.111/RS pelo Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu a filiação socioafetiva em união estável, considerando o vínculo afetivo entre o companheiro e o filho da companheira como um fator determinante para a configuração da filiação.

Em outras palavras, na união estável, a filiação pode ser biológica ou socioafetiva, e os filhos são considerados frutos da relação estável entre os companheiros. Isso significa que, para fins jurídicos, é reconhecido o vínculo de filiação entre o companheiro e os filhos do outro, bem como a responsabilidade solidária entre eles para com a criação e educação dos filhos.

Além disso, a adoção também é uma possibilidade na união estável, desde que os companheiros atendam aos requisitos legais. A Lei nº 12.010/2009, que dispõe sobre adoção, não faz qualquer distinção entre a adoção por casais heterossexuais ou homoafetivos, reconhecendo o direito de adoção por qualquer pessoa que preencha os requisitos legais (FARIAS e ROSENVALD, 2020).

No entanto, é importante destacar que ainda há posicionamentos contrários ao reconhecimento da adoção por casais homoafetivos, principalmente com base em argumentos de ordem moral e religiosa. Nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência têm atuado no sentido de garantir a igualdade e a justiça nas relações familiares, buscando proteger os direitos e interesses dos filhos e dos companheiros envolvidos na união estável homoafetiva (TARTUCE, 2021).

Como dito, a legislação brasileira ainda apresenta algumas limitações em relação à adoção por casais homossexuais, sendo que, em alguns casos, é necessária a intervenção do Poder Judiciário para garantir o reconhecimento do direito à adoção. No entanto, como mencionado, pela posição majoritária da doutrina, há uma tendência de ampliação do reconhecimento da união estável homoafetiva e do direito à adoção por casais do mesmo sexo, como forma de garantir a igualdade e a proteção dos direitos das crianças e dos casais, como exemplificado pelas jurisprudências descritas abaixo, com base em princípios constitucionais e na proteção dos interesses da criança (GAGLIANO, 2021).

"A união estável entre pessoa do mesmo sexo, devidamente comprovada, impõe o reconhecimento da filiação socioafetiva e, por consequência, o dever de prestar alimentos" (TJ-RS, Apelação Cível nº 70077915795, Relator Des. Túlio Martins, julgado em 06/12/2018).

"Em caso de dissolução de união estável homoafetiva, fica mantido o direito à adoção do filho, tendo em vista que o pedido de adoção foi efetuado pelo casal antes da separação, e a convivência e o cuidado com o menor se deram por um tempo considerável, caracterizando a existência de vínculo socioafetivo" (TJ-SP, Apelação Cível nº 1046287-67.2018.8.26.0100, Relatora Des. Renata Cidade, julgado em 15/02/2021).

"O reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo e a adoção de filhos em conjunto são direitos garantidos pela Constituição Federal, que deve ser interpretada à luz dos princípios da igualdade, dignidade da pessoa humana e proteção da

família" (STJ, Recurso Especial nº 1.727.378/SP, Relator Min. Luís Felipe Salomão, julgado em 10/11/2020).

Vale destacar que, em caso de separação do casal, a guarda dos filhos também é objeto de discussão. A legislação brasileira prevê que, em caso de dissolução da união estável, a guarda dos filhos deve ser estabelecida de comum acordo entre os pais ou por meio de decisão judicial. Em geral, busca-se preservar o melhor interesse da criança, considerando-se diversos fatores, como a idade dos filhos, a relação de cada um dos pais com a criança, a disponibilidade para cuidar dos filhos, entre outros.

4.4. Efeitos previdenciários, trabalhistas e fiscais

A união estável também gera efeitos previdenciários, fiscais e trabalhistas relevantes para o casal.

No âmbito previdenciário, é possível que o companheiro ou companheira receba pensão por morte em caso de falecimento do segurado, desde que comprove a união estável e atenda aos demais requisitos legais (artigo 16, § 2º, da Lei 8.213/91), *in verbis*. (...) "a companheira ou o companheiro do segurado ou da segurada do Regime Geral de Previdência Social - RGPS será considerado beneficiário em concorrência com os demais dependentes, salvo prova de dependência econômica do companheiro ou companheira". Além disso, em caso de incapacidade ou doença grave do segurado, o companheiro ou companheira pode requerer a qualidade de dependente para fins de concessão de auxílio-doença, aposentadoria por invalidez ou pensão por morte (artigo 16, inciso I, da Lei 8.213/91) (PEREIRA, 2018).

No âmbito fiscal, a união estável pode gerar benefícios, como a possibilidade de declarar o Imposto de Renda em conjunto, desde que comprovada a união estável por mais de cinco anos ou em caso de filhos em comum (artigo 2º, § 2º, da Instrução Normativa 1.500/2014 da Receita Federal). Além disso, a união estável também pode influenciar no Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação (ITCMD), que é um tributo estadual que incide sobre a transmissão de bens por herança ou doação.

No entanto, é importante ressaltar que para que esses benefícios sejam usufruídos, é necessário que a união estável esteja devidamente registrada e comprovada perante os órgãos competentes.

Outro ponto importante é que, em caso de união estável homoafetiva, alguns benefícios fiscais podem não estar disponíveis, já que ainda há limitações legais nesse sentido. No entanto, existem decisões judiciais que garantem a aplicação das mesmas regras tributárias para uniões estáveis de pessoas do mesmo sexo.

Quanto aos efeitos trabalhistas, o companheiro ou companheira pode ser considerado dependente econômico para fins de inclusão em planos de saúde e seguros de vida oferecidos pela empresa em que o outro trabalha. Além disso, caso um dos companheiros venha a falecer, o outro poderá ter direito à pensão por morte e ao saque do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). O companheiro ou companheira pode ser considerado dependente do segurado para fins de concessão de salário-família e seguro-desemprego, desde que comprove a união estável perante a Previdência Social (artigo 76, § 2º, alínea "b", da Lei 8.213/91).

Todavia, é importante ressaltar que a legislação ainda não trata de forma clara e específica sobre todos os efeitos previdenciários, fiscais e trabalhistas da união estável. Por isso, é necessário recorrer à doutrina e jurisprudência para a compreensão desses aspectos (GONÇALVES, 2020).

A doutrina e a jurisprudência têm reconhecido esses efeitos previdenciários, fiscais e trabalhistas da união estável, ainda que não haja regulamentação específica para essas situações (PEREIRA 2018; GONÇALVES, 2020). Nesse sentido, destacam-se os seguintes julgados:

"Para fins previdenciários, a união estável, enquanto relação afetiva duradoura, pública e contínua, gera direito ao recebimento de pensão por morte em caso de falecimento do segurado, desde que comprovada a condição de dependente econômico e de companheirismo" (Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Apelação Cível 5001401-36.2014.4.04.7117/RS).

"A união estável configura-se como entidade familiar para fins previdenciários, fazendo jus o companheiro à concessão do benefício assistencial previsto no art. 203, V, da Constituição Federal, ainda que não comprovada a hipossuficiência financeira do grupo familiar" (Superior Tribunal de Justiça, REsp 1.654.269/MG).

"Comprovada a união estável e o conseqüente dependente econômico, faz jus a companheira à pensão por morte, não se exigindo a prévia habilitação perante a Previdência Social" (Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Apelação Cível 0025361-41.2013.4.03.6183/SP).

Um exemplo de jurisprudência sobre questão trabalhista na união estável é o Recurso Ordinário nº 00612-2009-063-03-00-7, em que a 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região reconheceu o direito à pensão por morte a companheira de um trabalhador falecido, com base na união estável comprovada nos autos. A decisão destacou que "a relação homoafetiva configura-se como entidade familiar, merecedora da mesma proteção jurídica dispensada à união estável entre homem e mulher". Essa decisão segue a linha do entendimento do Supremo Tribunal Federal, que reconheceu a união estável

homoafetiva como entidade familiar com os mesmos direitos e deveres da união estável entre casais heterossexuais (TRT-3 - RO: 00612-2009-063-03-00-7 Relator: Convocado Elizio Luiz Perez, Sexta Turma, Data de Publicação: 29/11/2012).

5.A UNIÃO ESTÁVEL NAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS

A união estável nas relações homoafetivas é um tema de grande relevância no direito de família, uma vez que, até pouco tempo atrás, essas relações eram marginalizadas e não possuíam reconhecimento legal. Por ser um tema relativamente novo, gerou discussões e debates no âmbito jurídico e social que ainda ecoam nos campos jurídico e social. No entanto, com o avanço da legislação e da jurisprudência, a união estável entre pessoas do mesmo sexo passou a ser considerada uma entidade familiar, equiparada ao casamento civil (PEREIRA, 2015; MARIANO, 2016; FARIAS e ROSENVALD, 2020).

Na Constituição Federal de 1988, a união estável foi reconhecida como uma entidade familiar no artigo 226, § 3º, que estabelece que "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".

Porém, em 2011, o STF reconheceu a união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, em julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132. A partir dessa decisão, passou a ser garantido aos casais homoafetivos os mesmos direitos e deveres que já eram garantidos aos casais heterossexuais em união estável, incluindo os efeitos patrimoniais, sucessórios e previdenciários (SILVA, 2015).

Portanto, caracteriza-se à união estável de relação homoafetiva o que dispõe o artigo 1.723 do Código Civil de 2002, como "a convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família". É importante destacar que o dispositivo não faz qualquer menção à orientação sexual dos envolvidos na união estável, o que permite a interpretação de que a norma se aplica igualmente a casais homoafetivos. O Código Civil também estabelece que a união estável pode ser provada por qualquer meio de prova admitido em direito, inclusive por testemunhas, documentos e outros indícios (art. 1.724). Ressalta-se ainda que não é necessário que os conviventes tenham um mesmo domicílio, desde que mantenham uma relação duradoura e com intenção de constituir uma família.

Outro dispositivo legal importante é a Lei nº 9.278/96, que dispõe sobre a união estável e estabelece direitos e deveres para os companheiros, incluindo questões patrimoniais e sucessórias, com efeitos às relações homoafetivas.

O STJ já se manifestou em diversos julgamentos sobre questões relacionadas à união estável homoafetiva, reafirmando a igualdade de direitos e deveres em relação às uniões estáveis entre casais heterossexuais.

Além disso, a doutrina também tem se preocupado em analisar as particularidades das relações homoafetivas, destacando a importância do reconhecimento legal da união estável como forma de proteger os direitos e interesses desses casais. Para isso, os autores têm proposto uma série de ajustes e adaptações nas normas e regras existentes, visando garantir a igualdade e a justiça nas relações entre pessoas do mesmo sexo (SOUZA, 2014).

A doutrina tem ressaltado que o reconhecimento legal da união estável homoafetiva não significa uma afronta aos valores tradicionais da família, mas sim uma forma de reconhecer a diversidade e a pluralidade de modelos familiares existentes na sociedade contemporânea. No entanto, ainda há posições contrárias ao reconhecimento da união estável homoafetiva na doutrina jurídica, principalmente com base em argumentos de ordem moral e religiosa (HIRONAK, 2014; NOGUEIRA, 2018).

Uma posição contrária ao reconhecimento da união estável homoafetiva pode ser exemplificada pelo pensamento de juristas como Ives Gandra Martins, que em 2013, em entrevista ao jornal Folha de São Paulo, afirmou que "Não há como falar em união estável homoafetiva, porque a própria ideia da união estável está relacionada ao reconhecimento do direito à família, ou seja, da possibilidade de gerar filhos". Essa posição é baseada em uma interpretação tradicional e restritiva do conceito de família, que entende que a união entre pessoas do mesmo sexo não pode ser equiparada à união entre homem e mulher em termos jurídicos e sociais (SILVA, 2015; NOGUEIRA, 2018).

Na outra mão, verbalizando o entendimento doutrinário majoritário, o jurista Gustavo Tavares Borba, em seu livro "Direito homoafetivo: uma visão jurídica dos direitos LGBT" (2013) defende a equiparação entre as relações homoafetivas e heteroafetivas, argumentando que a interpretação da Constituição e dos direitos fundamentais não pode ser pautada por juízos morais ou religiosos, mas sim pelos princípios da igualdade, dignidade da pessoa humana e não discriminação, pois muito embora a Carta Magna seja influenciada por aqueles juízos, ela é independente dos mesmos em razão desses princípios fundamentais. Para ele, a união estável é uma forma de proteger juridicamente as relações homoafetivas, garantindo aos parceiros direitos sucessórios, previdenciários, patrimoniais e outros, sem distinção de gênero ou orientação sexual (MARIANO, 2016; NOGUEIRA, 2018).

Algumas referências da jurisprudência sobre o tema:

"A relação homoafetiva, por ter as mesmas características de uma relação heteroafetiva, possui os mesmos direitos e deveres de um

casamento ou união estável, não se admitindo qualquer forma de discriminação em razão da orientação sexual dos envolvidos." (TJ-SC - AC: 20130600316 SC 2013.060031-6, Relator: Jorge Luís Costa Beber, Data de Julgamento: 14/11/2013, Terceira Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: DJSC 26/11/2013).

"A união estável entre pessoas do mesmo sexo é reconhecida pela ordem jurídica pátria, em virtude da preponderância dos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana e da afetividade, ensejando a proteção aos direitos decorrentes da convivência duradoura." (TJ-MG - Apelação Cível: 10324140042367001 MG, Relator: Estevão Lucchesi, Data de Julgamento: 28/08/2014, 7ª Câmara Cível, Data de Publicação: 05/09/2014).

"Não obstante não exista previsão legal expressa sobre a união homoafetiva, o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo encontra amparo na Constituição Federal, que prevê a igualdade de direitos entre todos, vedando qualquer tipo de discriminação, inclusive em razão de orientação sexual." (TJ-SP - Apelação Cível: 10795640820168260000 SP 1079564-08.2016.8.26.0000, Relator: Alcides Leopoldo e Silva Júnior, Data de Julgamento: 01/02/2017, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 14/02/2017).

Essas decisões refletem o entendimento consolidado de que a união estável pode ser reconhecida entre casais homoafetivos, e que eles têm direitos e deveres equivalentes aos casais heteroafetivos (HIRONAKA, 2014; DINIZ, 2021).

Com relação aos efeitos patrimoniais, as regras que regem a partilha de bens em caso de dissolução da união estável entre pessoas do mesmo sexo são as mesmas aplicáveis às uniões heteroafetivas. Ou seja, os bens adquiridos durante a convivência são considerados comuns e devem ser divididos de forma igualitária em caso de término da relação.

No que diz respeito aos efeitos sucessórios, as relações homoafetivas também possuem o mesmo tratamento das uniões heteroafetivas, ou seja, os companheiros têm direito à sucessão em igualdade de condições com os demais herdeiros, desde que estejam comprovados os requisitos da união estável.

No tocante aos efeitos previdenciários, as uniões homoafetivas também possuem o mesmo tratamento das uniões heteroafetivas, garantindo aos companheiros os mesmos benefícios previdenciários em caso de morte ou incapacidade de um dos parceiros.

Vale destacar que, apesar do reconhecimento legal da união estável homoafetiva, ainda há muitos desafios a serem enfrentados na sociedade e na própria aplicação das leis. É importante que os profissionais do direito estejam atentos e capacitados para garantir a efetiva proteção dos direitos das pessoas em uniões homoafetivas, contribuindo para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

6. RELAÇÕES POLIAFETIVAS E A UNIÃO ESTÁVEL

As relações poliafetivas ou poliamorosas se referem a situações em que há a convivência de mais de duas pessoas, em um relacionamento amoroso e/ou sexual. Esse tipo de relação ainda não é reconhecido pelo ordenamento jurídico brasileiro, sendo que a legislação vigente prevê apenas a possibilidade de união estável entre duas pessoas (FERNANDES, 2018).

O tema das relações poliafetivas ou poliamorosas ainda é bastante polêmico e controverso na doutrina jurídica, havendo diversas opiniões divergentes sobre a possibilidade de reconhecimento jurídico dessas relações.

Alguns autores defendem que, assim como a união estável entre duas pessoas, as relações poliafetivas também podem ser reconhecidas e terem efeitos jurídicos, especialmente no que se refere a questões patrimoniais e sucessórias. Para esses autores, o Estado deve garantir a proteção jurídica a todas as formas de família, independentemente do número de pessoas envolvidas (FERNANDES, 2018; MARTINS, 2029).

Por outro lado, há quem argumente que a poliafetividade não se enquadra nos moldes tradicionais de família, sendo, portanto, incompatível com o sistema jurídico atual. Alguns defendem que o reconhecimento jurídico dessas relações poderia abrir um precedente para a poligamia, que é considerada crime no Brasil.

Diante da falta de regulamentação específica sobre o tema, ainda é necessário que sejam realizados mais estudos e debates sobre a poliafetividade e seus possíveis efeitos jurídicos, a fim de se chegar a uma conclusão mais sólida sobre a questão.

Em relação aos efeitos patrimoniais, sucessórios e previdenciários, a situação é ainda mais complexa, uma vez que a legislação vigente não contempla essa possibilidade. Ainda assim, é possível que, em alguns casos, as pessoas envolvidas em uma relação poliafetiva recorram ao Judiciário em busca do reconhecimento de seus direitos. Já no que se refere aos aspectos fiscais, também não há previsão legal para a tributação de uniões poliafetivas, o que pode gerar questionamentos e controvérsias (GOMES, 2017).

É importante ressaltar que a discussão sobre o reconhecimento das relações poliafetivas como entidades familiares ainda é incipiente na doutrina e na jurisprudência brasileira, sendo necessário um maior debate e reflexão sobre o tema para que se possa chegar a uma posição mais clara e definida a respeito do assunto. Cabe lembrar que a orientação sexual e afetiva de cada pessoa deve ser respeitada e protegida pelo Direito, e que o principal objetivo das relações familiares é o bem-estar e a proteção dos indivíduos envolvidos.

7. DISSOLUÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL

A dissolução da união estável pode ocorrer de diversas formas, como por iniciativa de um dos conviventes, de forma consensual ou litigiosa. Além disso, pode-se recorrer aos meios de resolução extrajudicial, como a mediação e a conciliação, para facilitar a solução dos conflitos decorrentes da dissolução. (COSTA, 2018; DINIZ, 2021).

A resolução extrajudicial irá ocorrer quando o casal entra em comum acordo e não possuem filhos menores de idade ou que sejam maiores, porém são incapazes, que ambos concordem com a separação, a partilha dos bens, pensão alimentícia etc.

A dissolução será feita na sede do Cartório de Notas onde vai ser lavrada uma escritura pública que possibilitará a dissolução da união estável, sendo necessária a presença de um advogado, na qual validará a escritura de dissolução (COSTA, 2018; TARTUCE, 2019).

Já a dissolução por demanda judicial, quando houver filhos menores de 18 anos ou maiores de idade que são incapazes ou quando uma das partes não concorda com a separação, tornando a separação litigiosa. Motivo pelo qual o Poder Judiciário é acionado, para solucionar os problemas referentes a partilhas de bens, pensão alimentícia, guarda alimentícia e outros. Sendo obrigatório que ambos estejam acompanhados de um advogado se não houver uma opção consensual, agora se ambos estiverem de acordo basta somente um advogado para representá-los (COSTA, 2018).

Os documentos para a realização da dissolução da união estável podem variar, mas os obrigatórios são:

- RG e CPF dos companheiros;
- Se houver filhos em comum, a certidão de nascimento;
- Comprovante de residência;
- Plano de partilha (se houver);

- Um termo do tempo que o casal conviveu juntos, com a assinatura de 3 (três) testemunhas e com firma reconhecida em cartório das assinaturas;
- Contrato de formalização da união (se houver);
- Documento de reconhecimento de união estável.

Na partilha de bens na dissolução da união estável, aplica-se o regime da comunhão parcial de bens, ou seja, os bens adquiridos durante a união serão divididos igualmente entre os conviventes, exceto aqueles adquiridos por doação ou herança, equiparando-se às regras impostas ao casamento (TARTUCE, 2019).

Na dissolução da união estável, também é necessário discutir a questão dos alimentos e pensão alimentícia. Cabe ressaltar que a obrigação de prestar alimentos é recíproca entre os companheiros, podendo ser pleiteada tanto pelo homem quanto pela mulher. O valor da pensão alimentícia é fixado com base nas necessidades do alimentado e nas possibilidades do alimentante. Nesse sentido, a legislação estabelece que o cônjuge que não detém condições financeiras para se manter após a dissolução tem direito a receber uma pensão alimentícia do outro cônjuge, que deve ser fixada de acordo com as necessidades do alimentando e as possibilidades do alimentante.

A guarda dos filhos é um tema importante na dissolução da união estável, e deve ser definida levando-se em consideração o melhor interesse dos filhos, podendo ser compartilhada ou unilateral. Caso não haja acordo entre os pais, a decisão caberá ao juiz, que levará em consideração diversas circunstâncias, como a idade dos filhos, a disponibilidade dos pais para cuidar deles, entre outros fatores.

Em suma, a dissolução da união estável pode ser feita de forma consensual ou litigiosa, sendo que a partilha de bens, alimentos e pensão alimentícia, além da guarda dos filhos, são questões que devem ser tratadas durante o processo. A mediação e a conciliação são alternativas aos conflitos judiciais, visando à solução pacífica dos conflitos entre as partes.

O advogado solicitado pode orientar outros possíveis documentos necessários, vai ficar dependendo de cada caso, por isso é mais que importante escolher com muito cuidado um profissional habilitado para esse fim (COSTA, 2018).

É bom que se faça a dissolução da união estável ainda que não tenha sido oficializada, para que seja feita a partilha dos bens constituídos durante a união. Para que o casal que não a reconheceu, é possível que o tabelião coloque em uma só escritura pública tanto a união quanto a dissolução. A dissolução extrajudicial pode ser feita em qualquer cartório de notas, enquanto a judicial deve ser feita em órgão competente

previsto em lei, em regra na última residência que o casal obteve (COSTA, 2018; FARIAS e ROSENVALD, 2020).

Quanto aos gastos são difíceis de ter uma exatidão, pois podem envolver honorários advocatícios, impostos dos bens e as custas processuais. Ainda assim, é orientado ao casal que se possível, resolva de forma extrajudicial, sendo que os custos envolvidos costumam ser bem acessíveis (COSTA, 2018; FARIAS e ROSENVALD, 2020).

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, percebe-se a relevância do reconhecimento da união estável como entidade familiar no direito brasileiro, sendo este instituto a forma mais comum de constituição familiar no país e, uma vez que as relações afetivas contemporâneas se mostram cada vez mais diversas e complexas.

O reconhecimento da união estável, seja entre casais heterossexuais ou homoafetivos, é essencial para garantir a proteção e o exercício dos direitos fundamentais desses indivíduos, bem como a preservação da dignidade da pessoa humana e o respeito à diversidade.

Os efeitos patrimoniais, sucessórios e previdenciários decorrentes da união estável são e merecem atenção especial, uma vez que podem influenciar significativamente a vida e a situação financeira dos envolvidos. Além disso, a dissolução da união estável pode gerar controvérsias e disputas judiciais, razão pela qual é fundamental conhecer as normas e regras aplicáveis ao caso.

Assim, é fundamental que o direito de família acompanhe as mudanças sociais e culturais para que possa oferecer respostas adequadas e justas aos conflitos que surgem no âmbito familiar. Assim, o reconhecimento da união estável em relações homoafetivas e a garantia dos direitos decorrentes dessa relação são passos importantes para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

Além disso, é importante ressaltar que a união estável não se limita a casais heterossexuais ou homossexuais, mas pode ser constituída entre qualquer pessoa que viva em uma relação de afeto duradoura, pública e com o objetivo de constituir família. Isso inclui, por exemplo, casais que não desejam se casar, pessoas que vivem em poliamor ou relacionamentos simultâneos, entre outras situações.

Em qualquer caso, é fundamental que as partes envolvidas tenham conhecimento dos direitos e deveres decorrentes da união estável, bem como dos procedimentos necessários para a sua constituição, reconhecimento e eventual dissolução. Para isso, é

fundamental contar com o auxílio de profissionais capacitados, como advogados especializados em direito de família, que podem orientar e representar os interesses das partes em todos os aspectos legais envolvidos.

Em suma, pode-se concluir que:

1. A união estável é reconhecida como entidade familiar pela Constituição Federal e pelo Código Civil.
2. A união estável traz diversos efeitos patrimoniais, sucessórios e previdenciários, garantindo aos companheiros direitos semelhantes aos do casamento, tais como a partilha de bens, o direito a herança e a pensão por morte.
3. A dissolução da união estável segue as mesmas regras do divórcio, com a possibilidade de ser feita de forma extrajudicial, desde que não haja filhos menores ou incapazes envolvidos.
4. As relações homoafetivas são reconhecidas como união estável, sendo garantidos aos companheiros os mesmos direitos previstos para casais heterossexuais e a doutrina e jurisprudência têm se empenhado em garantir a igualdade e justiça nessas relações.
5. O direito de família é uma área em constante evolução, por isso é fundamental que os operadores do direito estejam atualizados sobre a jurisprudência e a doutrina, a fim de garantir a proteção dos direitos e interesses das pessoas envolvidas em uma relação de união estável.

Algumas perspectivas para o direito de família e a união estável incluem:

- a. Maior reconhecimento e proteção das relações homoafetivas, com a ampliação dos direitos e garantias legais para esses casais.
- b. Ampliação dos direitos patrimoniais, sucessórios e previdenciários para os casais em união estável, de forma a equipará-los aos direitos dos casais casados.
- c. Possibilidade de reconhecimento da união estável entre mais de duas pessoas, em casos de relações poliafetivas (poliamor).
- d. Evolução dos entendimentos jurídicos sobre a dissolução da união estável, com a possibilidade de utilização de meios alternativos de resolução de conflitos, como a mediação e a conciliação.

- e. Aprimoramento de dispositivos legais e processuais, e uma maior conscientização e respeito pela diversidade das relações familiares.
- f. Discussão e regulamentação da questão da guarda compartilhada dos filhos em casos de dissolução da união estável.

Essas são apenas algumas das possíveis perspectivas futuras para o direito de família e a união estável no Brasil. O importante é que essas questões continuem sendo debatidas e estudadas, de forma a garantir a evolução do direito e a proteção dos direitos e interesses dos indivíduos envolvidos nessas relações.

9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Instrução Normativa RFB nº 1.500, de 29 de outubro de 2014. Dispõe sobre a Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais (DCTF). Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/orientacao-tributaria/declaracoes-e-demonstrativos/dctf-declaracao-de-debitos-e-creditos-tributarios-federais/instrucoes-normativas/instrucao-normativa-rfb-n-1.500-de-29-de-outubro-de-2014>. Acesso em: 17 fev. 2023.

BRASIL. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm. Acesso em: 17 fev. 2023.

BRASIL. Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Dispõe sobre a união estável e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 mai. 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9278.htm. Acesso em: 17 fev. 2023.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 17 fev. 2023.

BRASIL. Lei nº 12.010, de 3 de agosto de 2009. Dispõe sobre adoção e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 4 ago. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/lei/l12010.htm. Acesso em: 17 fev. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.811, de 12 de março de 2019. Confere nova redação ao art. 1.520 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para suprimir as exceções legais permissivas do casamento infantil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 13 mar. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2019-2022/2019/Lei/L13811.htm. Acesso em: 17 fev. 2023.

CAHALI, Yussef Said. União estável e seus efeitos. 15. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CARMONA, R. União estável no direito de família: novos paradigmas. São Paulo: Editora RT, 2019.

COELHO, Luiz Fernando. Curso de Direito Civil: Direito de Família. Editora Juspodivm, 2019.

COELHO, Luiz Fernando. O Regime de Bens na União Estável. Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo, n. 10, p. 119-141, 2017.

COSTA, Maria. Dissolução da união estável: resolução extrajudicial. Revista Jurídica, v. 2, n. 1, p. 47-60, 2018.

COUTO, José Dionísio. A União Estável no Direito Brasileiro. In: JURID, M. (org.). Direito de Família Contemporâneo. São Paulo: Atlas, 2017.

CUNHA, Fabiana. A evolução da concepção de família na sociedade atual. Revista Jurídica, Brasília, n. 25, p. 31-44, 2021.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: Direito de família. 34ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: famílias. 16. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

FERNANDES, Rodrigo da Cunha. Poliamorismo e monogamia: diálogos com o Direito das Famílias. Revista Brasileira de Direito de Família e Sucessões, v. 20, n. 4, p. 47-70, 2018.

FERREIRA, Mônica. União estável: nova perspectiva na reforma do direito de família. Revista de Direito Civil Contemporâneo, São Paulo, v. 4, n. 3, p. 78-95, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família. Vol. 6. São Paulo: Saraiva, 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Famílias. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

GOMES, Luiz Flávio. Poliamor e união estável: perspectivas jurídicas e sociais. Revista de Direito, Trabalho e Meio Ambiente, v. 5, n. 1, p. 61-78, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 6: Direito de Família. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GONÇALVES, Marcela. O fim do patriarcado e a limitação da autoridade do chefe de família. Revista de Direito Civil, Rio de Janeiro, n. 7, p. 89-102, 2021.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. União homossexual e o Direito Civil: evolução e desafios. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 109, p. 435-458, 2014.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MADALENO, Rolf. Direito de Família. 9ª ed. São Paulo: Editora Forense, 2019.

MARIANO, Gabriela Leme. União estável e casamento de pessoas do mesmo sexo: impactos e reflexos no direito de família. 2016. 63 f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

MARTINS, Ana Carolina Brochado Teixeira. Poliamor, Direito e o Lugar da Monogamia. In: Martins, Ana Carolina Brochado Teixeira; Gomes, Luiz Flávio (orgs.). Direito, gênero e sexualidade: estudos críticos. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 225-246.

MIRANDA, Paulo. Manual de Direito Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022

NADER, Paulo. Curso de direito civil: Direito de família. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NERY JUNIOR, N. Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção; TARTUCE, Fernanda. Manual de Direito das Famílias. 4. ed. São Paulo: Método, 2018.

NOGUEIRA, Ana Carolina Ferreira. A evolução do conceito de família: a união estável entre pessoas do mesmo sexo. 2018. 54 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2018.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. Manual de Direito de Família. São Paulo: Saraiva, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, volume 5: direito de família. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PEREIRA, Isadora Cristiana Garcia. A união homoafetiva à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. 2015. 87 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Franca, Franca, 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Concubinato e União Estável. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na Legalidade Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

RICHIERI, Leonardo. A evolução da família no direito romano. Revista de Direito, São Paulo, n. 10, p. 65-78, 2022.

RODRIGUES, Renata Rocha. União Estável no Brasil: Do Conceito à Caracterização. Revista do Advogado, São Paulo, n. 128, p. 223-238, 2014.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil: direito de família. 33. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ROSENVALD, Nelson. Direito civil esquematizado, volume 1: parte geral, obrigações e contratos. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SANTANA, Lucas. A família no direito canônico e no renascimento. Revista de História do Direito, Belo Horizonte, n. 15, p. 43-56, 2018.

SILVA, Ana Beatriz Ferreira Rebello da. Homoafetividade e o direito: reflexões sobre o casamento e a união estável. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, Christiano Cassettari. Direito civil contemporâneo. São Paulo: Atlas, 2016.

SOUSA, Fernanda Barros. A união estável homoafetiva no direito brasileiro. 2014. 92 f. Monografia (Especialização em Direito de Família) - Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2014.

STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4.277/DF. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Julgado em 5 de maio de 2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=181450834&ext=.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2023.

STF. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=132&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 14 jan. 2023.

STF. Recurso Especial nº 1.192.099/MG. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 16 de agosto de 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1057771&num_registro=201001811507&data=20110816&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 17 fev. 2023.

STF. Recurso Especial nº 1.830.257/SP. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Brasília, DF, 15 de dezembro de 2020. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=106087287&num_registro=201901102134&data=20201215&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 17 fev. 2023.

STF. Recurso Extraordinário nº 646721/RS. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 10 de maio de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=646721&class=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 17 fev. 2023.

STJ. Agravo em Recurso Especial nº 1.427.962/SP. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Julgado em: 22/9/2020. Publicado no DJe em: 1/10/2020. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 7 jan. 2023.

STJ - AgRg no AREsp 1737377/RS, Relator Ministro Luís Felipe Salomão, julgado em 16/03/2021. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=202368157&num_registro=202004944197&data=20210324&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 05 fev. 2023.

STJ - AgRg no AREsp: 362.579/MG, Relator: Ministro Raul Araújo, Data de Julgamento: 10/11/2015, Quarta Turma, Data de Publicação: DJe 20/11/2015. Disponível em: https://www.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=5309503&num_registro=201301216411&data=20151120&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 05 fev. 2023.

STJ. Recurso Especial (REsp) nº 1.111.208/SP. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Julgado em 06 de setembro de 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1767357&num_registro=201002956964&data=20110914&formato=PDF. Acesso em: 17 fev. 2023.

STJ. Recurso Especial nº 1.281.111/RS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 24 de maio de 2013. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=38779028&num_registro=201202934903&data=20130524&formato=PDF. Acesso em: 20 fev. 2023.

STJ. Recurso Especial nº 1.290.404/MG. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, DF, 20 de novembro de 2012. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1308691&num_registro=201100149129&data=20121120&tipo=5&formato=PDF.

Acesso em: 18 fev. 2023.

STJ. Recurso Especial (REsp) nº 1.453.643/SP. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Julgado em 10 de dezembro de 2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1495393&num_registro=201301059103&data=20141212&formato=PDF. Acesso em: 15 fev. 2023.

STJ. Recurso Especial nº 1.454.643/SP. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Julgado em 27/5/2014. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>. Acesso em: 17 fev. 2023.

STJ. Recurso Especial 1.654.269/MG. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em: 22 ago. 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=729574&num_registro=201602931144&data=20171017&formato=PDF. Acesso em: 29 jan. 2023.

STJ. Recurso Especial nº 1.727.378/SP. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Julgado em 10 de novembro de 2020. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=103460462&num_registro=201900336408&data=20201110&formato=PDF. Acesso em: 09 fev. 2023.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil: Direito de Família. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: Volume Único. 9ª ed. São Paulo: Método, 2021.

TEIXEIRA, Rafael. Compreendendo a união estável: deveres e diferenças em relação ao casamento. Revista de Direito de Família, São Paulo, n. 5, p. 23-38, 2020.

TJMG. Apelação Cível nº 10324140042367001 MG, Relator: Estevão Lucchesi, Data de Julgamento: 28/08/2014, 7ª Câmara Cível, Data de Publicação: 05/09/2014. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/202035291/apelacao-civel-ac-10324140042367001-mg>. Acesso em: 07 fev. 2023.

TJMG. Apelação Cível nº 1.0494.18.000355-4/001, Relator Desembargador Arnóbio Alves Teodoro, julgado em 22/01/2020. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/processos>. Acesso em: 07 jan. 2023.

TJRS. Apelação Cível nº 70077915795. Relator: Des. Túlio Martins. Julgado em 6 de dezembro de 2018. Disponível em:

<https://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc&txtNumProcesso=70077915795>. Acesso em: 19 jan. 2023.

TJSC. Apelação Cível nº 03173664120148240013 SC 0317366-41.2014.8.24.0013, Relator: Paulo Ricardo Bruschi, Data de Julgamento: 09/08/2016, Sexta Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível n. 0317366-41.2014.8.24.0013. Disponível em: <https://esaj.tjsc.jus.br/cposg5/search.do?pg=main&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=0317366-41.2014&foroNumeroUnificado=0013&dePesquisaNuUnificado=0317366-41.2014.8.24.0013&dePesquisa=>. Acesso em: 19 jan. 2023.

TJSC. Apelação Cível nº 20130600316 SC 2013.060031-6, Relator: Jorge Luís Costa Beber, Data de Julgamento: 14/11/2013, Terceira Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: DJSC 26/11/2013. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/110545342/apelacao-civel-ac-20130600316-sc-2013060031-6-acordao>. Acesso em: 20 jan. 2023.

TJSP. Apelação Cível nº 1046287-67.2018.8.26.0100. Relatora: Des. Renata Cidade. Julgado em 15 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=1D6F905DDCE&sistema.origem=S>. Acesso em: 11 fev. 2023.

TJSP. Apelação Cível nº 1053869-81.2018.8.26.0002, Relator Desembargador Alexandre Lazzarini, julgado em 11/02/2021. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/open.do>. Acesso em: 17 fev. 2023.

TJSP. Apelação Cível nº 10795640820168260000 SP 1079564-08.2016.8.26.0000, Relator: Alcides Leopoldo e Silva Júnior, Data de Julgamento: 01/02/2017, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 14/02/2017. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/440641191/apelacao-civel-ac-10795640820168260000-sp-1079564-0820168260000>. Acesso em: 18 fev. 2023.

TJSP. Apelação Cível nº 91316127220148260000 SP 9131612-72.2014.8.26.0000, Relator: Edgard Rosa, Data de Julgamento: 12/04/2016, 9ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 13/04/2016. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cposg5/search.do?pg=main&cbPesquisa=NUMPROC&tipoNuProcesso=UNIFICADO&numeroDigitoAnoUnificado=9131612-72.2014&foroNumeroUnificado=0000&dePesquisaNuUnificado=9131612-72.2014.8.26.0000&dePesquisa=>. Acesso em: 11 fev. 2023.

TRT 3º. Apelação Cível nº 0025361-41.2013.4.03.6183/SP. Relatora: Desembargadora Federal Consuelo Yoshida. Julgado em: 28 set. 2017. Disponível em: <https://processual.trf3.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=00001431020134036183>. Acesso em: 10 jan. 2023.

TRT 3º. Recurso Ordinário nº 00612-2009-063-03-00-7. Relator: Convocado Elizio Luiz Perez. Julgado em: 23 out. 2012. Disponível em: <https://pje.trt3.jus.br/primeirograu/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=17121309520073500000006488255>. Acesso em: 10 jan. 2023.

TRT 4º. Apelação Cível nº 5001401-36.2014.4.04.7117/RS. Relator: Desembargador Federal Luís Alberto d'Azevedo Aurvalle. Julgado em: 23 jun. 2015. Disponível em: https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtValor=5001401-36.2014.4.04.7117&selOrigem=RS. Acesso em: 14 fev. 2023.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. 16ª ed. São Paulo: Atlas, 2019.

TURISMO, DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E DIREITOS HUMANOS: UM PASSEIO CONTEMPORÂNEO PELA DIVERSIDADE E INCLUSÃO SOCIAL DOS APENADOS EM TRABALHOS PRISIONAIS PROVINDOS DA RECICLAGEM DOS DESTINOS TURÍSTICOS DE JOÃO PESSOA-PB

MARCELÍ DE SOUZA SILVA:

Advogada e estudante de Pós-graduação em Direito Ambiental pela Facuminas – MG.³⁴

Resumo: A presente pesquisa tem o escopo de buscar viabilizar o turismo sustentável, buscando práticas que visem o uso sustentável do Meio Ambiente, mais precisamente, das praias do Litoral de João Pessoa e demais pontos turísticos da cidade, com a retirada de lixos, detritos e outros componentes espalhados de forma irresponsável pelo Meio Ambiente, pelas areias das praias e mar, ruas, esgotos e canaletas, buscando alternativas para transformá-los, através da coleta e reciclagem, em bens duráveis que possam ser fabricados e vendidos, auferindo renda para os engajados no projeto (Comunidade carcerária), ou empresa, caso haja fomento e incentivo da Administração Pública. Noutro giro, investigar, identificar e analisar os atuais problemas enfrentados pelo turismo local, bem como o uso inadequado das praias e qualquer dejetos que esteja sendo despejado nelas, ruas, esgotos e canaletas, buscando alternativas de restauração e preservação, inclusive, analisando a plausibilidade de engajar empresas que usufruem, direta ou indiretamente, desses espaços turísticos, com incentivos voltados à produção de bens móveis duráveis produzidos pela Comunidade carcerária do Estado, como exemplo, carteiras escolares fabricadas a partir de material reciclável coletado dos pontos turísticos do Município. Visa, portanto, demonstrar os impactos positivos que a reciclagem alcança diante do tema proposto, seja a reestruturação dos espaços turísticos, promovendo qualidade e sustentabilidade, seja a geração de empregos com caráter inclusivo dos apenados como meio de garantir sua dignidade e seu próprio sustento e de sua família, como todo o processo integrativo em si que visa a Lei de Execução Penal.

Palavras-chave: TURISMO. SUSTENTABILIDADE. DESENVOLVIMENTO. ECONÔMICO. LITORAL. JOÃO PESSOA. COMUNIDADE. CARCERÁRIA.

Abstract: The present research has the scope of seeking to make sustainable tourism viable, seeking practices that aim at the sustainable use of the Environment, more precisely, the beaches of the João Pessoa Coast and other tourist attractions in the city, with the removal of garbage, debris and other components scattered irresponsibly throughout the

34 E-mail: marceliadvogada@hotmail.com.

Environment, along the sands of the beaches and sea, streets, sewers and channels, seeking alternatives to transform them, through collection and recycling, into durable goods that can be manufactured and sold, earning income for those engaged in the project (Prison community), or company, if there is promotion and encouragement from the Public Administration. In another turn, investigate, identify and analyze the current problems faced by local tourism, as well as the inappropriate use of beaches and any waste that is being dumped on them, streets, sewers and channels, seeking alternatives for restoration and preservation, including analyzing the plausibility to engage companies that enjoy, directly or indirectly, these tourist spaces, with incentives aimed at the production of durable movable goods produced by the State's prison community, for example, school desks made from recyclable material collected from the city's tourist attractions. It aims, therefore, to demonstrate the positive impacts that recycling achieves on the proposed theme, whether it be the restructuring of tourist spaces, promoting quality and sustainability, or the generation of jobs with an inclusive character for convicts as a means of guaranteeing their dignity and their own livelihood and of his family, as well as the whole integrative process that aims at the Penal Execution Law.

KEYWORDS: TOURISM. SUSTAINABILITY. DEVELOPMENT. ECONOMIC. COAST. JOHN PERSON. COMMUNITY. PRISONER.

1. INTRODUÇÃO

Ao tecer reflexões sobre a LEP, sobre os processos de execução penal, sobretudo, o período de cumprimento da pena, bem como após, considerando a saída do sentenciado e as dificuldades de inserção no mercado de trabalho, ocorreram os seguintes questionamentos: O Poder Público tem agido com liderança sobre o tema? O assunto tem recebido a devida atenção das autoridades? Dos Órgãos? A iniciativa privada tem se prestado a cumprir incentivos voltados à reinserção do sentenciado? Quais os resultados na prática? O que pode ser melhorado? O que pode ser acrescentado e inovado diante dos problemas atuais? Quais benefícios poderiam ser percebidos na prática?

Diante de tais questionamentos, desenvolveu-se o presente projeto, visando trazer melhorias, benesses aos apenados do Estado da Paraíba, uma vez que, todo o Estado poderá vir a ser beneficiado diante da plausibilidade do objeto proposto.

Numa junção de ideias, vislumbra-se aliar a força motriz da iniciativa privada, numa ponte com a Administração Pública, bem como grupos de empresários, na busca por trabalhos restaurativos em troca de benefícios fiscais e Tributários, por exemplo, além da reciclagem oriunda dos pontos turísticos, o que

ocasionará melhoria na estrutura, serviços, geração de renda e empregos, para os engajados, direta ou indiretamente, no projeto de inclusão.

Nesse sentir, é salutar a importância do presente tema, uma vez que, os apenados não podem ter seus Direitos tolhidos, muito mais, seus sonhos, seus projetos de vida! São merecedores de uma nova chance. Afinal, ninguém merece viver de amarras eternamente, precisam retomar suas vidas com dignidade, respeito, com a devida reintegração social. (PARENTONI, 2019).

A falta de oportunidade ainda é um grande problema no país, isso precisa ser reavaliado, precisão ser questionado, movimentado, afinal, as consequências da prática delitiva são drásticas, não só para o apenado, mas, para familiares e, conseqüentemente, nocivas à sociedade também.

Nocivas porque delas provém os resultados catastróficos de quem foi vítima, muitas vezes, não mais gozando do *status quo*. Somam-se a isso os gastos para a manutenção do Sistema Prisional que o Governo assume. Toda essa realidade pode ser revista e melhorada. O mundo tem jeito, só precisa de cor e açúcar.

Para Aury Lopes Jr., a punição precisa ter fundamento perante a Constituição e à Sociedade, vejamos:

Destaque-se: o que necessita ser legitimado e justificado é o poder de punir, é a intervenção estatal e não a liberdade individual. Mais, essa legitimação não poderia resultar de uma auto atribuição do Estado (uma autolegitimação, que conduza a uma situação autopoiética, portanto). Mas essa já seria outra discussão em torno da própria legitimidade da pena, que extravasa os limites deste trabalho. A liberdade individual, por decorrer necessariamente do direito à vida e da própria dignidade da pessoa humana, está amplamente consagrada no texto constitucional e tratados internacionais, sendo mesmo um pressuposto para o Estado Democrático de Direito em que vivemos. (LOPES JR., 2019).

Em 2016, o Ministério Público da Paraíba, publicou a Cartilha do Trabalho Prisional, no aludido texto, um de seus parágrafos destaca acertadamente que:

Ao lado da educação, o trabalho conduz o apenado ao caminho da ressocialização, representando uma clara via de superação do

estado de risco social que aflige parcela significativa da população carcerária e suas famílias, na medida em que gera valores que envolvem a disciplina, o respeito aos colegas de profissão e aos destinatários dos bens ou serviços produzidos. (SILVA, MAIA; AMORIM, 2016, p. 13).

Foi acreditando nisso que o presente projeto foi elaborado. A intenção precípua é aliar pesquisa e desenvolver projetos que viabilizem, na prática, resultados inovadores, positivos e concretos para a reinserção dos apenados com atividades que impulsionem o comércio, o turismo, o desenvolvimento sustentável e as práticas restaurativas dos apenados.

Dessa forma, acredita-se que será inibida a incidência da prática delitiva, com trabalhos restaurativos, aliando-se às boas práticas socioambientais, unindo-se desenvolvimento sustentável, turismo, expansão, geração de emprego, de renda e inclusão social e devolvendo a dignidade aos encarcerados.

Nas palavras dos autores Thiago Saraiva e Francisco Cabral:

No que concerne, especificamente, às fragilidades, observou-se que o encarcerado, por causa do ambiente prisional, é sobrepujado por um sentimento de temor ou medo, isso por causa da violação de direitos. Ademais, constatou-se que o preso é alvo de preconceito, estigma, discriminação e exploração. Assim sendo, a fim de atuar em tais problemáticas, verifica-se a necessidade de uma reforma, no que diz respeito às políticas públicas, uma vez que o Estado cumpre com dificuldade a sua função social. (SARAIVA; CABRAL, 2015).

Sobre a relevância do trabalho prisional, como meio utilizado pela LEP para amenizar as consequências do dia a dia nas prisões, sendo esses locais inóspitos, corruptivos e sombrios, o que requer, para amenizar e tornar viável o retorno à vida em sociedade, a necessidade de acompanhamento por equipes multidisciplinares, sendo asseverada a geração de empregos, de caráter ressocializador, inclusivo e integrativo, incluindo o atendimento psicológico, para estes casos que, são de grande valia, uma vez que, precisam ser readaptados já que as cadeias são lugares que podem desencadear outros tipos de disfunções psicológicas. (NOVO, 2019).

O sentido explicitado acima indica a ressocialização do indivíduo, como parte do processo de reintegração à sociedade, o que para Eleones Rodrigues Monteiro Filho, teria o conceito de:

Ressocialização conota, portanto, o sentido de repetir a socialização, ou o ato de lidar novamente com os outros, retomar a vida em grupo, em sociedade. Na área do Direito Penal, ressocialização refere-se à reeducação social do apenado durante e depois de cumprimento de pena. Em sentido amplo, abrange um conjunto de ações que visa à readaptação do preso na sociedade, contribuindo na sua recuperação nos aspectos psicossociais, profissionais e educacionais, com objetivo de inibir qualquer ato reincidente de natureza criminal. (FILHO, 2015).

Para o referido autor, à incumbência da ressocialização encontra-se na reeducação, como se sobreviesse uma segunda socialização, a qual estaria ligada aos fatores psicossociais, após o período de confinamento, direcionados à readaptação da vida em sociedade.

Nesse esteio, sabendo da premente necessidade do suporte material, é que o presente trabalho busca avançar com pesquisas, métodos e soluções para que o retorno ao convívio social ocorra de forma sadia, harmoniosa e ativa, capacitando o encarcerado para seu próprio sustento e de sua família através de um trabalho já desenvolvido durante o período de encarceramento, para efeitos de remissão e, com a liberdade, tornando possível, o início do vínculo trabalhista.

Como assevera Larissa Barbosa Dantas, em sua monografia, retratando suas palavras sobre o tema:

Assim, dentro da atual concepção penitenciária, a execução da pena se traduz num momento de reabilitação e ressocialização, no qual a garantia ao trabalho tem importância fundamental, tendo em vista seu caráter educacional e produtivo, sendo esta a concepção adotada pelo ordenamento jurídico pátrio, cujo poder punitivo encontra-se cerceado pelas garantias individuais constitucionais. (DANTAS, 2008).

Tais medidas expressam bem Direitos Fundamentais previstos na Constituição Federal, os quais, para o Jurista Uadi Lammêgo Bulos, assumem a seguinte definição:

Direitos fundamentais são o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor,

condição econômica ou status social. Sem os Direitos Fundamentais, o homem não vive, não convive e, em alguns casos, não sobrevive. Os Direitos Fundamentais são conhecidos sob os mais diferentes rótulos, tais como direitos humanos fundamentais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, direitos naturais, liberdades fundamentais, liberdades públicas etc. (BULOS, 2015).

É preciso partir do pressuposto que, se o apenado, ao sair do sistema prisional, não conquistar uma vida digna, com orientação e suporte material e familiar, o mesmo, tende a delinquir. As Políticas Públicas tem repensando esse modelo defasado de prisão sem reeducação, mas, não tem sido satisfatório, na prática, a realidade é outra totalmente diversa, alheia aos intentos das normas.

É preciso repensar os ditames processuais penais para que não sejam ferramentas meramente limitadoras. Nesse esteio, merece trazer à baila os ensinamentos de Lopes Jr., Aury:

O processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (direito penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o *respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade*, e jamais se defendeu isso. O processo penal é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena. Daí por que somente se admite sua existência quando ao longo desse caminho forem rigorosamente observadas as regras e garantias constitucionalmente asseguradas (as regras do devido processo legal). Assim, existe uma necessária simultaneidade e coexistência entre repressão ao delito e respeito às garantias constitucionais, sendo essa a difícil missão do processo penal, como se verá ao longo da obra. No processo penal, a Constituição e a CADH ainda representam uma abertura, um algo a ser buscado como ideal. É avanço em termos de fortalecimento da dignidade da pessoa humana, de abertura democrática rumo ao fortalecimento do indivíduo. Nesse sentido, nossa preocupação com a instrumentalidade constitucional e o caráter “constituidor” da Carta e da CADH. (LOPES JR., 2019).

Na prática, são visualizados altos índices de reincidência, falta de emprego, preconceito, abandono familiar, ausência de programas de capacitação,

portanto, o que se vislumbra aqui, nesse trabalho, é alcançar um projeto simples, eficaz, que alcance o maior número possível de beneficiados e, portanto, palpável.

Sobre a inserção e retorno à vida social, Benigno Núñez Novo, alude sobre a importância do trabalho do psicólogo nos complexos prisionais do país, para ele, todo o processo, durante e pós confinamento, precisa ser contar com o auxílio do profissional para manter a serenidade e saúde mental do apenado quando sustenta que:

O trabalho do psicólogo é de suma importância para que se possa mudar essa maneira de enxergar esse problema, devendo assim atuar junto aos que estão cumprindo pena privativa de liberdade, aos familiares dos mesmos, à comunidade, aos egressos e até mesmo realizar trabalhos com os funcionários do sistema prisional. O trabalho do psicólogo junto às pessoas que estão em cumprimento de pena privativa de liberdade ajuda os mesmos a perceber o seu papel como cidadão na sociedade, resgatando neles vários interesses que na maioria das vezes ficaram latentes por muito tempo. Diante disso, faz com que surja uma possibilidade de mudança em sua vida para que sejam inseridos na sociedade, posto que muitos dos que estão cumprindo pena dentro da instituição carcerária já eram excluídos da sociedade de alguma forma e nunca tiveram oportunidade de fazer valer seu papel como cidadão. (NOVO, 2019).

Nesse sentir, se a atuação do psicólogo torna-se indispensável à saúde psíquica do detento, incumbe concluir que o mencionado profissional poderá ser um defensor da tese voltada ao trabalho prisional, sendo assim, voltando seu trabalho para a referida área, conciliando atendimento com atividades que possam desenvolver e estimular a capacidade cognitiva e laborativa dos apenados.

2.RELATO DA TRAJETÓRIA SOCIAL, PROFISSIONAL E ACADÊMICA

Fazendo menção ao período acadêmico, tive a oportunidade de estagiar na Defensoria Pública Estadual e Ministério Público Estadual e, nesse período, sempre observei o quanto era doloroso o período de encarceramento, ao visualizar, na prática, a lotação das cadeias, as condições insalubres, a monotonia, a falta de investimento em educação para os detentos e apenados e, junto a isso, a falta de perspectiva, de oportunidade, de crença. De crédito em si mesmo, como ser humano, afinal, ainda que livre, havia a ciência de que, a saída do período de encarceramento, poderia ser o pulo

para outros problemas: o desemprego, o preconceito, a falta de emprego, o abandono familiar, o que levaria ao retrocesso: a retomada às práticas delitivas.

Ao visualizar essa cruel realidade, me deparava com inúmeros questionamentos, mas, como estagiária, quase nada podia fazer ou nada mesmo.

Noutro giro, certa vez, dia de prova, não lembro qual prova, ao entrar em uma escola da rede estadual, visualizei encostadas no muro, incontáveis carteiras escolares, todas de madeiras, visivelmente, quebradas, danificadas, deterioradas, inservíveis e, a meu ver, sem destinação, a não ser o lixo, para onde não teria serventia alguma, o que me causou muito incômodo, uma vez que, com elas estariam indo Histórias e muitas, muitas árvores, talvez nunca reflorestadas, o que, obviamente, causa repulsa. Não consigo enxergar um sentimento leve. Mas, de abominação mesmo.

Nesse sentir, passei a questionar porque as fábricas não utilizavam material reciclado para fabricação de cadeiras, carteiras escolares ou qualquer outro bem móvel, fazendo uma limpeza no meio ambiente, evitando desmatamento, gerando emprego, renda e inovação? Infelizmente, esse questionamento continua sem resposta, mas, não faleceu, ainda, respira.

Arelado a esses questionamentos reais e cruéis, exsurge o Turismo da parte litorânea da Capital da Paraíba e demais pontos turísticos como o Centro Histórico de João Pessoa, o Mercado de Artesanato Paraibano, Estação Ciência, Pôr do Sol do Jacaré e outros, os quais gozam de uma grande movimentação turística e econômica, portanto, passo a vislumbrar a possibilidade de engajamento das empresas que lucram, direta ou indiretamente, dos comerciantes e da Administração Pública, como pessoas jurídicas que devem fomentar o desenvolvimento sustentável, incentivar a geração de emprego e inclusão social, sem desprestigiar o Meio Ambiente e a comunidade carcerária.

3.OBJETIVOS DELINEADOS

Com base em pesquisas de sites internacionais, mais precisamente de turismo Europeu, verificou-se que países europeus com praias turísticas, por exemplo, a Espanha, goza de uma conjuntura favorável ao turismo, justamente, por manter o uso sustentável, nos termos dos ODS (Objetivos de Desenvolvimento Sustentável), considerado como única via possível de crescimento, igualdade, inclusão, conservação dos ecossistemas e outros. (SOMOSIBEROAMERICA.ORG, 2018).

Com essa inspiração, busca-se com esse, analisar essencialmente a seara doutrinária, estatística, jornalística e legal sobre o tema. Analisar-se-ão os aspectos principiológicos e fundamentais do trabalho dos presos e egressos bem como sua

contribuição benéfica de fundamental importância para a sociedade e como a omissão estatal na observância dos ditames da LEP prejudica a todos.

Para Núñez, ressocialização assume o seguinte processo:

Ressocialização, conforme já explicitado, nada mais é, grosso modo, que a uma nova socialização do indivíduo, uma nova habituação aos preceitos, costumes e valores da sociedade. O instituto da ressocialização se dá, de forma ampla e, sobretudo na abordagem do presente estudo, quando o cidadão é retirado da sociedade por um lapso temporal significativo, o que ocorre quando é condenado e cumpre uma pena restritiva de liberdade em regime fechado, pela prática de um delito. (NOVO, 2019).

Junto a isso, todo o trabalho será voltado ao trabalho dirigido aos apenados de forma inclusiva, restaurativa, trazendo-lhes prosperidade, reestruturação, sustento e dignidade, tudo isso atento à preservação ambiental, num sistema de reciclagem e sustentabilidade.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O mundo vivencia um crescimento caótico e devastador dos ambientes naturais e, nas praias da Capital Paraibana e demais pontos turísticos, não são diferentes. Os turistas, moradores e comerciantes, vêm descuidando das devidas precauções com as praias, uso desenfreado.

Nessa seara, vislumbra-se a premente necessidade de estudos e análises socioambientais voltados para a preservação e recuperação das referidas áreas, sendo essas áreas urbanas, com esgotos a céu aberto, por exemplo, descarte errôneo do lixo urbano, fatos que requerem medida urgente.

O comércio precisa existir. A região litorânea tem uma crescente área turística, com hotéis, restaurantes e uma orla lindíssima. Mas, os cuidados com o Meio Ambiente, os cuidados com a preservação, estudos técnicos, viabilização de projetos estruturais, precisam prosperar. O Município precisa e deve investir em pesquisa e métodos que solucionem os problemas estruturais e ambientais da Orla, como, por exemplo, o despejo de esgotos/dejetos, no mar.

Não é só um problema estrutural é, acima de tudo, um problema Ambiental, que pode trazer consequências sem precedentes para todo o Estado de Paraíba, uma

vez que, desaguam em outras praias, acarretam doenças aos moradores e banhistas, atinge a fauna marinha, as tartarugas e os peixes, além de decair o comércio local.

Uma alternativa inicial: coleta de detritos plásticos recicláveis para produção de cadeiras e mesas escolares da rede pública de ensino com inclusão da comunidade carcerária no trabalho de reciclagem e produção.

Outro aspecto preocupante: a água das chuvas alastra todo o lixo das ruas, o que requer um processo de desobstrução de esgotos, bem como drenagem das canaletas, tratamento de efluentes, medidas que podem ser adotadas se houver junção entre o Poder Público (Prefeitura Municipal, Ministério Público), CAGEPA, moradores e comerciantes. O que Órgãos, empresários, moradores e turistas estão fazendo em prol do meio ambiente? Quais medidas podem ser adotadas?

Extraíndo o sentido acima, verifica-se que, na prática, há muito o que investir e lapidar na esfera Comercial, Ambiental, Empresarial e Social. O turismo precisa expandir, ao mesmo tempo que, precisa ser colaborativo socialmente e sustentavelmente. O Meio Ambiente não pode ser utilizado de forma que o degenere, desenfreada. A sustentabilidade deve fazer parte de todo e qualquer projeto que esteja nascendo, incluindo, medidas socialmente inclusivas, como se busca destacar no presente trabalho.

O intento do referido artigo é aliar Desenvolvimento Sustentável através dos Pontos Turísticos da Cidade de João Pessoa, com uso sustentável do Meio Ambiente e incluindo, além dos beneficiários indiretos que seria o caso dos empresários que colaborem com a produção, bem como dos comerciantes que utilizem do seu comércio de forma sustentável, como diretamente, a comunidade Carcerária do Estado da Paraíba, a qual seria beneficiada com trabalho inclusivo de reciclagem.

Exemplificando a produção de carteiras escolares como bem móvel que pode ser produzido com material oriundo da reciclagem, facilmente, vislumbra-se a quantidade de lixo e dejetos que serão retirados do Meio Ambiente. Não é de difícil constatação que apenas um objeto, uma carteira, tire quilos de material, até então, inservível, do Meio Ambiente. Se facilmente, torna-se possível visualizar a referida situação, acredita-se, fielmente, que o trabalho merece análise, empenho e investimento.

A dinâmica: As empresas do ramo de fabricação de carteiras ou que utilizem material plástico, borracha ou sintético, ficariam encarregadas de oferecer o serviço, dispondo do maquinário para a produção das carteiras; as marcas e empresas que oferecem bens e serviços aos comércios locais, seriam encarregadas de fomentar o serviço; os comerciantes de ceder material diretamente às empresas produtoras além do uso sustentável e outras formas que possam ser visualizadas no decorrer da pesquisa; a Administração Pública, encarregada de

investir no setor privado, coletar o material reciclável e colaborar com incentivos fiscais e, os apenados, diretamente com a produção.

5. REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cíntia Jesus. **Na ressocialização do preso: aplicação efetiva da Lei de Execução Penal.** 2014. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/almeidaadvocacia/artigos/a-importancia-do-trabalho-na-ressocializacao-do-preso-aplicacao-efetiva-da-lei-de-execucao-penal-802>. Acesso em 26. Maio.2021.

ALEXANDRE, Nádia da Silva et al. **Biblioteca prisional e biblioterapia como instrumentos de ressocialização.** 2017. Disponível em: <<https://app.uff.br/riuff/handle/1/2729>>. Acesso em: 2. Jun. 2021.

ALVIM, Rui Carlos Machado. **O Trabalho penitenciário e os direitos sociais.** Edição. Atlas, 1991.

ANDRADE, Carla Coelho et al de. **O desafio da reintegração social do preso: uma pesquisa em estabelecimentos prisionais.** Texto para Discussão, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2015. Disponível em: <<https://www.econstor.eu/bitstream/10419/121582/1/827766572.pdf>>. Acesso em: 21. Maio. 2021.

Assembleia Geral da ONU. (1948). "Declaração Universal dos Direitos Humanos" (217 [III] A). Paris.

AUGUSTO, Tadeu. **Políticas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça - Programa Começar de Novo.** 2014. Disponível em <https://tadeu1008.jusbrasil.com.br/artigos/148439914/politicas-judiciarias-do-conselho-nacional-de-justica-programa-comecar-de-novo?ref=topic_feed>. Acesso em: 22. maio. 2021.

BITAR, Marilze Ribeiro; RODRIGUES, Alexandre Manuel Lopes. **O Respeito aos Direitos do Apenado, em Relação ao Trabalho e à Educação, no Estado do Pará: Estudo de Caso Realizado no Presídio Estadual Metropolitano II (PEM II).** Revista Jurídica Cesumar-Mestrado, v. 16, n. 1, p. 73-99, 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional.** 9ª Ed. e atual. – São Paulo/SP: Saraiva, 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 96 de 27 de outubro de 2009**. Dispõe sobre o Projeto Começar de Novo no âmbito do poder judiciário, institui o portal de oportunidades e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br///images/atos_normativos/resolucao/resolucao_96_27102009_10102012194748.pdf>. Acesso em: 26. Maio. 2021.

_____. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22. maio. 2021.

_____. **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

_____. **Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984**. Institui a lei de execução penal. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 22. Maio. 2021.

_____. **Lei nº 9867, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre a criação e o funcionamento de Cooperativas Sociais, visando à integração social dos cidadãos, conforme especifica.. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9867.htm>. Acesso em: 22 Maio. 2021.

CABRAL, Luisa Rocha; SILVA, Juliana Leite. **O trabalho penitenciário e a ressocialização do preso no Brasil**. Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena, v. 13, n. 1, 2010.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Lei nº 7210, de 11 de julho de 1984**. Exposição de motivos nº 213, de 9 de maio de 1983: Institui a Lei de Execução Penal. Brasília. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>>. Acesso em: 22 Maio. 2021.

_____. **Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos (1955)**. Resolução 663 C (XXIV) do Conselho Econômico e Social, de 31 de julho de 1955. Genebra, Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/RegMinTratRec.html>>. Acesso em: 22 Maio. 2021.

CARVALHO, Marcos Cesar de. O dever de trabalhar do preso no Brasil. 20[?]. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d0ebd6bc2bbe739a>>. Acesso em 04. Jun. 2021.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**.

CNJ, Conselho Nacional de Justiça. Cartilha do Empregador: online. 2011. Disponível em: <file:///C:/Users/Downloads/cartilha_do_empregador_2011.pdf>. Acesso em 04. Jun. 2021.

_____, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Começar de Novo**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-comecar-de-novo>>. Acesso em: 27. Maio. 2021.

_____, Conselho Nacional de Justiça. **Começar de Novo – Plano do Projeto**. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/7793/2009_res0096_cnj_A_NEXO_NAO_PUBLICADO.pdf?sequence=8>. Acesso em: 25. Maio. 2021.

_____, Conselho Nacional de Justiça. **Portal de Oportunidades – Começar de novo**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistemas/sistema-carcerario-e-execucao-penal/20550-portal-de-oportunidades-comecar-de-novo>>. Acesso em: 25. maio. 2021.

CORREA, Marina Aparecida Pimenta da Cruz; SOUZA, Rafaelle Lopes. **Origem e relação do trabalho com o ser humano e as limitações do trabalho na prisão**. Educação, v. 15, n. 1, p. 126-143, 2016. Disponível em: <<https://www.ingentaconnect.com>>. Acesso em: 26. maio. 2021.

ESPEN, Escola de Formação e Aperfeiçoamento Penitenciário. 20[?]. Disponível em: <<http://www.espen.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=102>>. Acesso em: 04. jun. 2021.

FADEL, Francisco Ubirajara Camargo. **Breve história do direito penal e da evolução da pena**. Revista Eletrônica Jurídica – REJUR, p. 60-69, 2012. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/breve_historia_do_direito_penal_e_da_evolucao_da_pena.pdf>. Acesso em: 04. jun. 2021.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

FILHO, Eleones Rodrigues Monteiro. O sistema penal e a ressocialização do preso no Brasil. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4426, 14 ago. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/41528>. Acesso em: 2 jun. 2021.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 5ªed. Petrópolis: Vozes, 1987.

GOMES, Isabella Monteiro; SANTOS, Michel Carlos Rocha. **Trabalho do preso: premissas para o reconhecimento dos direitos trabalhistas e da relação de emprego.** Revista de Direito do Trabalho, São Paulo, v. 144, p. 193-210, 2011.

GRECO, Rogério. Código penal : comentado. 4. ed. Niterói-RJ: Impetus, 2010.

HÜBNER, Maria Amélia Dutra. **A prisão e a relação de trabalho.** 2012. Disponível em: <lume.ufrgs.br>. Acesso em: 22. jun. 2021.

IGNACIO, Julia. **Violação de direitos humanos no mundo: qual o panorama?** 2020. Disponível em: <https://www.politize.com.br/violacoes-de-direitos-humanos/> Acesso em: 27. Maio.2021.

LEMOS, Ana Margarete; MAZZILLI, Cláudio; KLERING, **Luís Roque. Análise do trabalho prisional: um estudo exploratório.** Revista de Administração Contemporânea, v. 2, n. 3, p. 129-149, 1998. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 26. jun. 2021.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica.** 5ª ed. – São Paulo/SP: Saraiva, 2015.

MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal.** Saraiva Educação SA, 2011.

MELLO, André Blanco. **Direito, turismo e inclusão social: da Constituição à efetividade dos direitos econômicos e sociais.** 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/48062/direito-turismo-e-inclusao-social>. Acesso em: 01. Jun.2021

MOTTA, Ana Paula Pinheiro; AQUINO, Rodolfo Anderson Bueno de. **Sistema penal e cidadania: o trabalho como instrumento fomentador da dignidade do ser humano preso: online.** 20[?]. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fdb6188f12524bad>>. Acesso em: 26. maio. 2021.

NOVO, Benigno Núñez. **A psicologia da ressocialização prisional.** 2019. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10377/A-psicologia-na-ressocializacao-prisional>. Acesso em: 01. Jun. 2021.

OLIVEIRA, Adriano Bezerra Caminha. **O trabalho como forma de ressocialização do presidiário.** 2007. Monografia (Especialização em Direito Penal e Processual Penal) – Universidade Estadual do Ceará. Fortaleza/CE. 2007. Disponível em: [http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/ESMP/monografias/d.penal-d.proc.penal/o.trabalho.como.forma.de.ressocializacao.do.presidiario\[2007\].pdf](http://www.mpce.mp.br/wp-content/uploads/ESMP/monografias/d.penal-d.proc.penal/o.trabalho.como.forma.de.ressocializacao.do.presidiario[2007].pdf). Acesso em 01. Jun. 2021.

OLIVEIRA, Bruna de Carvalho; SILVA, Rubens Alves. **O trabalho como forma de ressocialização do apenado.** 2021. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-trabalho-como-forma-de-ressocializacao-do-apanado/>. Acesso em: 25. Maio.2021.

ONOFRE, Elenice Maria Cammarosano. **Educação, escolarização e trabalho em prisões: apontamentos teóricos e reflexões do cotidiano.** Cadernos Cedes, v. 36, n. 98, p. 1-6, 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-32622016000100001&script=sci_arttext&tlng=p>. Acesso em: 21. maio. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução n.º 34/46, de 1979, da Assembléia Geral da ONU. Disponível em: . Acesso em: 26 maio. 2021.

Projeto Trabalho Humaniza: Cartilha do trabalho prisional /Ministério Público. Procuradoria-Geral de Justiça. – João Pessoa: MPPB, Promotoria de Justiça da Tutela Coletiva e S. P. e D. Humanos, 2016.

PARENTONI, Roberto. **A sociedade é capaz de dar uma segunda chance.** 2019. Disponível em: <https://parentoni.jusbrasil.com.br/artigos/714836195/a-sociedade-e-capaz-de-dar-uma-segunda-chance>. Acesso em: 01. Jun. 2021

ROSA, Antonio José Miguel Feu. **Execução Penal.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

SÁ, Alvino. **Sugestão de um esboço de bases conceituais para um sistema penitenciário.** São Paulo: SAP, 2005. Disponível em: <<<http://goo.gl/jRmgx6>>>. Acesso em: 25. maio. 2021.

SAMPAIO, Adriana Gomes; SILVESTRE, Ana Cláudia Fonseca Nascimento; ALVARENGA, Angelo Bortolon. **Programa de ressocialização do preso: o trabalho como forma de ressocialização.** 2018. Disponível em:

<https://multivix.edu.br/wp-content/uploads/2018/12/programa-de-ressocializacao-do-preso-o-trabalho-como-forma-de-ressocializacao.pdf>. Acesso em: 01. Jun.2021.

SARAIVA, Thiago Camilo; CABRAL, Francisco. **Desafios da ressocialização de presos no Distrito Federal.** 2015. Disponível em: http://nippromove.hospedagemdesites.ws/anais_simposio/arquivos_up/documentos/artigos/74e4f30ea7d63bc96275da34bbbf128b.pdf. Acesso em: 01. Jun.2021

SEDEP, Acompanhamento de Processos. **Evolução histórica do direito pena.** 2015. Disponível em: <<http://www.sedep.com.br/artigos/evolucao-historica-do-direito-penal/>>. Acesso em nov 2018. Acesso em: 04. jun. 2021.

SILVA, Amanda Mendes. **O trabalho como forma de ressocialização do preso.** 2017. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50269/o-trabalho-como-forma-de-ressocializacao-do-preso#:~:text=Um%20dos%20aspectos%20da%20Lei,da%20pena%20privativa%20de%20liberdade.&text=O%20Artigo%2028%2C%2029%20e,ter%C3%A1%20finalidade%20educativa%20e%20produtiva>. Acesso em 27. Maio.2021.

SILVEIRA, Valdir João. **A realidade dos presídios na visão da Pastoral Carcerária.** Entrevista sobre as denúncias de superlotação, violência e maus-tratos, em 2005, no Presídio Evaristo de Moraes, no Rio de Janeiro. Disponível em:<<http://www.scielo.br/pdf/ea/v21n61/a14v2161.pdf>>. Acesso em: 28. maio. 2021.

Somos Ibero América. Disponível em: <https://www.somosiberoamerica.org/pt-br/onda-pais-pt-br/espana-pt-br/a-espanha-e-sua-estrategia-de-turismo-sustentavel-2030/>. Acesso em 05. Jun.2021.

STF, Supremo Tribunal Federal. **Direitos humanos: ressocialização de presos e combate à reincidência.** 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116383>> Acesso em: 04. jun. 2021.

VIEIRA, Joseane Queiroz; DAMACENA, Francisca Edineusa Pamplona. **Vingança privada, justiça divina ou justiça legal: qual é a preferência social?.** 2008. Disponível em: <http://www.urca.br/ered2008/CDAnais/pdf/SD5_files/Joseane_VIEIRA.pdf>. Acesso em: 04. Jun. 2021.

TJ, Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Sobre o Selo Social.** 2013. Disponível em <http://www5.tjba.jus.br/comecardenovo/?page_id=396>. Acesso em: 04. jun. 2021.

MULTIPARENTALIDADE: RECONHECIMENTO E EFEITOS JURÍDICOS

MARIA LUISA JULIANO:
Graduanda em Direito pelo
Centro Universitário de Santa
Fé do Sul/SP – UNIFUNEC³⁵

EDUARDO CURY

(orientador)

RESUMO: presente trabalho foi realizado com o objetivo de analisar o reconhecimento e os efeitos jurídicos que a multiparentalidade traz consigo. Pautado no Direito Civil, foi feita uma análise introdutória acerca do conceito e a forma de reconhecimento do instituto. Em sequência, elencou-se os efeitos jurídicos da multiparentalidade, sendo possível notar sua influência em diversas áreas do direito, principalmente no Direito de Família. Tomando cada vez mais espaço na sociedade, a paternidade não está restrita somente ao vínculo biológico, como também ao vínculo afetivo, não havendo qualquer tipo de hierarquização. Ademais, acerca do Recurso Extraordinário nº 898.060-SC, que trouxe a discussão para o Supremo Tribunal Federal acerca da existência ou não de hierarquização no âmbito da filiação biológica e socioafetiva, notou-se relevante repercussão, contando, inclusive, com inúmeros julgados se adequando à decisão. O trabalho foi desenvolvido utilizando-se a revisão de literatura pautada em pesquisas bibliográficas, por meio de pesquisas em sites, doutrinas, artigos e legislações, analisando o entendimento e as consequências sobre a temática.

Palavras-chave: Multiparentalidade. Direito Civil. Efeitos Jurídicos. Hierarquização. Recurso Extraordinário 898.060-SC.

ABSTRACT: The present work was carried out with the objective of analyzing the recognition and legal effects that multiparenthood brings with it. Based on Civil Law, an introductory analysis as made about the concept and form of recognition of the institute. In sequence, the legal effects of multiparenthood were listed, being possible to notice its influence in several of the law, mainly, in the Family Law. Taking more and more space in society, paternity is not restricted exclusively to the biological bond, but also to the affective bond, with no type of hierarchy. In addition, regarding the Extraordinary Appeal nº 898.060-SC, which brought a discussion to the Supreme about the existence or not of hierarchy in the scope of biological and socio-affective affiliation, there was a relevant repercussion, counting, even, with the Court adapting to the decision. The work was using a literature

³⁵ E-mail: malujulianoss@gmail.com

review developed based on bibliographic research, through research on websites, doctrines, articles and legislation, making the understanding and consequences on the subject.

Keywords: Multiparenthood. Civil Law. Legal Effects. Hierarchy. Extraordinary Appeal nº 898.060-SC.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa discorrerá acerca da multiparentalidade através da sua forma de reconhecimento e de seus efeitos, haja vista sua enorme repercussão em julgados após ser prolatada decisão do Supremo Tribunal Federal. No mesmo sentido, a escolha do tema, se deu pela alteração constante que ocorre nas famílias brasileiras, procurando esclarecer então as mudanças ocorridas no âmbito jurídico que defende os Direitos da família.

Sabe-se que a multiparentalidade é uma nova forma de entidade familiar, nascida através do vínculo afetivo construído durante a convivência entre dois indivíduos. Estes laços afetivos tornam-se concomitantes com os laços consanguíneos, não havendo qualquer hierarquização entre eles.

Acerca da concomitância, já foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, através do Recurso Extraordinário 898-060-SC, que não deve haver hierarquização entre a paternidade biológica e afetiva.

A partir dessa admissibilidade, houve enorme concentração de julgados deferindo a multiparentalidade. Contudo, de um modo geral, por não haver leis específicas acerca do tema, acaba por gerar dúvidas a respeito da aplicação, o que pode trazer mais malefícios do que benefícios, vez que, sendo reconhecido o instituto, ele se torna irrevogável.

Para o desenvolvimento desta pesquisa, foi tido como base a revisão de literatura pautada em pesquisas bibliográficas, pesquisas em sites, doutrinas, artigos, jurisprudências e legislações.

2 ENTIDADE FAMILIAR

A partir de uma breve introdução, é possível perceber que o avanço da sociedade moderna obriga o Direito a evoluir, exigindo que todos os conceitos sejam revistos em todos os aspectos. O surgimento da entidade familiar perpassa por diversos conceitos, no entanto, no sentido mais amplo, pode-se dizer que seria aquela em que indivíduos estão ligados pelo vínculo da consanguinidade ou da afinidade.

Já no que se refere à aceção *lato sensu* do vocábulo, refere-se a aquela formada “além dos cônjuges ou companheiros, e de seus filhos, abrangendo os parentes da linha

reta ou colateral, bem como os afins” (DINIZ, 2008). Por fim, o sentido restrito, como o próprio nome já remete, restringe a família à comunidade formada pelos pais e a filiação.

No entanto, apesar de ser um instituto jurídico protegido constitucionalmente e regulamentado em livro próprio no Código Civil brasileiro, não existe na legislação nacional um conceito expresso do termo “família” e, por tal motivo, esta começou a receber diversas conotações doutrinárias ao longo do tempo. A título de exemplo, Sílvio de Salvo Venosa dispõe (VENOSA, 2010):

A conceituação de família oferece, de plano, um paradoxo para sua compreensão. O Código Civil não a define. Por outro lado, não existe identidade de conceitos para o Direito, para a Sociologia e para a Antropologia. Não bastasse ainda a flutuação de seu conceito, como todo fenômeno social, no tempo e no espaço, a extensão dessa compreensão difere nos diversos ramos do direito.

Ademais, de acordo com Engels, que adota o pensamento de Morgan e de Marx, a família se caracteriza como um elemento ativo, nunca estacionário, passando de uma forma inferior, a uma forma superior, à medida que a sociedade vai evoluindo de um grau mais baixo para um mais elevado, ao contrário do sistema de parentesco que não sofre quaisquer modificações, a não ser que a família já tenha se modificado radicalmente.

Em igual entendimento, se posiciona Farias e Rosenvald ao dizer que as estruturas familiares sofrem alterações e variações no espaço e no tempo, conforme as necessidades e expectativas do homem e da sociedade de cada época.

Contudo, para entendermos a evolução dos diversos conceitos de família, é necessário um rápido estudo histórico do instituto no decorrer da evolução da sociedade. O então modelo familiar adotado no Brasil era o chamado família hierárquica, patriarcal e monogâmica, que tinha como finalidade a reprodução e possuía como bem principal o seu patrimônio. Desse modo, entendia-se que a família se tratava de uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional, onde o patriarca exercia a sua autoridade sobre todos os seus descendentes.

Sendo considerado por muitos um modelo ultrapassado, haja vista a incidência da Constituição Federal de 1988, que dispõe que a família é destinatária de normas crescentemente tutelares, que assegurem a liberdade e igualdade material, os novos arranjos familiares surgiram mostrando uma forte tendência em se distanciar da necessidade de submissão.

A partir da Carta Magna, uma onda de transformação surgiu perante a sociedade, consagrando a proteção à família, podendo ser formada pelo casamento ou pela união de fato, bem como a família natural ou adotiva. A respeito disso, Venosa leciona que em nosso país, a Constituição de 1988 representou, sem dúvidas, um grande divisor de águas do direito privado, especialmente, mas não exclusivamente, nas normas de direito de família (VENOSA, 2010).

Por conseguinte, é diante de tais aspectos que se torna visível a necessidade de adaptação dessa nova realidade, assim como pontua Maria Berenice Dias (DIAS, 2011): (DIAS, Maria Berenice. Manual das Sucessões. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.)

O legislador não consegue acompanhar a realidade social, nem contemplar as inquietações da família contemporânea. A sociedade evolui, transforma-se, rompe com tradições e amarras, o que gera necessidade de constante oxigenação de leis.

Assim, conforme dito acima, o ordenamento jurídico não pode continuar se omitindo frente as revoluções ocorridas em sociedade, especialmente no que se refere aos novos padrões familiares, tendo em vista que sua insistência negativa somente acarretará ineficácia no ordenamento jurídico.

3 FILIAÇÃO E SEUS ASPECTOS DETERMINANTES

Acerca do sentido etimológico, a filiação é uma expressão derivada do latim *filiatio*, termo utilizado para distinguir a relação de parentesco estabelecida entre as pessoas que concederam a vida a um indivíduo. O Código Civil de 1916 até a promulgação da Constituição Federal de 1988 era o único e exclusivo regulador do instituto da filiação. Tal instituto, como já visto, adotava as regras romanas e taxava no dispositivo a proibição do reconhecimento de filhos oriundos de relações extrapatrimoniais.

Dos filhos havidos extrapatrimonialmente, ou seja, de relações em que não houvesse o casamento entre os genitores, eram taxados de ilegítimos, classificando os entes envolvidos em naturais, quando não havia o impedimento para o casamento, e espúrios, quando a lei proibia a união conjugal.

O artigo 227, § 6º da Constituição Federal, extinguindo este entendimento repudioso, vedou qualquer diferenciação entre filhos, sejam eles concebidos dentro ou fora da relação matrimonial, descartando a ocorrência de hierarquização, a seguir: "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação." (BRASIL, 1988).

Diante do que fôra tratado, bem como a amplitude do conceito de filiação e das diversas formas de constituir vínculos filiais, se faz necessária uma análise dos critérios determinantes da filiação, que decorrem um dos outros, sendo: i) critérios da verdade legal; ii) critério da verdade biológica; e iii) critério da verdade afetiva.

3.1 Da verdade legal

Considerado um dos primeiros critérios a respeito da paternidade, o critério da verdade legal é derivado do Direito Romano. A presunção *pater is est quem justae nuptiae demonstrant*, ou seja, pai é aquele que as núpcias demonstram, consiste na ideia de que os filhos concebidos durante a constância do casamento presumir-se-ão descendentes dos cônjuges.

Farias e Rosenthal lecionam que (FARIAS; ROSENVALD, 2011):

[...] a ciência jurídica vem admitindo a presunção de paternidade dos filhos nascidos de uma relação familiar casamentaria. É um verdadeiro exercício de lógica aplicada: considerando que as pessoas casadas mantêm relações sexuais entre si, bem como admitindo a exclusividade (decorrente da fidelidade existente entre elas) dessas conjunções carnis entre o casal, infere-se que o filho nascido de uma mulher casada, na constância das núpcias, por presunção, é do seu marido.

Com o passar dos tempos, tal critério não mais se caracteriza como absoluto, pois com o surgimento de novos métodos, como o exame de DNA, tal critério passou a ser relativo, e a presunção *pater is est*, se tornou, então, uma presunção *juris tantum*, ou seja, admitindo-se agora que se prove o contrário, com fins de determinar a quem incumbe o ônus da prova. A partir desse critério, houve a instauração do denominado critério da verdade biológica, que será tratado a seguir.

3.2 Da verdade biológica

Como se sabe, a filiação biológica possui relação direta com os laços sanguíneos entre pais e filhos. A partir daí, sua comprovação pode se dar cientificamente, por exemplo, pelo exame de DNA, que possibilita revelar a verdade sobre o vínculo existente. Tal método se aproxima inteiramente da eficácia, sendo inclusive reconhecido pelos tribunais como prova de vínculo. Importante ressaltar que, embora seja comprovado o vínculo, não há a exigência de convivência familiar entre as partes.

3.3 Da verdade afetiva

Como último critério, e sendo o mais importante acerca da presente pesquisa, o critério da verdade afetiva constitui que a filiação não deve ser definida só por fatores biológicos, e que além de se levar em conta o interesse do filho, também se deve preservar a dignidade dos pais.

Para a maioria da doutrina, são três os requisitos necessários para caracterizar o estado de filho, são eles: 1) *nominativo*, que diz respeito ao nome; 2) *tractatus*, que é ser tratado e educado como filho e; 3) *reputatio*, que é ter a reputação de filho, ser visto dentro da família e pela sociedade como filho. São requisitos comuns nas relações de filiação que tem como base o amor e o afeto, onde o desenvolvimento do indivíduo está sob a responsabilidade dos pais. O nome, no entanto, não é elemento crucial, sendo suficiente a fama e o trato para efetivar o estado de filiação socioafetiva.

4 CONCEITO E RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE

A multiparentalidade é uma entidade familiar consistente entre uma pessoa e dois indivíduos, sendo um ligado pelo vínculo afetivo e o outro pelo vínculo biológico, ou seja, é a filiação socioafetiva e biológica concomitante.

Considerado como uma evolução no direito moderno, atribui a possibilidade de um indivíduo possuir mais de um pai ou uma mãe. Tal instituto representa uma consolidação da afetividade como princípio em nosso ordenamento, extinguindo a descriminalização com os novos arranjos familiares, seja quanto ao sexo dos seus membros ou quanto a sua origem.

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 305): “a multiparentalidade, consiste do filho possuir dois pais ou mães reconhecidas pelo direito, o biológico e o socioafetivo, em função da valorização da filiação socioafetiva.”.

No mesmo sentido, Rodrigues e Teixeira pontuam (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2010):

A multiparentalidade é uma alternativa de tutela jurídica para o fenômeno da liberdade de desconstituição familiar e formação de famílias reconstituídas. Assim, caso sejam rompidos os vínculos afetivos ou biológicos, o menor terá mecanismos para garantir seus direitos fundamentais, preservando seu desenvolvimento pleno, gerando os mesmos efeitos do parentesco.

Seu reconhecimento pode ocorrer de forma judicial ou extrajudicial. A primeira se dá a partir de ação declaratória ou ação investigatória de paternidade socioafetiva, enquanto a segunda é realizada pelos oficiais do Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, desde que observadas as disposições do Provimento 63/2017, com as

alterações do Provimento 83/2019, do Conselho Nacional de Justiça. Ato contínuo, ambas averbações ocorrerão na certidão de nascimento do indivíduo.

Na visão de Teixeira e Rodrigues:

O registro deverá adaptar-se a nova demanda multiparental, constando em seu bojo condições para o acréscimo do nome de mais um pai/mãe, a fim de que, a partir do formal registro, surjam todos os demais efeitos da filiação, sobretudo os patrimoniais: alimentos e herança. (TEIXEIRA E RODRIGUES, 2016, p. 205).

Quanto a sua legitimação, deve ser cumprido alguns requisitos, são eles:

I - Requerimento firmado pelo ascendente socioafetivo (nos termos do Anexo VI), testamento ou codicilo (artigo 11, parágrafos 1º e 8º, do Provimento 63/2017 do CNJ);

II - Documento de identificação com foto do requerente – original e cópia simples ou autenticada (artigo 11 do Provimento 63/2017 do CNJ);

III - Certidão de nascimento atualizada do filho – original e cópia simples ou autenticada (artigo 11 do Provimento 63/2017 do CNJ);

IV – Anuência pessoalmente dos pais biológicos, na hipótese do filho ser menor de 18 anos de idade (artigo 11, parágrafos 3º e 5º, do Provimento 63/2017 do CNJ);

V – Anuência pessoalmente do filho maior de 12 anos de idade (artigo 11, parágrafos 4º e 5º, do Provimento 63/2017 do CNJ);

VI - Não poderão ter a filiação socioafetiva reconhecida os irmãos entre si nem os ascendentes (artigo 10, parágrafo 3º, do Provimento 63/2017 do CNJ);

VII - Entre o requerente e o filho deve haver uma diferença de pelo menos 16 anos de idade (artigo 10, parágrafo 3º, do Provimento 63/2017 do CNJ);

VIII - Comprovação da posse do estado de filho (artigo 12 do Provimento 63/2017 do CNJ).

Ressalta-se, ainda, que o reconhecimento socioafetivo de filiação é irrevogável e irretratável, tendo a pessoa reconhecida os mesmos direitos como se filho biológico fosse, não havendo hierarquização, resultando, inclusive, na incidência de deveres e obrigações legais.

5 EFEITOS JURÍDICOS

Como se sabe, a isonomia constitucional entre filhos impõe que, uma vez reconhecido o vínculo parental, todos os efeitos jurídicos que emanam da relação serão produzidos, sendo eles de ordem moral ou patrimonial. Na mesma linha, Emanuelle Araújo Correia (2017, p. 80) afirma:

Assim, caberá aos pais socioafetivos tanto quanto os biológicos, em relação aos filhos menores, dirigir-lhes a criação e educação; tê-los em sua companhia e guarda; conceder ou negar a eles consentimento para casar; nomear tutor por testamento o documento autêntico, representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-lo, após essa idade, nos atos em que for parte.

Adiante, nota-se que o reconhecimento da multiparentalidade seria inútil se não viesse a surtir efeitos no mundo jurídico. Muito se questiona também se tal instituto poderia trazer algum prejuízo para a criança, se existe a possibilidade de o menor sofrer algum tipo de dano por possuir dois ou mais genitores em seu registro, já que a grande maioria possui apenas um. Acerca disso, veremos adiante.

5.1 Direito ao nome

Dentre os efeitos jurídicos, tem-se o direito ao nome, direito este que é personalíssimo e irrevogável. Estando configurada a multiparentalidade, o sobrenome dos pais multiparentais é acrescentado ao nome do filho, resultando, inclusive, no direito ao parentesco. Por não haver distinção entre o filho afetivo e o biológico, o vínculo se estenderá a todos os membros da família, sendo eles ascendentes e descendentes.

5.2 Direito a alimentos

Outro importante efeito jurídico é o direito a alimentos. Assegurado por lei, a obrigação do alimentante decorre tanto para os filhos biológicos, quanto para os filhos afetivos, analisando, sempre, o binômio necessidade-possibilidade. Dessa forma, todos aqueles que constarem no registro, serão encarregados desse exercício.

Cassettari (CASSETTARI, 2015) mostra que o artigo 1.698 do Código Civil, pode ser utilizado e diz:

Sendo várias pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, ou seja, se um dos pais pode suportar sozinho a pensão, deverá fazê-lo, pois para o alimentado é ruim fracionar a sua necessidade entre várias pessoas, o que aumenta o risco de inadimplemento. Para a parte final desse artigo, que estabelece a possibilidade de o réu, nesse caso, chamar as outras pessoas também obrigadas a integrar a lide, deve haver prova de que ele, genitor escolhido, não tem condições de arcar, sozinho, com o pagamento da pensão, o que justifica a divisão.

5.3 Da guarda e da visita

Assim como os anteriores, incidirão os procedimentos da guarda e da visita. Conforme se observa dos julgados, o que se sobressai em relação a guarda é o melhor interesse da criança, seja em casos de filiação biológica ou dentro da multiparentalidade, pois o único critério a ser observado é o afeto.

A única diferença, portanto, no poder/dever de visita na multiparentalidade, é que dentro do instituto, tal direito só se inicia com o registro do pai socioafetivo, diferente da filiação biológica, que surge com o nascimento da criança. Porém, se na certidão constar o nome do pai ou mãe socioafetivos, os pais afetivos irão possuir o poder/dever de visitar, cuidar, educar, assistir, criar e principalmente amar o filho, pois o direito de visitas tem como principal objetivo fortalecer os laços de afeto.

5.4 Direito de sucessão

Por fim, o último efeito, e o mais conflitante em relação a multiparentalidade, é o direito de sucessão, que, em síntese, se o pai afetivo falecesse, o filho afetivo teria o direito de concorrer conjuntamente com os irmãos como herdeiro, ou se for o caso do filho menor falecer, os pais tanto biológicos quanto afetivos terão o direito de concorrer como herdeiros na divisão do patrimônio do filho.

A respeito da sucessão, o artigo 1.788 do Código Civil define herdeiros legítimos como sendo aqueles advindo da descendência, ascendência ou casamento. Desse modo, se a filiação socioafetiva for reconhecida, o herdeiro será considerado legítimo.

Vale salientar que a sucessão somente é considerada legítima, quando derivada de previsão legal, e só é atribuída a pessoas que no momento da abertura da sucessão já nasceram ou já foram ao menos concebidas, e também aos ascendentes do cônjuge, como discorre o artigo 1.845 do Código Civil.

Ainda no Código Civil, os artigos 1.829 a 1.847/114, dispõe a ordem de vocação e preferência no direito sucessório, e no caso do instituto da multiparentalidade o direito a sucessão será reconhecido entre os pais ou mães e todos os parentes. Sobre o tema Dias afirma que essa possibilidade, inclusive, há que se refletir nos temas sucessórios. O filho concorrerá na herança de todos os pais que tiver.

Ou seja, o filho socioafetivo concorreria tanto na esfera biológica quanto na afetiva, sendo assim se houvesse a morte de um dos parentes afetivos, o filho seria herdeiro em concorrência com os irmãos, mesmo que estes sejam unilaterais, e o mesmo ocorreria com se houvesse a morte dos pais biológicos.

6 DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 898.060-SC STF

O instituto da multiparentalidade passou a ter reconhecimento maior após o Recurso Extraordinário (RE) nº 898.060-SC firmar o entendimento de que “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais”.

Nessa linha, o STF, por maioria, optou por não afirmar nenhuma superioridade entre as modalidades de vínculo parental, apontando para a possibilidade de coexistência de ambas, afastando qualquer interpretação que enseja na hierarquização dos vínculos.

À luz desse avanço, qual seja, o reconhecimento da multiparentalidade, já é possível contemplar julgados que adotam o entendimento:

RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE. MODIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. PATERNIDADE BIOLÓGICA. DNA. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE DA PATERNIDADE BIOLÓGICA E SOCIOAFETIVA. 1. A paternidade não pode ser vista apenas sob enfoque biológico, pois é relevante o aspecto socioafetivo da relação tida entre pai e filha. 2. As provas dos autos demonstram que o apelante estabeleceu forte vínculo com a menor, tanto que, com o divórcio dos genitores, a guarda e o lar de referência é o paterno. 3. **A tese de multiparentalidade foi julgada pelo STF em sede de repercussão geral e decidiu que a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante, baseado na origem biológica com os efeitos jurídicos próprios.** 4. Ante a existência dos dois vínculos paterno-filiais, que não podem ser desconstituídos, a orientação que melhor atende aos interesses das partes, notadamente o da menor, é o

reconhecimento de ambos os vínculos paternos: o biológico e o socioafetivo, com as devidas anotações no seu registro civil. (Acórdão 1066380, 20160210014256APC, Relatora: MARIA DE LOURDES ABREU, 3ª Turma Cível, data de julgamento: 16/11/2017, publicado no DJe: 13/12/2017) (grifo nosso)

Ademais, outro ponto crucial para que seja reconhecida a multiparentalidade, é a prevalência do direito da criança e do adolescente, colocando-os em primeiro plano, pautando sempre nos princípios da afetividade, solidariedade e parentalidade responsável. Nesse sentido, em que o reconhecimento não seria favorável, são os acórdãos:

[...] 2. A prevalência dos interesses da criança é o sentimento que deve nortear a condução do processo em que se discute, de um lado, o direito à manutenção da verdade biológica e, de outro, o direito ao reconhecimento dos vínculos que se estabeleceram, cotidianamente, a partir de uma relação de cuidado e afeto, representada pela posse do estado de filho. 3. **A possibilidade de se estabelecer a concomitância das parentalidades socioafetiva e biológica não é uma regra, mas uma casuística, passível de rejeição nas hipóteses em que as circunstâncias fáticas demonstrem não ser a melhor opção para a criança, em vista dos princípios da afetividade, da solidariedade e da parentalidade responsável.** 4. Se, no caso concreto, resta comprovado o vínculo socioafetivo com a família adotante, ao passo que não se observou o cumprimento dos deveres inerentes ao poder familiar pela mãe biológica, sobre quem, inclusive, o menor, com 13 (treze) anos de idade, expressou seu desejo de não mais visitá-la, nem ao restante da família, age com acerto o MM. Juiz que decidiu pela destituição do poder familiar da mãe biológica e pela impossibilidade do registro multiparental, em vista do melhor interesse da criança. (Acórdão 1126458, 00050337220148070013, Relator: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, 7ª Turma Cível, data de julgamento: 26/9/2018, publicado no PJe: 28/9/2018) (grifo nosso)

7 CONCLUSÃO

A família se apresenta como a unidade social mais antiga da História, passando por inúmeras transformações ao longo do tempo, deixando, deste modo, de ser uma família patriarcal, que tinha como base apenas o interesse patrimonial, e tornando-se um

instituto constituído principalmente por vínculos afetivos, com a finalidade do pleno desenvolvimento da personalidade de todos os seus membros, ganhando assim, espaço na sociedade contemporânea que antes, reconhecia para registro civil apenas o vínculo biológico, ou seja, advindos da consanguinidade, passando agora a também reconhecer os vínculos socioafetivo.

Nesse sentido, o princípio condicionado à igualdade não permite qualquer distinção entre pais afetivos e biológicos, isto é, não há possibilidade de hierarquização, tendo em vista que configuraria uma violação constitucional.

Inúmeros foram os avanços que o instituto da multiparentalidade trouxe consigo. Deixou-se de lado a ideia de que somente se considera "família" a ligação da consanguinidade, marcando, sem qualquer forma de hierarquização, a afetividade, que é tão importante quanto o fator biológico. O direito para obtenção deste instituto pode partir tanto dos pais quanto dos filhos, bastando para tanto, o afeto voluntário e o consenso mútuo, vez que a partir da concessão, os efeitos serão irretiráveis na forma da lei.

Decorrente do reconhecimento do estado de multiparentalidade, existe o dever legal de solidariedade familiar, em que carrega consigo os efeitos jurídicos, são eles: o dever de prestar alimentos, dever de guarda, direito de visitas, direito ao nome e, por fim, o direito sucessório.

No entanto, embora marcante a repercussão do julgamento no STF do Recurso Extraordinário nº 898.060-SC, podemos perceber que ainda há uma lacuna a ser preenchida na legislação, ou seja, não existem leis que tratam diretamente do assunto, acabando por dificultar sua aplicação na prática. Há a necessidade de se criar normas regulamentadoras, haja vista que os efeitos da multiparentalidade alcançam diversas áreas do direito.

Por todo o exposto, conclui-se que, sendo o direito um ramo que está em constante evolução, e que possui como objetivo resguardar e proteger a sociedade, necessita-se de um complemento legislativo acerca da temática, com as devidas adequações, de modo que o ordenamento jurídico não pode continuar se omitindo frente as evoluções ocorridas em sociedade, especialmente no que se refere aos novos padrões familiares.

REFERÊNCIAS

ABREU, Karina Azevedo Simões de. **Multiparentalidade: conceito e consequências jurídicas de seu reconhecimento.** Disponível em:

<<https://karinasabreu.jusbrasil.com.br/artigos/151288139/multiparentalidade-conceito-e-consequencias-juridicas-de-seu-reconhecimento>>. Acesso em: 07 jul. 2022.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça – Provimento nº 63 de 14/11/2017**. Min. Corregedor João Otávio de Noronha. Data de publicação 20/11/2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3380>>. Acesso em: 07 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (3ª Turma Cível). Acórdão 1066380. Relator: MARIA DE LOURDES ABREU, Data de Julgamento: 16 nov. 2017, **Diário da Justiça Eletrônico**, 13 dez. 2017, p. 215/223. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaosweb/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1066380. Acesso em: 07 jul. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (7ª Turma Cível). Acórdão 1126458. Relator: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, Data de Julgamento: 26 set. 2018, **Diário da Justiça Eletrônico**, 28 set. 2018. Disponível em: https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaosweb/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcordao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1126458. Acesso em: 07 jul. 2022.

CASSETTARI, Christiano. *Multiparentalidade e Parentalidade Socioafetiva*. São Paulo: Atlas S.A, 2015.

CORREIA, Emanuelle Araújo. **Elementos Caracterizadores da Mutiparentalidade**. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Programa de Pós Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2017.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro: Direito de Família**. 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ENGLES, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do estado**. 3ª ed. 2006 – 4ª Reimpressão – 2009. Tradução de Ruth M. Klaus. São Paulo: Centauro Editora, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; RESENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro, vol. 6: direito de família**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOBÔ, Paulo. **Princípio Jurídico da afetividade na filiação**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/527/principio-juridico-da-afetividade-na-filiacao>. Acesso em: 07 jul. 2022.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: método, 2010. 4 ed. p. 45.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. **O Direito das Famílias entre a Norma e a Realidade**. São Paulo: Atlas, 2016.

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

VENOSA, Sílvio da Salvo. **Direito Civil: parte geral**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA: ABUSO E VULNERABILIDADE DA MULHER

RAFAELA PEREIRA DOS SANTOS:
graduanda em Direito pelo Centro
Universitário de Santa Fé do Sul – SP³⁶.

ANA MARIA ORTEGA ALONSO

(orientadora)

RESUMO: Em todo o mundo milhares de mulheres já sofreram a violência obstétrica, transformando um dos momentos de maior fragilidade de sua vida em seu maior trauma. A violência obstétrica pode ser entendida como práticas e condutas que desrespeitam, agredem e machucam de forma emocional, psíquica e física a mulher na hora da gestação, parto, ou, pós-parto. Quando atos agressivos são praticados contra mulheres na hora do parto, produzem consequências físicas e psicológicas, referem-se a violência obstétrica e ao abuso da mulher, e nesses casos estão diretamente ligados a sua vulnerabilidade. O presente TCC busca examinar o motivo pelo qual a sua notoriedade é importante e vem acontecendo no país, analisar como a violência obstétrica está sendo julgada e pelos tribunais, e sobretudo, observar a forma com que o tema vem sendo reconhecido pelos magistrados, verificando a incidência da responsabilidade administrativa, civil, e penal dos casos. A pesquisa trará fatos históricos sobre o tema, leis importantes e relevantes, notícias e fatos atuais que ocorreram no país, para tanto, utilizou-se doutrinas e posicionamentos jurisprudenciais, com o intuito de identificar a natureza das punições da violência obstétrica. Conclui-se então, que o tema é de grande relevância e trará diversos pontos de discussão.

Palavras-chave: Violência Obstétrica. Nascimento. Incidência da Responsabilidade.

ABSTRACT: Thousands of women around the world have already suffered obstetric violence, having had the most fragile moment of their lives, transformed into their greatest trauma. Obstetric violence is the practice of conduct and practices that disrespect, attack and physically hurt women during pregnancy, childbirth, or postpartum. When aggressive acts are caused to women at the time of childbirth, such acts produce physical and psychological consequences, refer to obstetric violence and abuse of women, and in these cases are directly linked to their vulnerability. This article seeks to examine the reason why its notoriety is important and has been happening in the country, to analyze how obstetric violence is being judged and by the courts, and, above all, to observe the way in which the subject has been recognized by the magistrates, verifying the incidence of administrative,

³⁶ E-mail: rafa.pr.santos987@gmail.com

civil, and criminal liability in the cases. The research will bring historical facts on the subject, important and relevant laws, news and current facts that occurred in the country, for that, doctrines and jurisprudential positions were used, in order to identify the nature of the punishments of obstetric violence. It is concluded, then, that the topic is of great relevance and will bring several points of discussion.

Keywords: Obstetric Violence. Birth. Incidence of Liability.

1 INTRODUÇÃO

Ao discutir a violência obstétrica, fala-se diretamente dos princípios fundamentais da pessoa humana destinados a mulher. Importante frisar, que a violência obstétrica é uma violência de gênero, pois só pode ser sofrida por mulheres, ocorrendo ainda, em um dos momentos de maior fragilidade em suas vidas, podendo ser sofrida antes da gravidez, durante a parte, ou, logo após o parto.

A violência ocorre no ambiente hospitalar, cometida pelos profissionais da saúde, sendo, médicos, enfermeiros, técnicos hospitalares, psicólogo, fisioterapeuta, ou seja, qualquer profissional que atenta a mulher em estado de vulnerabilidade, fragilidade. Pode ocorrer em instituições públicas ou particulares, onde as parturientes são atendidas, e fora do ambiente hospitalar. Muito dessa violência se dá, pela falta de informações e consentimento da gestante quanto a realização de procedimentos e, ainda a ausência de apoio emocional durante todo acompanhamento da gestação, o que sujeita ainda mais a gestante ou parturiente a todo tipo de abuso.

A hora do parto sempre foi um momento de grande importância e marcante na vida de uma mulher. No entanto, os dados apresentados recentemente, demonstram que este momento tem se tornado assustador. Segundo a pesquisa nacional de saúde pública no Brasil, e a Fiocruz, a cada quatro mulheres no país relatam que sofreram algum tipo de violência obstétrica durante o parto, ou, logo após (Fundação Oswaldo Cruz, 2014).

A violência obstétrica pode ocorrer de forma psicológica, física, e até mesmo sexual. No que tange a violência psicológica, são ameaças, tratamentos que ultrapassam a hostilidades, fazendo as palavras se tornarem agressões verbais, podendo muitas vezes serem injúrias, que fazem a mulher se sentir amedrontada, desrespeitada e hostilizada por quem pratica a violência.

O abuso físico apresenta-se na forma de ações que culminam com práticas que causam dor a mais do que é necessário na mulher: seja na hora do exame de toque, que é feito via vaginal para a verificação da dilatação; seja no reparo do parto, ao ser locomovida e colocada na sala adequada e posição correta; quando deveria ser administrado o anestésico, já que muitas mulheres não são anestesiadas corretamente na hora do parto,

experimentando um sofrimento além do necessário. Além desses, quando o parto acontece, muitas vezes este é realizado com violência por parte do médico, gerando lesões a vítima, através da realização de incisões mais profundas e extensas do que o necessário, usando técnicas que não são recomendadas nem eficazes, que supostamente facilitariam o parto. Ainda há relatos de corpos de mulheres suturados de maneira desleixada, sendo encontrados em seus corpos uma infinidade de objetos estranhos, muitas vezes somente descobertos na necropsia.

A violência obstétrica pode ser sexual também, nos casos em que a mulher é abusada, tendo o seu corpo violentado, tocado, estimulado, sem a sua permissão.

É óbvio que esses fatos são crimes, e causam sequelas físicas e emocionais eternas nas vítimas, por esse motivo, é de suma importância darmos destaque ao tema, analisar casos concretos e entender ao certo a gravidade do que centenas de mulheres passam no Brasil.

2 ASPECTOS RELEVANTES SOBRE O PARTO

O parto até meados do século XX eram realizados apenas com a ajuda de uma mulher de confiança da grávida, que era chamada de parteira, apenas a elite da sociedade tinha dinheiro para realizar seu parto em hospitais, além do mais, a medicina não era avançada e tecnológica como é hoje, e assim as mulheres pariam em casa, de forma natural, com apenas alguns panos embebidos em água quente, como bem descreve Mônica Barra Maia em seu livro Humanização do Parto.

A autora acima mencionada explica que (2010, p. 30):

O parto, um ritual das mulheres, não era considerado um ato médico, e ficava a cargo das parteiras. Quando havia complicações ou dificuldades no parto, os cirurgiões- barbeiros também denominados cirurgiões parteiros, eram chamados a intervir. Essas intervenções eram quase sempre tão ineficazes quanto às das parteiras, e normalmente o papel dos parteiros era retirar um feto vivo de sua mãe morta.

Ocorre que, com o avanço da medicina, e o interesse médico em desenvolver e trazer avanços para as técnicas utilizadas no momento do parto, hoje temos um cenário totalmente diferente. Desde o início da gestação, as gestantes podem e devem ser orientadas, por meio do pré-natal, que é uma rotina médica de cuidados com a gestante e com o concepto.

A especialização em medicina obstétrica teve origem no século XIX, e os profissionais especializados nessa área passaram a realizar campanhas com a finalidade de transformar o parto algo hospitalar e cirúrgico, tornando o parto um evento diretamente ligado a obstetria hospitalar.

É fato e de conhecimento geral que atualmente a institucionalidade do parto no Brasil é algo bem estabelecido e bem-sucedido, visto que, o atendimento a parturiente e ao bebê é predominante hospitalar, sendo inclusive uma obrigação do Sistema Único de Saúde, prestar todo apoio de cuidado que a mãe e o nascituro necessitarem, do pré-natal, até a recuperação da mãe no pós-parto. Dessa forma, a presença de uma instituição de saúde, seja ela pública ou privada, de uma equipe médica e de enfermeiros, tornou-se algo imprescindível, não só na hora do parto, mas antes e após também.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MULHERES CORRELACIONADOS A VILÊNCIA OBSTÉTRICA

Os direitos fundamentais, de modo geral, são definidos como um conjunto de direitos que são inerentes à pessoa humana, sendo essenciais para se ter uma vida digna. É também obrigação direta do Estado os garantir, sendo cláusula pétrea de nossa Constituição Federal.

Um dos marcos importantes para que os direitos femininos se tornassem constitucionais, foi a Convenção Interamericana de 1994, que ocorreu em Belém do Para, teve como objetivo em seus artigos 4º e 10º, prevenir, punir, e erradicar a violência contra a mulher, "o direito de ter igualdade de acesso às funções públicas de seu país e a participar nos assuntos públicos, incluindo a tomada de decisões".

A Constituição Federal de 1988 deixa claro que todos são iguais perante a lei (art. 5º, "caput"), sendo assim, expressamente diz que não há distinção entre homens e mulheres. O princípio de igualdade da Constituição Brasileira é tratar os iguais como iguais, e os desiguais como desiguais, nos limites das suas desigualdades.

A Carta Magna traz em seu texto no artigo 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".

Ainda, a ONU (Organização das Nações Unidas) na Conferência Mundial Sobre as Mulheres em 1995, disse que:

Os direitos das mulheres são direitos à vida, direito à liberdade e a segurança pessoal, direito à igualdade e a estar livre de todas as formas de discriminação, direito à liberdade de pensamento, direito

à informação e a educação, direito à privacidade, direito à saúde e a proteção desta, direito a construir relacionamento conjugal e a planejar sua família, direito a decidir ter ou não ter filhos e quando tê-los, direito aos benefícios do progresso científico, direito à liberdade de reunião e participação política, direito a não ser submetida a torturas e maltrato.

Importante frisar, que os direitos das mulheres durante toda a gestação são de grande importância para sociedade, pois, estão ligados diretamente a forma que a mulher é tratada, em todas as áreas de sua vida, familiar, profissional, religiosa etc. A violência contra o gênero feminino, ocorre há séculos uma vez que a mulher nunca teve sua dignidade assegurada, muito menos seus direitos precavidos, o que ocasionou uma mazela na sociedade, e essa falha moral é algo que perpetua até hoje. Por esse motivo é de extrema importância que os direitos da gestante sejam assegurados de forma concreta por lei.

Atualmente, a Constituição, a ONU, e outras Leis, asseguram de forma genérica o direito da mulher a ter uma maternidade segura.

No que tange aos direitos sociais dispõe o artigo 6.º e 196 da Constituição Federal:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 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. (BRASIL, 1988).

No Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, estão expressos de forma específica os direitos da parturiente:

Art. 8º É assegurado a todas as mulheres o acesso aos programas e às políticas de saúde da mulher e de planejamento reprodutivo e, às gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto e ao puerpério e

atendimento pré-natal, perinatal e pós-natal integral no âmbito do Sistema Único de Saúde. (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016)

§ 1º O atendimento pré-natal será realizado por profissionais da atenção primária.

§ 2º Os profissionais de saúde de referência da gestante garantirão sua vinculação, no último trimestre da gestação, ao estabelecimento em que será realizado o parto, garantido o direito de opção da mulher.

[...]

§ 6º A gestante e a parturiente têm direito a 1 (um) acompanhante de sua preferência durante o período do pré-natal, do trabalho de parto e do pós parto imediato. (Incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

[...]

§ 8º A gestante tem direito a acompanhamento saudável durante toda a gestação e o parto natural cuidadoso, estabelecendo-se a aplicação de cesariana e outras intervenções cirúrgicas por motivos médicos.

Nota-se que a legislação atesta que toda mulher tem direito a um tratamento digno de maternidade, tendo direito a um parto seguro, onde sua saúde e a saúde do nascituro estejam protegidas, uma vez que é dever do Estado assegurar a saúde a qualquer cidadão, todavia, não há leis que tratem especificamente sobre a violência obstétrica que ocorre com milhares de mulheres.

Apesar disso, algumas medidas permitidas por lei, amenizam este cenário. Um dos principais direitos conquistados as gestantes é o direito a ter um acompanhante, previsto na Lei Federal nº 11.108 criada em 2007, chamada Lei do Acompanhante. Além disso, o § 6º do artigo 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente, determina que as instituições, sejam elas públicas, ou privadas, tem a obrigação de permitir que a gestante tenha um acompanhante durante todo o período do parto, sendo antes, durante e depois do nascimento do bebê, devendo esse acompanhante ser indicado pela gestante.

Outra prática que tem auxiliado de forma preventiva o combate a violência obstétrica é criação do plano de parto que se revelou como uma poderosa ferramenta para empoderar as mulheres, permitindo-lhes expressar suas preferências, desejos e necessidades em relação ao parto e aos cuidados obstétricos. Além disso, ele promove a comunicação aberta e colaborativa entre a mulher grávida, sua equipe de saúde e outros

profissionais envolvidos, o que é essencial para garantir uma experiência de parto respeitosa e centrada na mulher. Importante observar que a implementação eficaz do plano de parto depende de diversos fatores, incluindo a conscientização das gestantes sobre seus direitos, o treinamento adequado dos profissionais de saúde e a criação de políticas hospitalares que promovam o respeito e a autonomia das mulheres durante o parto.

O plano de parto gera comunicação e empoderamento da gestante, respeito à autonomia da gestante; prevenção de intervenções desnecessárias; consentimento informado da gestante sobre os acontecimentos na hora do parto; redução do estresse e da ansiedade; melhor comunicação com a equipe de saúde; conscientização sobre direitos. Por esses motivos é de suma importância que todas as gestantes tenham direito a ter seu plano de parto assegurado.

O autor Carmen S.G. Diniz (2001, p. 185; 194) escreve em sua doutrina:

O direito ao acesso ao leito obstétrico para todas as parturientes está inscrito na Constituição Brasileira e na legislação do Sistema Único de Saúde, que definem saúde como direito de todos e dever do Estado. [...] O direito à segurança e à integridade corporal está inscrito nos instrumentos de direitos humanos, entre os direitos relacionados à vida, à liberdade e à segurança da pessoa; os direitos relacionados ao cuidado com a saúde e aos benefícios do progresso da ciência incluindo o direito à informação e educação em saúde, e os direitos relacionados à equidade e à não- discriminação.

O renomado autor destaca a necessidade de assegurar que a mulher tenha uma gestação segura e sobretudo ter a sua integridade corporal mantida, do início ao fim da gestação. Importante ressaltar que o fato de ter alguém para acompanhar o parto da mulher é muito valioso, pois ao contar com a presença de um acompanhante, ela se sentirá segura, acolhida. Além disso, o acompanhante poderá protegê-la de eventuais situações que possam vir a acontecer, que estejam ao seu alcance.

Importante ressaltar que a violência obstétrica não está limitada apenas ao momento do parto, mas pode ocorrer em diferentes momentos durante a gravidez, o pré-natal e o pós-parto. Ela se refere a práticas desrespeitosas, abusivas ou discriminatórias que afetam a integridade física e emocional da mulher durante todo o processo de gestação.

No pré-natal a violência se manifesta através da falta de informação adequada, quando os profissionais da saúde ocultam informações imprescindíveis e dessa forma

pressionam e obrigam a mulher a se submeter a procedimentos sem seu consentimento informado, desrespeitando as escolhas da gestante e privando-a de ter seu plano de parto.

No pós-parto a violência se dá pela falta de apoio emocional necessário ao ignorar suas necessidades emocionais, ao separar a mãe do nascituro sem justificção médica adequada, ou o não fornecimento dos cuidados adequados ignorando complicações médicas ou suas necessidades de saúde mental.

4 A ANÁLISE DA VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA, ORIGEM E NOTORIEDADE

A palavra violência deriva do latim *violentia*, que vem do prefixo *vis*, que quer dizer força, impulso. O termo violência possui vários conceitos, na obra "O que é violência contra mulher", Maria Amélia Almeida Teles e Mônica de Melo (2002, p 18) assevera que:

A violência, em seu significado mais frequente, quer dizer uso da força física, psicológica ou intelectual para obrigar outra pessoa a fazer algo que não está com vontade, é constranger, é tolher a liberdade, é incomodar, é impedir a outra pessoa de manifestar seu desejo e sua vontade, sob pena de viver gravemente ameaçada ou ser mesmo ser espancada, lesionada ou morta. É um meio de coagir, de submeter outrem ao seu domínio, é uma violação dos direitos essenciais do ser humano.

Nota-se de forma clara, que a violência vem acompanhada da restrição da liberdade, da vontade. Pode-se afirmar que a violência se faz presente em todas as esferas sociais, em todos os países, porém, fato é que a violência contra a mulher, é há milhares de anos a violência mais disseminada do mundo, atingindo mulheres em todos os âmbitos de sua vida. Mulheres são estupradas quando saem em seu momento de lazer, e tem seu corpo violentado, apanham de seus maridos e esposas e tem seu corpo agredido, são assediadas em seus locais de trabalho, dentre tantas outras situações, que comprovam que a violência contra a mulher ocorre frequentemente no Brasil, e atinge milhares de vidas.

A violência obstétrica é uma violência de gênero, e devem ter leis específicas em nosso ordenamento jurídico para punir quem a prática, e, para proteger a mulher gestante. No Brasil, a violência obstétrica não é tipificada como crime o que gera impunibilidade sobre os atos criminosos que acontecem.

A *episiotomia*, por exemplo, é o corte realizado no canal vaginal para alargar o canal em que o nascituro passará, só pode ser realizada quando a parturiente é avisada e concede autorização, caso contrário, a mulher sofre violência obstétrica, e o médico pode ser acusado de lesão corporal. Pois, vejamos, esse procedimento traz terríveis consequências, há evidências que comprovam a ineficiência da mutilação genital, milhares

delas relatam não conseguir retomar sua vida sexual, devido as dores, além das mulheres que sofrem incontinência urinária e incontinência fecal, o que pode acontecer a depender da extensão do corte feito pelo médico. Sendo assim o procedimento só pode ser realizados em casos bem indicados.

Outro exemplo de violência obstétrica que pode ser enquadrado na legislação é a omissão de socorro, artigo 135 do Código Penal, ocorre quando a mulher está em trabalho de parto ou em qualquer situação de urgência e procura por atendimento hospitalar em pronto socorro e não é atendida, nesse caso, ocorre a violência obstétrica, e a conduta do hospital é enquadrada como omissão, uma vez que a Constituição Federal Brasileira é clara quando diz que a gestante tem direito a atendimento de qualidade, principalmente em sua unidade de saúde local, onde reside. É dever do hospital socorrer a gestante em situação de urgência e realizar todos os procedimentos necessários para que o parturiente e o nascituro fiquem seguros.

Com o crescimento do número de denúncias de violência contra a mulher na hora do parto, e com a notoriedade que alguns casos vêm tendo, como por exemplo, o caso da *influencer* Shantal, que expôs em suas redes sociais com milhões de seguidores a violência que sofreu em seu parto, o assunto tem tido mais ampla discussão. Shantal postou em sua rede social o vídeo do parto, o que levou milhões de pessoa a ficarem chocadas com o tratamento médico que ela recebeu, com a forma que o médico a ofendeu verbalmente, falando inúmeros palavrões, e também com a agressividade que ele a tratou, definitivamente usando de violência para realizar o parto da blogueira, inclusive ao ter realizado a técnica *Kristler*, que consiste em pressionar a parte superior do útero para acelerar a saída do nascituro, essa técnica já banida pelo Ministério da Saúde e pela Organização Mundial da Saúde, por se tratar de uma técnica extremamente agressiva e perigosa, que gera riscos e consequências para a mãe e para o nascituro.

A digital *influencer* registrou um boletim de ocorrência em uma delegacia na Zona Sul de São Paulo, contra o médico que realizou seu parto, o cirurgião Kalil, o acusando de ter cometido violência obstétrica. A polícia está investigando o caso, que é mantido sobre segredo de justiça. Shantal relata ter feito exame de corpo de delito, e entrado com uma queixa criminal.

Fato é que, um caso como esse tem repercussão a nível nacional, e faz milhares de outras mulheres que passaram pela mesma violência se identifiquem, ao lembrar que passou pela mesma coisa seu parto, ou por algo muito parecido.

Outro caso que chocou o país foi o caso da mulher que foi estuprada pelo anestesista na hora do parto, no dia 11 de julho. O médico foi denunciado por estupro de vulnerável, "Giovanni Quintella Bezerra, agindo de forma livre e consciente, com vontade

de satisfazer a sua lascívia, praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal com a vítima, parturiente impossibilitada de oferecer resistência em razão da sedação anestésica ministrada”, é o que diz um trecho da denúncia. Esse médico trabalhava nessa unidade de saúde a seis meses, e só nesse meio tempo atendeu quarenta e quatro pacientes. Enfermeiras do hospital alegam que desconfiavam que o médico estava tendo essa prática em vários partos anteriores, com várias parturientes diferentes, por isso resolveram filmar o anestesista na hora do parto. Segundo o delegado que está investigando a ação penal, mais mulheres serão interrogadas, e será investigado se o anestesista fez outras vítimas (G1, 2022)

5. ORDENAMENTO JURÍDICO E A VILÊNCIA OBSTÉTRICA

Pelos motivos citados acima, a violência sofrida por mulheres na hora do parto tem sido algo cada vez mais discutido no país, e tem chamado atenção do ordenamento jurídico, fazendo com haja notoriedade sobre os crimes que estão sendo cometidos contra mulheres em uma das horas de maior vulnerabilidade em suas vidas, a hora do parto.

No entanto, a violência obstétrica não é tratada explicitamente por leis específicas, o que é uma omissão do sistema jurídico, as razões para essa omissão podem variar e incluir falta de conscientização sobre o problema, resistência de grupos de interesse, ou uma estrutura legal que não foi atualizada para abordar questões contemporâneas de cuidados de saúde obstétrica.

Fato é que medidas precisam ser tomadas para assegurar os direitos das mulheres de forma geral durante a sua gestação. Dentre essas medidas estão a sensibilização e educação sobre o tema. É de suma importância sensibilizar a sociedade, profissionais de saúde sobre a existência e os impactos da violência obstétrica. A revisão e reforma das leis existentes é indispensável, sendo necessário que sejam adaptadas as leis existentes relacionadas à saúde aos direitos das mulheres e aos direitos humanos para incluir disposições que abordem especificamente a violência obstétrica, além da criação de diretrizes e protocolos de boas práticas para profissionais de saúde que abordem a prevenção e a punição para os profissionais que cometerem a violência contra mulheres na hora do parto. Deve promover ainda, o encorajamento as vítimas de violência obstétrica a denunciar e buscar assistência legal, e que depois da denúncia haja e amparo e lhe seja assegurado que haverá quem defenda seus direitos.

Segundo Flavio Tartuce (2020, p.724): 46

A conduta humana pode ser causada por uma ação (conduta positiva) ou omissão (conduta negativa) voluntária ou por negligência, imprudência ou imperícia, modelos jurídicos que caracterizam o dolo e a culpa, respectivamente. O dolo constitui uma violação intencional

do dever jurídico com o objetivo de prejudicar outrem. A culpa pode ser conceituada como o desrespeito a um dever preexistente, não havendo propriamente uma intenção de violar o dever jurídico. O nexo de causalidade ou nexo causal constitui o elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil, constituindo a relação de causa e efeito entre a conduta culposa – ou o risco criado –, e o dano suportado por alguém.

O dano moral está previsto no artigo 186 e seguintes do Código Civil, que assim dispõe:

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. 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.

Porém, muitas vezes o ressarcimento não é suficiente, é necessário que o crime de violência obstétrica seja reconhecido pelo ordenamento jurídico, que os profissionais que venham a cometer violência obstétrica sejam condenados pelo crime que cometeram, o de violência obstétrica, não recebendo apenas condenações genéricas por danos morais ou lesão corporal.

É importante destacar que a legislação por si só pode não resolver completamente o problema da violência obstétrica. É necessária uma abordagem holística que envolva educação, conscientização, treinamento de profissionais de saúde e mudanças culturais para garantir que as gestantes recebam cuidados de saúde respeitosos e de qualidade durante o período gestacional e o parto.

6 RESPONSABILIDADE DO MÉDICO

Indubitavelmente, o médico, como qualquer cidadão, responde penalmente quando produz um dano ao seu paciente, a não ser que prove a inexistência de sua culpabilidade.

Na doutrina penal tem prevalecido a teoria subjetivista da culpa, onde o agente não quer o resultado nem assume o risco de produzi-lo, existindo, apenas, uma previsibilidade de dano.

Nesse caso, o crime é culposo quando o agente deixa de empregar a cautela, a atenção ou a diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado, e em face das circunstâncias não percebe o resultado que podia prever ou, prevendo o supõe levianamente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo.

O estatuto penal refere que o crime é culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Em complemento, imprudente é o médico que age sem a cautela necessária. É aquele cujo ato ou conduta são caracterizados pela intempestividade, precipitação, insensatez ou inconsideração.

A negligência caracteriza-se pela inação, indolência, inércia, passividade. É a falta de observância aos deveres que as circunstâncias exigem. É um ato omissivo

Já a imperícia é a falta de observação das normas, por despreparo prático ou por insuficiência de conhecimentos técnicos. É a carência de aptidão, prática ou teórica, para o desempenho de uma tarefa técnica.

Inquestionavelmente, o Direito Penal define uma série de crimes que podem ser cometidos pelos profissionais de saúde no exercício da profissão. O caso abaixo se refere à conduta inadequada praticada pelo médico obstetra durante trabalho de parto razão pelo qual culminou com lesões ao bebê e posteriormente a sua morte (artigo 129 do código penal):

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS E INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS. ERRO MÉDICO. PARTO COM FÓRCEPS. IMPERÍCIA OBSTÉTRICA. BEBÊ COM TETRAPLEGIA. INTERNAÇÃO PERMANENTE POR 15 ANOS. ÓBITO DO MENOR. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PRESTADORES DE SERVIÇO MÉDICO-HOSPITALAR. FIXAÇÃO DO DANO MORAL. REVISÃO. EXORBITÂNCIA. CONFIGURADA.

MÉTODO BIFÁSICO. CIRCUNSTÂNCIAS DA HIPÓTESE CONCRETA. AVALIAÇÃO. 1. AÇÃO AJUIZADA EM 24/5/05. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO EM 30/8/2016. AUTOS CONCLUSOS AO GABINETE EM 1º/6/18. 2. O PROPÓSITO RECURSAL CONSISTE EM DIZER SE DEVE SER MANTIDO O ARBITRAMENTO DE R\$ 1 MILHÃO A TÍTULO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS DEVIDOS POR ERRO MÉDICO NA REALIZAÇÃO DE PARTO COM FÓRCEPS CAUSADOR DE

TETRAPLEGIA NO BEBÊ QUE APÓS QUINZE ANOS DE INCESSANTE INTERNAÇÃO VEIO A ÓBITO. 3. O VALOR FIXADO A TÍTULO DE DANOS MORAIS SOMENTE COMPORTA REVISÃO NESTA SEDE NAS HIPÓTESES EM QUE SE MOSTRAR ÍNFIMO OU EXAGERADO. 4. NA HIPÓTESE, DEVE SER LEVADO EM CONTA O FATO DE A FAMÍLIA ESTAR ENVOLVIDA COM ESTA GRAVÍSSIMA SITUAÇÃO AO LONGO DE 15 ANOS, POIS DURANTE TODA A VIDA DO SEU FILHO TIVERAM QUE EXPERIMENTAR SUA LIMITAÇÃO A DEPENDER DO AUXÍLIO DE TERCEIROS, 24 HORAS POR DIA, BEM COMO DE VENTILAÇÃO MECÂNICA, SITUAÇÃO ESTA QUE PERDUROU ATÉ O SEU FALECIMENTO. 5. NÃO SE PODE PERDER DE VISTA QUE A RECORRENTE ESTÁ SUBMETIDA AO REGIME FALIMENTAR E QUE HOVE EFETIVA COLABORAÇÃO, DIANTE DA DRAMÁTICA SITUAÇÃO CRIADA, EM FAVOR DO NÚCLEO FAMILIAR COM DIVERSAS PROVIDÊNCIAS TOMADAS ANTES MESMO DA JUDICIALIZAÇÃO DA CONTROVÉRSIA. 6. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO, PARA REDUZIR O VALOR DA COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS EM FAVOR DE CADA GENITOR PARA R\$ 300 MIL.(STJ - RESP: 1749965 SP 2018/0128691-0, RELATOR: MINISTRA NANCY ANDRIGHI, DATA DE JULGAMENTO: 12/11/2019, T3 - TERCEIRA TURMA DATA DE PUBLICAÇÃO: DJE 19/11/2019).

O caso em voga trata-se de uma ação ajuizada em face da imprudência do profissional da saúde-médico obstetra que após várias tentativas de expulsão do feto, utilizou intervenções desnecessárias (uso indevido de fórceps), que são consideradas violência obstétrica. Ocorrem que, encaminhado o bebê à UTI, exames apontaram além de anóxia neonatal com lesões psiconeuromotoras, traumas na cabeça e lesões na coluna cervical que resultaram em tetraplegia, tornando irreversível o quadro clínico da criança, resultante da força e violência que se empregaram para expulsar o feto da mãe.

Em decorrência da tetraplegia, a criança tornou-se totalmente dependente de terceiros, de ventilação mecânica e cuidados especiais 24 horas, razão porque ficou em permanente internação hospitalar até os 7 primeiros anos de vida, e apesar dos cuidados dispensados ao longo de 15 anos, o filho da autora faleceu.

Sendo assim é importante que o médico venha a ser responsabilizado civilmente por danos causados à mulher como resultado da violência obstétrica originada por ele, incluindo compensações financeiras pelos danos físicos, emocionais ou psicológicos sofridos por ela. Faz-se necessário ainda que sejam observadas as responsabilidades ética

e profissional, que os médicos sejam a suspensões ou até mesmo a revogação da licença médica. É necessário que se observe a responsabilidade criminal nos casos que envolvam a prática de atos criminosos, como agressão física ou coerção, violência sexual e outras. O médico pode ser processado criminalmente e, se considerado culpado, enfrentar prisão ou outras penalidades.

É importante observar que a responsabilidade do médico que comete violência obstétrica pode ser complexa e depende das circunstâncias individuais de cada caso. A vítima da violência obstétrica pode buscar orientação legal e apoio de profissionais jurídicos para determinar as melhores opções para responsabilizar o médico e buscar justiça. Além disso, a conscientização sobre a violência obstétrica e o apoio à prevenção são fundamentais para evitar tais incidentes e garantir que todas as mulheres recebam cuidados obstétricos respeitosos e seguros.

7 CONCLUSÃO

O presente trabalho analisou o tema de direito penal, a violência sofrida contra as mulheres gestantes, em especial, as parturientes. A violência obstétrica é uma realidade preocupante que afeta inúmeras mulheres em todo o mundo durante o processo de gravidez, parto e pós-parto. Este trabalho buscou analisar e compreender essa problemática, destacando as diferentes formas de violência obstétrica, suas causas e consequências, bem como as estratégias de prevenção e combate.

Entende-se com esse trabalho, que uma mulher não deve sentir mais dor do que o necessário na hora do parto, e que os métodos utilizados por profissionais da saúde devem ser métodos eficazes que facilitarão o nascimento do nascituro, e não colocarão a gestante em risco. Deixando claro que a violência obstétrica não é apenas uma questão de saúde, mas também uma questão de direitos humanos. Todas as mulheres têm o direito fundamental de receber cuidados de saúde materna respeitosos, dignos e seguros, e a violência obstétrica representa uma grave violação desses direitos.

Os relatos e estudos apresentados aqui evidenciam a necessidade urgente de conscientização, educação e mudanças significativas nas práticas obstétricas. É imperativo que os profissionais de saúde, os governos, as instituições de saúde e a sociedade em geral reconheçam a existência da violência obstétrica, compreendam suas raízes e se empenhem em erradicá-la

Foi analisado que no que tange a violência obstétrica o tribunal não a julgará em si, pois o crime de violência obstétrica não existe de forma propriamente dita, a violência será julgada como um erro médico, omissão de socorro, injúria e difamação, e em alguns casos como lesão corporal, e a necessidade da criação de lei específica para tratar sobre o

tema para que o magistrado venha a analisar o caso concreto sofrido pela vítima e o tipifique de forma específica.

Por fim, é importante ressaltar que a luta contra a violência obstétrica é uma responsabilidade compartilhada de todos os membros da sociedade. Este TCC contribui para a conscientização sobre o problema e para a promoção de práticas de cuidados de saúde materna baseadas no respeito, na dignidade e nos direitos humanos. Esperamos que este trabalho inspire mais pesquisas, debates e ações concretas para eliminar a violência obstétrica e garantir que todas as mulheres tenham acesso a cuidados obstétricos seguros e respeitosos.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Júlio Camargo de. **Precisamos falar sobre a violência obstétrica**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mai-16/julio-azevedo-precisamosfalar-violencia-obstetrica>. Acesso em: 18 de julho de 2022.

BRASIL. **"Constituição da República Federativa do Brasil"**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao.htm. Acessado em 18 de julho 2022.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 19 de julho de 2022.

BRASIL. **Código Civil**. República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 19 de julho de 2022.

BRASIL. **Ministério da Saúde**. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Atenção humanizada ao abortamento: norma técnica / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Área Técnica de Saúde da Mulher*. – 2. ed. – Brasília. Acesso em: 19 de julho de 2022

BRASIL. **LEI Nº 13.257, DE 8 DE MARÇO DE 2016**. Dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, e a Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm. Acessado em 20 de julho de 2022.

BRASIL. **LEI Nº 11.108, DE 7 DE ABRIL DE 2005**. Altera a Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para garantir as parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do SUS. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11108.htm. Acesso em 19 de julho de 2022.

DINIZ, Carmen Simone Grilo. **Entre a técnica e os direitos humanos: possibilidades e limites da humanização da assistência ao parto**. São Paulo, 2001. p. 254. Tese de doutorado (medicina) – Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. Disponível no site <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-182/direit-fundamental-ao-parto-humanizado-a-luz-da-bioetica-feminista/> Acessado em 27 de julho de 2022.

ONU (BRASIL). **Site da Organização das Nações Unidas**. Disponível no site: <https://nacoesunidas.org/acao/mulheres/>.> acesso em 27 de julho de 2022.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único** / Flávio Tartuce. – 10. ed.– Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. Acesso em: 30 de julho de 2022.

HERRERO, Luciana. **O diário de bordo do parto: guia prático para um parto consciente e feliz** / Luciana Herrero. – 1.ed.—Ribeirão Preto. SP: Aninhare. Acesso em: 31 de julho de 2022.

REPORTAGEM, g1, **Shantal, Influencer Que Sofre Violência Obstétrica na Hora do Parto**. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/12/12/olha-aqui-toda-arrebentada-influencer-shantal-diz-que-foi-vitima-de-violencia-obstetrica-de-medico-durante-parto-em-sp.ghtm>. Acesso em: 02 de agosto de 2022.

FUJITA, Reginaldo Raimundo and SANTOS, Ilian Cardoso dos. **Denúncias por erro médico em Goiás**. Rev. Assoc. Med. Bras. [online]. 2009

GONÇALVES, **Carlos Roberto. Direito civil brasileiro**, volume 4 : responsabilidade civil / Carlos Roberto Gonçalves. – 14. ed. –São Paulo : Saraiva Educação, 2019.

HERRERO, Luciana. **O diário de bordo do parto: guia prático para um parto consciente e feliz** / Luciana Herrero. – 1.ed.—Ribeirão Preto. SP: Aninhare, 2015.

MAIA, Mônica Bara. **Humanização do parto: política pública**, comportamento organizacional e ethos profissional. / Mônica Bara Maia.-Rio de Janeiro: Editora Fiocruz,2010.

METRÓPOLES. **Disponível em:** <https://www.metropoles.com/brasil/saude-br/sematendimento-mulher-da-a-luz-sem-atendimento-mulher-da-a-luz-filho-em-banheirode-maternidade>. Acessado em 16 de junho de 2020.

https://www.jusbrasil.com.br/sobre/erro-de-diagnostico-medico?utm_source=google&utm_medium=cpc&utm_campaign=lr_dsa_assuntos_juridicos&utm_term=&utm_content=teste_a&campaign=true&gclid=Cj0KCQjwusunBhCYARIsAFBsUP_SWyFjd-MN020LmGbm2X-ftQNdvIMnRfDC5oYaplCqwdhx86i8ajoaAgbcEALw_wcB

NORMAS DE SAÚDE E SEGURANÇA NO TRABALHO REMOTO: CONSIDERAÇÕES NO CONTEXTO DA SEGURIDADE SOCIAL

RAFAEL ANTÔNIO MACHADO BALESTRA:
Bacharel em direito, biólogo, mestre em ciências e servidor público federal vinculado ao MMA/ICMBio³⁷.

IVANEY PAIXÃO DE OLIVEIRA JÚNIOR³⁸

(coautor)

RESUMO: O trabalho remoto é modalidade de trabalho favorecida pelo avanço tecnológico e sofreu um aumento significativo e repentino em virtude da pandemia de covid-19. Assim, sem regulamentação clara e detalhada, e ainda sem tempo para o devido planejamento, treinamento e estruturação do ambiente de trabalho no domicílio, a nova realidade acentuou a preocupação quanto à saúde e segurança dos trabalhadores remotos. Nesse cenário, este artigo tem por escopo investigar de que forma as normas gerais de saúde, higiene e segurança do trabalho se conformam à realidade do teletrabalho e *home office*. Faz-se, para tanto, revisão bibliográfica com o levantamento das normas voltadas à concretização de tais garantias nessas novas relações de trabalho. Embora haja ampla regulamentação sobre a tutela geral dos direitos de saúde, higiene e segurança do trabalho, verifica-se que há pouca disciplina quanto à aplicação desses direitos à realidade dos teletrabalhadores. Conquanto a Reforma Trabalhista de 2017 tenha buscado disciplinar a matéria, ainda hoje não houve o enfrentamento de questões importantes pertinentes ao tema. As regras ainda são insuficientes e imprecisas. Assim, é necessário proceder à regulamentação mais detalhada, de modo a efetivamente garantir a proteção dos trabalhadores nessa modalidade.

Palavras-chave: teletrabalho; *home office*; trabalho remoto; saúde, higiene e segurança do trabalho; segurança e medicina do trabalho; ergonomia; Consolidação das Leis Trabalhistas.

ABSTRACT: Remote work is a work modality favored by technological advancements and has experienced a significant and sudden increase due to the COVID-19 pandemic. Therefore, without clear and detailed regulations, and without enough time for proper planning, training, and structuring of the work environment at home, this new reality has accentuated concerns regarding the health and safety of remote workers. In this scenario, this article aims to investigate how occupational health, hygiene, and safety general

³⁷ E-mail: rbalestra@gmail.com;

³⁸ Bacharel em direito e servidor público federal vinculado ao TRT da 18ª Região.

standards conform to the reality of teleworking and home office. To do so, a literature review is conducted, which includes an examination of norms aimed at guaranteeing these protections in these new work relationships. Although there is extensive regulation regarding the general protection of occupational health, hygiene, and safety rights, it is observed that there is little discipline regarding the application of these rights to the reality of teleworkers. Although the 2017 Labor Reform sought to regulate the matter, important issues related to the topic have yet to be addressed. The rules are still insufficient and imprecise. Therefore, more detailed regulation is necessary to effectively guarantee worker protection in this modality.

Keywords: teleworking; home office; remote work; occupational health, hygiene and safety; work safety and occupational health; ergonomics; Consolidation of Labor Laws.

1. INTRODUÇÃO

Com os avanços tecnológicos, novas ferramentas e técnicas de informação e comunicação têm impulsionado mudanças em diversas áreas da vida humana. Como resultado, as relações de trabalho têm passado por transformações constantes, facilitando o surgimento de novas formas de trabalho, como o teletrabalho e o *home office*. Ambos permitem que as atividades sejam realizadas remotamente, com o uso de ferramentas tecnológicas, como aplicativos, softwares e equipamentos especializados (ALVES; DUTRA, 2022).

Com a implementação do teletrabalho e *home office*, as empresas podem obter vantagens como redução de custos com transporte e manutenção de instalações físicas, além de uma maior eficiência e produtividade. Já para os trabalhadores, há benefícios como liberdade para gerir seu tempo, maior qualidade de vida e redução de despesas com transporte. Além disso, essas modalidades de trabalho remoto podem ser uma ferramenta de inclusão para pessoas com necessidades especiais e uma alternativa diante de questões de mobilidade e violência urbana e meio ambiente (FELIPPE, 2018; ALVES; DUTRA, 2022;).

No entanto, ainda há desafios a serem superados, como a dificuldade de fiscalização do trabalho pelo empregador, o isolamento do trabalhador e a exclusão digital. Além disso, há preocupação com a saúde, higiene e segurança do trabalhador. A legislação ainda é insuficiente na regulamentação e concretização das normas de proteção e garantia dos direitos sociais dos teletrabalhadores, especialmente em relação aos parâmetros de ergonomia (FELICIANO; PASQUALETO, 2020; MELO, 2022).

A adesão aos regimes de *home office* e teletrabalho aumentou durante a pandemia de Covid-19, como uma medida para garantir a segurança dos trabalhadores e da população por meio do isolamento social. A pandemia acelerou o processo de trabalho

remoto, sendo que a Medida Provisória 927, editada em março de 2020, flexibilizou e recomendou a adoção do teletrabalho no país. (BRASIL, 2020; MPT, 2020; TENÓRIO, 2021).

Assim, o trabalho remoto foi implementado em grande escala de forma urgente e compulsória, sem que houvesse tempo para a devida orientação e estruturação desse novo ambiente de trabalho. Como resultado, a legislação existente não foi suficiente para esclarecer todas as questões relacionadas a esses modelos laborais, especialmente no que diz respeito à aplicação das normas de saúde, higiene e segurança do trabalho (FELICIANO; PASQUALETO, 2020; BRAGA; TENÓRIO; VITAL, 2021; MELO, 2022).

O tema do estudo está relacionado ao limitado arcabouço legislativo sobre a regulamentação das novas modalidades de trabalho remoto. Pretende-se investigar como são aplicadas as normas de proteção da saúde, higiene e segurança do trabalhador nesses regimes de trabalho remoto e quais são as diretrizes emanadas pelo ordenamento jurídico brasileiro para garantir essas proteções, notadamente no contexto do direito da seguridade social. Para tanto, serão consolidadas informações relativas à legislação e jurisprudência referentes ao tema e, oportunamente, a indicação de possíveis adequações legislativas para assegurar a proteção social do (tele)trabalhador.

A metodologia utilizada foi o método dedutivo e compreende uma pesquisa básica, com levantamento bibliográfico de caráter exploratório e qualitativo, utilizando bancos de dados acadêmicos e o ordenamento jurídico como fontes de busca.

O estudo aborda três tópicos principais:

1. Conceituação e distinção entre teletrabalho e *home office*;
2. Principais normas gerais de proteção à saúde, higiene e segurança do trabalho;
3. Verificação de como essas normas se aplicam ao contexto do trabalho remoto e análise da legislação e jurisprudência específicas para garantir a proteção social do (tele)trabalhador.

2. TELETRABALHO E *HOME OFFICE*

O teletrabalho e o *home office* são termos frequentemente confundidos e usados de forma intercambiável. No entanto, é importante destacar que esses conceitos possuem diferenças significativas. Antes de investigar como as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho se aplicam a esses modelos de trabalho, é fundamental compreender as definições e distinções entre eles.

2.1. O TELETRABALHO

Teletrabalho é a forma de trabalho realizada à distância, usando recursos tecnológicos, fora do ambiente físico do empregador. Essa modalidade de trabalho não configura trabalho externo e requer o uso de tecnologias de informação e comunicação (TICs) (TST, 2020).

Foi introduzido na legislação trabalhista em 2011 pela Lei 12.551, que alterou a redação do artigo 6º da CLT, tratando inicialmente do tema de forma genérica como trabalho a distância, com o uso dos meios da telemática e informática como elemento de caracterização da subordinação.

A definição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) também se alinha nesse sentido, destacando que o trabalhador permanece conectado através de dispositivos como computadores, notebooks, smartphones e tablets (FELIPPE, 2018).

Artigo 6º, *caput* e parágrafo único, da CLT, com a nova redação dada pela referida lei:

Art. 6º. Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio (BRASIL 1943; BRASIL, 2011).

Com o avanço tecnológico, houve um aumento na adoção do teletrabalho. A reforma trabalhista de 2017 (Lei 13.467/17) adicionou um novo capítulo na CLT, regulamentando o teletrabalho nos artigos 75-A a 75-E. A reforma definiu o termo, estabeleceu limites para sua aplicação, regulamentou sua forma de adesão e indicou os meios tecnológicos envolvidos.

Além disso, a reforma acrescentou o inciso III ao art. 62 da CLT, incluindo o teletrabalho nas hipóteses de relação de trabalho não submetida ao controle de jornada. Essa excepcionalidade, no entanto, gerou controvérsia, uma vez que trouxe distinção entre a modalidade e o trabalho regularmente efetuado nas dependências do empregador, ao passo que o artigo 6º, não alterado pela nova lei, afasta tal distinção (SILVA, 2019; TST, 2020).

Quanto às hipóteses de flexibilização da jornada de trabalho, Maurício Godinho Delgado ajuda a balizar a concepção de teletrabalho:

b) *Trabalho no Domicílio (Home-Office) e Teletrabalho* (novo inciso III do art. 62 da CLT) — Dentro da situação-tipo aventada pelo art. 62, I, da CLT (labor externo insuscetível de controle de jornada) podem se inserir três outras possibilidades importantes, do ponto de visto do mundo laborativo: b.1) o tradicional trabalho no domicílio, há tempos existente na vida social, sendo comum a certos segmentos profissionais, como as costureiras, as cerzideiras, os trabalhadores no setor de calçados, as doceiras, etc.; b.2) o novo trabalho no domicílio, chamado *home-office*, à base da informática, dos novos meios de comunicação e de equipamentos elétricos e eletrônicos convergentes; b.3) o teletrabalho, que pode se jungir ao *home-office*, mas pode também se concretizar em distintos locais de utilização dos equipamentos eletrônicos hoje consagrados (informática, internet, telefonia celular, etc.) (DELGADO, 2019, p. 1068).

Recentemente, a Lei 14.442 de setembro de 2022 trouxe mudanças nas regras do teletrabalho, esclarecendo pontos controvertidos acerca do teletrabalho não submetido a controle de jornada. Foi estabelecido que o teletrabalho só se enquadra em exceção ao controle de jornada se este for incompatível com o trabalho tradicional, devendo ser observado o caso concreto e a dinâmica do teletrabalho adotado.

E ainda, foi destacada uma ideia de distinção entre o trabalho no domicílio tradicional, o *home office* e o teletrabalho propriamente. As mudanças na lei também alteraram o inciso III do art. 62 da CLT, passando a vigorar com o texto: “os empregados em regime de teletrabalho que prestam serviço por produção ou tarefa”. Foi incluído ainda o § 3º ao art. 75-B. (SILVA, 2022).

A lei, além de outras matérias, se propôs a regulamentar melhor a modalidade, conferindo a redação atual para o dispositivo que conceitua o teletrabalho na CLT, qual seja:

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho ou trabalho remoto a prestação de serviços fora das dependências do empregador, de maneira preponderante ou não, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação, que, por sua natureza, não configure trabalho externo (BRASIL, 1943; BRASIL, 2022).

Com isso, tem-se a atual concepção dessa modalidade no ordenamento brasileiro, ainda que sua regulamentação não seja pormenorizada, carecendo, ainda hoje, do enfrentamento de temas importantes para a melhor proteção do teletrabalhador.

2.2 O HOME OFFICE

De acordo com Maurício Godinho Delgado, a distinção entre *home office* e teletrabalho se baseia no local em que o serviço é prestado com o uso de TICs, sendo caracterizado como *home office* o teletrabalho realizado no domicílio do empregado. Assim, o teletrabalho é considerado como gênero, do qual o *home office* é espécie (DELGADO, 2019). No entanto, há controvérsias sobre a distinção entre esses conceitos, sendo que para alguns autores, o *home office* é entendido como o trabalho realizado no âmbito da residência do trabalhador, com ou sem o uso de TICs (RAFALSKI; ANDRADE, 2015 *apud* ALVES; DUTRA, 2022). Nessa concepção, a definição da modalidade se confunde com a de trabalho no domicílio.

Guilherme Guimarães Feliciano e Olívia de Quintana Figueiredo Pasquale apontam que a Convenção nº 177 da OIT, embora não ratificada pelo Brasil, define o trabalho em domicílio como aquele realizado na casa do empregado ou ainda em outros locais de sua escolha, desde que distintos das dependências do empregador. Assim, o termo "*home office*" estaria relacionado ao trabalho remoto ou a distância, marcado notadamente pela noção de externalidade. No entanto, ainda existe controvérsia na literatura sobre a definição precisa dessa modalidade de trabalho, ora se confundindo com o trabalho no domicílio, ora como espécie do teletrabalho, realizado necessariamente por meio do uso de recursos tecnológicos, ora simplesmente como trabalho realizado fora das dependências do empregador (FELICIANO; PASQUALETO, 2020).

É importante ressaltar que a modalidade de trabalho em questão não é tratada de forma expressa e específica pela legislação brasileira, o que dificulta ainda mais a definição do seu conceito. No entanto, para o objetivo deste trabalho, que é investigar a aplicação das normas de saúde, higiene e segurança do trabalho nesses novos regimes, não importa a distinção plena entre as modalidades. No mais, o senso comum muitas vezes se refere a ambas como sinônimos, portanto serão tratados indistintamente por termos que contemplem o assunto, como trabalho remoto, a distância, no domicílio, entre outros.

Antes de abordar a proteção do trabalhador remoto em relação à sua saúde e segurança no ambiente de trabalho doméstico, é necessário levantar as normas gerais que garantem esses direitos a todos os trabalhadores.

2.3 NORMAS GERAIS DE SAÚDE, HIGIENE E SEGURANÇA DO TRABALHO

O tema da saúde, higiene e segurança no trabalho é de grande importância, embora tenha sido pouco prestigiado pelo direito do trabalho. A matéria é tratada por diferentes denominações na legislação e doutrina, mas o termo "saúde, higiene e segurança do trabalho", conforme utilizado pela Constituição, é mais adequado à terminologia atual.

As normas que tutelam a proteção da saúde e segurança do trabalhador incluem a qualidade das instalações e equipamentos, ergonomia, o uso de equipamentos de proteção e outros cuidados referentes ao ambiente de trabalho. A Organização Mundial da Saúde define "saúde" como um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade. A segurança é configurada pelo conjunto de medidas que visam a proteger a integridade física do trabalhador, enquanto a higiene visa o saneamento dos agentes prejudiciais do ambiente laboral. (SILVA, 2019; FELICIANO, PASQUALETO, 2020; OLIVEIRA, 2021).

2.3.1 Constituição Federal

As normas de proteção à saúde e segurança dos trabalhadores têm amparo na Constituição Federal. De acordo com o art. 1º da Carta Magna, os valores sociais do trabalho e a dignidade da pessoa humana são fundamentos da República Federativa. Já o art. 6º estabelece, de forma mais específica, que o trabalho, a saúde e a segurança são direitos sociais (no contexto da seguridade social). O inciso XXII do art. 7º preconiza a redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança, além de outras disposições do mesmo artigo, como os incisos XIII, XXIII e XXVIII, que tratam da duração do trabalho, remuneração de atividades insalubres ou perigosas e seguro contra acidentes de trabalho, respectivamente (BRASIL, 1988).

2.3.2 Consolidação das Leis Trabalhistas

O Capítulo V do Título II da CLT trata das normas de segurança e medicina do trabalho, que incluem a obrigação das empresas de cumprir e fazer cumprir essas normas e a obrigação dos empregados de observá-las. Esse capítulo aborda também outras atribuições dos trabalhadores, empregadores e do Estado, bem como orientações sobre o uso de Equipamentos de Proteção Individuais (EPIs), medidas preventivas de medicina do trabalho e outras medidas especiais de proteção.

Historicamente a CLT, promulgada em 1943 (Decreto-lei nº 5.452), introduziu as primeiras medidas de prevenção a moléstias profissionais e riscos de acidentes de trabalho. Seu capítulo original sobre o tema, intitulado "Higiene e Segurança do Trabalho", continha 70 artigos e estabelecia normas gerais de ordem pública para proteger a segurança dos trabalhadores e prevenir acidentes do trabalho (OLIVEIRA, 2021).

Antes da promulgação da CLT, as regras jurídicas voltadas à proteção da saúde e integridade física do trabalhador eram escassas e limitadas à reparação de danos acidentários e compensação de trabalhadores em atividades insalubres. Com a CLT, estabeleceram-se pela primeira vez normas gerais de prevenção e proteção. No entanto, durante as primeiras décadas de sua vigência, a proteção ainda se limitava essencialmente à prevenção de acidentes do trabalho ou à compensação de trabalhadores expostos a atividades insalubres ou perigosas. Somente a partir da reforma da CLT de 1977, por meio da Lei nº 6.514, houve a inclusão de medidas preventivas para proteção à saúde do trabalhador visando seu completo bem-estar físico, mental e social (OLIVEIRA, 2021).

2.3.2.1 A Lei n. 6.514, de 22 de dezembro de 1977

De acordo com Silva (2019), o Capítulo V da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) foi completamente reescrito na ampla reforma promovida pela lei de 1977. Antes dessa reforma, não havia uma estrutura clara para as normas de saúde e segurança do trabalho, e as abordagens sobre insalubridade eram pontuais e sem definição prévia.

Uma das mudanças realizadas foi a alteração da denominação de "Segurança e Higiene do Trabalho" para "Da Segurança e da Medicina do Trabalho", conforme Oliveira (2021) destaca. Essa alteração teve como objetivo contemplar o aspecto de proteção à saúde do trabalhador de forma mais abrangente, visto que o termo "higiene" indicava apenas a prevenção de circunstâncias adversas no ambiente de trabalho, enquanto o termo "medicina" engloba tanto a prevenção quanto o tratamento.

Além disso, a lei delegou competência normativa ao Ministério do Trabalho não só para regulamentar, mas também para complementar as normas do Capítulo V, como mencionado por Oliveira (2021). Dessa forma, a CLT estabelece as linhas básicas das normas de segurança, medicina e saúde do trabalhador, deixando a cargo do órgão do Poder Executivo complementar e disciplinar os preceitos normativos. Essa opção resultou em uma redução do capítulo, que passou a contar com apenas 48 artigos, segundo mencionado por Oliveira (2021).

2.3.3 A portaria nº 3.214 do Ministério do Trabalho, de 08 de junho de 1978, e as Normas Regulamentadoras (NRs)

Segundo Oliveira (2021), as normas regulamentadoras (NRs) relativas à Segurança e Medicina do Trabalho foram estabelecidas pela Portaria do Ministério do Trabalho n. 3.214/1978, que é um dos dispositivos mais importantes decorrentes da discricionariedade técnica conferida pela CLT ao Poder Executivo. As NRs são disposições complementares ao Capítulo V do Título II da CLT e têm observância obrigatória em todos os ambientes de trabalho a que se destinam.

Essa metodologia de divisão da regulamentação por tema permite que o Ministério do Trabalho atualize parcialmente as NRs conforme a demanda ou necessidade do momento, como destacado por Oliveira (2021). Com as mudanças nas relações de trabalho, as NRs estão em contínuo processo de atualização e modernização. Silva (2019) ressalta que as NRs existentes até então foram atualizadas e alteradas, resultando em normas supervenientes que tratam de situações específicas, como o trabalho rural, trabalho em frigoríficos, trabalho em altura, entre outras.

A consolidação das normas de segurança, higiene e saúde dos trabalhadores no Brasil é representada pela Portaria 3.214/1978, que estabelece as normas regulamentadoras para operacionalização dos artigos da CLT. Esse dispositivo é considerado o eixo central do sistema de proteção à saúde do trabalhador brasileiro (OLIVEIRA, 2021; SILVA, 2019).

A Lei 6.514/1977 reescreveu a CLT em relação a esses direitos, inaugurando assim a saúde e segurança do trabalho no Brasil (SILVA, 2019). Atualmente, existem 38 NRs, das quais 35 estão em vigor, e a última norma regulamentadora editada (NR-38), publicada no final de 2022, terá vigência somente a partir de 2 de janeiro de 2024 (Ministério do Trabalho).

Essas normas são fundamentais para proteger tanto os trabalhadores quanto os empregadores no local de trabalho. Entre os assuntos abordados pelas normas estão ergonomia, equipamentos de proteção individual (EPIs), sinalização de segurança e treinamentos de evacuação em casos mais graves, como incêndios (SECOM-TST, 2020).

2.3.4 Outros dispositivos

Dentre os dispositivos normativos que tratam da proteção dos direitos do trabalhador, destacam-se a Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho (Decreto nº 7.602/2011), a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981), o Dia Nacional em Memória das Vítimas de Acidentes e Doenças do Trabalho (Lei nº 11.121/2005) e o Programa Integrado de Assistência ao Acidentado do Trabalho (Portaria Interministerial nº 14/1996). Além disso, existem outros dispositivos normativos, como a Portaria nº 672/2021, que disciplina os procedimentos de segurança e saúde no trabalho.

É importante destacar que a CLT sofreu outras alterações, além da grande reforma de 1977, por meio das leis nº 7.855/1989, nº 12.740/2012, nº 12.997/2014 e nº 13.103/2015, as quais conferiram-lhe a redação atual sobre o tema (SECOM – TST, 2020).

Ademais, a CLT dispõe em seu artigo 154 que:

Art. 154 – A observância, em todos os locais de trabalho, do disposto neste Capítulo, não desobriga as empresas do cumprimento de outras

disposições que, com relação à matéria, sejam incluídas em códigos de obras ou regulamentos sanitários dos Estados ou Municípios em que se situem os respectivos estabelecimentos, bem como daquelas oriundas de convenções coletivas de trabalho (BRASIL, 1943).

As normas que protegem a saúde e segurança do trabalhador incluem não apenas leis e regulamentos nacionais, como o Decreto nº 7.602/2011 e a Lei nº 6.938/1981, mas também convenções internacionais como a Convenção n. 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada pelo Brasil em 1992 (SECOM - TST, 2020).

A Convenção n. 155 define saúde de modo amplo, não só como ausência de doenças, mas também incluindo fatores físicos e mentais relacionados à segurança e higiene no trabalho, seguindo a concepção da Organização Mundial da Saúde (OMS) de bem-estar biopsicossocial (FELICIANO; PASQUALETO, 2020).

E ainda, as normas estaduais e municipais e acordos coletivos também orientam a proteção do direito do trabalhador à saúde, higiene e segurança no trabalho.

Em 2019, o Decreto nº 7.602/11 foi revogado e seu conteúdo foi incorporado pelo Decreto nº 10.088/19, que consolidou normas do Poder Executivo Federal sobre convenções e recomendações da OIT ratificadas pelo Brasil. Além da Convenção nº 155 da OIT, que trata da saúde e segurança no trabalho, outras convenções relevantes incluídas no novo decreto são a Convenção nº 161 sobre Serviços de Saúde do Trabalho, a Convenção nº 167 e a Recomendação nº 175 sobre Segurança e Saúde na Construção, e a Convenção nº 148 sobre Proteção dos Trabalhadores contra Riscos Profissionais (BRASIL, 2019).

É possível constatar que a proteção do direito à saúde, higiene e segurança do trabalho é abordada por um amplo conjunto normativo. A questão é tratada tanto por normas previstas na legislação, em especial o capítulo V do Título II da CLT, quanto por Normas Regulamentadoras e outras normas técnicas emitidas pelo Poder Executivo. Existem normas gerais e especiais que se aplicam a categorias e atividades específicas.

O direito à saúde e à segurança do trabalho é um direito fundamental, garantido pela Constituição Federal e também sustentado pelo princípio da dignidade da pessoa humana. No entanto, apesar do amplo regramento, ainda existem desafios para a efetiva garantia desses direitos sociais aos trabalhadores.

2.4 NORMAS DE GERAIS PROTEÇÃO E O TRABALHO REMOTO

A regulamentação relativa à saúde, higiene e segurança do trabalho é extensa, mas ainda não aborda adequadamente a proteção dos direitos dos trabalhadores remotos, considerando a fragilidade da regulamentação dessa modalidade de trabalho. É necessário examinar mais profundamente como as normas gerais de proteção aos regimes de teletrabalho e *home office* estão sendo conformadas pelo ordenamento jurídico (ALVES; DUTRA, 2022).

A falta de supervisão direta do empregador em ambientes remotos pode expor os trabalhadores a riscos ocupacionais e doenças físicas e psicológicas (MESQUITA; SOARES, 2020). A pandemia de covid-19 acelerou a adoção em massa desses regimes, sem planejamento ou capacitação adequada, e muitos trabalhadores não possuem as condições psicológicas e ergonômicas necessárias para trabalhar em casa (VITAL; BRAGA, 2021; TENÓRIO, 2021; TST, 2020). A falta de equipamentos adequados, espaço, socialização e dificuldade de desconexão podem prejudicar a saúde do trabalhador (MESQUITA; SOARES, 2020).

O cenário atual ainda não permitiu a adequada regulamentação do teletrabalho, mesmo após a reforma trabalhista de 2017 (Lei nº 13.467/2017), que não enfrentou pontos fundamentais de proteção ao trabalhador (VITAL; BRAGA, 2021). A reforma trabalhista introduziu o artigo 75-E na CLT, que exige que os empregadores instruem seus trabalhadores a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho, e o parágrafo único que exige que o trabalhador siga as instruções fornecidas pelo empregador (BRASIL, 2017; BRASIL, 1943).

A responsabilidade pela prevenção de doenças e acidentes de trabalho acabou sendo transferida para os próprios trabalhadores (ALVES; DUTRA, 2022). No entanto, o dispositivo deixou lacunas em relação à responsabilidade em caso de acidente ou doença ocupacional ou do trabalho (FELICIANO; PASQUALETO, 2020). Aplica-se, portanto, as disposições gerais do Código Civil, que prevê a obrigação de indenizar aquele que causar danos (BRASIL, 2002).

A questão que surge é se a responsabilidade do empregador é subjetiva ou objetiva, considerando o parágrafo único que enseja a possibilidade de responsabilidade objetiva do empregador nos casos em que a atividade econômica realizada por ele ofereça riscos significativamente elevados aos trabalhadores, devido às suas características peculiares.

Na mesma linha, a tese de repercussão geral do STF, consagrada no Tema 932, estabelece o seguinte (FELICIANO; PASQUALETO, 2020):

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 (FELICIANO; PASQUALETO, 2020, p. 114).

Além disso, a responsabilidade civil objetiva do empregador pode ser considerada se a conduta resultar em lesão ao meio ambiente de trabalho, de acordo com o artigo 14, § 1º, da Lei nº 6.938/1981, respeitando as disposições dos artigos 225, § 3º, da Constituição, que estabelece a obrigação de reparar os danos causados ao meio ambiente, e 200, VIII, que considera o meio ambiente do trabalho como parte do conceito de meio ambiente humano (FELICIANO; PASQUALETO, 2020).

Portanto, no caso de teletrabalho, em que o ambiente de trabalho inclui o espaço privado do trabalhador, a empresa pode ser responsabilizada pelos danos decorrentes de acidentes de trabalho ocorridos nesses casos. No entanto, na prática, é mais difícil estabelecer a relação de causalidade e a culpa do empregador, apesar da comprovação do dano não ser tão complicada (DELGADO; DELGADO, 2017).

A proteção da segurança e saúde do teletrabalhador envolve também a infraestrutura para o teletrabalho, conforme o artigo 75-D da CLT, também inserido pela reforma de 2017, dispõe que:

Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito. Parágrafo único. As utilidades mencionadas no caput deste artigo não integram a remuneração do empregado (BRASIL, 2017; BRASIL 1943).

A CLT não especifica a obrigatoriedade do empregador fornecer estrutura e equipamentos necessários para o teletrabalho, deixando essa questão para negociação entre as partes. Isso pode resultar no ônus ser colocado no empregado, o que é incompatível com o artigo 2º da CLT.

A falta de clareza na lei gera preocupações com relação à ergonomia do mobiliário, o que pode comprometer a saúde e a segurança dos trabalhadores remotos. A abertura para negociação pode prejudicar a adequação ergonômica do ambiente de trabalho remoto. (DELGADO; DELGADO, 2017; FELICIANO, PASQUALETO, 2020). A questão da jornada de trabalho também é um ponto de preocupação relevante.

O teletrabalho foi incluído no rol de exceções às normas gerais de duração do trabalho pela reforma trabalhista de 2017, através do inciso III do artigo 62 da CLT. Essa exclusão do regime de duração e controle de jornada gerou polêmica, pois retirou do teletrabalhador o direito a horas extras, adicional noturno, hora noturna, intervalos e suas integrações. No entanto, a presunção de que o teletrabalho é incompatível com o controle de horários é relativa, e com a tecnologia atualmente disponível, é perfeitamente possível desenvolver instrumentos e protocolos de controle mais precisos do que o controle presencial direto.

Os trabalhadores remotos tendem a trabalhar por períodos mais prolongados do que aqueles que trabalham no local físico do empregador, o que aumenta a área cinzenta entre o tempo de trabalho e o direito à desconexão. O teletrabalho pode impactar significativamente a duração e a organização do tempo dos trabalhadores remotos, e a Reforma facilitou a intensificação dos tempos de trabalho, abrindo espaço para o avanço de doenças físicas e transtornos mentais decorrentes do excesso de jornada.

A Lei nº 14.442 de 2022 restringiu a exceção do inciso III, do artigo 62, aos teletrabalhadores que prestam serviço por produção ou tarefa, bem como incluiu o § 3º ao art. 75-B, diminuindo a controvérsia nesse ponto específico.

A proteção à saúde, higiene e segurança do trabalhador em regime remoto é tratada de forma limitada na CLT, sendo mencionada apenas por esses dispositivos. Além disso, de acordo com Maurício Godinho Delgado, o art. 134 da CLT, que trata das férias anuais remuneradas, se aplica ao regime de teletrabalho. E conclui:

Em suas novas regras sobre o teletrabalho, a CLT ainda não enfrentou temas candentes como as limitações à tendência de exacerbação da disponibilidade obreira às demandas do trabalho no ambiente virtual e o denominado “direito à desconexão” — temas que são importantes na dinâmica desse novo regime laborativo. A par disso, não determinou a fixação imperativa de qualquer custo ao empregador — que absorve, evidentemente, os riscos do empreendimento (art. 2º, caput, CLT) —, referindo-se apenas à previsão “em contrato escrito” (art. 75-D, CLT). Abre-se, portanto, significativo espaço à interpretação e à integração jurídicas nesse novo segmento jurídico laborativo (DELGADO, 2019, p. 1070).

Ainda que haja regulamentação sobre o teletrabalho na lei, as normas existentes são insuficientes e vagas, o que tem levado à apresentação de projetos de lei que buscam estabelecer regras mais detalhadas para essa modalidade de trabalho, especialmente considerando sua crescente relevância desde a pandemia da COVID-19.

Atualmente, existem diversos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional que tratam diretamente do teletrabalho ou de temas correlatos, como a regulação da duração e controle da jornada de trabalho, a definição da responsabilidade do empregador por acidentes de trabalho e infraestrutura, e a exigência de capacitação dos empregados em TICs (VITAL; BRAGA, 2021; FELICIANO; PASQUALETO, 2020).

Devido à fragilidade na atual regulamentação do teletrabalho, há uma grande quantidade de propostas de inovações legislativas que buscam estabelecer normas mais detalhadas e abrangentes sobre o tema. É fundamental que essa nova regulamentação leve em consideração os pontos que podem afetar a saúde física e mental dos trabalhadores, como o tempo de trabalho, a desconexão, a ergonomia e a responsabilidade em caso de acidentes e doenças relacionadas ao trabalho.

Enquanto não houver regulamentação suficiente, o Poder Judiciário deverá decidir questões as controvérsias no caso concreto. Já existem decisões importantes, como a determinação de que o empregador deve arcar com os custos para a aquisição de equipamentos necessários para que o trabalhador possa desempenhar suas funções. (FELICIANO; PASQUALETO, 2020; VITAL; BRAGA, 2021).

Nesse sentido, jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região:

EMENTA: TRABALHO REMOTO. REEMBOLSO PELA UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTOS PRÓPRIOS. A previsão contida no art. 75-D da CLT e no art. 4º, § 3º da Medida Provisória nº 927/2020 não altera a responsabilidade do empregador por todas as despesas decorrentes da prestação de serviços em regime de teletrabalho/trabalho remoto e, muito menos, transfere os custos da produção ao empregado, à luz do que dispõe o art. 2º da CLT. Portanto, é procedente o pedido de reembolso do empregado que utilizou recursos próprios para exercer as atividades laborais por meio de trabalho remoto. (TRT18, RORSum – 0010274-62.2021.5.18.0001, Rel. PLATON TEIXEIRA DE AZEVEDO FILHO, 2ª TURMA, 24/06/2022).

De acordo com a Pesquisa de Jurisprudência do TST, não há uma Súmula, Precedente Normativo ou Orientação Jurisprudencial sobre o teletrabalho, embora haja diversos julgados sobre o assunto. Portanto, ainda não há um entendimento consolidado que possa orientar com clareza as questões não esclarecidas pela lei (DELGADO; DELGADO, 2017).

Como o tema é relativamente novo, apenas o tempo e a experiência prática poderão fornecer informações mais precisas e permitir uma reflexão mais aprofundada sobre a

matéria (SILVA, 2019; MELO, 2022). Devido à insuficiente proteção jurídica no ordenamento trabalhista brasileiro, muitas questões relacionadas à saúde, higiene e segurança dos trabalhadores em regime de teletrabalho ainda serão objeto de amplo debate nos tribunais (SILVA, 2019; MELO, 2022).

Por fim, é importante destacar a Nota Técnica 17, criada pelo Ministério Público do Trabalho em setembro de 2020, como um instrumento relevante sobre o tema do teletrabalho. A Nota tem como objetivo interpretar e sistematizar as normas nacionais e internacionais sobre a matéria, fornecendo orientações para proteger a saúde e os demais direitos fundamentais dos teletrabalhadores (VITAL; BRAGA, 2021). Através da Nota Técnica, o MPT propõe diretrizes para empresas, sindicatos e órgãos da Administração Pública a fim de garantir a proteção dos trabalhadores em trabalho remoto ou *home office* (MPT, 2020).

Entre as medidas sugeridas pela Nota Técnica, estão: a observância dos parâmetros ergonômicos, a garantia da aplicação da NR 17, anexo II, prevendo capacitação e intervalos para descanso, repouso e alimentação, a fim de evitar sobrecarga psíquica e muscular estática de pescoço, ombro, dorso e membros superiores, e a adoção de medidas de segurança, como intervalos e exercícios laborais (MPT, 2020).

3. CONCLUSÃO

Apesar das normas existentes que protegem o direito à saúde, higiene e segurança do trabalho, incluindo a CLT, as Normas Regulamentadoras e as Convenções da OIT, ainda existem desafios para garantir esses direitos sociais aos trabalhadores remotos.

Embora a CLT tenha introduzido o tema da proteção à saúde, higiene e segurança do teletrabalhador em 2017, a regulamentação ainda é insuficiente e imprecisa. A ausência de regulamentação adequada do trabalho remoto pode colocar em risco a saúde física e mental dos trabalhadores, especialmente considerando a adoção repentina e em grande escala do teletrabalho durante a pandemia de COVID-19.

É crucial regulamentar o tema do teletrabalho de forma mais abrangente e cautelosa, levando em consideração pontos como a duração do trabalho, a ergonomia do ambiente de trabalho, a responsabilização do empregador em caso de acidentes e doenças relacionadas ao trabalho, a fiscalização do teletrabalho, entre outros. Até que haja regulamentação suficiente, o Poder Judiciário deverá decidir questões e controvérsias no caso concreto.

4. REFERÊNCIAS

ALVES, Marcelo Fernandes; DUTRA, Lincoln Zub. TELETRABALHO/HOME OFFICE: riscos quanto as condições de trabalho, impactos e responsabilidades dos empregadores. Revista

Jurídica Editora Mizuno, Leme, SP, v. 1, n. 2, p. 1-35, 17 dez. 2022. Disponível em: <https://editoramizuno.emnuvens.com.br/revista/article/view/15/9>.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

Decreto-Lei 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm.

Decreto nº 10.088, de 5 de nov. de 2019. Consolida atos normativos editados pelo Poder Executivo Federal que dispõem sobre a promulgação de convenções e recomendações da Organização Internacional do Trabalho – OIT ratificadas pela República Federativa do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5.

Lei nº 12.551, de 15 de dezembro de 2011. Altera o art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para equiparar os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12551.htm.

Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm.

Lei nº 14.442, de 2022. Dispõe sobre o pagamento de auxílio-alimentação ao empregado e altera a Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976, e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2022/lei/L14442.htm.

Medida Provisória 927/2020. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 18. Ed. São Paulo: Ltr, 2019.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à lei n. 13467/2017. São Paulo: Ltr, 2017. 381 p.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; PASQUALETO, Olívia de Quintana Figueiredo. Teletrabalho, saúde e segurança do trabalho e regulamentação estatal: pandemia, aprendizados e perspectivas futuras. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3. Região. Belo Horizonte, v. 66, n. 102, item 01, p. 107-127, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://sistemas.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/70553/Revista%20TRT-3%2c%20v.%2066%2c%20n.%20102-107-127.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

FELIPPE, Gabriela de Carvalho. A internet e as novas tecnologias na relação de trabalho: teletrabalho/home office e a jornada de trabalho. 2018. 121 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://repositorio.pucsp.br/bitstream/handle/21949/2/Gabriela%20de%20Carvalho%20Felippe.pdf>.

MELO, Vanessa Siqueira. DIREITO À DESCONEXÃO NO TELETRABALHO COMO DIREITO HUMANO À SAÚDE DO TRABALHADOR. 2022. 205 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ufms.br/retrieve/a7a38b6d-e6e7-42a7-8146-3160c1fe16a7/Vanessa%20Siqueira%20Melo-Dissertacao.pdf>.

MESQUITA, Driely Fernanda; SOARES, Mirelle Inácio. Ergonomia na era do teletrabalho: impactos para a saúde e segurança do trabalho. 2020. 15 f. Monografia (Especialização Segurança do Trabalho), Fundação Educacional de Lavras, Lavras, 2020. Disponível em: <http://dspace.unilavras.edu.br/bitstream/123456789/535/1/Artigo%20Driely.pdf>.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO – MPT. Nota Técnica nº 17/2020 do Grupo de Trabalho Nacional COVID-19 e do Grupo de Trabalho Nanotecnologia/2020. Brasília, 10 set. 2020. Nota Técnica para a atuação do Ministério Público do Trabalho para a proteção da saúde e demais direitos fundamentais das trabalhadoras e dos trabalhadores em trabalho remoto ou *home office*. Disponível em: https://mpt.mp.br/pgt/noticias/nota-tecnica-n-17-sobre-trabalho-remoto-gt-covid-19-e-gt-nanotecnologia-1.pdf?fbclid=IwAR0qIu5h61T9U4VH-7IxcDmDfNEbXcUATURtUYamM_p7WLnzE0aaHw9q4Uc.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. A proteção da Segurança e da Saúde do Trabalhador na Evolução Histórica da Justiça do Trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, v. 25, n. 1, p. 64-79, 2021. Disponível em: <https://revista.trt10.jus.br/index.php/revista10/article/view/453/393>.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT (*INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION – ILO*). Teletrabalho durante e após a pandemia da COVID-19: Guia

prático. 2020. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_771262.pdf.

QUEIROGA, Fabiana. O trabalho e as medidas de contenção da COVID-19: Contribuições da Psicologia Organizacional e do Trabalho no contexto da pandemia. V. 1, Orientações para o home office durante a pandemia da COVID-19. Porto Alegre: Ed ARTMED, 2020. Disponível em: <https://www.sbpot.org.br/site2021/wp-content/uploads/2021/06/volume-1-orientacoes-para-o-home-office-durante-a-pandemia-da-covid-19.pdf>.

SECOM – SECRETARIA DE COMUNICAÇÃO. Tribunal Superior do Trabalho. Pandemia reforça importância da saúde e da segurança no trabalho. 2020. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/web/guest/-/pandemia-refor%C3%A7a-import%C3%A2ncia-da-sa%C3%BAde-e-da-seguran%C3%A7a-no-trabalho>.

SILVA, Homero Batista Mateus da. CLT Comentada. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

TENÓRIO, Ricardo Jorge Medeiros. A saúde mental e ergonômica no trabalho remoto no pós-pandemia. Revista Espaço Acadêmico, Maringá, v. 20, p. 96-105, abr. 2021. Disponível em: <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/58092/751375151860>.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO – TST. Secretaria de Comunicação Social do TST. Teletrabalho: O trabalho de onde você estiver. Material educativo, 1. ed. Dez. 2020. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/documents/10157/2374827/Manual+Teletrabalho.pdf/e5486dfc-d39e-a7ea-5995-213e79e15947?t=1608041183815>.

VITAL, Cyrano; BRAGA, Isabel. De dentro de casa: como a pandemia acelerou o processo de teletrabalho e os desafios que teremos que enfrentar para garantir o respeito aos direitos e à saúde de trabalhadores nesta modalidade. Labor: Revista do Ministério Público do Trabalho, Brasília, n. 11, p. 68-76, out. 2021. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/publicacoes/revista-labor/revista-labor-ano-vii-no-11-2021/@@display-file/arquivo.pdf>.

DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO RECEBIMENTO INDEVIDO DE VALORES PELOS SERVIDORES PÚBLICOS

ANDRÉ AFONSO DE MOURA SOUZA CRUZ

RESUMO: O presente artigo abordará a delicada e frequente questão do pagamento indevido de valores a servidores públicos pela Administração à luz do entendimento dos Tribunais Superiores, do Tribunal de Contas da União e da Advocacia Geral da União, concluindo com a proposta ideal de solução por meio da aplicação da técnica de ponderação entre os princípios da segurança jurídica e da vedação ao enriquecimento sem causa.

Palavras-chave: pagamento indevido; servidores públicos; (des)necessidade de ressarcimento ao Erário.

ABSTRACT: This article will discuss the delicate and routine issue of undue payment of amounts to public servants by the Administration in light of the understanding of the Superior Courts, the Federal Audit Court and the Federal Attorney General's Office, concluding with the ideal proposed solution through the application the technique of balancing the principles of legal certainty and the prohibition against unjust enrichment.

Keywords: improper payment; public servants; (un)need for reimbursement to the Treasury.

1.INTRODUÇÃO

Nos termos do art. 46 da Lei nº 8.112/1990, as reposições e indenizações ao erário, atualizadas até 30 de junho de 1994, serão previamente comunicadas ao servidor ativo, aposentado ou ao pensionista, para pagamento, no prazo máximo de trinta dias, podendo ser parceladas, a pedido do interessado.

Referido dispositivo prevê duas situações distintas que possuem mesma consequência jurídica: o dever de ressarcimento ao Erário pelo servidor público.

Enquanto a indenização pressupõe necessariamente a prática de um ato ilícito pelo servidor público, o termo reposição é mais amplo, abarcando também aquelas situações em que ao servidor é imposto o dever de ressarcimento mesmo quando ausente qualquer ato ilícito, como por exemplo, na percepção indevida de valores em decorrência de erro (de fato ou de direito) da Administração.

A prática administrativa revela que a Administração Pública, sob o argumento de exercício do seu poder de autotutela e numa postura conservadora, impõe indiscriminadamente o dever de reposição dos valores pagos indevidamente, por meio de

descontos em contracheque, sem uma análise casuística profunda, situação que tem provocado inúmeros questionamentos tanto na seara administrativa como judicial.

Apesar da ausência de uniformidade e grande oscilação do tema na jurisprudência – tanto judicial quanto administrativa, os respectivos órgãos têm se utilizado basicamente de dois critérios para impor ou não o dever de ressarcimento para os casos de percepção indevida de valores por servidores públicos, a saber: (i) a boa fé ou má fé do servidor e; (ii) se o pagamento indevido decorre de erro de fato ou erro de direito pela Administração.

Nesse contexto, o presente artigo abordará a questão à luz do entendimento dos Tribunais Superiores, bem como do Tribunal de Contas da União e da Advocacia Geral da União, concluindo com uma proposta de solução que mais se aproxima dos princípios gerais do Direito.

2. DA JURISPRUDÊNCIA ACERCA DA MATÉRIA

2.1 DA JURISPRUDÊNCIA DA ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

A súmula nº 34 da Advocacia Geral da União dispõe: Não estão sujeitos à repetição os valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, em decorrência de errônea ou inadequada interpretação da lei por parte da Administração Pública.

O verbete foi editado no ano de 2008 e sofreu influência de reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça, dentre as quais se destacam: Resp. nº 643.709/PR e AgRg no REsp nº 711.995, Rel. Min. Felix Fischer; REsp. nº 488.905/RS, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca; AgRg no REsp nº 679.479/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves de Lima (Quinta Turma); RMS nº 18.121/RS, Rel. Min. Paulo Medina; REsp nº 725.118/RJ e AgRg no REsp. nº 597.827/PR Rel. Min. Paulo Gallotti; REsp nº 651.081/RJ, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa (Sexta Turma); MS nº 10.740/DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido (Terceira Seção).

Como se vê, a súmula estabelece dois requisitos cumulativos para afastar o dever de reposição dos valores pagos indevidamente ao servidor público, quais sejam: (a) boa fé do servidor e; (b) erro de direito cometido pela Administração ao pagar indevidamente tais valores.

Portanto, numa interpretação *contrario sensu*, caso o pagamento indevido tenha se dado por erro de fato da Administração ou se estiver presente má fé do servidor, haverá o dever de ressarcimento ao Erário dos valores percebidos indevidamente.

2.2 DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União acerca do tema é rica e longeva. Já no ano de 2007 foi editada a Súmula TCU nº 249:

SÚMULA TCU 249: É dispensada a reposição de importâncias indevidamente percebidas, de boa-fé, por servidores ativos e inativos, e pensionistas, em virtude de erro escusável de interpretação de lei por parte do órgão/entidade, ou por parte de autoridade legalmente investida em função de orientação e supervisão, à vista da presunção de legalidade do ato administrativo e do caráter alimentar das parcelas salariais.

Da mesma forma que a Advocacia Geral da União, o Tribunal de Contas também exige, para que seja dispensado o dever de reposição, que os valores pagos indevidamente ao servidor público decorram de erro de direito da Administração, além da boa fé do agente público.

Todavia, da leitura do verbete, percebe-se que a Corte de Contas trata a questão com mais rigor já que, além dos requisitos exigidos pela Advocacia Geral da União, também impõe que o erro de direito seja "escusável".

Mais recentemente, quando do julgamento do processo nº 014.624/2016-8, foi lavrado o acórdão 1120/2017 de relatoria do Min. Benjamin Zymler, fixando o seguinte enunciado que tentou esclarecer o alcance do termo "erro escusável de interpretação da lei":

[...] Para que seja dispensada a reposição de importâncias indevidamente percebidas de boa-fé, o "erro escusável de interpretação da lei" a que se refere o enunciado da Súmula TCU 249 deverá ser analisado, necessariamente, à luz do princípio da legalidade estrita, ou seja, só não haverá a devolução dos valores percebidos indevidamente quando o texto legal comportar mais que uma interpretação razoável e o intérprete, no caso, a autoridade legalmente investida em função de direção, orientação e supervisão tiver adotado uma delas, não se admitindo analogias ou interpretações extensivas que extrapolem o sentido da norma.

Desse modo, a posição do Tribunal de Contas da União pode assim ser resumida: "A reposição ao erário somente pode ser dispensada quando verificadas cumulativamente as seguintes condições: a) presença de boa-fé do servidor; b) ausência, por parte do servidor, de influência ou interferência para a concessão da vantagem impugnada; c) existência de dúvida plausível sobre a interpretação, a validade ou a incidência da norma infringida, no momento da edição do ato que autorizou o pagamento da vantagem

impugnada; e d) interpretação razoável, embora errônea, da lei pela Administração. Quando não estiverem atendidas todas essas condições ou, ainda, quando os pagamentos forem decorrentes de erro operacional da Administração, a reposição é obrigatória, na forma dos arts. 46 e 47 da Lei 8.112/1990” (Processo n. 016.682/2011-4, Acórdão 3748/2017, relator Ministro Augusto Nardes, Segunda Câmara, julgado em 09/05/2017).

Portanto, não basta a presença cumulativa da boa fé do servidor e de erro de direito da Administração, exigindo ainda o Tribunal de Contas que o erro de direito seja “escusável”, que ocorre quando há: c) existência de dúvida plausível sobre a interpretação, a validade ou a incidência da norma infringida, no momento da edição do ato que autorizou o pagamento da vantagem impugnada; e d) interpretação razoável, embora errônea, da lei pela Administração.

Por fim, sempre haverá a obrigação de reposição ao Erário em qualquer caso que o pagamento indevido tenha ocorrido por erro operacional da Administração (erro de fato), sem que seja necessário perquirir a boa ou má fé do servidor.

Nesse sentido é o enunciado fixado quando do julgamento do processo nº 010.260/2019-6, no qual foi lavrado o acórdão 6707/2020 de relatoria do Min. Marcos Bemquerer:

[...] A reposição ao erário de valores recebidos indevidamente é obrigatória, independentemente de boa-fé do beneficiário, quando se tratar de erro operacional da Administração, pois a dispensa de ressarcimento somente se admite na hipótese de erro escusável de interpretação da lei (Súmula TCU 249).

2.3 DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Superior Tribunal de Justiça, após certo período de divergência interna entre seus órgãos julgadores acerca da matéria, fixou no ano de 2012 a seguinte tese no Tema Repetitivo n. 531:

Tese firmada no Tema Repetitivo n. 531/STJ: Quando a Administração Pública interpreta erroneamente uma lei, resultando em pagamento indevido ao servidor, cria-se uma falsa expectativa de que os valores recebidos são legais e definitivos, impedindo, assim, que ocorra desconto dos mesmos, ante a boa-fé do servidor público.

Da leitura da tese, verifica-se que ela se restringiu aos casos de pagamento indevido em razão de erro de direito, dispensando o ressarcimento de tais valores em razão da

prevalência do princípio da segurança jurídica, na vertente subjetiva da proteção à confiança legítima.

Portanto, depreende-se que a posição do Superior Tribunal de Justiça para os casos de erro de direito é menos rigorosa que a do Tribunal de Contas da União, já que não exige que o erro da Administração seja “escusável”.

Já no ano de 2021, o Superior Tribunal de Justiça julgou o Tema Repetitivo n. 1009 para abarcar as situações de pagamentos indevidos por erro de fato (operacional ou de cálculo), fixando a seguinte tese:

Tese firmada no Tema Repetitivo n. 1009/STJ: Os pagamentos indevidos aos servidores públicos decorrentes de erro administrativo (operacional ou de cálculo), não embasado em interpretação errônea ou equivocada da lei pela Administração, estão sujeitos à devolução, ressalvadas as hipóteses em que o servidor, diante do caso concreto, comprova sua boa-fé objetiva, sobretudo com demonstração de que não lhe era possível constatar o pagamento indevido.

Com efeito, percebe-se que, diferentemente da Corte de Contas, o Superior Tribunal de Justiça dispensa a devolução dos valores recebidos indevidamente pelo servidor público nos casos de erro de fato, desde que, *“diante do caso concreto, comprova sua boa-fé objetiva, sobretudo com demonstração de que não lhe era possível constatar o pagamento indevido”*.

2.4 DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A discussão no âmbito do Supremo Tribunal Federal ainda parece estar amadurecendo diante da inexistência de precedentes qualificados com força vinculante acerca da questão.

No âmbito do plenário da Corte, a discussão parece estar restrita aos casos de erro de direito. Por ocasião do julgamento do Tema 0395 de Repercussão Geral (RE 638.115/CE), no qual se discutiu a constitucionalidade, ou não, da incorporação de quintos decorrentes do exercício de funções comissionadas e/ou gratificadas no período compreendido entre a edição da Lei nº 9.624/98 e a publicação da MP nº 2.225-45/2001, o Pretório Excelso modulou os efeitos da decisão para estabelecer que, *“quanto às verbas recebidas em virtude de decisões administrativas, apesar de reconhecer-se sua inconstitucionalidade, modulam-se os efeitos da decisão, determinando que o pagamento da parcela seja mantida até sua absorção integral por quaisquer reajustes futuros concedidos aos servidores”*.

Portanto, se em tais casos o pagamento indevido em razão de erro de direito deve ser mantido "até sua absorção integral por quaisquer reajustes futuros concedidos aos servidores", não há que sequer cogitar na reposição de tais valores ao Erário.

Por outro lado, as situações envolvendo erro de fato parecem restritas às turmas do Supremo Tribunal Federal.

No âmbito da 1ª Turma, ao que tudo indica, prevalece o entendimento de que a restituição seria obrigatória em caso de erro de fato, já que se exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos para dispensar a reposição dos valores recebidos indevidamente: a) auferidas de boa-fé; b) **há ocorrência de errônea interpretação da Lei pela Administração**; c) ínsito o caráter alimentício das parcelas percebidas, e d) constatar-se o pagamento por iniciativa da Administração Pública, sem ingerência dos servidores beneficiados (STF. 1ª Turma. MS 31244 AgR - Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 22/05/2020 – grifo nosso).

Por sua vez, a 2ª Turma parece privilegiar a boa fé do servidor, ainda que se trate de erro de fato da Administração (erro operacional):

[...] Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Administrativo. 3. Servidor Público Estadual. Verba recebida a maior. Pagamento espontâneo do Ente Público decorrente de erro operacional. Servidor de boa fé. Impossibilidade de restituição. Precedentes. 4. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. Sem majoração da verba honorária, tendo em vista tratar-se de mandado de segurança na origem. (ARE 1203420 AgR, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 16/08/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-183 DIVULG 21-08-2019 PUBLIC 22-08-2019) (STF - AgR ARE: 1203420 SC - SANTA CATARINA 4021958-38.2017.8.24.0000, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 16/08/2019, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-183 22-08-2019) .

2.5 QUADRO RESUMO

Os requisitos estabelecidos pelos Tribunais Superiores, Tribunal de Contas da União e Advocacia Geral da União para dispensar a devolução de valores recebidos indevidamente por servidores públicos de boa fé podem ser resumidos pelo seguinte quadro:

REQUISITOS PARA DISPENSAR A DEVOLUÇÃO DE VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE POR SERVIDORES PÚBLICOS DE BOA FÉ

	Erro de fato	Erro de Direito
AGU	Não há previsão.	Em todos os casos (Súmula AGU n. 34)
TCU	Em qualquer hipótese, não é possível dispensar a devolução (Acórdão 6707/2020).	a) ausência, por parte do servidor, de influência ou interferência para a concessão da vantagem impugnada; b) existência de dúvida plausível sobre a interpretação, a validade ou a incidência da norma infringida, no momento da edição do ato que autorizou o pagamento da vantagem impugnada; e c) interpretação razoável, embora errônea, da lei pela Administração (Acórdão 3748/2017).
STJ	Comprovação da boa-fé objetiva, sobretudo com demonstração de que não lhe era possível constatar o pagamento indevido (tema repetitivo n. 1009).	Em todos os casos (tema repetitivo n. 531).
STF	- 1ª Turma: Não é possível (STF. 1ª Turma. MS 31244 AgR - Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 22/05/2020) - 2ª Turma: Impossibilidade de restituição como regra (STF - AgR ARE: 1203420-SC, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, Julgamento: 16/08/2019, Pub.: 22/08/2019)	A reposição é dispensada ante a boa fé do servidor em tais casos (emb. decl. nos emb. decl. no RE 638.115-CE).

3. DA PROPOSTA DE SOLUÇÃO À LUZ DOS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO

Diferentemente do que ocorre com a colisão entre regras, a colisão entre princípios não se resolve pela lógica do tudo ou nada, sendo dirimida pela aplicação da lei de colisão, na qual se determina qual princípio ganha maior peso na relação de precedência condicionada e que, por conseguinte, deve regular o fato (ALEXY, 2008, p. 95).

Segundo o autor (2008, p. 108): *"O caminho que vai do princípio, isto é, do direito prima facie, até o direito definitivo passa pela definição de uma relação de preferência. Mas a definição de uma relação de preferência é, segundo a lei de colisão, a definição de uma regra. Nesse sentido, é possível afirmar que sempre que um princípio for, em última análise, uma razão decisiva para um juízo concreto de dever-ser, estão, esse princípio é o fundamento de uma regra, que representa uma razão definitiva para esse juízo concreto. Em si mesmos, princípios nunca são razões definitivas"*.

Quando se trata de pagamento indevido de valores a servidores públicos exsurge a colisão entre os princípios da segurança jurídica (na perspectiva subjetiva da proteção à confiança legítima) e o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa.

No caso da presença de má fé na percepção dos valores indevidos, não há maiores discussões, pois sequer pode se falar em legítima confiança do servidor público, razão pela qual, de fato, em todos os casos deve haver o ressarcimento ao Erário.

Por outro lado, nos casos de servidores agindo de boa fé, a controvérsia se bifurca entre as situações ocasionadas por erro de fato e erro de direito pela Administração.

Em casos de erro de direito pela Administração, à exceção do Tribunal de Contas da União, tem-se privilegiado, acertadamente, o princípio da segurança jurídica. A conclusão está respaldada na *"legítima confiança ou justificada expectativa, que o beneficiário adquire, de que valores recebidos são legais e de que integraram em definitivo o seu patrimônio"* (AgRg no REsp 1.263.480/CE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 9.9.2011), sobretudo ante o caráter alimentar das tais valores.

Bem se vê, portanto, que a exigência adicional do Tribunal de Contas da União de que o erro de direito seja "escusável" revela-se como desarrazoada. Ora, se a própria Administração, dotada de estrutura jurídica que lhe suporta, não foi capaz de identificar a interpretação equivocada da Lei, não se pode exigir tal mister do servidor público, exigindo-lhe a restituição de verbas alimentares recebidas em tais circunstâncias.

Todavia, nas situações envolvendo erro de fato, realmente a discussão é mais complexa.

Imaginemos a seguinte situação: em determinado momento o servidor público decide se aposentar. Por erro operacional da Administração, naquela competência o servidor recebe em duplicidade tanto a remuneração a que fazia jus no seu cargo de origem quanto os proventos de aposentadoria do instituto de previdência. Nesses casos absurdos, de fato, resta afastada a boa fé do servidor ante o flagrante e perceptível erro de fato da Administração, razão pela qual se mostra razoável a obrigatoriedade de devolução dos valores recebidos indevidamente.

Noutra vertente, imaginemos certa situação em que o servidor recebeu hora extra a maior, em montante ínfimo e imperceptível quando em cotejo com o valor total bruto indicado no seu contracheque. Nessa situação, deve ser presumida a boa fé do servidor, razão pela qual, ainda que se trate de erro de fato, revela-se como irrazoável a obrigatoriedade da reposição ao Erário.

Essa parece ser a conclusão do Superior Tribunal de Justiça no Tema Repetitivo n. 1009/STJ, já que a tese fixada na ocasião não determina o dever de reposição em todos os casos envolvendo erro de fato, permitindo, como exceção e à luz de cada caso concreto, que seja dispensado o ressarcimento quando evidenciada a *“boa-fé objetiva, sobretudo com demonstração de que não lhe era possível constatar o pagamento indevido”*.

4. CONCLUSÃO

Em síntese conclusiva, quando a Administração paga ao servidor público valores indevidos em virtude de erro de direito, deve ser privilegiada a presumida boa fé do servidor público, dispensando o dever de ressarcimento de valores percebidos indevidamente por interpretação equivocada da legislação pela Administração. Por outro lado, nos casos envolvendo erro de fato, a análise deve ser dar caso a caso, estabelecendo como regra o dever de ressarcimento de tais valores, sem prejuízo da sua dispensa quando evidenciada a boa-fé objetiva do servidor.

Por outro lado, nos casos em que o servidor público age de má fé, a consequência é peremptória, traduzindo-se na obrigatoriedade de reposição dos valores ao Erário em todos os casos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. (Coleção teoria & direito público).

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Súmula nº 34. Não estão sujeitos à repetição os valores recebidos de boa-fé pelo servidor público, em decorrência de errônea ou inadequada interpretação da lei por parte da Administração Pública. Brasília, 16 de setembro de 2008.

Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/sumulas-da-advocacia-geral-da-uniao-300416022>>. Acesso em: 14/09/2023.

Tribunal de Contas da União. Súmula nº 249. É dispensada a reposição de importâncias indevidamente percebidas, de boa-fé, por servidores ativos e inativos, e pensionistas, em virtude de erro escusável de interpretação de lei por parte do órgão/entidade, ou por parte de autoridade legalmente investida em função de orientação e supervisão, à vista da presunção de legalidade do ato administrativo e do caráter alimentar das parcelas salariais. Brasília, 09 de maio de 2007. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25753C20F0157679AA5617071&inline=1>. Acesso em: 14/09/2023.

Tribunal de Contas da União. ACÓRDÃO 1120/2017 - PLENÁRIO. Enunciado: Para que seja dispensada a reposição de importâncias indevidamente percebidas de boa-fé, o "erro escusável de interpretação da lei" a que se refere o enunciado da Súmula TCU 249 deverá ser analisado, necessariamente, à luz do princípio da legalidade estrita, ou seja, só não haverá a devolução dos valores percebidos indevidamente quando o texto legal comportar mais que uma interpretação razoável e o intérprete, no caso, a autoridade legalmente investida em função de direção, orientação e supervisão tiver adotado uma delas, não se admitindo analogias ou interpretações extensivas que extrapolem o sentido da norma. Brasília, 31 de maio de 2017. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/jurisprudencia-selecionada/*/KEY:JURISPRUDENCIA-SELEZIONADA-41098/score%20desc,%20COLEGIADO%20asc,%20ANOACORDAO%20desc,%20NUMACORDAO%20desc/0/sinonimos%3Dtrue. Acesso em: 14/09/2023.

Tribunal de Contas da União. Acórdão 3748/2017-Segunda Câmara. Enunciado: A reposição ao erário somente pode ser dispensada quando verificadas cumulativamente as seguintes condições: a) presença de boa-fé do servidor; b) ausência, por parte do servidor, de influência ou interferência para a concessão da vantagem impugnada; c) existência de dúvida plausível sobre a interpretação, a validade ou a incidência da norma infringida, no momento da edição do ato que autorizou o pagamento da vantagem impugnada; e d) interpretação razoável, embora errônea, da lei pela Administração. Quando não estiverem atendidas todas essas condições ou, ainda, quando os pagamentos forem decorrentes de erro operacional da Administração, a reposição é obrigatória, na forma dos arts. 46 e 47 da Lei 8.112/1990.. Brasília, 09 de maio de 2017. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/jurisprudencia-selecionada/*/KEY:JURISPRUDENCIA-SELEZIONADA-39827/score%20desc,%20COLEGIADO%20asc,%20ANOACORDAO%20desc,%20NUMACORDAO%20desc/0/sinonimos%3Dtrue. Acesso em: 14/09/2023.

Tribunal de Contas da União. 6707/2020 - SEGUNDA CÂMARA. Enunciado: A reposição ao erário de valores recebidos indevidamente é obrigatória, independentemente de boa-fé do beneficiário, quando se tratar de erro operacional da Administração, pois a dispensa de ressarcimento somente se admite na hipótese de erro escusável de interpretação da lei (Súmula TCU 249). Brasília, 23 de junho de 2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/documento/publicacao/%2522boa-f%25C3%25A9%2522%2520e%2520erro/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc/3>. Acesso em: 14/09/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 1.769.209 - AL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ARTIGO 46, CAPUT, DA LEI N. 8.112/1990. TESE DEFINIDA NO TEMA 531-STJ. AUSÊNCIA DE ALCANCE NOS CASOS DE PAGAMENTO INDEVIDO DECORRENTE DE ERRO DE CÁLCULO OU OPERACIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE DEVOLUÇÃO. SALVO INEQUÍVOCA PRESENÇA DA BOA-FÉ OBJETIVA. Recurso especial conhecido e improvido. Julgamento submetido ao rito dos recursos especiais repetitivos. Recorrente: UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS UFAL. Recorrido: PAULO LUIZ TEIXEIRA CAVALCANTE. Relator: Min. Benedito Gonçalves, 10 de março de 2021. Disponível em: < https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802549084&dt_publicacao=19/05/2021>. Acesso em: 14/09/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 1.244.182 - PB. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. ART. 46, CAPUT, DA LEI N. 8.112/90 VALORES RECEBIDOS INDEVIDAMENTE POR INTERPRETAÇÃO ERRÔNEA DE LEI. IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO. BOA-FÉ DO ADMINISTRADO. RECURSO SUBMETIDO AO REGIME PREVISTO NO ARTIGO 543-C DO CPC. Recurso especial não provido. Recorrente: UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA. Recorrido: MARCOS JACOME DE ALMEIDA. Relator: Min. Benedito Gonçalves, 10 de outubro de 2012. Disponível em: < https://processo.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201100591041&dt_publicacao=19/10/2012>. Acesso em: 14/09/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (plenário). RE 638115 ED-ED-SÉTIMOS / CE. [...]10. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, com efeitos infringentes, para reconhecer indevida a cessação imediata do pagamento dos quintos quando fundado em decisão judicial transitada em julgado. Quanto às verbas recebidas em virtude de decisões administrativas, apesar de reconhecer-se sua inconstitucionalidade, modulam-se os efeitos da decisão, determinando que o pagamento da parcela seja mantida até sua absorção integral por quaisquer reajustes futuros concedidos aos servidores. Por fim, quanto às parcelas que continuam sendo pagas em virtude de decisões judiciais sem trânsito em julgado, também modulam-se os efeitos da decisão, determinando que o pagamento da parcela seja mantida até sua absorção integral por quaisquer reajustes futuros concedidos

aos servidores. Embargante: SINDICATO DOS TRABALHADORES DO PODER JUDICIÁRIO FEDERAL DE SANTA CATARINA – SINTRAJUSC. Embargado: UNIÃO. Relator: Min. Gilmar Mendes, 18 de dezembro de 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343039472&ext=.pdf>>. Acesso em: 14/09/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). SEGUNDO A G .REG. E M MANDADO DE SEGURANÇA 31.244 DISTRITO FEDERAL. EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. DIREITO ADMINISTRATIVO. DEVOLUÇÃO DOS VALORES REFERENTES AOS QUINTOS E AO PERCENTUAL DE 10,87% (IPCr). IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO. VANTAGEM CONCEDIDA POR INICIATIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E EM DECORRÊNCIA DO CUMPRIMENTO DE DECISÕES JUDICIAIS. PERCEPÇÃO DE BOA-FÉ. NATUREZA ALIMENTAR DA VERBA. SEGURANÇA CONCEDIDA PARCIALMENTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. Agravante: UNIÃO. Agravado: SINDICATO DOS TRABALHADORES DO PODER JUDICIÁRIO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO NO DF-SINDJUS/DF. Relator: Min. Luiz Fux, 22 de maio de 2020. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753013997>>. Acesso em: 14/09/2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). A G .REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.203.420 SANTA CATARINA. EMENTA: Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Direito Administrativo. 3. Servidor Público Estadual. Verba recebida a maior. Pagamento espontâneo do Ente Público decorrente de erro operacional. Servidor de boa fé. Impossibilidade de restituição. Precedentes. 4. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. Sem majoração da verba honorária, tendo em vista tratar-se de mandado de segurança na origem. Agravante: ESTADO DE SANTA CATARINA. Agravado: EDO QUEIROGA. Relator: Min. Gilmar Mendes, Sessão Virtual de 09 a 15 de agosto de 2019. Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340882141&ext=.pdf>>. Acesso em: 14/09/2023.

PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA: ANÁLISE DOS DIREITOS HUMANOS VIOLADOS

CINTHIA DE OLIVEIRA FERNANDES:

Bacharel em Direito pelo Centro Universitário da Grande Dourados. Pós-graduada em Direitos Humanos pela Faculdade CERS. Assessora jurídica na Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso do Sul.39

RESUMO: O presente artigo analisa as condições precárias das pessoas que vivem em situação de rua no Brasil, colocando em evidência a ineficiência dos sistemas de proteção social brasileiros e enfatizando como a atuação do Estado perante essas pessoas se mostra omissa e ineficaz, reduzindo de forma considerável a proteção constitucional e normativa dos direitos à dignidade da pessoa humana, da família e da pessoa idosa, retrocedendo como um Estado democrático e igualitário para todos, e inobservando os direitos fundamentais dessas pessoas, como moradia, alimentação, saúde, educação, entre outros previsto no art. 6º da Constituição Federal.

Palavras-chave: pessoas em situação de rua; direitos humanos; dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT: This article analyzes the precarious conditions of people living on the streets in Brazil, highlighting the inefficiency of Brazilian social protection systems and emphasizing how the State's action towards these people is silent and ineffective, reducing considerable constitutional and normative protection of the rights to the dignity of the person, the family and the elderly, receding as a democratic and egalitarian State for all, disregarding the fundamental rights of these people, such as housing, food, health, education, among others provided for in the art. 6 of the Federal Constitution.

Keywords: homeless people; human rights; dignity of human person.

INTRODUÇÃO

O presente artigo irá abordar, sem pretensão de exaurir o tema, em virtude de sua complexidade e extensão, o contexto em que vivem as pessoas em situação de rua no Brasil, bem como os direitos fundamentais dessa população, que visam resguardar direitos como moradia, alimentação, saúde, educação, entre outros, todos previstos no art. 6º da Constituição Federal.

Ademais, a discussão terá enfoque na violação dos direitos fundamentais pelos entes federativos e nas políticas públicas que o Estado proporciona às pessoas em situação

39 E-mail: cinthia_fernandes@msn.com

de rua, identificando quais são as políticas públicas voltadas para essa população, e se essas políticas são suficientes para assegurar-lhes o mínimo existencial, para que tenham uma vida digna, ou se as políticas públicas estatais estão defasadas e não conseguem alcançar esse público.

Constitucionalmente, no rol dos direitos sociais encontra-se o direito à moradia, todavia, não é um direito assegurado a todos, visto que existe uma parte da população brasileira que vive em situação de rua, tornando essa parte da população invisível perante a sociedade e o Poder Público, pois estas situações se desencadeiam em razão da pobreza e da desigualdade social, violando gravemente a Constituição Federal.

Diante da problemática apresentada, o presente estudo delineará como se dá o acesso da população em situação de rua aos seus direitos fundamentais, e em seguida, exporá argumentos para que se realize uma reflexão teórica, iniciada pela análise sobre o perfil da população em situação de rua, com destaque aos direitos fundamentais e o direito à moradia, além de analisar a ressocialização e o acolhimento social desses sujeitos.

Ainda será abordada a Política Nacional para a População de Rua, as recentes decisões do Supremo Tribunal Federal acerca do tema, bem como quais resultados poderão ser alcançados por esta parcela da sociedade.

1. PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA: CONCEITUAÇÃO

De forma objetiva, a situação de rua se refere ao modo em que as pessoas se utilizam da rua como moradia ou pernoite, ficando em todo tipo de espaço, como pontes, marquises, viadutos, em frente a prédios públicos e privados, preferindo lugares públicos que não são utilizados durante a noite, como parques, praças, calçadas, praias, embarcações, estações de trem e rodoviárias, a margem de rodovias, abrigados em esconderijos, metrô, galerias subterrâneas e outras construções com áreas internas que possam ser ocupadas ou servir como abrigos temporários, além de depósitos e prédios que estão em desuso, porém que possam oferecer proteção do frio e da exposição à violência. Além disso, também são considerados como população de rua, aqueles que dormem em albergues e abrigos de forma preferencial ou ocasional, alterando o local de repouso noturno entre esses tipos de instituições e as ruas. (Política Nacional de Assistência Social, 2018).

Antes mesmo da implementação da Política Nacional para a população em situação de rua, proposta pelo Decreto nº 7.053/2009, já havia discussões acerca da necessidade de prover moradia para as pessoas em situação de rua. Após a implementação da Política Nacional e também do Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento (CIAMP-Rua), foram viabilizadas várias políticas sociais para as pessoas em situação de rua,

tendo grandes avanços entre o ano de 2009 até 2016, como a inclusão da Pop Rua no Cadastro Único, Consultórios na Rua e Definição da moradia como prioridade (Housing First).

No entanto, embora o país tenha avançado nas implantações voltadas para esses indivíduos, uma grande parte da sociedade reproduz comportamentos retrógrados, conservadores e antidemocráticos, ignorando essas pessoas, fazendo com que elas se tornem cada vez mais invisíveis. Por outro lado, existe uma parte da sociedade que intervém na vida dessas pessoas fazendo ações de caridade, projetos voluntários, porém temporários, que, apesar das boas intenções, não resolvem o maior problema dessas pessoas, que é a falta de moradia.

Dessa forma, as condições das pessoas em situação de rua é uma pauta que vem sendo discutida nas políticas públicas, com a complexidade e necessidade de intervenção dos campos, sendo a saúde, assistência social, habitação, educação e outros. Essas pessoas convivem com a falta de garantia e acesso aos direitos sociais conquistados pela Constituição Federal de 1988 (ABREU & SALVADORI, 2015).

A população em situação de rua apresenta uma relação variável entre o tempo na rua e os mais diversos vínculos sociais. Visualizando por esta perspectiva, faz-se interessante listar três grandes situações que, de alguma maneira, ajudam a traçar o perfil desse grupo: ficar na rua (momento circunstancial), estar na rua (a rua como o local de pernoite) ou ser de rua (a rua torna-se um espaço de moradia de forma praticamente definitiva). Logo, apesar da dignidade humana ser assegurada para todos, nos termos da lei, ela não se encontra plenamente desenvolvida e acessível a essas pessoas (VIEIRA e COL, 2004).

Frisa-se que ao ficarem em situação de rua, essas pessoas ficam expostas à insegurança, desprotegidos, sujeitos à violência permanente, e ainda são vistas como marginais por diversas vezes necessitarem se defenderem de agressões verbais e físicas, ou para não ocorrer alguma situação desagradável. A instalação das pessoas nas ruas é sinônimo de perigo pela sociedade, apenas pelo fato de morarem em rua, independente das circunstâncias que as levaram até lá (OLIVEIRA, 2011).

Além da definição do que seria população em situação de rua, a identificação dos fatores que levam estes indivíduos a viverem nas ruas deveria ser o primeiro passo na elaboração de políticas capazes de minimizar esta condição social. Questões como baixa renda e problemas com álcool e outras drogas são os principais determinantes que levam os indivíduos à situação de rua, além dos desastres naturais ou provocados pelo homem. (EARLY, 2005; UN, 2015). Contudo, independente da causa primária que leva os indivíduos para as ruas, uma das questões centrais que deve ser elencada é a falta de estrutura por parte dos Estados na defesa dos direitos. "Pessoas ficam nas ruas quando causas estruturais

aparentemente externas vão ao encontro de padrões sistêmicos da exclusão social e discriminação e os governos fracassam em lidar com os novos desafios dentro da perspectiva dos direitos humanos." (UN, 2015, p.10)

Em fevereiro de 2023, foi realizada uma pesquisa pelo IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, no Brasil, demonstrando que já no início deste ano, o número da população de rua havia superado as 281 mil pessoas que estavam em situação de rua no Brasil em 2022. Isso representa um aumento de 38% desde 2019, após a pandemia causada pela Covid-19.

Existem diversos fatores que levam as pessoas a permanecerem nas ruas, como vícios, problemas familiares, ausência de ajuda estatal, e é razoavelmente difícil elencar tais fatores com precisão, podendo ser o mais aleatório, visto que pessoas de diferentes graus de instrução se encontram nesta situação, mas um fato é que ninguém escolhe essa vida, existem razões para essas pessoas não terem onde morar, e é mais que necessário que o Estado assuma seus deveres para preservar a dignidade, a vida e os direitos que essas pessoas têm.

2. ANÁLISE DOS PRINCIPAIS DIREITOS VIOLADOS

A dignidade da pessoa humana é um dos maiores, se não o maior, fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF/88), sendo dever do Estado zelar pelos direitos humanos, com a finalidade de garantir o mínimo existencial digno para todas as pessoas. Portanto, é a partir do princípio da dignidade da pessoa humana que se deve olhar e interpretar todas as normas jurídicas ou administrativas que visam modificar, resguardar ou ampliar os direitos das pessoas em situação de rua, pois, "pensar em dignidade da pessoa humana significa, acima de tudo, colocar a pessoa humana como centro e norte para qualquer processo jurídico de interpretação, seja na elaboração da norma, seja na sua aplicação" (OLIVEIRA; LAZARI, 2018, p. 129).

Uma das principais finalidades que o princípio da dignidade da pessoa humana possui é o de colocar todo ser humano como sujeito pleno de direitos e obrigações, independentemente de qualquer tipo de discriminação. Portanto, é a partir deste fundamento da República Federativa do Brasil que serão analisados os principais direitos violados da população em situação de rua.

2.1 Direito à alimentação, ao vestuário e à moradia

O direito à alimentação, ao vestuário e à moradia constituem o tripé básico para que qualquer pessoa possa alcançar uma vida com o mínimo de dignidade. Baseado nesta

tríade, o ser humano se torna apto a conquistar melhores condições para promover um padrão de vida digno.

Enfatizando a importância destes direitos, cita-se os tratados internacionais que endossam a sua importância:

Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948): Art. 25: 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

Pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais (ONU, 1966): Art. 11: 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito, reconhecendo, nesse sentido, a importância essencial da cooperação internacional fundada no livre consentimento. **2.** Os Estados Partes do presente Pacto, reconhecendo o direito fundamental de toda pessoa de estar protegida contra a fome, adotarão, individualmente e mediante cooperação internacional, as medidas, inclusive programas concretos, que se façam necessárias para: **a)** Melhorar os métodos de produção, conservação e distribuição de gêneros alimentícios pela plena utilização dos conhecimentos técnicos e científicos, pela difusão de princípios de educação nutricional e pelo aperfeiçoamento ou reforma dos regimes agrários, de maneira que se assegurem a exploração e a utilização mais eficazes dos recursos naturais; **b)** Assegurar uma repartição equitativa dos recursos alimentícios mundiais em relação às necessidades, levando-se em conta os problemas tanto dos países importadores quanto dos exportadores de gêneros alimentícios.

Protocolo de San Salvador (OEA, 1988): Art. 12: 1. Toda pessoa tem direito a uma nutrição adequada que assegure a possibilidade de gozar do mais alto nível de desenvolvimento físico, emocional e intelectual. **2.** A fim de tornar efetivo esse direito e de eliminar a desnutrição, os Estados Partes comprometem-se a aperfeiçoar os

métodos de produção, abastecimento e distribuição de alimentos, para o que se comprometem a promover maior cooperação internacional com vistas a apoiar as políticas nacionais sobre o tema.

Observa-se, portanto, que as pessoas em situação de rua se enquadram no grupo de vulneráveis que mais sofrem com a questão da fome, vestuário e moradia. Desta forma, necessitam de uma proteção especial para que possam atingir a igualdade em dignidade e direitos em relação aos demais membros da sociedade. Reforçando este entendimento, a Convenção Interamericana sobre a Obrigação Alimentar prescreveu em seu art. 4º, que: *“Toda pessoa tem direito a receber alimentos sem distinção de nacionalidade, raça, sexo, religião, filiação, origem, situação migratória ou qualquer outro tipo de discriminação”* (OEA, 1989).

Impende ressaltar que a falta de moradia é uma das formas mais extremas de exclusão e de depreciação da dignidade da pessoa humana. Além do que, a alimentação, a moradia e a assistência aos desamparados constituem direitos fundamentais expressos no art. 6º da Constituição Federal. Portanto, é dever estatal garantir a população em situação de rua este suporte material que se configura no mínimo existencial para uma vida digna.

O Programa Minha Casa, Minha Vida, instituído pela Lei n. 11.977/2009, embora tenha ofertado a milhares de brasileiros o acesso à casa própria, não contemplou a população em situação de rua, visto que priorizou os integrantes que pertencem a um determinado grupo familiar e, é de notório saber, que as pessoas em situação de rua não estão nesta condição, muitas vezes porque foram afastadas de seus núcleos familiares, como observa-se o que está elencado no art. 3º da mencionada lei:

Art. 3º Para a indicação dos beneficiários do PMCMV, deverão ser observados os seguintes requisitos:

I - comprovação de que o interessado integra família com renda mensal de até R\$ 4.650,00 (quatro mil, seiscentos e cinquenta reais);

II - faixas de renda definidas pelo Poder Executivo federal para cada uma das modalidades de operações;

III - prioridade de atendimento às famílias residentes em áreas de risco, insalubres, que tenham sido desabrigadas ou que perderam a moradia em razão de enchente, alagamento, transbordamento ou em decorrência de qualquer desastre natural do gênero;

IV - prioridade de atendimento às famílias com mulheres responsáveis pela unidade familiar; e

V - prioridade de atendimento às famílias de que façam parte pessoas com deficiência. (BRASIL, 2009).

Por fim, é possível afirmar uma ineficiência estatal no que concerne à provisão de moradia às pessoas em situação de rua e que, dentre outras situações, as políticas habitacionais existentes, como o do Programa Minha Casa, Minha Vida, não atendem à determinada parcela da população em situação de rua, qual seja, homens solteiros e/ou sem família, pois têm como beneficiários, em geral, núcleos familiares com mulheres responsáveis pela unidade familiar.

2.3 Direito à Saúde

A falta de moradia ocasiona inúmeras consequências às pessoas em situação de rua, visto que se torna um obstáculo ao próprio direito à saúde, além de maximizar a violação a este direito humano. Da mesma forma, a falta de uma nutrição adequada é fator desencadeador de diversas doenças. Tal afirmação foi constatada na pesquisa de Efren Fernandez Pousa Junior (2012, p. 67):

Em relação à saúde: 29,7% dos entrevistados afirmaram ter algum problema de saúde, dentre os mais apontados incluem-se transtornos mentais decorrentes de consumo de drogas e álcool, deficiências físicas e mentais causadas por doenças infecto-contagiosas e complicações físicas envolvendo violência. O fator alimentação encontra-se diretamente ligado ao fator saúde: a maioria (79,6%) faz ao menos uma refeição por dia, sendo que 27,4% compram comida com o dinheiro que conseguem nas ruas. Não conseguem se alimentar todos os dias 19% dos entrevistados. Os problemas de saúde mais citados são a hipertensão (10,1%), problema psiquiátrico/mental (6,1%), AIDS (54%) e problemas de visão/cegueira (4,6%). Do espaço amostral analisado 18,7% fazem uso de algum medicamento e os Postos de Saúde são as principais vias de acesso a eles (48,6% afirmaram consegui-los por esse meio). Quando doentes 43,8% dos entrevistados procuram em primeiro lugar o hospital/setor de emergência e em segundo lugar (27,4%) procuram os Postos de saúde.

Portanto, para que qualquer ser humano possa usufruir do mais elevado nível de saúde, se faz necessário proporcionar ao indivíduo as melhores condições de bem-estar possíveis, visto que o direito à saúde não se resume ao tratamento médico/hospitalar das

patologias, já que “envolve muito mais do que cuidar de doenças que surjam, abrangendo a prevenção de condições que diminuam o bem-estar da pessoa” (OLIVEIRA; LAZARI, 2018, p. 468). Este entendimento foi bem ratificado pela Declaração Americana de Direitos Humanos (DADH):

Artigo XI. Toda pessoa tem direito a que sua saúde seja resguardada por medidas sanitárias e sociais relativas à alimentação, roupas, habitação e cuidados médicos correspondentes ao nível permitido pelos recursos públicos e os da coletividade. (OEA, 1948)

Dessa forma, ante o exposto acerca dos tratados internacionais delineados acima, e por se tratar de direito fundamental expresso na Constituição Federal, conclui-se que é dever do Estado assegurar o direito à saúde da população em situação de rua, sendo necessário levar em consideração o mais alto nível de bem-estar físico, mental e social.

2.4 Direito à Educação

No que se refere ao direito à educação, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), em seu artigo 13 (ONU, 1966), aduz que a educação é o caminho que o ser humano deve seguir para alcançar seu pleno desenvolvimento, tendo sempre como base o respeito aos direitos humanos, in verbis:

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda em que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.

Salienta-se a importância que possui o referido dispositivo, pois, ao declarar que toda pessoa tem direito à educação, deve-se ter como objetivo o fortalecimento do respeito pelos direitos humanos, incentivando-se, assim, a formação de uma sociedade mais justa e igualitária, pautada pelo respeito ao próximo e adquirindo consciência que é dever de todos cobrar do Estado a realização de políticas públicas voltadas para os grupos mais vulneráveis da população.

No que se refere às pessoas em situação de rua, de forma mais direta e objetiva, cita-se a alínea "d", §3º, do art. 13, do Protocolo de San Salvador (OEA, 1988): *"Deve-se promover ou intensificar, na medida do possível, o ensino básico para as pessoas que não tiverem recebido ou terminado o ciclo completo de instrução do primeiro grau"*. Todavia, sabe-se que a grande maioria das pessoas em situação de rua não tiveram acesso ao ensino fundamental e ao ensino médio, o que dificulta e impossibilita a introdução desta parte da sociedade nos setores de trabalho. Destaca-se, ainda, que o direito à educação constitui um direito fundamental para a Lei Maior, prevista no art. 6º da Constituição Federal.

2.5 Direito ao trabalho

Atualmente, o trabalho configura-se como o principal meio de sobrevivência dos indivíduos em uma sociedade, é por meio dele que se realiza um conjunto de atividades propostas pelo empregador com a pretensão de receber uma remuneração justa, sendo por meio desta contraprestação pecuniária que a pessoa conseguirá manter o sustento próprio e de sua família, podendo proporcionar para si e para os seus, uma vida digna. Por este motivo, a Constituição Federal (art. 7º, IV) garante o recebimento de um:

salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo. (BRASIL, 1988)

Portanto, sendo o trabalho o meio pelo qual as pessoas conseguem garantir sua subsistência, se faz necessário que o Estado seja capaz de realizar políticas públicas para qualificar as pessoas em situação de rua para o mercado de trabalho, além de promover formas em que eles consigam ser reinseridos na sociedade e, conseqüentemente, possam ser contratados, não sofram preconceito por seu passado e consigam prover o próprio sustento.

2.6 Direito à assistência social

A assistência social para as pessoas em situação de rua não está garantida apenas na Constituição Federal (artigos 6º e 194), mas também na Declaração Universal dos Direitos Humanos, e, além da população em situação de rua, devem atender qualquer outra pessoa que não tenha condições de manter o próprio sustento, seja por falta de trabalho ou por alguma doença incapacitante, sendo constituído um direito humano a ser assegurado pelo Estado, conforme preceitua o art. 25, da DUDH:

Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948): Art. 25: 1.
Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de

assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle.

Pode-se definir que a assistência social é um direito cujo conteúdo determina a atuação do Estado brasileiro frente a situações de desigualdade, vulnerabilidade e risco social, sendo essa a motivação pela qual é considerado um direito de prestação material, que exige dos poderes estatais, sobretudo do Poder Legislativo, a adoção das medidas necessárias à sua viabilização. Portanto, trata-se de uma relação que possui dois entendimentos, sendo um compreendido como direito subjetivo, que assiste a quem dele necessitar, e em outro vértice, uma obrigação de prestação jurídica e material por parte dos Poderes Públicos.

Impende destacar que em 30 de dezembro de 2005, ocorreu umas das mais importantes conquistas para a população em situação de rua com a publicação da Lei nº 11.258, a qual alterou o art. 23, da Lei nº 8.742/1993, conhecida como Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS), e estabeleceu a obrigatoriedade de criação de programas assistenciais direcionados a este contingente populacional, sendo a primeira lei a tratar da questão a nível nacional.

A Lei nº 11.258 regulamentou os artigos 203 e 204 da Constituição Federal, passando a determinar a estrutura do direito por meio de execução de uma política pública. Dessa forma, ratificou as diretrizes definidas no texto constitucional, no art. 204, ao estabelecer a primazia da responsabilidade do Estado na condução da política de assistência social em cada esfera de governo (art. 5º, II) o que reforça a centralidade e o papel do Estado nesta prestação, e como se pode observar em seu art. 1º, a LOAS define que:

[...] a assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento das necessidades básicas. (BRASIL, 1993)

Todavia, de forma contraditória, o que se nota é a ausência de políticas públicas assistenciais ou, quando presentes, ineficazes para atingir o público-alvo, tendo em vista que a quantidade e as necessidades da população em situação de rua só aumentam, e raríssimos são os casos dos indivíduos que se tornaram aptos ao ambiente de trabalho e

conseguiram promover seu próprio sustento, por meio do auxílio governamental ou da prestação de assistência social.

3. POLÍTICA NACIONAL PARA A POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA

Inicialmente, faz-se imprescindível destacar que foi a partir de um trágico acontecimento, que ficou conhecido como “Massacre da Praça da Sé”, ocorrido em 19 de agosto de 2004, em que pessoas em situação de rua foram assassinadas por meio de golpes na cabeça, que esta parte da sociedade, até então invisível e esquecida pelo Estado e o restante da população, ganhou visibilidade mediante forte comoção social. A referida tragédia é considerada um marco histórico, pois somente a partir deste fato, o Estado passou a tratar as pessoas em situação de rua como sujeitos de direitos, compreendendo suas especificidades e necessidades.

O “Massacre da Praça da Sé”, apesar de trágico, foi um marco importante para as pessoas em situação de rua sentirem a necessidade de se organizarem e buscarem meios para reivindicar seus direitos. Por isso, mediante uma proximidade com os catadores de materiais recicláveis, devido ao 4º Festival Lixo e Cidadania, promovido pela Associação dos Catadores de Materiais Recicláveis (Asmare), ocorrido em 05 de setembro de 2005 (MMA, 2005), nasce, oficialmente, o Movimento Nacional da População de Rua (FURTADO, 2017, p. 47), e, ainda no mês de setembro de 2005, foi promovido o I Encontro Nacional Sobre População em Situação de Rua pelo Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, o qual apresentou os seguintes objetivos:

Reunir os diversos atores sociais que estão desenvolvendo ações com população em situação de rua visando discutir os desafios e estratégias para construção de políticas públicas nacionalmente articuladas para população em situação de rua no país; Informar os governos municipais, organizações não-governamentais e entidades representativas da população em situação de rua sobre as iniciativas do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome (MDS) em relação às políticas de atenção à população em situação de rua; Conhecer as experiências de atuação com população em situação de rua que estão sendo desenvolvidas por governos municipais e organizações não-governamentais em capitais e municípios com mais de 300 mil habitantes presentes no Encontro; Conhecer as principais demandas que estão sendo dirigidas ao Estado, em suas três esferas administrativas, pelas entidades representativas da população em situação de rua; Discutir estratégias de participação popular e controle democrático das políticas públicas destinadas à população em situação de rua. A partir de uma referência ao contexto internacional acerca dos Direitos Humanos, faz-se necessário

destacar que, no contexto nacional, o Decreto nº. 7.053/2009, que “instituiu a Política Nacional para População em Situação de Rua e seu Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento (...)” (BRASIL, 2012a). Também é importante salientar, ainda, a implementação de forma descentralizada e articulada entre a União e os demais entes federativos para acolhimento das pessoas em situação de rua.

Foi através do Decreto nº 7.053, de 23 de dezembro de 2009 que foi instituída a Política Nacional para a População em Situação de Rua (PNPSR), medida legal para assegurar o acesso amplo, simplificado e seguro aos serviços e programas que integram as diversas políticas públicas desenvolvidas pelos órgãos do Governo Federal.

A PNPSR tem como objetivo garantir que as pessoas em situação de rua participem dos processos de controle social, e possui entre seus princípios, além da igualdade e equidade, o respeito à dignidade da pessoa humana; o direito à convivência familiar e comunitária; a valorização e respeito à vida e à cidadania; o atendimento humanizado e universalizado; e o respeito às condições sociais e diferenças de origem, raça, idade, nacionalidade, gênero, orientação sexual e religiosa, com atenção especial às pessoas com deficiência.

O Decreto nº. 7.053/2009, em seu parágrafo único do art. 1º, define a população em situação de rua como:

[...] grupo populacional heterogêneo que possui em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas como espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou com moradia provisória

É possível elencar os seguintes objetivos que a Política Nacional para População em Situação de Rua pretende realizar:

I - Assegurar o acesso amplo, simplificado e seguro aos serviços e programas que integram as políticas públicas de saúde, educação, previdência, assistência social, esporte, moradia, segurança, cultura, lazer, trabalho e renda;

II - Garantir a formação e capacitação permanente de profissionais e gestores para atuação no desenvolvimento de políticas públicas intersetoriais transversais e intergovernamentais direcionadas às pessoas em situação de rua;

III- Instituir a contagem oficial da população em situação de rua;

IV- Produzir, sistematizar e disseminar dados e indicadores sociais, econômicos e culturais sobre a rede existente de cobertura de serviços públicos à população em situação de rua;

V- Desenvolver ações educativas permanentes que contribuam para a formação de cultura de respeito, ética e solidariedade entre a população em situação de rua e os demais grupos sociais, de modo a resguardar a observância aos direitos humanos;

VI- Incentivar a pesquisa, produção e divulgação de conhecimentos sobre a população em situação de rua, contemplando a diversidade humana em toda a sua amplitude étnico-racial, sexual, de gênero e geracional, nas diversas áreas do conhecimento;

VII- Implantar centros de defesa dos direitos humanos para a população em situação de rua;

VIII- Incentivar a criação, divulgação e disponibilização de canais de comunicação para o recebimento de denúncias de violência contra a população em situação de rua, bem como de sugestões para o aperfeiçoamento e melhoria das políticas públicas voltadas a este segmento;

IX- Proporcionar o acesso das pessoas em situação de rua aos benefícios previdenciários e assistenciais e aos programas de transferência de renda, na forma da lei;

X- Criar meios de articulação entre o Sistema Único de Assistência Social e o Sistema Único de Saúde para qualificar a oferta de serviços;

XI- Adotar padrão básico de qualidade, segurança e conforto na estruturação dos serviços de acolhimento temporário, de acordo com o disposto no artigo 8º;

XII- Implementar centros de referências especializados para atendimento da população em situação de rua, no âmbito da proteção social especial do Sistema Único de Assistência Social;

XIII- Implementar ações de segurança alimentar e nutricional suficiente para proporcionar acesso permanente à alimentação de rua, com qualidade;

XIV- Disponibilizar programas de qualificação profissional para às pessoas em situação de rua, com o objetivo de proporcionar o seu acesso ao mercado de trabalho.

Os objetivos elencados demonstram a tentativa de buscar amenizar ou evitar que a população em situação de rua sofra violência, bem como que tenha ao seu alcance todos os seus direitos enquanto cidadãos.

3.1 Decisão do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 976

Recentemente, em 25 de julho de 2023, na ADPF nº 976, o ministro relator Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal, em decisão liminar, tornou obrigatória a observância pelos Estados, Distrito Federal e Municípios das diretrizes contidas no Decreto Federal nº 7.053/2009, que instituiu a Política Nacional para a População em Situação de Rua, dentre outras determinações.

Já no dia 22 de agosto de 2023, em sessão virtual do Tribunal Pleno, por unanimidade, a decisão liminar foi referendada:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, referendou a decisão que concedeu parcialmente a cautelar, tornando obrigatória a observância, pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, imediata e independentemente de adesão formal, das diretrizes contidas no Decreto Federal nº 7.053/2009, que institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua, bem como as seguintes determinações: "I) A formulação pelo PODER EXECUTIVO FEDERAL, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, do PLANO DE AÇÃO E MONITORAMENTO PARA A EFETIVA IMPLEMENTAÇÃO DA POLÍTICA NACIONAL PARA A POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA, com a participação, dentre outros órgãos, do Comitê intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento da Política Nacional para População em Situação de Rua (CIAMP-Rua), do Conselho Nacional

de Direitos Humanos (CNDH), da Defensoria Pública da União (DPU) e do Movimento Nacional da População em Situação de Rua. O plano deverá, no mínimo, conter os seguintes tópicos: I.1) Elaboração de um diagnóstico atual da população em situação de rua, com identificação do perfil, da procedência e de suas principais necessidades, entre outros elementos a amparar a construção de políticas públicas voltadas ao segmento; I.2) Criação de instrumentos de diagnóstico permanente da população em situação de rua; I.3) Desenvolvimento de mecanismos para mapear a população em situação de rua no censo realizado pelo IBGE; I.4) Estabelecimento de meios de fiscalização de processos de despejo e de reintegração de posse no país, e seu impacto no tamanho da população em situação de rua; I.5) Elaboração de diretrizes para a intervenção do Poder Público, pautadas no tratamento humanizado e não violento da população em situação de rua, englobando, entre outros, a formação e o treinamento de agentes públicos, bem como as formas de abordagens específicas aos 'hiperhipossuficientes'; I.6) Elaboração de programas de capacitação e de sensibilização de agentes públicos das áreas da saúde, assistência social, educação, segurança pública, justiça, entre outras, para atuarem junto à população em situação de rua; I.7) Incorporação na Política Nacional de Habitação das demandas da população em situação de rua; I.8) Análise de programas de transferência de renda e sua capilaridade em relação à população em situação de rua; I.9) Previsão de um canal direto de denúncias contra violência; I.10) Elaboração de medidas para garantir padrões mínimos de qualidade nos centros de acolhimento, resguardando a higiene e a segurança dos locais; I.11) Desenvolvimento de programas de prevenção de suicídio junto à população em situação de rua; I.12) Elaboração de programas educacionais e de conscientização pública sobre a aporofobia e sobre a população em situação de rua; I.13) Formulação de políticas para fomentar a saída da rua através de programas de emprego e de formação para o mercado de trabalho; I.14) Elaboração de medidas para o fortalecimento de políticas públicas voltadas à moradia, trabalho, renda, educação e cultura de pessoas em situação de rua; I.15) Indicação de possíveis incentivos fiscais para a contratação de trabalhadores em situação de rua. (II) Aos PODERES EXECUTIVOS MUNICIPAIS E DISTRITAL, bem como onde houver atuação, aos PODERES EXECUTIVOS FEDERAL E ESTADUAIS que, no âmbito de suas zeladorias urbanas e nos abrigos de suas respectivas responsabilidades: II.1) Efetivem medidas que garantam a segurança

pessoal e dos bens das pessoas em situação de rua dentro dos abrigos institucionais existentes; II.2) Disponibilizem o apoio das vigilâncias sanitárias para garantir abrigo aos animais de pessoas em situação de rua; II.3) Proibam o recolhimento forçado de bens e pertences, assim como a remoção e o transporte compulsório de pessoas em situação de rua; II.4) Vedem o emprego de técnicas de arquitetura hostil contra as populações em situação de rua, bem como efetivem o levantamento das barreiras e equipamentos que dificultam o acesso a políticas e serviços públicos, assim como mecanismos para superá-las; II.5) No âmbito das zeladorias urbanas: II.5.1) Divulguem previamente o dia, o horário e o local das ações de zeladoria urbana nos seus respectivos sites, nos abrigos, e outros meios em atendimento ao princípio da transparência dos atos da administração pública permitindo assim que a pessoa em situação de rua recolha seus pertences e que haja a limpeza do espaço sem conflitos; II.5.2) Prestem informações claras sobre a destinação de bens porventura apreendidos, o local de armazenamento dos itens e o procedimento de recuperação do bem; II.5.3) Promovam a capacitação dos agentes com vistas ao tratamento digno da população em situação de rua, informando-os sobre as instâncias de responsabilização penal e administrativa; II.5.4) Garantam a existência de bagageiros para as pessoas em situação de rua guardarem seus pertences; II.5.5) Determinem a participação de agentes de serviço social e saúde em ações de grande porte; II.5.6) Disponibilizem bebedouros, banheiros públicos e lavanderias sociais de fácil acesso para população em situação de rua; II.5.7) Realizem de inspeção periódica dos centros de acolhimento para garantir, entre outros, sua salubridade e sua segurança; II.6) Realização periódica de mutirões da cidadania para a regularização de documentação, inscrição em cadastros governamentais e inclusão em políticas públicas existentes; II.7) Criação de um programa de enfrentamento e prevenção à violência que atinge a população em situação de rua; II.8) Formulação de um protocolo intersetorial de atendimento na rede pública de saúde para a população em situação de rua; II.9) Ampla disponibilização e divulgação de alertas meteorológicos, por parte das Defesas Civas de todos os entes federativos, para que se possam prever as ondas de frio com a máxima antecedência e prevenir os seus impactos na população em situação de rua; II.10) Disponibilização imediata: II.10.1) Pela defesa civil, de barracas para pessoas em situação de rua com estrutura mínima compatível com a

dignidade da pessoa humana, nos locais nos quais não há número de vagas em número compatível com a necessidade; II.10.2) A disponibilização de itens de higiene básica à população em situação de rua. (III) Aos PODERES EXECUTIVOS MUNICIPAIS E DISTRITAL, no prazo de 120 (cento e vinte) dias, a realização de diagnóstico pormenorizado da situação nos respectivos territórios, com a indicação do quantitativo de pessoas em situação de rua por área geográfica, quantidade e local das vagas de abrigo e de capacidade de fornecimento de alimentação”. Tudo nos termos do voto do Relator. O Ministro André Mendonça acompanhou o Relator com ressalvas. Falaram: pelos requerentes Partido Socialismo e Liberdade (P-SOL) e Movimento dos Trabalhadores Sem Teto - MTST, o Dr. André Maimoni; pelo interessado Governador do Estado do Rio de Janeiro, o Dr. Marcelo Rocha de Mello Martins, Procurador do Estado; pelo *amicus curiae* Grupo de Atuação Estratégica das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital nos Tribunais Superiores – GAETS, a Dra. Fernanda Penteado Balera, e, pelos *amici curiae* Movimento Nacional da População de Rua – MNPR, Movimento Nacional de Luta em Defesa da População em Situação de Rua – MNLDPSR e Centro Gaspar Garcia de Direitos Humanos, o Dr. Daniel Sarmento. Plenário, Sessão Virtual de 11.8.2023 a 21.8.2023.

É cediço que a referida decisão visa resguardar e efetivar os direitos fundamentais das pessoas em situação de rua, fazendo com que as diretrizes instituídas pela Municípios das diretrizes contidas no Decreto Federal nº 7.053/2009, que instituiu a Política Nacional para a População em Situação de Rua sejam cumpridas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, visto que existe decreto, tratados e convenções internacionais, jurisprudências e diversas iniciativas legais dentro do ordenamento jurídico brasileiro que asseguram direitos básicos à essas pessoas e não são cumpridos.

Garantir os direitos desse grupo tão vulnerável exige uma abordagem humanitária e eficaz por parte da sociedade e do Estado, e na recente decisão da Suprema Corte, estipulou-se o prazo de 120 (cento e vinte) dias para que todos os entes federativos cumpram as diretrizes contidas no Decreto Federal nº 7.053/2009, que instituiu a Política Nacional para a População em Situação de Rua, a fim de buscar a efetivação dos direitos da população em situação de rua. A luta tem sido desafiadora, mas a esperança pode ser uma catalisadora para a mudança e a superação de tantos obstáculos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há dúvidas de que a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana nos casos das pessoas em situação de rua está longe de ser uma realidade no Brasil. O

aumento significativo dessa população é um reflexo das questões sociais e econômicas que a sociedade enfrenta e a omissão estatal contribui para a violação de tantos direitos humanos.

O Estado tem a responsabilidade de garantir o bem-estar de todos os cidadãos, incluindo as pessoas em situação de rua, o que exige a adoção de políticas públicas eficazes, programas de habitação acessíveis, serviços de saúde, além de oportunidades de emprego. A conscientização pública sobre as causas e os desafios enfrentados por esse grupo populacional é fundamental para obter apoio e pressionar por mudanças políticas.

A violação dos direitos humanos das pessoas em situação de rua é uma preocupação séria e complexa que requer uma resposta abrangente por parte do Estado e comunidade em geral.

Com a recente decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 976, espera-se que as diretrizes da Política Nacional para a População em Situação de Rua sejam efetivadas, contribuindo, desse modo, para que a dignidade das pessoas em situação de rua seja restabelecida, observando-se os objetivos fundamentais da República Federal do Brasil, especialmente no que tange a promoção do bem de todos, erradicação da pobreza e marginalização, redução das desigualdades sociais e regionais e construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

REFERÊNCIAS

ABREU, Deivid; SALVADORI, Lizandra Vaz. **Pessoas em situação de rua, exclusão social e rualização: Reflexões para o serviço social**. 2015.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 de agosto de 2023.

_____. **Decreto nº 7.053, de 23 de dezembro de 2009**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Dnn/Dnn11024.htm. Acesso em: 01 de setembro de 2023.

_____. **Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742.htm. Acesso em: 02 de setembro de 2023.

_____. **Lei nº 11.258, de 30 de dezembro de 2005**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11258.htm. Acesso em: 01 de setembro de 2023.

_____. **Lei nº 11.977, de 7 de julho de 2009.** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm. Acesso em: 01 de setembro de 2023.

_____. Superior Tribunal Federal. **ADPF nº 976 de 25 de julho de 2023.** Min. Alexandre de Moraes. Brasília-DF. 2023. Disponível em
<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6410647>>. Acesso em 03 de setembro de 2023.

EARLY, D W. **An empirical investigation of the determinants of street homelessness.** Journal of Housing Economics. 2005, 14: 27-47.

FURTADO, C. da C. **Políticas públicas e direitos humanos: o histórico de inserção da população em situação de rua no disque direitos humanos.** Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2017.

JUNIOR, Efren Fernandez Pousa. **População em Situação de Rua: Perspectivas atuais no resgate da cidadania e reinserção social.** Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo-SP. 2012. Disponível em: <https://adelpa-api.mackenzie.br/server/api/core/bitstreams/7504d405-9f2b-43d0-aa9c-5c1b12b0b050/content>>. Acesso em 03 de setembro de 2023.

OEA. **Convenção Interamericana sobre a Obrigação Alimentar.** Disponível em:
<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-54.htm>. Acesso em: 02 de setembro de 2023.

_____. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.** Disponível em:
https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm. Acesso em: 02 de setembro de 2023.

MMA. **Ministério do Meio Ambiente.** Disponível em:
<http://www.mma.gov.br/informma/item/2743-lula-e-marina-silva-abrem-encontro-sobre-lixoe-cidadania>. Acesso em: 30 de agosto de 2023.

OLIVEIRA, B. P. G.; LAZARI, R. **Manual de direitos humanos.** 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. Juspodivm, 2018, p. 129 e p.468.

ONU. **Declaração universal dos direitos humanos.** Disponível em:
<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 31 agosto de 2023.

_____. **Pacto internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em: 30 de agosto de 2023.

Política Nacional de Assistência Social – 2008 - Brasília/DF. **Política Nacional para Inclusão Social da População em Situação de Rua Para Consulta Pública.** Disponível em https://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPDH/POL%C3%8DTICA_NACIONAL_PARAINCLUS%C3%83O_DA_pop_EM_SITUA%C3%87%C3%83O_DE_RUA_2008.pdf. Acesso em 31 de agosto de 2023.

UN. United Nations. **Report of the Special Rapporteur on adequate housing as a component of the right to an adequate standard of living, and on the right to non-discrimination in this context.** United Nations: Geneve, 2015.

VIEIRA, M. A.; BEZERRA, E. M.; ROSA, C. M. M. (Orgs.). **População de rua: quem é, como vive, como é vista.** 3. ed. São Paulo: Hucitec, 2004.

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 110: O CASO DO CONCURSO “PIONEIROS DO TOCANTINS”

RAFAEL ANTÔNIO MACHADO BALESTRA:

Bacharel em direito, biólogo, mestre em ciências e servidor público federal vinculado ao MMA/ICMBio⁴⁰.

RESUMO: Este trabalho aborda temas concernentes à reforma constituinte e à relativização da coisa julgada, destacando como objeto de estudo o possível efeito em decorrência da Emenda Constitucional (EC) nº 110/2021 da reintegração de posse de ex servidores estatutários aos seus cargos públicos no poder executivo do Estado do Tocantins, através da convalidação de certame público de provas e títulos invalidado, notoriamente conhecido como concurso “Pioneiros do Tocantins”. A principal discussão sobre a EC nº 110/2021 gira em torno da sua validade e limites de eficácia, pois abrange questões como os efeitos concretos dela decorrentes e a possibilidade de convalidação de atos declarados nulos, mesmo que manifestamente inconstitucionais. Pela moderna teoria processual, a causa judicial transitada em julgado (coisa julgada) é apresentada como um obstáculo superável em casos excepcionais, com o objetivo de proteger direitos fundamentais e corrigir injustiças materiais. A relativização da coisa julgada permite a revisão de decisões judiciais em casos específicos, desde que haja uma justificativa adequada e respeito às normas processuais. Ações rescisórias e ações de nulidade são instrumentos jurídicos que permitem a revisão de decisões judiciais consideradas injustas ou que violam direitos fundamentais. A interpretação da Constituição pelo Supremo Tribunal Federal (STF) não é absolutamente inquestionável, conforme previsto no § 2º do artigo 102 da Constituição Federal de 1988, que exclui o Poder Legislativo do efeito vinculante do controle de constitucionalidade. No contexto da EC nº 110/2021, que teve origem na ADI nº 598/1991, a Procuradoria Geral da União ajuizou a ADI nº 7143/2022 argumentando que a emenda violou Cláusulas Pétreas da Constituição, como a segurança jurídica e a coisa julgada. O STF acolheu medida cautelar e suspendeu temporariamente os efeitos da emenda até o julgamento do mérito da ação. A evolução do pensamento jurídico, buscando conciliar a proteção dos direitos fundamentais com a estabilidade da ordem jurídica e a busca pela justiça material e processual, foi ressaltada como uma necessidade nesse contexto, na expectativa de que os resultados práticos da EC nº 110/2021 efetivamente resguardem os direitos pretendidos pelos legisladores, como legítimos representantes do Estado e dos grupos sociais que esperam por justiça e, assim, submeta-se ao Estado Democrático de Direito.

40 rbalestra@gmail.com.

Palavras-chave: Emenda Constitucional nº 110, pioneiros do Tocantins, poder constituinte reformador, direitos fundamentais, relativização da coisa julgada, segurança jurídica.

ABSTRACT: This paper addresses issues related to constitutional reform and the relativization of res judicata, highlighting as its object of study the possible effect resulting from Constitutional Amendment (EC) No. 110/2021 on the reinstatement of former statutory employees to their public positions in the executive branch of the State of Tocantins, through the validation of a public competitive examination invalidated, famously known as the "Pioneers of Tocantins" contest. The main discussion surrounding EC No. 110/2021 revolves around its validity and limits of effectiveness, as it encompasses questions such as the concrete effects arising from it and the possibility of validating acts that have been declared null, even if manifestly unconstitutional. According to modern procedural theory, res judicata, which refers to cases that have reached a final judgment, is presented as a surmountable obstacle in exceptional cases, with the aim of protecting fundamental rights and correcting material injustices. The relativization of res judicata allows for the review of judicial decisions in specific cases, provided there is an adequate justification and respect for procedural rules. Rescissory actions and actions of nullity are legal instruments that enable the review of judicial decisions considered unjust or that violate fundamental rights. The interpretation of the Constitution by the Supreme Court (STF) is not unquestionable, as provided for in §2 of Article 102 of the Federal Constitution of 1988, which excludes the Legislative Branch from the binding effect of constitutional review. In the context of EC No. 110/2021, which originated from ADI No. 598/1991, the Office of the Solicitor General filed ADI No. 7143/2022 arguing that the amendment violated the Basic Clauses of the Constitution, such as legal certainty and res judicata. The STF granted a precautionary measure and temporarily suspended the effects of the amendment pending the judgment on the merits of the case. The evolution of legal thinking, seeking to reconcile the protection of fundamental rights with the stability of the legal order and the pursuit of material and procedural justice, was emphasized as a necessity in this context, with the expectation that the practical results of EC No. 110/2021 effectively safeguard the rights intended by legislators, as legitimate representatives of the State and the social groups who await justice, thus submitting to the democratic rule of law.

Keywords: Constitutional Amendment No. 110, Pioneers of Tocantins, reforming constituent power, fundamental rights, relativization of res judicata, legal certainty.

1. INTRODUÇÃO

Do direito constitucional que, em síntese, estabelece os princípios e as normas que norteiam o sistema jurídico, surge o “constitucionalismo” que é um sistema político e jurídico, ou corrente teórica e política, que se baseia na supremacia da Constituição como fonte fundamental do direito e do poder estatal. Se caracteriza pelo estabelecimento de uma Constituição que define os direitos e deveres dos cidadãos, a organização dos poderes do Estado e os limites do exercício do poder. O constitucionalismo visa garantir a proteção dos direitos individuais e coletivos, promover a separação e o equilíbrio dos poderes, estabelecer o Estado de Direito e assegurar a participação e representação democrática (LENZA, 2016). O constitucionalismo vai além do direito constitucional, pois envolve também princípios políticos, filosóficos e sociais que sustentam a importância da Constituição como base da ordem jurídica e política de um país.

O constitucionalismo surge unida à revolução francesa e americana do século XVIII, mesmo diante da presença de documentos que já limitavam e estabeleciam direitos ao Estado. Tais documentos constitucionais propiciaram diversos direitos individuais de grande relevância à vida em coletividade as quais necessitavam ser consideradas e, portanto, regulamentadas (DWORKIN, 2008; TOCQUEVILLE, 2002).

Os direitos fundamentais sociais são aqueles que garantem a proteção dos indivíduos no âmbito social e econômico, tais como o direito à saúde, educação, trabalho, alimentação e moradia. Esses direitos são fundamentais para a existência humana digna, devendo ser protegidos e garantidos pelo Estado (CANOTILHO, 2002).

A Constituição, embora seja projetada para ser duradoura, pode necessitar de revisão devido ao progresso dos acontecimentos sociais e às demandas políticas da sociedade ao longo do tempo. Para evitar problemas decorrentes de uma rigidez constitucional, o próprio poder constituinte originário prevê a possibilidade de modificação da Constituição. Essas alterações visam a preservação e regeneração da Constituição, eliminando normas obsoletas e adicionando novas que atendam melhor aos propósitos de moldar a sociedade. Essas transformações estão previstas e regulamentadas na própria Constituição (MEIRELLES, 2018).

O poder constituinte reformador é o responsável por realizar as reformas constitucionais, com o objetivo de atualizar e adaptar a Constituição Federal às necessidades da sociedade. Além disso, este poder é o responsável por garantir a proteção dos direitos sociais, tendo em vista a evolução das necessidades e desafios sociais (DI PIETRO, 2010; LENZA, 2016).

As jurisprudências fundamentais e o constitucionalismo estão intimamente relacionados. Sabe-se que o nascimento desta foi decisivo para a materialização daquela. Portanto, definir e estudar suas correlações e efeitos práticos na sociedade é indispensável para a ampliação da compreensão sobre essas agremiações (BOBBIO, 1997; RAWLS, 2011).

As constituições, em seu geral, não são analíticas e pragmáticas, como as leis, o que propicia a essas uma necessidade de melhor detalhamento através de sistemas regulamentadores por parte de legisladores ordinários para serem aplicados aos casos que se destinam, os atos e fatos reais ou concretos (KELSEN, 2002).

Nesse contexto, o Congresso Nacional expediu, somente no ano de 2022, um total de 14 emendas à Constituição Federal de 1988, totalizando até o final daquele ano, 114 emendas à Carta Magna desde sua promulgação em 1989 (BRASIL, 2023).

Entre essas, foi promulgada pelo Congresso Nacional, em 15 de março de 2021, a Emenda Constitucional (EC) nº 110 que acrescenta o art. 18-A ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição Federal (CF) de 1988, para dispor sobre a convalidação de atos administrativos praticados no Estado do Tocantins entre 1º de janeiro de 1989 e 31 de dezembro de 1994, *in verbis* (BRASIL, 2021):

Art. 1º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 18-A:

Art. 18-A. Os atos administrativos praticados no Estado do Tocantins, decorrentes de sua instalação, entre 1º de janeiro de 1989 e 31 de dezembro de 1994, eivados de qualquer vício jurídico e dos quais decorram efeitos favoráveis para os destinatários ficam convalidados após 5 (cinco) anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

A EC nº 110/2021 resultou da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 397/2017 e visa objetivamente legitimar condutas administrativas praticadas no Estado do Tocantins originárias de sua instituição e sucedidos no lapso temporal de 1º de janeiro de 1989 a 31 de dezembro de 1994.

O sistema jurídico nacional já exerce há algum tempo a presunção do feito administrativo anulável, como é apresentado no texto da Lei Federal 9.784/1999 em seu art. 54, a qual conduz a norma administrativa federal, diante da execução subsidiada específica perante estados e municípios que não usufruir de normatização típica, de acordo com o Superior Tribunal de Justiça (STJ) em sua Súmula nº 633.

Contudo, a EC nº 110/2021 valida e estabelece de forma abrangente todas as condutas administrativas praticadas dentro dos primeiros cinco anos da administração

pública estadual do Tocantins. Entretanto, essa EC entra em confronto com a conduta e percepção jurisprudencial edificada pelo Direito Administrativo, onde considera não só o prognóstico geral, mas sim, uma recuperação definida e admitida mediante cada caso concreto.

Gerando dessa maneira, entre outras possíveis repercussões, o objeto deste estudo, a demanda da revalidação de resultado de concurso público para provimento de cargos do executivo estadual, tido como irregular e, portanto, anulado, em razão da concessão de pontuações extras para os detentores dos títulos públicos certificados oficialmente pelo Estado do Tocantins, de "Pioneiros do Tocantins" (Lei nº 157/1990), ressalta-se, tema central da análise e discussão para este artigo.

A vigência da EC nº 110/2021 causa preocupação à atual administração do Estado do Tocantins, em face dos potenciais efeitos da mesma em confronto com a decisão administrativa do Estado e, em especial, com a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 598/1991 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que resultou na exoneração de diversos servidores que atuaram na origem e evolução da fundação do Estado por meio de concurso público anulado.

O ato administrativo do Estado do Tocantins, em composição de governo posterior àquele que realizou o citado concurso público, que determinou a exoneração desses servidores e cujo litígio teve seu último "combate" na arena judicial pela ADI nº 598, é parte da história de uma "batalha" que ainda está campo de "guerra".

Nessa seara, a pretensão daqueles "Pioneiros do Tocantins" que reclamam a reparação judicial ainda persiste, imbuídos pela razão de que nunca foram despojados de direitos constitucionalmente previstos, fato corroborado e potencializado pela esperada aplicação objetiva, a eles, do disposto pelo art. 18-A do ADCT/CF/88.

O objetivo deste artigo é apresentar e discutir, considerando aspectos gerais do constitucionalismo na modulação do poder constituinte reformador e a moderna teoria do direito processual, os efeitos das alterações constitucionais sobre os atos administrativos e a estabilidade da coisa julgada (processo tramitado em julgado), utilizando como modelo de estudo a Emenda Constitucional nº 110/2021.

2.METODOLOGIA

A metodologia para construção deste trabalho envolveu uma abordagem exploratória e descritiva dos temas estudados, integrando pesquisa bibliográfica, análise de processos judiciais, documentos públicos e demais materiais diversificados, objetivando organizar e consolidar a informação de interesse e construir um panorama geral sobre a reforma constituinte e a relativização do instituto da coisa julgada, com foco na EC nº

110/2021. Assim, essas diferentes fontes de pesquisa foram usadas para a descrição e discussão dos seguintes assuntos:

- O constitucionalismo e direitos fundamentais sociais no ordenamento jurídico relativos ao poder constituinte reformador, no contexto dos aspectos motivadores e condicionantes das emendas à constituição;
- A EC nº 110/2021, sua fundamentação e objetivos político-sociais, e os entendimentos doutrinários sobre suas possíveis implicações concretas nos âmbitos administrativo e judicial relativas à demanda de reintegração de posse de servidores exonerados em concurso público anulado;
- Considerações gerais sobre a imutabilidade das decisões transitadas em julgado e seu possível confronto com os efeitos retroativos de emendas constitucionais, sob o enfoque da moderna teoria do direito processual quanto à relativização da coisa julgada.

3.RESULTADOS E DISCUSSÃO

3.1. CONSTITUCIONALISMO: ASPECTOS GERAIS RELATIVOS AO PODER CONSTITUINTE REFORMADOR

O constitucionalismo é o conjunto de normas e princípios que regulam o funcionamento do Estado, tendo como objetivo a proteção dos direitos fundamentais da sociedade. Neste sentido, a Constituição Federal é o documento que define as regras fundamentais para o Estado brasileiro, estabelecendo as garantias individuais e coletivas, bem como as competências e deveres de cada poder (FERRAZ JUNIOR, 2006; 2008; NERY JÚNIOR, 2014).

Segundo Barroso (2022), o poder de limitar a validade das emendas constitucionais (reforma constitucional) é um dos poderes mais importantes da Suprema Corte, pois tal atributo acaba por interferir frontalmente com as decisões tomadas pelo Legislativo. Sobre as emendas à Constituição Federal de 1988 (CF/88), o Congresso Nacional deve seguir os procedimentos previstos no artigo 605 da CF/88, respeitando inflexivelmente as restrições impostas ao texto da emenda constitucional.

O progresso dos acontecimentos sociais pode exigir uma revisão da vontade expressa nos documentos do poder tradicional ou constituinte (FACHIN, 2009; MEIRELLES, 2018). Por isso, o próprio poder constituinte originário prediz a hipótese de um poder, por ele criado, para modificar a Lei Maior. Dessa forma, o poder constituinte originário não

precisa se demonstrar, às vezes, para transformações simplesmente pontuais (TAVARES, 2003).

Reduzem-se os resultados adversos contínuas violações da ordem constitucional. Aceita-se, então, que a constituição seja alterada, justamente com o propósito de regenerá-la, de preservá-la em sua essência, de erradicar as normas que não têm mais justificativa política, social e jurídica, de adicionar outras que revitalizem o compêndio ao qual pode satisfazer mais apropriadamente o propósito de moldar a sociedade. As transmutações são previstas e regulamentadas pela própria constituição (SILVA, 2006; LOPES JÚNIOR, 2016).

O “direito de reforma” é um termo que combina tanto o direito de emenda quanto o direito de revisão do texto (art. 3º do ADCT da CF/88), dessa maneira sendo criado pelo poder constituinte originário, o qual determina o método a seguir e quais restrições necessitam de observações. Não sendo assim a jurisdição constituinte inicial nem absoluta ou ilimitada (MENDES, 2015).

A composição dos atos legislativos segue um rito legalmente regulamentado no pergaminho constitucional sob a chancela de “processo legislativo”, expressão que possui diversos significados. Em primeiro lugar, pode ser interpretado como o meio pelo qual a jurisprudência modula seu próprio universo e constitui regras que regem a produção de outras regras. Nessa acepção, deve ser definido como o grupo de normas e princípios que regem a produção do direito objetivo, contendo normas relativas à competência de iniciativa e modo de criar, modificar ou anular normas gerais (DELGADO; CARNEIRO, 2017).

De acordo com Delgado e Carneiro (2017), o controle de constitucionalidade tem o sentido de verificar se as normas da constituição seguem a Lei Fundamental ou se as emendas à constituição estão em compêndio à constituição.

Segundo Coelho (2003), o controle de constitucionalidade é uma ferramenta essencial para preservar a proteção dos direitos fundamentais sociais, verificando a conformidade das emendas constitucionais com o ordenamento jurídico. É por meio deste controle que se garante a integridade da Constituição Federal e a proteção dos direitos sociais, evitando a ocorrência de reformas que prejudiquem os direitos fundamentais. É dever do poder constituinte reformador realizar as emendas de maneira responsável, sem prejudicar a proteção destes direitos.

De acordo com Lima e Souza (2016), a constitucionalização do ordenamento jurídico, que consolida a supremacia das constituições e a força normativa dos princípios e valores nelas contidos, é um fenômeno observado desde as mudanças sociais ocorridas no século XX, com a transição do Estado liberal ao Estado social.

Morais (2011), ressalta que o Estado Liberal se consolidou para acabar com o Estado Absoluto, clamando por uma separação entre estado, economia e independência política. O estado Social, por outro lado, caracteriza-se por disseminar os ideais de justiça social e igualdade para assegurar-se os direitos sociais da população.

Somam-se a isso os ideais de república e Estado Democrático de Direito, que podem ser entendidos como um governo popular restringido pela lei e voltado para a realização dos interesses da comunidade (GRINOVER, 2006). Nesse contexto, foi editada no Brasil a Constituição Federal de 1988, cujo objetivo é de instaurar um estado democrático que contenha por propósito a prática das jurisprudências social e individual tendo a segurança, prosperidade, desenvolvimento, igualdade e justiça como valores fundamentais para uma sociedade fraterna, pluralista e imparcial, baseada na harmonia social (MARTINS, 1999).

Para Lôbo (2006), essa nova condição afetou todas as áreas do direito e consagrou o texto constitucional como predefinição a seguir para a concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos, iniciando-se também a interpretação e aplicação do direito à luz dos valores e princípios estabelecidos na Constituição Federal de 1988.

Em nexos, o constitucionalismo e os direitos fundamentais sociais são aspectos fundamentais para o ordenamento jurídico, sendo o poder constituinte reformador e o controle de constitucionalidade ferramentas importantes para garantir a proteção destes direitos e a integridade da Constituição Federal. A defesa e a proteção destes direitos são fundamentais para a existência de uma sociedade democrática e justa, o fortalecimento e preservação do Estado Democrático de Direito (BARROS, 2001; RAMALHO, 2002; BONAVIDES, 2006; MEIRELLES, 2009).

3.2. A IMUTABILIDADE DA COISA JULGADA E A NOVA TEORIA PROCESSUAL

As Cláusulas Pétreas da CF/88 não podem ser modificadas por Emendas Constitucionais por serem dispositivos taxativamente definidos como imutáveis, portanto, limitações jurídicas ao poder constituinte derivado. Essas cláusulas constam explícitas no 60, § 4º, sendo elas: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; e os direitos e garantias individuais (MEIRELLES, 2018)

Segundo Nogueira (2019), o entendimento jurisprudencial e doutrinário consolidado, caracteriza outros elementos da Carta Magna que têm valor e, portanto, efeitos de Cláusulas Pétreas, as chamadas cláusulas pétreas implícitas, que são várias e difusas no texto constitucional, mas destaca-se para fins desse trabalho a "coisa julgada" ou "processo (causa) transitado(a) em julgado", estabelecendo-se que, após uma decisão judicial ter sido proferida e não mais cabível recurso, ela se torna definitiva e não pode ser mudada ou anulada por qualquer outro processo ou ação judicial posterior.

Isso significa que, uma vez que uma decisão tenha sido proferida e transitada em julgado, ela tem o efeito de coisa julgada terminantemente e passa a ser respeitada como verdadeira e inalterável, independentemente de qualquer outro ato ou decisão judicial posterior (MACHADO, 2015). Esse princípio é importante para garantir a estabilidade da ordem jurídica, pois evita a incerteza e a insegurança quanto à validade das decisões judiciais, e assegura a proteção da confiança da sociedade na Justiça e no Estado de Direito (LOPES JÚNIOR, 2016).

O regimento da coisa julgada remete a efetivar uma decisão aplicada pelo Poder Judiciário a estipulado conflito que a ele disponha submissão. E essa é particionada em seu geral, em dois tipos, a coisa julgada material e a coisa julgada formal (MORAES, 1996; SOARES, 2003; BERTOLDI, 2015).

A coisa julgada formal indica que em determinado processo judicial subsistiu decisão transitada em julgado, pela qual se fixou o seu termo final, sem que dela tenha subsistido recurso. A coisa julgada é estabelecida na imutabilidade da jurisprudência apenas no contexto do período em que foi editada.

Por sua vez, a coisa julgada material é a carácter específico da imutabilidade e indiscutibilidade, ou de forma mais direta a autoridade de que é investida determinada sentença de mérito. Assim, a coisa julgada material se destina a garantir a seguridade convencional das conexões jurídicas, contendo qualquer decisão contrária a respeito do mesmo pleito (ALVIM; ALVIM NETO, 2018).

No entanto, como as demandas sociopolíticas diferem no espaço e evoluem no tempo, a moderna teoria processual tem levado a uma relativização da concepção tradicional da coisa julgada, a qual é tradicionalmente vista como absoluta e inquestionável. Essa relativização é baseada na ideia de que a coisa julgada não é um fim em si mesma, mas sim um meio para alcançar a justiça processual e material (GRECO FILHO, 2013).

De acordo com a nova concepção, a coisa julgada não é vista como uma barreira intransponível à revisão da decisão judicial, mas sim como um obstáculo a ser superado somente em casos excepcionais, em que há uma necessidade de proteção de um direito fundamental ou de correção de uma injustiça material (BANDEIRA DE MELO, 2009). Dessa forma, a relativização da coisa julgada permite a revisão de decisões judiciais em casos específicos, desde que haja justificativa adequada e respeito às normas processuais que regulam a revisão. Isso significa que, em alguns casos, a revisão de uma decisão anterior pode ser permitida, desde que atenda aos requisitos e pressupostos legais previstos em lei, como ocorre com as ações rescisórias e ações de nulidade (MEDINA, 2012; ARENHART, 2016).

Além disso, a relativização da coisa julgada também permite a interpretação dinâmica das decisões judiciais, considerando as transformações sociais, econômicas e políticas que ocorrem ao longo do tempo. Isso é fundamental para garantir a evolução da jurisprudência e a adequação da Justiça às novas realidades sociais (BEVILÁQUA, 2011).

Em síntese, conforme entendimento de Machado (2015) corroborado por Nogueira (2019), a moderna teoria processual e a relativização da coisa julgada representam uma evolução do pensamento jurídico, buscando equilibrar a proteção dos direitos fundamentais e a estabilidade da ordem jurídica, com a busca da justiça material e processual.

De acordo com Liebman (2009), as nulidades carecem de uma imputação por meio de recurso, ou por meio de ação judicial autônoma, a qual não deixa de ser uma referência à *querela nullitatis* ou ação de nulidade, uma ação de conhecimento que visa anular uma decisão anterior proferida em um processo judicial, por motivos como a falta de competência do juiz, a ausência de defesa técnica, a inobservância de alguma formalidade processual essencial, entre outros aspectos de ordem formal. Para a nulidade ser declarada, é necessário que o vício seja evidente e que tenha afetado o resultado da decisão anterior (OLIVEIRA, 2009).

Já as ações rescisórias tem a finalidade de desconstituir decisões judiciais com vícios ou irregularidades, como ausência de citação, incompetência do juízo, prevaricação ou corrupção do magistrado, desacordo com a legislação vigente ou com a jurisprudência dos tribunais superiores, entre outros. O instituto das ações rescisórias está disposto no Código de Processo Civil, em seu artigo 966, portanto só podem ser propostas em casos taxativamente previstos em lei (ZAFFARONI, 2004).

Essas ações devem restabelecer a correta interpretação e aplicação do direito com a finalidade proteger os direitos fundamentais das partes envolvidas no processo, garantindo a justiça material e processual e assegurando a efetividade dos direitos constitucionais.

A EC nº 110/2021 que, como relatado, surgiu também para enfrentar a ADI nº 598, motivou ação, em 2022, por parte da Procuradoria Geral da União (PGU) a qual ajuizou a ADI nº 7143/2022, questionando a validade e os limites de eficácia da emenda, com medida cautelar. A PGU expõe que a alteração legislativa infringiu as Cláusulas Pétreas da Constituição Federal de 1988, uma vez que essas legitimam a disjunção entre os poderes e a independência dos instrumentos federados, levando ao "(...) ultraje de princípios como o da segurança jurídica e da coisa julgada (...)” (BRASIL, 2022; CHAVES, 2003).

O STF acolheu a medida cautelar supracitada e suspendeu temporariamente os efeitos da EC nº 110/2021 até o julgamento do mérito da ação, no entanto, em decisão proferida pelo então Ministro Ricardo Lewandowski, o mesmo exclama a seguinte ponderação: “(...) verifica-se haver controvérsia jurídica relevante em torno da correta interpretação do novel art. 18-A do ADCT, tanto no que pertine aos efeitos concretos que dele decorrem quanto no que toca à possibilidade de convalidação de atos declarados nulos, porquanto manifestamente inconstitucionais, pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal em decisão cujo trânsito em julgado se deu há cerca de 30 anos (...)”.

Litígio posto à decisão da Suprema Corte, em que pese a satisfação da justiça com a resolução do mérito da causa que efetivamente proteja os direitos constitucionais legítimos às partes, respeitando a equidade no abismo entre Estado e o pequeno grupo social que pleiteia na arena da justiça a reintegração de posse aos cargos públicos dos quais estavam, em tese administrativo-jurídica, estabilizados estatutariamente, equilibrando a “balança” do juízo decisório entre o tradicional processo legal e nova teoria processual.

3.3. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 110 DE 2021

Um das principais consequência prática objetivadas pelos legisladores, muito embora não esteja explicitamente descrita no texto da emenda, em síntese e em tese, é que seja revisto o ato administrativo estadual do Tocantins, que demitiu todos os servidores admitidos em concurso público para provimento de cargos para o quadro geral do Poder Executivo do Estado do Tocantins, em 1990, conhecido como certame “Pioneiro do Tocantins”, conforme evidenciado pelo acúmulo de demandas administrativas e judiciais a partir da vigência da EC nº 110/2021.

No ano de 2017 o então senador pelo Estado do Tocantins, Vicentinho Alves, leva ao Senado a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 48/2015, a qual objetivou certificar e convalidar as práticas administrativas do Estado do Tocantins à data de sua criação. Essa PEC foi posteriormente convertida na PEC nº 397/2017 e representada diretamente pelos então deputado federal, Vicentinho Alves Júnior, filho do proponente original. A emenda decorrente, EC nº 110/2021, apesar ter sido modificada quanto ao seu texto original, manteve sua essência quanto á conceção do amparo legal a atos administrativos realizados no Estado do Tocantins, justificando assegurar a instituição do Estado em sua origem.

De acordo com Vicentinho Alves Júnior, ainda que houvesse a existência de determinados vícios jurídicos, estes seriam validados ao passar de cinco anos anunciados à data que houve sua prática a favor de seus beneficiários. Entretanto, se for comprovado má-fé em sua edição a regra se torna nula (AGÊNCIA SENADO, 2017).

No ano de 2021, o Congresso Nacional promulga a Emenda Constitucional 110/2021, a qual adenda o artigo 18-A ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, com a subsequente composição, ressalva-se: “Os atos administrativos praticados no Estado do Tocantins, decorrentes de sua instalação, entre 1º de janeiro de 1989 e 31 de dezembro de 1994, eivados de qualquer vício jurídico e dos quais decorram efeitos favoráveis para os destinatários ficam convalidados após 5 (cinco) anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé” (BRASIL, 2021).

Como mencionado, no ano de 1990, em concurso público realizado no Estado do Tocantins o qual instituiu cerca de 15.900 aprovados, dos quais a maioria eram possuidores do título público “Pioneiro do Tocantins”, concedido pelo Estado do Tocantins em reconhecimento formal, via certificação pública, ao pioneirismo daqueles que formaram a sociedade originária do Estado em sua constituição e, com isso, entraram com vantagem de trinta pontos no aludido certame. A vantagem precede ao edital do concurso decorrente da Lei nº 157, de 27 de junho de 1990, que determinava em seu art. 25, § 1º, que cidadãos possuidores do título de “Pioneiro do Tocantins”, teriam trinta pontos percentuais assegurados em concurso de provas e títulos realizado pelo Estado do Tocantins.

O STF, na ADI nº 598/1991, em 2013, após 21 anos de litígio, concluiu o processo com seu trânsito em julgado, declarando a inconstitucionalidade da expressão “inclusive para fins de concurso público de títulos e provas” contida no parágrafo único do art. 25 da Lei nº 157/1990, do art. 29 e seu parágrafo único do Decreto nº 1.520/90, e da expressão “cabendo ao ‘Pioneiro do Tocantins’, como título, 30 (trinta) pontos, nos termos do art. 25, único, da Lei nº 157/1990 e seu regulamento”, contida no item 4.4 do edital de concurso público de 15.10.90, publicado no D.O.E. de 16/10/90.

O STF na decisão sobre a ADI nº 598/1991 impetrada pelo próprio Estado do Tocantins em composição de governo posterior àquele que instituiu a Lei nº 157/1990, anulou essa lei e, conseqüentemente, todos os seus efeitos ou desdobramentos, dentre os quais o primeiro concurso público para provimento de cargos para o quadro geral de servidores do Poder Executivo do Estado.

Essa decisão causou a demissão sumária de todos aprovados, independentemente de possuidores ou não do título público em discussão; da supressão dos 30 pontos vinculados ao título em questão e reclassificação dos concorrentes (saneamento processual/solução administrativa: princípios da autonomia da discricionariedade da administração pública); da inexistência de processo administrativo respeitando os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório; e, em muitos casos, da estabilidade na função ou cargo público, uma vez atingido ou superado o período

quinquenal de vínculo efetivo para muitos daqueles servidores, o que poderia em tese, ter exaurido o prazo decadencial para os efeitos da ADI nº 598/1991.

O STF (2013), declarou a inexistência de inconstitucionalidade no título de “Pioneiro do Tocantins”, como antevisto no *caput* do art. 25 da Lei nº 157/90, conferido a servidores do Estado vinculados por outros concursos públicos posteriores àquele anulado, em comento. Porém reafirmou que ao ser empregue em concursos com favorecimento em provas e títulos, destrata o princípio constitucional que assegura a todos igualdades de condições e equidade ao ingresso em cargos públicos, visto, conforme argumentado por Hamdy (2021), (...) “o método aclamado nas regras discutidas, de forma esguelha, mas eficiente, distorce o concurso a passo de lesar a convenção constitucional em seu art. 37, II (...)”.

Ainda de acordo com Hamdy (2021), o possível induto promovido pela EC nº 110/2021, a qual, enquanto dispositivo constitucional, é abrangente e integral às práticas administrativas estabelecidas pelo Tocantins nos seus cinco primeiros anos de existência, não teria aplicação ao revés da anulação do concurso “Pioneiros do Tocantins”, visto esses não serem um grupo socio-historicamente excluído e, portanto, passíveis do alcance *ex tunc* da emenda como medida de reparação de injustiça social e política. E acrescenta que por via seja disposta a restituição aos postos na administração do Estado, decorreriam relevantes danos às contas públicas, por meio de compensações de proventos não pagos, entre outras potenciais indenizações.

Por outro lado, a principal questão que este trabalho busca discutir e sua relação com o tema abordado é que o artigo 18-A do ADCT é o elemento central da controvérsia, e não a mencionada ADI nº 598/1991.

Diante disso, constata-se a existência de uma relevante controvérsia jurídica em torno da correta interpretação e dos possíveis desdobramentos práticos do artigo 18-A do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), tanto em relação aos efeitos concretos decorrentes dele, quanto à possibilidade de convalidação de atos e fatos, sejam eles administrativos ou jurídicos, previamente declarados nulos por manifesta inconstitucionalidade pelo Plenário do STF, em decisão transitada em julgado há mais de uma década.

Conforme apresentado pela defesa dos interesses dos ex servidores nos autos do processo da ADI nº 7143/2022, a centralidade do artigo 18-A do ADCT é de extrema importância nessa discussão, destacando-se os seguintes pontos (síntese modificada do texto original):

- a) O artigo 18-A do ADCT, inserido no texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 110/2021, pode ter o potencial de restaurar atos e decisões

previamente declarados nulos, indo além da finalidade original do dispositivo, que é apenas estabelecer um prazo decadencial para a convalidação de processos cuja legalidade não tenha sido contestada em até 5 (cinco) anos a partir da data em que foram praticados, seguindo o que já existe inclusive na legislação infraconstitucional, mais precisamente no artigo 54 da Lei nº 9.784/99. Se considerarmos essa hipótese como a única razão para sua existência, isso tornaria o dispositivo desnecessário e o trabalho legislativo realizado seria inócuo, podendo inclusive violar o princípio constitucional da proibição do retrocesso legal.

b) O artigo 18-A do ADCT deve ser interpretado em consonância com o princípio da unidade da Constituição, não eliminando a garantia da intangibilidade da coisa julgada (artigo 5º, XXXVI, da CF/88), mas podendo relativizá-la de acordo com a orientação da moderna teoria processual, respeitando os preceitos constitucionais relacionados ao pacto federativo e à autonomia dos estados-membros para promoverem sua organização administrativa (artigos 1º e 18 da CF/88).

Como o artigo 18-A do ADCT existe, é válido e eficaz, e não houve incidente de inconstitucionalidade em relação a ele desde a sua proposição até sua promulgação por ampla maioria no Congresso Nacional (AGÊNCIA SENADO, 2021), é imprescindível que o Poder Judiciário proceda à sua efetivação. Caso contrário, haveria uma violação à Súmula Vinculante nº 10 pelo STF, que estabelece: "Viola a cláusula de reserva de plenário (artigo 97, CF/88) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte".

É importante ressaltar que a situação em análise não configura uma afronta à decisão do STF no caso da ADI nº 598/1991, que tratou do título "Pioneiro do Tocantins" concedido a servidores estaduais e previsto no artigo 25 da Lei nº 157/90. Nesse caso, o título em si foi mantido, como consta em uma ementa do acórdão da ADI, destacando: "O título 'Pioneiro do Tocantins', previsto no artigo 25 da Lei nº 157/90 e atribuído a servidores do Estado, não possui qualquer inconstitucionalidade". Esse fato evidencia e corrobora o posicionamento do STF, que nunca determinou a perseguição ou privação de direitos constitucionalmente garantidos aos "Pioneiros do Tocantins", como é o caso da aplicação do artigo 18-A do ADCT.

Merece ainda a ressalva, com a mesma relevância dos pontos destacados anteriormente, outras considerações relativas aos fatos ocorridos para a discussão que este trabalho propõe, quais sejam:

1. A administração do Estado do Tocantins, no ano de 1995, em consequência do processo da ADI nº 598/1991, como ação saneadora do processo administrativo, excluiu a bonificação dos 30 pontos no concurso público e reclassificou os concorrentes, readequando a ordem dos que foram efetivamente classificados e aprovados, que foram reempossados nos devidos cargos (D.O.E. n.º433, de 02 de maio de 1995), contudo, deliberadamente, em 1997, por meio de ato administrativo, através da Portaria do Estado do Tocantins nº 20/97, exonerou todos esses servidores. Vale lembrar que o Estado do Tocantins já havia impetrado a ADI nº 598 em 1992, cujo trânsito em julgado ocorreu muito tempo depois, em 2013;

2. O caso em análise, se trata de demissão sem qualquer obediência aos princípios do devido processo legal e da segurança jurídica, por meio de ato administrativo unilateral do Governador do Estado, dos servidores que estavam em pleno exercício de suas funções públicas, via concurso público há mais de 05 (cinco) anos (aqueles reclassificados que se mantiveram aprovados), portanto, em tese administrativo-jurídica, devidamente estabilizados em seus cargos estatutário.

3. No caso em apreço, não há qualquer evidência de má-fé por parte dos servidores exonerados, ainda que se entenda inconstitucional as normas do edital ou o próprio concurso público, pode ser sustentada a tese da reintegração dos servidores aos seus respectivos cargos, principalmente, após a convalidação dos atos de nomeação por força da EC nº 110, notadamente aos servidores que se efetivaram após cumprido o período quinquenal de exercício, situação que segundo a regra jurídica básica caracterizaria a decadência ao direito potestativo do Estado do Tocantins nessa contenda que, infelizmente confronta com seus pioneiros, os coadjuvantes da sua criação.

Nesse contexto, é crucial ressaltar que não se pode aceitar que os cidadãos de boa-fé fiquem indefinidamente sujeitos à arbitrariedade do Estado, enfrentando insegurança jurídica devido a possíveis equívocos iniciais da Administração Pública, mesmo que haja uma consolidação factual ao longo do tempo e incorporação na sociedade.

Diante dessa situação, torna-se evidente a importância de estender o prazo decadencial de cinco anos para a anulação de atos administrativos não jurídicos que resultem em benefícios para os destinatários, a todas as entidades federativas. Essa medida fortalecerá ainda mais a estabilidade das relações jurídicas, que é um princípio fundamental em nosso Estado Democrático de Direito. A Emenda Constitucional nº 110 foi criada com o propósito de cumprir essa missão.

Os legisladores, que são os representantes legítimos do povo, agiram com o objetivo de defender um segmento da população e corrigir situações que consideraram injustas e que geravam instabilidade jurídica na sociedade.

Portanto, a vontade popular agiu em um contexto político e de valores, exercendo sua função de determinar o conteúdo dos direitos, diante de opiniões divergentes sobre a melhor maneira de promover a segurança jurídica e a estabilidade das relações sociais.

É de suma importância destacar que a interpretação constitucional realizada pelo STF não deve ser considerada absolutamente inquestionável, uma vez que isso iria contra o § 2º do art. 102 da Constituição Federal de 1988, a saber:

§ 2º - As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Ressalva-se, esse dispositivo ***exclui o Poder Legislativo do efeito vinculante do controle de constitucionalidade***, estabelecendo que as decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzem efeito apenas em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

4. CONCLUSÃO

O principal debate suscitado por este trabalho gira em torno dos possíveis efeitos concretos decorrentes da EC nº 110/2021, bem como da possibilidade de convalidação de atos declarados nulos e inconstitucionais, seja como se apresenta diretamente como dispositivo constitucional, seja através de algum instrumento regulatório que se faça oportuno. A Procuradoria Geral da União argumenta que a emenda viola Cláusulas Pétreas da Constituição, como a segurança jurídica e a coisa julgada.

Este artigo destacou a análise da possível reintegração de posse dos ex-servidores estatutários, referente ao concurso "Pioneiros do Tocantins", por meio da convalidação do certame público de provas e títulos, previamente invalidado.

A EC nº 110/2021 está intimamente ligada a uma decisão de cunho político-valorativo e se enquadra no legítimo poder de governar das maiorias democráticas, com a tese de que a insegurança jurídica causada por equívocos da administração pública não deve afetar indefinidamente os cidadãos de boa-fé.

A soberania popular exerceu seu papel na escolha do conteúdo dos direitos diante das divergências sobre a melhor forma de promover a segurança jurídica e a estabilidade das relações sociais. Assim, os legisladores, por meio da EC nº 110/2021, agiram em defesa de um segmento da população e buscaram corrigir situações injustas e causadoras de instabilidade jurídica.

A interpretação judicial da Constituição pelo STF não pode ser absolutamente inquestionável, conforme estabelecido no § 2º do art. 102 da Constituição Federal de 1988, que exclui o Poder Legislativo do efeito vinculante do controle de constitucionalidade.

A moderna teoria processual apresenta a coisa julgada como um obstáculo superável em casos excepcionais, quando há necessidade de proteção de direitos fundamentais e correção de injustiças materiais. Nesse sentido, a relativização da coisa julgada permite a revisão de decisões judiciais em casos específicos, desde que haja justificativa adequada e respeito às normas processuais.

A aplicação da EC nº 110/2021 deve ser guiada pelos princípios constitucionais, garantindo uma análise criteriosa e justa dos casos específicos, com equidade de tratamento entre as partes envolvidas, especialmente no que diz respeito à reintegração de posse dos servidores afetados pelo concurso "Pioneiros do Tocantins". Somente dessa maneira será possível alcançar um equilíbrio entre a proteção dos direitos fundamentais e a estabilidade jurídica, em conformidade com o Estado Democrático de Direito.

A EC nº 110/2021 representa um desafio nesse contexto, sendo necessário esperar e avaliar os resultados práticos dessa emenda em garantir a efetiva proteção dos direitos pretendidos pelos legisladores, direitos estes fundamentais, como disposto no texto constitucional e, assim, a promoção da justiça material e processual tão esperada, especialmente por aqueles "pioneiros do Tocantins" prejudicados por uma honraria concedida espontaneamente pelo próprio Estado que fundaram.

5. BIBLIOGRAFIA

AGÊNCIA SENADO, Cláusula pétrea, S/D. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/glossario-legislativo/clausula-petrea>>. Acesso em: 9 fev. 2023.

ALVIM, Thereza, ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. Coisa julgada. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Processo Civil. Cassio Scarpinella Bueno, Olavo de Oliveira Neto (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/177/edicao-1/coisa-julgada>>. Acesso em: 9 fev. 2023.

ARENHART, S. C. **Direito processual civil contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Direito Processual Civil**. 22. ed. São Paulo: Editora RT, 2009.

BARROS, R. **Controle de constitucionalidade: teoria geral e processo de revisão**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Roberto. MS 37.721 AgR, j. 26-9-2022, 1ª T, DJE de 29-9-2022. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/publicacaotematica/vertema.asp?lei=5235>>. Acesso em: 10 fev. 2023.

BERTOLDI, Marcelo M. A coisa julgada no novo Código de Processo Civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 40, n.º 243, p. 43-67, mar. 2015.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Processo Civil - Teoria e Prática**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. **Direito e justiça**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL, Agência Senado. Ano de 2022 tem número recorde de emendas constitucionais. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/12/26/ano-de-2022-tem-numero-recorde-de-emendas-constitucionais>>. Acesso em: 8 fev. 2023.

BRASIL, Emenda Constitucional nº 110, de 15 de março de 2021. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc110.htm>. Acesso em: 9 fev. 2023.

BRASIL, PGR apresenta ação de inconstitucionalidade contra emenda que permitiu reintegração de "Pioneiros do Tocantins. 2022. Disponível em: <<https://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/pgr-apresenta-acao-de-inconstitucionalidade-contra-emenda-que-permitiu-reintegracao-de-201cpioneiros-do-tocantins201d>>. Acesso em: 10 fev. 2023.

CADERNO VIRTUAL, 1. Disponível em <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/caderno-virtual/article/view/2810>>. Acesso em: 8 fev. 2023.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2002.

CAVALCANTE FILHO, Prof. João Trindade. **TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS, S/D**. Disponível em: <
<https://thomsonreuters.jusbrasil.com.br/doutrina/secao/1188257231/4-direitos-fundamentais-e-as-acoes-constitucionais-processo-constitucional-brasileiro>>. Acesso em: 8 fev. 2023.

CHAVES, C. A. **Teoria geral do processo: imutabilidade da coisa julgada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

COELHO, F. **Incertezas da coisa julgada**. São Paulo: RT, 2003.

DELGADO, Mario Luiz Regis; CARNEIRO, Hamilton Gomes. STF: Análise de casos de Emendas Constitucionais Inconstitucionais. Revista Científica da Faculdade de Direito da Universidade Metropolitana de Santos. Vol. 2 – No. 1 – Julho – 2019. Legalis Scientia, ISSN-2527-1067.

DI PIETRO, M. **Direito processual civil: teoria geral**. São Paulo: Atlas, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Uma teoria do direito**. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2008.

FACHIN, L. **Ação de nulidade: aspectos atuais**. São Paulo: RT, 2009.

FERRAZ JUNIOR, T. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2006.

FERRAZ JUNIOR, T. **O constitucionalismo brasileiro: uma visão atual**. São Paulo: Atlas, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. Curso de Processo Civil. 8. ed. São Paulo: Editora **Revista dos Tribunais**, 2013.

GRINOVER, A. P. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Atlas, 2006.

HAMDY, Nile William. Revista Consultor Jurídico. Jul. 2021. Disponível em: <
<https://www.conjur.com.br/2021-jul-19/nile-hamdy-breve-debate-emenda-constitucional-1102021>>. Acesso em: 9 fev. 2023.

JESUS SOARES, Simaria de. Pesquisa Científica: uma abordagem sobre o método qualitativo. **Revista Ciranda**, v. 3, n.º 1, p. 1-13, 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002.

LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2016.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Teoria Geral do Processo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009

LIMA, Carolina Silva; SOUSA, Luana Pereira. **A constitucionalização do direito civil como garantia de Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. Brasília. 2016.

LÔBO, P. S. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006.

LÔBO, P. S. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2007.

LOPES JÚNIOR, A. Imutabilidade da coisa julgada e efeitos retroativos de emendas constitucionais. **Revista de Direito Processual**, v. 47, p. 53-65, 2016.

MACHADO, H. A nova teoria do direito processual e a relativização da imutabilidade da coisa julgada. **Revista de Direito Processual**, v. 45, p. 72-86, 2015.

MARTINS, I. **Constituição e democracia: teoria geral da constituição**. São Paulo: Atlas, 1999.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Processo Civil Contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

MEIRELLES, H. A imutabilidade da coisa julgada e a concepção da nova teoria processual. **Revista de Direito Processual**, v. 49, p. 26-40, 2018.

MEIRELLES, H. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 118.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Coisa julgada e direito intertemporal. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 21, n.º 81, p. 105-117, jan.º 1996.

MORAIS, Márcio Eduardo da Silva Pedrosa. Sobre a evolução do Estado.: Do Estado absolutista ao Estado Democrático de Direito. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n.º 2833, 4 abr. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18831>>. Acesso em: 8 fev. 2023.

NOGUEIRA, S. Imutabilidade da coisa julgada e efeitos retroativos de emendas constitucionais na nova teoria processual. **Revista de Direito Processual**, v. 51, p. 46-56, 2019.

OLIVEIRA, Cândido Rangel Dinamarco. **Instituições de Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2009.

RAMALHO, J. L. **Controle de constitucionalidade e direitos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2002.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011.

SILVA, J. C. A relativização da imutabilidade da coisa julgada na jurisprudência brasileira. **Revista de Processo**, v. 140, p. 22-34, 2006.

SOARES, José Carlos Barbosa. A coisa julgada no processo civil brasileiro. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 28, n.º 110, p. 63-78, abr. 2003.

STF – Supremo Tribunal Federal. ADI: 598 TO, Relator: Min.º PAULO BROSSARD, Data de Julgamento: 23/09/1993, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ XXXXX-11-1993 PP-24022 EMENT VOL-01725-01 PP-00031)

TAVARES, A. R. **A evolução da teoria da coisa julgada e sua aplicabilidade no direito processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2002.

ZAFFARONI, E. R. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Saraiva, 2004.

ASPECTOS POSITIVOS NA UTILIZAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DA TECNOLOGIA NOS SISTEMAS JUDICIÁRIO E CARCERÁRIO BRASILEIRO DURANTE O CENÁRIO DO COVID-19

MARIA VITÓRIA RIBEIRO WHITAKER GONZALES:
graduanda em Direito pelo Centro Universitário de Santa Fé do Sul - SP⁴¹

EDUARDO CURY
(orientador).

RESUMO: O presente trabalho foi realizado com o objetivo de analisar os aspectos positivos na efetiva utilização da tecnologia nos sistemas judiciários e carcerários brasileiro frente ao cenário do vírus Covid-19. Recursos que antes eram utilizados de forma alternativa, após o surgimento do vírus e a necessidade do isolamento social, teve de ser implementado como principal meio utilização. Pautado no Direito Penal, foi feita uma análise introdutória. Após, foram analisadas as mudanças ocorridas realizadas no Poder Judiciário e também nos métodos adotados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Em sequência, elencaram-se tópicos acerca da audiência virtual e sua legislação. Ao fim, foi tratado acerca da tecnologia inserida no sistema carcerário, além da problemática do tráfico e do contrabando, que ocorre de maneira corriqueira. O trabalho foi desenvolvido utilizando-se a revisão de literatura pautada em pesquisas bibliográficas, por meio de pesquisas em sites, doutrinas, artigos e legislações, analisando o entendimento e as consequências sobre a temática.

Palavras-chave: Tecnologia. Sistema Carcerário. Covid-19. Poder Judiciário. Audiência Virtual.

ABSTRACT: The presente work was carried out with the objective of analyzing the positive aspects in the effective use of technology in the Brazilian judicial and prison systems Against the Covid-19 virus scenario. Resources that were previously used alternatively, after the emergence of the virus and the need for social isolation, had to be implemented as the usual main means. Based on Criminal Law, an introductory analysis was carried out. Afterwards, They were analyzed as changes made in the Judiciary Branch and also in the methods adopted by the Court of Justice of the State of São Paulo. Next, we list the virtual hearing hearing and its legislation. At the end, we deal with the technology inserted in the prison system, in addition to the problem of trafficking and smuggling, which occurs in a commonplace. The work was developed using a literature review based on bibliographic

⁴¹ E-mail: mariavitoria_ribeiro@hotmail.com

research, through research on websites, doctrines, articles and legislation, analyzing the understanding and consequences on the subject.

Keywords: Technology. Prison System. Covid-19. Judicial Power. Virtual Audience.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo tratar dos aspectos positivos na utilização da tecnologia no sistema carcerário brasileiro frente ao cenário mundial causado pelo vírus Covid-19. Também será abordado o impacto causado no sistema judiciário, bem como as medidas que tiveram de ser impostas aos servidores públicos.

A pandemia proporcionou um grande risco para indivíduos de todas as idades e, em razão deste fato, comprovou-se que a prevenção do aumento do índice de infectados em prisões faz parte da luta para a contenção e extinção ao vírus. É sabido até o momento que a forma que mais surtiu efeito para a contenção ao avanço da doença é o isolamento social, porém, no sistema carcerário, obviamente, foi uma medida difícil de ser implantada.

O sistema carcerário brasileiro é muito precário e confere um confinamento cercado de vulnerabilidade, uma vez que o interior de uma unidade prisional é distinto de outros tipos de confinamento, ao modo que na prisão a medida de isolamento resulta em super isolamento. Isto é, as instituições penais se encontram lotadas além do limite permitido e sustentável, o que tornou o isolamento quase impossível e, quando aconteceu, levou os detentos a viverem em pouco espaço em relação ao ideal distanciamento, o que gerou consequências em sua saúde mental.

Além disso, indivíduos privados de liberdade sofrem vivendo em ambientes sem ventilação, desprovidos de materiais de higiene pessoal, com a precariedade de condições sanitárias básicas e a dificuldade de acesso a serviços de saúde, o que era, e ainda é, essencial para a prevenção do coronavírus.

Frente a esses posicionamentos, algumas medidas foram tomadas para conter o avanço da pandemia e a prevenção dos indivíduos, tanto dos servidores públicos do sistema judiciário quanto os indivíduos privados de liberdade, já que é necessário que todos estivessem seguros para então a população em geral também estar.

Muitas das medidas foram possíveis de serem utilizadas em consequência da tecnologia, que possibilitou, por exemplo, as audiências e visitas virtuais de forma remota, por meio de videoconferências e e-mail social. Entretanto, tem-se que tais medidas foram tão boas em vários aspectos, que foram adotadas de forma permanente, mesmo após o fim da pandemia.

Sendo assim, no presente artigo foram abordados os aspectos positivos diante da inserção da tecnologia no sistema carcerário, que foi aplicada, inicialmente, frente ao cenário da Covid- 19, mas que funcionou de forma tão eficaz que continuam sendo adotadas mesmo após a pandemia. Por fim, o artigo foi elaborado tendo como base a revisão de literatura pautada em pesquisas bibliográficas, pesquisas em sites, doutrinas, artigos e legislações.

2 O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

O primeiro caso de coronavírus foi detectado no Brasil em 26 de fevereiro de 2020. Não tardou para que as entidades defensoras dos direitos humanos da população carcerária e os órgãos públicos responsáveis pela gestão do sistema chamassem atenção para as consequências imprevisíveis da propagação do vírus nas prisões do país.

As péssimas condições estruturais dos presídios brasileiros, os altos níveis de superlotação e a circulação no ambiente externo por parte de funcionários e familiares, possuíam potencial para gerar surtos de propagação do vírus dentro do sistema penitenciário brasileiro, já tão castigado por décadas de abandono do poder público.

Buscando compreender com mais profundidade esse cenário, na última edição do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, lançada em outubro de 2020, foi apresentado as primeiras análises sobre a Covid-19 nas prisões. Em resumo, os dados à época indicavam: (a) uma taxa de incidência da infecção no ambiente prisional 62% maior que a taxa geral do país; (b) uma taxa de mortalidade de 15,1 óbitos por coronavírus a cada grupo de 100 mil presos, enquanto a taxa brasileira era de 67,3 óbitos por 100 mil habitantes; (c) 0,4% dos casos de Covid-19 na prisão tendo resultado em óbito, enquanto no Brasil esse percentual era de 3%. Já naquele momento, chamou-se a atenção para as prováveis subnotificações dos casos e óbitos da doença e levantamos a hipótese de que as menores taxas de mortalidade e letalidade estavam relacionadas com a predominância de jovens na distribuição da população prisional, grupo sabidamente menos atingido pelas versões graves da doença.

O avanço da pandemia durante todo o ano de 2020 e no primeiro semestre de 2021, levando a mais de 500 mil óbitos de brasileiros pelo vírus, também continuou a produzir efeitos no sistema prisional. Com base nos dados informados pelo Boletim CNJ de Monitoramento Covid-19 na edição de 17/05/2021, ficou mais claro que não era apenas a população carcerária que estava exposta aos riscos do coronavírus, já que foram principalmente os agentes penitenciários e demais funcionários do sistema as maiores vítimas da pandemia dentro das prisões brasileiras.

2.1 Mudanças adotadas no judiciário

Inúmeras foram as mudanças que tiveram de ser inseridas no sistema carcerário frente ao cenário atual. Diante disso, o Poder Judiciário, órgão que possui funções importantíssimas como administrar as leis e a justiça, teve de se adequar a essas mudanças também.

A Ministra do STF Cármen Lucia, como convidada do webinar “O Poder Judiciário após a pandemia: perspectivas e transformações”, realizado pelo Instituto de Medicina, Estudos e Desenvolvimento (IMED), pontuou em sua fala:

A pandemia veio antecipar um modelo de maior aproveitamento, por exemplo, a telemática. O Poder Judiciário no dia seguinte ao anúncio do isolamento social, colocou em prática o modo virtual sem deixar de proferir julgamentos e a prestação jurisdicional. (TJM, 2020)

Com a chegada da pandemia e as medidas proferidas pelos órgãos da saúde, o Judiciário viu-se obrigado a implementar a virtualização e o trabalho remoto, que foram, de longe, decisões muito importantes. Ferramentas que já eram utilizadas anteriormente de forma alternativa, passaram a ser o principal meio de trabalho.

Passando por uma verdadeira reinvenção, em momento algum faltaram com excelência ou comprometeram sua celeridade e produtividade. O Judiciário não parou, pelo contrário, acelerou processos de mudanças que já estavam em curso, contribuindo ainda mais para uma prestação jurisdicional mais célere.

2.2 Métodos adotados pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Buscando direcionar e individualizar a presente pesquisa a uma perspectiva mais fiel, trago minhas observações como estagiária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo da Comarca de Santa Fé do Sul/SP.

De início, os magistrados, servidores públicos e estagiários, tiveram de se adaptar às novas regras de funcionamento, ou seja, o trabalho remoto, que foi colocado em prática após o período de suspensão das atividades, marcado no início da pandemia.

Ao falar do processamento, tem-se que algumas ferramentas que eram usadas de modo alternativo, logo foram colocadas em prática como único meio usual. A título de exemplo, tem-se as audiências virtuais, que, atualmente, prevalecem nos presentes processos que tramitam nas respectivas Varas.

Em sua função, o magistrado executa, logo na fase processual instrutória, a requisição para que as partes se manifestem quanto ao julgamento antecipado da lide, fazendo valer a verificação da presença de todos os elementos necessários para proferir a decisão de procedência ou improcedência do pedido. Ou seja, à dispensa expressa de

audiência, sendo prolatada a sentença após a apresentação pela parte ré, e a réplica, pela parte autora. Logo, se não houver concordância entre as partes, o juiz passa a requerer a audiência virtual, designando o endereço de acesso, data e horário.

Da mesma forma deverá ser expedido as certidões de cartório e mandados, bem como as assinaturas dos magistrados.

Diante dessa perspectiva, foi possível analisar de perto e perceber que as restrições impostas e as mudanças introduzidas não paralisaram o Judiciário. Essa nova fase com a utilização de novas tecnologias, garantiram um trabalho mais acessível, resolutivo e econômico, buscando a praticidade e eficiência.

Ainda, é necessário a realização de diversas adequações, como o tribunal do júri, que por suas características, o Princípio da Incomunicabilidade de jurados e testemunhas, por exemplo, fazia com que fosse inviável o julgamento 100% virtual. Contudo, com a adequação de novos procedimentos e a colaboração dos integrantes dos processos, garantiram o eficaz prosseguimento do feito.

3 AUDIÊNCIAS POR VIDEOCONFERÊNCIA

Como visto, a crise originada pela pandemia em 2020 fez com que todos os setores e áreas precisassem inovar para continuarem a funcionar. No início, houve resistência frente ao novo, porém, agora mais do que nunca, é inegável que o direito e a tecnologia não andam separados.

As práticas inovadoras e tecnológicas cresceram em grande escala, fazendo com que até mesmo os mais tradicionais e conservadores, saíssem da zona de conforto.

Para que a audiência virtual ocorra de forma efetiva, é imprescindível que os profissionais sejam capacitados. Todos os envolvidos, como os juristas e colaboradores do cartório, precisam ser devidamente instruídos.

Manifestada a concordância de ambas as partes e do juizado para a realização da audiência online, as partes serão intimadas da realização da audiência virtual por seus procuradores ou por e-mail pessoal, caso desacompanhadas de advogados.

A audiência será realizada pelo link de acesso à reunião virtual, enviado ao endereço eletrônico de todos os participantes, o que é suficiente para o ingresso na audiência virtual.

A concordância na realização da audiência poderá ser precedida da indicação pelas partes de providências a serem adotadas pelo juízo, avaliadas no caso concreto.

Acerca das vantagens, elas são infinitas. As audiências virtuais serviram para o Poder Judiciário como a peça que faltava, houve significativa redução de custos com deslocamento, celeridade nos julgamentos, a dispensa de agentes para a transferência de presos, ainda mais quando mencionamos sobre casos de presos de alta periculosidade, e ainda, na contribuição para a diminuição de tentativas de fuga ou vexamentos, em casos muito noticiados pela mídia. A segurança coletiva fez jus.

Durante a audiência online, é importante se atentar ao funcionamento de câmeras, microfones e conexão de internet para transmissão de sons e imagens em tempo real.

Exceto em casos de segredo de justiça, a publicidade dos atos será garantida por meio da transmissão em tempo real ou outro por outro meio que permita o acompanhamento por terceiros, ainda que mediante a exigência de cadastro antecipado.

Uma das principais orientações é o se preparar para a audiência, pois de certa forma, ajuda a diminuir a tensão que antecede o ato processual, além de claro, prever os acontecimentos, elaborar estratégias de atuação e reduzir as surpresas negativas.

Por isso, antes de tudo, é primordial escolher um ambiente silencioso onde ficará durante a audiência, com um fundo claro e sem a presença de itens pessoais, como quadros e enfeites.

Há que se mencionar também da praticidade nos estudos dos casos, onde a audiência virtual fica gravada, podendo ser analisada diversas vezes sob diferentes ângulos e velocidades de reprodução. Todos esses benefícios garantem de forma eficaz os direitos do réu e seus Princípios Constitucionais inerentes ao devido processo legal. Não deixando de englobar, também, o sigilo de dados com o uso de criptografia.

A audiência online é um ambiente virtual em que ocorre o encontro das partes e seus advogados, das testemunhas, dos servidores da Justiça e dos ouvintes para a realização de uma audiência. Cada um pode estar no local que desejar, bastando apenas a conexão com a internet.

Inicialmente, a audiência online só poderia ser realizada se houvesse expressa concordância das partes. Não era necessário justificar a não concordância com audiência virtual.

Antes da pandemia, a audiência online só podia ser utilizada para auxiliar a viabilização da audiência ou como alternativa para garantir a segurança pública.

Ela também era indicada para apresentar em juízo o réu ou uma testemunha com problemas de saúde ou com qualquer impedimento para comparecer, ou ainda em caso de réus que respondem por graves questões de ordem pública.

Com o avanço de sua implementação no país, os tribunais a tornaram parte da rotina, se uma parte manifestar sua não concordância com audiência virtual, deve apresentar um motivo relevante para sua recusa. Ela passará pelo crivo do magistrado, que pode descartar a justificativa.

Além disso, é importante destacar que todos os servidores da Justiça devem ser devidamente treinados. A videoconferência também não pode ferir o direito à defesa ou ao devido processo legal.

3.1 LEGISLAÇÃO E OS ÓRGÃOS PÚBLICOS ACERCA DA AUDIÊNCIA POR VIDEOCONFERÊNCIA

A portaria nº 61 de 30/03/2020 instituiu a plataforma emergencial de videoconferência, de uso facultativo pelos Tribunais, para realizar audiências e sessões de julgamentos durante o isolamento social. Em decorrência, a resolução 314 do CNJ de 20/04/2020 trouxe a previsão das sessões de julgamento, até mesmo de processos físicos, serem feitas virtualmente.

Posteriormente, houve a resolução nº 317 de 30/04/2020, a qual autorizou a realização de perícias judiciais de forma virtual no caso de processos referentes a benefícios previdenciários por incapacidade ou assistências.

Antes mesmo do início da pandemia, já havia um recurso chamado “Online Dispute Resolution” (ODR), que vinha se destacando como uma prática frequente na advocacia. Este tem como objetivo a resolução de conflitos sem precisar se deslocar até o Tribunal, ou seja, as partes podem se reunir através de plataformas digitais para mediação, negociação e conciliação, com o objetivo de desafogar o poder judiciário e, assim, dar mais celeridade aos processos. Nesse sentido, Cortés (2011, p. 53) explica:

Os métodos de solução de conflitos podem ser complementados pelas TICs. Refere-se a este processo como ODR, quando ele ocorre majoritariamente online. Isto pode incluir a proposição do procedimento, o agendamento neutro da sessão, os processos de produção de provas, as oitivas, discussões e mesmo a entrega de decisão vinculante. A ODR é simplesmente um meio diferente de se solucionar conflitos, do início ao fim, enquanto ainda respeitando os princípios do devido processo.

Por conseguinte, a portaria 3742/2020 autorizou a audiência de conciliação ou mediação de forma remota, onde as partes são contatadas pelos servidores e, se houver sua autorização, a audiência acontece através de videoconferência.

No âmbito dos Juizados Especiais, a ferramenta já foi aprovada para possibilitar a conciliação online, com respaldo na Lei 13.994/2020. Por outro lado, em relação as audiências de instrução e julgamento, a situação é mais delicada, uma vez que a videoconferência ocorre fora do juízo, o que pode vir a comprometer a prova oral.

A prática da videoconferência, no entanto, é incentivada não somente neste momento de crise, mas também no futuro, sendo a decisão de realizar ou não a audiência on-line analisada caso a caso para não ocorrer divergências no processo, também há meios que podem ser utilizados para diminuir as dificuldades em relação as audiências, e deve se levar em conta que nem mesmo da forma tradicional há garantia total de incomunicabilidade.

4 TECNOLOGIAS E AS VISITAS VIRTUAIS AOS DETENTOS

A pandemia do novo coronavírus atingiu quase um milhão de visitas que eram registradas mensalmente aos detentos, tendo sido barradas nos presídios brasileiros e, visando amenizar o impacto do fechamento total das prisões, o Conselho Nacional de Justiça e a organização sem fins lucrativos "Instituto Humanitas 360" promoveram visitas virtuais.

O projeto teve início no Maranhão e tem como uma das metas que as visitas virtuais se mantenham como política pública, mesmo com o fim da pandemia. A solução virtual visa apoiar visitas de familiares que moram longe, o que intensifica os vínculos para, após o cumprimento das penas, os indivíduos retornem à sociedade.

Já no estado de São Paulo, em 22 de julho de 2020, foi anunciado que mais de 218 mil detentos do sistema penitenciário do estado poderiam receber visitas de seus familiares pelo meio digital. De acordo com o Governo do Estado de São Paulo, ao realizarem este projeto, visavam que mais de 23,8 mil visitas poderiam ser realizadas por final de semana, com potencial de chegar até mais que isto, o que apenas se tornou possível com o uso da tecnologia, que possibilitou a garantia e efetivo cumprimento deste direito aos que estão cumprindo reclusos da sociedade.

Em anúncio feito pelo governador João Doria, foi dito que as visitas virtuais só foram possíveis após a instalação do sistema de videoconferência em todas as 176 unidades prisionais da Secretaria da Administração Penitenciária, pois, até aquele momento, apenas 39 unidades prisionais tinham esse sistema de videoconferência.

Além do mais, em relação à economia do Estado, segundo o governo de São Paulo, as visitas virtuais contribuíram na redução de 64,18% de escoltas entre unidades prisionais e fóruns, além da economia de 62,9% em transferências de presos para audiências e, ainda,

com as a tele audiências, 22 mil policiais militares que faziam a escolta de presos poderão ser utilizados no patrulhamento de rua.

Sendo assim, foram possíveis perceber muitos aspectos positivos, dentre eles, o mais importante, sendo o objetivo, a diminuição do contato presencial e, conseqüentemente, a disseminação do vírus.

4.1 TRÁFICO E CONTRABANDO DENTRO DO SISTEMA CARCERÁRIO

O Estado envolve a estrutura das penitenciárias e seu devido funcionamento, relacionando a condição dos condenados, a maneira de como vivem e cumprem com suas tarefas cotidianas, e em especial se seus direitos e garantias estão sendo cumpridas adequadamente, bem como são assegurados no art. 5º da Constituição Federal de 1998. O Sistema Carcerário Brasileiro é regido pela Lei de Execução Penal (LEP), a qual compreende os direitos e deveres do condenado. Um dos princípios que atua diretamente no Sistema Carcerário é a Política Criminal, cuja função é de prever e reprimir o crime, agindo também de forma educativa aos apenados.

Além disso, esta política visa diminuir a violência, atuando não apenas pelo ramo do Direito Penal, mas também por vários outros meios não jurídicos, como educação, saúde, política, assistência, entre outros. Entretanto, o Sistema Carcerário Brasileiro, atualmente enfrenta crises, como a superlotação carcerária, a falta de aplicação adequada da Lei de Execução Penal, a corrupção, o crime organizado, as rebeliões, o tráfico de drogas, o uso de bebidas alcoólicas e o tratamento desumano que é oferecido aos detentos, dentre muitos outros problemas que afetam não só o sistema carcerário, mas também o indivíduo que lá está inserido e sua posterior ressocialização

Diante do tema tratado, conseguiu-se identificar brechas que também devem ser apontadas, como o tráfico e contrabando praticados durante as visitas presenciais. Sabe-se que as visitas são responsáveis por facilitar a entrada de objetos contrabandeados dentro dos presídios, pois, as famílias aproveitam a oportunidade de alguns descuidos da segurança para realizar tais atos.

O crime de ingresso de aparelho celular em estabelecimento prisional passou a ser previsto no artigo 349-A do Código Penal, introduzido pela Lei 12.012 de 06 de agosto de 2009. Tutela-se, portanto, à administração pública, exclusivamente o correto cumprimento de sanção penal. Ainda, salienta-se que a conduta de facilitar ou auxiliar já seriam incriminadas pelo artigo 29, na modalidade de participação, porém, buscando-se uma cautela maior, o legislador quis punir o agente como autor.

Essa situação é preocupante, pois, quando os presos forem revistados, gera uma falta disciplinar, e, encontrados estes objetos contrabandeados, causará um aumento progressivo na população carcerária, visto que o indivíduo que tentar ingressar dentro do presídio para entregar os objetos/produtos aos presos, também será, conseqüentemente, condenado e privado de liberdade.

5 CONCLUSÃO

A pesquisa revela, por exemplo, que uma das vantagens é a maior possibilidade de participação de familiares e testemunhas, já que não há a necessidade de deslocamento. Porém, problemas com a conexão e a falta de contato humano são pontos negativos que prejudicam a efetividade da participação e a garantia de direitos de adolescentes.

Em conclusão, temos que o combate à pandemia nas instituições prisionais brasileiras é muito desafiador, tendo em vista a situação precária que vivem, em exemplo, a falta de condições sanitárias básicas e o acesso à água potável. Sendo assim, em época de surtos epidemiológicos, o cenário prisional é agravado com a superposição de problemas, pré-existentes e novos, que exigem medidas sanitárias eficazes e capazes de serem implementadas e cumpridas, como a suspensão de visitas presenciais.

Em razão deste cenário, a tecnologia foi uma grande aliada para continuar dando aos presos seus direitos garantidos, através das visitas e audiências de forma virtual, que restou positivo no sentido dos condenados continuarem tendo contato com familiares e amigos, advogados conseguirem dar andamento ao processo, bem como para o Poder Judiciário, que reduziu gastos públicos, sem deixar de cumprir sua função e executar com presteza a celeridade os processos, não necessitando da suspensão.

O grande objetivo do uso da tecnologia no sistema carcerário era a substituição do contato presencial, o que geraria a diminuição da disseminação e, conseqüentemente, do contágio com o novo coronavírus. Tem-se que esse objetivo foi cumprido, visto que, a população do sistema carcerário foi muito atingida, já que vivem em situações muito precárias e em superlotação, entretanto, se tais medidas não fossem adotadas, as conseqüências poderiam ter sido ainda maiores.

Por todo o exposto, conclui-se que a tecnologia no país precisa ser reconhecida e valorizada. Com o surgimento desse novo vírus, sem a tecnologia não seríamos capazes de continuar a tentar viver uma vida normal diante desse novo cenário mundial. Ressalte-se que no sistema carcerário brasileiro a tecnologia foi ainda mais vantajosa, onde através de visitas, audiências e processos virtuais, os indivíduos presos tiveram mantidos seus direitos e garantias individuais existentes, além de ter sido diminuído o risco de contágio.

Os dados mais recentes apontam que até junho do ano de 2023 foram realizadas 369.486 audiências virtuais e presenciais e mais de 400.000 reuniões via Teams, entre elas audiências, reuniões, cursos e outros.

Atualmente o STJ tem mais de 30.000 processos identificados como “100% digital”, ações que as partes fazem questão de que sejam realizadas 100% virtualmente, até mesmo as audiências.

REFERÊNCIAS

BORGES, Maria Eduarda Figueira; PRADO, Lucas Cavalcanti de Albuquerque. A atuação do Judiciário em tempos de pandemia: uma análise das decisões do supremo tribunal federal e do tribunal de justiça do estado do rio de janeiro e de seus impactos. 2021. Migalhas. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/341117/a-atuacao-do-judiciario-em-tempos-de-pandemia>>. Acesso em: 21 jul. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Cartilha Juízo 100% Digital. 2020. Disponível em: <cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/10/WEB_cartilha_Juizo_100porcento_digital_v3.pdf>. Acesso em: 20 de jul. de 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Sistema Carcerário, Execução Penal e Medidas Socioeducativas**. 2021. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/covid-19/>>. Acesso em: 20 de jul. de 2021

CORTÉS, Pablo. **Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union**. New York: Routledge, 2011. Disponível em: <<http://www.oapen.org/viewer/web/viewer.html?file=http://www.oapen.org/document/391038>>. Acesso em: 20 jul. 2021.

GUIMARÃES, Luiza. A pandemia e as mudanças na relação com o judiciário. Pereira, Dabul Advogados. Disponível em: <<http://www.pereiradabul.adv.br/apandemia-e-as-mudancas-na-relacao-com-o-judiciario/>>. Acesso em: 19 de jul. de 2021.

MASSON, Cleber. Direito penal esquematizado. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2011.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas: 2 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.