BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 987

(Ano XII)

(25/11/2020)

ISSN - 1984-0454

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

BRASÍLIA - 2020

Boletim Conteúdo Jurídico - ISSN – 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

País: ***Brasil***. Cidade: ***Brasília – DF***. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

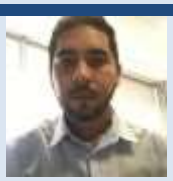
Boletim Conteúdo Jurídico
Publicação semanal em formato digital
Circulação: Livre. Acesso aberto e gratuito

www.conteudojuridico.com.br

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



Os efeitos da falta de transparência sobre o aumento real do Imposto de Renda Pessoa Física
Daniel Calderon, 06.

ARTIGOS

Direitos humanos à igualdade como reconhecimento e ao direito fundamental à educação plural: a efetivação das leis nº 13.005/2014, nº 12.288/2010 e nº 10.639/2003
Licia Ferreira Reis, 09.

Os limites da investigação penal privada: a obtenção de provas no âmbito empresarial
Beatriz Maria Rodrigues Lima, 23.

Divergência na admissibilidade do recurso de apelação: aplicabilidade da técnica de julgamento ampliado do artigo 942 do Código de Processo Civil
Mariana Furtado Guimarães, 42.

Os reflexos da audiência de custódia no sistema prisional do estado do Amazonas desde a sua implantação
Ayleson Ramos Marques, 59.

O processo judicial tributário: ações judiciais do contribuinte
Iedo Porto Filho, 73.

A indispensabilidade do inquérito policial na persecução penal
Poulanna Amélia Guimarães Figueiredo, 87.

Crimes cibernéticos: exposição íntima sem o consentimento da vítima na internet
Sara de Oliveira Duarte, 104.

Violência de gênero: Uma Análise Sobre a Pornografia de Vingança e suas Implicações Criminais no Ordenamento Jurídico Brasileiro
Valéria Neiva Batista, 115.

A inaplicabilidade reiterada do artigo 12 do CPC: uma positivação meramente simbólica?
Elder Soares da Silva Calheiros, 143.

Conciliação pré-processual: (in)efetividade do procedimento no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins
Sônia Maria Ferreira Bezerra de Carvalho, 150.

Direito animal: os primatas não humanos sencientes como sujeitos de direito no Código Civil de 2002
Adenilde Rodrigues Paulo Pinto, 173.

Lei 13.146/2015 - estatuto da pessoa com deficiência e sua aplicabilidade nas vias urbanas
Camila Rafael dos Santos, 198.

Violência doméstica na pandemia do Covid-19: as políticas públicas do Brasil
Ceonara Maria Amorim Martins Cortez, 212.

Instrumentos autoritários na Constituição e no Código de Processo Penal.
Jeiko Leal Melo Hohmann Britto, 230.

Diagnóstico da estrutura urbana em uma ocupação desordenada as margens do conjunto João Paulo II situado na zona leste de Manaus - Amazonas
Maria da Trindade de Moraes Cardoso, 245.

As consequências da adoção tardia sob uma ótica sócio jurídica
Patrícia da Silva Gomes, 265.

À seletividade no Judiciário brasileiro
Eric Rangel dos Santos Castillo, 282.

Execução trabalhista efetiva: uso de meios atípicos de execução no processo do trabalho e seus reflexos aos trabalhadores
Ana Paula Batista dos Santos, 297.

O crime de racismo e injúria racial praticados nas redes sociais
Raissa Ferreira Marinho, 317.

A crise de representação política no Brasil e o anseio por um modelo alternativo para o sistema eleitoral brasileiro
Anna Alice Ribeiro Brandão, 338.

A (in)constitucionalidade da vedação compulsória da liberdade provisória conforme o pacote anticrime
Thallyson Farias Teles Pereira e Ana Isabel Rodrigues Ribeiro de Sousa, 351.

Crimes virtuais uma discussão sobre a violação do direito à intimidade da vítima e os novos crimes contra a dignidade sexual da mulher
Anne Jemima Marques França, 375.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Acidente de trajeto perante a legislação trabalhista e a previdenciária: o que mudou após a reforma trabalhista?
Ana Claudia Augusta de Siqueira, 390.

Direito ao corpo à luz da obra o Conto da Aia
Ailana do Nascimento Oliveira, 419.

A prática do stalking contra o Professor de Ensino Fundamental da Rede Pública da Cidade de Manaus
Wanessah Valois Nunes da Silva, 435.

Equiparação da união estável ao casamento na sucessões de bens
Nubia Vitoria Ribeiro Gomes, 446.

Reflexões sobre a efetividade dos direitos fundamentais sociais
Danilo Nunes Vasconcelos, 465.

Direitos dos povos indígenas e os efeitos da aplicação do marco temporal nas demarcações de terras indígenas
Alex Rodrigues de Souza, 494

Imigração e direitos humanos: uma análise de caso sobre imigrantes venezuelanos no estado do Amazonas
Victor Hugo da Silva Barros, 505.

O reflexo da prisão civil na superlotação carcerária da Casa de Prisão Provisória de Palmas-TO
Vitória Maria Sestari, 524.

As formas de responsabilidades parental e aplicabilidade no direito das crianças e jovens, sob a perspectiva do direito comparado entre Brasil e Portugal
Eduarda Luziane Oliveira de Melo, 545.

Constitucionalização do direito civil brasileiro: a eficácia horizontal dos direitos fundamentais
Vitória Oliveira da Conceição,562.

Alienação Parental: O instituto da mediação como possibilidade de resolução de conflitos
Ronalth Oliveira Carneiro, 578.

A evolução histórica do direito brasileiro, breves observações
Antonio Wilton da Silva, 593.

Multiparentalidade: A nova família do século XXI
Luan Godinho Pereira, 609.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Animais como sujeitos de direitos
Ursula Bessa Marinho, 622.

A proteção constitucional do consumidor
Camilla Mello e Lima, 638.

Processos estruturais e atuações do MPT
Luiza Barreto Braga Fidalgo, 659.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

OS EFEITOS DA FALTA DE TRANSPARÊNCIA SOBRE O AUMENTO REAL DO IMPOSTO DE RENDA PESSOA FÍSICA

DANIEL CALDERON: contador, advogado, empresário da área contábil e tributaria e sócio da Calderon Contabilidade

O trabalhador brasileiro, funcionário de uma empresa e que tem desconto na folha de pagamento, está pagando um valor cada vez maior de Imposto de Renda sem perceber. Isso porque a tabela do Imposto de Renda no Brasil não é corrigida pela inflação desde 2015 e, segundo estudo dos fiscais da Receita Federal, a defasagem chega a 103%. Ou seja, hoje, deveria ser isento de IR quem ganha aproximadamente R$ 3.881,00. Entretanto pela tabela atual, é isento quem ganha até R$ 1.903,00.

Quem ganha acima de R$ 4.664,00 paga 27,5% de IR. Se fosse com a correção, deveria ser quem ganha acima R$ 9.607,00. Imagina a diferença de arrecadação. Segundo o mesmo estudo, se não houvesse defasagem, 10 milhões de pessoas, que hoje pagam IR, deixariam de pagar!

Não corrigir a tabela nem pela inflação significa, na prática, aumentar imposto.

Nossa carga tributária já está bem elevada e não podemos permitir que esse real aumento de imposto venha de forma disfarçada, como tem acontecido desde 2015.

Outro aumento que não percebemos é o proveniente das deduções que podemos fazer no Imposto de Renda e que também não sofrem a devida correção. São dedutíveis do Imposto de Renda Pessoa Física, os gastos com educação do próprio contribuinte e de seus dependentes até 21 anos ou até 24 anos se cursarem ensino superior. Entre eles estão: educação infantil, creche, pré-escola, ensino fundamental, médio e superior, pós graduação e ensino técnico ou tecnológico.

Até a última declaração de IR, o limite individual de dedução foi de R$ 3.561,50 por ano! O que significa que, em média, mensalmente podemos deduzir de cada contribuinte o valor de R$ 296,00.

E como o limite é individual, não pode ser aproveitado nem mesmo para compensar gastos um com o outro na mesma declaração.

Pergunto, quanto você paga de escola, faculdade de seus filhos? Com certeza essa média é bem maior do que o permitido para deduzir. E outra, desde 2016 esse limite não é revisto, nem mesmo corrigido somente pela inflação do período.

São detalhes que passam desapercebidos, mas são um aumento real de arrecadação nas nossas costas, sem nossa devida atenção. Os contribuintes sofrem com a carga elevada nas menores faixas de rendas e, ainda sim, têm de conviver com a falta de transparência, quando o assunto está escondido dessa forma.

Agora, vamos imaginar o efeito de quem ganha R$ 6 mil por mês e tem descontado 27,5% de IR, ou seja, R$ 1.650,00. Ou seja, se a tabela de IR fosse somente corrigida, este contribuinte seria isento de IR e teria esse valor diretamente no bolso. Qual seria o efeito dessa mudança?

Estes milhões de trabalhadores, sem dúvida nenhuma, poderiam vislumbrar novas oportunidades educacionais para seus filhos, ter um plano de saúde adequado, consumir novos produtos e serviços. Importante ressaltar que uma boa base educacional e de saúde, ajuda também a desafogar todo o sistema público, com uma menor escala populacional precisando destes serviços, diminuindo, assim, os gastos públicos.

Além disso, esse novo consumo das pessoas, refletiria em grande escala na arrecadação do governo dos impostos que incidem sobre os produtos e serviços, estimulando a concorrência entre empresas, novas oportunidades de empreendedorismo, geração de novos empregos, enfim, girando a economia. Seria uma espiral de novos consumos que geram toda a rotatividade econômica que precisamos. O imposto sobre o consumo, com certeza teria uma arrecadação maior, compensando a arrecadação perdida pela correção da tabela.

Talvez, com uma dedicação mais técnica do governo em relação a reforma tributaria, podemos pensar em melhores alternativas de se arrecadar melhor e com mais eficiência.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

DIREITOS HUMANOS À IGUALDADE COMO RECONHECIMENTO E AO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO PLURAL: A EFETIVAÇÃO DAS LEIS Nº 13.005/2014, Nº 12.288/2010 E Nº 10.639/2003

LICIA FERREIRA REIS: Especialista em Direito Público e Graduada em Direito pela Universidade Salvador-UNIFACS. Graduada em Pedagogia pela Faculdade de Educação da Bahia- FEBA. Docente de Direitos Humanos, Direito e Legislação Social e de Educação de Jovens e Adultos. Advogada licenciada. Juíza Leiga do TJ-BA.

RESUMO: O presente artigo tem como principal objetivo analisar a concepção contemporânea do princípio da igualdade na sua dimensão como reconhecimento, para além das dimensões formais e materiais, bem como, discutir o direito fundamental à educação plural como forma de superar as desigualdades fáticas existentes na sociedade, avaliando como o aparato legislativo existente pode impulsionar a concretude desses valores constitucionais. A proposta metodológica do estudo perpassa pela interpretação das normas internacionais e as incorporadas ao ordenamento jurídico pátrio, bem como, da produção doutrinária sobre o tema. Para a investigação utilizam-se as normas internacionais, a legislação pátria em vigor, o pensamento doutrinário correlato, relacionando-os com as políticas públicas de educação e o exercício do direito à educação em um contexto de valorização da diversidade.

Palavras-chave: Igualdade; Reconhecimento; Discriminação; Educação; Legislação.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direito Humano à igualdade na sua dimensão como reconhecimento 3. Direito fundamental à educação plural 4. Efetivação da legislação na valorização das diferenças no enfrentamento à desigualdade 5. Conclusão 6. Referências

1. INTRODUÇÃO

O ano de 2020 será também marcado pela problemática das questões raciais que tem sido objeto de inúmeros debates e manifestos em escala mundial, o que tornam necessários discursos mais qualificados, com estudos, pesquisas, reflexões, no Brasil e no mundo, de como se pode avançar na construção de processos sociais e educativos para uma cultura de igualdade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Nessa senda, questionamentos sobre as relações étnico-raciais e o exercício de direitos fundamentais devem se projetar na arena acadêmica e nos mais diversos espaços de educação, de comunicação, de concepção de legislação e políticas públicas que reflitam nas ações governamentais e da sociedade civil.

Inicialmente, far-se-á uma abordagem sobre a formulação teórica do direito fundamental à igualdade, notadamente, na sua dimensão como reconhecimento, na perspectiva dos Direitos Humanos, seguindo para os fundamentos do direito fundamental à educação, efetivado de maneira plural, para então analisar os reflexos da legislação concernente existente na construção da efetividade desses direitos.

Os conflitos raciais e fenômenos sociais que trouxeram à baila o debate tendo como foco a questão racial em 2020 com repercussão mundial, dentre tantos outros exemplos, demonstram a relevância de uma correta compreensão do tema posto para reflexão na busca por soluções no enfrentamento as desigualdades.

2. DIREITO HUMANO À IGUALDADE NA SUA DIMENSÃO COMO RECONHECIMENTO

O direito humano à igualdade é tema de notável importância, por se tratar de assunto recorrente no mundo jurídico. Não obstante sua relevância jurídica, o direito à igualdade racial e suas bases teóricas ainda carece de maior destaque, tendo em vista que a raça é um fator presente na história das relações humanas e pauta o gozo e o acesso aos direitos.

Em que pese a doutrina seja vasta para dispor sobre o direito à igualdade, merece reparos quando se trata de considerações mais detalhadas, quando se trata do enfrentamento aos temais raciais, com a evolução em si do pensamento jurídico e de estudos mais específicos em relação à igualdade racial.

A doutrina de Ingo Sarlet (2017) compreende que o princípio da igualdade, assim como as proibições de discriminação e as imposições de políticas de igualdade e de ações afirmativas integram há muito uma gramática universal do direito constitucional, da dogmática dos direitos fundamentais e do direito internacional dos direitos humanos.

O enfrentamento deste tema nas Cortes do mundo, as respostas da sociedade para solver esse tencionamento e para buscar a equalização das relações raciais reclama também a própria evolução da ciência jurídica, sobretudo, para aqueles que assim a compreendem, necessitando de estudos mais específicos a respeito do direito humano à igualdade racial.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

As Declarações de Direitos como resultado das revoluções liberais do século XVIII e que precederam as primeiras Constituições tiveram a busca pela igualdade como grande marco. A igualdade perante a lei foi uma características dessas Declarações e das primeiras Constituições. Tavares (2020, pág. 427) descreve: "Nessas Declarações e primeiras Constituições, a igualdade almejada era a igualdade perante a lei, que exigia um tratamento idêntico para todas as pessoas, submetidas, então, à lei."

Essa quadra histórica, segundo o autor supra, foi demarcada pela igualdade jurídica parcial, que buscava eliminar os privilégios de nascimento e das castas religiosas, mas estava alheia a outra formas de tratamento desigual, à guisa de exemplo, o tratamento dado aos escravos, às mulheres ou aos pobres em geral.

Hodiernamente, a doutrina entende que o fundamento do direito a igualdade é a universalidade dos direitos humanos, sendo esta concretizada por aquele, em que a titularidade dos direitos é atribuída a todos e que todos são iguais e devem usufruir de condições que possibilitem a fruição desses direitos.

Sendo o direito à igualdade direito humano fundamental, gera o dever de proteção por parte do Estado de promovê-lo, não se conformando com as desigualdades fáticas existentes na sociedade.

> A primeira dimensão consiste na proibição de discriminação indevida e, por isso, é denominada vedação da *discriminação negativa*. A segunda dimensão trata do *dever de impor* uma determinada discriminação para a obtenção da igualdade efetiva, e por isso é denominada "discriminação positiva" (ou "ação afirmativa").(TAVARES, 2020, pág.428)

Conforme a citada doutrina, a primeira dimensão concretiza a igualdade formal ou liberal, exigindo-se que as normas jurídicas sejam aplicadas a todos de forma indistinta, evitando discriminações odiosas, enquanto na segunda dimensão, concretiza-se a igualdade material ou social por meio de normas que favoreçam aqueles que estejam em situações de indevida desvantagem social, em vulnerabilidade social ou imponham um ônus maior aos que estejam numa situação de exagerada vantagem social.

É nesse sentido que o autor compreende que a igualdade material deixou de ser meramente uma igualdade socioeconômica, para ganhar contornos de uma igualdade como reconhecimento com outra dimensão, a do reconhecimento de identidades próprias, distintas dos agrupamentos hegemônicos.

> Ficam consagradas, então, as lutas pelo reconhecimento da igualdade orientada pelos critérios de gênero, orientação sexual, idade, raça, etnia, entre outros critérios. A lógica do *reconhecimento da identidade* é a constatação de que, mesmo em condições materiais dignas, há grupos cujo fator de identidade os leva a situações de vulnerabilidade, como, no caso do gênero, a situação de violência doméstica que atinge também as mulheres de classes abastadas. (TAVARES, 2020, pág.429)

No mundo contemporâneo, a igualdade se expressa particularmente em três dimensões, segundo leciona Luís Roberto Barroso e Aline Osório (2016): a igualdade formal, que funciona como proteção contra a existência de privilégios e tratamentos discriminatórios; a igualdade material, que na intelecção dos autores corresponde às demandas por redistribuição de poder, riqueza e bem estar social; e a terceira dimensão de igualdade como reconhecimento, significando o respeito devido às minorias, sua identidade e suas diferenças, sejam raciais, religiosas, sexuais ou quaisquer outras.

Salutar perceber que a terceira dimensão da igualdade como reconhecimento, assim como as consagradas igualdades formal e material, também tem amparo constitucional:

> A Constituição brasileira de 1988 contempla essas três dimensões da igualdade. A igualdade formal vem prevista no art. 5º, *caput*: "*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*". Já a igualdade como redistribuição decorre de objetivos da República, como "*construir uma sociedade livre, justa e solidária*" (art. 3o, I) e "*erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*" (art. 3o, III). Por fim, a igualdade como reconhecimento tem seu lastro em outros dos objetivos fundamentais do país: "*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*" (art. 3o, IV). (BARROSO e OSÓRIO, 2016, pág. 208)

Essa terceira dimensão da igualdade como reconhecimento, segundo classificação na doutrina de Barroso (2016) comporta ainda suas vertentes: (i) a discriminação racial; (ii) a discriminação contra as mulheres; e (iii) a discriminação em relação à orientação sexual e à identidade de gênero. Notadamente para fins desse trabalho, o enfoque será a vertente da discriminação racial.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Quando do julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 41, o Supremo Tribunal Federal no voto do relator, ponderou que a igualdade como reconhecimento significa respeitar as pessoas nas suas diferenças, mas procurar aproximá-las, igualando as oportunidades, tendo, assim, um papel simbólico de incremento da autoestima dos grupos não hegemônicos. O aumento do pluralismo e da diversidade graças à busca da igualdade como reconhecimento auxilia ainda em um "ambiente melhor e mais rico", na dicção de Barroso (ADC 41, rel. Min. Roberto Barroso, j. 8-6-2017, P, *DJe* de 17-8-2017)

Para Ingo Sarlet (2017) a igualdade, bem como, a justiça, são noções que guardam uma íntima conexão, que remete ao plano filosófico, ao pensamento grego clássico, com destaque para o pensamento Aristotélico, quando este filósofo associa justiça e igualdade e sugere que os iguais devem ser tratados de modo igual ao passo que os diferentes devem ser tratados de modo desigual. Ressalta que a justiça não se esgota na igualdade nem com ela se confunde.

> Desde então o princípio da igualdade (e a noção de isonomia) guarda relação íntima com a noção de justiça e com as mais diversas teorizações sobre a justiça, posto que, além de outras razões que podem ser invocadas para justificar tal conexão, a justiça é sempre algo que o indivíduo vivencia, em primeira linha, de forma intersubjetiva e relativa, ou seja, na sua relação com outros indivíduos e na forma como ele próprio e os demais são tratados. (SARLET, 2017, pág. 615)

John Rawls (2000) aponta como dois princípios da justiça sobre os quais acredita que haveria um consenso na posição original, descrevendo-os como adiante alinha:

> Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdade para outras.
>
> Segundo: que as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo a) consideradas como mais vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos.(RAWLS, 2000, pág. 64)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Segundo o autor, os princípios supram se aplicam primeiramente a estrutura básica da sociedade, governam a atribuição de direitos e deveres e regulam as vantagens econômicas e sociais.

Dando-se um enfoque àquele segundo princípio, que na construção teórica de John Rawls (2000), se aplica à distribuição de renda e riqueza e ao escopo de organizações que fazem uso de diferenças de autoridade e de responsabilidade a distribuição de riqueza e renda não necessariamente precisam ser iguais, ressaltando o autor que a distribuição precisa ser vantajosa para todos e ao mesmo tempo, as posições de autoridade e de responsabilidade devem ser acessíveis a todos.

A igualdade como reconhecimento, portanto, contempla também o usufruto de valores sociais que comportam as bases sociais de autoestima de diferentes grupos em dada sociedade que persegue os valores da justiça.

Nessa esteira de compreensão Flávia Piovisan (2008) ressalta o caráter bidimensional da justiça: redistribuição somada ao reconhecimento. O direito à redistribuição requer medidas de enfrentamento da injustiça econômica, da marginalização e da desigualdade econômica, por meio da transformação nas estruturas socioeconômicas e da adoção de uma política de redistribuição.

> De igual modo, o direito ao reconhecimento requer medidas de enfrentamento da injustiça cultural, dos preconceitos e dos padrões discriminatórios, por meio da transformação cultural e da adoção de uma política de reconhecimento. É à luz dessa política de reconhecimento que se pretende avançar na reavaliação positiva de identidades discriminadas, negadas e desrespeitadas; na desconstrução de estereótipos e preconceitos; e na valorização da diversidade cultural. (PIOVISAN *apud* FRASER, 2008, pág.889)

3. DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO PLURAL

O constituinte assegurou o direito público subjetivo à educação que, segundo entendimento doutrinário, consiste na faculdade de usufruir de todas as formas de ensino, transmissão, reflexão e desenvolvimento do conhecimento, voltada ao desenvolvimento físico, intelectual e moral do ser humano. Noutro giro, o direito ao ensino retrata a realização do direito à educação por meio de instrumentos institucionalizados. (TAVARES, 2020).

O Parecer CNE/CP 08/2012 das Diretrizes Nacionais para Educação em Direitos Humanos, registra em seu relatório que os Direitos Humanos são frutos da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

luta pelo reconhecimento, realização e universalização da dignidade da pessoa humana, asseverando que a educação é reconhecida como um dos Direitos Humanos e que a Educação em Direitos Humanos é parte fundamental do conjunto desses direitos, incluindo o próprio direito fundamental à educação.

Destaque-se que a igualdade de direitos e o reconhecimento e valorização das diferenças e diversidade encontram-se no rol dos princípios da Educação em Direitos Humanos, juntamente com os princípios da dignidade da pessoa humana, da laicidade do Estado e democracia da educação, transversalidade, vivência e globalidade e sustentabilidade socioambiental.

O princípio do reconhecimento e valorização das diferenças e das diversidades é descrito como aquele que se refere ao enfrentamento dos preconceitos e das discriminações, garantindo que as diferenças não sejam transformadas em desigualdades. Correlacionando-se com o princípio jurídico-liberal de igualdade de direitos do indivíduo que deve ser complementado, então, com os princípios dos direitos humanos da garantia da alteridade entre as pessoas, grupos e coletivos.

> Nas palavras de Nancy Fraser, uma das principais teóricas da perspectiva do reconhecimento, o objetivo é constituir um mundo aberto à diferença ("*a difference-friendly world*"), onde a assimilação aos padrões culturais dominantes ou majoritários não seja o preço a ser pago pelo mútuo respeito. Portanto, diversamente do que se passa em relação às demandas por redistribuição, a luta pelo reconhecimento não pretende dar a todos o mesmo *status* por meio da eliminação dos fatores de distinção, mas pela superação dos estereótipos e pela valorização da diferença. (BARROSO e OSÓRIO, 2016, *pág.215)*

Dessa forma, conclui-se que igualdade e diferença são valores indissociáveis que podem impulsionar a equidade social quando concebidos na perspectiva de uma educação plural.

No âmbito externo dos Direitos Humanos o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) trás a previsão que todos têm o direito à educação, que deve ter como objetivo o pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais.

O direito à educação deve ainda, segundo a previsão do art. 13 do PIDESC capacitar todas as pessoas a participar 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.

Compreender a correlação entre o direito fundamental à educação, os direitos humanos e a pluralidade como construção histórica e cultural, demonstrando que os direitos humanos são fruto da luta pelo reconhecimento e pela garantia do respeito à dignidade humana é salutar para condução dos debates e construção de políticas públicas.

Erasto Mendonça (2013) denuncia que as escolhas equivocadas no campo da gestão educacional e da formulação de propostas curriculares têm conduzido a uma confusão entre os conceitos de diversidade e de direitos humanos, ora como se tivessem o mesmo significado, ora como se fossem conceitualmente divergentes ou excludentes.

> Mais especificamente, têm sido feitas escolhas na elaboração de propostas pedagógicas que consideram que os direitos humanos, como eixo organizador do currículo, comprometem, diminuem ou, até mesmo, apagam a capacidade de a escola atuar diretamente na formação de pessoas como agentes transformadores comprometidos com as diversidades, tomadas, aqui, conscientemente no plural para que a expressão represente as lutas de segmentos excluídos dos benefícios da sociedade pelo sentido de menos valia a partir de preconceito e discriminação.(MENDONÇA,2013, pág. 256)

O autor aponta ainda que cabe à educação para as diversidades e à educação em direitos humanos o desafio de construir uma sociedade fraterna, onde as diferenças sejam respeitadas como atributos da riqueza humana.

Vera Candau (2008) defende que a perspectiva intercultural quer promover uma educação para o reconhecimento do outro, para o diálogo entre os diferentes grupos sociais e culturais. A autora advoga por uma educação para a negociação cultural, que enfrente os conflitos provocados pela assimetria de poder entre os diferentes grupos socioculturais na sociedade e que seja hábil a favorecer a construção de um projeto comum, pelo qual as diferenças sejam integradas.

Assevera que a perspectiva intercultural está orientada à construção de uma sociedade democrática, plural, humana, que integre as políticas de igualdade com políticas de identidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> A perspectiva intercultural que defendo quer promover uma educação para o reconhecimento do outro , para o diálogo entre os diferentes grupos sociais e culturais. Uma educação para a negociação cultural, que enfrenta os conflitos provocados pela assimetria de poder entre os diferentes grupos socioculturais nas nossas sociedades e é capaz de favorecer a construção de um projeto comum, pelo qual as diferenças sejam dialeticamente integradas.(CANDAU, 2008, pág.52)

A autora aponta alguns desafios que deverão ser enfrentados para se promover uma educação intercultural em perspectiva crítica e emancipatória, que respeite e promova os direitos humanos e que interaja com as questões concernentes à igualdade e à diferença.

O primeiro desafio é a desconstrução. Para que ocorra a promoção de uma educação intercultural é necessário penetrar no universo de preconceitos e discriminações que impregna muitas vezes com caráter difuso, fluido e sutil todas as relações sociais que configuram os contextos em que vivemos.

Aduz que a naturalização é um componente que faz em grande parte invisível e especialmente complexa essa problemática. Essa percepção foi também registrada por Barroso (2016, pág. 217) "os brasileiros estão acostumados a ver a população afrodescendente desempenhar determinados papéis, como os de porteiro, pedreiro, operário, empregada doméstica e também o de jogador de futebol."

> Este fato é, sem dúvida, um dos estigmas deixados pela escravidão. Após a abolição da escravatura, a ascensão do negro à condição de trabalhador livre não foi capaz de alterar as práticas sociais discriminatórias e os rótulos depreciativos da cor de pele (muito embora, do ponto de vista biológico, não existam raças humanas). A falta de qualquer política de integração do exescravo na sociedade brasileira, como a concessão de terras, empregos e educação, garantiu que os negros continuassem a desempenhar as mesmas funções subalternas. Assim, no Brasil, criou-se um aparato apto à manutenção da exclusão e da marginalização sem que fossem instituídas leis discriminatórias propriamente ditas.(BARROSO, 2016, pág. 217)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A articulação entre igualdade e diferença no nível das políticas educativas, assim como das práticas pedagógicas é outro desafio. O reconhecimento e a valorização das diferenças culturais, dos diversos saberes e práticas e a afirmação de sua relação com o direito fundamental subjetivo à educação de todos.

O resgate dos processos de construção das identidades culturais, tanto no nível pessoal como coletivo, foi apontado com um terceiro desafio a ser superado. Um elemento fundamental nessa perspectiva são as histórias de vida e da construção de diferentes comunidades socioculturais.

Vera Candau (2008) destaca que é muito importante resgatar as histórias de vida, tanto pessoais quanto coletivas, e que estas possam ser contadas, narradas, reconhecidas, valorizadas como parte de processo educacional. Também sobre esse aspecto, adiante alinharemos a importância da legislação no campo educacional nesse processo.

Por último, aponta a promoção de experiências de interação sistemática com os outros como outro desafio a ser enfrentado. Assevera a autora que para sermos capazes de relativizar nossa própria maneira de situar-nos diante do mundo e atribuir-lhe sentido, é importante que experimentemos uma intensa interação com diferentes modos de viver e de expressar-se.

Nessa toada, entende-se que a interlocução prática dos direitos humanos, com o exercício dos direitos fundamentais à educação e da igualdade como reconhecimento torna-se imprescindível no avanço da efetivação desses direitos.

> As relações entre direitos humanos, diferenças culturais e educação colocam-nos no horizonte da afirmação da dignidade humana num mundo que parece não ter mais essa convicção como referência radical. Nesse sentido, trata-se de afirmar uma perspectiva alternativa e contra hegemônica de construção social, política e educacional. (CANDAU, 2008, pág.54)

Boaventura de Sousa Santos (2009) compreende que o reconhecimento de incompletudes mútuas é condição *sine qua non* de um diálogo intercultural.

> O multiculturalismo progressista pressupõe que o princípio da igualdade seja prosseguido de ar com o princípio do reconhecimento da diferença. A hermenêutica diatópica pressupõe a aceitação do seguinte imperativo transcultural: temos o direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza. (SANTOS, 2009, pág. 18)

4. EFETIVAÇÃO DA LEGISLAÇÃO NA VALORIZAÇÃO DAS DIFERENÇAS NO ENFRENTAMENTO À DESIGUALDADE

A Constituição Federal em vários momentos impõe ao Poder Público a promoção de medidas normativas bem como de medidas fáticas com vistas à redução das desigualdades, o que implica um dever de adotar políticas de ações afirmativas, políticas públicas, um agir do poder público no sentido de uma imposição constitucional cujo descumprimento poderá levar a um estado de omissão inconstitucional.

> Como revela a evolução brasileira nessa seara, que abarca desde a promoção da igualdade de gênero, por orientação sexual, pessoas com deficiência, em função da idade, mas especialmente, consideradas determinadas peculiaridades, em virtude de discriminação racial (raça tomada aqui como conceito normativo), uma série de políticas de ações afirmativas (ou de discriminação positiva ou inversa, como também se costuma designar tais medidas) tem sido levada a efeito pela legislação. (SARLET, 2017, pág.635)

O autor em comento assevera que a exigência de medidas que afastem desigualdades de fato e promovam a sua compensação, ou seja, de políticas de igualdade e mesmo de políticas de ações afirmativas podem ser reconduzida à função prestacional da igualdade, que implica um dever de atuação estatal, seja na esfera normativa, seja na esfera fática, de modo que é possível falar em uma imposição constitucional de igualdade de oportunidades.

Da leitura dos Parâmetros Curriculares Nacionais - PCN, no Eixo da Pluralidade Cultural (1997), se extrai a conclusão de que a Constituição brasileira de 1988 é uma das mais avançadas quanto aos temas que dizem respeito à diferença e ao combate à discriminação, ressaltando, contudo, a importância debater as possibilidades que se abrem com trabalho, embates e entendimentos, mediante a colocação em prática dos instrumentos jurídicos disponíveis.

A Lei nº 13.005/2014 que aprovou o Plano Nacional de Educação - PNE, com vigência por 10 anos, ou seja, até 2024, estabeleceu entre suas diretrizes para aplicação do referido plano a superação das desigualdades educacionais, com ênfase na promoção da cidadania e na erradicação de todas as formas de discriminação,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

bem como promoção dos princípios do respeito aos direitos humanos, à diversidade e à sustentabilidade socioambiental.

Percebe-se que o advento de um novo pensamento constitucional de direitos fundamentais, como os direitos da igualdade na sua dimensão de reconhecimento, bem como, do direito fundamental da educação enquanto direitos humanos, a construção pari passu da legislação concernente, percebendo alguns avanços, contudo, para Luís Roberto Barroso "a conclusão a que se chega é a de que percorremos, com sucesso, um longo caminho. Porém, ainda estamos atrasados e com pressa." (2016, pág.207).

Assim, temas sobre a diversidade étnico-cultural exigiram mudanças no arcabouço legal nas últimas décadas. A Lei federal nº 10.639/2003 que alterou a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional passou a incluir no currículo oficial da rede de ensino a obrigatoriedade da Temática História e Cultura Afro-Brasileira e Africana.

Estudo publicado nos Anais do XXIX Simpósio Brasileiro de Política e Administração da Educação (2019, pág.20) observou coleções de obras didáticas que são parte do Programa Nacional do Livro Didático do triênio 2018-2019-2020, fazendo uma análise do seu conteúdo, concluindo que a elaboração e produção de livros didáticos de História sofreu significativas mudanças com amparo na legislação educacional.

Esses avanços também podem ser creditados a Lei nº 12.288/2010 que estabeleceu o Estatuto da Igualdade Racial, que ao tratar em específico sobre o direito à educação previu que nos estabelecimentos de ensino fundamental e médio, públicos ou privados, a obrigatoriedade do estudo da história geral da África e da história da população negra no Brasil, remetendo ao disposto na Lei nº 9.394/1996.

Ao estabelecer que os conteúdos referentes à história da população negra no Brasil deverão ser ministrados no âmbito de todo o currículo escolar, resgatando sua contribuição decisiva para o desenvolvimento social, econômico, político e cultural do país, entende-se que a legislação busca efetivar o direito à igualdade na sua dimensão ao reconhecimento.

A busca pela homogeneidade não era capaz de perceber o reconhecimento das diferenças étnicas ou culturais de diversos grupos e a necessidade de afirmação da sua identidade, o que ensejaria um tipo de injustiça cultural e simbólica

> A injustiça a ser combatida nesse caso tem natureza *cultural* ou *simbólica*. Ela decorre de modelos sociais

> de representação que, ao imporem determinados códigos de interpretação, recusariam os "outros" e produziriam a dominação cultural, o não reconhecimento ou mesmo o desprezo. Determinados grupos são marginalizados em razão da sua identidade, suas origens, religião, aparência física ou opção sexual, como os negros, judeus, povos indígenas, ciganos, deficientes, mulheres, homossexuais e transgêneros. (BARROSO, 2016, pág. 215)

Entende-se, portanto, que o caminho da efetivação do direito fundamental à igualdade como reconhecimento perpassa por uma transformação cultural ou simbólica, sendo o aparato legislativo um importante instrumento da realização desse direito em concorrência com o exercício direito fundamental à educação plural.

5. CONCLUSÃO

As relações étnico-raciais e o exercício de direitos fundamentais devem se projetar na arena acadêmica e nos mais diversos espaços de educação, de comunicação, de concepção de legislação e políticas públicas que reflitam nas ações governamentais e da sociedade civil na valorização da diversidade.

A formulação teórica sobre o direito fundamental à igualdade, notadamente, na sua dimensão como reconhecimento, está presente na visão contemporânea do princípio universal dos Direitos Humanos, devendo ser bem compreendido na busca pela sua efetivação.

As diretrizes para implementação do direito fundamental à educação, efetivado de maneira plural e os reflexos da legislação concernente existente na construção da efetividade desses direitos demonstram a relevância de uma correta compreensão do tema posto para reflexão na busca por soluções no enfrentamento as desigualdades e avanços sociais.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto; OSÓRIO, Aline. "Sabe com quem está falando?": Notas sobre o princípio da igualdade no Brasil contemporâneo. Direito & Práxis Revista. Rio de Janeiro, Vol. 07, N. 13, 2016, p. 204-232.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; Coelho, Inocêncio Mártires; Mendes, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional.* 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

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

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Diário Oficial da União, Brasília, DF, de 23 de dezembro de 1996. Seção 1, página 27883.

BRASIL. Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.3747, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Diário Oficial da União, Brasília, DF, de 21 de julho de 2010. Seção 1, página 1.

BRASIL. Lei nº 13.005 de 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação – PNE e dá outras providências. Diário Oficial da União- Edição Extra, Brasília , DF, de 26 de junho de 2014. Seção1, página. 1.

BRASIL, Ministério da Educação, (1997). Parâmetros Curriculares Nacionais – Pluralidade Cultural. Brasília, MEC/SEF.

BRASÍLIA, Diretrizes Nacionais para Educação em Direitos Humanos. Ministério da Educação. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/educacao-em-direitos-humanos/DiretrizesNacionaisEDH.pdf

CANDAU, Vera Maria. Direitos humanos, educação e interculturalidade: as tensões entre igualdade e diferença. Revista Brasileira de Educação. 2008; 13 (37): 45-56. ISSN: 1413-2478. Disponível em: https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=275/27503705. Acesso em: 16 Jun. 2020.

MENDONÇA, Erasto Fortes. Revista *Retratos da Escola*, Brasília, v. 7, n. 13, p. 255-263, jul./dez. 2013. Disponível em: <http//www.esforce.org.br> Acesso em: 27 jun. 2020.

OLIVEIRA, João Ferreira de; SOUZA, Ângelo Ricardo de. Educação e direitos humanos, diversidade cultural e inclusão social. -Série Anais do XXIX Simpósio Brasileiro de Política e Administração da Educação, Organização: João Ferreira de Oliveira, e Ângelo Ricardo de Souza [Livro Eletrônico]. -Brasília: ANPAE, 2019. Página 20-24.

PIOVISAN, Flávia. Ações Afirmativas no Brasil: Desafios e perspectivas. Estudos Feministas, Florianópolis, 16(3): 424, setembro-dezembro/2008. Acesso em: 28 jun. 2020

RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. – 7. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pisetta, Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de direito constitucional / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. – 6. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa (2009), Direitos humanos: o desafio da interculturalidade. Revista Direitos Humanos, 2, Páginas 10-18. Disponível em: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Direitos%20Humanos_Revista%20Direitos%20Humanos2009.pdf. Acesso em: 25 jun. 2020

STF. Plenário. ADC 41 ED, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 12/04/2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

OS LIMITES DA INVESTIGAÇÃO PENAL PRIVADA: A OBTENÇÃO DE PROVAS NO ÂMBITO EMPRESARIAL

BEATRIZ MARIA RODRIGUES LIMA: UniCathedral. Graduanda em Direito. Pós graduanda em Direito Penal e Processo Penal

RODRIGO SILVA BARRETO[1]

(orientador)

Resumo: Este estudo, realizado na área Criminal, versa sobre a investigação privada com o intuito de analisar os limites na obtenção de provas na esfera empresarial, tendo em vista os direitos e garantias fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal de 1988. Para isso, aborda os aspectos gerais das investigações privadas no cenário das empresas, a fim de que se possam compreender os contornos dessa atividade, bem como a ausência de uma regulamentação específica. Noutro viés, foram demonstradas as circunstâncias da obtenção de provas, advertindo sobre as ilicitudes e outros fatores considerados importantes ao assunto, bem como a análise dos direitos fundamentais frente à produção de provas. Trata-se de uma pesquisa qualitativa, que visa mostrar os limites da investigação privada no âmbito da criminalidade que ocorre em empresas. Utilizou-se a pesquisa bibliográfica em textos da Legislação Brasileira, com análise em obras e doutrinas, uma vez que se utiliza de princípios e normas tanto constitucionais quanto infraconstitucionais, essenciais para a compreensão do tema. Concluiu-se de forma prévia, a necessidade de estabelecer uma regulamentação específica para essas situações, ademais o amparo jurídico pode ser extraído da Constituição Federal de 1988 (a qual visa a vedação de provas ilícitas, a privacidade, dentre outras garantias).

Palavras-Chave: Investigação Privada; Ambiente Corporativo; Obtenção de Provas; Direitos Fundamentais; Limites.

Abstract: This study, carried out in the Criminal area, deals with private investigation in order to analyze the limits in obtaining evidence in the business sphere, in view of the fundamental rights and guarantees established by the Federal Constitution of 1988. For this, it addresses the general aspects private investigations in the business scenario, so that the outlines of this activity can be understood, as well as the absence of specific regulations. In another vein, the circumstances of obtaining evidence were demonstrated, warning about unlawfulness and other factors considered important to the subject, as well as the analysis of fundamental rights regarding the production of evidence. It is a qualitative research, which aims to show the limits of private investigation in the scope of crime that occurs in companies. Bibliographic research

was used in texts of the Brazilian Legislation, with analysis in works and doctrines, since it uses principles and norms, both constitutional and infra-constitutional, essential for understanding the theme. It was concluded in advance, the need to establish specific regulations for these situations, in addition the legal protection can be extracted from the Federal Constitution of 1988 (which aims at prohibiting illicit evidence, privacy, among other guarantees).

Keywords: Private Investigation; Corporate Environment; Taking Evidence; Fundamental rights; Limits.

Sumário: Introdução; 1. Aspectos Gerais das Investigações Privadas; 1.1 As Investigações no Âmbito das Empresas e o Criminal Compliance; 2. A Obtenção de Provas por Particulares e as Proibições Probatórias; 2.1 A Produção de Provas no Ambiente Corporativo; 3. Os Direitos Fundamentais Frente à Investigação; Considerações Finais; Referências.

Introdução

A Constituição Federal prevê, precisamente em seu artigo 5°, os direitos e deveres individuais e coletivos, dentre eles, a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, bem como a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem. Dilemas esses presentes quando se trata de investigações em ambientes corporativos.

No que diz respeito à criminalidade que ocorre no âmbito de empresas – inclusive na esfera dos programas de *compliance* na área criminal –, as investigações ficam ainda mais restritas aos particulares, pois, nesse tipo de relação, a prova, isto é, o material (frequentemente relacionado à privacidade, intimidade e sigilo), obtida no ambiente dessas pessoas jurídicas, são necessárias e essenciais para a primeira fase da persecução penal – qual seja: a fase investigativa. Nessa perspectiva, atribuem-se aos particulares, funções realizadas por entes estatais. E, por essas investigações serem realizadas por terceiros privados, não há uma previsão legal específica e, desta forma, não existem delimitações nítidas.

Faz-se necessário, portanto, examinar se as atividades investigativas privada em ambientes corporativos corresponderão ao que está estabelecido no ordenamento pátrio brasileiro.

Partindo dessa premissa, este artigo tem como tema: "Os limites da investigação penal privada: a obtenção de provas no âmbito empresarial", tendo em vista a análise do seguinte problema: "Quais os limites jurídicos existentes na obtenção de provas das investigações privadas na esfera empresarial?"

A metodologia empregada para a realização do trabalho foi de natureza básica, visto que o principal objetivo foi analisar os limites das provas no processo penal – perante os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal – em relação à investigação privada que ocorre em empresas. Quanto à problemática, trata-se de uma pesquisa qualitativa, demonstrando, desse modo, a investigação privada no campo dos crimes empresariais, e os limites jurídicos existentes, a fim de se obterem provas, visando respeitar as garantias constitucionais. Dessa feita, utilizou-se a pesquisa bibliográfica a partir da Legislação Brasileira, da análise de obras e artigos, tais como os escritos por Bruno Maeda (2013) e Guilherme Nucci (2009). O método de abordagem utilizado na pesquisa foi o dedutivo, em virtude de se utilizarem princípios e leis (Constituição Federal e Código de Processo Penal) em conformidade com a demanda dos limites da obtenção de provas na investigação privada, diretamente na esfera empresarial.

A abordagem dessa questão é de importante relevância para o exercício da função investigatória, para que se possa alcançar e demonstrar os limites impostos para que as garantias individuais não sejam desrespeitadas quando ocorre a busca por material probatório, especificamente, em empresas. Com isso, compreende-se a necessidade de analisar essa problemática à luz da atual carta constitucional. Destarte, serão traçadas as particularidades da investigação privada em empresas, as adversidades na obtenção de provas, e a previsão estabelecida pela Lei Maior.

Sendo assim, será construída uma análise a respeito das limitações probatórias na primeira fase da persecução penal, no modo privado e, dessa forma, contribuirá para o conhecimento da sociedade brasileira e dos interessados no assunto.

1.Aspectos Gerais das Investigações Privadas

Recentemente, foi sancionada uma lei exclusiva para responsabilizar, civil ou administrativamente, pessoas jurídicas por condutas que lesionam a administração pública, a Lei n° 12.846/2013, também conhecida como Lei Anticorrupção. Essa Lei, dentre tantas outras finalidades, serviu como instrumento para impulsionar as empresas a aderirem programas de *compliance,* a fim de tomar precauções contra condutas ilícitas e, dessa forma, esquivarem-se de penas legais.

Como consequência disso, vem ganhando mais enfoque a investigação privada, pois consiste em atribuir aos particulares funções de delegar e estimular a atividade investigativa – apesar de não existir um conceito taxativo para tal. Dessa forma, as empresas podem apurar atos que ocorrem em seu ambiente corporativo, sobretudo quando possuem o setor de *compliance*.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Contudo, essa atividade investigativa não possui uma regulamentação legal especifica, além disso, a legislação é omissa quanto ao particular interessado realizar ato investigatório para produção de provas. Nesse caso, pode-se aplicar o princípio da legalidade, presente no artigo 5°, inciso II, da Constituição Federal[2]: "Artigo 5º, II: Ninguém será obrigada a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei". (BRASIL, 1988). É importante mencionar também, a relação que o Código de Processo Penal tem com o artigo exposto neste parágrafo, ao exigir uma lei anterior que defina o crime, bem como uma prévia cominação legal de pena. Neste viés, como não há menção no ordenamento jurídico brasileiro acerca da produção de provas realizada de maneira privada, não há de se falar em ilegalidade dessa atividade.

Assim como se pode preconizar o fato de o Superior Tribunal de Justiça reconhecer recentemente ser lícita a produção de provas pelas partes interessadas na fase pré-processual, conforme estabeleceu o ministro Nefi Cordeiro[3]: "A ação penal pode basear-se em elementos probatórios oriundos ou não do inquérito policial, que não é seu suporte exclusivo de justa causa. Assim, admitindo-se em tese a persecução criminal por qualquer fonte confiável de prova, estatal ou particular [...]" (BRASIL, 2016)

No que diz respeito à legitimidade das investigações privadas, esta não é decorrente da previsão estabelecida no artigo 6°, inciso III, do Código Processo Penal, mas pode ser extraída dos direitos fundamentais da ampla defesa e da ação, mencionados no artigo 5° da Constituição Federal.

Ainda sobre tais aspectos gerais, é possível salientar a distinção entre a função do Ministério Público e a do investigador privado. Enquanto o primeiro sempre prezará pela busca da verdade, independente de qual seja ela, o segundo se preocupará apenas com os elementos que forem benéficos a si. Dessa forma, reflete Denis Sampaio[4] (2014, p.108): "Sua função não é o esclarecimento de todos os fatos, mas sim a busca de fontes e elementos de prova para o benefício de seu defendente".

Muitos são os cuidados que devem existir nessas investigações, pois, como não existem "barreiras" bem definidas para a atividade e nem a presença de autoridades do âmbito judicial no momento investigatório, torna-se provável o desrespeito às garantias constitucionais, embora, caso se configure ilícito o material probatório, este não poderá integrar o processo.

É importante mencionar que existem exceções, que são os casos de admissão da prova ilícita, como, por exemplo, a admissibilidade que se baseia na proporcionalidade *pro reo.* Essa corrente defende que o direito à liberdade estará acima de eventual direito ofendido na obtenção da prova. Desta forma, explica

Greco Filho[5] (1989, p.112): "Uma prova obtida por meio ilícito, mas que levaria à absolvição de um inocente [...] teria de ser considerada, porque a condenação de um inocente é a mais abominável das violências e não pode ser admitida ainda que se sacrifique algum outro preceito legal".

Com base nos fatores explorados acima, essas investigações – isto é, aquelas realizadas por particulares em ambientes corporativos – podem ser iniciadas a qualquer momento e, de acordo com a sua finalidade, ser executadas para fins preventivos, defensivos ou acusatórios, dessa maneira, agregando elementos a fim de construir defesa própria.

No que tange às investigações defensivas, estas se desenvolvem de forma independente das investigações públicas, efetivando a defesa por meio da livre busca de elementos que evidenciem sua alegação, porém respeitando os quesitos legais e constitucionais para a produção probatória. Nesse ínterim, André Boiani e Édson Luís Baldan[6] (2004) conceituam as investigações defensivas como:

> "O complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido, em qualquer fase da persecução criminal, inclusive na ante judicial, pelo defensor, com ou sem assistência de consulente técnico e/ou investigador privado autorizado, tendente a coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção, no escopo de construção de acervo probatório licito que, no gozo da parcialidade constitucional deferida empregará para pleno exercício da ampla defesa do imputado em contraponto a investigações ou acusações oficiais." (BALDAN, BOIANI, 2004, p.07)

Diante da necessidade de implantar investigações defensivas no ambiente corporativo, a empresa poderá adentrar em um típico conflito de interesses em relação ao investigado, pois, ao buscar provas para se defender, a empresa pode usar esse mecanismo para acusar outrem – como, por exemplo, um funcionário. Essa forma de investigação – defensiva – possibilita a efetivação de investigações por parte da própria defesa e, dessa maneira, contrabalanceia os poderes investigatórios acusatórios, proporcionando certo equilíbrio no momento investigativo.

Nesse sentido, vem ganhando mais enfoque dos doutrinadores em razão do artigo 13, do Projeto de Lei do Senado n° 156/09[7], que visa a Reforma do Código de Processo Penal. Nele se fundamenta a ideia da investigação no âmbito privado – tal qual é descrito: "Art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas" (BRASIL, 2009).

Desse modo, frequentemente, as empresas apuram adversidades em seu meio laboral, com o intuito de, no futuro, o problema existente não atingir a pessoa jurídica de forma geral, mas ocorra a responsabilidade pelo ilícito em desfavor de pessoas determinadas – colaboradores, funcionários, entre outros. Assim sendo, a participação da defesa no momento da investigação preliminar, por meio da busca de instrumentos de informação que possam beneficiar seus argumentos, é indispensável para propiciar um contraditório eficaz e viabilizar elementos para uma futura decisão justa. Sempre, nesses casos, respeito a forma lícita das provas, em geral, as regras já ora estabelecidas no nosso ordenamento jurídico.

1.1 As Investigações no Âmbito das Empresas e o Criminal Compliance

Existem especificidades em cada empresa que as tornam mais eficientes do que a própria autoridade policial na fiscalização e identificação de ilicitudes, pois essas pessoas jurídicas presenciam diariamente todos os fatos que ocorrem em seu ambiente, desde os mais simples até os mais extremos. Assim, na tentativa de evitar fraudes e supervisionar os funcionários, bem como qualquer conduta que ocorra dentro do ambiente corporativo, tem-se a necessidade de implantar um setor próprio para exercer essa função.

Com base nisso, existe certa transferência da função investigativa pública para a privada, e esta ocorre em ambientes internos através de particulares, por meio – muita vezes – das estratégias de *criminal compliance*, que, conforme Giovani Saavedra[8] (2011),

> "Consiste no estudo e implementação dos controles internos e de outras medidas que podem ser adotadas pelas organizações com o fim de prevenção de crimes. Uma das principais características do criminal *compliance*, que o distanciam do direito penal tradicional, é a sua aplicação preventiva, haja vista que aquele opera na análise *ex post* de crimes. Desta forma, o criminal *compliance* atua *ex ante factum*, buscando prevenir a ocorrência de crimes e, conseqüentemente, evitar a persecução penal, através de controles internos, dentro das empresas ou instituições." (SAAVEDRA, 2011, p.11).

Dessa forma, o Estado privatiza o seu ofício de prevenir, para que parte dessa função seja exercida por um ente privado – no caso, as próprias empresas. Nota-se, com isso, uma mútua contribuição entre o poder estatal e os instrumentos

particulares na busca da efetivação da segurança e do combate contra a criminalidade. Assim, acrescenta Bruno Maeda[9] (2013):

> "Mais do que evitar a criminalidade empresarial, o compliance corresponde aos esforços adotados pela iniciativa privada para não só cumprir as exigências impostas por lei e os regulamentos relativos à atividade desenvolvida como também instituir a observância da ética e da integridade corporativa." (MAEDA, 2013, p.167)

O compromisso por parte da empresa de evitar riscos e demonstrar credibilidade se baseará em um código de ética e conduta que ela mesma adotará e o cumprimento de suas normas taxadas será fiscalizado por um setor próprio de *compliance* existente em seu ambiente corporativo. A partir disso, qualquer indício de irregularidade e violação ao imposto será averiguado e punido internamente. Caso seja necessária a viabilização de medidas judiciais em desfavor de seus colaboradores, o material probatório será aquele provindo da investigação privada interna, ou seja, do setor de *criminal compliance.*

A importância dessa implantação reflete em serviços mais proveitosos dentro da corporação, prevenção da criminalidade em empresas, servindo também como um mecanismo de investigação preventiva e, principalmente, como um ganho de instrumento investigativo que poderá ter como resultado, elementos de prova que só poderiam ser conseguidos a partir de uma ágil investigação interna realizada por departamentos de c*ompliance*.

Esse tipo de investigação, diferentemente da modalidade pública, pode ter início a partir de pequenos sinais fundamentados ou de forma preventiva e não há a necessidade de um motivo explícito para serem iniciadas. Um importante mecanismo adotado pelos programas de conformidade e que são fundamentais para se ter conhecimento de ilegalidades são os canais de denúncia. Defende Nieto Martin[10] (2013) salientando que:

> "Sua implantação é recomendável a fim de conferir uma maior possibilidade para que a empresa receba as informações de seus colaboradores ou terceiros que, na sua falta, poderão recorrer diretamente às autoridades públicas, colocando a pessoa jurídica em desvantagem em relação àqueles." (MARTÍN, 2013, p.03)

Embora os programas de *compliance* possuam como finalidade uma gama de práticas precisas que visam estabelecer um meio empresarial ético e transparente,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

a investigação interna aparece como uma consequência desse viés. Pelo fato de não existir uma legislação especifica para regular essa atividade, mas apenas para incentivar – que é o caso da Lei Anticorrupção –, a boa condução investigatória é um fator essencial para que todos os direitos individuais do colaborador investigado devam ser mantidos, pois, dependendo da situação, poderão ocorrer penalizações não só administrativas, mas também cíveis e criminais.

2.A Obtenção de Provas por Particulares e as Proibições Probatórias

São muitos os meios de provas existentes no ordenamento jurídico brasileiro utilizados para remontar a realidade e, assim, alcançar a verdade real, como exemplo, a exibição de documentos, ou coisas, prevista nos artigos 355 a 363 do Código de Processo Penal. Entretanto, é necessário haver cautela por parte do investigador privado na hora de buscar meios no ambiente corporativo para demonstrar a verdade dos fatos, pois os crimes existentes nesse local são complexos e geralmente ameaçam interesses de uma coletividade, como, por exemplo, crimes de lavagem de dinheiro e crimes falimentares.

No que diz respeito à regulamentação especifica que trate a investigação privada, esta se torna ausente quando tratamos de limites para obtenção de provas de modo privado, embora haja previsões na Lei Maior que podem ser aplicadas nessa situação. Como exemplo, pode ser citado o artigo 5° da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais de cada cidadão, dentre eles, direito à intimidade, direito à inviolabilidade do sigilo de correspondência e das telecomunicações, a inadmissibilidade no processo, de provas obtidas por meios ilícitos, dentre outros.

Faz-se interessante mencionar, também, a previsão estabelecida pelo Código de Processo Penal[11], em seu artigo 207: “São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho” (BRASIL, 1941).

Dessa forma, os particulares, ao recolherem elementos probatórios, devem observar o objeto da prova (ou seja, aquilo que o juiz precisa ter conhecimento para resolver o litígio), bem como os seus meios (presentes no artigo 155 a 250 do Código de Processo Penal) e o procedimento – a depender da situação. Assim, complementa Kai Ambos[12] (2009, p.08): “As proibições probatórias confirmam que a verdade, de acordo com as famosas palavras do Tribunal Supremo Federal, não deve ser investigada ‘a qualquer preço’, senão que deve considerar os interesses individuais previamente indicados”.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Entretanto, há o entendimento doutrinário de que as provas ilícitas podem ser admitidas quando não evidenciado o nexo de causalidade entre as provas derivadas das ilícitas ou quando dispostas em proveito do acusado. Com base nisso, defende Fernandes[13] (2002, p.87) que "Seria inaceitável que o acusado fosse condenado apenas porque a demonstração de sua inocência só pode ser realizada por meio de prova obtida de forma ilícita."

Um aspecto relevante, nesse contexto, é a distinção entre a prova ilícita e a prova ilegítima. Enquanto a primeira é entendida como aquela obtida através da violação de norma de direito material, a segunda, para sua obtenção, há violação de norma de direito processual, conforme entendimento de Nucci[14] (2009, p.353): "(...) as provas ilícitas são aquelas obtidas com infrigência ao direito material, as provas ilegítimas são obtidas com desrespeito ao direito processual." Assim sendo, é importante afirmar que o fato de ser admitida uma prova que foi irregularmente constituída, a fim de atestar a inocência da pessoa jurídica no âmbito criminal, não o absolveria de reparar o prejudicado no âmbito cível.

Nesse contexto, pode-se afirmar, a partir da interpretação e da clareza do texto constitucional ao garantir o contraditório e a ampla defesa, bem como as normas impostas no atual Código de Processo Penal, em especial o artigo 157, que trata da inadmissibilidade das provas ilícitas, que, embora não haja uma regulamentação legal específica para instruir essa atividade, ela não é considerada proibida, pois poderá ser conduzida por particulares, desde que haja observância aos preceitos legais. Por fim, o investigador não poderá usufruir da sua posição privilegiada de pessoa jurídica para conseguir elementos probatórios oriundos da ilicitude. As garantias constitucionais devem ser respeitadas a todo o momento.

1.2 A Produção de Provas no Ambiente Corporativo

Para se adentrar neste assunto contínuo ao capítulo anterior, mas que abrange algo mais específico, que é o ambiente corporativo, partir-se-á da questão de a empresa não possuir uma regulação para a atividade investigatória interna. Também, pode-se afirmar que essa ausência não a impossibilita de realizar mecanismos de apuração, porém, para isso, deve ser frisada a questão de serem atendidos todos os preceitos presentes no ordenamento pátrio, e não ocorrer a violação de nenhuma diretriz estabelecida, caso contrário, terá como consequência o não aproveitamento do material colhido, que será considerado ilícito ou ilegítimo.

Dessa feita, é possível afirmar, com clareza, que as empresas possuem mais acesso às informações contidas em seu ambiente do que o Estado, pois, por exemplo, a partir de um simples contrato de trabalho, o contratante (no caso, a empresa) pode

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ter admissão para monitorar o serviço prestado pelo contratado (ou seja, o colaborador dessa empresa).

Consequentemente, por meio de câmeras de monitoramento, e-mails corporativos, registros de acesso à internet, gravadores de áudio, dentre tantos outros recursos, são obtidos dados de grande relevância para o sucesso de uma investigação, que, logo se transformam em materiais probatórios para a viabilização de medidas administrativas ou judiciais. Entretanto, o investigador privado, ao utilizar dos mecanismos investigatórios (o monitoramento) que a pessoa jurídica possui, não poderá beneficiar-se destas funções para conseguir informações a qualquer custo. Deve haver observância ao ordenamento jurídico.

Como mencionado no parágrafo anterior, muitos são os meios para obtenção de informações, implantados pela empresa, a qual tem livre acesso sobre eles, porém se faz importante observar que meios são permitidos como prova e quais não são permitidos.

Quanto às conversas realizadas em aplicativos de mensagens instantâneas (a título de exemplo: WhatsApp, Messenger, Instagram, entre outros), efetuadas em computadores da empresa, é impossibilitado o seu monitoramento, com base na linha de jurisprudência do Tribunal Regional do Trabalho. Assim, esclarece o desembargador Lino Faria Petelinkar[15] em acórdão de Recurso de Ordinário:

> "O ato patronal de monitoramento de mensagens enviadas e recebidas através de e-mail pessoal do empregado, sem a autorização deste, assegura-lhe o direito a indenização por danos morais por violação à intimidade e a vida privada." (BRASIL, 2013)

Em relação às gravações de conversas dentro do ambiente corporativo (geralmente, a partir de gravadores de áudio instalados dentro de salas de reunião), não serão consideradas ilícitas, assim assegura o STF[16]: "A gravação feita por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, nada tem de ilicitude, principalmente quando destinada a documentá-la em caso de negativa" (BRASIL, 2003).

No que tange às filmagens obtidas a partir de câmeras localizadas nos terminais da empresa, serão possibilitadas a sua utilização e até mesmo podem servir como material probatório, desde que não violem a intimidade e a privacidade da parte, pois o objetivo desta ferramenta é a proteção do ambiente e a segurança física dos colaboradores. Assim, não poderão ser instaladas em locais que violem a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

privacidade dos funcionários (como por exemplo, banheiros e vestuários) ou de um ou outro funcionário, de modo especifico.

E, no que diz respeito ao e-mail corporativo (diferentemente do e-mail particular, o qual se considera ferramenta de uso pessoal), por ser considerado uma ferramenta de trabalho, não estará incluído no que tange à inviolabilidade do sigilo de correspondência, previsto no artigo 5°, XII, da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, acrescenta o relator Ives Gandra Martins Filho[17] (2008) em decisão de Agravo de Instrumento em Recurso de Revista:

> "Se o empregado eventualmente se utiliza da caixa de e-mail corporativo para assuntos particulares, deve fazê-lo consciente de que o seu acesso pelo empregador não apresenta violação de suas correspondências pessoais, tampouco violação de sua privacidade ou intimidade, porque se trata de equipamento e tecnologia fornecidos pelo empregador para utilização no trabalho e para alcance das finalidades da empresa." (BRASIL, 2008)

Com base nisso, é notável que os limites da privacidade do empregado não podem ser considerados absolutos e sofrerão limitações quando colidirem com a violação de outros direitos e garantias fundamentais ou, até mesmo, devido o direito de propriedade do empregador – este, por sua vez, ao prover meios (como exemplo, o e-mail corporativo) para o empregado realizar suas funções, poderá ter o direito de fiscalizar o serviço.

Diante do exposto, pode-se observar que, durante a busca por provas no ambiente corporativo, o investigador privado pode esbarrar em limites que não estão fixados em uma regulamentação específica, mas, no ordenamento pátrio, no entendimento de doutrinadores e diversas jurisprudências. Com isso, nem todos os meios que a pessoa jurídica tem ao seu alcance podem ser utilizados como meio de prova, muitos deles podem ser considerados ilícitos, pois derivam da ilicitude, ou seja, violam garantias do indivíduo. Por fim, o material probatório, decorrente da violação do direito material, não pode ser recuperado, bem como não poderá gerar qualquer efeito no processo, e, assim, nada relacionado a ele será aproveitado.

3.Os Direitos Fundamentais Frente à Investigação

Os direitos e garantias fundamentais, sendo considerados aqueles inerentes a todo ser humano e previstos em nosso ordenamento pátrio, se abrangeram de tal forma, que conforme interpretado em nossa atual previsão constitucional, sua

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

concretização não se dá somente frente ao Estado, mas também nas relações privadas.

Como tratado no capítulo anterior, pode-se notar que as consideradas provas ilícitas são vedadas (embora haja entendimento doutrinário contrário, em casos de serem utilizadas em proveito do acusado e quando não evidenciado o nexo de causalidade entre as provas derivadas das ilícitas), de acordo com o artigo 5°, LVI, da Lei Fundamental de 1988, conforme exposto: "São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos" (BRASIL, 1988). Além disso, são conceituadas pelo artigo 157 do Código de Processo Penal como: "As obtidas em violação a normas constitucionais ou legais" (BRASIL, 1941).

Quanto à prova ilícita, será possível a sua utilização se, através dela, existir um direito fundamental visto como mais importante, na análise do caso em julgamento, conforme previsão estabelecida pelo artigo 257 do Código de Processo Penal:

> "Art. 257. As partes têm direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar fatos em que se funda a ação ou a defesa e influir eficazmente na livre convicção do juiz.
>
> Parágrafo único. A inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito será apreciada pelo juiz à luz da ponderação dos princípios e dos direitos fundamentais envolvidos." (BRASIL, 1941).

Pode-se dizer que o direito à prova encontra limitações provindas dos direitos fundamentais, resguardados pela atual Constituição, como a título de exemplo, a proteção à intimidade, ao sigilo das telecomunicações, à privacidade, dentre outros. A partir disso, assegura Eliomar da Silva Pereira[18] em sua obra Teoria da Investigação Criminal que "Os direitos e garantias fundamentais atuam como disposições legais de caráter negativo, na medida em que dizem o que não se pode fazer na investigação criminal" (PEREIRA, 2010, p.185).

No que tange à privacidade – sendo visto ao longo do trabalho como um importante direito a ser protegido durante o momento investigativo –, temos um direito (o qual abrange a intimidade, a honra, a imagem, dentre outros) que rotineiramente é violado, muitas vezes, violação essa que envolve questões polêmicas. Nessas situações de violação, deve haver observância quanto à abrangência desta lesão, pois quando este direito entra em conflito com outros

direitos, é necessário que exista certa ponderação pautada pela proporcionalidade e a razoabilidade. Desta forma, esclarece o STF[19], em decisão de Habeas Corpus:

> "Na contemporaneidade, não se reconhece a presença de direitos absolutos, mesmo de estatura de direitos fundamentais previstos no artigo 5°, da Constituição Federal, e em textos de Tratados e Convenções Internacionais em matéria de direitos humanos. Os critérios e métodos da razoabilidade e da proporcionalidade se afiguram fundamentais neste contexto, de modo a não permitir que haja prevalência de determinado direito ou interesse sobre outro de igual ou maior estatura jurídico-valorativa." (BRASIL, 2008)

Um ponto de grande importância é saber identificar a natureza da norma violada na produção da prova, pois, se a norma violada provier de natureza processual, seus efeitos afrontarão o processo, mas, se essa norma for de direito material, seus reflexos atingirão os direitos fundamentais.

Com isso, quando há violação de norma de direito material, algumas das garantias resultantes do direito à privacidade, à intimidade ou à integridade física do indivíduo estarão sendo desrespeitadas. Essas garantias foram vistas com grande valor pelo constituinte, de modo a delimitar o direito à prova, tendo-o como ilícito ou inadmissível quando produzido com afronta a essas garantias. Porém, havendo respeito às garantias constitucionais e principalmente a dignidade da pessoa humana, a prova é perfeitamente admitida, como na presente decisão do TRT em Recurso Ordinário[20]:

> "Não restando evidenciada a prática de qualquer ato atentatório à dignidade da empregada, uma vez que a empresa-ré apenas se utilizou dos meios legais para elucidar fato concernente ao desaparecimento de documentos originais do interior da empresa. Com efeito, se, em momento algum a laborista sofreu acusação indevida ou ofensa à sua dignidade, deve-se manter incólume a sentença que indeferiu o pedido de indenização a título de reparação por danos morais, pleiteado pela autora." (BRASIL, 2011).

Nesse contexto, faz-se necessário mencionar alguns dos direitos positivados e que devem ser respeitados para uma eficaz investigação. Primeiramente, encontra-se no artigo 5°, LXIII, da Constituição Federal de 1988, o direito ao investigado de ficar calado, sendo voluntário a ele colaborar ou não com a investigação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Outro importante direito é o que diz respeito ao princípio da presunção da inocência, estabelecido no inciso LVII, e prevê que ninguém poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado, dessa maneira, na fase investigativa, não há de se falar em criminoso. Por fim, previsto no inciso X, está o direito à privacidade, no qual se encontra também a previsão da intimidade, honra e imagem – dispositivo este, essencial quando se trata de investigações privadas, em que, muitas vezes, há o desrespeito a essa garantia e, caso ele ocorra, o prejudicado poderá valer-se de medidas judiciais.

A investigação privada em um ambiente corporativo deve preservar os direitos individuais de cada investigado. Nesse sentido, o Estado aparece como uma figura de proteção a essas garantias e fiscalizador da Lei, a partir da Constituição Federal de 1988. Os direitos fundamentais nela estabelecidos devem permanecer acima de qualquer outra previsão.

Considerações Finais

A investigação privada realizada no ambiente corporativo é um assunto recente e que vem ganhando enfoque por meio do incentivo indiretamente proposto pela Lei 12.846 (Lei Anticorrupção) e visto, de forma prática, por meio do estabelecimento de eficientes programas de *compliance* em empresas.

A princípio, a investigação privada não possui uma regulamentação específica, entretanto, o atual ordenamento jurídico possui muitas previsões que podem delimitar a função do investigador privado. Dessa forma, pode-se afirmar que os limites da investigação privada se encontram expressos no ordenamento pátrio – precisamente nos incisos LV e LVI, do artigo 5°, da Carta Magna, que dispõe sobre contraditório, ampla defesa e vedação à produção de provas ilícitas –, doutrinas (por exemplo, doutrinadores como Kai Ambos e Nieto Martín que abordam o assunto e foram utilizados ao longo do trabalho) e diversas jurisprudências.

A investigação privada está amparada na legislação, como na Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei n° 9.613/1998), Lei Anticorrupção (Lei n° 12.846/2013), Lei do Detetive Particular (Lei n° 13.432/2017) e no Código de Processo Penal, embora neste, encontram-se limites que definem os contornos das investigações de modo geral, podem servir para a modalidade privada.

A Constituição Federal de 1988 – a qual estabelece a fundamentação necessária em seu artigo 5° para legitimar essa modalidade de investigação (privada) por meio dos direitos fundamentais de ampla defesa e ação –, o Código de Processo Penal – em seu artigo 157, inadmite a produção de provas ilícitas, ou seja, aquelas obtidas com violação às normas legais e constitucionais –, demais legislações – como

as mencionadas no parágrafo anterior – e diversos entendimentos jurisprudenciais. Nesse sentido, enumeram-se as seguintes possibilidades, obtidas no decorrer do trabalho, em relação ao que pode ser utilizado como mecanismo investigatório:

Sobre as conversas realizadas em aplicativos de mensagens instantâneas, realizadas em computadores de propriedade da empresa, considera-se impossibilitado o seu monitoramento por parte do empregador, tendo em vista os direitos fundamentais à intimidade e à privacidade do empregado. Posto isto, a prova obtida com violação a essas garantias, serão consideradas ilícitas e o empregado poderá ser indenizado por dano moral e material.

Sobre as gravações de áudio realizadas dentro do ambiente corporativo, são consideradas licitas e podem servir como instrumento de prova. Assim sendo, nada terá de ilicitude no material probatório provindo de escutas de áudio em ambientes.

Sobre as imagens de câmeras localizadas nos terminais da empresa, é possível a sua utilização como meio de prova, desde que não viole a intimidade e a privacidade da parte. Desta forma, elas deverão ser instaladas em ambientes que não venham a expor a pessoa física de forma vexatória, como exemplo, a instalação em banheiros ou vestuários.

Sobre o e-mail corporativo, visto que é considerado ferramenta de trabalho, é admitido o seu acesso e monitoração pelo empregador, posto que essa atitude não apresenta violação ao sigilo de correspondência, previsto na atual Lei Maior.

Dessa forma, o objetivo proposto neste trabalho foi atingido, bem como a problemática pôde ser respondida, pois o ordenamento jurídico brasileiro estabelece previsões importantes para esse tipo de atividade investigativa, bem como traz consigo garantias e direitos individuais que devem prevalecer a todo o momento (independente de se tratar de uma relação privada) e servem como limites na busca por provas, sob pena do material colhido não poder ser aproveitado e a pessoa jurídica ter de indenizar o funcionário que teve seu direito violado.

As conclusões alcançadas demonstram uma linha tênue das perspectivas de uma investigação privada. Elas passam sempre por uma análise do caso concreto e daquilo que não vai de encontro ao direito à privacidade, em regra, aos direitos e garantias da Lei Maior. Por fim, é possível obter uma conclusão prévia: a necessidade de estabelecer uma regulamentação especifica para essas situações.

Referências

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

AMBOS, Kai. **Las prohibiciones de utilización de pruebas em el proceso penal alemán** – fundamentación teórica y sistematización. Polít. crim., n. 7, A1-7, p. 8, 2009. Disponível em: <http://www.politicacriminal.cl/n_07/a_1_7.pdf>. Acesso em: 25 set. 2019. (Tradução livre).

BOIANI, André; BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provando). ***Boletim IBCCrim***, ano 11, n. 137 p. 7, 2004.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 02 set. 2019.

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

BRASIL, Senado. **Projeto de lei n° 156/09**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acesso em: 10 set. 2019.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das Liberdades**. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

MAEDA, Bruno Carneiro. **Programas de compliance anticorrupção**: importância e elementos essenciais. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES.

MARTÍN, Adan Nieto. Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información em el proceso penal. In: **Diário LA LEY**, n. 8120, 5 de julho de 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Editora Forense, 2009.

PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da investigação criminal**. São Paulo: Almedina, 2010.

SAAVEDRA, Giovani A. Compliance: reflexões iniciais sobre criminal compliance. **Boletim IBCCRIM**. Ano 18. N. 218, Jan/2011. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim218.pdf>. Acesso em: 17 set. 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

SAMPAIO, Denis. Reflexões sobre a investigação defensiva: Possível renovação da influência pós "Código Rocco" sobre a *indagine difensive.* In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (Coord.). **Advocacia criminal:** direito de defesa, ética e prerrogativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SILVA, Carlos Henrique da (Coord). **Temas de anticorrupção & compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

NOTAS:

[1] Doutorando em Ciência Jurídico-Criminal pela Universidade de Coimbra/PT, Mestre em Ciência Jurídico-Criminal pela Universidade de Coimbra/PT, Bacharel em Direito pela PUC/RS, advogado e professor no Curso de Direito do UniCathedral – Centro Universitário Cathedral. E-mail: rodrigo@barretobr.com

[2] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

[3] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 284.620.** Rel. Min. Nefi Cordeiro**.** Brasília-DF, 09 de agosto de 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/220768734/stj-06-12-2018-pg-7538>.Acesso em: 12 set. 2019.

[4] SAMPAIO, Denis. Reflexões sobre a investigação defensiva: Possível renovação da influência pós "Código Rocco" sobre a *indagine difensive.* In: MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (Coord.). **Advocacia criminal:** direito de defesa, ética e prerrogativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

[5] GRECO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das Liberdades**. São Paulo: Editora Saraiva, 1989.

[6] BOIANI, André; BALDAN, Édson Luís. A preservação do devido processo legal pela investigação defensiva (ou do direito de defender-se provando). ***Boletim IBCCrim***, ano 11, n. 137 p. 7, 2004.

[7] BRASIL, Senado. **Projeto de lei n° 156/09**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acesso em: 10 set. 2019.

[8] SAAVEDRA, Giovani A. Compliance: reflexões iniciais sobre criminal compliance. **Boletim IBCCRIM**. Ano 18. N. 218, Jan/2011. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim218.pdf>. Acesso em: 17 set. 2019.

[9] MAEDA, Bruno Carneiro. **Programas de compliance anticorrupção**: importância e elementos essenciais. In: DEBBIO, Alessandra Del; MAEDA, Bruno Carneiro; AYRES.

[10] MARTÍN, Adan Nieto. Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información em el proceso penal. In: **Diário LA LEY**, n. 8120, 5 de julho de 2013.

[11] BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 02 set. 2019.

[12] AMBOS, Kai. **Las prohibiciones de utilización de pruebas em el proceso penal alemán** – fundamentación teórica y sistematización. Polít. crim., n. 7, A1-7, p. 8, 2009. Disponível em: <http://www.politicacriminal.cl/n_07/a_1_7.pdf>. Acesso em: 25 set. 2019. (Tradução livre).

[13] FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

[14] NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Editora Forense, 2009.

[15] BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região. **Recurso Ordinário. RO: 0099800-80.2011.5.17.0013.** Rel Des Lino Faria Petelinkar. Data de julgamento: 26/09/2013. Segunda turma. Disponível em: <https://trt-17.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/418763868/recurso-ordinario-ro-99800802011517 0013/inteiro-teor-418763872?ref=serp>. Acesso em 15 jul. 2020.

[16] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário: RE 402035 SP**. Rel. Min. Ellen Grace. Brasília-DF, 09 de dezembro de 2003. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14743380/agregno-recurso-extraordinario-re-402035-sp?ref=juris-tabs>. Acesso em: 03 set. 2019.

[17] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista. AIRR – 1.542 /2005-055-02-40.4**. Rel Min Ives Gandra Martins Filho. Brasília-DF, 06 de junho de 2008. Disponível em: <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/293ff94038944247974834a42618d93c>. Acesso em: 05 out. 2019.

[18] PEREIRA, Eliomar da Silva. **Teoria da investigação criminal**. São Paulo: Almedina, 2010.

[19] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus: 93250** MS, Relator: Min Ellen Gracie. Data de Julgamento: 10/06/2008, Segunda Turma. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14720278/habeas-corpus-hc-93250-ms>. Acesso em 29 abr. 2020.

[20] BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região. **Recurso Ordinário: 17190041200952000006** SE 0171900-41.2009.5.20.0006. Relator: Desembargador João Aurino Mendes Brito. Disponível em: <https://trt-20.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19666537/recurso-ordinario-ro-17190041200952000006-se-0171900-4120095200006/inteiro-teor-104453618?ref=juris-tabs>. Acesso em: 30 jan. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

DIVERGÊNCIA NA ADMISSIBILIDADE DO RECURSO DE APELAÇÃO: APLICABILIDADE DA TÉCNICA DE JULGAMENTO AMPLIADO DO ARTIGO 942 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

MARIANA FURTADO GUIMARÃES: Bacharel em Direito pela Universidade Federal de MINAS GERAIS. Intercâmbio Universitário pela UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BOLOGNA. Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes - 2014. Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, de 2007 a 2013. Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, desde 2013.

Resumo: O objeto de estudo do presente trabalho é a técnica de julgamento ampliado, prevista no art. 942 do Código de Processo Civil, precipuamente, a controvérsia existente sobre sua aplicabilidade na hipótese em que não há unanimidade no juízo de admissibilidade do recurso de apelação. De forma expositiva, busca-se apresentar conceitos basilares da técnica, o que permitirá compreender alguma das divergências doutrinárias. É essencial que se defina as hipóteses de aplicabilidade da técnica, uma vez que o seu desatendimento implica em *error in procedendo*, o que atrai a consequente nulidade do acórdão e, por certo, prejudica a efetivação do direito constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CR/88). Assim, após a apresentação do posicionamento majoritário da doutrina processual civil, por meio da pesquisa teórico-empírica não exaustiva, serão apresentados os contornos delineados pelo Superior Tribunal de Justiça, que desempenha importante papel na uniformização da jurisprudência por ser responsável pela guarda da lei infraconstitucional (art. 105, CR/88). Sem apreciar o erro ou acerto das decisões judiciais, almeja-se extrair os principais fundamentos jurídicos que determinam a aplicação da técnica quando não há unanimidade no julgamento do recurso de apelação, ainda que a divergência se limite ao juízo de admissibilidade recursal. Por fim, de modo especulativo e sem esgotar as questões polêmicas que ainda pairam sobre a técnica de julgamento ampliado, procura-se inferir os possíveis caminhos a serem trilhados pela jurisprudência, sem perder de vista o objetivo do legislador de conciliar um modelo justo e efetivo de processo com a valorização da divergência instaurada na segunda instância de jurisdição.

Palavras-chave: Técnica de julgamento ampliado. Divergência. Apelação. Admissibilidade recursal. Código de Processo Civil de 2015.

Sumário: 1. Introdução. 2. Análise conceitual e natureza jurídica 3. Hipóteses de aplicabilidade. 4. Divergência na admissibilidade da apelação: 4.1. Ausência de dupla conformidade; 4.2. Juízo de admissibilidade; 4.3. Interpretação do STJ. 5. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

A busca por um modelo de processo justo e efetivo deve ser valor imprescindível a ser perquirido pelo legislador. Nesse contexto, o Código de Processo Civil de 2015, além de estabelecer normas fundamentais e constitucionalizar o processo, traz consigo novos institutos processuais e, claro, acompanhados da enorme gama de desafios de naturezas prática e teórica.

Marcado pelas inúmeras críticas e tendências para aniquilação dos embargos infringentes, o legislador inova ao inaugurar, no art. 942 do CPC, a técnica de julgamento ampliado. E, como toda mudança, a técnica apresentou – e ainda apresenta – inúmeras dúvidas quanto às hipóteses de aplicabilidade, sobretudo, em julgamentos de segundo grau de jurisdição, pois é este o seu campo incidência. Malgrado as incontáveis divergências doutrinárias, o Superior Tribunal de Justiça, aos poucos, soluciona algumas dúvidas com o afã de uniformizar a interpretação da lei processual civil.

Dentre as inúmeras divergências que cercam o instituto, o presente trabalho, por meio do estudo teórico-empírico, se debruça em analisar a obrigatoriedade da técnica de julgamento ampliado na hipótese de divergência na admissibilidade do recurso de apelação. Nesse diapasão, de forma expositiva e crítica, busca-se estabelecer, num primeiro momento, um sólido, mas não exaustivo, alicerce de conceitos doutrinários fundamentais ao estudo da técnica de julgamento ampliado que permitirá compreender algumas divergências doutrinárias sobre o instituto. Após a exposição conceitual e das divergências doutrinárias, será apresentada a interpretação jurídica adotada em julgados já publicados pelo Superior Tribunal de Justiça que apontam um possível assentamento da jurisprudência.

Mediante exposição crítica, a conclusão revela que o STJ adota interpretação literal e ampla acerca do *caput* do art. 942 do CPC. Assim, serão apresentadas as razões pelas quais as interpretações adotadas são ou não coerentes e coesas com o ordenamento jurídico processual e entendimentos jurisprudenciais pretéritos, sem, contudo, avaliar acerto ou erro das decisões judiciais.

2. ANÁLISE CONCEITUAL E NATUREZA JURÍDICA

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Além de assegurar o direito de revisão das decisões judiciais, o ordenamento jurídico também se preocupa com a uniformização da jurisprudência no âmbito dos tribunais. Historicamente, valoriza-se a divergência instaurada na segunda instância, assegurando um debate mais profundo das questões *sub judice* que não foram decididas de forma unânime pelos desembargadores. Afinal, considerando que a unanimidade no julgamento é a regra e o voto divergente é a exceção, quando um dos desembargadores ousar em discordar dos demais, a divergência deve ser prestigiada, pois permitirá à maior discussão da matéria controversa entre os julgadores e proporcionará a análise mais profunda do caso.

No âmbito do processo civil, os embargos infringentes cumpriam esse papel, cabíveis em casos de julgamento não unânime proferido em apelação ou ação rescisória. Diante das inúmeras críticas que acompanhavam o recurso previsto no art. 530 do revogado CPC de 1973, principalmente em razão da complexidade e atraso processual, o legislador de 2015 decidiu por extinguir o recurso, mas, preservando a valorização da divergência, estatuiu a denominada técnica de julgamento ampliado, consoante art. 942 do novo sistema normativo processual civil. Assim, mesmo ciente das críticas, optou-se por criar um instituto que mantivesse a valorização da divergência de votos e, ao mesmo tempo, alcançasse a simplificação e a celeridade do processo civil, objetivos evidentes no primeiro parágrafo da exposição de motivos do CPC de 2015.

Após um conturbado processo legislativo perante o Senado Federal, o Código de Processo Civil de 2015, Lei n. 13.105/15, aprovado em 16.03.2018, vigora com a seguinte redação em seu art. 942:

> Art. 942. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.
>
> § 1º Sendo possível, o prosseguimento do julgamento dar-se-á na mesma sessão, colhendo-se os votos de outros julgadores que porventura componham o órgão colegiado.
>
> § 2º Os julgadores que já tiverem votado poderão rever seus votos por ocasião do prosseguimento do julgamento.

> § 3º A técnica de julgamento prevista neste artigo aplica-se, igualmente, ao julgamento não unânime proferido em:
>
> I - ação rescisória, quando o resultado for a rescisão da sentença, devendo, nesse caso, seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno;
>
> II - agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito.
>
> § 4º Não se aplica o disposto neste artigo ao julgamento:
>
> I - do incidente de assunção de competência e ao de resolução de demandas repetitivas;
>
> II - da remessa necessária;
>
> III - não unânime proferido, nos tribunais, pelo plenário ou pela corte especial.

De acordo com o *caput* do art. 942, CPC, supracitado, em caso de divergência no julgamento do recurso de apelação (o que pressupõe a existência de um voto vencido e dois vencedores), esse mesmo julgamento não se encerrará, mas deverá ter prosseguimento com a presença de outros desembargadores em quantidade suficiente para inverter o resultado inicial, na forma prevista no regimento interno de cada tribunal. Em sede de julgamento de apelação, o *caput* do art. 942 do CPC exige a presença de apenas um requisito para que o colegiado seja estendido: que o acórdão seja decidido por maioria[1].

Didaticamente, Alexandre Freitas Câmara explica como o procedimento da técnica de julgamento ampliado deve ocorrer em sede de recurso de apelação[2]:

[1] Fredie Didier e Leonardo da Cunha exemplificam o procedimento da técnica de julgamento ampliado: "A decisão na apelação deve ser tomada, no órgão colegiado, pelo voto de três membros (art. 941, §2º, CPC). Um julgamento não unânime, nesse caso, é uma decisão com dois votos vencedores e um voto vencido. Logo, hão de ser convocados mais dois julgadores para que se possa, eventualmente, ser invertida a conclusão, agregando-se os dois novos votos ao vencido, tendo-se um resultado 2 x 3. Mas também é possível que os novos votos se somem aos votos até então vencedores, tendo-se um resultado 4 x 1, ou ainda é possível que um dos novos votos se some aos votos até então vencedores e o outro, ao vencido, mantendo-se o resultado até então obtido, só que com uma votação de 3 x 2". DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. v. 03. 13ª ed. reform. Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 78.

[2] CÂMARA, Alexandre Freitas. **A ampliação do colegiado em julgamentos não unânimes.** Revista de Processo. vol. 282. Ano 43. São Paulo: Editora RT, agosto 2018, p. 252.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Trata-se, aqui, de uma técnica de julgamento a ser aplicada naqueles casos em que a apelação - recurso que via de regra é julgado por uma turma composta de três magistrados, na forma do art. 941, §2º, do CPC - será julgada por um colegiado maior, formado por cinco juízes. É que só assim se terá, após a constatação da existência da divergência entre os votos dos três magistrados que compõem a turma julgadora original, o acréscimo ao colegiado de julgadores "em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial".

Após o vigor da técnica no sistema processual civil, a doutrina se debruçou em definir qual seria a natureza jurídica do instituto. Enquanto a corrente doutrinária minoritária, defendida por Eduardo José da Fonseca Costa, acreditava que a técnica de julgamento ampliado era modalidade de recurso *ex officio*, já que possui aplicação automática[3], Paulo Lucon[4], Daniel Amorim[5], José Maria Júnior[6] e Araken de Assis[7] reputavam que o julgamento estendido teria natureza de incidente processual. Não obstante, a técnica também não se trata de incidente processual, uma vez que não é "*uma questão controversa secundária e acessória que surge no curso de um processo e que precisa ser julgada antes da decisão do mérito da causa principal*"[8]. Uma terceira posição da doutrina, encabeçada por Jéssica Galvão[9], Hermes Zaneti

[3] Para o autor, mesmo diante da aplicação automática da técnica quando preenchidos os requisitos legais, o julgamento estendido teria natureza recursal, uma vez que o atributo da voluntariedade não é indispensável a todo tipo de recurso, e sim, o impulso processual para o reexame. COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Pequena História dos Embargos Infringentes no Brasil: uma Viagem Redonda**. *In*: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; e OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Org.). **Novas Tendências do Processo Civil – estudos sobre o projeto de novo Código de Processo Civil**. Vol. II. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, p. 400.

[4] LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Técnica criada no novo CPC permite decisões com mais qualidade**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-04/paulo-lucon-cpc-permite-decisoes-qualidade>. Acesso em: 15 de junho de 2020.

[5] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. volume único. 8.ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 1447.

[6] CÂMARA JÚNIOR, José Maria. **Técnica da colegialidade do artigo 942 do CPC: extensão e profundidade da matéria submetida ao julgamento prolongado**. *In*: NERY JUNIOR, Nelson; ALVIM, Teresa Arruda. **Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins**. v. 13. São Paulo: RT, 2017, p. 279.

[7] ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 8.ed. São Paulo: RT, 2016, p. 454.

[8] Definição de incidente processual segundo o Conselho Nacional de Justiça. BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **O que são incidentes?** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/demandas-repetitivas/o-que-sao-incidentes>. Acesso em: 15 de junho de 2020.

[9] "Oportuno o registro de que o disposto no art. 942 do CPC/15 trata de uma técnica de julgamento, não sendo um recurso, especialmente em virtude da ausência de voluntariedade e taxatividade, bem como não se trata de incidente por não versar sobre questão nova levantada pelas partes." GALVÃO, Jéssica. **Técnica de ampliação da colegialidade. Desafio neste um ano de vigência do novo código de processo civil**. Disponível em <https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/463435461/tecnica-de-ampliacao-da-colegialidade>. Acesso em 22 de junho de 2020.

Júnior[10], Fredie Didier e Leonardo da Cunha[11], apontavam que o art. 942 do CPC prevê simplesmente uma técnica, que determina a suspensão da sessão e o prosseguimento do julgamento por colegiado estendido, de maior composição, permitindo o julgamento mais qualificado.

Não demorou muito para que o Superior Tribunal de Justiça manifestasse sobre o assunto. Em acórdão proferido no REsp 1.762.236 – SP, publicado no dia 15.03.2019, o STJ definiu que a natureza da técnica é *sui generis*[12], ou seja, não se trata de recurso, incidente ou de qualquer outra natureza previamente já existente. É procedimento ímpar, anômalo e original, com características, atributos e peculiaridades procedimentais próprias, que lhe diferencia de qualquer outro instituto jurídico-processual. O entendimento foi repetido em três julgados[13] posteriores proferidos pela instância superior, o que aponta para uma possível jurisprudência.

Portanto, em síntese, a técnica de julgamento ampliado do art. 942 do CPC é procedimento de natureza *sui generis* aplicável quando há divergência entre os desembargadores. Assim, o julgamento não se encerrará, mas terá prosseguimento mediante o chamamento de outros julgadores, na forma do regimento interno, que também proferirão seus votos.

3. HIPÓTESES DE APLICABILIDADE

O *caput* do art. 942 do CPC dispõe sobre a aplicação da técnica de julgamento em sede de recurso de apelação. Trata-se de regra geral e que exige a presença de apenas um requisito para que o colegiado seja estendido: a existência de um voto divergente.

[10] ZANETI JR., Hermes. **Comentários aos artigos 926 a 946 do CPC/2015**. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord). **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 1482.

[11] CUNHA, Leonardo Carneiro da. **O julgamento ampliado do colegiado em caso de divergência (CPC, art. 942) e as repercussões práticas da definição de sua natureza jurídica**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI253284,101048-O+julgamento+ampliado+do+colegiado+em+caso+de+divergencia+CPC+art+942>. Acesso em: 13 de março de 2020; DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. v. 03...*op. cit.*, p. 77.

[12] STJ, REsp 1762236 - SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Rel. p/ Acórdão Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, data de julgamento: 19/02/2019.

[13] STJ, AgInt no TP 2.218 - RJ, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, data de julgamento: 19/05/2020; STJ, REsp 1846670 - PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, data de julgamento: 17/12/2019; STJ, AgInt no AREsp 1309402 - SP, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, data de julgamento: 16/05/2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

As exceções quanto à aplicabilidade da técnica estão dispostas nos parágrafos do mesmo artigo. O §3º, por exemplo, disciplina as regras de aplicação nos julgamentos de recurso de agravo de instrumento e de ação rescisória e estabelece requisitos especiais para sua incidência. Além da existência do voto divergente, quando o julgamento for de agravo de instrumento, exige-se que o recurso seja provido, por maioria, reformando a decisão do juízo de primeiro grau, que deverá ser uma decisão parcial de mérito (inciso II do §3º do art. 942, CPC). Semelhantemente, quando se tratar de ação rescisória, além da ausência de unanimidade, o resultado do acórdão não unânime deve rescindir a sentença (inciso I do §3º do art. 942, CPC).

Por fim, o §4º do art. 942, CPC é norma imperativa negativa, prevendo as hipóteses em que a técnica de julgamento ampliado não deve ser aplicada, ainda que haja divergência. Por expressa disposição do referido parágrafo, o julgamento não será ampliado nos casos de julgamento de incidente de assunção de competência, resolução de demandas repetitivas, remessa necessária e em julgamento não unânime proferido, nos tribunais, pelo plenário ou pela corte especial.

Não pairam dúvidas de que o art. 942 do CPC é norma procedimental e cogente, sendo expresso ao consignar que a técnica de julgamento ampliado deve ser aplicada – inclusive de ofício – quando não houver julgamento unânime. O seu desatendimento, portanto, implica em claro *error in procedendo*, capaz de anular o acórdão que não observa a aplicação obrigatória do instituto[14].

Contudo, não é tão simples assim. Há hipóteses não especificadas pelo legislador se o julgamento deve ou não ser estendido. Discute-se, por exemplo, se o rol do art. 942 do CPC é taxativo ou exemplificativo, o que não comportaria a aplicação da técnica aos demais recursos como embargos de declaração e agravo interno; se a técnica se aplica em mandado de segurança; se o art. 942 do CPC é compatível com os juizados especiais; enfim, há inúmeras divergências que rondam os instituto. É essencial que sejam bem definidas quais são as hipóteses de aplicabilidade da técnica, a fim de evitar nulidades procedimentais, verdadeiras inimigas da celeridade processual.

4. DIVERGÊNCIA NA ADMISSIBILIDADE DA APELAÇÃO

Uma das controvérsias acerca da aplicabilidade da técnica diz respeito à hipótese em que não há unanimidade no juízo de admissibilidade do recurso de apelação. A severa divergência doutrinária instaurada sobre este ponto justifica-se

[14] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. v. 03...*op. cit.*, p. 78.

por um possível esquecimento do legislador do requisito da *ausência de dupla conformidade* no *caput* do art. 942, CPC.

4.1. Ausência de dupla conformidade

Conforme exposto no §3º do art. 942 do CPC, em se tratando de recurso de agravo de instrumento e ação rescisória, além da divergência de votos, também exige-se que o acórdão não unânime esteja em desconformidade com a decisão recorrida ou rescindida:

> Art. 942. Quando o resultado da apelação for não unânime, o julgamento terá prosseguimento em sessão a ser designada com a presença de outros julgadores, que serão convocados nos termos previamente definidos no regimento interno, em número suficiente para garantir a possibilidade de inversão do resultado inicial, assegurado às partes e a eventuais terceiros o direito de sustentar oralmente suas razões perante os novos julgadores.
>
> [...]
>
> § 3º A técnica de julgamento prevista neste artigo aplica-se, igualmente, ao julgamento não unânime proferido em:
>
> I - ação rescisória, **quando o resultado for a rescisão da sentença**, devendo, nesse caso, seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno;
>
> II - agravo de instrumento, **quando houver reforma da decisão** que julgar parcialmente o mérito. (destaques acrescidos).

A esse requisito especial dá-se o nome de *ausência de dupla conformidade*[15], que pode ser compreendido como uma desconformidade entre o juízo de primeiro grau e o juízo de segundo grau de jurisdição. Por sua vez, o *caput* do art. 942 do CPC não previu o referido requisito. O conturbado processo legislativo era o bastante para dar margem aos questionamentos da doutrina, bem como gerar dúvidas ao Poder Judiciário a respeito da necessidade da ausência de dupla conformidade em apelação. Afinal, por qual razão o legislador haveria de prever o requisito para os casos de ação rescisória e agravo de instrumento, mas não para os casos de

[15] SOARES, Paula Botelho. **Os novos problemas dos embargos infringentes**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 24.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

julgamento em apelação? Tudo conduzia a crer na omissão involuntária do legislador em não inserir o critério da dupla sucumbência (reforma da sentença) no *caput* do art. 942, CPC. O jurista Daniel Amorim Neves[16] apontou as duas possíveis interpretações acerca do tema:

> Nesse caso, há duas possíveis interpretações. O legislador, por ter criado uma técnica de julgamento bem mais simples e informal que a gerada pelos embargos infringentes, teria decidido conscientemente alargar o seu cabimento para qualquer julgamento por maioria de votos na apelação. Ou teria sido uma omissão involuntária do legislador, de forma a ser cabível tal técnica de julgamento somente na apelação julgada por maioria de votos que reforma a sentença de mérito. Acredito mais na segunda hipótese, porque, se a pretensão era ampliar o cabimento, não teria sentido continuar a limitá-lo à espécie de resultado na ação rescisória e no agravo de instrumento. Ainda assim, é tema que gerará debates, porque numa interpretação literal qualquer julgamento por maioria de votos na apelação leva à aplicação do art. 942 do Novo CPC, enquanto numa interpretação sistêmica, somente na hipótese de o julgamento reformar sentença de mérito.

[16] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 1535.

Os doutrinadores José Miguel Garcia Medina[17], Marcelo Abelha[18] e Francisco Barros Dias[19] opinaram pelo esquecimento do legislador ao invés da intenção proposital de ampliar a aplicação da técnica em recursos de apelação. Por outro lado, o jurista mineiro, Bernardo Ribeiro Câmara, indicava que a intenção do legislador foi ampliar as hipóteses de cabimento da técnica de julgamento nos casos de apelação, pois "*quisesse o legislador estender a restrição para o recurso de apelação, por óbvio, assim ele teria feito no caput do art. 942*"[20].

A discussão não é irrelevante. Se entendesse que, para aplicação da técnica em recurso de apelação, o acórdão deveria estar em desconformidade com a sentença, a técnica jamais poderia ser aplicada quando o juízo de admissibilidade da apelação fosse negativo, ainda que houvesse divergência na admissibilidade. Caso um dos desembargadores realizasse juízo de admissibilidade positivo e, os dois outros desembargadores, juízo negativo de admissibilidade, trancando o recurso de apelação, não haveria lugar para aplicação da técnica, afinal, o acórdão sequer apreciou o mérito do recurso e, portanto, não houve reforma da sentença.

---

[17] "Para se compreender de modo adequado a hipótese referida no caput, deve-se recorrer às demais situações em que, segundo a lei, aplica-se o procedimento previsto no art. 942 do CPC/2015. Segundo o § 3.º do art. 942 do CPC/2015, a técnica de julgamento aplica-se também à ação rescisória e ao agravo de instrumento interposto contra decisão de mérito. Tem-se, aí, um claro *discrimen*: admite-se a técnica de julgamento quando se tratar de decisão de mérito. Os incisos do § 3.º do art. 942 do CPC/2015 contém, ainda, uma outra restrição: a decisão deve ter sido rescindida ou reformada. Ora, não faz sentido que tais restrições sejam observadas em relação à rescisória e ao agravo de instrumento, e o mesmo não ocorra, em se tratando de apelação". MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 5. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 1373.

[18] "[...] A segunda hipótese descrita no art. 942, §3º, II determina que a técnica de julgamento prevista neste artigo aplica-se ao julgamento não unânime proferido em agravo de instrumento, quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito. Neste caso é completamente sem sentido a hipótese de cabimento quando comparada ao caput que prevê a técnica de complementação do julgamento para a apelação não unânime. É que esta situação do inciso II não discrepa em nada da descrita no caput do dispositivo, uma vez que a decisão de mérito parcial do conflito nada mais é do que uma decisão interlocutória com conteúdo de sentença. Apenas por uma razão formal é uma decisão interlocutória e não uma sentença e nada impediria que o legislador desse o mesmo tratamento. Assim, no art. 942 há um paradoxo inexplicável já que no julgamento não unânime da apelação previsto no caput, essa dissidência tanto pode se referir à anulação ou reforma da sentença, ao passo que, tratando-se da hipótese descrita no art. 942, §3º, II o legislador permitiu apenas a técnica processual de complementação do julgamento com quórum especial quando se tratar de reforma da decisão interlocutória de mérito. É inexplicável, senão pela pressa com que foi introduzida a técnica no apagar das luzes do processo legislativo". ABELHA, Marcelo. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 1305-1306.

[19] DIAS, Francisco Barros. **Técnica de julgamento: Criação do Novo CPC (Substitutivo dos Embargos Infringentes)**. *In*: DIDIER JR., Fredie (Coord.); MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). **Novo CPC doutrina selecionada, v. 6: processos nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 87.

[20] CÂMARA, Bernardo Ribeiro. **O julgamento ampliado do art. 942: polêmicas sobre aplicação e limitação da matéria de discussão**. *In*: JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata C. Vieira; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato, FIGUEIREDO, Helena Lana (Coord.). **Inovações e modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 433.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em julgado proferido no REsp 1.733.820 – SC, publicado 10/12/2018, o Ministro e Relator Luis Felipe Salomão, compondo a quarta turma do Superior Tribunal de Justiça, apreciou minuciosamente as duas possíveis interpretações para o *caput* do art. 942, CPC. O Ministro Relator, em extenso voto, considerou a evolução histórica do instituto criado, bem como o conturbado processo legislativo do art. 942, CPC. Contudo, em última análise, preferiu a interpretação literal:

> Assim, ainda que se reconheça que a interpretação literal é, em princípio, pobre e simplista demais, em algumas situações, diante da clareza do texto, ela é altamente recomendável, por não haver espaço em que o intérprete possa criar a regra. No caso dos autos, a interpretação literal se robustece por sua incontestável consonância com o fim perseguido pela norma, qual seja, a melhoria da qualidade das decisões.[21]

Em voto divergente, o Ministro Raul Araújo optou por interpretação sistemática, sendo que a aplicação indistinta da técnica de julgamento ampliado ensejaria embate à celeridade processual, além de desestimular a divergência[22]. O entendimento do julgado exposto, além de ser seguido em decisões posteriormente proferidas no REsp 1762236 – SP[23] e no AgInt no REsp 1840089 – CE[24], também compôs o informativo jurisprudencial nº 639 do STJ, publicado em 01/02/2019, o qual estabelece que "*A técnica de ampliação de julgamento prevista no CPC/2015 deve ser utilizada quando o resultado da apelação for não unânime, independentemente de ser julgamento que reforma ou mantém a sentença impugnada*"[25].

Portanto, em se tratando de divergência em sede de julgamento de recurso de apelação, o colegiado deve ser estendido, na forma do art. 942, *caput* do CPC, independentemente de há ou não reforma da sentença proferida pelo juízo de primeiro grau. Observa-se que o STJ imprimiu interpretação literal ao *caput* do

[21] STJ, REsp nº 1.733.820 – SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Data de Julgamento: 02/10/2018.
[22] "Assim, embora a interpretação mais literal – não tenho, assim como o Ministro Luis Felipe Salomão, objeção a interpretações literais, em muitos casos, cabíveis – permita essa conclusão a que chega o Ministro Relator, não penso que seja a melhor, porque o Novo Código prestigia a celeridade. A aplicação da técnica do art. 942 em todo e qualquer caso de julgamento não unânime de apelação, atrasaria o andamento do feito, como se percebe facilmente, além de desestimular a salutar divergência nos Colegiados." STJ, REsp nº 1.733.820 – SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Data de Julgamento: 02/10/2018.
[23] STJ, REsp 1.762.236 - SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Rel. p/ Acórdão Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, data de julgamento: 19/02/2019.
[24] STJ, AgInt no REsp 1.840.089 - CE, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, data de julgamento: 08/06/2020.
[25] Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/docs_internet/informativos/PDF/Inf0639.pdf>. Acesso em: 21 de abril de 2020.

referido artigo, o que implica na aplicação ampla na técnica quando o assunto for divergência na apelação.

4.2. Divergência no juízo de admissibilidade

Apesar da interpretação ampla conferida pelo STJ ao *caput* do art. 942 do CPC, questiona-se se a técnica de julgamento é aplicada quando a divergência se instaura, inclusive, no juízo de admissibilidade recursal da apelação. Conforme já exposto, é imprescindível que as hipóteses de aplicabilidade da técnica sejam bem definidas, evitando-se nulidades procedimentais que atrasem o processo. Sendo assim, é essencial que seja retomado, ainda que de forma breve e não exaustiva, considerações importantes acerca do juízo de admissibilidade recursal.

Como todo recurso interposto, por questão de lógica, primeiramente haverá o exame de admissibilidade, que será sempre prévio ao juízo de mérito e poderá ser positivo ou negativo. No primeiro caso, preenchidos os requisitos intrínsecos (cabimento, legitimação, interesse e inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer) e extrínsecos (recorribilidade, adequação, singularidade, preparo e a tempestividade, regularidade formal e motivação), o recurso está apto para a segunda etapa, o exame de mérito; caso negativo, o recurso não terá seguimento (ou não será conhecido), impedindo o juízo de mérito do pleito do recorrente.

O CPC de 2015 também inovou ao abolir o juízo de admissibilidade prévio realizado pelo magistrado de primeiro grau. De acordo com o art. 1.010, §3º do CPC, após a apresentação das contrarrazões pela parte apelada (ou decorrido o prazo legal para que o faça), os autos serão remetidos ao tribunal pelo juiz, independentemente de juízo de admissibilidade.

Além disso, merece ser destacado que o art. 932, III do CPC atribui, ao relator, o poder-dever de não conhecer de recurso inadmissível. Noutras palavras, o juízo de admissibilidade negativo deve ser, de plano, realizado pelo relator. Todavia, caso o relator admita o recurso, nada impede que os demais desembargadores, ao proferirem seus votos, decidam por não conhecerem o recurso, instaurando, portanto, a divergência na admissibilidade recursal. É justamente esta hipótese que se questiona a aplicação da técnica de julgamento ampliado, uma vez que o *caput* do art. 942 do CPC não prevê se o julgamento deve ou não estendido.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para Alexandre Freitas Câmara[26], Fredie Didier Jr.[27], Humberto Theodoro Jr.[28], Araken de Assis[29], Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero[30], quando se tratar de divergência em julgamento de recurso de apelação, a técnica de julgamento ampliado deve ser aplicada indistintamente, inclusive se a divergência se limitar ao juízo de admissibilidade recursal. Apesar da posição majoritária da doutrina, é fundamental que a questão seja bem delimitada pelo Superior Tribunal de Justiça, considerando que a Constituição da República de 1988, em seu art. 105, lhe atribui a última palavra, em matéria de direito, quando se tratar de lei federal.

4.3. Interpretação do STJ

Em julgamento proferido no REsp 1.798.705 – SC, publicado em 28/10/2019, o Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, compondo a terceira turma do Superior Tribunal de Justiça apreciou especificamente se a técnica de julgamento ampliado do art. 942 do CPC deve ser aplicada quando há divergência na admissibilidade do recurso de apelação.

Os pedidos autorais, provenientes de ação de indenização por danos morais foram julgados procedentes pelo juízo de primeiro grau. Interposta apelação pelos réus, o autor também interpôs apelação de forma adesiva. O Tribunal de Justiça de Santa Catarina por maioria de votos, conheceu do recurso adesivo do autor, vencido o Relator, que votou pelo não conhecimento do recurso adesivo. No mérito, a apelação adesiva do autor fora parcialmente provida. A divergência na admissibilidade do recurso adesivo do autor ensejou a oposição de embargos declaratórios pela parte ré, questionando acerca da necessidade de aplicação da técnica.

A Corte catarinense, por sua vez, adotando expressamente interpretação sistemática, negou a possibilidade de aplicação da técnica de julgamento ampliado, mormente porque "*a nova sistemática [do art. 942 do CPC] somente será cabível em caso de julgamento não unânime de apelação que reformar sentença de mérito*" o que impediria aplicação da técnica considerando que a divergência ficou adstrita à questão de admissibilidade do recurso adesivo. O Ministro Relator, em extenso voto, fundamentou-se em entendimento já firmado pela Corte Superior, inclusive citando

---

[26] CÂMARA, Alexandre Freitas. **A ampliação do colegiado em julgamentos não unânimes.** *op. cit.*, p. 251-266.

[27] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. v. 03. 15ª ed. reform. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 97.

[28] THEODORO JR., Humberto. **Código de Processo Civil Anotado**. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017, p. 1057.

[29] ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. 5ª. ed. em e-book. São Paulo: RT. 2018.

[30] MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. XV. 1ª. ed. em e-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017.

o julgado proferido no REsp 1.733.820 – SC, mencionado anteriormente no presente trabalho. Em última análise, preferiu a interpretação literal:

> O art. 942 do CPC não determina a ampliação do julgamento apenas em relação às questões de mérito. No caso, o Tribunal de origem, ao deixar de ampliar o quórum da sessão realizada no dia 9/6/2016, diante da ausência de unanimidade com relação à preliminar de não conhecimento da apelação interposta de forma adesiva pelo autor, inobservou o enunciado normativo inserto no art. 942 do CPC, sendo de rigor declarar a nulidade por "*error in procedendo*".[31]

Adotou-se, portanto, interpretação literal, que confere aplicabilidade ampla da técnica de julgamento ampliado em recurso de apelação, disciplinada pelo *caput* do art. 942 do CPC. Nesse caminho a jurisprudência parece percorrer, afinal, onde a lei não restringe, não cabe ao intérprete restringir – aplica-se a máxima *ubi lex non distinguir nec nos distinguere debemus*. Apesar do conturbado processo legislativo, não há sustento para afirmar que o legislador teria se esquecido de trazer requisitos específicos para o *caput* do art. 942 do CPC.

Por conseguinte, é imperioso destacar que, ao menos no campo jurisprudencial, a técnica de julgamento ampliado tende a se uniformizar nos tribunais, especialmente em razão das decisões repetidas proferidas pelo STJ no sentido de não se exigir requisitos além daqueles previstos em lei para que o colegiado seja estendido, o que permitirá o amplo debate em julgamentos não unânimes proferidos em apelação.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o intuito de conciliar um modelo justo e efetivo de processo com a valorização da divergência instaurada na segunda instância de jurisdição, o CPC de 2015 aniquilou o recurso dos embargos infringentes e inaugurou, no art. 942 do CPC, a técnica de julgamento ampliado. A técnica de julgamento ampliado, que possui natureza *sui generis*, é instituto jurídico-processual que permite o maior debate sobre a divergência, o que contribui para a uniformização da jurisprudência em grau recursal.

Dentre as inúmeras questões polêmicas que ainda pairam sobre a técnica, é essencial que se defina, de forma bem clara, as hipóteses de sua aplicabilidade,

[31] STJ, REsp nº 1.798.705 – SC, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, Data de Julgamento: 22/10/2019.

considerando que o seu desatendimento implica em *error in procedendo*, ensejando a nulidade do acórdão, o que, por certo, prejudica a efetivação do direito constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CR/88). Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça desempenha importante papel por ser responsável pela guarda da lei infraconstitucional (art. 105, CR/88).

Após o estudo realizado no presente trabalho, é possível concluir que a doutrina majoritária se posicionava no sentido de conferir ampla aplicação da técnica em julgamento divergente em sede de apelação, disciplinada pelo *caput* do art. 942 do CPC. Jurisprudencialmente, não é diferente. O julgamento proferido no julgado proferido no REsp 1.733.820 – SC revela que o STJ, por meio de interpretação literal, considera obrigatória a aplicação da técnica quando há divergência no julgamento do recurso de apelação, ainda que a divergência se limite ao juízo de admissibilidade recursal.

Em se tratando de julgamento divergente em recurso de apelação, a tendência é que se aplique a técnica de forma abrangente, seguindo-se a mesma proposição definida pelo REsp 1.733.820 – SC, que compõe o informativo jurisprudencial nº 639 do STJ, e do julgado proferido no REsp 1.733.820 – SC. No entanto, o presente estudo não é exaustivo. Em razão das hipóteses pragmáticas não previstas pelo legislador, a técnica de julgamento ampliado do art. 942, CPC ainda necessita de inúmeras respostas às divergências, sobretudo no que diz respeito às hipóteses de aplicabilidade.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ASSIS, Araken de. **Manual dos Recursos**. 5ª. ed. em e-book. São Paulo: RT. 2018.

ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. 8.ed. São Paulo: RT, 2016.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **O que são incidentes?** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/demandas-repetitivas/o-que-sao-incidentes>. Acesso em: 05 de março de 2020.

BRASIL. **Código de processo civil: lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília: Presidência da República, 2015.

BRASIL. **Código de processo civil: lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Brasília: Presidência da República, 1973.

BRASIL. **Código de processo civil: Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939**. Rio de Janeiro: 1939.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **A ampliação do colegiado em julgamentos não unânimes**. Revista de Processo. vol. 282. Ano 43. São Paulo: Editora RT, agosto 2018.

CÂMARA, Bernardo Ribeiro. **O julgamento ampliado do art. 942: polêmicas sobre aplicação e limitação da matéria de discussão**. In: JAYME, Fernando Gonzaga; MAIA, Renata C. Vieira; REZENDE, Ester Camila Gomes Norato, FIGUEIREDO, Helena Lana (Coord.). Inovações e modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

CÂMARA JÚNIOR, José Maria. **Técnica da colegialidade do artigo 942 do CPC: extensão e profundidade da matéria submetida ao julgamento prolongado**. *In*: NERY JUNIOR, Nelson; ALVIM, Teresa Arruda. **Aspectos polêmicos dos recursos cíveis e assuntos afins**. v. 13. São Paulo: RT, 2017.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. **Pequena História dos Embargos Infringentes no Brasil: uma Viagem Redonda**. *In*: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JR., Fredie; MEDINA, José Miguel Garcia; FUX, Luiz; CAMARGO, Luiz Henrique Volpe; e OLIVEIRA, Pedro Miranda de (Org.). **Novas Tendências do Processo Civil – estudos sobre o projeto de novo Código de Processo Civil**. Vol. II. Salvador: Editora JusPodivm, 2014.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **O julgamento ampliado do colegiado em caso de divergência (CPC, art. 942) e as repercussões práticas da definição de sua natureza jurídica**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI253284,101048-O+julgamento+ampliado+do+colegiado+em+caso+de+divergencia+CPC+art+942>. Acesso em: 13 de março de 2020.

DIAS, Francisco Barros. **Técnica de julgamento: Criação do Novo CPC (Substitutivo dos Embargos Infringentes)**. *In*: DIDIER JR., Fredie (Coord.); MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre (Org.). **Novo CPC doutrina selecionada, v. 6: processos nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais**. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. v. 03. 15ª ed. reform. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Curso de direito processual civil**. v. 03. 13ª ed. reform. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

GALVÃO, Jéssica. **Técnica de ampliação da colegialidade. Desafio neste um ano de vigência do novo código de processo civil**. Disponível em: <https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/463435461/tecnica-de-ampliacao-da-colegialidade>. Acesso em: 05 de março de 2020.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Técnica criada no novo CPC permite decisões com mais qualidade**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-04/paulo-lucon-cpc-permite-decisoes-qualidade>. Acesso em: 15 de junho de 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. XV. 1ª. ed. em e-book. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 5. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. volume único. 8.ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo**. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

SOARES, Paula Botelho. **Os novos problemas dos embargos infringentes**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

THEODORO JR., Humberto. **Código de Processo Civil Anotado**. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017.

ZANETI JR., Hermes. **Comentários aos artigos 926 a 946 do CPC/2015**. *In*: CABRAL, Antonio do Passo; CRAMER, Ronaldo (coord). **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

OS REFLEXOS DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO SISTEMA PRISIONAL DO ESTADO DO AMAZONAS DESDE A SUA IMPLANTAÇÃO

AYLESON RAMOS MARQUES: Acadêmico de Direito da Universidade Luterana do Brasil - CEULM/ULBRA, Manaus, AM.

RESUMO: Este artigo aborda os reflexos da audiência de custódia no sistema prisional do estado do Amazonas nos anos de 2015 a 2020. O objetivo geral deste trabalho é analisar as consequências da audiência de custódia no sistema prisional do estado do Amazonas, sendo assegurado pelo seguintes objetivos específicos: 1) compreender a previsão legal da audiência de custódia por meio do ordenamento jurídico brasileiro; 2) mostrar os procedimentos realizados pelo TJAM para a melhoria das audiências de custódia no estado do Amazonas; 3) avaliar se as audiências de custódia tem reduzido os índices de superlotação no sistema prisional do estado do Amazonas. Esta pesquisa implica em uma abordagem quantitativa, através das informações fornecidas pelo TJAM e CNJ para a coleta dos dados, também teve como suporte as fontes secundárias que implicam na pesquisa bibliográfica e documental. Através deste estudo se chegou à conclusão que de fato as audiências de custódia contribuem para a redução da superlotação do sistema carcerário do estado do Amazonas.

Palavras-Chave: Audiência de Custódia. Direitos Humanos. Direito Processual Penal. Sistema Prisional.

ABSTRACT: This article addresses the reflections of the custody hearing in the prison system of the state of Amazonas in the years 2015 to 2020. The general objective of this work is to analyze the consequences of the custody hearing in the prison system of the state of Amazonas, being ensured by the following specific objectives: 1) understand the legal provision of the custody hearing through the Brazilian legal system; 2) show the procedures performed by TJAM for the improvement of custody hearings in the state of Amazonas; 3) to assess whether custody hearings have reduced overcrowding rates in the prison system of the state of Amazonas. This research implies a quantitative approach, through the information provided by the TJAM and CNJ for data collection, also supported the secondary sources that imply in bibliographic and documentary research. This study concludes that in fact custody hearings contribute to the reduction of overcrowding of the prison system of the state of Amazonas.

Keywords: Custody Hearing. Human Rights. Criminal Procedural Law. Prison system.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Sumário: Introdução. 1 Materiais e Métodos. 2 Resultados. 3 Conceito e avanço do instituto da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro. 3.1 Conceito. 3.2 O avanço do instituto da audiência de custódia. 4 Procedimentos realizados pelo Tribunal de Justiça para a melhoria da audiência de custódia no estado do Amazonas. 4.1 Apresentação do projeto audiência de custódia no estado do Amazonas. 4.2 Capacitação de agentes públicos para audiência de custódia. 4.3 A primeira audiência de custódia no estado do Amazonas. 4.4 Articulação da audiência de custódia no AM com projeto de reinserção social. 4.5 Implantação de secretaria de audiência de custódia. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A discussão concernente à audiência de custódia é uma questão que requer uma análise profunda, tendo em vista que este instituto é uma configuração clara na cultura de encarceramento do sistema prisional estadual. Assim, este artigo tem como temática os reflexos da audiência de custódia no sistema prisional do estado do Amazonas nos anos de 2015 a 2020 e tem como objetivo geral analisar as consequências da audiência de custódia no sistema prisional do estado do Amazonas. Outrossim ele visa compreender quais os fundamentos normativos que amparam a realização da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro.

O presente, também tem a finalidade de mostrar os procedimentos realizados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas (TJAM) para a melhoria da audiência de custódia no estado. Por conseguinte, um dos eixos norteadores deste trabalho é de avaliar se as audiências de custódia reduziram a superlotação do sistema carcerário do estado do Amazonas.

Este trabalho se funda em uma abordagem quantitativa, uma vez que por meio desse método se pôde quantificar as informações numéricas obtidas referentes a quantidade de audiências de custódia realizadas entre os anos de 2015 a 2020. Neste trabalho foi adotado a pesquisa bibliográfica e documental partindo-se das premissas inseridas nas doutrinas, na legislação vigente e informações fornecidas pelo TJAM e CNJ.

Isto posto, este artigo mostra de forma embasada os resultados da pesquisa com os informes inerentes às audiências de custódia e seu reflexo na redução do sistema de encarceramento do Amazonas, bem como enfatiza a discussão que mostra o conceito e avanço do instituto da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro. Também destaca a respeito dos procedimentos realizados pelo TJAM para a melhoria das realizações das audiências de custódia no âmbito estadual.

O presente trabalho científico tem a principal finalidade de fornecer as informações para que se possa compreender o panorama do reflexo das audiências de custódia dentro do estado do Amazonas desde a sua implantação até o presente momento.

1 MATERIAIS E MÉTODOS

Para se alcançar os objetivos da referida pesquisa foi utilizada a abordagem quantitativa, visto que esse método é conclusivo, e tem como finalidade quantificar um problema e entender a dimensão dele. Esse tipo de pesquisa fornece informações numéricas sobre o fenômeno investigado. Segundo, Filho e Gamboa:

> Na pesquisa quantitativa, utiliza-se o método dedutivo, as definições predeterminadas e operacionalizadas, a postura racionalista, a precisão por meio da medida e da manipulação estatística, a medida de variáveis, a análise de componentes e uma amostra grande com randomização. (FILHO e GAMBOA, 2002, p. 44).

Os dados fornecidos pelo TJAM subsidiaram a pesquisa quantitativa e mostraram os dados relativos às audiências de custódia entre os anos de 2015 a 2020 e nortearam a visão do reflexo deste instituto no sistema carcerário do estado do Amazonas.

Desta feita, esta pesquisa teve como suporte, os procedimentos relacionados às fontes secundárias que implicam no levantamento bibliográfico, através de doutrinas e legislação que possibilitaram um conhecimento mais aprofundando a cerca da temática. Conforme Gonsalves (2003, p. 32), "a pesquisa bibliográfica remete as contribuições de diferentes autores sobre um assunto, atestando para fontes secundárias".

A pesquisa bibliográfica mostra diferentes pontos de vistas que poderão contribuir para o enriquecimento e entendimento da pesquisa, através de um levantamento no que tange ao conhecimento disponível, identificando as teorias produzidas, analisando-as e avaliando suas contribuições para auxiliar a compreender ou explicar o problema objeto da investigação. Outra fonte utilizada no presente trabalho foi a pesquisa documental que baseia-se em documentos oficiais fornecidos por meio dos sites do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas e Conselho Nacional de Justiça.

2 RESULTADOS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Por meio dos dados fornecidos pelo TJAM a pesquisa apontou que no final de 2015 dos nove mil presos, 6.024 estavam na capital, sendo que desse total 4.242 eram provisórios o equivalente a 70%. As informações levantadas apontaram que no interior haviam 2.987 presos, sendo que 1.463 também eram provisórios o equivalente a 48,9% do total.

Segundo estatísticas do próprio TJAM através da presidente da época, desembargadora Graça Figueiredo, desde a implantação do instituto no estado, de agosto de 2015 a fevereiro de 2016, ou seja, em um um período de seis meses, o estado realizou 857 audiências nas quais foram concedidas 412 liberdades (47,9%) e decretadas 445 prisões preventivas (51,86%). Registrados no total 348 atos de violência no momento da prisão. Destaca-se que segundo os levantamentos, apenas em dezembro de 2015 foram conduzidas 73 sessões com 51 liberdades concedidas, 22 prisões preventivas e 31 atos de violência durante a prisão. Os crimes mais comuns foram roubo, furto, tráfico de drogas, furto qualificado, roubo majorado e falsidade ideológica.

Ainda conforme os dados, em janeiro de 2016 foram realizadas 153 audiências de custódia, sendo 77 liberdades concedidas, 76 prisões preventivas e 66 atos de violência no ato da prisão. Os delitos mais comuns foram roubo, furto, tráfico de drogas e porte ilegal de armas. No mês seguinte, foram 168 audiências, com 74 liberdades concedidas, 94 prisões preventivas e 80 atos de violências constatados no ato das prisões. Entre os delitos estiveram roubos, furtos e condução de veículo em estado de embriaguez.

Em um levantamento preliminar da coordenação do Projeto Justiça Presente, os dados apontaram que no mês de junho de 2016 e junho de 2017, houve no Amazonas uma redução de mais de 20% da taxa de presos provisórios, pesquisa realizada pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN.

O INFOPEN do Ministério da Justiça, apontou que em junho de 2016 e no mesmo período de 2017 o Amazonas era um dos estados brasileiros com o maior índice de presos provisórios no sistema carcerário. A taxa de presos provisórios no estado era de 64% e 53,9%, respectivamente. No início de 2018 a taxa encontrava-se em torno de 40%, resultados ligado à Vara de Execução Penal (VEP), somado a gestão executada pelo Tribunal de Justiça do Amazonas. Entre junho de 2018 a maio de 2019, segundo dados do TJAM foram realizadas 6.798 audiências, assim, deste total 3.041 firmaram em prisão preventiva, 3.093 foram liberados para responder o processo em liberdade, 443 foram liberados, porém monitorados por tornozeleira eletrônica, 76 foram liberados mediante pagamento de fiança, 75 tiveram relaxamento de prisão e 70 tiveram prisão domiciliar decretada.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No início de 2020 o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas decidiu pela suspensão, pelo prazo de 15 dias, das audiências de custódia. Os magistrados plantonistas passaram a analisar nos autos a legalidade das prisões em flagrante, decidiram suas respectivas homologações ou relaxamentos, julgaram a aplicação de medidas cautelares, entre outros procedimentos, depois que o Ministério Público se manifestava de eventual pedido da defesa, no entanto, sem a presença do preso e a realização de audiência.

A Portaria n.º 2/2020, assinada ainda em março de 2020 pela direção do Tribunal e que dispõe sobre medidas preventivas para a redução dos riscos de contaminação com o novo coronavírus no âmbito das unidades judiciárias do TJAM, já havia determinado a suspensão das audiências cíveis e criminais, mas mantido a realização das audiências de custódia por meio de videoconferência.

3.CONCEITO E AVANÇO DO INSTITUTO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 Conceito

O dicionário jurídico: academia brasileira de letras jurídicas conceitua os termos audiência e custódia. Para o aludido dicionário, audiência significa reunião solene presidida pelo juiz para a realização de atos processuais e custódia implica na ação de guardar alguma coisa alheia; ou de manter detida alguma pessoa, empregando a segurança necessária.

Baseado nesses preceitos, conforme o entendimento de Oliveira et al, o termo audiência de custódia, tem por definição:

> A denominada audiência de apresentação ou de custodia é um instrumento de natureza pré-prossesual, embora sujeito ao contraditório, que pode ser definido como um ato destinado a concretizar o direito reconhecido a todo indivíduo preso, a ser conduzido, sem demora, à presença de uma autoridade judiciária (juiz, desembargador, ou ministro, a depender da incidência ou não de foro por prerrogativa) (OLIVEIRA, et al, 2019, p. 99).

Audiência de custódia ou de apresentação é o instrumento pré-processual que estabelece que todo preso em flagrante deve ser conduzido à presença de um juiz, no prazo de 24 horas, para que seja avaliado a legalidade e necessidade de manutenção da prisão. Assim se define que a audiência de custódia é um instrumento, tendo em vista a observância dos princípios constitucionais do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

contraditório e da ampla defesa, tendo em vista que ela realiza o encontro do preso com o magistrado, valendo-se aquele do seu direito de defesa, com base em uma defesa técnica e pessoal, por meio da oralidade.

Na concepção de Nucce (2016, p. 560), o termo audiência de custódia, "é o ato realizado, após a prisão em flagrante do agente, no prazo máximo de 24 horas, para que o juiz, pessoalmente, avalie a sua legalidade e promova as medidas cabíveis: manter a prisão, relaxar o flagrante ou conceder liberdade provisória".

O referido instituto, também denominado de audiência de apresentação do autuado, preso em flagrante delito. Neste ato é conduzido perante o juiz, no prazo de vinte e quatro horas, permitindo-lhe o contato pessoal, devendo o magistrado analisar a prisão sob o aspecto da legalidade, da adequação e da necessidade da sua continuidade ou concessão de liberdade, com ou sem a imposição de outras medidas cautelares.

3.2 O avanço do instituto da audiência de custódia

O ordenamento jurídico brasileiro não previa a audiência de custódia, entretanto o referido instituto adentrou no ordenamento interno através do Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, por meio do decreto nº 592 de 06 de julho de 1992. Seguindo esse mesmo panorama foi assinada pelo Brasil em 06 de novembro do mesmo ano a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, denominada como Pacto de São José da Costa Rica, através do decreto 678 de 1992. Conforme menciona, Silva (2018, p.45), "o Brasil aprovou, por meio do Decreto 678/1992, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, bem como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Decreto 592/1992".

Desta feita, essas normas ganharam eficácia interna e força de lei através do processo constitucional de incorporação por meio da Suprema Corte.

Tendo em vista a efetivação e o fortalecimento do referido instituto, destaca-se a Lei 12.403/2011 que passou a vigorar no dia 04 de julho de 2011 que alterou dispositivos do código penal brasileiro, conforme Oliveira et al:

> No dia 05 de maio de 2011 foi publicado no Diário Oficial da União a Lei 12.403 que, na expressão de sua ementa: "Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providencias" (OLIVEIRA, et al, 2019, p. 96).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A referida alteração é oriunda do Projeto de Lei 4.208, de 2001, o qual fazia parte de um conjunto de reformas elaboradas e veio a ser elencado às medidas pontuais para minimizar os graves problemas enfrentados pelo sistema prisional brasileiro.

Outro ponto relevante no que tange ao instituto da audiência de custódia foi a implantação pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) da Resolução 213/2015, a qual dispõe acerca da necessidade de apresentação de toda pessoa presa perante a autoridade judicial no prazo de 24 horas. Segundo Silva (2018, p. 52), "o Conselho Nacional de Justiça aprovou no dia 15 de dezembro de 2015, a Resolução 213/2015 que regulamenta a realização da audiência de custódia em todo o território nacional, tornando-a obrigatória no prazo de 90 dias".

A resolução em voga disciplinou procedimentos a serem seguidos pelos tribunais que implicou na execução em todos os estados brasileiros. Neste sentido, enfatiza-se que a audiência de custódia foi positivada em âmbito nacional, pela resolução acima mencionada, mas finalmente prevista pela Lei 13.964/2019 que instituiu o Pacote Anticrime, ao alterar o Código de Processo Penal, atribuindo a seguinte redação, no art. 287, "Se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará a prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandato, para a realização de audiência de custódia". Mudança de igual modo no art. 310 do mesmo dispositivo:

> Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente... (CÉSPEDES e ROCHA, 2020, p. 462).

Deste modo, a audiência de custódia é procedimento obrigatório, pela qual todo indivíduo preso em flagrante deverá ser apresentado em um prazo de até 24 horas da prisão à autoridade judicial e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF 347, antes ainda da vigência do Pacote Anticrime, já entendia pela obrigatoriedade por parte dos juízes e tribunais em realizar a audiência de custódia.

Com o advento do Pacote Anticrime o dispositivo da audiência de custódia adentra o Código de Processo Penal brasileiro, que serve de norte para embasar o instituto tratado. De todo modo, a inserção, como mencionado acima, da audiência

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de custódia no Código de Processo Penal é um ponto positivo em favor dos direitos humanos a ser destacado na lei 13.964/19.

Destaca-se que muitos são os princípios que fundamentam o instituto em questão, como o princípio da dignidade da pessoa humana, pois o mesmo defende as condições mínimas de existência, saúde física e moral, em aplicação da aludida audiência, como o fato de o preso ser apresentado em vinte e quatro horas ao juízo competente, inibindo-se a prática de atos que ferem tal princípio, como: torturas, maus-tratos e agressões. Na visão de Gonçalves (2020, p 17), "não há dúvida de que a audiência de custódia constitui ferramenta jurídica ímpar na proteção dos direitos humanos".

Ela permite que o preso sinta-se mais próximo do processo, tendo como direito de mencionar o contraditório pleno e efetivo antes da tomada das medidas cabíveis, evitando assim, prisões desnecessárias, atenuando-se a superlotação carcerária e os gastos que decorrem da manutenção de presos provisórios. Permite ainda conhecer e tomar providências necessárias e adequadas. Garante-se um controle judicial célere e eficaz sobre a legalidade, necessidade e adequação da prisão cautelar. Távora e Alencar citam:

> Audiência de custódia retrata o permeio do princípio da dignidade da pessoa humana no direito processual penal. Trata-se de um modo de humanização da persecução penal estatal, apta à sua democratização tendente tanto a coibir a tortura, quanto a promover o debate sobre a necessidade da prisão. (TÁVORA e ALENCAR, 2016, p. 914).

O instituto da audiência de custódia tem o intuito de promover uma evolução civilizatória no processo penal e funcionar como um instrumento importante de garantia dos direitos fundamentais, tendo em vista o combate à prisões ilegais, feitas de maneiras arbitrárias ou desnecessárias, e ainda analisar a integridade física do preso.

4 PROCEDIMENTOS REALIZADOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA A MELHORIA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO ESTADO DO AMAZONAS

4.1 Apresentação do Projeto Audiência de Custódia no Estado do Amazonas

Em março de 2015 a coordenação do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF) do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), apresentou detalhes do Projeto Audiência de Custódia a membros do Tribunal de Justiça do Estado do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Amazonas e do governo local, bem como à cúpula da segurança pública, Ministério Público (MP) e à Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/AM), na ocasião foram apresentadas dúvidas operacionais com os esclarecimentos sobre o funcionamento do projeto, seus objetivos e as expectativas de resultados que, por meio dele, seriam alcançado. Conforme Oliveira et al:

> Driblando a longa espera pela regulamentação, por parte do Poder Legislativo, de um procedimento que garanta a concretização do direito reconhecido a todo indivíduo preso, a ser conduzido, sem demora, à presença de uma autoridade judiciária, o Conselho Nacional de Justiça optou por criar uma regulamentação geral (Resolução nº 213, de 15/12/2015) e a orientar os Tribunais a regulamentarem, de forma mais específica, administrativamente, o procedimento a ser adotado na audiência destinada ao cumprimento do comando emanado do Pacto de São José da Costa Rica e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (OLIVEIRA et al, 2019, p.111).

Além da apresentação do preso em flagrante ao juiz, onde é feita uma primeira avaliação sobre o cabimento e a necessidade de manutenção da prisão, o projeto preverá a estruturação ou o fortalecimento de centrais de alternativas penais, centrais de monitoramento eletrônico, centrais de serviços e assistência social e câmaras de mediação penal. Essas centrais são responsáveis por apresentar ao juiz opções ao encarceramento provisório.

Desta feita, as informações fornecidas contribuíram para a avaliação da viabilidade do projeto para a realidade amazonense. Assim sendo, foi apresentado suas diretrizes, voltadas para garantir a rápida apresentação dos presos a um juiz nos casos de prisões em flagrante.

4.2 Capacitação de agentes públicos para audiência de custódia

Em agosto de 2015 houve a implantação do Projeto Audiência de Custódia idealizado pelo CNJ como mencionado, o programa implicara em que presos em flagrante fossem ouvidos em 24 horas por juízes, de maneira presencial com a participação de defensores e de membros do MP.

O objetivo da implementação do referido programa no estado visara combater a superlotação carcerária, inibir a execução de atos de tortura, tratamento cruel e desumano aos presos, bem como viabilizar o respeito às garantias constitucionais e reforçar o compromisso do TJAM na proteção dos direitos humanos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados.(BOBBIO,2004, p.25)

Os direitos fundamentais implicam em superar a discriminação, a intolerância, a exclusão social e a violência. Tem vínculo direto com a liberdade e valores do espírito e com as condições materiais de subsistência da pessoa. Somente a previsão legal não é suficiente para a mudança de comportamento, é preciso uma maneira mais efetiva para que esses direitos possam ser resguardados.

4.3 A primeira audiência de custódia no estado do Amazonas

Em agosto de 2015 a juíza Andrea Jane Silva de Medeiros conduziu, em Manaus, a primeira audiência de custódia do estado do Amazonas, onde concedeu a liberdade provisória a um estudante de 18 anos que havia sido preso em flagrante por furto. O caso do estudante marcou o lançamento do Projeto Audiência de Custódia, que prever a apresentação da pessoa presa em flagrante ao juiz em um prazo de 24 horas. De acordo com Mougenot:

> Prisão em flagrante, portanto, é aquela realizada nas hipóteses legalmente previstas como tal. De acordo com o art. 302 do CPP, pode ser preso em flagrante não só quem está cometendo a infração penal ou acaba de cometê-la, como aquele que já a praticou, nas circunstâncias ali especificadas. (MOUGENOT, 2019, p. 590)

A prisão em flagrante deve ser ato de formalidades legais, isto é, eventual inviolabilidade do auto de prisão em flagrante invalida apenas a prisão, não implicando a posterior ação penal, desde que a prova do delito tenha sido obtida licitamente.

A primeira audiência de custódia contou com a presença do ministro Ricardo Lewandowski, então presidente do CNJ e do Supremo Tribunal Federal (STF), e pela então presidente do TJAM, desembargadora Graça Figueiredo.

4.4 Articulação da audiência de custódia no Amazonas com projeto de reinserção social

O Projeto Audiência de Custódia, desenvolvido pelo CNJ, em parceria com os Tribunais de Justiça, teve um diferencial no Amazonas, visto que as obrigações

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

impostas às pessoas autorizadas a responder a processo em liberdade foram além do cumprimento de medidas cabíveis, uma vez que houve articulação com projeto reinserção social, a saber: Projeto Reeducar (Reduzindo o Retorno ao Cárcere), executado pelo TJAM e que promove ações de reinserção social. Dentro desse contexto, se configura a consolidação de princípios fundamentais. Segundo Oliveira:

> A dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88) impõe que o indivíduo seja reconhecido como membro da sociedade dotado de valor intrínseco, em condições de igualdade e com direitos iguais, resguardando-o em sua "individualidade" e, como sujeito de direito, sendo vedado tratá-lo como mero objeto nas suas diversas relações com o Estado, inclusive, e, principalmente, na relação processual penal (OLIVEIRA, 2019, p. 7 e 8).

A dignidade da pessoa humana é um dos princípios mais relevantes e que se faz de base para todo o sistema jurídico brasileiro. Assim, o atendimento ao assistido por parte das articulações do TJAM e CNJ, teve a finalidade de envolver os indivíduos em ciclos de palestras, aconselhamentos e, quando necessário, o encaminhamento a instituições parceiras que atendem pessoas com dependência química, isto é, proporcionar a criação de alternativas em relação à reincidência e à reinserção social daqueles que, por algum motivo, tenham praticado um ou mais delitos constantes do Código Penal.

Criado em 2009, tendo como público-alvo egressos do sistema prisional ou de audiências de custódia que respondem ao processo em liberdade provisória, mediante o cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão.

As atividades do projeto do TJAM, implicam em oferecer assistência sociopsicopedagógica, por meio de palestras, cursos de capacitação, encaminhamento para cursos profissionalizantes para acompanhamento por programas, como o Alcoólicos Anônimos e/ou Narcóticos Anônimos, entre outras ações.

Em setembro de 2019 o TJAM assinou, acordos de cooperação técnica com a Secretaria de Educação e Qualidade de Ensino do Estado (SEDUC), com o Centro de Educação Tecnológica do Amazonas (CETAM) e com a Defensoria Pública do Estado (DPE-AM), para reforçar as ações de responsabilidade social executadas no âmbito do referido projeto.

Os cursos do programa ocorrera no Fórum Henoch Reis e no Instituto Maria Avelino por meio dos seguintes cursos: repositor de mercadorias, decoração com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

balões, técnicas de atendimento ao cliente, inspetor de qualidade, noções de empreendedorismo, artesanato com pintura em tecido, artesanato com patchwork, técnicas de almoxarifado, relojoaria, técnicas de vendas e confecção e enfeites natalinos. Durante uma década (2009-2019) o projeto alcançou resultados significativos que implicam 13.431 reeducandos, com um índice de reincidência na faixa dos 3%.

4.5 Implantação de secretaria de audiência de custódia

No ano de 2018 foi implantada pelo TJAM uma secretaria de apoio à audiência de custódia que passou a dar suporte aos magistrados plantonistas das audiências criminais de custódia ocorridas na Comarca de Manaus. A unidade tem a finalidade de dar suporte aos magistrados e concentra, por exemplo, informações estatísticas.

A referida secretaria foi criada pela Portaria 1.981/2018-PTJ, assinada pelo então presidente desembargador Yedo Simões e tem como finalidade providenciar a confecção de expedientes relacionados à fiscalização do cumprimento de medidas cautelares eventualmente impostas durante as audiências, além de elaborar, atos de praxe relativos à soltura do autuado, à conversão da prisão em flagrante em preventiva ou domiciliar, dentre outros procedimentos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os resultados obtidos durante a pesquisa são oriundos de uma soma de esforços que deixam claro a veracidade e qualidade deste trabalho científico, pesquisa essa que possibilitou analisar as consequências da audiência de custódia no sistema prisional do estado do Amazonas. Assim sendo, se pode afirmar que a audiência de custódia é um dispositivo que veio para contribuir com a redução da superlotação do sistema carcerário amazonense, visto que sua implantação no ordenamento jurídico brasileiro foi significativa e mostra dados claros sobre a sua relevância.

O Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas em parceria com o Conselho Nacional de Justiça estruturaram no âmbito estadual todos os pressupostos para a realização das audiências de custódia. Neste sentido, o TJAM seguindo as determinações do CNJ, iniciou no estado no ano de 2015 a apresentação do Projeto Audiência de Custódia que foi o marco do referido instituto no Amazonas. Ocorreu no mesmo ano a capacitação dos agentes públicos, onde na oportunidade foram esclarecidos os objetivos do projeto. Desta feita a primeira audiência de custódia foi realizada em agosto de 2015.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Destaca-se ainda que o TJAM articulou um projeto de reinserção social com a audiência de custódia, fator bastante positivo para a consolidação deste dispositivo no âmbito local, pois as obrigações impostas às pessoas autorizadas a responder a processo em liberdade foram além do cumprimento de medidas cabíveis. Outro ponto destacado foi a implantação da secretaria de audiência de custódia no ano de 2018, com a finalidade de apoiar o instituto em voga, tendo em vista em dar suporte aos magistrados plantonista das audiências criminais de custódia ocorridas na Comarca de Manaus.

O instituto em si é um meio normativo que garante os direitos inerentes a pessoa presa em flagrante. Assim os resultados possíveis, de uma audiência de custódia, conforme o próprio CNJ, são: o relaxamento de eventual prisão ilegal (art. 310, I, do Código de Processo Penal); a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança (art. 310, III, do Código de Processo Penal); a substituição da prisão em flagrante por medidas cautelares diversas (arts. 310, II, parte final e 319 do Código de Processo Penal); a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva (art. 310, II, parte inicial); a análise da consideração do cabimento da mediação penal, evitando a judicialização do conflito, corroborando para a instituição de práticas restaurativas outros encaminhamentos de natureza assistencial.

Portanto através desta pesquisa se chegou a conclusão que desde a sua implantação as audiências de custódia têm reduzido os índices de superlotação no sistema prisional do estado do Amazonas de forma considerável o que implica para a redução da cultura do encarceramento em massa e, consequentemente, para a superlotação dos presídios. É necessário que se compreenda que a audiência de custódia é um direito do preso e tem como base os direitos fundamentais da pessoa humana, para isso basta a entendermos em sua plenitude e totalidade

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CÉSPEDES, Lívia; ROCHA, Fabiana Dias da. **Vade Mecum Tradicional**. 29. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Sistema Carcerário**: Audiência de Custódia, Brasília, DF, 23 set. 2020. Disponível em https://www.cnj.jus.br. Acesso em 26 set. 2020.

FILHO, José Camilo dos Santos; GAMBOA, Silvio Sánchez. **Pesquisa Educacional**: Quantidade-Qualidade. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

GONSALVES, Elisa Pereira. **Conversas Sobre Iniciação à Pesquisa Científica**. 3. ed. Campinas, São Paulo: Alínea, 2003.

GONÇALVES, Fernando David de Melo. **Audiência de Custódia: desafios de sua implantação no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2020.

LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS, atualização junho de 2017/ organização, Marcos Vinícius Moura – Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, Departamento Penitenciário Nacional, 2019.

MOUGENOT, Edilson. **Curso de Processo Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NUCCI, Guilherme. **Manual Do Direito Penal e Execução Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Gisele Souza et al. **Audiência de custódia**: dignidade humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativas (Leis 12.403/2011, 13.257/2016 e 13.769/2018). 4. ed. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2019.

SIDOU, J.M Othon et al. **Dicionário Jurídico**: Academia Brasileira de Letras Jurídicas. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SILVA, Maria Rosinete dos Reis. **Audiência de Custódia**: Accountability das Prisões Cautelares e da Violência Policial. Curitiba: Juruá, 2018.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11 ed. Salvador: Podivm, 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO AMAZONAS. **Audiência de Custódia**, Manaus, 23 set. 2020. Disponível em https://www.tjam.jus.br. Acesso em: 26 set. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO: AÇÕES JUDICIAIS DO CONTRIBUINTE

IEDO PORTO FILHO: graduando em direito pela Universidade Luterana do Brasil – ULBRA, Manaus-AM. aluno do curso de pós-graduação em direito tributário pela Faculdade Dom Alberto.

RESUMO: O Processo Judicial Tributário, ações judiciais do contribuinte estabelece uma decisão evidente e coerente com os fatos apresentados pela administração tributária, no sentido de verificar se esses fatos são prejudiciais ao contribuinte. Neste sentido este artigo tem por objetivo geral investigar as ações judiciais tributárias para a solução de conflitos entre o fisco e o contribuinte. Além de especificamente identificar as ações judiciais tributárias como elementos de defesa do contribuinte; tornar o contribuinte conhecedor de seus direitos e deveres perante o fisco e, descrever cada passo para inferir tais ações. O trabalho foi realizado por revisão bibliográfica integrativa que é uma revisão geral da literatura existente como um processo sistemático que envolve estudos quantitativos e qualitativos - portanto, integrativos (inclusivos). Ressalta-se que o direito de ação é garantindo pela Constituição Federal no art. 5º, LXIX, quando proclama o livre acesso ao Poder Judiciário, estabelecendo: "a lei não excluirá da apreciação do judiciário lesão ou ameaça a direito". Entende-se que todo cidadão tem o direito à defesa e proteção de seus direitos, quando ameaçado ou violado em circunstâncias que sejam garantidos por lei e poderá acionar a prestação jurisdicional.

Palavras-chave: Ação judicial tributária; contribuinte; poder judiciário.

ABSTRACT: The Tax Judicial Process, taxpayer lawsuits establishes an evident and consistent decision with the facts presented by the tax administration, in order to verify if these facts are harmful to the taxpayer. In this sense, this article has the general objective of investigating tax lawsuits for the resolution of conflicts between the tax authorities and the taxpayer. In addition to specifically identifying tax lawsuits as elements of taxpayer defense; make the taxpayer aware of his rights and duties vis-à-vis the tax authorities, and describe each step to infer such actions. The work was carried out by an integrative bibliographic review, which is a general review of the existing literature as a systematic process involving quantitative and qualitative studies - therefore, integrative (inclusive). It is emphasized that the right of action is guaranteed by the Federal Constitution in art. 5, LXIX, when it proclaims free access to the Judiciary, stating: "the law will not exclude injury or threat to law from the appreciation of the judiciary". It is understood that every citizen has the right to

defend and protect their rights, when threatened or violated in circumstances that are guaranteed by law and may trigger the provision of jurisdiction.

Keywords: Tax lawsuit; taxpayer; judicial power.

SUMÁRIO: RESUMO; ABSTRACT; 1 INTRODUÇÃO; 2 O PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO; 3 A AÇÃO; 4 AS AÇÕES JUDICIAIS TRIBUTÁRIAS DO CONTRIBUINTE; 5 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O processo judicial tributário é a expressão que traduz o direito tributário em juízo, isto é, o processo a se desenrolar visando à composição da lide. O referido processo é de suma importância à área tributária, sendo utilizado para garantir que a lei seja devidamente observada e aplicada pela administração, de forma a prevalecer à legalidade nos atos do Fisco, ofertando segurança na relação deste com o contribuinte. Por sua vez, o Fisco pode buscar a tutela jurisdicional quanto detentor do crédito, utilizando-se do processo de execução fiscal ou do processo cautelar, visando assegurar o pagamento posterior.

Desta forma a pesquisa respondeu ao seguinte questionamento quais as ações judiciais tributárias para a solução de conflitos entre o fisco e o contribuinte? As referidas ações tem a finalidade de defender o contribuinte das irregularidades e exorbitância de valores cobrados de tributos pelo poder público. Estas ações serão o foco de resolução no nosso trabalho, onde o contribuinte irá pleitear a solução de conflitos em relação ao Fisco dentro da administração, mas se lhe for denegado no poder judiciário. É de suma importância a contribuição tributária, em um Estado com inúmeros problemas sociais, onde é necessário existir uma sociedade economicamente bem equilibrada, e certamente bem desenvolvida em vários aspectos como: educação, saúde, segurança, urbanização e outros. Os tributos, portanto, deverão ser sempre cobrados conforme a lei determinar.

Para responder ao questionamento este artigo tem por objetivo geral investigar as ações judiciais tributárias para a solução de conflitos entre o fisco e o contribuinte. Além de especificamente identificar as ações judiciais tributárias como elementos de defesa do contribuinte; tornar o contribuinte conhecedor de seus direitos e deveres perante o fisco e, descrever cada passo para inferir tais ações.

Frente ao exposto, o presente trabalho tem relevância no fato de que embora o Estado tenha a prerrogativa de tributar não pode fazê-lo de forma desproporcional, sendo a cobrança de tributos muito importante desde que realizada de forma justa. È de suma importância para o contribuinte, no sentido de conhecer os seus direitos

e como instrumentalizar esses direitos no campo tributário, em função de busca da justiça tributária, condição sine qua non contida na Constituição Federal do Brasil e em todas as normas tributárias.

O trabalho foi realizado por revisão bibliográfica integrativa que é uma revisão geral da literatura existente como um processo sistemático que envolve estudos quantitativos e qualitativos - portanto, integrativos (inclusivos), ou seja, a pesquisa foi de pesquisa bibliográfica em livros, artigos acadêmicos e revistas especializadas que tratam do assunto de forma cientifica e acadêmica, sem infringir conclusões precipitadas, nas bases de dados.

2 O PROCESSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO

Os conflitos de modo geral estão ligados à sociedade, são as relações sociais que aparecem negativamente, dominando os espaços, onde existem pessoas de atitudes diversificadas, como por exemplo, a vontade de enganar, ou seja, lesar o próximo (AMARO, 2009)

Para solucionar esses conflitos será necessário propor certo mecanismo para garantir a paz, aplicar a justiça, não deixar impune os crimes, enfim, estabelecer atos e normas de acordo com a Lei, dentro do instrumento chamado 'Processo' (ASSIS, 2016).

Para Machado (2008, p. 5) apud Carvalho (2013, p. 33), esse Mecanismo composto de uma "série de atos que culminam", se necessário for, na aplicação forçada do direito violado, é denominado "processo", ou seja, consiste no conjunto de atos administrativos e judiciais supostamente ordenados, com o objetivo de apurar a obrigação tributária ou descumprimento desta, tendentes dirimir controvérsias entre Fisco e Contribuintes.

O Processo Judicial Tributário é um conjunto de atos e termos processuais que se desenvolvem perante o Poder Judiciário, onde é assegurado ao FISCO, e ao contribuinte litigante, o contraditório e a ampla defesa, e que visa dar uma decisão definitiva sobre a matéria questionada (ART.5, LV, CF). Ressalta-se que, é de suma importância na área tributária, sendo utilizado para garantir que a lei seja devidamente observada e aplicada pela Administração, de forma a prevalecer à moralidade e a legalidade nos atos do FISCO, ofertando segurança na relação deste com o contribuinte. No Direito Tributário, existe o Processo Administrativo que tramita na própria Administração sendo regido pelas normas reguladoras dos tributos; e o Processo Judicial que tramita no Poder Judiciário, tendo respaldo no Código de Processo Civil e na legislação Especifica Processual Tributária, ou seja, a Execução Fiscal e Cautelar Fiscal (BORBA, 2006).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Conforme Lopes (2012, p. 262): "O Processo Judicial é o conjunto de atos que se sucedem, coordenadamente, tendo por finalidade a obtenção De uma decisão judicial que componha o litígio", ou seja, serve de condução para as normas de direito tributário, no campo estático para o dinâmico, aplicando-as ao fato concreto para relevar o débito ou indébito.

3 A AÇÃO

No parecer de certos juristas da antiguidade demonstraram com o vocábulo "ação" a possibilidade de exercer em concreto, a atividade processual. Os romanos consideravam titular da "*actio*", aquele que demonstrasse uma situação de direito material realmente existente: "só podiam ser considerados titulares da 'actio' que tivesse razão". Na verdade, o direito romano não distinguia entre "actio", e do direito subjetivo material. O direito medieval, tentando identificar o direito subjetivo material e ação, chegou a afirmar que ação é um direito – meio, a fim de obter-se o que é devido. Entretanto, na concepção de Savingny apud Amaro (2009), diz que ação e o direito subjetivo material constituem uma só coisa (considerada a ação como aspecto ou momento do direito subjetivo ameaçado ou violado), que perdurou até meados do século XIX.

No Brasil, os juristas como João Monteiro e João Mendes Júnior "tinham a ação em acepção subjetiva, como o próprio direito reagindo contra a ação contrária de terceiro ou a faculdade de defender judicialmente o direito atacado". Tal teoria permaneceu entre nós mais ou menos recentemente, meados do século passado (AMAR0, 2009).

No direito moderno, destaca-se a teoria civilística da ação, que firmou o conceito processual de ação. Teve sua origem nos estudos de Savingny, Gaarsonnet, Mattindo e nos juristas brasileiros como Paulo Batista, João Monteiro, Clóvis Beviláqua, Eduardo Espíndola, Câmara Leal e outros todos citados por Amaro (2009).

Para alguns, a caracterização da ação dependia: da existência de um direito; interesse de agir; da qualidade para agir; da capacidade de agir. Essa teoria confundiu dois conceitos distintos: o exercício da pretensão da tutela jurídica pelo Estado e o direito de agir do respectivo titular, o que lhe impedia de explicar a ação julgada improcedente. Presentemente, não desperta grande interesse entre os estudiosos (CAMPOS, 2010).

Em 1877, com os estudos de Degenkolb apud Amaro (2009), em teoria conhecida como "direito abstrato da ação", sustentando ser a ação um direito autônomo, desvinculado de qualquer direito subjetivo material. Essa teoria, o direito de ação é um direito público subjetivo conferido a todos, sendo irrelevante para sua

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

existência que o autor tenha ou não razão, seja ou não titular do direito posto em causa perante o magistrado. A teoria da ação como um direito concreto ou potestativo, surgiu em 1877, na Alemanha pelos estudos de Adolf Wah e Osear Von Bulon em oposição à teoria civilística, em resultado de dispositivo então inserido na Ordenança Processual Civil alemã, que versava sobre a pretensão de simples declaratória de existência ou inexistência de uma relação jurídica (AMARO, 2009).

Ressalta-se que, a ação do direito potestativo, estabelece que o agir em juízo poderia ter como finalidade não a defesa, ou a perseguição, daquilo que nos era devido, mas simplesmente, o exercício de uma pretensão de tutela para que o juiz declarasse a inexistência da pretensão do adversário, para que o juiz declarasse a inexistência de um suposta tutela na relação jurídica, o que corresponderia, em verdade, a usar-se o processo para declarar que nada nos era devido, ou que nada era devido pelo autor. Na interpretação da obra de Wach, entende-se que o processo representa o meio adequado para realizar a exigência de proteção jurídica conceituada como direito subjetivo público processual da parte, titular, segundo o direito diante do Estado que lhe deve outorgar a proteção jurídica representada por uma sentença favorável frente no adversário que a ela deverá submeter-se. Para Lubman, se o pedido inicial for liminarmente indeferido, não está configurada autêntica atividade jurisdicional, porque a ação nasce com o desenvolvimento meio amplo e aprofundado da atividade jurisdicional no plano do processo civil (CARVALHO, 2013).

Dessa forma, na qualidade de cláusula pétrea, o direito de ação existe, sempre assegurando o amplo acesso ao poder judiciário. O direito deverá ser avaliado perante as condições da ação e no curso do processo, eis que é vedada a autotutela, somente mediante ao acesso ao poder judiciário mediante ao exercício do direito de ação e poderá a parte fazer valer determinado direito do qual afirma ser titular (NOGUERIA, 2005).

4 AS AÇÕES JUDICIAIS TRIBUTÁRIAS DO CONTRIBUINTE

São as principais ações do contribuinte: Ação declaratória de inexistência de relação jurídica tributária; Ação anulatória de lançamento tributário (ou débito fiscal); Mandado de segurança; ação de repetição de indébito; Ação de consignação em pagamento; e, Ação monitoria (LOPES, 2012).

Na Ação declaratória de inexistência de relação jurídica a previsão básica encontra-se no art. 4º, I, do CPC que estabelece que seja do interesse do autor poder limitar-se a declarar a existência ou inexistência da relação jurídica. Então o contribuinte poderá acionar o judiciário em determinados aspectos do referido

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

vínculo como por exemplo: a isenção, a imunidade, quando veda a cobrança de impostos para partidos políticos, fundação e entidades sindicais, e isenta o pagamento de impostos de livros na exportação e importação. Portanto todos esses aspectos acima citados, poderão ser elucidados pelo poder judiciário, para que declare o vício. E também, para o Estado de incerteza quanto à cobrança de tributo (SILVA, 2011).

No direito tributário, a ação declaratória de inexistência de relação jurídica, é a ação que tem a finalidade de esclarecer a existência ou inexistência de um relação jurídica entre o contribuinte e o Fisco. Assim por meio da Ação declaratória pode o sujeito passivo comparecer a juízo para obter a certeza conclusiva, definitiva da existência ou inexistência de uma obrigação tributária, seja principal ou acessória, isto é do contribuinte que deverá pagar os impostos aqueles que apenas declaram por serem isentos. Em geral, o autor ao propor por, uma ação delatória, entra com seu pedido sustentando um determinado sentido, entretanto poderá também, apenas submeter á apreciação do juiz a dúvida par que ele declare o direito a tese. Ressalta-se que esta ação pode ser proposta preventivamente, mas se existir no administrativo um lançamento ou um ato de infração, nada impede que independente de discussão administrativa seja a tese submetida ao judiciário (SABBAG, 2009).

O interessado poderá obter coisa julgada, utilizando-se da sentença como tributo, para que o próprio órgão julgador administrativo, adote o julgado em tese (art. 470 e 47q, CPC) (NOGUERIA, 2005).

No ajuizamento da Ação Declaratória deverá o autor atentar para os requisitos da petição inicial que consta do art. 282, CPC. Tais requisitos são: ao juiz competente; a identificação das partes; nome do advogado em endereço; o nome da ação que deverá ser interposta e o artigo que tem suporte; os fatos e fundamentos e o pedido; e, o valor da causa. Destaca-se que na referida ação, pede-se apenas a declaração da existência ou inexistência ou do modo de ser de uma relação jurídica, que seria a própria decisão. Conforme Marcato (2018, p. 80) observa: "\Sua propositura demanda um fato concreto de que se possa inferir o propósito do Fisco de instaurar a ação fiscal".

De fato, sem um fato concreto sore o qual surja à incerteza de ser a relação jurídica que dele se irradia a dar ao Fisco o poder de contribuição constituir crédito em favor do sujeito passivo da mencionada relação. Na ação declaratória não há execução, porque pretende acertar a relação jurídica tributária, controvertida. È frequentemente adotada quando presente incertezas jurídicas, em se tratando de responsabilidade tributária, por isso, não interfere concretamente na esfera jurídica de outrem. Assim ensina Silvas (2011, p. 1.664) "O provimento declaratório não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

implica condenação, apenas declara, acerta, elucida, esclarece um determinado direito não comportando, por sio, execução do declarado".

Toda essa ação tem por finalidade a declaração de um direito. Entretanto, a ação declaratória não se limita a essa finalidade, portanto, não se deve falar no julgado de seu direito. Existe o processo judicial para acertar e explicações, mas não execução (ALVIM, 2015).

Em matéria fiscal, a ação declaratória pode ser utilizada no âmbito de qualquer espécie tributárias como nos impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições. Vale ressaltar que, era seara dos tributos, o sujeito passivo na relação jurídica tributária, poderá buscar provimento declaratório nas obrigações primeira e acessórias (MARCATO, 2018).

O procedimento da ação declaratória, como regra é o procedimento comum ordinário, pelo qual é regida. No polo passivo será identificado a partir da tributo que foi objetivo da lide: se o tributo for federal constará a União; se o tributo for estadual constará o Estado; se o tributo for municipal constará o município; e, no polo ativo estará aquele que vai ajuizar a ação e será o contribuinte ou responsável (ALVIM, 2015).

Já na ação anulatória de débito fiscal a previsão básica encontra-se no art. 38 da lei nº 6.830/80, com o art. 585, § 1º do CPC, e o art. 151, II, do CTN. O objetivo desta ação é a anulação do lançamento tributário. Em outras palavras, o pressuposto dessa ação é que exista, um crédito tributário constituído pelo lançamento passível de anulação. Toda ação apresenta-se como uma ação desconstitutiva de lançamento para anulação de decisão administrativa físicas, como por exemplo àquelas que são reconhecidas o direito de uma isenção, ou imunidade, de restituição de débito e suspensão do crédito tributário (MACHADO, 2016).

A ação anulatória segue o rito ordinário, em regra, mas pode seguir o tio sumário, ou o dos juizados especiais federais, em razão do valor da causa (lei nº 10.259, 2001). Quem tem legitimidade para propor ação de anulação tributária é o contribuinte ou responsável (passivo) ou seja, será ativo da relação jurídica e o Fisco será o passivo, quem vai sofrer a ação. Não há necessidades de provas (ASSIS, 2016).

Conforme Campos (2010, p. 217): "O contribuinte do direito dinda que não seja aquele que suportou o ônus tem legitimidade e interesse em anular o lançamento, se errôneo. A prova de que se fala no art. 166, CTN, só tem valor em ação de repetição de indébito". Em matéria fiscal, a ação anulatória poderá ser aplicada em qualquer espécie de tributos, aplica-se, assim, aos impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições. A referida

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ação será dirigida ao juiz de direito da Vara da Fazenda Pública. No polo passivo da ação anulatória será representada, se o tributo for federal constará a união. Se o tributo for estadual, será o Estado. Se o tributo for municipal, será o município. No polo ativo da ação anulatória estará; o contribuinte, ou o responsável ou a empresa (BORBA, 2006).

A ação anulatória e a suspensão do crédito tributário terá propositura desta ação que não inibe a Fazenda Pública de promover a execução fiscal de sua devida regularmente inscrita, salvo se a ação anulatória estiver pago o depósito no valor de débito corrigidos e acrescento de juros, multa de mora e demais encargos, que suspenderá o crédito tributário. A Súmula 112 do STJ: "o depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for pago integral em dinheiro". Desse modo, é importante ressaltar que a ação anulatória de indébito fiscal, admite duas modalidades para suspensão do crédito tributário conforme o sistema: o sem depósito, nos ternos do art. 585§ 1º, CPC , quando a Fazenda poderá propor a execução fiscal ou com defeito na forma do art. 38 da Lei nº 6.830/80, C/C, o art. 151, CTN que ambos inibem a Fazenda de efetuar a execução. A ação de consignação em pagamento tributário é uma ação judicial interposta pelo sujeito passivo (contribuinte ou responsável), quando o pagamento de seu imposto é recusado pelo Fisco este contribuinte tem todo o direito de ajuizar uma ação de consignação em pagamento para efetuar o pagamento de seu imposto (CAIS, 2013).

A ação de consignação e, pagamento tem fundamento no art., 164, I, II, III e § 2º, do CTN Pode ser consignado judicialmente. Toda ação de consignação tem cabimento nos casos quando: nos casos de recusa do Fisco, do pagamento do imposto; a autoridade administrativa se acha incompetente; subordinação ao pagamento de outro tributo; ou de penalidades, ou ao cumprimento de obrigação acessória; de exigências administrativas sem fundamento legal; por exemplo, preenchimento de documentos não previstos em lei; exigências por mais de uma pessoa jurídica de tributos idênticos sobre o mesmo fato gerador de direito público, por exemplo, cobrança de dois municípios, ou seja, Iranduba e Manaus de um mesmo imposto (ISS) Intitula-se de bitributação. Os efeitos da consignação em pagamento estão descritas no art. 164, § 1º, CTN A consignação e, pagamento somente pode versa sobre o crédito que o sujeito passivo de obrigações tributárias se propõe a pagar, sendo, portanto, absolutamente restrito o pedido em questão (CAMPOS, 2010).

Os termos do art. 164, § 2º, CTN versa sobre a procedência da ação de consignação que se procedente a consignação o juiz dará a sentença declarando a extinção da obrigação cujo pagamento considera-se efetuado e a importância é convertida em renda da Fazenda Pública (SILVA, 2011).

Se julgado improcedente a consignação no todo ou em parte, cobra-se o crédito acrescido de juros e mora, sem prejuízo das penalidades cabíveis Gagliano (2002, p 147) diz: "É o instituto jurídico colocando a disposição do devedor para que ante os obstáculos ao recebimento criado pelo devedor ou quaisquer outras circunstâncias impeditivas do pagamento exercer, por depósito da coisa devida o direito de adimplir a prestação, liberando-se do liame obrigacional". A ação de repetição de indébito é a ação que deverá ser interposta quando o contribuinte ou responsável pagou imposto indevidamente esse tem o direito de restituições (CARVALHO, 2013).

Trata-se de uma ação condenatória através da qual se postula a condenação da Fazenda Pública a devolver o que recebeu indevidamente por um suposto crédito tributário. Sua fundamentação está caracterizada na repetição de indébito que tem base no art. 165, caput do CTN onde estabelece: "o sujeito passivo tem direito, independente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo seja qual for à modalidade de seu pagamento". Enfatiza-se que o contribuinte prejudicado terá o direito a restituição, sem o protesto E também é dispensável a prova de erros, basta o sujeito passivo provar que pagou sem causa jurídica, porque o ônus da prova recai sobre quem alega ter indevidamente pago o gravame. Desse modo, o pagamento indevido será restituído sem provas, será restituído administrativamente ou judicialmente, ou seja, será necessário a apresentação da guia de recolhimento autenticada conforme o entendimento do STJ. Destaca-se, ainda, que o particular não está obrigado à primeiro postular na órbita administrativa para após recorrer à judicial. Para o STJ, o prazo para a repetição do indébito não se interrompe ou suspende, em face do pedido formulado na esfera administrativa (ALVIM, 2015).

A ação de repetição de indébito desenrola-se e no rito ordinário, podendo adotar a forma de procedimento sumaríssimo, se o valor da causa for igual ou inferior 20 vezes o salário-referência maior vigente no país. Se o ajuizamento da ação repetitória for pelo procedimento ordinário, deverá u autor atentar para os obrigatórios requisitos da petição inicial e no art. 232, CPC, como aptos bom instruí-los, no intuito de propiciar ao juiz o impulso oficial do processo. Em matéria fiscal, a ação repetitória poderá ser utilizada no âmbito de qualquer espécie tributária, no sistema tributário atual. Na visão do STF, aplicando-se aos impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições (AMARO, 2009).

Vale dizer que, na seara do tributo (art. 3º, CTN) o sujeito passivo na relação jurídico-tributária (art. 121, § único, I, II, CTN) poderá buscar o provimento declaratório, afeto às obrigações principais e acessórias (art. 113, § § 1º e 2º, CTN) por meio da designada ação. Quanto ao prazo para a restituição do indébito destaca-

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

se no art. 168, CTN, que estabelece: "O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso de prazo de 5 anos, a partir do dia, ou seja, do começo do pagamento indevido" (CASTRO, 2010).

Exemplo: pagando o tributo indevido em janeiro de 2014, deverá o contribuinte repetir o valor até o mês de janeiro de 2009, quando se dará o fim do período de 5 anos. Conforme a súmula 31, TRF: "na ação de repetição de indébito tributário, os juros de mora incidem a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória" (ASSIS, 2016).

Nos termos do art. 167, § único, CTN estabelece que: os juros de mora, são fixados 1% ao mês, a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória. Possui legitimidade ativa para propor ação de restituição de débito indevido, será o contribuinte ou responsável autorizado a recebê-lo. A legitimidade passiva em ação de repetição de indébito é atribuída à pessoa jurídica que seja titular do respectivo tributo e por ordem da Constituição Federal. Assim legitimada a requerer a repetição do indébito, a pessoa situada no alvo da pretensa obrigação que ensejou o pagamento, ou seja, aquele considerado o sujeito passivo caso a tributação tivesse ocorrido de forma legítima (CARVALHO, 2013).

Outra forma, por exemplo, recolhida aos cofres municipais, indevidamente, quantia relativa ao IPTU, terá o proprietário do imóvel tributado, sujeito passivo da obrigação, legitimidade para ajuizar a repetitória correspondente. Nesse passo, convém ressaltar, que o locatário do imóvel, ainda que tenha realizado o efetivo pagamento da prestação correspondente ao tributo exigido, por força da cláusula contratual, não terá legitimidade para propor a ação de repetição de indébito. Conforme o STJ Mas sim, terá legitimidade para ajuizar a ação o locador do imóvel (ALVIM, 2015).

A ação de mandado de segurança tributário está previsto no art. 5º, LXIX da Constituição Federal e na lei nº 12016/2009 No campo tributário, é instrumento adequado de petição para o contribuinte, contra as autoridades que violem ou ameacem violar seus direitos subjetivos. Trata-se de uma ação mandamental, pois a pretensão do impetrante resume-se em uma ordem (um enunciado mandamental), dirigida a uma autoridade pública, para que cesse a ofensa ao bem jurídico protegido (CAIS, 2013).

Conforme a lei nº 12.016/2009, o mandado de segurança tem o seu cabimento condicionado à existência de direito líquido e certo, ou seja, direito escorado em fatos evidenciados de plano, mediante prova pré-constituída. Em matéria tributária, o mandado de segurança opera como instrumento de constitucionalidade das leis, além de ser colocado à disposição do contribuinte para questionar a validade da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

relação jurídica Pode ser manejado em inúmeras situações nascidas da relação Fisco/contribuinte, como, por exemplo: questionando lançamento indevidamente constituído; desconstituição de penalidades; contestar s exigências contidas na certidão de dívida ativa; e, em omissão de autoridade, que não pratica o ato devido, ou seja, abuso de poder (MARCATO, 2018).

O direito d requerer mandado de segurança, extingue-se decorridos 120 dias cotados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado A lei é omissa quanto ao prazo par impetrar mandado de segurança contra omissão de autoridade No entendimento doutrinário e jurisprudencial o prazo decadencial do mandado de segurança, não corre contra ao todo omissivo enquanto perdurar a omissão (AMARO, 2009).

A ação monitória foi introduzida pela lei nº 9.079/1995, e consta do capítulo XV, do título I, do livro IV, CPC, art. 1102-A, 102-B e 1102-C, tendo o caput do art. 1.102-C o seu § 3º, sido adotado pela lei nº 4.232 (2005) para adequá-los ao sistema de liquidação e cumprimento da sentença. Constitui um meio célere de prestação jurisdicional dotada de procedimentos que englobam atos de processo de conhecimento e do processo de execução atribuindo ao réu ônus de produzir o contraditório (ASSIS, 2016).

A ação monitória pode ser proposta requerendo o pagamento de determinada soma em dinheiro, ou a entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel, mediante prova escrita desprovida de eficácia de título executivo. (art. 1.102-A, CPC). (SABBAG, 2009).

A petição inicial, devidamente instruída com a prova documental, deve ser distribuída perante o juízo do domicílio do réu, nos ermos do art. 94, CPC, Caso a petição inicial não ser devidamente instruída com prova escrita hábil, o juiz deve indeferi-la liminarmente por sentença, que pode ser impugnada mediante o recurso de apelação, nos termos dos art. 215, § único dos arts. 295, § único w 296, CPC (ASSIS, 2016).

Caso admitida, o juiz deve determinar de plano a expedição do mandado de pagamento ou da entrega do coisa no prazo de quinze (15) dias, nos termos do art. 1.102-B, CPC. A prova escrita exigida é representativa por documento que permita ao Poder Judiciário deduzir a existência do direito alegado, que se trata do pagamento em favor do autor de determinada soma em dinheiro, quer se trate de obrigação de entregar-lhe coisa fungível ou determinado bem móvel (BORBA, 2006).

O procedimento monitório tem como objetivo a solução de conflitos desprovidos de matéria de alta indagação, abrangendo as discussões fundadas em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

direito material de aferição imediata, sendo adequado, geralmente, para a cobrança de soma em dinheiro de pequeno valor, como entre outros, a cobrança de honorários devidos a profissionais liberais de soma em dinheiro objeto do título cambial desprovido de requisitos formais ou de eficácia executiva, pela ocorrência de prescrição (MARCATO, 2018).

5 CONCLUSÃO

O principal enfoque deste artigo foi a ação dos contribuintes contra o fisco no sentido de restabelecer um direito líquido e certo. Par tal intento, é necessário que se formalize um processo para composição da lide com efeito de proteção aos direitos do contribuinte.

O Estado não vive sem os tributos. São os tributos a fonte de renda para que o Estado possa cumprir suas obrigações de prover o bem estar de todos. Assim, os tributos são para o Estado sua fonte de arrecadação e para os contribuintes a despesa necessária para que o Estado cumpra com suas obrigações, tornado assim o contribuinte o sujeito mediador que contribui com o Estado através dos tributos, conforme suas despesas e fatos geradores. São três as formas de tributos: os impostos, as taxas e contribuições de melhoria e sua arrecadação como efeito compulsório pode causar conflitos entre o contribuinte e o Fisco como que geram cobranças exorbitantes, majoração de impostos sem lei, lançamentos equivocados, etc. Embora seja função da Fazenda Pública arrecadar tributos, essa condicionalidade depende de lei, para não gerar cobranças indevidas a maior ou menor. Mas nem sempre isso ocorre. E para solucionar esse tipo de acontecimento, a legislação tributária permite que o contribuinte recorra contra atos que ameaçam e violam os seus direitos. Para solucionar tais lides, o contribuinte se respalda nas ações judiciais do contribuinte dentro do processo judicial.

Destaca-se o nome das ações, sua finalidade para a solução de conflitos como Ação Declaratória de Débito Fiscal, Inexistência de Relação Jurídica, Ação Anulatória de Indébito Fiscal, Ação de Consignação em Pagamento, Ação de Restituição de Débito Fiscal, Ação de Mandado de Segurança e Ação Monitória.

Des forma, quando ao objetivos específico foi possível com este artigo identificar as ações judiciais tributárias como elementos de defesa do contribuinte, tornar o contribuinte conhecedor de seus direitos e deveres perante o fisco e, se descreveu cada passo para inferir tais ações.

Quanto ao objetivo geral de investigar as ações judiciais tributárias para a solução de conflitos entre o fisco e o contribuinte isso foi perfeitamente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

demonstrado com apresentação de todos os tipos de ações disponíveis no mordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALVIM, E. P. A. **Curso de direito tributário**. Vol. I. São Paulo: RT, 2015.

AMARO, L. **Direito tributário**. 5 ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.

ASSIS, A. de. **Manual de processo de execução**. 4 ed. revista e atualizada. São Paulo: RT, 2016.

BORBA, C. **Direito tributário**: teoria e 100 questões. 21 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006 (provas e concursos).

BRASIL. **Código de Processo Civil – CPC** São Paulo: RT, 2016.

BRASIL. **Código Tributário Nacional – CTN**. São Paulo: RT, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Congresso Nacional, 1967. Disponível em http://www.congressonacional.gov.br Acesso em 02 de set de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Congresso Nacional, 1988. Disponível em http://www.congressonacional.gov.br Acesso em 02 de set de 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 18 de 1965**. Brasília: Congresso Nacional, 1965. Disponível em http://www.congressonacional.gov.br Acesso em 02 de set de 2020.

CAIS, C. P. **O processo tributário**. 3 ed. São Paulo: RT, 2013.

CAMPOS, D. de. **Direito processual tributário**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, P. de B. **Curso de direito tributário**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTRO, A. B. **Teoria e prática do direito processual tributário**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOPES, M. L. R. **Processo judicial tributário**: execução fiscal e ações tributárias. 8 ed. revista e atualizada. Niterói: Impetus, 2012.

MACHADO, H. de B. **Curso de direito tributário**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

MARCATO, A. C. **O processo monitório brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2018.

NOGUERIA, R. B. **Curso de direito tributário**. 15 ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 2005.

SABBAG, E. **Manual de direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, R. P. M. da. **Execução contra a fazenda pública**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A INDISPENSABILIDADE DO INQUÉRITO POLICIAL NA PERSECUÇÃO PENAL

POULANNA AMÉLIA GUIMARÃES FIGUEIREDO:
Graduanda em Direito pela Faculdade Serra do Carmo - TO.

Prof. Me. **ÊNIO WALCÁCER**

(Orientador)

Resumo: Este artigo aborda a indispensabilidade do inquérito policial com o objetivo de inaugurar a persecução penal e suas decorrências no ordenamento legal brasileiro. O inquérito policial, diante de suas características próprias é tratado pela doutrina como sendo um procedimento em regra dispensável, para efeitos de propositura da inicial acusatória, requisito essencial para o desencadeamento do processo e consequente formação de culpa. Neste artigo, nos consubstanciamos na doutrina nacional especializada em estudos sobre o inquérito para sustentarmos a nossa hipótese inicial de que, o inquérito é, como regra, essencial para a propositura da ação penal, podendo, excepcionalmente ser dispensado. Ao final trouxemos as nossas conclusões, confirmando a hipótese inicialmente lançada com alguns apontamentos que entendemos relevantes para o sistema processual penal brasileiro, pautando-se na essencialidade da instrução preliminar materializada no inquérito policial.

Palavras-Chave: Inquérito policial; indispensabilidade; fase pré-processual; investigação preliminar; persecução penal.

Resumen: Este artículo aborda la indispensabilidad de la investigación policial con el objetivo de abrir la persecución penal y sus consecuencias en el ordenamiento jurídico brasileño. La investigación policial, por sus propias características, es tratada por la doctrina como un procedimiento generalmente prescindible, a los efectos de la formulación de la acusación inicial, requisito indispensable para el comienzo del proceso y la consecuente formación de culpabilidad. En este artículo, encarnamos la doctrina nacional especializada en estudios sobre la investigación para sustentar nuestra hipótesis inicial de que la investigación es, por regla general, imprescindible para el comienzo de la acción penal y puede, excepcionalmente, ser desestimada. Al final, trajimos nuestras conclusiones, confirmando la hipótesis inicialmente lanzada con algunas notas que consideramos relevantes para el sistema procesal penal brasileño, con base en la esencialidad de la instrucción preliminar materializada en la investigación policial.

Palabras clave: Investigación policial; indispensabilidad; fase previa al procedimiento; investigación preliminar; enjuiciamento criminal.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 2.1 O Sistema Persecutório Brasileiro e o Desencadeamento do Processo Penal. 2.2 O Inquérito Policial como etapa da persecução. 2.3 O exercício da Ação Penal e a utilização dos elementos do Inquérito como regra. 3. Considerações finais. 4. Referências.

1.INTRODUÇÃO

O presente estudo demonstra a indispensabilidade do inquérito policial, evidenciando que o mesmo é, em regra, indispensável. O nosso entendimento está em conformidade com o artigo 39, §5º do CPP, que deve ser lido sob a ótica da regra da indispensabilidade, sendo que esta interpretação do dispositivo não afasta e nem interfere no papel do Ministério Público como titular da ação penal. A hipótese que lançamos neste artigo, confirmada ao final, é de que na maioria dos casos os elementos informativos e probatórios que consolidam a perseguição penal são obtidos por meio do inquérito policial, sendo excepcional os casos em que existem elementos de fora do inquérito que certifiquem o efeito de propor uma ação penal, apontando para a sua justa causa.

O inquérito policial é um conjunto de atividades de cunho eminentemente administrativo que são realizadas por órgãos estatais pertencentes ao poder executivo, com uma finalidade de ser um instrumento prático e eficaz na busca da verdade real, ou seja, na reunião de elementos informativos e probatórios que consigam remontar o cometimento de um fato delituoso, fazendo o papel de um filtro processual para que não ocorra uma ação penal infundada e/ou temerária, elucidando assim os fatos supostamente criminosos. O inquérito policial é o procedimento no qual se juntam elementos informativos e probatórios suficientes para se evidenciar a presença de uma justa causa para uma possível ação penal ou, em sua ausência, para que se promova o arquivamento do procedimento.

Segundo a lei 12.830/2013, o caderno investigativo ou o inquérito policial tem como finalidade a apuração de fatos que adequem-se a tipos penais incriminadores, reunindo elementos que apontem para a materialidade delitiva, para a individualização das condutas em nível indiciário (indícios de autoria) e para as circunstâncias do crime.

A reunião dos elementos informativos e probatórios do inquérito ocorrem por meio das diligências, que são apontadas, exemplificativamente, no art. 6º do CPP, em uma série de indicações que se aplicam para a melhor reunião de elementos para o início da formação de culpa, desde o acometimento do fato, com a presença da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

autoridade ou seus agentes no local do crime, até diligências específicas para cada espécie de crime investigado.

O inquérito policial, de caráter jurídico administrativo e pré-processual, é estimado pelo preceito majoritário e pela jurisprudência como sendo dispensável para fins de persecução penal. Entretanto, a nossa hipótese se baseia na interpretação do art. 39, §5º do CPP de forma diversa, apontando para a indispensabilidade como regra, quando se trata do inquérito policial, trazendo a única forma de não ser ele utilizado: "se com a aspecto forem oferecidos elementos que o certifiquem à promover a ação penal".

Entretanto, a nossa hipótese se baseia na interpretação do art. 39, §5º do CPP de forma diversa, apontando para a indispensabilidade como regra, quando se trata do inquérito policial, trazendo a única forma de não ser ele utilizado: "se com a representação forem oferecidos elementos que os tornem aptos a requerer a ação penal". A condicionante no texto do dispositivo nos parece claro, sendo esta a nossa base argumentativa neste artigo.

Para elaboração deste artigo, utilizamos o método do estudo bibliográfico, procurando nos ensinamentos de estudiosos no tema em livros de processo penal e específicos sobre o inquérito policial, bem como em artigos científicos diversos sobre a temática. Inicialmente intentamos a busca de dados nas varas criminais de Palmas para corroborar, de forma prática, a nossa hipótese, contudo, em razão da pandemia nos foi negado o pedido de informações encaminhado ao Poder Judiciário, sendo a nossa pesquisa focada apenas no arcabouço teórico sobre a temática.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1 O SISTEMA PERSECUTÓRIO BRASILEIRO E O DESENCADEAMENTO DO PROCESSO PENAL

O Código de Processo Penal de 1941 e a Lei 12.830/2013, determinam a averiguação preliminar de inquérito policial em clara menção ao órgão designado da atividade. O inquérito policial é uma atividade avançada pela polícia judiciária, que será desempenhada pela polícia judiciária, através das autoridades policiais no território das suas respectivas circunscrições, e ao final, o levantamento das violações penais e sua autoria (art. 4º). (LOPES, 2014, p. 222)

Segundo a lei 12.830/2013 o inquérito policial tem como finalidade a reunião dos elementos que apontem para a materialidade, autoria e circunstâncias que envolveram o fato tido como crime. Ela disciplina a investigação criminal presidida pelo Delegado de Polícia, sendo essa investigação de natureza híbrida: jurídico-

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

administrativa. A fase do inquérito policial é a etapa pré-processual, ela faz a busca da verdade real dos fatos, busca os elementos informativos e probatórios (provas antecipadas, cautelares e não repetíveis), sendo parte característica deste processo. Tendo como limite de sua atuação os direitos e garantias da pessoa humana não passando por cima dos direitos fundamentais do cidadão.

Vale ressaltar que, no artigo 4º do CPP, há a palavra apuração, onde a mesma nos leva ao entendimento de algo que é apurado, filtrado, aperfeiçoado, e que de fato nos leva a entender que é conhecer o correto, o certo. (LOPES, 2014, p. 222).

O inquérito policial tem como finalidade a busca da verdade real, e para isso, ele fornece elementos informativos que podem ser decisivos entre uma ação penal ou não ação penal, bem como servir de fundamento para as medidas cautelares que se façam necessárias em um processo. Tanto é que o próprio CPP determina que inquérito acompanhe a denúncia quando servir de base para esta. (BRASIL, 1941).

A natureza jurídica do inquérito policial é de maneira equívoca a de um procedimento pré-processual instrutório, sendo essa natureza apontada pelo sujeito e pela natureza dos atos. O inquérito policial é um esqueleto de investigação preliminar policial, no plano da normativa e da efetividade, de maneira que a polícia judiciária, sendo exercida pela autoridade policial, usa o inquérito policial com precisão, autonomia e controle. Porém, o mesmo se sujeita a intervenção judicial para a adoção de medidas restritivas de direitos fundamentais. Vale informar que, a polícia judiciária é a instituição designada à conduzir o inquérito policial, e quanto a isso não resta nenhuma dúvida. (LOPES, 2014, p. 222 - 243).

Lopes (2014) e Hoffmann (2016) concordam que o inquérito policial é um procedimento que serve como um filtro processual para se evitar acusações temerárias e infundadas, justificando que se desencadeie uma persecução em juízo ou não. Dessa forma, esse filtro, além de evitar acusações injustas à investigação, serve também como forma de garantir uma persecução penal efetiva e proba, que não significa, necessariamente, a condenação, mas sim a entrega da prestação jurisdicional correta ao caso.

Enquanto o Brasil adotou o nome da atividade de investigação preliminar relacionando-a com o órgão policial a quem incumbe, como regra, outros países adotaram termos diversos, como cita Lopes (2014, p. 87), na Itália a investigação preliminar é chamada de *indagine preliminare*; em Portugal, utiliza-se inquérito preliminar, na Alemanha, vorverfahren e emittlungsverfahren (procedimento preparatório de ou fase de averiguação); na França, l'enquête preliminaire e l'instruction; na Inglaterra, prosecution e preliminar inquiry; nos Estados Unidos, investigation. Hoffmann (2020), detalha o procedimento brasileiro explicando que a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

investigação é feita por meio da autoridade de polícia judiciária, o delegado de polícia, por meio de procedimento de apuração, ou de instrução preliminar.

O defensor de uma nova maneira de ver o inquérito policial, uma doutrina mais atualizada, Hoffmann (2020), ensina que, não há dúvidas nenhuma em relação à relevância do inquérito policial nas ações penais, pois ele é capaz de evitar acusações incertas, temerárias e ou infundadas, sendo ele um filtro processual. Em muitos casos, segundo o autor, ainda que o Ministério Público já possua alguns elementos que habilitem a apresentação de uma acusação, ainda assim em geral se requisita previamente a instauração do inquérito policial para o aprimoramento do conjunto informativo probatório para melhor apresentação da acusação. (HOFFMANN, 2016)

Por esse motivo, o inquérito é considerado indispensável na persecução penal, pois são raras as vezes em que é dado início a uma ação penal sem o inquérito policial, até porque, ainda que o inquérito seja dispensável, não o é como regra, sendo a dispensabilidade do inquérito policial uma exceção.

Hoffmann (2016, p. 20) defende que o inquérito seja obrigatório, em regra, nas ações penais públicas incondicionadas, como forma de intepretação do art. 5º do CPP, devendo inclusive acompanhar a peça acusatória e compor o corpo do processo judicial, conforme preconizado pelo art. 12 do Código de Processo Penal.

Há décadas a doutrina vem afirmando a dispensabilidade do inquérito policial amparada em alguns dispositivos do CPP (artigos 12, 27, 39, parágrafo 5º e 46, parágrafo 1º). Esses dispositivos, se lidos de forma errônea, levam a uma falsa conclusão de que é desnecessária a investigação policial para a busca da justa causa penal. (HOFFMANN, 2016, p. 20).

De modo que, o inquérito policial, procedimento de investigação criminal preliminar e essencial para a apuração de elementos informativos e probatórios que apontem para a justa causa penal torna-se, em regra, obrigatório, nos casos de ação penal seja publica incondicionada, avalizando tanto a preservação de acusados contra procedimentos errados quanto a higidez do conjunto probatório para a consubstanciação da formação de culpa dentro de um contexto democrático, sendo a exceção a sua dispensabilidade.

2.2 O INQUÉRITO POLICIAL COMO ETAPA DA PERSECUÇÃO

De acordo com Lopes Jr. (2014, p. 221), ao dar início ao estudo do inquérito policial, é de suma relevância pontuar que está sendo analisado um instrumento que se mantém em tensão com a ordem constitucional vigente, sendo necessária uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

leitura crítica com uma filtragem dada pela Constituição de 1988, essencialmente seus direitos e garantias fundamentais.

Isso se deve pelo fato de o inquérito policial ainda ter, nos termos utilizados pelo autor, uma inspiração autoritária, inquisitiva e obra de um sistema imperial e excepcional de 1937, sofrendo marcante influência do Código Processual italiano conhecido como Código de Rocco. Sob este prisma, analisando o procedimento sob a ótica constitucional, é importante notar o procedimento não apenas como um mero instrumento de reunião de elementos informativos e provas, mas também como um filtro processual para evitação de acusações injustas. (LOPES JR., p. 221)

Conforme Hoffmann (2020, p. 27) e Lopes (2014, p. 27), no Brasil é seguido pelo sistema de investigação preliminar conduzido pela polícia judiciária, em sendo o principal instrumento o inquérito policial, o procedimento mais importante na busca da autoria e materialidade em um crime na etapa pré processual. Com ele, é possível tanto o descobrimento de criminosos (autoria) quanto a existência do próprio crime (materialidade) e as circunstâncias na qual ocorreu o fato tido como típico.

Sob este prisma, buscamos avaliar o inquérito para além da função persecutória, buscando correlaciona-lo com a sua função garantidora, um filtro processual na evitação de que se façam acusações injustas contra investigados.

Segundo Hoffmann (2020, p. 27), o inquérito policial não tem conceito em seu atual arcabouço legal, tarefa essa, como qualquer conceito do direito, dada pela doutrina, sendo que a definição mais correta dependa dos traços essenciais, levando a cabo de que o inquérito policial é uma ferramenta de suma relevância e de proteção de direitos fundamentais, com produção de elementos informativos, presidido por Delegado de Polícia natural através da polícia judiciária, tendo o inquérito policial um prazo diferente para investigado preso e investigado solto, com expressa intervenção do judiciário em relação às medidas taxativas de direitos basilares respaldadas pela cláusula de reserva de jurisdição. (HOFFMANN, 2016, p. 15)

Segundo Hoffmann (2016, p. 15), o inquérito policial não detém uma mera função preparatória ou uma via de uma única direção, como a doutrina quer fazer parecer, o inquérito policial vai muito mais além disso, pois além de preparar e ser um filtro para acusações infundadas e temerárias, serve também como uma proteção, um resguardo de provas para que o titular da persecução penal ingresse em juízo.

O inquérito policial também é preservador, que é de suma importância, pois ele ampara, salvaguardando direitos fundamentais do cidadão, a liberdade do

perquirido além de evitar gastos do Estado com ações desnecessárias, que se analisadas em perspectiva não detém viabilidade.

A garantia de que o cidadão não terá um processo infundado e/ou temerário foi descrita na exposição de motivos do CPP, onde diz que há uma proteção contra apressados e erros de juízos, evitando acusações injustas e objetivando à apurações da verdade real dos atos tidos como crime, e que essa apuração é pertencente ao caderno investigativo, o inquérito policial, onde o mesmo tem o papel de evitar falsas acusações. (HOFFMANN, 2016, p. 15).

Verifica-se que pela interpretação originária, trazidas pela exposição de motivos do CPP, destacou de igual forma o papel que o inquérito policial tem de garantidor, para que pessoas de má-fé e com intenções erradas, não entrem com uma ação penal com a finalidade de usar esse meio para se vingar de desafetos.

A leitura do artigo 39, parágrafo 5º do CPP evidencia a dispensabilidade condicionada do inquérito policial, apontando para a sua possibilidade tão somente quando existem elementos aptos a promover uma ação penal, ou seja, uma condição de que os elementos mínimos de justa causa estejam reunidos para se demonstrar a justa causa de ingresso com a ação penal.

Não se vislumbra a possibilidade de dispensabilidade discricionária do inquérito, mas tão somente a dispensabilidade condicionada, ou seja, quando, por meio de algum outro procedimento apresentarem reunidos os elementos satisfatórios para solicitação da denúncia, percebe-se que que a regra do dispositivo é pela indispensabilidade do inquérito policial.

Segundo Hoffmann (2015), quando o Ministério Público tiver em mãos a chamada justa causa, os elementos suficientes de materialidade e autoria, só nesse caso, que o mesmo poderá promover a ação penal diretamente sem a existência do inquérito policial. Porém, nas circunstâncias em que a justa causa não exista, torna-se indispensável a instauração do procedimento investigativo, ainda que o Ministério Público seja o titular da ação penal.

Conforme Hoffmann (2020, p. 27), em um novo conceito em relação ao inquérito policial, o caderno de investigação, que é o inquérito policial, é um procedimento administrativo a cargo do delegado de polícia, inquisitorial, informativo, dispensável e preparatório.

Conforme Hoffmann (2020, p. 28), o inquérito policial não é um mero procedimento, mas sim um processo, sim, um processo, pois na fase da investigação criminal pode haver limitações de direitos fundamentais do suspeito, onde o mesmo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

é privado de sua liberdade, podendo ter seus bens apreendidos, prisões em flagrante, e isso são todos atos que tem uma continuidade e que podem a afetar os direitos garantidos ao cidadão, os direitos fundamentais.

> Processo administrativo, e não um procedimento: nada impede o etiquetamento do inquérito policial como processo administrativo *sui generis,* no contexto da chamada processualização do procedimento. Apesar de não existirem partes, vislumbram-se imputados em sentido amplo. E nada obstante não haver na fase policial um litígio com acusação formal, existem, sim, controvérsias a serem dirimidas por decisão do delegado de polícia que podem resultar na restrição de direitos fundamentais do suspeito (tais como prisão em flagrante, liberdade provisória com fiança, indiciamento e apreensão de bens). Os atos sucessivos afetam inegavelmente exercício de direitos fundamentais, ainda que não se possam catalogar tais restrições de direitos como sanções (HOFFMANN, 2020, p. 28).

A lei 12.830/2013, em seu artigo 1º, §1º aponta para o inquérito policial como sendo de competência exclusiva do delegado de polícia natural, não podendo ser presidido por nenhuma outra autoridade, sendo que o inquérito policial tem regras de investigação pré-estabelecidas que devem ser cumpridas.

> O inquérito policial só pode ser presidido pelo delegado de polícia, Art. 1º, §1º, da Lei 12.830/2013 (mediante juízos de prognose e diagnose), e nenhuma outra autoridade. E não por qualquer autoridade de polícia judiciária. Por exigência do princípio do delegado de polícia natural, o delegado a coordenar os atos de determinado inquérito policial só pode ser aquele definido conforme regras pré-estabelecidas, vedando-se indicação *ad hoc* tendenciosa, sob pena de o Estado-Investigação falhar no dever de investigar de forma parcial e célere (HOFFMANN, 2020, p. 28).

O inquérito policial é pois, apuratório e não inquisitivo, pois ele traz uma igualdade, buscando assim ter um sigilo inicial dos atos do delegado de polícia para que se conserve a dignidade da pessoa humana e para que se preserve os direitos fundamentais do cidadão. Entretanto, esse sigilo não é absoluto, pois ele não afeta o direito do investigado em obter informações dos elementos informativos já arrolados nos autos para que possa se defender.

> Para restabelecer a igualdade, tendo em vista o desnível provocado pelo próprio criminoso, é preciso que o Estado tenha alguma vantagem na etapa investigativa, para a eficiência colheita de vestígios. Essa vantagem se traduz no elemento surpresa, materializada no sigilo inicial das medidas investigativas da polícia judiciária; ao serem efetivadas sem prévia notificação do suspeito. O segredo não é absoluto, não afetando o direito de o investigador ter ciência dos atos de investigação já concluídos e documentados no autos, para que possa se defender. O termo *inquisitivo*, comumente utilizado para designar essa característica, é mais apropriado para diferenciar a fase processual, e não a investigação preliminar. Além disso, a palavra inquisitivo remete à abusiva Santa Inquisição, que concebia o imputado como mero objeto, e não sujeito de direitos. Portanto, o vocábulo que melhor indica essa característica é *apuratório*, por indicar que se trata de apuração criminal que compatibiliza sigilo inicial, imparcialidade e dignidade da pessoa humana (HOFFMANN, 2020, p. 29).

O autor ainda defende que o inquérito policial é o caderno investigativo que vai em busca de elementos informativos com a finalidade de chegar até a verdade real na cena de um crime. Mas também produz elementos probatórios com incidência de contraditório, mesmo sendo um contraditório diferido para a fase da ação penal, com provas cautelares e irrepetíveis.

> O inquérito policial de fato produz elementos informativos, em relação aos quais o contraditório é regrado quanto ao direito de informação, ou seja, condicionado à conclusão das diligências policiais (basicamente as oitivas, que serão repetidas em juízo). Mas também fabrica elementos probatórios, em que há incidência de contraditório, ainda que diferido para a fase processual (provas cautelares e irrepetíveis). Esse contraditório postergado é extrínseco à produção da prova e ocorre após a sua formação, o que significa que a prova foi efetivamente colhida no bojo do inquérito policial sob presidência do delegado de polícia. Como consequência, eventuais vícios no procedimento investigativo podem, sim, acarretar nulidade inclusive afetando o ulterior processo penal (HOFFMANN, 2020, p. 29 e 30).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

De acordo com Hoffmann (2020, p. 30 e 31), o inquérito policial é indispensável, e não simplesmente dispensável: mesmo havendo a possibilidade da denúncia ser feita sem o inquérito policial, a grande maioria das ações penais é baseada nele.

Isso não ocorre por mero acaso, mas sim devido ao sistema persecutório brasileiro, que adotou a investigação criminal por órgão estatal, sendo que a justa causa que se busca ter para dar seguimento em uma ação penal, conforme o artigo 395 do CPP, é alcançada na investigação criminal por meio dos elementos informativos e probatórios, e esses elementos são obtidos através das diligências realizadas sob a presidência do Delegado de Polícia em uma investigação criminal.

Vale salientar que, a investigação na fase pré-processual é o elo entre a notícia do crime e o processo penal. E é por isso, que mesmo o Ministério Público já dispondo da justa causa, os elementos informativos para dar início a uma ação penal, mesmo sem o inquérito policial, ainda assim, na grande maioria escolhem pela a instauração do inquérito policial, pois o mesmo é o que faz o filtro processual, impedindo assim de dar seguimento em uma ação penal temerária e infundada.

> Muito embora seja possível o oferecimento da denúncia desacompanhada de inquérito, a esmagadora maioria dos processos penais é antecedida da investigação policial. Isso não ocorre por acaso, mas em decorrência do sistema persecutório brasileiro, que adota a investigação criminal por órgão estatal, e no qual os indícios suficientes de materialidade e autoria (justa causa) são obtidos por meio de diligências com a chancela do estado. Por isso a persecução criminal não começa na etapa final do processo penal, mas sim na fase inicial consistente na investigação criminal. A própria Exposição de Motivos do CPP destaca que o inquérito policial traduz uma salvaguarda contra apressados e errôneos juízos, formados antes que seja possível uma precisa visão de conjunto dos fatos, nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas. A instrução preliminar é a ponte que liga a *notitia criminis* ao processo penal. E, justamente por esse motivo, mesmo quando o Ministério Público já dispõe dos elementos mínimos para propor a ação penal sem o inquérito policial, na maior parte das vezes prefere requisitar a sua instauração, não abrindo mão desse filtro processual. Portanto, a regra é a indispensabilidade (HOFFMANN, 2020, p. 30 e 31).

O inquérito policial é ao mesmo tempo preservador e preparatório, e não somente preparatório: o caderno investigativo tem o objetivo de buscar a verdade real nas infrações penais relatadas na notícia crime, e com isso, fazer a juntada de elementos informativos que servem como justa causa para uma futura ação penal ou não. Vale salientar que, não há uma afinidade de meio e fim, mas há uma engrenagem entre a investigação policial e a acusação ministerial. Não há um compromisso de incriminação ou tampouco com a defesa por parte da polícia judiciária, pois a mesma é um órgão imparcial, a finalidade dela é buscar a verdade dos fatos, preservar os direitos fundamentais do indivíduo, da vítima e/ou testemunhas e buscar nos elementos informativos a justa causa para uma posterior ação penal ou o arquivamento do inquérito policial pelo fato dos elementos informativos mostrarem que as acusações são infundadas e temerárias.

> O procedimento policial é destinado a esclarecer a verdade acerca dos fatos delituosos relatados na notícia de crime, fornecendo subsídios para os ajuizamento da ação penal ou o arquivamento da persecução penal. Logo, o inquérito policial não é unidirecional e sua missão não se resume a angariar substrato probatório mínimo para a acusação. Não há entre a investigação policial e a acusação ministerial relação de meio e fim, mas de progressividade funcional. A polícia judiciária, por ser órgão imparcial (e não parte acusadora, como o Ministério Público), não tem compromisso com a acusação ou tampouco com a defesa. Além da função preparatória, de amparar eventual denúncia com elementos que constituam justa causa, existe a função preservadora, de garantia de direitos fundamentais não somente de vítimas e testemunhas, mas do próprio investigado, evitando acusações temerárias ao possibilitar o arquivamento de imputações infundadas. Assim, além de a função preparatória não ser a única, ela sequer é a mais importante (HOFFMANN, 2020, p. 31).

2.3 O EXERCÍCIO DA AÇÃO PENAL E A UTILIZAÇÃO DOS ELEMENTOS DO INQUÉRITO COMO REGRA

A finalidade de uma investigação criminal é sempre a notícia do crime. Até porque, isso quer dizer que, em uma diligência para a investigação de uma infração penal que necessite de procedimentos investigativos, no caso, os procedimentos do art. 6º do CPP, é regra, onde a autoridade competente irá coletar elementos informativos seguindo os procedimentos do supracitado artigo, lembrando que, não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

precisa seguir uma ordem cronológica desse artigo, é conforme a necessidade que o Delegado de Polícia achar melhor.

Entretanto, não dispondo desses elementos informativos mínimos sobre o crime, não existindo a possibilidade de dar seguimento em uma ação penal, conforme artigo 395 do CPP. Ainda, seguindo o pensamento de Hoffmann (2020), o Sistema Acusatório adotado pelo nosso ordenamento jurídico, não é de competência do Estado-Juiz dar início a uma ação penal. Isso, em regra, é de alçada do titular da ação penal privada, o Ministério Público, mas para que isso ocorra, é necessário reunir elementos informativos mínimos de autoria e materialidade, sendo esta a primeira etapa de uma investigação criminal, a juntada de elementos para uma possível propositura de uma ação penal ou não.

No mais, de acordo com Hoffmann (2020), é relevante levar em consideração que, a instauração de um processo dispende de um gasto muito alto que engloba a manutenção de sistemas e toda uma infraestrutura (computadores, papeis, impressoras etc), funcionários empenhados nos casos penais, o que pode vir a afetar o Sistema de Justiça Criminal. Ainda vale ressaltar que, com a teoria do etiquetamento (l*abeling approach*), se em um crime, não é realizado a investigação como deve ser, buscando elementos informativos através do inquérito policial, com todos os direitos fundamentais sendo garantidos ao suposto criminoso e/ou vítima, isso pode levar a um processo infundado e temerário sem os devidos elementos informativos necessários, causando assim esse etiquetamento pela sociedade de que, a pessoa é criminosa antes mesmo de ser passada pela sentença. É por esse motivo que se faz necessário e de suma importância o inquérito policial, pois, ele será esse filtro processual, resguardando tanto a vítima, testemunhas, bem como o suposto acusado.

Conforme Fontes (2018), o inquérito policial, como filtro preliminar contra acusações injustas, impede, em certa medida, que haja o etiquetamento social, ou a rotulação do indivíduo, como menciona Fontes, permitindo também uma redução da criminalidade, à medida que impede o preso, ainda que cautelar, ter contato com outros presos, o que pode induzir ao ingresso em organizações criminosas ou associações. Há situações em que o próprio controle social, se feito sem filtros, permite o recrudescimento da criminalidade.

Conforme Hoffmann (2020), aponta para o sucesso da persecução penal como um conjunto de atos realizados, desde o inquérito policial, seu andamento e a decretação de cautelares, concluído no indiciamento, perpassando pelo oferecimento da inicial acusatória que inicia a persecução em juízo, na busca da prestação jurisdicional, na gradual formação de culpa, até que se chegue a certeza probatória apta a levar a condenação ou à dúvida, que enseja a absolvição.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O artigo 41 do CPP é contundente ao dizer que a denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso (isso se confirma no artigo 6º do CPP), com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime, quando necessário, o rol de testemunhas, sendo estes os elementos colhidos em sede de investigação criminal, indicados, exemplificativamente, no art. 6º do Código de Processo Penal, nas diligências aconselhadas ao delegado, bem como em outros pontos do diploma processual.

A finalidade de filtro processual, evitando acusações infundadas, é correlacionada com o objetivo de fazer a juntada de elementos informativos e probatórios que apontem, não apenas para a autoria e materialidade, mas também para as circunstâncias do fato em investigação, conforme o que é trazido na exposição de motivos do diploma processual, como afirmam Hoffman (2020) e Bezerra (2015).

Neste sentido, o objetivo é de que o cidadão não padeça de imputação açodada, em sentido amplo ou formal, e muito menos acusações temerárias a ponto de prejudicar a imagem e vida do cidadão.

No sistema acusatório brasileiro a investigação criminal é conduzida pelo Delegado de Polícia, conforme artigo 4º do CPP, sendo que, essa investigação tem como finalidade apuração e a proteção do acusado. O modelo adotado no Brasil exige o atendimento as regras processuais e a sua aplicação nos limites constitucionais, em procedimento dirigido por delegado de polícia, responsável tanto pelo vetor apurativo quanto garantidor do procedimento.

O artigo 41 lido juntamente com o artigo 395, inciso III, ambos do CPP, apontam para os requisitos positivos e negativos que devem ser avaliados pelo judiciário ao receber a inicial acusatória quando do peticionamento da acusação, são barreiras impostas como evitação de acusações que não detenham a chamada justa causa para o desencadeamento do processo penal, analisadas em relação ao conjunto de elementos informativos e probatórios coletados durante o inquérito policial.

De acordo com Lopes Jr. (2014), o CPP tem como fundamento de sua existência a instrumentalidade constitucional, e isso faz com que se justifique a investigação preliminar. Até porque essa investigação não pode se afastar dos fundamentos da Constituição Federal ao qual presta serviço. Há uma diferença entre o processo civil e o processo penal. No âmbito civil, as partes que atrelam ao processo os elementos necessários de convicção, para demonstrar assim, a pretensão, no que se denomina princípio de aportação de parte. A elas é designada

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

a atividade privada e extraprocessual de reunir esse material probatório, os elementos informativos, cabendo ao juiz receber esse material e valorá-lo na sentença. Já no processo penal há primordialmente o interesse público em perseguir a verdade real e punir os comportamentos que sejam contra os bens jurídicos tutelados, protegendo, ao mesmo tempo, os indivíduos de uma injusta perseguição, processos infundados e temerários, fora que, as particularidades de conduta delituosa fazem com que seja sumamente distinta das relações jurídicas de direito privado.

> Do mesmo modo que o processo não tem como único fundamento a instrumentalidade, a investigação preliminar também atende a um patente interesse de *eficácia* de *direitos fundamentais*, para evitar as acusações e os processos infundados. Nesse sentido, Carnelutti defende que a investigação preliminar não se faz para a comprovação do delito, mas somente para excluir uma acusação aventurada. Em outro momento, afirma que, para evitar equívocos, a função do procedimento preliminar não deve ser entendida no sentido de uma preparação do procedimento definitivo, senão, ao contrário, como um obstáculo a superar antes de poder abrir o procedimento judicial (LOPES, 2014, página 100).

Existem requisitos para o recebimento da queixa-crime, e isso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal deixa bem claro: O STJ considera relevante o inquérito policial, pois o mesmo é carregado de detalhamentos do fato tido com crime, de elementos informativos que levam à verdade real do ato criminoso, expondo detalhes do crime, suas circunstâncias inerentes à infração penal, logo, àquele que sofre uma acusação penal, tem o pleno direito de defesa pelo ordenamento constitucional. (SANCHES, 2019, página 201)

Segundo Bezerra (2015), há uma clareza no art. 6º quanto as imposições legais de coleta de provas, e isso demonstra a necessidade de instauração do inquérito policial, sendo que diversas diligências não são possíveis senão por autoridade pública e pelos poderes do Delegado de Polícia, o que manteria a investigação incompleta e inapta a apreciação judicial da inicial acusatória.

De acordo com Hoffmann (2016), a investigação criminal científica é baseada respeitando os direitos fundamentais, fazendo um papel de filtro processual, e o inquérito policial, é esse instrumento que verdadeiramente vai em busca da verdade real, que validamente concretiza a investigação criminal, presidida pela autoridade policial, de acordo com o artigo 4º do Código de Processo Penal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Quanto à prova documental, é pacífico na doutrina ser submetida ao contraditório diferido ou postergado. Ou seja, a mesma é identificada, colhida e inserida no caderno probatório e será submetida ao contraditório em momento posterior, no curso da ação penal (HOFFMANN, 2016, página 64).

O inquérito policial não é uma simples peça informativa, sendo utilizado para toda sorte de medidas cautelares processuais, desde pessoais quanto patrimoniais, bem como o início da etapa processual da persecução, consubstanciando, até mesmo, a sentença condenatória com as restrições trazidas no âmbito do diploma processual. Tal como nos esclarece Hoffman (2016), na etapa do inquérito policial são produzidas provas, sendo falacioso o argumento de que não há produção probatória nesta etapa da persecução, segundo o autor, nas operações policiais o que se vê, na verdade, é um série de diligências que buscam a coleta de elementos informativos e probatórios.

Ainda partindo das conjecturas intelectivas de Hoffmann (2016), as provas periciais, realizadas no local da infração penal, em sua grande quantidade, são realizadas na fase pré-processual, no curso da investigação policial, através do inquérito policial, sendo elas submetidas ao contraditório no curso da ação penal. Lembrando que, a fase pré-processual, a fase da investigação preliminar tem sido permeada de atos em que se assegura o contraditório que, embora de maneira mitigada, tem sido presente.

Conforme a determinação do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no RHC 36.109/SP, de relatoria do Ministro Jorge Mussi, ficou decidido que, ainda que tenha sido desencadeada a ação penal, é possível que se continuem as diligências do Delegado de Polícia, pois se surgirem novos elementos informativos estes podem ser juntados posteriormente ao processo em curso. Segundo o Ministro "o simples fato de haver deflagração de processo penal não altera em nada a natureza das provas angariadas pela autoridade policial." (CONJUR, 2015)

Esse entendimento, entretanto, corrobora o nosso contexto de que o inquérito policial é sim indispensável na propositura da ação penal, até porque, no nosso sistema atual, são duas as fases da persecução, sendo uma a fase do inquérito policial, e outra a fase da ação penal, onde a segunda fase só poderá ter início se, de justa causa estiver embasada, conforme diz o artigo 395 do CPP, e essa justa causa é adquirida na fase pré-processual, a fase do inquérito policial, onde ele irá buscar os elementos informativos para uma futura ação penal ou até mesmo o arquivamento do inquérito policial.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Portanto, o processo penal, como um caminho próprio do procedimento, abarca também o inquérito policial juntamente com os seus elementos informativos para uma futura propositura de ação penal ou para o arquivamento do inquérito policial. Desse modo, a indispensabilidade do inquérito policial é notória em todo esse arcabouço que se faz por meio do exercício da ação penal.

3.CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os alicerces de existência da inquirição preliminar ou inquérito policial, anteriormente mencionados, estão em acordo com os direitos fundamentais assegurados pela constituição federal de 1988 (norma superior que rege o ordenamento jurídico brasileiro). Sendo assim, não nos parece sensato dar-lhe a roupagem a ele de caráter dispensável baseado em resquícios de um estado outrora autoritário, tendo em vista, inclusive e principalmente, as implicações técnicas dessa decisão para investigados e vítimas. Não, não é, pois o inquérito policial é pautado como garantidor dos direitos fundamentais para com o cidadão, o que busca a verdade real dos fatos e que pode até resguardar o cidadão de uma ação penal infundada.

Medidas adotadas com a finalidade de revestir a investigação preliminar de atributos que a tornem reflexo de um estado Democrático de Direito são muito mais pertinentes. Como exemplo disso, pode-se citar a determinação de assegurar o devido processo legal, garantindo plenamente a ampla defesa e o contraditório, mesmo que sendo um contraditório diferido, a fim de oportunizar os investigados e vítimas de terem acesso a todos os meios necessários, que já documentados, a fim de despontar a sua inocência, assim como de contestar aquilo que lhe é atribuído, com o objetivo de evitar uma ação penal infundada, temerária e até dispensável.

Se faz necessário fazer com que, o defensor das partes, participe, obrigatoriamente, na investigação preliminar, ajudando assim a revestir esse procedimento de validade, o que pode vir a auxiliar a decisão judicial superveniente na busca da verdade real e investir os atos processuais de segurança jurídica.

Em suma, mais não menos importante, este artigo aponta para a questão da indispensabilidade do inquérito policial (do art. 39, §5º, CPP), a importância da polícia judiciária como função primordial à justiça (do art. 144, Constituição Federal), juntamente com aquelas já previstas na Constituição Federal (do art. 127 ao 133, Constituição Federal). O citado órgão é responsável pela apuração das infrações penais, com exceção das militares, por expressa previsão constitucional e infralegal também. Tal apuração, através do inquérito policial, é a responsável por auxiliar praticamente todos os atos judiciais supervenientes, que culminam no exercício da competência, ou seja, no cargo de dizer o direito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Destarte, torna-se evidente a relevância do inquérito policial e, consequentemente, a precisão do seu uso nas ações penais e a necessidade da integração da polícia judiciária à persecução penal, tornando-o essencial à função jurisdicional do Estado, absolutamente contrário à ideia propugnada pela doutrina, já superada, que trata da questão da dispensabilidade deste essencial procedimento de apuração e reunião, de onde se inicia a formação de culpa em seu caminho até que seja dada a prestação jurisdicional ao caso penal.

REFERÊNCIAS

ANSELMO, Márcio Adriano**. Inquérito policial é o mais importante instrumento de obtenção de prova**. Conjur. Ago. 2015.

BEZERRA, Clayton da Silva; AGNOLETTO, Giovani Celso. **Inquérito policial**. 2015.

Código de Processo Penal. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.

FONTES, Eduardo; HOFFMANN, Henrique (Org.). **Criminologia**. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

Lei 12.830/2013.

LOPES Jr., Aury**. Investigação preliminar no processo penal**. 6ª ed. 2014.

HOFFMANN, Henrique. **Investigação criminal pela polícia judiciária**. 2016

HOFFMANN, Henrique. **Temas avançados de polícia judiciária**. 2020.

HOFFMANN, Henrique. **Polícia judiciária no estado de direito**. 2017.

NETO, Francisco Sannini**. Inquérito policial**. 2014.

SANCHES, Rogério Cunha. **Código de processo penal**. 3ª ed. 2019.

SILVA, Márcio Alberto Gomes. **Inquérito policial.** 5ª ed. 2020

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

CRIMES CIBERNÉTICOS: EXPOSIÇÃO ÍNTIMA SEM O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA NA INTERNET

SARA DE OLIVEIRA DUARTE:
Acadêmico de direito no Centro Universitário Luterano de Manaus.

RUBENS ALVES[1]

(orientador)

RESUMO Este artigo tem como objetivo elucidar acerca da Lei 12.737/12 popularmente conhecida como lei Carolina Dieckmann, por todo o engajamento que a atriz teve neste processo. Dispondo sobre a tipificação criminal de delitos informáticos, ressaltando que neste sentido e de suma importância compreender que o crime virtual e toda ação que utiliza como ferramenta um computador ou ainda um dispositivo móvel, tablet celular ou até mesmo uma rede de computadores como ferramenta para pratica de crimes, existindo várias disposições quanto ao seu conceito, no qual causava praticas indesejadas tanto no ambiente virtual quanto no físico relacionado a proteção de dados ou até mesmo informações em especial pessoais. Neste caso se trata de uma ideia geral em que vários doutrinadores apresentam em seus livros como uma das principais versões para crimes cibernéticos. Assim, podendo ressaltar que os tribunais brasileiros de um modo geral adotam como um conceito para este tipo penal todo ato ilícito antijurídico culpável, em que e cometido via internet. Até este caso não havia uma lei especifica para os crimes de informática, todos os crimes que eram realizados desse modo acabavam por cair para outros tipos penais.

Palavras-chave: Lei Carolina Dieckmann, Crimes Virtuais.

ABSTRACT: This article aims to elucidate about the law 12.737/12 popularly known as the Carolina Dieckmann law, for all the engagement that the actress had in this process. Providing on the criminal classification of computer crimes, noting that in this sense is of Paramount importance to understand that the virtual crime and any action that uses as a tool a computer or a mobile device, tablet or even a computer network as a tool to practice crimes, there are several provisions on its concept, such as: In which caused unwanted practices both in the virtual and physical environment related to data protection or even information in particular personal. In this case it is a general idea in which several scholars present in their books as one of the main versions for cybercrimes. Thus, it may be noted that the Brazilian courts in general adopt as a concept for this type of criminal every culpable illegal act, in which is committed via the Internet. Until this case there was no specific law for computer

crimes, all crimes that were carried out in this way ended up falling to other criminal types.

Keywords: Cyber Crimes; Carolina Dieckmann Law.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Tema. 2. Delimitação do tema. 3. Formulação do problema. 4. Justificativa. 5. Objetivos. 5.1. Objetivo Geral. 5.2. Objetivos Específicos. 6. Referencial Teórico. 6.1. Crimes Cibernéticos. 6.2. Lei "Carolina Dieckmann" 12.737/2012 e a pornografia de vingança. 6.3. O Marco Civil da Internet – Análise dos pontos relevantes da Lei 12.965/2014. 6.4 Violência contra a mulher no contexto virtual. 7. Metodologia. Referências.

INTRODUÇÃO

Junto com a evolução da internet criou-se uma falsa ideia de que os crimes cometidos nela irão ficar impunes que é algo já sustentando em nossa cultura, além dos crimes "físicos", junto com essa evolução, surgiram os crimes virtuais, que por vezes podem ocorrer até sem que o criminoso conheça a vítima. Há muitas facilidades para os criminosos invadirem, por exemplo, o celular da vítima e divulgarem fotos íntimas sem o consentimento, pois, é natural que se manifestem novos fenômenos sociais e novas formas de violações a direitos já existentes.

Além disso, as mídias sociais se tornaram essenciais na vida das pessoas e assim surgiram diversos avanços que possibilitaram as pessoas se comunicarem uma com as outras apenas por um clique tornando as relações ainda mais próximas umas das outras, entretanto surgiu a problemática dos crimes cibernéticos, exposição e compartilhamento de conteúdo sem o consentimento da vítima.

Por conseguinte, muitas das vezes a internet é vista como uma terra que não há leis para que sejam punidos os que cometem crimes virtuais, porém isso vem mudando com o passar dos tempos, pois surgiram novas leis para punir quem comete este tipo de crime. Um exemplo disso foi a criação da lei 12.737/2012 mais conhecida como lei Carolina Dieckmann após hackers invadirem o e-mail da atriz e terem acesso as fotos intimas dela e compartilharem nas mídias sociais com apenas um clique.

Ante desse cenário, o presente trabalho pretende, a partir da compreensão da complexidade dos crimes de violação cibernético contra a vítima que têm expostas muita das vezes fotos e vídeos compartilhados nas redes. Foi escolhido este tema da pesquisa que mostrará como acontece a exposição da vítima na internet e a forma como é cometido esse tipo de crime virtual.

Dessa maneira, para a realização deste estudo serão realizadas pesquisas bibliográficas por meio de artigos e periódicos sobre conceitos e teorias relacionadas a jurisprudencial acerca do tema proposto por meio de pesquisa qualitativa.

1 TEMA

Crimes sexuais cibernéticos contra a dignidade sexual feminina.

2 DELIMITAÇÃO DO TEMA

Crimes cibernéticos: exposição íntima sem o consentimento da vítima na internet.

3 FORMULAÇÃO DO PROBLEMA

Quais os principais motivos para que aconteça os crimes cibernéticos e exposição íntima da vítima na internet?

4 JUSTIFICATIVA

Com toda evolução da internet e dos meios tecnológicos de comunicação que se tornam a cada dia mais atrativos nos quais permitem as pessoas se comunicarem uma com as outras em apenas um clique e compartilhar imagens, fotos, vídeos e áudios, tudo isso usando a tecnologia que possibilitou também a troca de conteúdo íntimo através da rede.

Entretanto com toda essa evolução surgiram problemas, como por exemplo, invasão do celular da vítima e exposição desse conteúdo nas redes sociais e com isso criou-se uma falsa ideia de impunidade e que a internet é uma "terra sem lei", quando não é. Um exemplo a ser citado de exposição íntima foram as fotos da atriz Carolina Dieckmann no ano de 2012 sem o consentimento da mesma. As fotos foram divulgadas após os suspeitos terem roubados as fotos do computador da mesma após hackers invadirem o e-mail e roubarem as fotos.

Além disso, uma vez que a violência virtual é complexa, pelo fato de não se encerrar no espaço cibernético, pois permite que essas informações possam chegar a milhares de usuários por meio de apenas um clique, pois a internet passa por fronteiras e continentes do mundo e assim se torna reiterada a agressão publicada.

Além dos crimes físicos surgiram também com essa constante globalização os crimes virtuais que na maioria das vezes deixam as vítimas sem saída, pois esses crimes acontecem até mesmo sem que o criminoso conheça a vítima como foi citado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

no texto acima, configurando-se assim dentre esses crimes virtuais um crime contra a dignidade sexual.

As vítimas que possuem fotos divulgas nas mídias sociais após invasão dos meios tecnológicos estão aparadas pela Lei Federal 12.737/2012 sobre os crimes cibernéticos que também podem ser conhecidos como crimes virtuais, além disso a lei é mais conhecida como lei Carolina Dieckmann.

Ademais, a violência contra a mulher não é de agora, depois dos avanços que surgiram das mídias digitais isso foi se propagando ainda mais, visto que para muitos a internet parece não ter lei. Apresenta-se no art. 5 inciso X sobre o direito à privacidade "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito a [sic] indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação", são direitos descritos na carta de 1988 da Constituição.

É possível ressaltar também as contribuições advindas dos avanços tecnológicos, e seus avanços para a sociedade, contudo advinda deste avanço há outro problema a ser destacado a interferência na vida pessoal e na intimidade de cidadãos. Além disso, as relações virtuais também fazem parte da cultura atual, pois muitos encontram-se a todo momento conectados, (PEREIRA, 2015) menciona que a inclusão digital, que na maioria das vezes é gerada pelos perfis em redes sociais, e que cada vez mais estimula a interação de pessoas, perpetua uma difícil tarefa de separar os espaços públicos e privados. Algumas vezes é difícil fazer com o que a população saiba separar o espaço virtual, fazendo com que um clique possa mudar tudo, inclusive sua privacidade.

Partindo disso, este trabalho irá mostrar como os crimes virtuais são cometidos, as leis que foram criadas para que tais crimes não fiquem impunes, os riscos que podem ocorrer a partir das relações com as redes sociais que podem levar a exposição íntima. Deste modo, corroborando com (Mota, 2015): "A presença de temas como sexo, violência e tecnologias tem levado o meio acadêmico a refletir sobre tais fenômenos. Por se tratarem de problemas inerentes a diversas sociedades, especialistas de muitas áreas têm se dedicado aos estudos destes assuntos. Em especial as Ciências Humanas e Sociais têm se repensado conceitos e métodos para interpretar os aspectos que compõem as percepções de sexualidade e de violência nas sociedades nos mais diversificados períodos históricos" (Mota, 2015, p. 1).

5 OBJETIVOS

5.1 Objetivo Geral

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Analisar a pertinência e a relevância de um aparato legal específico que promova a punição mais eficaz das ações que atentem contra a privacidade, a honra, a imagem e a intimidade da mulher no contexto virtual.

5.2 Objetivos Específicos

- Expor a relação entre a internet e os crimes virtuais;
- Mostrar o papel da mídia na política criminal, e analisar a Lei 12.737/2012;
- Analisar como o Estado brasileiro, que tem o dever de proteger as vítimas de violência virtual;
- Mostrar o desenvolvimento da internet.

6 REFERENCIAL TEÓRICO

6.1 Crimes Cibernéticos

A evolução tecnológica está a todo vapor e todos os dias surgem novas ferramentas à disposição dos usuários para se conectarem uns com os outros, entretanto apesar desta constante evolução surgiram problemas e crimes virtuais, pois muitos criminosos utilizam desta ferramenta de fácil acesso para cometer delitos.

De acordo com Augusto Eduardo de Souza Rossini, o conceito de "delito informático" poderia ser talhado como aquela conduta típica e ilícita, constitutiva de crime ou contravenção, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, praticada por pessoa física ou jurídica, com o uso da informática em ambiente de rede ou fora dele, e que ofenda, direta ou indiretamente, a segurança informática, que tem por elementos a integridade, a disponibilidade a confidencialidade (BRASIL, 2012, F).

Dessa maneira, é possível entender que o conceito de crime cibernético é também qualquer violação de um sistema informático sem qualquer tipo de consentimento para que seja usado tendo como principal objetivo a subtração dos dados da vítima.

Além disso, ao contrário do que muitos imaginam os crimes virtuais não são tão atuais, entretanto passaram a ter mais atenção com o passar do tempo, além disso com o ordenamento jurídico brasileiro passou grandes mudanças em relação aos crimes cibernéticos, assim é possível destacar o novo Marco Civil da Internet

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

(MCI), que foi sancionada em abril de 2014 através da lei nº12.965/2014 seu avanço é bastante significativo.

Pode-se afirmar que "apesar do conceito de ciberespaço não abranger um corpo físico ou espaço geográfico, ele representa uma construção social, feita à imagem e semelhança do mundo físico". EMAG (online, 2017).

Por conseguinte, é possível citar como principais exemplos de crimes cibernéticos impuros, temos os contra honra, condutas que envolvam o armazenamento de fotos de pornografia infantil, estupro virtual, e *reveng porn*. Todos esses crimes estão relacionados com as mídias sociais que são cometidos por meio de tablets, aparelho celular, computadores ou algum dispositivo conectado à internet.

Dessa forma, o que contribui para que estes crimes virtuais é o fácil acesso a fotos, às vezes até mesmo a vítima compartilha fotos íntimas sem ter a noção que pode ser usada contra ela depois isso acaba atingindo de forma negativa a vida da pessoa que sofre este tipo de crime.

6.2 Lei "Carolina Dieckmann" 12.737/2012 e a pornografia de vingança

Esta lei na qual recebeu o nome da atriz, após a grande repercussão que foi gerada após a invasão e divulgação de fotos íntimas dela serem expostas nas redes sociais, sendo assim a criação da norma trouxe um ordenamento jurídico e criminal de invasão de dispositivo de informática. Com esse novo tipo penal, que se encontra no artigo 154-A do Código Penal, dispõe o seguinte, invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita.

Ademais, outro fato que merece destaque é a violação da intimidade de muitas mulheres no qual informações, fotos e vídeos são divulgados com intuito de vingança o conhecido *Revenge Porn*, que se trata de um termo estrangeiro na qual tradução é Pornô de Vingança, no Brasil, é usado para se referir a conteúdos de cunho pornográficos adquiridos de maneira consensual, ou seja, mediante vontade da vítima.

Neste sentido, Consultório Jurídico (2019) traz que "a conduta consiste em se utilizar de imagens ou vídeos, previamente e voluntariamente angariados no decorrer de um relacionamento afetivo, para revidar algo desconfortável que sucedeu a relação".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Além disso, há relações nos meios midiáticos sobre isso o autor (Pereira 2015) destaca que o ambiente virtual por se caracterizar como democrático, liberatório e instantâneo é local de inserção de vários tipos sociais. É nesse momento que se imagina a socialização da comunidade, porém devido à grande diversidade e difícil controle acaba por disseminar informações não adequadas a todo tipo de público" (Pereira, 2015, p. 6).

Por conseguinte, por meio desses recursos midiáticos pode ocorrer ameaça de divulgação de conteúdo íntimo da vítima com intuito de obter algum tipo de vantagem, ademais a internet pode ocorrer polarização dos conteúdos. Vale salientar que há uma diferença no crime de *revenge porn,* pois neste caso não ocorre a invasão de algum dispositivo tecnológico, mas sim recebimento de imagens e muita das vezes vídeos que a vítima compartilhou com alguém que ela tinha confiança e quando o autor (a) lança o conteúdo nos meios midiáticos o fato é movido por uma vingança quando muita das vezes não se conformou com o fim do relacionamento.

Dessa maneira, o autor Burégio (2015), define pornografia de vingança como: "Inicialmente, faz-se imperioso explicar o que significa o termo "Pornografia da Vingança": O termo consiste em divulgar em sites e redes sociais fotos e vídeos com cenas de intimidade, nudez, sexo à dois ou grupal, sensualidade, orgias ou coisas similares, que, por assim circularem, findam por, inevitavelmente, colocar a pessoa escolhida a sentir-se em situação vexatória e constrangedora diante da sociedade, vez que tais imagens foram utilizadas com um único propósito, e este era promover de forma sagaz e maliciosa a quão terrível e temível vingança."(BURÉGIO, FÁTIMA, 2015).

Essa prática citada assim vem crescendo expressivamente e isso está atrelado ao crescimento e desenvolvimento das tecnologias, apesar das tecnologias trazerem benefícios trazem com elas também os malefícios.

6.3 O Marco Civil da Internet – Análise dos pontos relevantes da Lei 12.965/2014

A internet surgiu e com ela permite a troca de informações a todo instante, dessa forma este meio de comunicação permite cada vez as pessoas serem próximas umas das outras, permite a liberdade de expressão, entretanto há também alguns problemas que muitas das vezes há dificuldades para apuração.

Os crimes cometidos na internet tais como: fralde, estelionato virtual, racismo, xenofobia e misoginia são alguns dos exemplos de crimes que podem e são praticados nela.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Sendo assim será discutido o marco que a lei Lei 12.965/14 e sua aplicabilidade tal legislação entrou em vigor no ano de 2014. A baixo será mostrado o que garante a lei.

> Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:
>
> I - Garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal;
>
> II - Proteção da privacidade;
>
> III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei (BRASIL, 2012, F).

É possível perceber a partir do que a lei da garantia da liberdade expressão, privacidade e proteção em relação aos dados pessoais, entretanto apesar de ter este amparo legal ainda há muitos crimes que são cometidos e a lei nem sempre é cumprida da forma como deveria ser.

Por conseguinte, Leonardi (2012), confirma o que foi citado em relação a proteção dos dados pessoais e cadastrais do usuário.

Os dados cadastrais e de conexão do usuário não se confundem com o conteúdo das comunicações eletrônicas realizadas por ele. O sigilo dos dados cadastrais e de conexão é protegido pelo direito à privacidade, que não prevalece em face de ato ilícito cometido, pois, do contrário, permitir-se-ia que o infrator permanecesse no anonimato (Leonardi, p. 35, 2012)

A Lei estabelece que no Artigo 22 que quando há algum tipo de crime ilícito cometido pelo usuário poderá ocorrer a quebra do sigilo dos dados pessoais

I - Fundados indícios da ocorrência do ilícito;

II - Justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e

III - período ao qual se referem os registros (BRASIL, 2012, F).

Sendo assim, a partir do que foi citado acima poderá ocorrer a quebra do sigilo de acordo com a lei se houver indícios do que foi citado anteriormente. Ainda

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

assim podemos citar que mesmo com a referida lei que é um marco civil em relação a internet que pode ajudar no que concerne aos crimes virtuais.

6.4 Violência contra a mulher no contexto virtual

É sabido que os casos de violência contra a mulher no meio virtual é crime, por exemplo, disseminação de imagens que atentem contra a honra, mas apesar de haver a lei ainda há lacunas, por exemplo na referida lei 12.737/2012, Código Penal, art. 154-A quanto a proteção da pessoa, conforme o relatório de violência contra a mulher: Não há no Brasil uma legislação específica para enquadramento de casos de ataques coordenados na Internet - aplica-se a legislação relativa aos atos individuais praticados. Quando essas condutas têm a ver com crimes contra minorias raciais-étnicas ou comunidades religiosas, é aplicada a legislação antirracista (ver ofensa/incitação ao ódio ou crime, acima). Ficam de fora crimes relacionados à discriminação ou violência com base em gênero e sexualidades. (CODING RIGHTS, p. 38, 2017)

Fica evidente que são necessárias leis mais brandas para que sejam punidas as pessoas que cometem esse tipo de crime nas mídias digitais, além disso é possível evidencia outro problema que são os crimes virtuais que atentam contra a honra e a dignidade da mulher que na maioria dos casos sofre com exposição, e ataques cometidos nas redes sociais.

7 METODOLOGIA

O presente estudo trata-se de uma pesquisa qualitativa, de acordo com Oliveira (2013), a pesquisa qualitativa pode ser considerada um processo de reflexão e análise da realidade, utilizando métodos e técnicas para compreensão detalhada do objeto de estudo no seu contexto histórico e/ou segundo sua estruturação.

Além disso, foi utilizado a pesquisa é exploratória, segundo Gil (2008) visa a proporcionar maior familiaridade com o problema, com o intuito de torná-lo mais explícito ou de construir hipóteses. Marconi e Lakatos (2005) corroboram esta ideia ao afirmarem que "a pesquisa exploratória, consiste na investigação de pesquisa empírica, cujo objetivo é formulação de questões ou de um problema."

Sendo assim, este artigo trata-se de uma pesquisa pura, na qual se observa a aquisição do conhecimento de forma teórica (CORDEIRO, 2012) e exploratória, proporcionando conhecimento sobre assunto, visto sob nova perspectiva (CASARIN, 2012).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Por conseguinte, foi realizado pesquisas bibliográficas que, de acordo com Gil (2008), a pesquisa bibliográfica é elaborada a partir de material já publicado, afim de buscar conceitos e teorias relacionadas a jurisprudencial.

Também será utilizado Normas vigentes com o intuito de embasar e dar veracidade ao texto. Como método de abordagem do conhecimento científico indutivo através de diversas leituras, pois conforme Demo (2002), "pode se dizer que a maneira mais simples de aprender a aprender é não imitar".

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil**. Brasília. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm.

_____. Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012. **Dispõe Sobre A Tipificação Criminal de Delitos Informáticos; Altera O Decreto-lei no 2.848, de 7 de Dezembro de 1940 - Código Penal; e Dá Outras Providências**.. Brasília, Disponível em: . Acesso em: 30 abr. 2020, F.

CONSULTORIO JURÍDICO. **Uma análise sobre o revenge porn e a eficácia dos mecanismos jurídicos de repressão**. 2019. Disponível em: . Acesso em: 24 abr. 2020.

CODING RIGHTS; INTERNETLAB. **Violências contra mulher na internet: diagnóstico, soluções e desafios**. Contribuição conjunta do Brasil para a relatora especial da ONU sobre violência contra a mulher. São Paulo, 2017.

EMAG, Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3° região, **Investigação e provas nos crimes cibernéticos**. 2017. Disponível em: http://www.trf3.jus.br/documentos/emag/Midiasepubucacoes/Cadernosdeestudosc ri mesciberneticos/cadernodeestudosn1crimesciberneticos.pdf/> Acesso em: 24 de abr. 2020.

GIL, Antonio Carlos**. Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas 2006.

SILVEIRA, Artur Barbosa da. **Os crimes cibernéticos e a Lei nº 12.737/2012 ("Lei Carolina Dieckmann")**. 2015. Disponível em:https://jus.com.br/artigos/35796/oscrimes-ciberneticos-e-a-lei-n-12-737-2012-lei-carolina-dieckmann Acesso em 23.abr.2020

ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. **Informática, Telemática e Direito Penal**. São Paulo, Memória Jurídica, 2004. Pg.110.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARCONI, M. A.; LAKATOS, E. M. **Fundamentos de metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 2005.

MOTA, Bruna Germana Nunes. **Pornografia de vingança em redes sociais: perspectiva de jovens vitimadas e as práticas educativas digitais**. Dissertação de Mestrado Acadêmico em Educação Brasileira. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará – UFC, 2015.

PEREIRA, Marília do Nascimento. As superexposições de criança e adolescentes nas redes sociais: necessária cautela no uso das novas tecnologias para a formação de identidade. **Anais do 3º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade**. Santa Maria - RS: Universidade Federal de Santa Maria – UFSM, 2015.

NOTAS:

[1] Bacharel em Direito, advogado, especialista em processo civil judiciário, especialista em docência e gestão do ensino superior, autor de livros, mestre em Direito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

VIOLÊNCIA DE GÊNERO: UMA ANÁLISE SOBRE A PORNOGRAFIA DE VINGANÇA E SUAS IMPLICAÇÕES CRIMINAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

VALÉRIA NEIVA BATISTA: Acadêmica do 10° período de Direito no Centro Universitário São Lucas - Ji-Paraná - RO.

RESUMO: Tendo em vista o preocupante aumento da prática de divulgação de imagens íntimas de mulheres por ex-parceiros inconformados com o fim do relacionamento, esta pesquisa abordará sobre a pornografia de vingança enquanto violência de gênero e suas implicações criminais no ordenamento jurídico brasileiro, a fim verificar se este possui normas com eficácia para desestimular e punir essa conduta. Para tanto, buscou-se compreender a pornografia de vingança perante a violência de gênero, identificar quais as consequências criminais para quem a pratica e verificar se tais sanções penais são suficientes para preveni-la e puni-la. Assim, para o desenvolvimento deste artigo, utilizou-se de pesquisa básica bibliográfica e documental, tais como o Código Penal, doutrinas, periódicos, jurisprudências e outras legislações específicas, com finalidade interpretativa voltada ao exame reflexivo e analítico do tema proposto. Diante disso, verificou-se que a pornografia de vingança, como forma de violência de gênero fruto da cultura machista e patriarcal fortemente presente na sociedade, tem sido utilizada como mecanismo de controle do corpo da mulher e de repressão de sua sexualidade. Constatou-se, também, que a tutela penal, por si só, não é suficiente para solução do problema abordado.

Palavras-chave: Violência. Mulheres. Exposição. Intimidade. Criminalização.

ABSTRACT: Considering the worrying increase of divulging intimate images of women by ex-partners who are unsatisfied with the end of the relationship, it was researched about the revenge pornography as gender violence and its criminal implications in the Brazilian juridical order, with the goal to verify if there are norms with efficiency to discourage and punish this conduct. To do so, it was pursued the comprehension of revenge pornography in front of gender violence, the identification of the criminal consequences to those who practice it and verifying if such criminal sanctions are enough to prevent it and punish it. It was accomplished a basic bibliographic and documental research, with an interpretative goal oriented to the reflexive and analytic exam of the present norms in the Brazilian juridical order. In this research, texts from the Criminal Code, doctrines, periodicals, jurisprudence and specific legislation were explored. Therefore, it was concluded that revenge pornography, as a form of gender violence and being a result of the sexist and

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

patriarchal culture strongly present in the society, has been used has a control mechanism of the woman's body and of repression of her sexuality which imposes an acknowledgement that the criminal tutelage by its own is not enough to the solution of the problem discussed.

Keywords: Violence. Women. Exposure. Intimacy. Criminalization.

Sumário: 1. Introdução. 2. Espaço Cibernético. 3. Tipos de Violências no Espaço Cibernético. 3.1. Cyberbulling. 3.2 Cyberstalking. 3.3. Sextorsão. 3.4. Revenge Porn. 4. Violência de Gênero. 5. Pornografia de Vingança. 6. Lei 13.718/18: Uma Inovação Legislativa de Proteção as Mulheres. 7. Considerações finais. 8. Referências.

1 INTRODUÇÃO

"Sofri um assassinato moral e psicológico, perdi tudo." Esse desabafo é da jornalista Rose Leonel que, em 2006, teve milhares de fotos íntimas suas publicadas por seu ex-namorado inconformado com o fim do relacionamento (GARCIA, 2014).

Rose Leonel, foi vítima de "pornografia de vingança", fenômeno complexo que consiste no ato de expor uma pessoa em cenas íntimas, sem o seu consentimento, primordialmente nos sítios eletrônicos através da divulgação de fotos e/ou vídeos na internet, geralmente, após o término de um relacionamento amoroso como meio de se vingar do ex-parceiro (BUZZI, 2015).

Este comportamento é considerado criminoso pelo ordenamento jurídico brasileiro, mas, a pratica desse ato tem se tornando cada vez mais comum em virtude do progresso tecnológico, do avanço e acessibilidade dos meios de comunicação e do surgimento de novas formas das pessoas se relacionarem, principalmente virtualmente.

Cabe ressaltar que, apesar deste tipo de crime poder ocorrer com pessoas de ambos os sexos, a maior parte das vítimas são mulheres, fato que pode ser visto como reflexo de uma questão social maior: a violência de gênero.

É manifesto que há na sociedade uma cultura de violência contra a mulher, seja física, sexual, moral ou psicológica, legitimada historicamente pelo patriarcado, em que a mulher, desde sempre, foi tida como um objeto, cujo patriarca da família poderia dispô-la para satisfazer suas vontades.

Devido a essa realidade, ainda vivenciada por muitas mulheres, as vítimas do gênero feminino da 'pornografia de vingança' são, quase sempre, julgadas, hostilizadas e rotuladas. No entanto, o mesmo não ocorre quando a vítima é um

homem, cujas consequências para sua vida são mínimas se comparadas com os reflexos sociais suportados pelo gênero oposto.

Nesse sentido, diante do assombroso aumento e até da naturalização da prática dessa modalidade de violência de gênero, verifica-se a necessidade de se estudar e analisar com mais afinco a 'pornografia de vingança' e suas implicações criminais no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de responder ao seguinte questionamento: o ordenamento jurídico pátrio possui normas com eficácia para desestimular e punir a prática da 'Pornografia de Vingança'?

Desta forma, pretende-se com a presente pesquisa compreender a 'pornografia de vingança' perante a violência de gênero, identificando as reais consequências criminais para quem as praticam, e, por fim, verificando se as sanções penais aplicadas são suficientes para punir e prevenir tais condutas.

Assim, para o desenvolvimento deste artigo, far-se-á o uso de pesquisas bibliográficas e documentais sobre o tema proposto, tais como o Código Penal, doutrinas, artigos científicos, jurisprudências e outras legislações correlatas a 'pornografia de gênero', com finalidade interpretativa voltada ao exame reflexivo e analítico de normas vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Dessarte, em um primeiro momento, será abordado alguns breves conceitos sobre o espaço cibernético, já que este tem sido o principal meio de divulgação de material íntimo com intuito de vingança devido ao seu grande potencial de alcance. Em seguida, será explanado algumas outras formas de violência fortemente presentes no meio cibernético, sendo a maioria das vítimas pertencentes ao gênero feminino.

Em um terceiro momento, analisar-se-á a violência de gênero, ocasião em que será tratado alguns conceitos sobre gênero, patriarcado, violência contra mulheres de modo geral e no âmbito doméstico e familiar com enfoque na Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), expondo-se, ao final, conceitos sobre 'pornografia de vingança'.

Por fim, pretende-se realizar a análise da Lei n. 13.718/2018, recente alteração legislativa que tratou da criminalização da 'pornografia de vingança' ao acrescentar o art. 218-C no Código Penal para tipificar o crime de divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia. Contudo, tal inovação legislativa, apesar de ser considerada um avanço para o enfretamento deste tipo de crime, ainda não se mostra suficiente para refrear a sua prática.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

2 ESPAÇO CIBERNÉTICO

A disseminação não consensual de imagens íntimas e a 'pornografia de vingança' é um fenômeno atual que está intimamente relacionado com a internet. Assim, para uma melhor análise do tema, faz-se necessário abordar alguns conceitos sobre internet e ciberespaço.

Segundo Pinheiro (2016, p. 63) "a internet consiste na interligação de milhares de dispositivos do mundo inteiro, interconectados mediante protocolos (IP, abreviação de *Internet Protocol*)".

> Essa interligação é possível porque utiliza um mesmo padrão de transmissão de dados. A ligação é feita por meio de linhas telefônicas, fibra óptica, satélite, ondas de rádio ou infravermelho. A conexão do computador com a rede pode ser direta ou através de outro computador, conhecido como servidor. Este servidor pode ser próprio ou, no caso dos provedores de acesso, de terceiros.

Criada para fins militares, a internet teve sua origem em meados dos anos 60, fruto da fusão da estratégia militar com a cooperação cientifica e a iniciativa tecnológica, proporcionada pelo trabalho realizado pela Agência de Projetos de Pesquisa Avançada do Departamento de Defesa norte-americano. Isso porque o Estado americano, em meio a Guerra Fria e após presenciar o marco histórico do lançamento do primeiro satélite ao espaço, o Sputnik 1 pela extinta URSS (União das Republicas Socialistas Soviéticas), viu-se compelida a dar uma resposta à altura, empreendendo ainda mais esforços no aprimoramento tecnológico do país (CASTELLS, 1999).

Diante disso, surgiu o projeto da ARPANET, o qual tinha como escopo criar um sistema de comunicação independente do centro de controle e de comando, baseado em tecnologia de comunicação por trocas de pacotes, e que fosse invulnerável a ataques inimigos, caso houvesse uma guerra nuclear. Este sistema entrou em funcionamento e 1º de setembro de 1969 com a participação de militares e cientistas, expandindo-se gradualmente.

Já na década de 80, o sistema foi dividido em algumas vertentes: a ARPANET, voltada para fins científicos, a MILNET, direcionada para aplicações militares, e a BITNET, rede para acadêmicos não-científicos que era utilizada pelas universidades americanas para troca de informações entre pesquisadores e acadêmicos. Foi nessa época que a rede que ligava todas essas redes, a "rede das redes", passou a se chamar 'INTERNET' (CASTELLS, 1999).

Corroborando com o exposto, segundo Lévy (1999, p. 32),

> No final dos anos 80 e início dos anos 90, um novo movimento sociocultural originado pelos jovens profissionais das grandes metrópoles e dos câmpus americanos tomou rapidamente uma dimensão mundial. Sem que nenhuma instância dirigisse esse processo, as diferentes redes de computadores que se formaram desde o final dos anos 70 se juntaram umas às outras enquanto o número de pessoas e de computadores conectados à interrede começou a crescer de forma exponencial. Como no caso da invenção do computador pessoal, uma corrente cultural espontânea e imprevisível impôs um novo curso ao desenvolvimento tecno econômico.

Diante desse cenário, em 1990, Tim Bernes-Lee, desenvolveu a World Wide Web (WWW), traduzida como Rede Mundial de Computadores, fato considerado um grande avanço tecnológico, pois permitiu a difusão da internet para sociedade em geral. De forma geral, a "WWW" tinha o objetivo de reunir e organizar os dados dispersos e incompatíveis presentes na internet de forma a oferecer aos usuários um sistema fácil de pesquisa. A World Wide Web nasceu como o espaço multimídia da internet, seus documentos podiam estar na forma de vídeos, sons, textos e figuras, graças ao protocolo de transferência de hipertexto: o HTML (Linguagem de Marcação de Hipertexto) (CASTELLS, 1999).

Ainda no mesmo ano, a internet dava um de seus grandes saltos tecnológicos. Nessa época, a ARPANET foi extinta e, em 1995, devido a fortes pressões comercias, a internet foi privatizada, fazendo com que em 1999 já não existisse nenhuma autoridade absoluta sobre o novo meio de comunicação.

Com o surgimento do primeiro navegador (browser), o Netscape Navigator, a internet tornou-se, definitivamente, conhecida e utilizada globalmente, passando a assumir incontáveis finalidades, fato que proporcionou e impulsionou ainda mais seu crescimento e o surgimento de novas tecnologias (RODRIGUES, 2017).

Nesse diapasão, a sociedade começou a aderir às novas tecnologias de informação e de comunicação de tal forma que se começou a falar em espaço virtual, um "novo espaço de comunicação, de sociabilidade, de organização e de transação, mas também novo mercado da informação e do conhecimento" (Levy, 1999, p. 32) que funcionasse, em paralelo, com o "espaço físico".

Esse ambiente virtual passou a ser denominado de ciberespaço. Segundo Lévy (1999, p. 32), "as tecnologias digitais surgiram, então, como a infraestrutura do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ciberespaço." Cabe mencionar que o termo 'ciberespaço' foi utilizado pela primeira fez em 1984 pelo escritor norte-americano William Gibson em sua obra de ficção científica Neuromancer (LÉVY, 1999). Entretanto, somente com a popularização da internet que o uso deste vocábulo se disseminou.

Ainda conforme Lévy (1999. p. 92), o ciberespaço pode ser definido como um "espaço de comunicação aberto pela interconexão mundial dos computadores e das memórias dos computadores".

> O conjunto dos sistemas de comunicação eletrônicos (aí incluídos os conjuntos de redes hertzianas e telefônicas clássicas), na medida em que transmitem informações provenientes de fontes digitais ou destinadas à digitalização. Insisto na codificação digital, pois ela condiciona o caráter plástico, fluido, calculável com precisão e tratável em tempo real, hipertextual, interativo e, resumindo, virtual da informação que é, parece-me, a marca distintiva do ciberespaço. Esse novo meio tem a vocação de colocar em sinergia e interfacear todos os dispositivos de criação de informação, de gravação, de comunicação e de simulação. A perspectiva da digitalização geral das informações provavelmente tornará o ciberespaço o principal canal de comunicação e suporte de memória da humanidade a partir do início do próximo século (LÉVY, 1999, p. 92-93).

Nessa mesma linha, de acordo com Martino (2014, p. 29), "cada pessoa com acesso à internet faz parte do ciberespaço quando troca informações, compartilha dados, publica alguma informação, enfim, *usa* essa infraestrutura técnica."

Observa-se, pois, que as comunidades virtuais ganharam força, uma vez que indivíduos que compartilhavam das mesmas ideias e interesses passaram a ver no ciberespaço a possibilidade de se conectarem, mesmo a milhares de quilômetros de distância. Assim como aduz Martino (2014, p. 45-46),

> Embora a forma de ligação entre os indivíduos seja diferente, seres humanos transpõem para as comunidades virtuais seus desejos, vontades e aspirações, das mais sublimes às mais perversas. Suas características específicas — distâncias relativas, proximidades digitais, anonimato — podem criar um terreno fértil para o desenvolvimento das qualidades e problemas que já existem nos indivíduos e na sociedade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Desta forma, a sociedade tende a conduzir para o ciberespaço suas características pessoais mais marcantes, inclusive àquelas inerentes ao crime. Como consequência há o surgimento de novas práticas ilícitas e de uma nova modalidade de crime, o cibercrime.

Vale dizer que os crimes cometidos no ciberespaço, em sua maioria, já ocorriam no mundo real, tendo a internet apenas facilitado a pratica dos delitos, principalmente pela sensação de anonimato que os usuários da rede experimentam. Porém, alguns desses crimes, por sua natureza, estão intrinsicamente ligados ao meio digital. Em razão disso, segundo Canongia e Mandarino (2009, p. 24), "a preocupação tanto com os conteúdos quanto com o tipo de uso e a respectiva segurança da Rede crescem em igual medida aos desenvolvimentos tecnológicos e ao número de usuários, observados ao longo dos últimos ano."

Por fim, cabe mencionar que a sociedade da informação se encontra diante de um novo desafio: promover o equilíbrio entre a cultura do compartilhamento, da socialização, da transparência e da criação de conhecimento com as questões de proteção, segurança, confidencialidade e privacidade no ciberespaço (CANONGIA; MANDARINO, 2009).

3 TIPOS DE VIOLÊNCIAS NO ESPAÇO CIBERNÉTICO

As grandes transformações que a internet provocou e, ainda, tem provocado na sociedade contemporânea também tiveram seus reflexos nas concepções básicas sobre violência.

Na busca de uma definição para violência, Michaud (1989, p. 10-11) chegou à seguinte conclusão:

> Há violência quando, numa situação de interação, um ou vários atores agem de maneira direta ou indireta, maciça ou esparsa, causando danos a uma ou várias pessoas em graus variáveis, seja em sua integridade física, seja em sua integridade moral, em suas posses, ou em suas participações simbólicas e culturais.

Sendo isso, certas pessoas, impulsionados pela falsa sensação de anonimato e pela rapidez no compartilhamento de informações, encontraram no ciberespaço um território propício para propagarem novas formas de violência ou, ainda, um novo meio para prática de antigas modalidades de crimes. No próximo subtópico será abordado sobre alguns tipos de violências presentes no ciberespaço.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

3.1 CYBERBULLING

Segundo Wanzinack (2014), o *bullying* se caracteriza pela prática de ações repetitivas tais como o uso de força física ou outros meios de coerção psicológica, objetivando ameaçar, perseguir ou amedrontar determinado indivíduo. Geralmente, as vítimas deste tipo de violência são pessoas com peculiares características físicas, culturais, comportamentais, de gênero, dentre outras.

Embora seja prática comum nas escolas, entre jovens e adolescentes, o *cyberbulling* também ocorre em outros ambientes e faixa etária de pessoas. Tanto é que, atualmente, em função da grande disseminação das tecnologias de informação, e da popularização das redes sociais, grande parte do *bullying* vem ocorrendo em ambientes virtuais, sendo denominado de *cyberbullying*.

Segundo Belsey (2005) apud Shariff (2011, p. 58), o *cyberbullying* envolve:

> O uso de informações e de tecnologias da comunicação, como o e-mail, o telefone celular e aparelhos de envio de mensagens de texto, as mensagens instantâneas, os sites pessoais difamatórios e os sites difamatórios de votações na internet com o objetivo de apoiar o comportamento deliberado, repetido e hostil por parte de um indivíduo ou de um grupo que tem a intenção de prejudicar outros indivíduos.

Ainda, de acordo com o parágrafo único do art. 2º da Lei nº 13.185, de 06 de novembro de 2015, Lei que instituiu o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (*Bullying*) no Brasil:

> Há intimidação sistemática na rede mundial de computadores (*cyberbullying*), quando se usarem os instrumentos que lhe são próprios para depreciar, incitar a violência, adulterar fotos e dados pessoais com o intuito de criar meios de constrangimento psicossocial (BRASIL, 2015).

Para Wanzinack (2014), a possibilidade de atingir plateias em proporções incomensuráveis potencializa dramaticamente os sentimentos de vergonha e humilhação da vítima do *cyberbullying*, até porque as agressões podem ocorrer a qualquer hora e em qualquer lugar, a ponto das vítimas se sentirem tão indefesas que, em alguns casos, culminam em suicídio, tornando a prática dessa modalidade de *bullying* mais devastadora que a tradicional.

Na mesma linha, Shariff (2011) diz que o cyberbullyng tem como características o anonimato, uma vez que em sua grande maioria os autores usam

perfis falsos (casos ocorridos nas redes sociais); um maior número de espectadores; o predomínio do assédio sexual e da perseguição homofóbica, característica que está relacionada com as diferenças e discriminações de gênero e de orientação sexual; o caráter de permanência da manifestação, já que as mensagens, fotos ou vídeos compartilhados nos meio virtuais podem ser salvos, encaminhados e replicados continuamente.

Além disso, condutas do *cyberbullyng* podem configurar a prática de outros crimes, tais como a Calúnia, a Difamação, a Injúria e a Ameaça, ambos tipificados no ordenamento jurídico pátrio nos artigos 138, 139, 140 e 147 do Código Penal, respectivamente.

3.2 CYBERSTALKING

Inicialmente, cumpre destacar que o *stalking* consiste na forma de violência através da qual o indivíduo invade a esfera da vida intima e privada da vítima por meio de insistentes táticas de perseguição, intimidação e ameaças, muitas vezes, motivado por sentimentos de ciúmes, idolatria, ódio, inveja, e outros, atentando contra a integridade psicológica e também física da vítima (MACHADO; MOMBACH, 2016).

Como os indivíduos tendem a refletir no espaço cibernético os fenômenos sociais, os *stalkers* (como são chamados os autores do crime) encontraram na internet um meio promissor para a prática do *stalking* virtual: o *Cyberstalking.*

Segundo Crespo (2015),

> O *cyberstalking* é, portanto, o uso da tecnologia para perseguir alguém e se diferencia da perseguição "offline" (ou mero *stalking*) justamente no que tange o modus operandi, que engloba o uso de equipamentos tecnológicos e o ambiente digital. Além disso, o *stalking* e o *cyberstalking* podem se mesclar, havendo as duas formas concomitantemente. O *stalker* –indivíduo que pratica a perseguição – mostra-se onipresente na vida da sua vítima, dando demonstrações de que exerce controle sobre ela, muitas vezes não se limitando a persegui-la, mas também proferindo ameaças e buscando ofendê-la ou humilhá-la perante outras pessoas. Curiosamente o *cyberstalking* é cometido, muitas vezes, não por absolutos desconhecidos, mas por pessoas conhecidas, não raro por ex-parceiros como namorados, ex-cônjuge, etc.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Da conceituação de Crespo, concluiu-se que o autor do *stalking* usa do *cyberstalking* para expandir os meios de perseguição à vítima, estando presente em todas as áreas da vida desta, de forma material e/ou virtual.

No Brasil a prática do *cyberstalking* pode configurar o crime de ameaça previsto no art. 147 do Código Penal, de perturbação do trabalho ou do sossego alheios, ou, ainda, de perturbação de tranquilidade, estes dispostos nos artigos 42 e 65, respectivamente, da Lei de Contravenções Penais (CRESPO, 2015).

3.3 SEXTORSÃO

O termo sextorsão se dá da junção da palavra 'sexo' com palavra 'extorsão'. O conceito de sextorsão ainda é pouco debatido em sede doutrinária, porém, de acordo com a definição criada pela ONG SaferNet Brasil, sextorsão é "a ameaça de se divulgar imagens íntimas para forçar alguém a fazer algo, ou por vingança, ou humilhação ou para extorsão financeira".

De acordo com Cunha (2018a, p. 210), na prática da sextorsão,

> [...] o agente constrange outra pessoa se valendo de imagens ou vídeos de teor erótico que de alguma forma a envolvam. No caso, emprega-se grave ameaça consistente na promessa de divulgação do material caso a vítima se recuse a atender à exigência.

Cunha (2018a, p. 210) ressalta, ainda, as inúmeras adequações típicas dessa conduta no ordenamento jurídico brasileiro.

> A depender das circunstâncias, vislumbramos três figuras criminosas às quais a conduta pode se subsumir: a) se o agente simplesmente constrange a vítima a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda, há o crime em estudo; b) se constrange a vítima, com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa, há extorsão; c) se constrange a vítima à prática de atividade sexual, há estupro.

Porém, nos dizeres de Sydow e Castro (2015), independentemente de já existirem tipos penais pátrios que podem ser aplicados à sextorsão, tal prática delituosa exige previsão legislativa adequada e específica, bem como seria de grande importância a implementação de campanhas preventivas.

> A conscientização dos agentes públicos, em especial juízes, promotores e delegados, seria o primeiro passo a fim de permitir que as vítimas possam se apropriar dos tipos penais já existentes no ordenamento jurídico. O manejo desses tipos levaria a temática aos tribunais estaduais, ao STJ e ao STF de modo a formar uma jurisprudência capaz de interpretar os tipos penais existentes no sentido de acolher ou refutar a inclusão do conceito de sextorsão (SYDOW; CASTRO, 2015, n.p.).

Cabe ressaltar, também, que apesar das definições de sextorsão não fazerem distinção de gênero, na grande maioria dos casos, as vítimas são do gênero feminino. Isso se deve, provavelmente, ao fato de que a exposição de imagens íntimas é sempre mais prejudicial a estas do que para vítimas do sexo masculino, fazendo com que mulheres sejam mais suscetíveis a cederem a esse tipo de extorsão. Contudo, geralmente, as vítimas tendem a não denunciarem o agressor em virtude do medo do julgamento e retaliação social que possam vir a sofrer.

3.4 REVENGE PORN

Atualmente, tornou-se comum entre casais, em sentido amplo, a prática do *sexting*, termo originado da junção das palavras em inglês 'sex' (sexo) e 'texting' (mensagens de texto), que consiste no compartilhamento de mensagens, fotos e vídeos de cunho sexual (WANZINACK, 2014).

Nesse contexto, o *revenge porn* ou 'pornografia de vingança' se configura quando o indivíduo divulga, sem consentimento da vítima com quem mantinha um relacionamento íntimo e afetivo, fotos e/ou vídeos de conteúdo sexual explícito ou com nudez. Tal ato ocorre, geralmente, após o término de um relacionamento, motivado por um sentimento e desejo de vingança (BUZZI, 2015). Destaca-se que o assunto sobre 'pornografia de vingança' será objeto de análise posterior.

Diante das modalidades de violência cibernética acima expostas, verificou-se uma característica comum entre elas, qual seja, que a maioria das vítimas pertencem ao gênero feminino. Diante dessa análise inicial, será debatido nos próximos tópicos algumas considerações sobre a violência de gênero contra mulheres em sentido amplo e no âmbito doméstico e familiar, transcorrendo sobre sua definição e tipificação no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

4 VIOLÊNCIA DE GÊNERO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O uso do termo "gênero", no sentido aqui empregado, surgiu primeiramente na medicina quando em 1963 o psicanalista Robert Stoller, durante o Congresso Internacional de Psicanálise de Estocolmo, apresentou o conceito que distinguia 'sexo' de 'gênero', relacionando este a cultura e aquele à biologia (LANA, 2019).

Porém, este conceito tornou-se mais conhecido e comentado popularmente a partir do momento em que passou a ser objeto de estudo pelas teorias feministas da chamada "segunda onda" do feminismo. Conforme Saffioti (2011), apesar do conceito de gênero abranger diversas categorias de estudo, há um elemento comum que o compõe: "gênero é a construção social do masculino e do feminino" (SAFFIOTI, 2011, p. 45).

Assim, o emprego do termo gênero foi rejeitado ao essencialismo biológico, segundo o qual a diferença biológica dos sexos é que determinaria as características psicológicas, sociais e comportamentais dos indivíduos, bem como seus papéis na sociedade.

Para Scott (1989, p. 3), "no seu uso mais recente, o "gênero" parece ter aparecido primeiro entre as feministas americanas que queriam insistir no caráter fundamentalmente social das distinções baseadas no sexo".

> O seu uso rejeita explicitamente as justificativas biológicas, como aquelas que encontram um denominador comum para várias formas de subordinação no fato de que as mulheres têm filhos e que os homens têm uma força muscular superior. O gênero se torna, aliás, uma maneira de indicar as "construções sociais" – a criação inteiramente social das idéias sobre os papéis próprios aos homens e às mulheres. É uma maneira de se referir às origens exclusivamente sociais das identidades subjetivas dos homens e das mulheres (SCOTT, 1989, p. 7).

Desta forma, as diferenças sociais atribuídas a homens e mulheres não pode ser embasado puramente na questão biológica dos indivíduos e sim na construção sociocultural de gênero. Assim, a partir do momento que o sujeito nasce, a depender do seu sexo, não se deve pairar sobre ele expectativas comportamentais, tampouco predeterminar seu lugar na sociedade em razão de sua genitália.

Contudo, para Scott (1989), além do gênero ser um elemento constitutivo de relações sociais embasadas nas diferenças percebidas entre os sexos, o gênero é também uma determinante de poder. Nesse tocante, segundo Saffioti (2011, p. 84), o poder nas relações de gênero apresenta-se em duas vertentes "(..) a da potência e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

a da impotência. As mulheres são socializadas para conviver com a impotência; os homens - sempre vinculados a força – são preparados para o exercício do poder."

Evidencia-se destes conceitos que as desigualdades sociais existentes entre homens e mulheres teriam como primeira causa a divisão de poder de forma díspar entre os gêneros, sendo o masculino privilegiado em detrimento do feminino, fato que culminou na hierarquização das relações sociais, pautadas na cultura patriarcal.

O patriarcado, como um padrão de organização social, apoderou-se das diferenças biológicas existentes entre os sexos para justificar a subordinação das mulheres e a dominação masculina, difundindo-se por todas as áreas de convivência humana. Assim, as relações patriarcais e sua estrutura de poder foram sendo pautadas em um esquema de dominação-submissão baseada nas diferenças biológicas, em que a mulher é extremamente inferiorizada em relação ao homem.

Dessa organização social de poder, marcada pela desigualdade entre homens e mulheres, que deriva a violência de gênero. Conforme salienta Teles e Melo (2002) *apud* Bianchini (2018, p. 34), "os papéis impostos às mulheres e aos homens, consolidados ao longo da história e reforçados pelo patriarcado e sua ideologia, induzem relações violentas entre os sexos."

Nessa linha, sobre a influência do patriarcado na violência contra mulher, Saffioti (2011, p. 45-46) enfatiza:

> Como os demais fenômenos sociais, também o **patriarcado** está em permanente transformação. Se, na Roma antiga, o patriarca detinha poder de vida e morte sobre sua esposa e seus filhos, hoje tal poder não mais existe, no plano **de jure**. Entretanto, homens continuam matando suas parceiras, às vezes com requintes de crueldade, esquartejando-as, ateando-lhes fogo, nelas atirando e as deixando tetraplégicas etc. O julgamento destes criminosos sofre, é óbvio, a influência do sexismo reinante na sociedade, que determina o levantamento de falsas acusações – devassa é a mais comum – contra a assassinada. A vítima é transformada rapidamente em ré, procedimento este que consegue, muitas vezes, absolver o verdadeiro réu. **Grifos da autora.**

Nota-se que a violência contra a mulher se mostra como uma forma de ratificar o poder do homem sobre ela como parte da dinâmica de controle/medo que é inerente ao patriarcado. Assim, se o homem sente de alguma forma que está perdendo o controle sobre a mulher, a tendência é que ele faça uso da violência para

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

reestabelecer seu domínio. Destarte, em última ratio, a violência de gênero, seja física, psicológica, moral, patrimonial, e, em especial, a sexual, revela-se como um ato de poder.

De acordo com o art. 2º da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher – "Convenção de Belém do Pará" (BRASIL, 1996), da qual o Brasil é signatário, a violência contra a mulher pode ocorrer em três esferas: no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua residência, incluindo-se, entre outras turmas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual; na comunidade, cometida por qualquer pessoa, incluindo, entre outras formas, o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, sequestro e assédio sexual no local de trabalho, bem como em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro local; e, no âmbito público, quando perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra.

Todavia, como bem ressalta Saffiotti (2011), é no âmbito das relações domésticas e intrafamiliares que as mulheres se encontram mais expostas a violência de gênero, uma vez que a dominação masculina é naturalizada pela sociedade, sendo que, em muitos casos, as mulheres não se reconhecem como vítimas de violência por confundir a agressão com o exercício do direito dos homens sobre elas, o que, por si só, já é uma violência.

Desta maneira, com o intuito de coibir a violência contra a mulher baseada no gênero praticada no âmbito doméstico, familiar ou de relação íntima de afeto, foi promulgada no Brasil, em 07 de agosto de 2006, a Lei 11.340 (Lei Maria da Penha).

A Lei Maria da Penha surgiu como instrumento normativo de proteção e contribuição jurídica para reestruturação social das relações de gênero ao imprimir na sociedade que violência contra mulher não é algo natural e que sua pratica acarreta sanções ao sujeito agressor.

Especificamente no artigo 5º da Lei n. 11.340, a violência doméstica ou familiar contra a mulher é definida como "qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial" (BRASIL, 2006). Ainda, de acordo com a referida Lei, são formas de violência doméstica e familiar contra mulher, entre outras, a violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral, ambas definidas em seu art. 7º.

Por sua vez, a violência física contra a mulher é "entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal" (art. 7º, I, da Lei nº 11.340/06). Muitas das vezes as agressões físicas têm lugar depois de reiterados atos

de violência moral e psicológica, sendo que, nesta ocasião, a vítima já se encontra em estado de extrema fragilidade, o que diminui as chances dela se insurgir contra seu agressor (FERNANDES, 2015).

Já a violência psicológica é definida no inciso II, do art. 7º da Lei nº 13.340/06, veja-se:

> Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:
>
> [...]
>
> II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação (BRASIL, 2006).

Para Fernandes (2015), a violência psicológica é de difícil identificação pela vítima, uma vez que se manifesta de forma silenciosa, no entanto, tem incomensurável poder destrutivo e de subjugação, sendo a inferiorização da subjetividade da mulher uma de suas principais características. É comum que a violência psicológica venha acompanhada da violência moral, pois essas duas modalidades de agressão têm por escopo a fragilização e a desestabilização da vítima.

Nos termos do Art. 7º, V, da Lei nº 11.340/06, violência moral é entendida como "qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria." Sendo assim, o que está sob ataque é a honra objetiva e subjetiva da mulher. Segundo Fernandes (2015, p. 108), "a violência moral é uma das formas mais comuns de dominação da mulher. Xingamentos públicos e privados minam a autoestima e expõem a mulher perante aos amigos e familiares, contribuindo para seu silêncio."

Em relação a violência sexual, consideram-na como um dos maiores expoentes da violência de gênero, seja no âmbito das relações pessoais ou comunitárias. Isso porque, historicamente, o homem detém completo poder ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

controle sobre o corpo feminino. Sendo assim, a Lei Maria da Penha a tratou de uma forma bem abrangente.

> Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:
>
> [...]
>
> III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos (BRASIL, 2006).

Conforme salienta Fernandes (2015), o rol das condutas apresentadas no dispositivo em comento, não é taxativo. Isto posto, havendo situação análoga, há possibilidade de se enquadrar como violência sexual de gênero.

Vale frisar que a inserção da mulher no mercado de trabalho, ainda que recebendo bem menos que os homens, garantiu a esta uma relativa independência financeira, não sendo mais o homem o único provedor do lar. Assim, a fim de proteger a autonomia econômica e financeira da mulher, a Lei Maria da Penha (art. 7º, IV) determinou que constitui violência patrimonial "qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades" (BRASIL, 2006).

Observa-se que o sistema protetivo da Lei Maria da Penha, composto por medidas destinadas ao agressor e a vítima, é de valor imprescindível para que a mulher consiga romper com o ciclo da violência. Nesta acepção preceitua Saffioti (2011, p. 79),

> A violência doméstica ocorre numa relação afetiva, cuja ruptura demanda, via de regra, intervenção externa. Raramente uma mulher consegue desvincular-se de um homem violento sem auxílio externo. Até que isto ocorra, descreve uma trajetória oscilante, com movimentos de saída da relação e de retorno a ela.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A Lei Maria da Penha representa, pois, uma ação afirmativa governamental que caracteriza uma contribuição para o avanço das transformações sociais, uma vez que estabeleceu que a violência de gênero é uma forma de violação dos direitos humanos. Não obsta, porém, que se faça uma breve ressalva sobre a limitação do seu alcance, pois, restringindo a sua aplicação ao âmbito doméstico e familiar, a Lei deixa de contemplar vários contextos em que a violência de gênero pode se manifestar.

Diante dessas considerações, verifica-se que a violência de gênero é um problema histórico que permeia todas as fases do desenvolvimento da civilização, não sendo diferente na sociedade moderna, na qual evidencia-se a violência também nos meios virtuais, a saber a difusão da prática da 'pornografia de vingança'.

5 PORNOGRAFIA DE VINGANÇA

A 'pornografia de vingança', tradução da expressão em inglês "revenge porn", consiste no ato de divulgar material de conteúdo íntimo e sexual (fotos e vídeos) de alguém, principalmente através da internet, sem seu consentimento, e assim expô-la perante a sociedade com o intuito de causar constrangimento e humilhação a vítima, o que tende a surtir consequências negativas à sua vida. Tal conduta ocorre geralmente após o fim de um relacionamento amoroso e é sempre motivada pelo sentimento de vigança. (BUZZI, 2015).

Importante salientar que há distinção entre a 'pornografia de vingança' e a 'pornografia não consensual'. Esta refere-se ao gênero da qual aquela é espécie (BUZZI, 2015).

Posto isso, a 'pornografia não consesual' engloba toda e qualquer pratica de divulgação de imagens sexuais de um indivíduo sem o seu consentimento, seja de conteúdo adquirido com sua anuência ou não, podendo ser imagens obtidas através câmeras escondidas, invasão de dispositivos informáticos, gravações de abusos sexuais, entre outros meios (CITRON; FRANKS, 2014 *apud* GUIMARÃES, 2019). Já a 'pornografia de vingança' tem como escopo a represália pelo fim de uma relação amorosa caracterizada pela divulgação de materiais de cunho íntimo e sexual da vítima por seu ex-parceiro, motivado pelo sentimento de vingança (SYDOW; CASTRO, 2019 *apud* GUIMARÃES, 2019).

A pratica da 'pornografia de vingança' não surgiu com a internet, visto que, antes mesmo da popularização do uso desta, outros meios informacionais, tais como revistas e jornais, já eram utilizados para expor imagens pornográficas com o intuito de promover vingança e a humilhação (ALVES, 2019). O que a democratização do uso da internet proporcionou foi a sua intensificação devido a facilidade encontrada

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

para o compartilhamento rápido de informações e, muitas vezes, de forma anônima. E, ainda, a internet proporciona uma série de meios de exposição da sexualidade das vítimas, a saber, envio de e-mails, postagens em redes sociais, encaminhamento do material à sites eróticos de hospedagem nacional e/ou internacional, dentre outros (SILVA; PINHEIRO, 2018).

Outra peculiaridade adstrita a 'pornografia de vingança' praticada nos meios virtuais é que, diferentemente de revistas e jornais impressos, cujas informações tendem a se perder no tempo, na internet o conteúdo intimo pode permanecer para sempre na rede (COSTA, 2020), fazendo com que a vítima seja exposta a cada acesso, em uma tortuosa repetição da violência.

Cabe menção que esse tipo de violência pode ocorrer com pessoas de ambos os sexos, porém, as consequências na vida das mulheres, que são a maioria das vítimas, são infinitamente maiores, já que são julgadas, hostilizadas e rotuladas em função da exposição de sua sexualidade, que, manifestada no âmbito privado, por uma quebra confiança por parte de um ex-parceiro, foi lançada em âmbito público.

Nota-se, que a pornografia de vingança é manifestamente uma violência de gênero, já que tem sido utilizada como um meio de repressão da sexualidade da mulher e mecanismo de controle do feminino pelo masculino (RODRIGUEZ, 2018). Em virtude disso é que se tem como principal elemento motivador do crime a vingança, sendo este utilizado como uma forma de subjugar a liberdade de escolha da mulher, punindo-a por ter decidido não mais permanecer em um relacionamento que não é de seu interesse.

De acordo com Buzzi (2015, p. 44),

> A pornografia de vingança, portanto, enquanto violência de gênero, é a clara retomada da autoridade masculina sobre o corpo e a autonomia da mulher, ou seja, o homem resgatando seu poder perdido (devido ao término de um relacionamento, por exemplo), para reafirmar o corpo feminino enquanto subordinado seu.

Corroborando com o entendimento de que a pornografia de vingança é uma violência de gênero, a Ministra Nancy Andrighi (2018), no julgamento do Recurso Especial n° 1679465/SP da 3° turma do Superior Tribunal de Justiça, ressaltou:

> A 'exposição pornográfica não consentida', da qual a 'pornografia de vingança' é uma espécie, constituiu uma grave lesão aos direitos de personalidade da pessoa exposta

> indevidamente, além de configurar uma grave forma de violência de gênero que deve ser combatida de forma contundente pelos meios jurídicos disponíveis (Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br. Acesso em: 05 out. 2020).

Outra caracterista inerente a violência de gênero e fortemente evidencida na pornografia de vingança é a culpabilização da vitima pela sociedade, sendo este fato um reflexo da cultura patriarcal, em que a sexualidade feminina é reprimida, censurada e julgada pelo fato da vítima ter registrado ou permitido o registro de sua intimidade.

Nesse diapasão, a sociedade acaba por legitimar a conduta do agressor, naturalizando-a, enquanto a mulher é condenada pelo simples exercicio de sua liberdade sexual. A responsabilização da mulher por uma ato do qual ela foi vitima é um dos fatores que mais potencializa seu sofrimento (CADRANEL, 2018).

Cabe dizer que o linchamento moral do qual as mulheres são vitimas acarretam uma série de consequências drásticas às suas vidas, deixando graves sequelas físicas e emocionais. Muitas perdem seu emprego ou são obrigadas a mudar de cidade, passam a ser assediadas e perseguidas, tanto no ambiente fisico quanto no virtual, já que seus dados pessoais, normalmente, tambem são divulgados, expondo-as a constante constrangimento, o que as levam ao completo isolamento social e, em casos mais graves, ao suicídio (SILVA; PINHEIRO, 2018).

Diante do enorme poder de destruição da vida da vitima pela 'pornografia de vingança', culminado com o assombroso aumento dessa prática, surgiu a necessidade de se criar, no ordenamento juridico pátrio, uma norma especifica para tutelar esta conduta, buscando a efetiva punição do agressor.

Assim, em 24 de setembro de 2018, o Ministro Dias Toffoli, do Supremo Tribunal Federal, em exercício da presidência interina, sancionou o Projeto de Lei nº 5.452-A, de 2016, de iniciativa do Senado Federal, que, entre outros, acrescenta o art. 218-C ao Código Penal, a fim de tipificar o crime de divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia (CADRANEL, 2018).

6 LEI 13.718/18: UMA INOVAÇÃO LEGISLATIVA DE PROTEÇÃO AS MULHERES

Até setembro de 2018, em razão de não haver no Brasil legislação penal especifica que tratasse da 'pornografia de vingança', geralmente, tal conduta era enquadrada nos crimes contra a honra: Injúria e Difamação, artigos 139 e 140 do Código Penal (BUZZI, 2015). Porém, tais delitos são considerados de menor

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

potencial ofensivo, cabendo o julgamento aos Juizados Especiais Criminais (JECRIM), fato que cuminava ao réu uma condenação ínfima pelo ato cometido, desproporcional aos enormes transtornos causados na vida da vitima (SENA, 2018).

Conforme ressalta Buzzi (2015), dependendo das peculiaridades que cercavam cada caso, havia a possibilidade de serem utilizadas legislações especiais, como por exemplo, se a vítima fosse menor de 18 (dezoito) anos, adotava-se o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/1990; se a vítima fosse mulher e houvesse mantido com o responsável pela divulgação do material relacionamento íntimo de afeto, aplicava-se a Lei Maria da Penha que, neste caso, possibilitava o afastamento da competência do JECRIM (CADRANEL, 2018).

E, a partir de 2012, aos casos em que esse conteúdo tivesse sido obtido através de invasão de dispositivo informático alheio, passou-se a considerar a aplicação do artigo 154-A do Código Penal, incluído pela Lei 12.737/2012, conhecida como Lei Carolina Dieckmann (BUZZI, 2015).

No entanto, uma vez que tal dispositivo não tutelava a divulagação em si de fotos ou vídeos íntimos, mas sim, o meio de obtenção destas (CORRÊA, 2019), a referida legislação demonstrou ser pouco aplicável aos casos de 'pornografia de vingança', visto que, na maioria dos casos, este material é adquirido mediante ato voluntário da vitima em virtude da relação de confiança que esta mantinha com o agressor.

Nesse contexto, foi promulgada a Lei nº 13.718, de 23 de setembro de 2018, que, entre outros aspectos, tratou da criminalização da divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia, com a inclusão do art. 218-C no Código Penal.

> Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, **publicar ou divulgar**, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, **sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia:**
>
> Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

> § 1º A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por **agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação**.
>
> § 2º Não há crime quando o agente pratica as condutas descritas no **caput** deste artigo em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima, ressalvada sua prévia autorização, caso seja maior de 18 (dezoito) anos (BRASIL, 1940). **Grifos da autora**.

Nota-se que o novel dispositivo legal mencionado acima trouxe, em seu parágrafo primeiro, como causa de aumento da pena, os casos em que o crime for praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação, criminalizando assim a 'pornografia de vingança'.

Em relação a esta causa de aumento, discorre Nucci (2020, p. 993):

> Entende-se mais grave a conduta, diante a relação de confiança normalmente existente entre pessoas que se relacionam intimamente, com afeto; o agente que, quebrando essa confiança, divulga, por exemplo, um vídeo da relação sexual na internet, sem o consentimento da outra parte envolvida, por certo, merece uma pena maior.[..]. No tocante à segunda causa de aumento, está-se no cenário da finalidade específica de agir, pretendendo vingança ou a humilhação da vítima. A quantidade de elevação da pena deve obedecer ao caso concreto, avaliando-se, igualmente, o grau de relação existente entre agente e vítima; afinal, quanto mais próximos, mais grave a conduta; quanto mais distantes, menos grave.

Como visto, para o tipo do art. 218-C, estipulou-se pena de reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos. Sendo assim, tal conduta não pode ser considerada como um crime de menor potencial ofensivo, restando afastada a aplicabilidade da Lei nº. 9.099/95 (SENA, 2018).

No entanto, segundo Sydow (2018), o *quantum* de pena designado ao delito em comento possibilita que o réu inicie seu cumprimento em regime semiaberto, nos termos do artigo 33, parágrafo 2º, alínea "b" do CP, e, ainda, a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, aspectos da norma que afetam sua efetividade para desestimular tais condutas.

Outra alteração trazida pela Lei nº 13.718/18 é com relação a Ação Penal, a qual passou a ser sempre pública incondicionada para os crimes contra a dignidade sexual, ou seja, seu processamento não está mais subordinado ao consentimento vítima (DOMINGUES, 2019).

Contudo, Cunha (2018b, p. 13-14) faz uma crítica a esta alteração:

> [...] retirar da vítima qualquer capacidade de iniciativa parece ser um retrocesso – e aqui está o ponto negativo da mudança. O Estado, em crimes dessa natureza, não pode colocar seus interesses punitivos acima dos interesses da vítima. Em se tratando de pessoa capaz – que não é considerada, portanto, vulnerável –, a ação penal deveria permanecer condicionada à representação da vítima, da qual não pode ser retirada a escolha de evitar o *strepitus judicii*.

Observa-se que, não obstante tal inovação legislativa representar um grande avanço para o enfretamento da 'pornografia de vingança', não está isenta de críticas. E, mais, a tipificação penal especifica por si só não se mostra suficiente para coibir tal conduta, visto que esta é fruto da objetificação da mulher, legitimada pela cultura patriarcal. Portanto, para melhor confrontar o problema, é necessário que se promova a mudança no comportamento da sociedade em geral.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto no presente artigo, o avanço tecnológico proporcionado pela internet promoveu significativas mudanças na sociedade contemporânea, principalmente em suas formas de comunicação, uma vez que os meios de trocas de informações tornaram-se cada vez mais simples e rápidos.

E nesse contexto, o espaço cibernético mostrou-se um local propício para a prática de diversas modalidades de violência, tais como o 'cyberbulling', o 'cyberstalking', a 'sextorsão' e a 'pornografia de vingança', em virtude da sua enorme capacidade de alcance, da sensação de anonimato, bem como da difícil identificação dos autores do atos criminosos.

Observou-se também que, em que pese a 'pornografia de vingança' não ter surgido com a popularização do uso internet, pois antes, outros meios informacionais, como revistas e jornais, já eram utilizados para expor imagens intimas

de mulheres com o intuito de promover vingança e humilhação, a internet proporcionou um significativo aumento da prática desses delitos.

Constatou-se, ainda, que a 'pornografia de vingança' é uma grave forma de violência de gênero, tendo sido utilizada com um meio de controle sobre o corpo da mulher e de repressão de sua sexualidade. Além disso, evidenciou-se que as desigualdades de gênero e a cultura patriarcal de submissão do feminino ao masculino, propulsores da violência contra mulher, ainda se encontram muito enraizados na sociedade atual. Devido a isto, o Estado teve que editar normas de proteção às mulheres, tais como a Lei nº 11. 340/06 e a Lei nº 13.718/18.

Entretanto, constatou-se que a tipificação penal especifica ou mesmo o agravamento de pena, ainda que bem-vindos, não são suficientes para eliminar totalmente essa pratica, sendo necessário que sejam implementadas políticas públicas que promovam a igualdade entre homens e mulheres, assim como haja investimentos na educação de gênero, a fim de romper com concepções arcaicas, provenientes das ideologias patriarcalistas, legitimadoras da violência contra mulheres.

8 REFERÊNCIAS

ALVES, T. P L. **A pornografia de vingança como violência de gênero e a ineficácia da pena mínima abstrata**. 2019. 90 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2019. Disponível em: https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/13809. Acesso em: 04 out. 2020.

BIANCHINI, A. **Coleção Saberes Monográficos**: Lei Maria da Penha. Saraiva, 2018. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600236/. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. [Código Penal]. **Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República [1940]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 09 set. 2020.

BRASIL. [Lei Maria da Penha]. **Lei n. 11.340, de 07 de dezembro de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe

sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências.. Brasília: Presidência da República [2006]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 15 set. 2020.

BRASIL. **Decreto n. 1.973, de 1º de agosto de 1996**. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm. Acesso em: 02 out. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.185, de 06 de novembro de 2015**. Institui o Programa de Combate à Intimidação Sistemática (**Bullying**). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13185.htm. Acesso em: 07 set. 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.718, de 24 de setembro de 2018**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para tipificar os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelecer causas de aumento de pena para esses crimes e definir como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo; e revoga dispositivo do Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais) . Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13718.htm#:~:text=%E2%80%9C%20Importuna%C3%A7%C3%A3o%20sexual&text=Praticar%20contra%20algu%C3%A9m%20e%20sem,n%C3%A3o%20constitui%20crime%20mais%20grave.%E2%80%9D. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 1679465/SP**. Relator: Ministra Nancy Andrighi, 13 de março de 2018. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/557633921/recurso-especial-resp-1679465-sp-2016-0204216-5/inteiro-teor-557633940?ref=juris-tabs. Acesso em: 05 out. 2020.

BUZZI, V. M. **Pornografia de Vingança:** contexto histórico-social e abordagem no direito brasileiro. 2015. 111 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/133841/TCC%20Vit%c3%b3ria%20Buzzi%20Versao%20Repositorio.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 02 out. 2020.

CADRANEL, C. **A criminalização como remédio frente a imprecisão legislativa na tutela jurídica do revenge porn.** 2018. 17 f. Artigo científico (Pós- Graduação Lato Sensu) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2018/pdf/CarolinaCadranel.pdf. Acesso em: 06 out. 2020.

CANONGIA, C.; MANDARINO, R. J. Segurança cibernética: o desafio da nova Sociedade da Informação. **Parc. Estrat.,** Brasília, v. 14, n. 29, p. 21-46, jul./dez. 2009. Disponível em: http://seer.cgee.org.br/index.php/parcerias_estrategicas/article/viewFile/349/342. Acesso em: 15 ago. 2020.

CASTELLS, M. **A Sociedade em Rede**. 6. ed., v. 1. São Paulo: Paz e Terra, 1999. Disponível em: https://globalizacaoeintegracaoregionalufabc.files.wordpress.com/2014/10/castells-m-a-sociedade-em-rede.pdf. Acesso em: 18 ago. 2020.

CORRÊA, E. V. **A aplicabilidade da justiça restaurativa aos casos de pornografia de vingança:** um olhar às necessidades das vítimas. 2019. 75 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, SC, 2019. Disponível em: https://www.riuni.unisul.br/handle/12345/7480. Acesso em: 20 out. 2020.

COSTA, N. S. T. Direito ao esquecimento na internet: uma análise sobre a exposição pornográfica não consentida e o direito à intimidade. **Actio revista de estudos jurídicos**, Maringá, v. 1, n. 30, jan./jun. 2020. Disponível em: http://www.actiorevista.com.br/index.php/actiorevista/article/view/160. Acesso em: 06 out. 2020.

CRESPO, R. Algumas reflexões sobre o cyberstalking. **Canal Ciências Criminais**, 02 set. 2015. Disponível em: https://canalcienciascriminais.com.br/algumas-reflexoes-sobre-o-cyberstalking/. Acesso em: 09 set. 2020.

CUNHA, R. S. Lei 13.718/18: introduz modificações nos crimes contra a dignidade sexual. **Editora JusPodivm**, 25 set. 2018b. 16p. Disponível em: https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/09/25/lei-13-71818-introduz-modificacoes-nos-crimes-contra-dignidade-sexual/. Acesso em: 22 out. 2020.

CUNHA, R. S. **Manual de direito penal:** parte especial (arts. 121 ao 361). 10. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018a.

DOMINGUES, D. S. **Pornografia da vingança e a tutela dos direitos fundamentais da vítima.** 2019. 116 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Nove de Julho, São Paulo. Disponível em: http://bibliotecatede.uninove.br/handle/tede/2115. Acesso em: 23 out. 2020.

FERNANDES, V. D. S. **Lei Maria da Penha:** o processo penal no caminho da efetividade. São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000429/. Acesso em: 24 set. 2020.

GARCIA, C. "Sofri um assassinato moral, perdi tudo", conta vítima de cyber vingança. **Portal Geledés**, São Paulo, 04 dez. 2014. Disponível em: https://www.geledes.org.br/sofri-um-assassinato-moral-perdi-tudo-conta-vitima-de-cyber-vinganca/. Acesso em: 25 out. 2020.

GUIMARÃES, A. L. G. **Crimes virtuais e novas modalidades de violência de gênero contra a mulher:** a divulgação não consentida de imagens íntimas na internet. 2019. 64 f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2019. Disponível em: http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/49210. Acesso em: 02 out. 2020.

LANA, A. de P. **Mulheres Expostas:** revenge porn, gênero e o Marco Civil da Internet. Curitiba: GEDAI/UFPR, 2019. Disponível em: http://www.gedai.com.br/wp-content/uploads/2019/03/revenge-porn-marco-civil-da-internet.pdf. Acesso em: 18 set. 2020.

LÉVY, P. **Cibercultura**. São Paulo: Editora 34, 1999. Disponível em: http://escoladeredes.net/group/bibliotecapierrelev. Acesso em: 15 Ago. 2020.

MACHADO, J. M. S.; MOMBACH, P. R. Stalking: criminalização necessária sob a indubitável afronta ao direito fundamental à vida privada. **Revista da escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina**, Florianópolis. v. 23. n. 29. p. 207-230, 2016. Disponível em: https://revista.esmesc.org.br/re/article/view/146. Acesso em: 09 set. 2020.

MARTINO, L. M. S. **Teoria das Mídias Digitais:** linguagens, ambientes, redes. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014. Disponível em: https://cadernoselivros.files.wordpress.com/2017/08/martino-luc3ads-mauro-sc3a1-teoria-das-mc3addias-digitais.pdf. Acesso em: 20 ago. 2020.

MICHAUD, Y. **A violência**. São Paulo: Ed. Ática, 1989. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4674952/mod_resource/content/1/A%20viol%C3%AAncia.pdf. Acesso em: 08 set. 2020.

NUCCI, G. de S. **Código Penal Comentado**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 991-993. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990138/cfi/6/28!/4/3434/20@0:100. Acesso em: 20 out. 2020.

PINHEIRO, P. P. **Direito digital.** 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502635647/. Acesso em: 15 ago. 2020.

RODRIGUES, A. de J. **Ciberespaço:** da segurança pública no controle do espaço. 2017. 218 f. Tese (Doutorado em Geografia) – Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2017. Disponível em: https://ri.ufs.br/handle/riufs/6819. Acesso em: 20 ago. 2020.

RODRIGUEZ, L. da S**. Pornografia de vingança: vulnerabilidades femininas e poder punitivo**. 2018. 122 f. Dissertação (Mestrando em Direito) – Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018. Disponível em: http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/8055/2/LISIANE%20-%20PORNOGRAFIA%20DE%20VINGAN%C3%87A%20VULNERABILIDADES%20FEMININAS%20E%20PODER%20PUNITIVO.pdf. Acesso em: 06 out. 2020.

SAFERNET. **O que é sextorsão?** [2020]. Disponível em: https://new.safernet.org.br/content/o-que-%C3%A9-sextors%C3%A3o. Acesso em: 11 set. 2020.

SAFFIOTI, H. I. B. **Gênero, patriarcado, violência**. São Paulo: Perseu Abramo, 2011. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1741437/mod_resource/content/1/G%C3%AAnero%2C%20Patriarcado%2C%20Viol%C3%AAncia%20%20%28livro%20completo%29.pdf. Acesso em: 13 set. 2020.

SCOTT, J. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Disciplinas da USP,** 1989. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/185058/mod_resource/content/2/G%C3%AAnero-Joan%20Scott.pdf. Acesso em: 13 set. 2020.

SENA, B. M. de**. Exposição pornográfica não consentida:** uma violência de gênero? reflexos sociais e jurídicos da conduta criminalizada pela lei nº 13.718/2018. Artigo científico (Pós- Graduação Lato Sensu) – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/2semestre2018/pdf/BrunaMatosdeSena.pdf . Acesso em: 20 de out. 2020.

SHARIFF, S. ***Ciberbullying.*** Porto Alegre: Artemed, 2011. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788536324890/. Acesso em: 07 set. 2020.

SILVA, A. da S. e; PINHEIRO, R. B. A incompatibilidade entre o modelo processual dos juizados especiais criminais e a complexidade da pornografia de vingança. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 4, p. 2574-2602, nov. 2018. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/33242. Acesso em: 06 out. 2020.

SYDOW, S. T. **Exposição Pornográfica Não Consentida na Internet e as mudanças da Lei nº. 13.718/2018.** 2018. Disponível em: http://s3.meusitejuridico.com.br/2018/10/735571ac-exposic-a-o-pornogra-fica-na-o-consentida-na-internet-e-as-mudanc-as-da-lei-vfinal.pdf. Acesso em: 22 out. 2020.

SYDOW, S. T.; CASTRO, A. L. C. de. Sextorsão. **Revista dos Tribunais**, v. 959, 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.959.02.PDF. Acesso em: 11 set. 2020.

WANZINACK, C. Bullying e cyberbullying: faces silenciosas da violência. *In*: SIERRA, J. C; SIGNORELLI, M. C. (Org.). **Diversidade e educação**: intersecções entre corpo, gênero e sexualidade, raça e etnia. Matinhos: UFPR Litoral, 2014. Cap. 1, p. 67-81. Disponível em: https://www.academia.edu/41457834/Diversidade_e_Educa%C3%A7%C3%A3o_intersec%C3%A7%C3%B5es_entre_corpo_g%C3%AAnero_e_sexualidade_ra%C3%A7a_e_etnia. Acesso em: 08 set. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A INAPLICABILIDADE REITERADA DO ARTIGO 12 DO CPC: UMA POSITIVAÇÃO MERAMENTE SIMBÓLICA?

ELDER SOARES DA SILVA CALHEIROS: Procurador do Estado de Alagoas. Advogado. Consultor Jurídico. Ex-Conselheiro do Conselho Estadual de Segurança Pública de Alagoas. Ex-Membro de Comissões e Cursos de Formação de Concursos Públicos em Alagoas. Ex-Membro do Grupo Estadual de Fomento, Formulação, Articulação e Monitoramento de Políticas Públicas em Alagoas32.

Uma das mudanças bastante esperadas e comentadas na redação do novo Código de Processo Civil (CPC) em 2015 foi a criação das chamadas listas cronológicas de conclusão para que o juiz viesse a proferir sentença ou acórdão. Para alguns processualistas também denominado princípio da cronologia[1].

Esse reclame da sociedade, notadamente de pessoas pobres e advogados discretos, mais jovens e menos influentes no meio forense, tinha – e ainda tem – fundamento no relato de casos onde o Poder Judiciário não apresenta objetividade na ordem de prolação de seus atos decisórios.

Exemplificativamente, na prática forense é comum ocorrer situação onde um processo judicial ajuizado em 2010 ainda não foi sentenciado, porém outro de igual ou semelhante objeto, protocolado em 2020, já teve prolação de sentença sem que se tenha qualquer indicativo claro, motivado, objetivo, impessoal e isonômico justificador deste tratamento diferenciado.

A par disso, a preocupação com o tratamento processual impessoal e isonômico possui fundamento de natureza constitucional, como se pode observar na Carta Política:

> 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

32 Ex-Técnico Judiciário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Ex-Estagiário da Justiça Federal em Alagoas. Ex-Estagiário da Procuradoria Regional do Trabalho em Alagoas. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> {...]
>
> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

No mesmo norte, o atual CPC prevê a isonomia de tratamento entre as partes devendo se compreender tal acepção não somente em sentido estrito entre aquelas que compõem um determinado litígio, mas também em sentido amplo como um dever de tratamento paritário do Poder Judiciário com todos os jurisdicionados:

> Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.
>
> Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:
>
> I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

Não por outra razão, o texto originário do CPC de 2015 estipulava em seu artigo 12 que o dever de obedecer a uma ordem cronológica de conclusão para se proferir sentença ou acórdão era cogente por parte do juiz:

> Art. 12. Os juízes e os tribunais deverão obedecer à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão.

No entanto, tal dispositivo recebeu uma avalanche de críticas oriundas do próprio Poder Judiciário – e de suas respectivas entidades classistas – sob o fundamento de que essa obrigatoriedade acabaria por engessar a gestão processual interna de cada gabinete. Isso porque o juiz, segundo essa corrente, estaria proibido de realizar uma organização mais fluída e dinâmica dos processos sob a sua responsabilidade, a exemplo de mutirões para julgar determinadas causas semelhantes ou estratégicas do ponto de vista organizacional. Conceitos jurídicos e administrativos, inclusive, bastante indeterminados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em função dessa pressão advinda da magistratura nacional, o CPC de 2015 foi alterado em 2016 pela Lei Federal nº 13.256, antes mesmo da entrada em vigor do texto principal do código processual, passando a ter a seguinte redação:

> Art. 12. Os juízes e os tribunais atenderão, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão. (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016)
>
> § 1º A lista de processos aptos a julgamento deverá estar permanentemente à disposição para consulta pública em cartório e na rede mundial de computadores.
>
> § 2º Estão excluídos da regra do caput:
>
> I - as sentenças proferidas em audiência, homologatórias de acordo ou de improcedência liminar do pedido;
>
> II - o julgamento de processos em bloco para aplicação de tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos;
>
> III - o julgamento de recursos repetitivos ou de incidente de resolução de demandas repetitivas;
>
> IV - as decisões proferidas com base nos arts. 485 e 932;
>
> V - o julgamento de embargos de declaração;
>
> VI - o julgamento de agravo interno;
>
> VII - as preferências legais e as metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça;
>
> VIII - os processos criminais, nos órgãos jurisdicionais que tenham competência penal;
>
> IX - a causa que exija urgência no julgamento, assim reconhecida por decisão fundamentada.
>
> § 3º Após elaboração de lista própria, respeitar-se-á a ordem cronológica das conclusões entre as preferências legais.
>
> § 4º Após a inclusão do processo na lista de que trata o § 1º, o requerimento formulado pela parte não altera a ordem cronológica para a decisão, exceto quando implicar a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> reabertura da instrução ou a conversão do julgamento em diligência.
>
> § 5º Decidido o requerimento previsto no § 4º, o processo retornará à mesma posição em que anteriormente se encontrava na lista.
>
> § 6º Ocupará o primeiro lugar na lista prevista no § 1º ou, conforme o caso, no § 3º, o processo que:
>
> I - tiver sua sentença ou acórdão anulado, salvo quando houver necessidade de realização de diligência ou de complementação da instrução;
>
> II - se enquadrar na hipótese do art. 1.040, inciso II.

Numa leitura bastante clara é possível se verificar que a única alteração procedida pela Lei Federal nº 13.256/2016 foi no *caput* do artigo 12 do CPC para o fim de retirar a expressão "*deverão obedecer à ordem cronológica*" e pontuar que "*atenderão, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão*". Vale dizer, ao invés de obrigação se tornou uma faculdade do juiz adotar ou não uma ordem cronológica em seu atuar.

Essa mudança, salvo melhor juízo, não se traduziu em vantajosidade para a maioria dos jurisdicionados. Antes havia ao menos uma chance de que seus casos pudessem ser julgados a partir de lapsos temporais de tramitação aferidos por parâmetros objetivos, decorrentes de uma listagem impessoal.

Hoje, porém, permanece a ampla discricionariedade do juiz – em muitos casos arbitrariedade – onde o Poder Judiciário escolhe ao seu bel prazer quais processos judiciais julgará e, ainda, quando pretende julgá-los. Em que pese se tenha uma presunção de boa-fé e de agir conforme a lei na figura do julgador, também é recorrente no meio forense que haja um relato reiterado de situações onde grandes bancas de advocacia possuem um maior "trânsito" perante os órgãos do Poder Judiciário, ao contrário de outros advogados mais simples, discretos, jovens e pouco influentes. Dizer o inverso é atentar contra a inteligência mínima dos cidadãos, pois é notória a ocorrência destes fatos no seio social, com relatos de casos até mesmo perante os Tribunais Superiores.

Tal situação acaba por minar a imagem do Poder Judiciário e estimular uma cultura de *lobby*, de clientelismo e de subserviência das partes e seus advogados aos julgadores, numa verdadeira novela de humilhação para que se possa obter uma célere prestação jurisdicional. Ou seria inverídico apontar casos onde um advogado

se vê refém de um juiz que julga os processos que bem entende e, não raro, apenas de um mesmo escritório de advocacia? Muitas vezes nem por conta do recebimento de valores financeiros ilícitos, mas pela própria deferência ou cultura de prestígio a determinados advogados e partes, em patente violação à isonomia.

Nesse sentido, não se vê razoabilidade na pressão exercida pelos magistrados brasileiros em face do artigo 12 quando da edição do CPC de 2015. Isto porque o próprio texto já previa uma série de exceções para essa lista cronológica, de maneira que tais hipóteses eram suficientes para uma gestão administrativa eficaz de seus gabinetes. Exemplificativamente, estavam excluídas da listagem as preferências legais e as metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o julgamento de processos em bloco para aplicação de tese jurídica firmada em julgamento de casos repetitivos, o julgamento de recursos repetitivos ou de incidente de resolução de demandas repetitivas e a causa que exigisse urgência no julgamento, assim reconhecida por decisão fundamentada.

Será, então, que o juiz necessitaria de mais liberdade que isto na escolha de quais processos pretenderia julgar? Acredita-se que não. Ao revés, acabar com a lista cronológica se traduziu em retrocesso inimaginável, na medida em que se perpetuou um poder gigantesco nas mãos do Poder Judiciário em detrimento de grande parte da população brasileira que não possui meios econômicos de contratar as mais conceituadas e influentes bancas de advocacia, pois, quando muito, acessa a justiça somente através da deficitária Defensoria Pública.

Por fim, também não se vê como justificável o argumento lançado por parcela da magistratura no sentido de que algumas causas exigiriam maior amadurecimento e complexidade, de modo que uma lista cronológica engessaria a atuação jurisdicional ou forçaria o juiz a se pronunciar sobre algo que ainda não possui um convencimento.

Primeiro, não procede tal argumento porque essa situação sequer representa a maioria dos processos judiciais, já que hoje muitos casos se repetem em demandas de massa em que o Poder Judiciário tem posicionamento firmado.

Segundo porque a saída legítima para tal "exceção" deveria ser a criação de um dispositivo específico no CPC onde o magistrado pudesse justificar objetivamente – com elementos de fato e de direito – o porquê de não poder prosseguir com a lista cronológica naquele caso pontual. E não se acabar com esta como na prática se fez. Aliás, em todo caso, tal motivação judicial seria aferível por órgãos correcionais ou recursais se eivada de ilegalidade com o fim de burlar a norma processual.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Terceiro porque a prática forense não demonstra essa realidade. O que se vê é uma verdadeira luta nos balcões das varas e tribunais onde os advogados deixam os números de seus processos judiciais para uma análise das assessorias e dos juízes e não têm uma previsão concreta de julgamento. Na mesma toada, são inúmeras as situações em que jurisdicionados e advogados mais influentes obtêm a prestação jurisdicional célere por possuírem prestígio social, simpatia de servidores públicos ou do próprio juiz e, pontualmente, até por ofertarem benesses em troca da prolação de sentenças e acórdãos.

Quarto porque se evidenciava o nítido caráter de efetividade do acesso à Justiça que a redação originária do artigo 12 do CPC pretendia, na medida em que os atos processuais iriam ao encontro da prestação jurisdicional efetiva e em tempo razoável (artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal e artigos 4º, 6º, 8º e 139, inciso II, todos do Código de Processo Civil – CPC).

Portanto, da forma como redigido atualmente o artigo 12 do CPC outra conclusão não há, senão a de que a norma processual se tornou uma positivação meramente simbólica a qual, na prática, está quase despida de utilidade. Isso é evidente bastando uma simples consulta na internet que atestará quase inexistir tal listagem em varas e tribunais. Se a ordem cronológica é facultativa, não se cumpre. Até porque o magistrado perderia poder ao publicá-la. E poder é algo que as autoridades públicas não costumam abdicar no Brasil.

Andou mal, assim, o legislador reformador do CPC ao recuar de uma conquista que a sociedade obteve nos idos de 2015, porém essa semente de esperança não encontrou terreno fértil no árido âmbito do Poder Judiciário, vale dizer: uma morte prematura. Os processualistas do novo CPC e os legisladores até queriam. Já os juízes e tribunais rejeitaram esse avanço peremptoriamente.

Nas lições da doutrina, esse simbolismo legislativo é nocivo no cenário de uma sociedade contemporânea na medida em que edita leis de pouca efetividade jurídico-normativa:

> Neves define a constitucionalização simbólica em termos de déficit de concretização jurídico-normativa do texto constitucional que, por essa razão, perderia sua capacidade de orientação generalizada das expectativas normativas. Entretanto, o autor também observa que, no plano da fundamentação político-ideológica, constitucionalização simbólica serviria para encobrir problemas sociais, obstruindo transformações efetivas na sociedade.[2]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Então, uma pergunta fica a título de reflexão: por que essa resistência do Poder Judiciário a uma lista cronológica impessoal, isonômica e objetiva?

NOTAS:

[1] DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. São Paulo: Atlas, 2020.

[2] FILHO, Orlando Villas Bôas. Resenha de "A constitucionalização simbólica" de Marcelo Neves. **Prisma Jurídico**, núm. 6, 2007, pp. 381-384.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

CONCILIAÇÃO PRÉ-PROCESSUAL: (IN)EFETIVIDADE DO PROCEDIMENTO NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS

SÔNIA MARIA FERREIRA BEZERRA DE CARVALHO:
Técnica Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins (TJTO) desde 1994. Graduanda do curso de Direito pela Faculdade Serra do Carmo (FASEC) - Palmas/TO.

GUILHERME AUGUSTO MARTINS SANTOS[33]
(orientador)

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo verificar a efetividade das conciliações na fase pré-processual no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. Para tanto, foi realizado um exame de dados estatísticos disponíveis nos relatórios Justiça em Números do CNJ e dados fornecidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, com uma abordagem das vantagens do procedimento prévio em relação à judicialização. Com os resultados obtidos, foi possível verificar significativas vantagens com o procedimento pré-processual, mostrando-se como um importante instrumento para enfrentamento dos conflitos sociológicos e jurídicos, bem como contribui para a promoção do acesso à ordem jurídica justa.

Palavras-chave: Conciliação; Ordem Jurídica Justa; Procedimento Pré-Processual; Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins.

ABSTRACT: The present study aims to verify the effectiveness of reconciliations in the pre-procedural phase within the scope of the Court of Justice of the State of Tocantins. To this end, an examination of the statistical data available in the Justice in Numbers reports of the CNJ and data provided by the Court of Justice of the State of Tocantins was carried out, with an approach of the advantages of the previous procedure in relation to judicialization. With the results obtained, it was possible to verify significant advantages with the pre-procedural procedure, showing itself as an important instrument to face sociological and legal conflicts, as well as contributing to the promotion of access to the fair legal order.

Palavras-chave: Conciliation; Fair Legal Order; Pre-procedural procedure; Tocantins State Court of Justice.

33Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Professor de Direito da Faculdade Serra do Carmo. Advogado. E-mail: prof.guilhermeaugusto@fasec.edu.br.

SUMÁRIO: Resumo. Introdução. 1. O surgimento dos métodos consensuais de conflitos enquanto mecanismo de efetivação do acesso à ordem jurídica justa. 2. Procedimento pré-processual no Estado do Tocantins. 3. Indicadores da Justiça Estadual, com enfoque no Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins (TJTO), nos anos de 2016 a 2019. 4. Efetividade do procedimento pré-processual no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. Conclusão. Referências. Anexos.

INTRODUÇÃO

Os métodos adequados de tratamento de conflitos são instrumentos hábeis a promover a pacificação social. Além disso, eles também são capazes de contribuir para uma celeridade processual.

A prestação jurisdicional célere, apesar de ser um direito constitucionalmente assegurado, tem sido um dos clamores da sociedade civil que critica fervorosamente o Poder Judiciário em razão da morosidade e lentidão decorrente do expressivo número de ações judiciais em tramitação.

Os métodos adequados de tratamento de conflitos, embora originariamente criados para o enfrentamento humanizado e adequado dos conflitos, de forma reflexa também vem ganhando destaque por propiciar a solução de conflitos de forma mais rápida e efetiva, destacando, neste cenário, a mediação e a conciliação.

Com a edição da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e, mais tarde, com o advento do novo Código de Processo Civil e da Lei nº 13.140/2015, houve o fomento à mediação e conciliação nas vias judicial e extrajudicial. Com a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC's), tornou-se possível a realização de audiências autocompositivas antes do ajuizamento da ação judicial, os chamados procedimentos pré-processuais, onde o acordo obtido pelas partes será sujeito à homologação do juiz, servindo como título executivo judicial.

Os procedimentos pré-processuais têm viabilizado a solução de litígios de forma substancialmente rápida e efetiva, além de estimular a cultura da paz.

Neste prisma, o presente estudo tem como enfoque a verificação da efetividade das audiências autocompositivas na fase pré-processual enquanto instrumento de pacificação social, influindo, de modo reflexo, no fenômeno da desjudicialização no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, tendo como período de referência os anos de 2016, ano da regulamentação do procedimento prévio na jurisdição, até o ano de 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para tanto, optou-se pelo método de revisão sistemática de literatura, buscando na base de dados Google Acadêmico e Catálogo de Teses do capes, pelos descritores métodos autocompositivos, procedimento pré-processual, princípio da celeridade; bem como nas plataformas do Conselho Nacional de Justiça e no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins buscando os atos normativos que regulamentam os procedimentos pré-processuais. Utilizou-se, ainda, da revisão bibliográfica de literatura em doutrinas voltadas para métodos autocompositivos.

Quanto à técnica de pesquisa, optou-se pela documentação indireta, valendo-se da pesquisa documental, especificamente para a coleta de dados estatísticos e pesquisa bibliográfica. Já o procedimento adotado foi o comparativo, confrontando dados do procedimento comum e das reclamações pré-processuais.

O estudo estruturou-se em quatro partes. Num primeiro momento foi relatado, de forma perfunctória, o desafio da justiça brasileira em promover uma prestação jurisdicional rápida e o surgimento dos métodos adequados de resolução de conflitos enquanto mecanismo de efetivação do acesso à ordem jurídica justa.

Ato subsequente, houve a exposição do processo e do procedimento pré-processual no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins.

No terceiro momento, foi apresentado um levantamento de dados estatísticos por meio dos relatórios Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça, representando, por meio de gráficos, o índice de litigiosidade, taxa de congestionamento e índice de conciliação, com enfoque na Justiça Estadual do Tocantins.

Por fim, verificou-se a efetividade do procedimento pré-processual para a promoção de uma cultura de paz, destacando as vantagens do procedimento em detrimento da judicialização.

1. O SURGIMENTO DOS MÉTODOS CONSENSUAIS DE CONFLITOS ENQUANTO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DO ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA

A morosidade da prestação jurisdicional do Poder Judiciário brasileiro tem sido objeto de muitos debates nos últimos anos. A sociedade clama não só por decisões efetivas, mas que possam obter uma resposta da jurisdicional em prazo razoável.

Prevista explicitamente no rol de direitos e garantias fundamentais, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) assegura a todos os cidadãos brasileiros o acesso à justiça e a duração razoável dos processos (BRASIL, 2020f).

Contudo, com o crescimento exponencial do ajuizamento de ações judiciais, a obtenção de uma prestação jurisdicional célere nem sempre tem sido possível.

De acordo com o relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicado em 2019, no ano de 2018, no âmbito da Justiça Estadual, foram distribuídos 19.579.314 (dezenove milhões, quinhentos e setenta e nove mil e trezentos e quatorze) novos processos, baixados 22.269.043 (vinte e dois milhões, duzentos e sessenta e nove mil e quarenta e três), havendo 62.988.042 (sessenta e dois milhões, novecentos e oitenta e oito mil e quarenta e dois) feitos em tramitação, número expressivo para a força de trabalho que conta com 302.856 (trezentos e duas mil e oitocentos e cinquenta e seis) pessoas, entre magistrados e servidores. (BRASIL, 2020c).

Ainda de acordo com o relatório, o tempo médio para a prolação de uma sentença em processo de conhecimento no primeiro grau de jurisdição na Justiça Estadual é de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses, enquanto os feitos executivos levam em média 6 (seis) anos e 1 (um) mês. O documento revela que, considerando o período de publicação de sentença e o tempo da baixa, os processos têm tempo de tramitação médio de 3 (três) anos e 11 (onze) meses nas ações de conhecimento e 6 (seis) anos e 4 (quatro) meses nas execuções (BRASIL, 2020c).

Tais dados revelam que um dos desafios da justiça brasileira reside no tempo estimado para a solução do litígio na via judicial. O cidadão que provoca a atuação jurisdicional para a resolução de um conflito espera que o litígio seja resolvido de forma rápida e não apenas a procedência de seu pedido.

Nas sábias palavras de Luna (2020, *online*),

> A celeridade é fator muito importante na condução de um litígio, pois sabidamente é bastante desgastante prolongar por muito tempo qualquer discussão, ainda mais quando existe algum grau de animosidade e descontentamento entre as partes. Além dos atritos emocionais, na maioria dos casos há alguma urgência na definição das relações sociais envolvidas, por motivos familiares, financeiros, de saúde, ocupacionais e até psicológicos, a demandar uma solução rápida e eficaz para as questões controvertidas. Quando a solução final para um determinado conflito demora muito para ser proferida, várias

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> relações jurídicas correlatas ao objeto litigioso podem ser reflexamente comprometidas, gerando inúmeros prejuízos e ocasionando maiores dificuldades a serem enfrentadas pelas partes.

Na mesma linha de entendimento, Ferraz e Guerra (2020, *online*) destacam que:

> [...] quanto mais um julgamento demora a ser proferido, mais vai perdendo, progressivamente, seu sentido reparador, até que, transcorrido o tempo razoável para a solução do conflito, qualquer solução será irremediavelmente injusta, por mais justo que seja o seu conteúdo. Além dos prejuízos individuais (de ordem material e psicológica), a demora também causa danos à coletividade, por desencorajar outras pessoas a ingressarem no Judiciário, comprometendo a própria credibilidade das instituições de justiça.

Por certo, a garantia do acesso à justiça não é suficiente. É necessária uma resposta estatal rápida e efetiva, reclamando atenção, neste particular, não só dos magistrados, mas também dos legisladores no que pertine ao aperfeiçoamento das normas processuais (NOVELINO, 2016).

Torna-se nítido que, conforme destacado por Watanabe (2012, p. 87), o Poder Judiciário brasileiro vive uma crise em termos de "morosidade, efetividade e adequação de suas soluções".

Convém destacar que a garantia constitucional do acesso à justiça tem como enfoque viabilizar o acesso à ordem jurídica justa e não a mera possibilidade do cidadão buscar o judiciário enquanto instituição estatal. Watanabe (2011, p. 387), precursor da teoria do acesso à ordem jurídica justa, enfatiza que o princípio do acesso à justiça:

> [..] não assegura apenas acesso formal aos órgãos judiciários, e sim um acesso qualificado que propicie aos indivíduos o acesso à ordem jurídica justa, no sentido de que cabe a todos que tenham qualquer problema jurídico, não necessariamente um conflito de interesses, uma atenção por parte do Poder Público, em especial do Poder Judiciário.

Em verdade, as políticas públicas de resolução de conflitos devem ter o fim precípuo de garantir aos jurisdicionados o acesso à ordem jurídica justa, o que trará,

como efeito reflexo, a redução do acervo processual e, por consequência, propiciará maior celeridade na prestação jurisdicional.

A concretização dessas políticas públicas abre espaço para a institucionalização, no Brasil, do sistema americano de múltiplas portas. Este sistema alternativo prevê que, em um único local, haja a integração de diferentes formas de processamento de conflitos, tanto judicial quanto extrajudicial, de modo que, ao ingressar na instituição, o interessado passará por uma triagem de forma a verificar qual o procedimento mais adequado para resolver a lide exposta. Daí o nome tribunal multiportas: ao invés de existir apenas uma "porta", o sistema englobaria vários tipos de procedimento concentrados como um verdadeiro "centro de justiça" (SIFUENTES, 2006).

No Brasil, com o fito de alcançar a resolução de conflitos de forma cada vez mais célere e colocando o jurisdicionado como protagonista da solução do conflito, tem ganhado espaço os métodos adequados, com destaque para a conciliação e a mediação, sendo que a primeira já possuía previsão no Código de Processo Civil de 1973 e, posteriormente, melhor disseminada na Lei dos Juizados Especiais, editada no ano de 1995.

Fazendo uma perfunctória distinção entre os termos mediação e conciliação, tem-se que esta é o meio pelo qual o conciliador auxilia as partes na compreensão de seus direitos, objetivando a realização de um acordo. Aqui, "as partes é que decidem os termos do acordo, mas o conciliador pode fazer sugestões e opinar quanto ao mérito da questão. O objetivo da conciliação é o acordo" (ASSMAR, 2020, *online*). A mediação, por sua vez, consiste na intervenção de um terceiro imparcial e neutro, sem qualquer poder de decisão, para ajudar os envolvidos em um conflito a alcançar voluntariamente uma solução mutuamente aceitável, agindo no sentido de facilitar e incentivar o diálogo (CALMON, 2015).

Com efeito, a Resolução nº 125 do CNJ representou um importante passo no processo de consolidação dos métodos consensuais de resolução de conflitos ao dispor sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, com vistas a assegurar o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. (BRASIL, 2020e). Em linhas gerais, buscou-se implementar no Brasil a experiência do tribunal multiportas.

Posteriormente, em 2015, houve a edição da Lei nº 13.140, conhecida popularmente como a Lei da Mediação, dispondo sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

conflitos no âmbito da administração pública (BRASIL, 2020g). É o marco legal da mediação, tratando-se da primeira norma a viger tratando exclusivamente dos métodos e procedimentos de tratamento adequado de conflitos.

Em arremate, com a edição do Código de Processo Civil de 2015, somados aos textos normativos anteriores, serviram como um importante instrumento de disseminação da mediação e da conciliação na via extrajudicial e judicial, estimulando a resolução de conflitos sem a necessidade da intervenção estatal. Além de demonstrar o compromisso do Estado com a promoção da cultura da paz, com o incentivo a adoção dos métodos autocompositivos tornou-se possível a obtenção da resolução de conflitos com celeridade e com resultado que melhor atende os interesses das partes.

Para Luna (2020, *online*),

> Os novos diplomas legais investem em duas modalidades de mediação: a primeira denominada mediação prévia (sempre facultativa), permite ao litigante, antes mesmo de ajuizar a demanda, procurar o auxílio de um conciliador ou mediador para resolver o conflito de interesses; a segunda, incidental (e cuja tentativa é obrigatória nas ações de família) terá lugar sempre que for distribuída demanda (excepcionadas as causas arroladas pela própria lei, que tem por objeto, direitos tipicamente indisponíveis) sem prévia tentativa de mediação, de sorte que, obtido o acordo, se extinguirá o processo sem a necessidade de intervenção do juiz estatal.

É justamente com o enfoque na conciliação prévia, na fase pré-processual, que a presente pesquisa se debruça. Os textos normativos vigentes, ao dispor sobre métodos adequados de resolução de conflitos, deixam claro que não é preciso propor uma ação judicial quando há o interesse das partes em resolver o conflito de forma amistosa.

2. PROCEDIMENTO PRÉ-PROCESSUAL NO ESTADO DO TOCANTINS

O procedimento pré-processual trata-se de mais uma "porta" a disposição do cidadão para resolver um conflito, de forma harmoniosa, sem a necessidade de instaurar um processo judicial, além de poder obter um pronunciamento de mérito (sentença homologatória) em prazo exíguo.

Por certo, a finalidade do Poder Judiciário vai além da mera resolução do processo. Sua razão de ser é a promoção da pacificação social, sendo certo que,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

independentemente do processo e do procedimento realizado para a resolução dos conflitos, também é tarefa do Judiciário criar e estimular mecanismos e técnicas que aproximem o cidadão da verdadeira justiça (BACELLAR, 2003).

Neste trilhar, com o objetivo de prevenir o ajuizamento de ações judiciais, houve a criação dos procedimentos pré-processuais, os quais consistem na realização de audiência autocompositiva antes do ajuizamento da ação judicial, sendo que o acordo obtido será submetido a homologação judicial de forma célere (CALMON, 2015).

O procedimento pré-processual, como o próprio nome sugere, antecede a instauração de um processo judicial, funcionando como uma alternativa a judicialização, objetivando a redução de demandas forenses, redução do tempo na solução da lide, além de se mostrar acessível a todo e qualquer cidadão.

Nas palavras de Luna (2020, *online*),

> A principal característica dessa modalidade de conciliação é a promoção de encontros entre os interessados, nos quais um conciliador buscará obter o entendimento e a solução das divergências por meio da composição não adversarial, ainda antes de deflagrada a ação judicial.

Este método alternativo tem ganhado cada vez mais espaço após a criação dos Centros Judiciários de Resolução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC's)34. Destaque-se que a reclamação pré-processual é compreendida como método alternativo em razão de não excluir a possibilidade de apreciação da demanda pelo Poder Judiciário (GONÇAVES; CARNEIRO, 2020).

Os CEJUSC's, por sua vez, possuem previsão na Resolução nº 125 do CNJ, com a seguinte disposição contida no artigo 8º, *in verbis*:

> Art. 8º Para atender aos Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou dos Juizados Especiais Cíveis e Fazendários, os Tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania ("Centros"), unidades do Poder Judiciário,

34 Os CEJUSC's são unidades do Poder Judiciário que funcionam como centros de paz. É o local onde são atendidas demandas processuais e pré-processuais, além de atuar na prevenção, tratamento e solução de conflitos que versem sobre qualquer matéria, judicializada ou não, sempre que admitida a solução da controvérsia por métodos consensuais (TOCANTINS, 2020c).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> preferencialmente, responsáveis pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão. (BRASIL, *online*, 2020e).

Com vistas a regulamentar as disposições contidas na Resolução nº 125/2010 do CNJ, bem como prosseguir na disseminação da conciliação e mediação, o Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins (TJTO) editou a Resolução nº 005 em abril do ano de 2016, regulamentando a competência, composição, estrutura e funcionamento dos CEJUSC's no âmbito do Poder Judiciário do Estado do Tocantins e o cadastro dos conciliadores e mediadores (TOCANTINS, 2020d).

Recentemente, o TJTO editou a Resolução nº 01, de 10 de janeiro de 2020, com tímidas alterações à Resolução nº 005/2016 no que toca à regulamentação do procedimento pré-processual.

Assim prevê a recente Resolução:

> Art. 6º Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) possuem status de unidade judiciária, nos termos da Resolução nº 219, de 26 de abril de 2016, do CNJ, alterada pela Resolução nº 282, de 29 de março de 2019, e atuam como centro de paz no judiciário, atendendo demandas processuais e pré-processuais e na prevenção, tratamento e solução de conflitos que versem sobre qualquer matéria, judicializada ou não, sempre que admitida a solução da controvérsia por métodos consensuais, podendo ter atuação regional, ou seja, em mais de uma comarca, a critério do NUPEMEC. (TOCANTINS, *online*, 2020c).

A Resolução nº 01/2020 do TJTO dispõe, ainda, de forma expressa, que a competência para realizar atendimentos pré-processuais, conciliações e mediações pré-processuais é dos CEJUSC's, e que a homologação dos acordos competirá ao juiz coordenador de cada CEJUSC. (TOCANTINS, 2020c).

Acerca do procedimento, quando do atendimento pré-processual ou pedido de homologação de acordo extrajudicial, o CEJUSC fará o registro por atermação[35]

[35]Processo de traduzir a demanda do cidadão através de um termo que será dirigido ao juiz. (Dicionário Informal, 2020).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

no sistema E-proc36 que será autuado como "reclamação pré-processual". Após o registro do atendimento, será entregue carta-convite ao reclamante para que providencie a entrega ao reclamado. (TOCANTINS, 2020c). Registre-se que a carta-convite é o documento hábil para cientificar o requerido acerca da demanda, contendo as informações necessárias para o comparecimento ao ato conciliatório.

Realizada a audiência e obtido acordo, será reduzida a termo, com assinatura das partes, conciliador e advogado, se houver, e encaminhado os autos ao juiz coordenador para homologação após a prévia oitiva do Ministério Público, nos casos em que for imprescindível sua intervenção. Após a homologação do acordo, caso haja pedido da parte, será efetivada a evolução da classe do procedimento pré-processual para ação judicial, valendo a sentença homologatória como título executivo judicial sujeita ao cumprimento de sentença (TOCANTINS, 2020c).

Em caso de não obtenção de acordo durante a audiência, haverá o arquivamento do procedimento prévio, ocasião em que a parte interessada será orientada a promover a judicialização quando impossível a resolução por outro modo (TOCANTINS, 2020c).

Conforme se observa, o procedimento da reclamação pré-processual é marcado pela simplicidade e viabiliza maior rapidez na solução do conflito.

Importante mencionar que neste procedimento não há custas processuais nem limite do valor da causa, como também não há regra de competência, podendo, ainda, as partes, escolher a unidade do CEJUSC que melhor lhes convir.

Passadas as considerações acerca do procedimento pré-processual, resta verificar se o procedimento alternativo é efetivo para a promoção da pacificação social, garantindo celeridade processual com efeitos reflexos no fenômeno da desjudicialização no âmbito do TJTO, o que passa a se fazer nos capítulos seguintes.

3. INDICADORES DA JUSTIÇA ESTADUAL, COM ENFOQUE NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS (TJTO), NOS ANOS DE 2016 a 2019

Da observação dos dados compilados dos relatórios Justiça em Números publicados nos anos de 2017 a 2020, foi possível verificar alguns indicadores relacionados a situação da Justiça Estadual do Estado do Tocantins, especialmente

36 Sistema de processo eletrônico utilizado no Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

no que pertine a gestão judiciária e aos índices de conciliação. Destaque-se que o período analisado restringe-se ao período de 2016 a 2019.

Os relatórios indicam que a litigiosidade no Estado do Tocantins tem se mantido alta, especialmente nos anos de 2018 e 2019, onde o número de casos novos distribuídos por cada grupo de 100.000 (cem mil habitantes) superou a média nacional, apesar do TJ/TO tratar-se de tribunal de pequeno porte.

Confira-se:

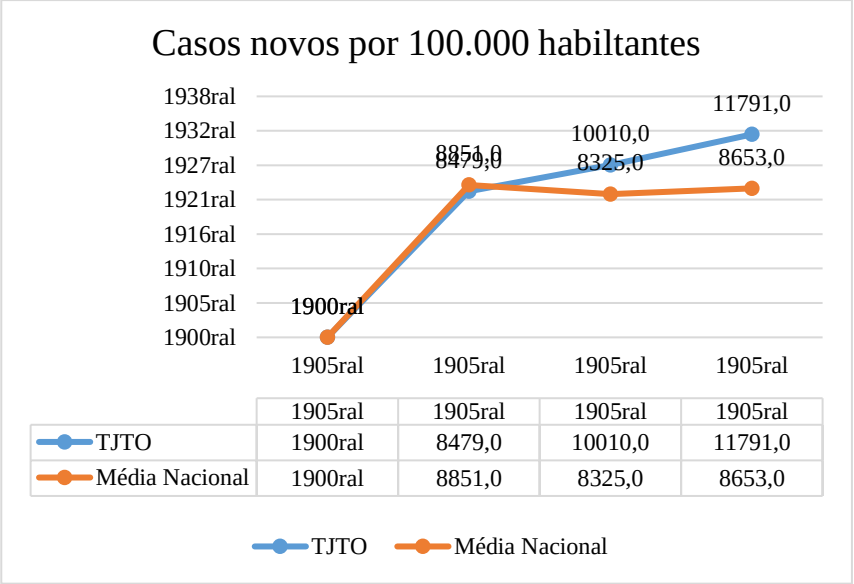


Figura 1. Número de casos novos distribuídos por cada grupo de 100.000 habitantes. Gráfico elaborado pelo autor com base nos dados contidos nos relatórios Justiça em Números dos anos de 2016 a 2019 (BRASIL, 2020b; BRASIL, 2020c; BRASIL, 2020d).

No gráfico acima, em relação ao ano de 2016, não foram localizadas informações acerca dos números de casos novos por cada grupo de cem mil habitantes, tanto em relação ao Estado do Tocantins quanto à média nacional, razão pela qual encontram-se com valores em 0 (zero).

Quanto à taxa de congestionamento, que serve para medir o percentual de processos que ficaram represados sem solução comparativamente ao total tramitado no período de um ano, verifica-se que o TJTO, apesar de possuir um índice inferior à médica nacional, desde o ano de 2018 vem sofrendo o um gradativo aumento. Importante destacar que, quanto maior o índice da taxa de congestionamento, maior é a dificuldade do tribunal em gerir o estoque processual.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

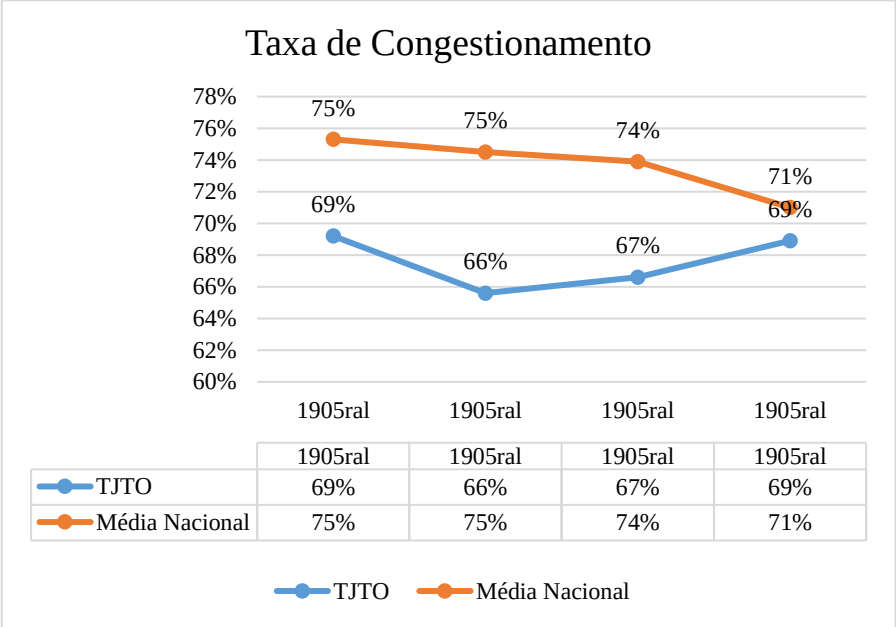
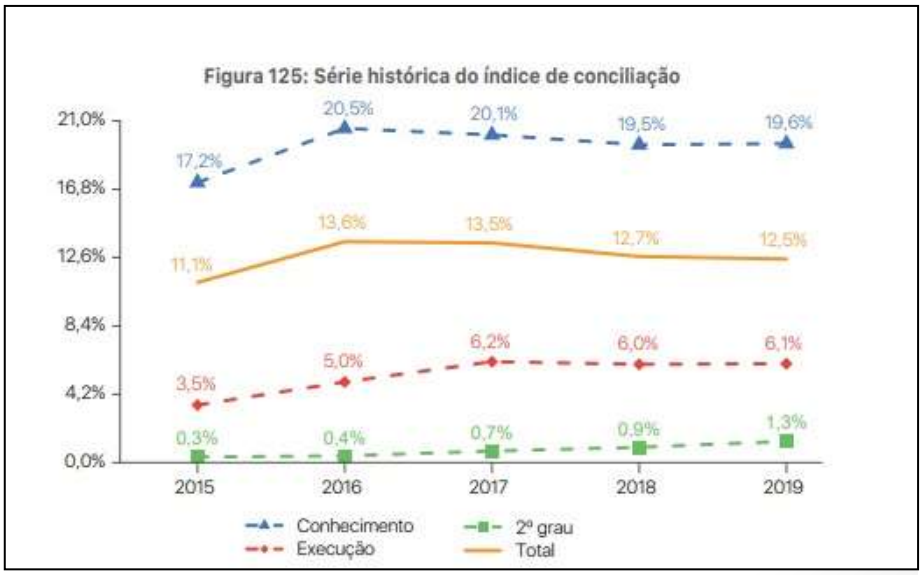


Figura 2. Taxa de congestionamento. Gráfico elaborado pelo autor com base nos dados contidos nos relatórios Justiça em Números dos anos de 2016 a 2019 (BRASIL, 2020a; BRASIL, 2020b; BRASIL, 2020c; BRASIL, 2020d).

Em relação aos índices de conciliação, os números apontam uma lenta evolução. Na figura abaixo, tem-se o demonstrativo da evolução dos índices de conciliação no âmbito do Poder Judiciário brasileiro.



Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Figura 3. Série histórica do índice de conciliação do Poder Judiciário Brasileiro. Fonte: BRASIL, 2020d, *online*.

Os dados revelam que o TJTO, durante o período avaliado, manteve índices superiores à média da Justiça Estadual brasileira. O índice de conciliação é dado pelo percentual de sentenças e decisões resolvidas por homologação de acordo em relação ao total de sentenças e decisões terminativas proferidas.

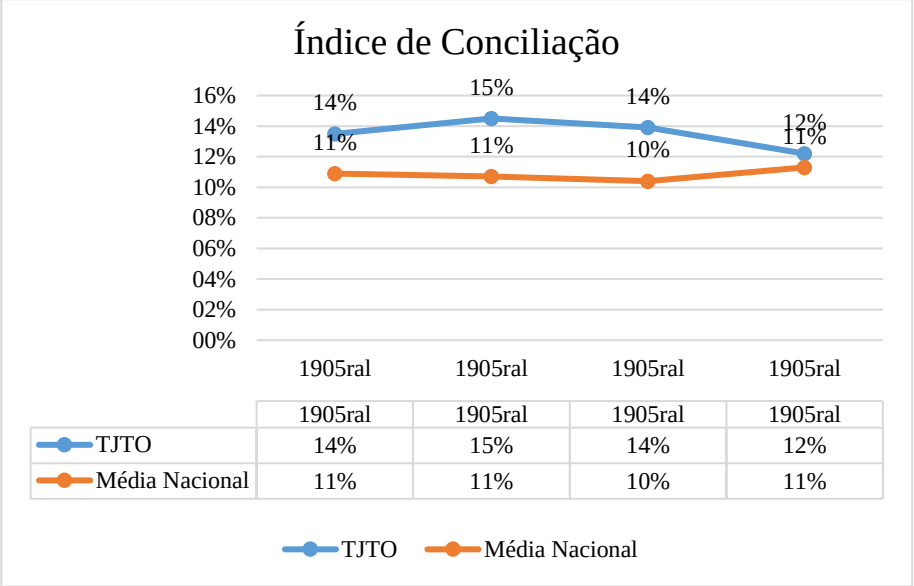


Figura 4. Índice de conciliação. Gráfico elaborado pelo autor com base nos dados contidos nos relatórios Justiça em Números dos anos de 2016 a 2019 (BRASIL, 2020a; BRASIL, 2020b; BRASIL, 2020c; BRASIL, 2020d).

Em relação aos procedimentos pré-processuais, os dados fornecidos pelo TJTO demonstram índices de resolução do conflito de forma satisfatória, comparando o número de feitos protocolados e o número de acordos obtidos. Confira-se o gráfico abaixo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

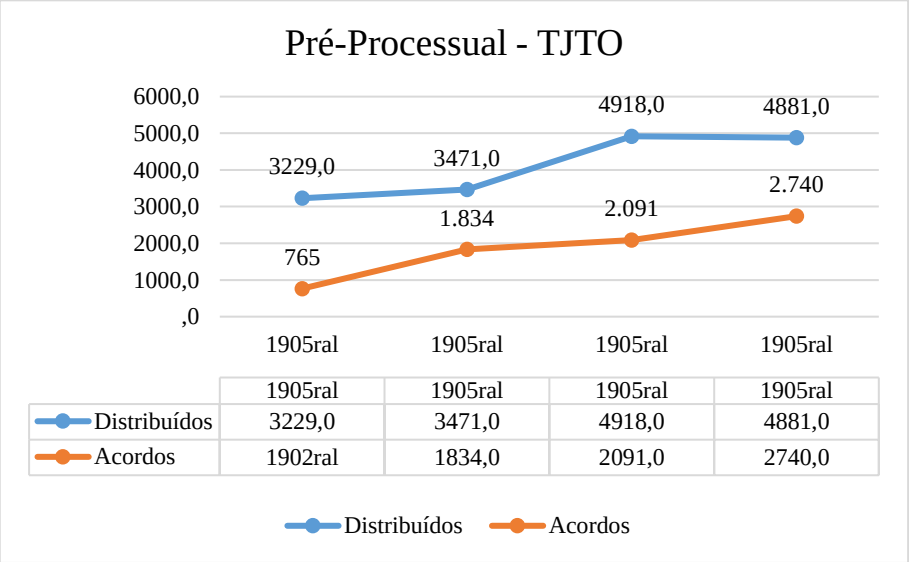


Figura 5. Número de reclamações pré-processuais x número de acordos no TJTO. Gráfico elaborado pelo autor com base nos dados fornecidos pelo TJTO.

No gráfico acima, foram consideradas as seguintes classes processuais: pedido de mediação pré-processual, reclamação pré-processual e homologação de transação extrajudicial.

Os dados apresentados são suficientes para revelar o potencial que a conciliação pré-processual tem a contribuir com a pacificação social, otimizando o tempo de resposta da justiça. Contudo, torna-se imperioso analisar a efetividade deste procedimento na justiça estadual tocantinense, o que será feito no próximo capítulo

4. EFETIVIDADE DO PROCEDIMENTO PRÉ-PROCESSUAL NO ÂMBITO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS

Culturalmente, ao longo dos anos, o Poder Judiciário adjudicou para si a solução dos litígios, com pouco incentivo aos métodos adequados de resolução de conflitos. Resultado disso está evidenciado nos gráficos apresentados no capítulo retro, onde revelam que a taxa de litigiosidade segue uma curva ascendente no TJTO e, por conseguinte, conta com um estoque processual em alta.

O fomento à cultura da paz se deu, com maior afinco, somente na última década, primeiro, com a Resolução nº 125 do CNJ e, depois, com a edição da Lei da Mediação e do Código de Processo Civil de 2015.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No âmbito do TJTO, a Resolução nº 05/2016, posteriormente substituída pela Resolução nº 01/2020, teve um papel importante no cenário Estadual enquanto política de pacificação social, sendo que desde o ano de 2018, cada comarca do Estado passou a contar com um CEJUSC instalado (BRASIL, 2020c; BRASIL, 2020d).

É certo que toda alteração legislativa leva um interstício temporal para ser integralmente incorporada ao cotidiano da população.

Os números revelam que o TJTO tem obtido um índice de acordo superior à média nacional. O número de decisões resolvidas por homologação de acordo em relação ao total de sentenças e decisões terminativas, representaram percentuais de 13,5%, 14,5%, 13,9%, e 12,2%, nos anos de 2016, 2017, 2018 e 2019, respectivamente. (BRASIL, 2020a; BRASIL, 2020b; BRASIL, 2020c; BRASIL, 2020d).

Apesar dos percentuais ainda se mostrarem um pouco tímidos, deve ser visto com bons olhos. É o começo de uma mudança de concepção, que pode significar um grande avanço para o sistema jurisdicional brasileiro.

É possível afirmar que "embora lentamente, a cultura do consenso começa a avançar, em contraposição à cultura do conflito. E a justiça conciliativa passa a ser vista como elemento integrante da própria política judiciária" (GRINOVER, 2012, p. 96).

Quanto ao procedimento pré-processual, os números são otimistas. Comparando o número de demandas protocoladas no procedimento pré-processual com o número de acordos exitosos no TJTO, tem-se os seguintes percentuais: 23,7%, 52,8%, 42,5%, 56,1% nos anos de 2016, 2017, 2018 e 2019, respectivamente. (TOCANTINS, 2020).

Disto, denota-se que, desde a regulamentação do procedimento pré-processual no Estado do Tocantins, em 2016, esta via vem obtendo uma curva ascendente de êxito. Cada litígio resolvido na via pré-processual representa um processo a menos para o Poder Judiciário resolver.

Neste viés, o procedimento pré-processual,

> Trata-se de mais uma iniciativa digna de aplausos dos integrantes da Comissão que faz parte do fortalecimento e incentivo a cultura da pacificação em detrimento a cultura do litígio, de forma a permitir que o conflito seja solucionado sem a necessidade do ajuizamento da ação e consequente instauração de todos os procedimentos e etapas jurídico-processuais. (MORAES; CACHAPUZ, 2014, p. 73).

Ademais, o fomento à conciliação prévia permite que a sociedade desenvolva uma consciência para "lidar de modo autônomo e responsável com seus conflitos" (SPENGLER, 2016, p. 121), disseminando uma cultura da desjudicialização.

A via pré-processual possui grandes vantagens quando comparada ao sistema tradicional. Primeiro, como já discorrido, em linhas pretéritas, permite a resolução do litígio em prazo exíguo, assegurando ao cidadão a celeridade processual e primando pelo acesso à ordem jurídica justa. Assim, evita-se a distribuição de um novo processo, contribuindo para desafogar o judiciário de modo a permitir que o trabalho do Poder Judiciário se concentre naquelas demandas que, de fato, seja necessária sua intervenção.

O fator financeiro é outro ponto de destaque do procedimento. Na via pré-processual não se exige a constituição de advogado, pagamento de custas processuais, taxa judiciária, tampouco há condenação em honorários de sucumbência.

Além disso, é admitido no procedimento prévio, toda e qualquer demanda que possa ser solucionada pela via da conciliação, independentemente do valor da causa. Assim, é admissível: ações de família, inventários, litígios envolvendo a Fazenda Pública, entre outras. A única ressalva é que, havendo acordo em demandas que envolvam direitos indisponíveis, será necessária a prévia oitiva do Ministério Público para a homologação pelo juiz coordenador do CEJUSC (TOCANTINS, 2020c).

Merece destaque o fato de que, apesar do ano de 2020 ter sido assolado pela pandemia da COVID-19, o que reclamou a adoção de medidas temporárias de prevenção ao contágio, com estabelecimento do regime de teletrabalho compulsório no âmbito do TJTO, por meio da Portaria Conjunta nº 9/2020 da Presidência do TJTO e da Corregedoria-Geral da Justiça, ficou autorizada a realização de audiências por videoconferência durante a crise sanitária provocada pelo convid-19 até que sobrevenha solução definitiva (TOCANTINS, 2020e).

Mais recentemente, houve a edição da Portaria Conjunta nº 32, de 11 de setembro de 2020, dispondo sobre o uso do aplicativo WhatsApp e Hangouts Meet no procedimento para realização de audiências de conciliação e mediação no âmbito dos Centros Judiciários de Solução de Conflito e de Cidadania do Poder Judiciário do Estado do Tocantins, em razão da proliferação do contágio pelo coronavírus (Covid-19) (TOCANTINS, 2020f).

Tais medidas revelam o compromisso do TJTO com continuidade do funcionamento do relevante serviço de pacificação social prestado pelo Poder

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Judiciário, regulamentando e propiciando mecanismos aptos a viabilizar a realização de audiências autocompositivas, tanto na via judicial quanto na pré-processual.

Neste processo de fomento à conciliação prévia, os advogados, Defensoria Pública e Ministério Público assumem um papel de grande importância enquanto instituições indispensáveis à promoção da justiça.

De acordo com o Código de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil, é dever do advogado "estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios" (BRASIL, 2020h, *online*). Assim, neste movimento de pacificação social, embora não seja obrigatória, a figura do advogado é de suma importância para acalmar os ânimos de seu constituinte, apresentando-lhe as vantagens da conciliação prévia.

Destaque-se que o procedimento pré-processual pode ser muito benéfico ao profissional advogado de modo que, quanto mais rápida a demanda for solucionada, mais rápido será o pagamento de seus honorários contratuais, e sem dúvidas, maior será a satisfação de seu cliente em obter um pronunciamento justo e célere.

De outro norte, a Defensoria Pública, enquanto instituição permanente essencial à jurisdição do Estado, incumbida de promover a defesa de direitos individuais e coletivos na via judicial e extrajudicial (BRASIL, 2020c), pode promover a conciliação prévia de modo a resolver o conflito na própria instituição, sem a necessidade de instaurar um processo judicial.

Imbuída deste ideário pacificador, a Defensoria Pública do Estado do Tocantins (DPE-TO) conta com núcleos especializados de mediação e conciliação (Numecons), considerados a porta de entrada para a solução de conflitos e a redução do número de processos da Instituição. A iniciativa tem tido êxito, obtendo acordo em 80% dos casos de mediação e conciliação no ano de 2019 (TOCANTINS, 2020a).

Importante destacar que no ano de 2020, mesmo diante da situação de excepcionalidade decorrente da pandemia da COVID-19, a DPE-TO manteve a prestação de serviços de conciliação com uma nova roupagem, de forma virtual. Os números são animadores: no período de 19 de março a 31 de agosto, das 258 tentativas, 173 obtiveram acordos e apenas 85 foram encaminhados para via judicial (TOCANTINS, 2020b).

O Ministério Público, por sua vez, assim como a classe dos advogados e a Defensoria Pública, também pode e deve estimular a conciliação pré-processual de modo a unir esforços em busca da promoção da justiça e da pacificação social, além

de primar pela realização de acordos no próprio âmbito da instituição quando figurar como autor de uma determinada demanda (LUNA, 2020).

Por certo, conforme bem destacado por Moraes e Cachapuz (2014, p. 73):

> As benesses da conciliação pré-processual repercutem em todo o sistema, desde a desnecessidade de instauração de procedimentos litigiosos, o que, consequentemente, diminui a carga de ações que tramitam no país e auxilia a presteza jurisdicional, como, em decorrência disto, as partes interessadas recebem a prestação jurisdicional em tempo razoável de acordo com o princípio da efetividade processual, além da satisfação pelo fim do litígio.

Para, além disso, o procedimento pré-processual propõe uma mudança de paradigma de forma a estimular a construção da paz, colocando o cidadão como protagonista do ideário de justiça. Nas sábias lições de Bacellar (1999, p. 130), "A verdadeira Justiça só se alcança quando os casos se solucionam mediante consenso que resolva não só a parte do problema em discussão, mas também todas as questões que envolvam o relacionamento entre os interessados".

Mais do que números, a conciliação, em detrimento de uma sentença judicial, possui o condão de resolver o conflito, restabelecendo a harmonia entre as partes, e não somente pôr fim à lide exposta. Com a sentença judicial, tem-se um vencedor e um vencido, já com a conciliação há a pacificação.

Neste interim, Watanabe (2012, p. 89), com brilhantismo, destaca que:

> O que estamos querendo afirmar, com essas ponderações, é que os meios consensuais de solução de conflitos não devem ser utilizados com o objetivo primordial de se solucionar a crise de morosidade da justiça, com a redução da quantidade de processos existentes no Judiciário, e sim como uma forma de dar às partes uma solução mais adequada e justa aos seus conflitos de interesses, propiciando-lhes uma forma mais ampla e correta de acesso à justiça.

As digressões expostas no decorrer deste trabalho revelam que a conciliação prévia é um importante e efetivo instrumento de pacificação social, tendo como efeito reflexo a desjudicialização.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No Estado do Tocantins, nos quatro anos subsequentes à regulamentação do procedimento prévio, é possível notar um nível de efetividade satisfatório. Mas o trabalho continua. Ainda há muito que ser aperfeiçoado, sobretudo no que tange a políticas de disseminação e incentivo à "porta" da conciliação pré-processual.

A presente pesquisa carece de maiores estudos para um posicionamento conclusivo, mas até agora pode se perceber que os meios alternativos à judicialização, especificamente o procedimento pré-processual, veio proporcionar um maior grau de efetividade no tratamento de conflitos, e tem avançando num acesso à ordem jurídica justa.

CONCLUSÃO

Os métodos adequados de resolução de conflitos são mecanismos que propiciam ao jurisdicionado meios efetivos de solução de litígios, assegurando o acesso à ordem jurídica justa.

Na via pré-processual, é possível observar significativas vantagens em detrimento da judicialização, com destaque para a ausência de despesas processuais, desnecessidade de constituir advogado, além do bônus de se obter a resolução do conflito de forma rápida.

No âmbito do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, o procedimento pré-processual vem se mostrando exitoso, com um crescente número de demandas protocoladas, com índice de acordos satisfatórios, o que revela uma mudança gradual de paradigmas da população em buscar os métodos adequados para solução de seus conflitos.

Importante frisar que neste processo de fomento a cultura da paz, os advogados, Defensoria Pública e Ministério Público, enquanto instituições essenciais a justiça, assumem papel de destaque, sobretudo porque, comumente, são as instituições que o jurisdicionado primeiro ingressa na busca da solução de um litígio.

Por certo, a conciliação prévia está longe de resolver o problema da morosidade da justiça, mas é uma "porta" disponível ao cidadão que propicia meios de resolução efetiva de conflitos.

Mais do que números, os métodos adequados de resolução de conflitos prima pela recomposição da harmonia entre as partes, resolvendo o litígio de forma integral, e não meramente pôr fim ao processo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Com a efetiva conciliação há a pacificação. Isto porque, só se alcança a paz social quando resolvidas todas as questões que envolvem o relacionamento entre os interessados. E a verdadeira justiça se torna mais presente quando os litígios forem resolvidos mediante o consenso.

REFERÊNCIAS

ASSMAR, Gabriela. **Legislação Brasileira no que tange à Mediação de Conflitos**. Mediare. Disponível em: <https://mediare.com.br/legislacao-brasileira-no-que-tange-a-mediacao-de-conflitos/>. Acesso em: 04 abr. 2020.

BACELLAR, Roberto Portugal. A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos. In: **Revista de Processo**, Londrina, n. 95, p. 122-134, 1999.

_____, Roberto Portugal. **Juizados Especiais:** a nova mediação para processual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. CNJ. Conselho Nacional de Justiça.**Justiça em Números 2017**: ano-base 2016. Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2017. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2020a.

_____._____. **Justiça em Números 2018**: ano-base 2017. Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2020b.

_____._____. **Justiça em Números 2019**.Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2020c.

_____._____. **Justiça em Números 2020**: ano-base 2019. Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 15 set. 2020d.

_____. _____. **RESOLUÇÃO Nº 125, DE 29 DE NOVEMBRO DE 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em:

<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/atos-normativos?documento=156>. Acesso em: 04 de abr. 2020e.

_____. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.Acesso em: 04 abr. 2020f.

_____. **LEI Nº 13.140, DE 26 DE JUNHO DE 2015**.Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em: 04 de abr. 2020g.

_____. OAB. Ordem dos Advogados do Brasil. **Código de ética e disciplina da OAB**. Disponível em: <https://www.oab.org.br/visualizador/19/codigo-de-etica-e-disciplina>. Acesso em: 02 de out. 2020h.

CALMON, Petronio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. 3.ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2015.

DICIONÁRIO INFORMAL. **Atermação**. Disponível em: <https://www.dicionarioinformal.com.br/significado/aterma%C3%A7%C3%A3o/35294/>. Acesso em: 15 abr. 2020.

FERRAZ, Leslie; GUERRA, Sérgio. O custo Brasil e a morosidade do Poder Judiciário.In:**Valor Econômico**, 08/01/2009, Legislação & Tributos, p. E2. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/447548/noticia.htm?sequence=1>. Acesso em: 04 abr. 2020.

GONÇALVES, Alanna Gomes de Oliveira; CARNEIRO, Elke Ticiana de Araújo. **Novos mecanismos estratégicos para a obtenção do crédito tributário por parte dos conselhos de fiscalização profissional**: Audiência de Mediação e Conciliação e Reclamação Pré-Processual. Disponível em: <https://www.conferencianacionaldosconselhos.com/pdf/2019/Leitura-1.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Mediação paraprocessual. In:**Tribunal Multiportas:** investindo no capital social para maximizar o sistema de soluçãode conflitos no

Brasil. Organizadores: Rafael Alves de Almeida, Tania Almeida,Mariana Hernandez.Crespo. – Rio de Janeiro: FGV, 2012, p. 95-100.

LUNA, Jossanner Nery Nogueira.**Conciliação e mediação pré-processual como mecanismo de efetivação da justiça no plano da prestação jurisdicional**. 2015. 98f. Dissertação (Mestrado profissional e interdisciplinar em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos) – Universidade Federal do Tocantins, Programa de Pós-Graduação em Prestação Jurisdicional em Direitos Humanos, Palmas, 2015. Disponível em: <http://repositorio.uft.edu.br/handle/11612/84>. Acesso em: 04 abr. 2020.

MORAES,Mayna Marchiori de; CACHAPUZ, Rozane da Rosa. A implementação da política pública conciliatória como contributo ao estado democrático de direito. In:**Direitos sociais e políticas públicas**. vol.25 - 1ª ed. Curitiba: Clássica Editora, 2014. p. 53-80.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: JusPodivm, 2016.

SIFUENTES, Mônica. Tribunal multiportas. Direito Federal – **Revista da AJUFE**. Brasília, n. 84, 2006, p. 193-194.

SPENGLER, Fabiana Marion.**Mediação:** teoria e prática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

TOCANTINS. DPE. Defensoria Pública Estadual. **Pela pacificação de conflitos:** 80% dos casos de mediação e conciliação na DPE têm acordo. Publicado em 25/07/2019. Disponível em: <https://www.defensoria.to.def.br/noticia/35825>. Acesso em: 02 de out. 2020a.

_____._____. **DPE-TO aponta vantagens de se optar por uma conciliação em um processo judicial**. Publicado em 23/09/2020. Disponível em: <https://www.defensoria.to.def.br/noticia/45303>. Acesso em: 02 de out. 2020b.

_____. Poder Judiciário. Estado do Tocantins. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. **Resolução Nº 1, de 10 de janeiro de 2020**. Dispõe sobre a Política Judiciária Estadual de tratamento dos conflitos de interesses judiciais, disciplina a organização e o funcionamento do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC) e as atividades dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), do Poder Judiciário do Estado do Tocantins e adota outras providências. Disponível em: <http://wwa.tjto.jus.br/elegis/Home/Imprimir/2044>. Acesso em: 04 abr. 2020c.

_____. _____. **RESOLUÇÃO Nº 5, de 28 de abril de 2016**. Disciplina as atividades dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC), cria o cadastro de conciliadores do Poder Judiciário do Estado do Tocantins e adota outras providências. Disponível em: <http://wwa.tjto.jus.br/elegis/Home/Imprimir/1090>. Acesso em: 04 abr. 2020d.

_____. _____. **Portaria Conjunta Nº 9, de 07 de abril de 2020**. Autoriza a realização de audiências por videoconferência durante a crise sanitária provocada pelo coronavírus (COVID-19). Disponível em: <http://wwa.tjto.jus.br/elegis/Home/Imprimir/2103>. Acesso em: 03aut. 2020e.

_____. _____. **Portaria Conjunta Nº 32, de 11 de setembro de 2020**. Dispõe sobre o uso do aplicativo WhatsApp e Hangouts Meet no procedimento para realização de audiências de conciliação e mediação no âmbito dos Centros Judiciários de Solução de Conflito e de Cidadania do Poder Judiciário do Estado do Tocantins, em razão da proliferação do contágio pelo coronavírus (Covid-19), e dá outras providências. Disponível em: <http://wwa.tjto.jus.br/elegis/Home/Imprimir/2265>. Acesso em: 04 out. 2020f.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos. In: **Tribunal Multiportas:** investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil / Organizadores: Rafael Alves de Almeida, Tania Almeida, Mariana Hernandez. Crespo. – Rio de Janeiro: FGV, 2012. p. 87-94.

_____. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. **Revista de Processo** (RePro), São Paulo, ano 136, v. 195, p. 381-390, maio, 2011.

www.conteudojuridico.com.br

DIREITO ANIMAL: OS PRIMATAS NÃO HUMANOS SENCIENTES COMO SUJEITOS DE DIREITO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

ADENILDE RODRIGUES PAULO PINTO: Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Una de Contagem.

CARLA BERNARDES MACHADO E OLIVEIRA SILVA

(coautora)[1]

LUCAS CAMPOS DE ANDRADE SILVA[2]

(orientador)

RESUMO: Há uma grande necessidade de exame ético sobre a situação dos animais não humanos. Embora não possam ter identidade civil e serem registrados em cartório, parte da doutrina civilista afirma que são portadores de direitos inerentes à sua natureza de ser vivo senciente e de indivíduos pertencentes a uma determinada espécie. Objetivando criar o regime jurídico *sui generis* de sujeitos de direitos despersonalizados para os animais, o Plenário do Senado Federal aprovou o PL 27/18, de origem na Câmara dos Deputados. Até então, pela legislação vigente nos crimes ambientais (lei 9.605/98) e no Código Civil atual os animais recebem a consideração civil de bens móveis e são considerados coisas. O presente artigo pretende estabelecer algumas reflexões acerca do tratamento que é concedido aos animais não humanos, mais especificamente os animais da ordem dos primatas, na esfera contemporânea. Há a possibilidade de se defender os referidos animais como sujeitos de direito despersonalizados na legislação brasileira atual? Com base no método hipotético-dedutivo, aliado à pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e doutrinária, objetiva-se evidenciar que o procedimento mais adequado para a classificação dos animais não humanos da ordem dos primatas, é a de que eles são sujeitos de direitos despersonificados.

Palavras-chave: Código Civil de 2002. Primatas. Animais não humanos como sujeitos de direito.

ABSTRACT: There is a great need for ethical examination of the situation of non-human animals. Although they cannot have a civil identity nor be registered in a Registry like humans do, part of the civilista doctrine states that they have rights inherent by their nature of a sentient living beings and an individuals who belongs to a certain specie. Aiming to create the sui generis legal regime of subjects with depersonalized rights for animals, the Plenary of the Federal Senate approved PL

27/18, originally from the Chamber of Deputies. Until then, according to the legislation in force in environmental crimes (Law 9,605 / 98) and in the current Civil Code, animals receive civil consideration as movable property and are considered things. This article intends to establish some reflections about the treatment that has been given to non-human animals, more specifically animals of the order of primates, in the contemporary sphere. Is there a possibility to defend these animals as subjects of law depersonalized in current Brazilian legislation? Based on the hypothetical-deductive method, combined with bibliographic, jurisprudential and doctrinal research, the objective is to show that the most appropriate procedure for the classification of non-human animals of the order of primates, is that they are subjects with depersonified civil rights.

Key words: 2002 Brazilian Civil Code. Primates. Non-human primates as subjects with despersonifies civil rights

Sumário: Introdução. 1. Quem são os animais não humanos da ordem dos primatas? 1.1. O porquê do estudo ser específico sobre a ordem dos primatas 1.2. O que é um animal senciente. 2. A declaração de Cambridge sobre a Consciência animal. 2.1. Os animais não humanos na Constituição da República de 1988 e n Código Civil de 2002 (a natureza jurídica dos animais não humanos na atualidade. 2.2 Jurisprudência da descoisificação animal. 2.3. Os animais não humanos da ordem dos primatas podem ser considerados sujeitos de direito "sui generis" na legislação no Código Civil de 2002. 3. Conclusão

INTRODUÇÃO

O poeta Fernando Pessoa, em sua obra "Livro do Desassossego" (PESSOA, 1982.p.208), escreveu: "Se considero com atenção a vida que os homens vivem, nada encontro nela que a diferencie da vida que vivem os animais". Ekaterina Rivera, médica veterinária presidente da Sociedade Brasileira de Ciência em Animais de Laboratório (SBCAL/COBEA) para o triênio 2017-2019, em seus estudos sobre a ética na experimentação animal (RIVERA, 1992), leciona que o homem está repensando a ciência de um modo mais racional. Entretanto, não é fácil pensar racionalmente sobre ciência quando esta ciência envolve o uso de animais, pois há muita emoção envolvida. Nas palavras da pesquisadora:

"O tipo de atitude de cada pessoa com relação aos animais depende de vários fatores, muitos dos quais remontam ao início de nossas vidas. Também a atitude das pessoas com as quais temos contato nos influencia; o modo de elas agirem faz com que tenhamos uma atitude de sensibilidade ou não para com os animais". (RIVERA,1992.p.25)

Heron José de Santana Gordilho e Tagore Trajano de Almeida Silva (GORDILHO E SILVA, 2012) trouxeram a explicação de que, não há dúvida de que o lugar dos animais tem mudando da periferia para o centro do debate ético, e o simples fato da expressão "direitos dos animais" ter se tornado comum ao vocabulário jurídico já é um sintoma dessa mudança.

A visão humana de antropocentrismo vem, necessariamente, sofrendo uma mudança de paradigma, fruto de uma autocritica provocada por inúmeros desgastes ambientais.

"Tem ocorrido uma tendência mundial de superação do antropocentrismo clássico, uma vez que os elementos naturais cada vez mais têm sido objeto de consideração moral muitas vezes protegidos em detrimento dos interesses humanos imediatos. (GORDILHO E SILVA, 2012.p.2079)"

Nesse mesmo sentido.

"Sob este momento de transição e transformação de paradigmas, é que o direito dos animais vem se desenvolvendo, por vezes compreendido como um ramo do direito ambiental, por outras como um novo ramo do direito que defende a ética da vida, não apenas de forma global, mas específica no que diz respeito aos animais e estes como titulares de direitos fundamentais". (MELO e RODRIGUES,2019, p.02)

Dessa maneira, e sob essa nova perspectiva dos animais não humanos como sujeitos de direito despersonificados, vem se consolidando no mundo jurídico o reconhecimento do valor individual da vida animal sob as mais diversas formas, como, por exemplo, na exploração na indústria alimentícia, no entretenimento em circos e zoológicos e nos experimentos científicos, procurando trazer aspectos éticos e morais que preservem e protejam a vida dos animais não humanos.

No âmbito jurídico, no Brasil, a Constituição da República de 1988, no artigo 225, proíbe atos de crueldade contra os animais não humanos. Na legislação infraconstitucional os animais silvestres são tratados como bem de uso comum do povo, ou seja, um bem difuso indivisível e indisponível, já os domésticos eram, até a aprovação do Projeto de Lei 27/2018, considerados pelo Código Civil como semoventes passíveis de direitos reais. Há também LEI nº 9.605 de 1998 – Lei Federal de Crimes Ambientais, que dispõe sobre os abusos em animais, sendo causa de aumento de pena a morte do animal. Somando-se a isso, têm-se a LEI n° 5.197 de 1967 – Lei Federal de Proteção à Fauna, que proíbe expressamente a caça, perseguição, destruição ou apanha dos animais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O pesquisador José Fernando Simão, no artigo Direito Dos Animais: Natureza Jurídica. A Visão Do Direito Civil (SIMÃO, 2017, p.898), destaca que a leitura do direito dos animais exige uma decisão quanto à sua natureza jurídica e, portanto, passa por uma reflexão puramente de Direito Civil, pois é esse que cuida das categorias jurídicas.

Almejando criar o regime jurídico sui generis de sujeitos de direitos despersonalizados para os animais não humanos, em 07/08/2019, o Plenário do Senado Federal aprovou o PL 27/18, de origem na Câmara dos Deputados, que traz na explicação da ementa o texto, (...) determina que os animais não humanos possuem natureza jurídica sui generis e são sujeitos de direitos despersonificados, dos quais devem gozar e obter tutela jurisdicional em caso de violação, vedado o seu tratamento como coisa. (Senado.leg.br) Até então, pela legislação vigente nos crimes ambientais (lei 9.605/98), os animais recebiam a consideração civil de bens móveis e eram considerados coisas.

Edgar Morin (MORIN, 1975, p.36-39), leciona que as sociedades dos primatas são baseadas na cooperação, divisão social do trabalho, estratégias de manipulação, punição e reconciliação. Ademais, os grandes primatas como os orangotangos, bonobos, chimpanzés e gorilas, assim como os humanos, possuem de fato uma inteligência capaz de resolver problemas sociais, o que lhes facilita a sobrevivência e a reprodução. Em regra, se reúnem em famílias ou clãs compostos de jovens e anciãos, machos e fêmeas, que se dividem em diversos graus de parentesco e subgrupos, semelhantes aos nossos partidos políticos ou associações de bairros.

É importante destacar que os grandes primatas não pertencem à fauna brasileira, são animais que vivem na África e na Ásia, mas face ao fascínio que provocam, se encontram aprisionados em vários países ao redor do mundo, em coleções particulares, zoológicos e circos, estimando-se que a população total de grandes primatas seja menos que o total do número diário de nascimentos da espécie, daí a importância da discussão a respeito dos direitos a eles necessários. (SANTANA, SILVA E RAVAZZANO,2016, p.2109)

Ante a relevância e atualidade do tema, questiona-se: Os animais não humanos da ordem dos primatas podem ser considerados como sujeitos de direito na legislação brasileira atual?

“Considerando que o ativismo dos direitos dos animais cada vez mais envolve o direito, um estudo desse movimento deverá se mostrar informativo. Assim como outros movimentos sociais, o movimento pelos direitos dos animais aumentou sua confiança no sistema judicial.” (SILVERSTEIN,1996, p.17)

O cerne do presente trabalho não está em defender de modo absoluto e inquestionável diretos iguais para os primatas não humanos. Pretende-se demonstrar que todas as razões que se buscam para o reconhecimento de certos direitos básicos e essenciais aos indivíduos da espécie humana servem também para incluir, em alguma medida, os animais não humanos da ordem dos primatas, na categoria de sujeitos de direitos despersonificados, e não de meros objetos.

Com base no método hipotético-dedutivo, aliado à pesquisa bibliográfica, jurisprudencial e doutrinária, objetiva-se evidenciar que o procedimento mais adequado para a classificação dos animais não humanos da ordem dos primata é a de que eles são sujeitos de direitos despersonificados.

1. QUEM SÃO OS ANIMAIS NÃO HUMANOS DA ORDEM DOS PRIMATAS?

Nos termos da classificação taxonômica de Carlos Lineu (1707-1778) os seres humanos são pertencentes ao Reino Animal, Filo Chordata, Classe Mammalia, Ordem Primata e Família Hominidae, encontrando-se, assim, na mesma família dos chimpanzés, bonobos, gorilas e orangotangos.

Orangotango, gorila, chimpanzé, bonobo e humano. Esses são os cinco grandes primatas existentes atualmente na Terra. Pode-se dividir os membros da ordem dos primatas em dois grandes grupos: O dos Primatas do Velho Mundo e dos Primatas do Novo Mundo. No grupo Primatas do Velho Mundo, encontram-se inúmeras espécies como os lêmures (*Lemur catta*), babuínos (*Papio cinocephalus*), gorilas (*Gorilla gorilla*), chimpanzés (*Pan trglodytes*), bonobos (*Pan paniscus*), orangotangos (*Pongo pygmaeus*), ocorrendo na África e na Ásia. O grupo Primatas do Novo Mundo é composto de espécies que ocorrem no continente americano, como o sagüi-de-tufos-brancos (*Callithryx jacchus*), sagüi-de-topete (*Saguinus oedipus*), mico-leão-dourado (*Leontopithecus rosalia*), macaco-prego (*Cebus apella*) e macaco-aranha (*Ateles sp*) (Novak, 1993). (GUIMARÃES, 2007)

Segundo Fortes e Bicca-Marques (2005), a ordem dos Primatas é uma das mais antigas e menos especializadas ordens de mamíferos. Entre suas características anatômicas mais marcantes tem-se o focinho curto, o qual está relacionado com a menor dependência da olfação e o aprimoramento da visão binocular estereoscópica; mãos e pés retendo o padrão básico de cinco dígitos; pólex e hálux oponíveis, proporcionando maior destreza manual; dedos com unhas ao invés de garras; e aumento do tamanho do cérebro em relação ao tamanho do corpo. Os autores também ensinam que o tamanho aumentado do cérebro e a menor taxa metabólica basal dos primatas são, muito provavelmente, responsáveis por algumas das mais distintas características de sua biologia: um é que a maturidade reprodutiva

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ocorre mais tarde e o período de gestação é maior quando comparados aos de outros mamíferos de tamanho corporal similar; e o outro é o desenvolvimento do filhote se caracteriza por um longo período de dependência e socialização. Isso causa um elevado investimento energético dos pais na reprodução e no cuidado com a prole. Tais atributos contribuem para as baixas taxas reprodutivas encontradas entre os primatas.

Groves (2001), em seu livro Primate Taxonomy, apresenta 300 espécies de primatas (incluindo o *Homo sapiens*), distribuídas em 10 famílias e 51 gêneros. A maioria das espécies vive nas regiões tropicais do planeta, ocupando os mais variados tipos de ambientes, como as savanas e florestas densas tropicais. A distribuição geográfica abrange principalmente a África, a Ásia e as Américas Central e do Sul, mas algumas espécies ocorrem também em uma pequena extensão do território europeu (*Macaca sylvanus* em Gibraltar) e da América do Norte (*Alouatta palliata* no sul do México).

Rylands (2000), em seus estudos, lista um total de 18 gêneros, 110 espécies e 205 espécies e subespécies de primatas distribuídas desde o sul do México até o norte da Argentina, Paraguai e sul do Brasil. O Brasil é o país que apresenta a maior riqueza de primatas do mundo, contando com mais de 120 espécies e subespécies.

Tanto no grupo Primatas do Velho Mundo quanto no de Primatas do Novo Mundo, encontram-se espécies ameaçadas de extinção, especialmente devido à destruição e fragmentação do ambiente natural e à exploração comercial de muitas delas. (GUIMARÃES, 2007, p.341).

Sendo estes uns dos principais fatores que afetam as populações de primatas, aliados ao baixo desempenho reprodutivo em cativeiro de algumas espécies, descaso na prevenção ou mesmo punição de crimes ambientais e de tráfico de animais, a caça predatória, crenças que envolvem partes dos animais em rituais, uso indiscriminado em pesquisas e manutenção em cativeiro para fins de entretenimento, torna-se urgente a necessidade de proteção desses animais por meio de Leis mais rigorosas que os tornem merecedores de serem sujeito de direitos despersonificados. Além do mais, segundo Elisa Tibério Minko (MINKO, 2019), a espécie humana é atualmente a maior predadora dos grandes primatas.

1.1 O porquê do estudo ser específico sobre a ordem dos primatas

Nós e os outros animais somos ao mesmo tempo iguais e diferentes, e a igualdade constitui o único quadro de referência sensato a partir do qual se pode fundamentar a diferença. (FRANS DE WAAL, 2003).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

"A dimensão do respeito a todas as formas de vida vem sendo ampliada ao longo da história. O homem, mesmo que forçosamente, passou admitir que não é uma criatura acima das demais. O Homo sapiens não pode mais ignorar que divide o Planeta com um sem número de animais não-humanos, e que deve passar a agir de modo a conviver harmoniosamente com todas as espécies vivas (MELO E RODRIGUES, 2019, p.19)."

Os primatas ocorrem em 90 países, mas quatro deles, quais sejam: Brasil, Madagascar, Indonésia e República Democrática do Congo (RDC) abrigam 65% das espécies de primatas do mundo. Desses 65%, 60% desses primatas são ameaçados ou criticamente ameaçados de extinção. Dados retirados da lista vermelha da IUCN de espécies ameaçadas 2017-3 (ESTRADA e tal. 2015).

Segundo Maurício Talebi Gomes, médico veterinário especialista em primatologia pela Universidade de Wiscousin, EUA, em entrevista dada a rádio USP, afirmou que os primatas estão seriamente ameaçados pela expansão demográfica humana. O pesquisador afirma que isso ocorre devido ao consumo das florestas e ambientes naturais causados pelo crescimento populacional e, também, pelas desigualdades sociais. O professor também associa a diminuição da população das espécies de primatas às políticas de governança instáveis e às alterações de metas ambientais. (GOMES, 2015)

"O Brasil é o país com o maior número de espécies de primatas do mundo, porém, se queremos obter sucesso na preservação dessas espécies para as próximas gerações, temos que ter em mente que o País é um dos principais na liderança mundial em termos de pesquisa aplicada à conservação." (GOMES, 2015)

Considerando a urgência de implementação de medidas protetivas para a conservação global de primatas, propulsada pelas invasões de habitats de primatas, impulsionada pelas demandas locais e globais do mercado de caça de produtos alimentícios e não alimentícios, comércio ilegal, proliferação de espécies invasoras, e as doenças infecciosas transmitidas por humanos e animais domésticos causam pela perda de habitat, declínio da população e consequente extirpação de espécies, é que se faz necessário a aplicação da descoisificação desses grandes primatas no Código Civil de 2002. Deste modo, poderá se reduzir e até mesmo impor o fim dos maus tratos das espécies de primatas do Brasil.

Ademais, o fato da governança fraca nos quatro países detentores de 65% das espécies de primatas do mundo pode limitar o planejamento eficaz da conservação de primatas. Isso em muito colabora para o declínio das populações de primatas no planeta.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

"No curto prazo, a aplicação eficaz de lei para interromper a caça ilegal e a destruição ilegal de florestas é absolutamente essencial. O sucesso à longo prazo só pode ser alcançado com foco na conscientização do público local e global e no envolvimento ativo com organizações internacionais, empresas multinacionais e nações consumidoras para reduzir demandas insustentáveis ao meio ambiente." (ESTRADA e tal. 2015)

"Importante salientar que, em que pese o trabalho falar sobre o declínio das populações de primatas no Brasil e no mundo, a escolha de se estabelecer a ordem dos primatas, como sujeito de direito despersonificados vem de uma questão que foi abandonada pela antropologia recente e raramente considerada pelo direito brasileiro: o fato de que, apesar do comportamento ser singular e estar envolto em uma espessa camada de símbolos e valores dentro da qual se move a consciência, o homem ainda é um animal, produto da evolução biológica, e compartilha com as demais estruturas e processos básicos sobre os quais e com os quais a cultura é construída. (DURHAM,2003, p.86)"

Tudo isso sem deixar de lado as notáveis similaridades que nos unem ao mesmo reino, filo, classe, ordem e família, que, de tão amplas e notórias, não serão descritas neste trabalho.

1.2 O que é um animal senciente

Senciência, palavra originada do latim sentire, que significa sentir, é a "capacidade de sofrer ou sentir prazer ou felicidade" (SINGER, 2002).

Segundo o Dicionário Da Língua Portuguesa Online, senciente é um adjetivo. Aquele que é capaz de sentir ou perceber através dos sentidos, que possui ou consegue receber impressões ou sensações.

Os pesquisadores Behling e Carpolingua, 2019, trouxeram, no artigo "Educação Ambiental Crítica E A Transição Paradigmática Da Lei Ambiental Na Desobjetificação de Animais" o conceito de Senciência estabelecido em 2012 por pesquisadores da Universidade de Cambridge. A palavra é definida como a capacidade de vivenciar dor e sofrimento físico, prazer e alegria, e estar ciente da diferença entre eles (LOW, 2012). Segundo os autores o tema é, ainda, complexo e desencadeia grandes discussões em todo o mundo devido ao seu caráter recente e ainda limites pouco claros.

O pesquisador Stelio Pacca Loureiro Luna (LUNA, 2008.p18), leciona que a complexidade da dor ultrapassa a fronteira física e é influenciada pelo meio ambiente e pela resposta psíquica do animal. Desta forma é considerada como um fenômeno

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

biopsico-social, que envolve os aspectos biológico, psíquico e social do indivíduo. O professor ainda diz que

> "(...) a evidência de que os animais sentem dor se confirma pelo fato que estes evitam ou tentam escapar de um estímulo doloroso e quando apresentam limitação de capacidade física pela presença de dor, esta é eliminada ou melhorada com o uso de analgésicos.

Para muitos filósofos, a senciência fornece ao animal um valor moral intrínseco, dado que há interesses que emanam destes sentimentos. Estas evidências estão bem documentadas por estudos comportamentais, pela similaridade anatomo-fisiológica em relação ao ser humano e pela teoria da evolução" (LUNA 2008, p.18).

Nas palavras da autora Edna Cardoso Dias: "A questão aqui não é saber se somos capazes de falar ou de raciocinar, de legislar e assumir deveres, mas se somos passíveis de sofrimento, se somos seres sensíveis. Nesta hipótese a capacidade de sofrimento e de ter sentimento são as características vitais que conferem, a um ser, o direito à igual consideração. O fato de o homem ser juridicamente capaz de assumir deveres em contraposição a seus direitos, e inclusive de possuir deveres em relação aos animais, não pode servir de argumento para negar que os animais possam ser sujeitos de direito. É justamente o fato dos animais serem objeto de nossos deveres que os fazem sujeitos de direito, que devem ser tutelados pelos homens. Podemos concluir que os animais são sujeitos de direitos e que seus direitos são deveres de todos os homens. (DIAS,2006, p.121)"

Muito importante salientar, de modo claro e objetivo, o sofrimento dos primatas levados aos laboratórios para fins de pesquisa. Nas palavras da cientista Jane Goodall (fevereiro, 1991), que estudou por 30 anos um grupo de chimpanzés selvagens no Parque Nacional de Gombe, na Tanzânia:

"Qualquer pessoa que enjaula chimpanzés isolados devia ser obrigada a provar, de forma convincente, a um painel de cientistas qualificados, a necessidade de condições tão desumanas - particularmente tendo em vista o número crescente de provas demonstrando que tais condições, que produzem animais estressados, são não apenas cruéis, mas podem na verdade ser prejudiciais para os resultados das experiências. Levando em conta que o estresse afeta o sistema imunológico, dados relativos à eficiência de drogas, coletados a partir de sujeitos estressados, podem ser enganadores" (p. 243).

De forma complementar, Luna (LUNA,2008) ainda afirma que, de modo sintético, a senciência é a capacidade de sentir, estar consciente de si próprio ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

apenas do ambiente que o cerca. Em conformidade com que ensina o autor, afirma-se que não é cabido neste estudo se estabelecer uma discussão filosófica do termo senciência, mas sim das implicações práticas relacionadas ao fato inquestionável cientificamente de que pelo menos os animais vertebrados sofrem e são seres sencientes (LUNA,2008.p.18).

2 DECLARAÇÃO DE CAMBRIDGE SOBRE A CONSCIÊNCIA ANIMAL (CÓPIA LITERAL)

"Nós declaramos o seguinte: "A ausência de um neocórtex não parece impedir que um organismo experimente estados afetivos. Evidências convergentes indicam que os animais não humanos têm os substratos neuroanatômicos, neuroquímicos e neurofisiológicos de estados de consciência juntamente como a capacidade de exibir comportamentos intencionais. Consequentemente, o peso das evidências indica que os humanos não são os únicos a possuir os substratos neurológicos que geram a consciência. Animais não humanos, incluindo todos os mamíferos e as aves, e muitas outras criaturas, incluindo polvos, também possuem esses substratos neurológicos".

A Declaração de Cambridge sobre a Consciência foi escrito por Philip Low e editado por Jaak Panksepp, Diana Reiss, David Edelman, Bruno Van Swinderen, Philip Low e Christof Koch. A Declaração foi proclamada publicamente em Cambridge, Reino Unido, em 7 de julho de 2012, no Francis Crick Conferência Memorial sobre a Consciência em animais humanos e não humanos, no Churchill College, Universidade de Cambridge, por baixo, Edelman e Koch. A Declaração foi assinada pelos participantes da conferência, naquela mesma noite, na presença de Stephen Hawking, na Sala de Balfour no Hotel du Vin, em Cambridge, Reino Unido. A cerimônia de assinatura foi imortalizada pela CBS 60 Minutes

2.1 Os animais não humanos na constituição da república de 1988 e no código civil de 2002 (a natureza jurídica dos animais não humanos na atualidade)

O meio ambiente é o conjunto de elementos naturais, sociais e culturais que se unem a fim de formar um sistema ecológico que proporcione o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas. A integração busca assumir uma concepção unitária do ambiente, compreensiva dos recursos naturais e culturais (JOSÉ AFONSO DA SILVA,2000, p. 20)

A constitucionalização da proteção do meio ambiente é uma irresistível tendência internacional, contemporânea do surgimento e do processo de consolidação do direito ambiental (BENJAMIM, 2008.p.38) O ex Ministro do STJ ainda afirma: Mas constitucionalizar é uma coisa; constitucionalizar bem, outra totalmente diversa.

"Uma Constituição que, na ordem social (o território da proteção ambiental), tem como objetivo assegurar "o bem-estar e a justiça sociais" (art. 193 - grifamos) não poderia, mesmo, deixar de acolher a proteção do meio ambiente, reconhecendo-o como bem jurídico autônomo e recepcionando-o na forma de sistema, e não como um conjunto fragmentário de elementos - sistema que, já apontamos, organiza-se como ordem pública constitucionalizada' (BENJAMIM, 2008, p .41-42).

O caput do artigo 225 da Constituição da República de 1988 prevê que "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá- lo para as presentes e futuras gerações". (CONSTITUIÇÃO,1988)

Nos incisos III e V do mesmo códex, incumbe ao Poder Público "definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção." e, "Controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente." (CONSTITUIÇÃO,1988)

Dessa forma, a Constituição da República de 1988 consiste em um verdadeiro divisor de águas para o Direito Civil e Ambiental, na medida em que prevê no supracitado artigo que todos possuem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. O meio ambiente passou a ser regulado em capítulo próprio e com avançado tratamento jurídico. (FERREIRA, 2014, p. 44- 45)

"No Brasil, a questão se torna ainda mais delicada, pois a Constituição de 1988 elevou a proibição das práticas que submetam os animais a crueldade à categoria de direito fundamental, o que lhe conferiu aplicabilidade imediata, a despeito de sua constante violação." (BENJAMIM, 2008)

Medeiros e Albuquerque (2013, p. 155) afirmam que a Carta Constitucional de 1988 criou um sistema de proteção ambiental bastante abrangente e atual, a natureza passou a ser encarada como uma realidade frágil, sistêmica e ameaçada pelos animais humanos, sendo que as transformações trazidas por referido documento legislativo ocorrem em três dimensões, quais sejam ética, biológica e econômica.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A Constituição Federal de 1988, enquanto norma fundamental e diretriz interpretativa das demais normas infraconstitucionais, reconhece no art. 225, § 1º, inciso VII, a dignidade dos animais não humanos, que devem ser protegidos em função de seu valor intrínseco e individualidade. Ora, se os animais não configuram simples meio para a consecução dos fins humanos e, nesse sentido, não são coisas, só podem ser sujeitos de direitos. (CAMPOS, 2016)

"O Código Civil de 2002 dispõe que bens móveis são aqueles suscetíveis de movimento próprio, sendo que além dos animais humanos apenas os animais não humanos possuem referida característica, ou de remoção por força alheia. Sendo assim, o direito civil ainda considera e regula as relações envolvendo animais a partir da ótica da propriedade privada, o que é reforçado pela possibilidade de penhor mercantil dos animais utilizados na indústria, previsto no art. 1.447 do Código Civil, bem como a partir do tratamento dispensado às crias no usufruto, disposto no art. 1.397 do mesmo diploma legal." (SANTANA, 2006, p. 152)

O Código Civil Brasileiro de 2002, nos artigos 82 e 1.228, propõe que o animal possui o estado jurídico de coisa, sendo um bem que contém expressão econômica. Dessa maneira, é um objeto de apropriação pelo homem. Atualmente, o Código Civil de 2002 conceitua os animais como coisa, incluindo-os na categoria de bens semoventes.

Os juristas, de um modo geral, ainda são céticos em relação à possibilidade de os animais serem admitidos em juízo como titulares de direitos, e na ausência de um suporte legislativo claro, os tribunais muitas vezes evitam tomar uma decisão avançada (GORDILHO, SILVA, 2012,p.1589)

Para Santana (2006) enquanto bem de uso comum do povo o meio ambiente é inalienável, não podendo constituir propriedade privada. Logo, o status jurídico de coisa atribuído pelo Código Civil de 2002 é incompatível com a definição constitucional.

"Não esqueçamos que o Código Civil de 2002 removeu uma das principias barreiras levantadas pelos civilistas para afirmar que o direito é feito exclusivamente para a espécie humana, e os seus dois primeiros artigos, ao tratar da personalidade e da capacidade, substituiu a palavra homem que se encontrava no antigo código pela palavra pessoa, demonstrando claramente que pessoa natural e ser humano são conceitos independentes." (GORDILHO E SILVA, 2012, p. 1591)

Desde a antiguidade o homem vem se utilizando dos animais não humanos para satisfação própria em imensuráveis atividades. Tal comportamento necessita ser repensado e modificado à medida que a sociedade evolui, seja por questões éticas e

morais, seja por questões biológicas. A utilização dos animais não humanos meramente como coisa, como determina o atual estado jurídico dos referidos animais, não mais se justifica.

2.2 Jurisprudência acerca da descoisificação animal.

"O "saber" jurídico não pode ficar atrelado ao ente, dominado pela estrutura, mas sim deve caminhar sempre para além deste, ultrapassando-o, constantemente. O operador jurídico deve procurar superar o texto da lei, e busca do seu fundamento – em direção ao ser. O saber essencial do Direito não está posto, não é algo dado, objetificado (entitativo), mas sim desvelado ao julgador na análise do caso concreto decidindo. É um "saber" essencial que passa por cima do ente e procura atingir a sua forma mais originária. Somente quando ultrapassamos o ente, em busca do seu ser, as "proposições" jurídicas terão alguma justificação". (MELLO, 2015, p. 1443)

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Resp.1797175/SP, publicado no DJE em 28/03/2019, rejeitou o tratamento jurídico-civil dos animais não humanos como simples "coisas", afastando, inclusive, a utilização da antiga expressão "posse", empregando o termo "guarda" ao tratar do tema, destacando a incoerência existente entre o regime jurídico lançado no Código Civil de 2002 e o texto do art. 225 da Constituição da República, devendo a norma civilista ser adaptada à necessária tendência da atualidade de se adotar um olhar biocêntrico para o tema, e não antropocêntrico como ocorria na antiguidade

Destacam-se trechos do acórdão supracitado:

> "Segundo a doutrina especializada, a própria ideia de um tratamento não cruel dos animais deve buscar o seu fundamento não mais na dignidade humana ou na compaixão humana, mas sim na própria dignidade inerente às existências dos animais não humanos.

Sendo assim, torna-se essencial refletir, no bojo do ordenamento jurídico, em busca de caminhos para o amadurecimento da problemática e a concretização da dignidade dos animais não humanos, reconhecendo os respectivos direitos e ocasionando mudança na forma como as pessoas convivem entre si e com os demais animais não humanos" (BRASIL, 2019).

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no Agravo de Instrumento - Cv 1.0000.19.039409-8/001 0394106-77.2019.8.13.0000, proferido pelo Relator Desembargador Marcos Henrique Caldeira Brant, em 18/09/219, ensinou: o direito de vizinhança, que repita-se, não se apoia em questões de cunho pessoal, deve ser

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

sopesado com a concretização da dignidade dos animais não humanos, que, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, também são amparados pelos direitos fundamentais.

Nota-se, portanto, a atualidade do tema e a necessidade de pesquisas na área, pois, além de uma literatura ainda muito limitada no Direito Brasileiro, há uma carência de informações no sentido real da aplicação do direito animal na sociedade.

"Ação Civil Pública proposta em face da Universidade Federal do Paraná, autos n. 5000773-69.2014.404.7000/PR, conforme ementa: Direito Administrativo E Ambiental. Ação Civil Pública. Vivissecção. Departamento De Medicina Da Universidade Federal Do Paraná. 1. Todos os seres que são capazes de sentir dor e sofrer devem ter seus interesses considerados e defendidos pelos animais humanos, isto é, nós. Os animais não humanos sencientes possuem, em face do Estado e do particular, direito a não serem submetidos a qualquer forma de experimentação científica ou didática (vivissecção). De outra banda, tendo em vista a liberdade de investigação científica e o direito fundamental à saúde e à melhoria da qualidade de vida, admitem-se alguns experimentos científicos com animais não humanos sencientes, garantindo que não sejam submetidos a sofrimento e observadas todas as boas práticas de manejo próprias de cada espécie. 2. Assim, há que ser feita a ponderação, de forma a não comprometer a saúde humana, caso fossem vedados experimentos com organismos vivos, pois tal técnica é necessária à obtenção de habilidades, pelos futuros médicos, indispensáveis para o exercício da missão de curar outros humanos. Aliás, muito provavelmente a ciência e a medicina não teriam sido desenvolvidas ao ponto que estão hoje, se não fossem utilizados organismos vivos para certas práticas do ensino nas faculdades, que demandam acompanhamento de realidades que somente podem ser verificadas com organismos vivos. 3. A utilização de animais em atividades de ensino e pesquisa está devidamente regulamentada pela Lei nº 11.794/2008 (Lei Arouca), que estabelece os critérios éticos a serem observados nos procedimentos didáticos científicos com animais vivos, bem como determina que qualquer instituição legalmente estabelecida, no Brasil, que utilize animais para ensino e/ou pesquisa deve ser credenciada junto ao Conselho Nacional de Controle de Experimentação Animal - CONCEA. 4. Estando as práticas da Universidade de acordo com a legislação, é de se desprover o recurso de apelação. (TRF da 4ª Região, AC nº 5000773-69.2014.4.04.7000, 3ª Turma, Rel. Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler, sessão de julgamento em 05/08/2015 GRIFO NOSSO)"

"Animais De Circo. Ação Civil Pública. Implementação De Opções Do Legislador Quanto Ao Trato E Mantença De Animais. Proibição De Qualquer Forma De Maus Tratos A Qualquer Animal. Ilegítima Inadequação Das Ações Públicas. A

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

análise do sistema jurídico e a evolução da compreensão científica para o trato da fauna em geral, permitem concluir pela vedação de qualquer mau trato aos animais, não importando se são silvestres, exóticos ou domésticos. Por maus tratos não se entende apenas a imposição de ferimentos, crueldades, afrontas físicas, ao arrancar de garras, serrilhar de dentes ou enjaular em cubículos. Maus tratos é sinônimo de tratamento inadequado do animal, segundo as necessidades específicas de cada espécie. "A condenação dos atos cruéis não possui origem na necessidade de equilíbrio ambiental, mas sim no reconhecimento de que são dotados de estrutura orgânica que lhes permite sofrer e sentir dor".(STJ, Resp 1.115.916, Rel. Ministro Humberto Martins) Evoluída a sociedade, cientifica e juridicamente, o tratamento dos animais deve ser conciliado com os avanços dessa compreensão, de modo a impor aos guardiões a adequação do sistema de guarda para respeito, o tanto quanto possível, das necessidades do animal. A propriedade do animal não enseja direito adquirido a mantê-lo inadequadamente, o que impõe a obrigação de se assegurar na custódia de animais circenses, ao menos, as mesmas condições exigíveis dos chamados mantenedores de animais silvestres, mediante licenciamento, conforme atualmente previsto na IN 169/2008. Na ausência de recursos autárquicos e adequação da conduta pelos responsáveis, deve o órgão ambiental, contemporaneamente, dar ampla publicidade à sua atuação, convocando e oportunizando a sociedade civil auxiliar em um problema que deve, necessariamente, caminhar para uma solução. (RIBUNAL REGIONAL FERERAL DA 4ª REGIÃO TRF4 – APELAÇÃO CIVIL: AC: 20067000009929-0 GRIFO NOSSO)"

Em 2006 no Brasil surgiu o primeiro Decreto Federal normativo brasileiro de número 26.645/34 que reconhece os animais como sujeitos do direito, e teriam seus direitos assistidos por representantes do Ministério Público e pelos membros das sociedades protetoras de animais. Mas este decreto foi revogado e hoje os crimes contra aos animais não humanos são abordados pela lei 9.605/98, conhecida como lei de Crimes ambientais, e traz no seu artigo 32 a punição a quem praticar atos abusivos, maus tratos, ferir ou mutilar qualquer espécie de animais.

"Os principais avanços constatados, no âmbito jurisprudencial, podem ser resumidos da seguinte forma: o Equiparação de animais não-humanos a sujeitos titulares de direitos; o Reconhecimento da defesa dos animais como valor autônomo em relação à proteção da fauna; o Aplicação de medidas judiciais, até então, inéditas ou não usuais a animais; Maior valorização da defesa dos animais quando confrontada com outros direitos garantidos constitucionalmente" (ROCHA, FAVORETTO, 2018. p.1-2)

O argumento usado pelo Zaffaroni em seu livro (2017, p.55), fortalece a ideia dos defensores dos animais em conceder-lhes direitos pois são incluídos no mesmo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

universo ético e ambos possuem direitos e devem ser tutelados cada um à sua maneira: "Há muitos humanos que não tem capacidade de linguagem (deficientes mentais, fetos) ou que nunca a terão (anencéfalos, dementes nos últimos estágios) e, mesmo assim, não ocorre a ninguém lhes negar esse status".

2.3 Os animais não humanos da ordem dos primatas podem ser considerados sujeitos de direito despersonalizados ou "*sui generis*" na legislação no Código Civil de 2002

Os primatas não humanos podem ser considerados sujeitos de direito, ou seriam apenas protegidos (quando protegidos) pelos humanos por um sentimento moral, ético, econômico ou cultural?

Segundo Noirtin (2010.p.135), para a doutrina clássica, o sujeito de direito é a quem a ordem jurídica atribui a faculdade, o poder ou a obrigação de agir, exercendo poderes ou cumprindo deveres. A autora também pondera que, em resumo, segundo a doutrina jurídica clássica, seguindo a teoria da equiparação (sujeito de direito = pessoas), as coisas inanimadas e os animais não podem ser sujeitos de direito. (NOIRTIN, 2010.P.136).

"Todavia, a clássica concepção de que apenas o ser humano – capaz de assumir direitos e obrigações - pode figurar como sujeito de direito, vem sendo substituída pela idéia de que os animais também possuem direitos. Embora alguns juristas reconheçam a existência de um direito especial de proteção aos animais, a ideia de considerar o animal não apenas como bem móvel ou coisa, mas como sujeitos de direito, se consolida à medida que se reconhece que os direitos não devem ser atribuídos a um ser somente pela sua capacidade de falar ou pensar mas também pela sua capacidade de sofrer." (NOIRTIN.2010, P.136)

A autora MEDEIROS (2013, p. 247-248) exemplifica os contornos da dimensão jurídica subjetiva da seguinte forma: os animais não humanos sencientes possuem o direito de não sofrerem maus tratos ou serem submetidos a tratamento cruel, bem como de terem protegida sua dignidade, possuem direito à vida, à saúde, à alimentação adequada, à proteção de seu habitat natural, sendo dever do Estado assegurar prestações mínimas, fiscalizando e legislando sobre o tema, possuem direito a um bom tratamento, mesmo na hipótese de fazerem parte de práticas de vivissecção, bem como possuem direito de exigir do Estado a criação de legislações protecionistas.

"O sistema jurídico atual, ao dispensar um tratamento de coisa aos animais, está completamente adverso às suas próprias necessidades de moralização. Os animais não são pessoas, mas, por óbvio, também não são coisas. Determinar a

tratativa jurídica de propriedade a seres vivos é desmoralizar o sistema como um todo (COSTA, 2017, p. 134)

Nesse mesmo sentido.

> "O fato de o homem ser juridicamente capaz de assumir deveres em contraposição a seus direitos, e inclusive de possuir deveres em relação aos animais, não pode servir de argumento para negar que os animais possam ser sujeitos de direito. É justamente o fato dos animais serem objeto de nossos deveres que os fazem sujeitos de direito, que devem ser tutelados pelos homens" (DIAS,2006, p.121)

O código civil atual, com fulcro nos artigos 82 e 1313, II, considera os animais não humanos como meros bens móveis ou coisas. Entretanto, na ADI nº 4.983- CE, Min. Barroso, p. 56, nota-se uma nova abordagem jurídica dada a estes seres:

> "Existe uma relevante quantidade de literatura contemporânea sobre bem estar e direitos dos animais. Trata-se de um domínio em franca evolução, com mudanças de percepção e entronização de novos valores morais. O próprio tratamento dado aos animais pelo Código Civil brasileiro - 'bens suscetíveis de movimento próprio' (art. 82, caput, do CC) - revela uma visão mais antiga, marcada pelo especismo, e comporta revisão. Nesse ambiente de novos valores e de novas percepções, o STF tem feito cumprir a opção ética dos constituintes de proteger os animais contra práticas que os submetam a crueldade, em jurisprudência constante e que merece ser preservada." (STF, ADI nº 4.983- CE, Min. Barroso, p. 56)

As decisões judiciais, como já exemplificadas no presente trabalho, caminham no sentido de reconhecerem, expressamente, que a tutela jurídica de amimais não humanos vem sofrendo alterações.

> "Embora os animais, a princípio, tenham sido classificados como 'bem de uso comum do povo' ou 'recursos naturais', pela Lei de Crimes Ambientais, e como 'bens móveis' pelo Código Civil, tal posicionamento vem se modificando." (TJ-SP, Ap. 1000109-48.2017.8.26.0439, Des. José Luiz Gavião de Almeida, pp. 03-4)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Por todos os argumentos trazidos neste artigo, pela força das leis que os protegem, os animais não humanos, embora não sejam capazes de cobrarem direitos ou de se defenderem, se tornam sujeitos de direito subjetivos, de modo despersonalizado ou "sui generis", devendo, portanto, o Poder Público e toda a coletividade os defender, proteger e guardar, do mesmo modo que ocorre com os direitos dos juridicamente incapazes. Não se trata de uma tentativa de igualar seres humanos aos animais não humanos, mas da defesa de uma consideração igual dos interesses dos dois, compreendendo-os como seres com valor intrínseco. Nas palavras de Peter Singer (SINGER, 2004), "o especismo é um preconceito indefensável e semelhante em tudo ao racismo".

3 CONCLUSÃO

A defesa dos animais não humanos deve ser reconhecida como um direito humano a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Esta premissa parte de uma grande necessidade de exame ético sobre a situação dos animais não humanos, mais especificamente, defendido neste trabalho, os direitos dos animais não humanos da ordem dos primatas.

Nota-se que uma nova percepção vem se consolidando no mundo jurídico: o reconhecimento do valor individual da vida animal sob as mais diversas formas, como, por exemplo, na exploração na indústria alimentícia, nas coleções particulares, no entretenimento em circos e zoológicos, nas caças predatórias e nos experimentos científicos, procurando trazer aspectos éticos e morais que preservem e protejam a vida dos animais não humanos.

Importante salientar que o estudo do direito dos animais não humanos demanda uma pesquisa e também uma tomada de decisão quanto à sua natureza jurídica. Desta forma, passa por uma reflexão puramente de Direito Civil. O Código Civil Brasileiro de 2002, nos artigos 82 e 1.228, propõe que o animal possui o estado jurídico de coisa, sendo um bem que contém expressão econômica. É um objeto de apropriação pelo homem. O Código Civil de 2002 conceitua os animais como coisa, incluindo-os na categoria de bens semoventes. Já a Constituição da República de 1988 regulou em capítulo próprio as questões ambientais, prevendo que todos possuem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

O objetivo do presente trabalho não está em defender de modo absoluto e inquestionável diretos iguais para os primatas não humanos. Mas sim de se questionar e demonstrar que, da mesma forma que se buscam fundamentos para se reconhecer certos direitos básicos e essenciais aos indivíduos da espécie humana,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

busca-se também incluir, em alguma medida, os animais não humanos da ordem dos primatas, na categoria de sujeitos de direitos despersonificados, e não de meros objetos.

O direito dos animais desafia a ideia, os pensamentos e os costumes entranhados na grande maioria dos animais humanos da atualidade. A classificação de que apenas os seres humanos assumem direitos e obrigações, e dessa forma, são os únicos seres sujeitos de direitos deve ser substituída pela leitura de uma visão biocêntrica de que os animais também possuem direitos. Direitos que devem ser protegidos e defendidos por toda a coletividade. Não é exclusividade dos seres humanos possuírem personalidade jurídica. As empresas, por exemplo, também as possuem e podem, inclusive, demandar em juízo e defender seus direitos.

Além disso, no aspecto jurídico, a construção dos conceitos de sujeito de direito e pessoa, e a equiparação entre eles, se apresentam como resultado de um processo histórico antropocêntrico que precisa passar por uma reconstrução, uma vez que eles constituem os fundamentos dogmáticos da concessão de direitos aos animais não humanos e a sua definição jurídica. O posicionamento doutrinário majoritário de que somente os seres humanos ou pessoas jurídicas podem ser sujeitos de direitos cria um princípio errôneo de equiparação dos conceitos de pessoa e sujeito de direito. A utilização dos animais não humanos meramente como coisa, como determina o atual estado jurídico dos referidos animais, não mais se justifica.

O Brasil, juntamente com outros quatro países (Brasil, Madagascar, Indonésia e República Democrática do Congo), abrigam 65% das espécies de primatas do mundo. Desses 65%, 60% estão ameaçados de extinção. A escolha por estabelecer a ordem dos primatas, como sujeito de direito despersonificados surge da urgente necessidade de se proteger e defender os primatas não humanos da dor, torturas, maus tratos e extirpação terrena. Os animais são sujeitos de direitos e seus direitos são deveres de todos os seres humanos. Nas palavras de Helmut Kaplan, filósofo austríaco e defensor dos direitos dos animais: "Nossos netos um dia nos perguntarão: Onde você estava durante o Holocausto dos animais? O que você fez contra esses crimes horripilantes? Não vamos conseguir dar a mesma desculpa pela segunda vez, a de que não sabíamos".

REFERÊNCIAS

ANDRADE, A., PINTO, SC., and OLIVEIRA, RS., orgs. **Animais de Laboratório: criação e experimentação [online]**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2002. 388 p. ISBN: 85-7541-015-6. Available from SciELO Books .

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 146.

BAULU, J.; REDMOND Jr., D. E. **Some sampling considerations in the quantitation of monkey behavior under field and captive conditions**. Primates, v. 19, n. 2, p. 391-399, abr. 1978. BICCA-MARQUES, J. C. Sexual selection and foraging behavior in male and female tamarins and marmosets.

BEHLING, Greici Maia, CAPORLINGUA, Vanessa Hernandez. Educação Ambiental Crítica E **A Transição Paradigmática Da Lei Ambiental Na Desobjetificação De Animais. Ambiente**. soc. vol.22. São Paulo, 2019. Epub 26 de agosto de 2019. Disponível em https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-53X2019000100315&script=sci_arttext#B20

BENJAMIM, Antonio Herman De Vasconcellos E. **O Meio Ambiente e a Constituição Federal De 1988**. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 19, n. 1, jan./jun. 2008 Disponíve file:///C:/Users/Carla/Downloads/449-1666-1-PB.pdf. Acesso em: 30 de agosto de 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ Constituiçao.htm. Acesso em: 5 out. 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara n° 27, de 2018**. Acrescenta dispositivo à Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, para dispor sobre a natureza jurídica dos animais não humanos. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133167. Acesso em: 5 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 1797175/SP.Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2019]. https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1797175&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em: 06 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP 1797175/SP.Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, [2019]. https://www4.tjmg.jus.br/juridico/sf/proc_resultado2.jsp?tipoPesquisa2=1&txtProcesso=03941067720198130000&nomePessoa=&tipoPessoa=X&naturezaProcesso=0&situacaoParte=X&codigoOAB2=&tipoOAB=N&ufOAB=MG&numero=20&select=1&listaProcessos=03941067720198130000&tipoConsulta=1&natureza=0&ativoBaixado=X&comrCodigo=0024. Acesso em: 06 out. 2019.

CAMPOS, Maria Eugênia Maciel. **O Status Jurídico Dos Animais Não Humanos Pós Constituição Federal De 1988**. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2016. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/166545/Trabalho%20de%20Conclus%c3%a3o%20de%20Curso%20-%20Maria%20Eug%c3%aania%20Maciel%20Campos%20%28vers%c3%a3o%20reposit%c3%b3rio%29.pdf?sequence=2&isAllowed=y Acesso em: 30 de agosto de 2020.

CARTMILL, M.; SMITH, F. H. (2011). **The Human Lineage**. [S.l.]: John Wiley & Sons. ISBN 978-1-118-21145-8

COELHO, F. U. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2012.

CÔELHO, Luanda Fernandes Sá de Alencar, RODRIGUES, André Angêlo**. Direitos humanos e Direitos dos Animais: o uso dos direitos humanos para a proteção dos direitos dos animais não humanos**. Disponível em file:///C:/Users/Computador/Downloads/16429-14639-1-PB.pdf. Acesso em: 30 nov.2019.

COSTA, Caroline Amorim. **Por Uma Releitura Da Responsabilidade Civil Em Prol Dos Animais Não Humanos** .2017. Tese apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito Stricto Sensu da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_CostaCAm_1.pdf

DECLARAÇÃO DE CAMBRIDGE SOBRE A CONSCIÊNCIA ANIMAL: Disponível em http://fcmconference.org/. Acesso em: 30 de agosto de 2020

DIAS, Edna Cardoso. Os animais como sujeitos de direito. Disponível em>https://jus.com.br/artigos/7667/os-animais-como-sujeitos-de-direito. Acesso em: 04 out.2019.

DURHAM.Eunice Ribeiro.**Chimpanzés também amam: a linguagem das emoções na ordem dos primatas.** REVISTA DE ANTROPOLOGIA, SÃO PAULO, USP, 2003, V. 46 Nº 1. Disponível em: https://www.scielo.br/pdf/ra/v46n1/a03v46n1.pdf. Acesso em 22 de junho de 2020.

ESTRADA, Alejandro. Et al. **Primatas em perigo: o significado do Brasil, Madagascar, Indonésia e República Democrática do Congo para a conservação global de primatas.**15 de junho de 2018. *PeerJ* 6 : e4869 Disponível em https://doi.org/10.7717/peerj.4869. Acesso em 22 de junho de 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

FERREIRA, Ana Conceição Barbuda Sanches Guimarães. **A proteção aos animais e o direito: o status jurídico dos animais como sujeitos de direitos**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

FORTES, Vanessa Barbisan. BICCA-MARQUES,Júlio César. **Ecologia E Comportamento De Primatas:** Métodos De Estudo De Campo. Caderno La Salle XI, Canoas, v.2, nº 1, 207 - 218, 2005.

GALVOTTI, Bárbara. **Cientistas Propõem Que Os Chimpanzés Entrem Na Nossa Família**. Disponível em https://www.cientic.com/tema_evoluc_jorn12.html. Acesso em 19 de junho de 2020.

GONÇALVES, Thomas Nosch. Animais não humanos e sua natureza jurídica sui generis, torando-se assim sujeitos de direitos despersonificados. Uma breve análise do PL 27/18. Disponível em>http://www.ibdfam.org.br/artigos/1345/Animais+n%C3%A3o+humanos+e+sua+natureza+jur%C3%ADdica+sui+generis%2C+tornando-se+assim+sujeitos+de+direitos+despersonificados.+Uma+breve+an%C3%A1lise+do+PL+2718. Acesso em: 01nov.2019.

GOODALL, Jane - "**Uma janela para a vida - 30 anos com os chimpanzés da Tanzânia**". Tradução de Eduardo Francisco Alves - Jorge Zahar Editor - Rio de Janeiro, 1991.

GROVES, C. **Primate taxonomy.** Washington: Smithsonian Institution Press, 2001. 350 p.Disponível em https://journals.plos.org/plosgenetics/article?id=10.1371/journal.pgen.1001342. Acesso em 19 de junho de 2020.

GROVES, C.P. , WILSON, D.E.; REEDER, D.M. , **Mammal Species of the World**, 2005. 3 ed. Baltimore: Johns Hopkins University Press. pp. 111–184.

GRUEN, Lori, "**The Moral Status of Animals", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*** (edição do outono de 2017), Edward N. Zalta (ed.), URL = <https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries / moral-animal />.

GUIMARÃES, Marcelo Alcindo de Barro Baz. **Rev Bras Reprod Anim**, Belo Horizonte, v.31, n.3, p.339-343, jul./set. 2007. Disponível em www.cbra.org.br

JACOBSEN, Alessandra de Linhares. **Metodologia Científica** (Orientação de TCC). Disponível em>http://cursodegestaoelideranca.paginas.ufsc.br/files/2016/03/Apostila-Orienta%C3%A7%C3%A3o-ao-TCC.pdf. Acesso em: 01nov.2019.

JONES, C.B. (Ed.). **Sexual selection and reproductive competition in primates: New perspectives and directions**. Norman: American Society of Primatologists, 2003. p. 455-475

JUNIOR, Godofredo Telles. **Direito do ambiente: doutrina, prática, jurisprudência e glossário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pág. 107.

LACERDA, Bruno Amaro. **Pessoa, dignidade e justiça: a questão dos direitos dos animais.** Revista Ética e Filosofia Política – Nº 15 – Volume 2 – Dezembro de 2012.

LACERDA, Juliana. SPAREMBERGER, Raque Fabiana Lopes. **Os animais no direito brasileiro: desafios e perspectivas**. Revista Amicus Curiae – Direito – Universidade do Extremo Sul Catarinense. ISSN: 2237-7395. Vol. 12 – N. 2 – Jul./Dez. 2015.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **A transdisciplinariedade do direito ambiental e a sua eqüidade intergeracional.** Revista de Direito Ambiental. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 22, abr./jun. 2001

LEVAÍ, Laerte Fernando. **Crueldade Consentida, crítica à razão antropocêntrica**. Revista Brasileira De Direito Animal – Nº 01 – Volume 1 – Dezembro de 2006.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direito e transformação social: ensaio interdisciplinar das mudanças no direito**. Belo Horizonte:Nova Alvorada, 1997, p.108

LOURENÇO, Daniel Braga; OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Em prol do Direito dos Animais: inventário, titularidade e categorias**. In: Juris Poiesis, Revista do Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Estácio de Sá. Ano 12, nº 12, p. 113-157, 2009

LOURENÇO. Daniel Braga, OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. **Revista 10. indb** 201 29/11/2012 23:06:42 Revista Brasileira de Direito Animal202

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; ALBUQUERQUE, Letícia. **Constituição e animais não humanos: um impacto no Direito Contemporâneo.** In: CONPEDI/UNINOVE, 22., 2013, São Paulo. Sociedade Global e seus impactos sobre o estudo e a afetividade do Direito na contemporaneidade. Anais... Florianópolis: FUNJAB, 2013, v. II, p. 134-158.

MELO, Reinaldo Aparecido de; RODRIGUES, Juliana. **Direitos Dos Animais No Ordenamento Jurídico Brasileiro: Um Olhar Sobre As Iniciativas Legislativas Para A Abolição Da Tração Animal.** Revista científica eletrônica do curso de direito.15º Edição - Janeiro de 2019 – Periódicos Semestral. Disponível

em http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/ouKM6KUudREfb1K_2019-2-28-13-58-18.pdf. Acesso em: 22 de abril de 2020

MONTEIRO FILHO, Carlos Edilson do Rêgo, et al. **Direito Civil**. Rio de Janeiro, 2015. Coordenação: Carlos Eduardo Guerra de Moraes, Ricardo Lodi Ribeiro. Disponível em https://plataforma.bvirtual.com.br/Leitor/Publicacao/37886/pdf/0?code=zNN7Tf19KPj2c91c6zQdWdNkc2Nccb7g6ZaalHVGFiVilhWqCYi9THZ1+Q7rwNFhtSFSJM1USksK8Cf3XRgr4w==; Acesso em 04 de setembro de 2020

MORIN, Edgar. **O enigma do homem: para uma nova antropologia**. Rio de Janeiro: Zahar, 1975. p. 36-39.

Population Action International (PAI). **Relative Scarcity:Apes on the Edge**.Disponível em http://www.actionbioscience.org/biodiversity/pai.html. Capturado em 15.11.2011.

REMFRY, J. Ethical aspects of animal experimentation. In: Laboratory Animals: an introduction for new experimenters. New York: Ed. Tuffery, 1987.

RIVERA, E. A. B. **Ética e bem-estar na experimentação animal**. Revista do Conselho Federal Medicina Veterinária, 1(1):12-15, 1992.

ROCHA, Daniel, F. FAVORETTO, Samia. **Relatório de Pesquisa de Jurisprudência em Direito dos Animais**.2018. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/GECAP/Atualizacao_Legislativa/Relat%C3%B3rio%20de%20Pesquisa%20de%20Jurisprud%C3%AAncia%20em%20Direito%20dos%20Animais%20(Samia%20Favoretto__Daniel%20Favoretto%20Rocha)%20(1).pdf. Acesso em 06 de outubro de 2020

RYLANDS, A. B.; RODRÍGUEZ-LUNA, E.; CORTÉS-ORTIZ, L. **Neotropical primate conservation the species and the IUCN/SSC Primate Specialist Group Network. Primate Conservation**, v. 17, p. 46-69, 1996/97.

SANTANA, Heron José de. **Abolicionismo Animal. 2006. 210 p. Tese (Doutorado)** - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2006. Disponível em https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/4037/1/arquivo6005_1.pdf. Acesso em: 10 de agosto de 2020

SILVERSTEIN, Helena. **Unleashing rights: law, meaning, and the Animal Rights Movement.** Michigan: University of Michigan. 1996, p.17

SIMÃO,José Fernando. **Direito dos animais: natureza jurídica**. A visão do direito civil. Revista do Instituto do Direito Brasileiro. Lisboa, Portugal, n. 04, Ano 03. 2017. Disponível em http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/4/2017_04_0897_0911.pdf. Acesso: 20 de abril de 2020

SINGER, Peter. **Entrevista com o filósofo australiano Peter Singer sobre as prioridades do movimento de direito animal no Brasil**. In: GORDILHO, Heron José de Santana e SANTANA, Luciano Rocha. **Revista Brasileira de Direito Animal**. ano 2, n. 3, (jul/dez, 2007). Salvador: Instituto Abolicionista Animal, 2007.

SINGER, Peter. **Libertação Animal**. trad. Marly Winckler. Lugano. 2004. p.217

SINGER, Peter. **Vida ética**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002, p.111.

SINGER, Peter. **Vida Ética: os melhores ensaios do mais polêmico filósofo da atualidade**. Trad.: Alice Xavier. 2º edição. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. p. 52.

WAAL, Frans B. M.de. **Good Nature: the origins of the right and wrong in humans and other animals**. Cambrigde.Mass.Havard university Press.2003.

NOTAS:

[1] Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Una de Contagem.

[2]Advogado. Professor Assistente e Coordenador do Núcleo de Práticas Jurídicas da Faculdade UNA de Contagem no segundo semestre de 2019. Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Pós-graduado em Direito Civil pela Universidade Anhanguera. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Faculdade Damásio. Secretário Geral da Comissão da OAB Jovem de Minas Gerais, membro da Escola Superior da Advocacia e Conselheiro da OAB Subsecção Contagem. Membro dos Conselhos Municipais de Política Urbana e da Juventude do Município de Contagem, Minas Gerais.

www.conteudojuridico.com.br

LEI 13.146/2015 - ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E SUA APLICABILIDADE NAS VIAS URBANAS

CAMILA RAFAEL DOS SANTOS:
Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário CEUNI-FAMETRO.

RESUMO: O presente artigo científico tem como objetivo conceituar e indicar os princípios estabelecidos por lei e a questão da inclusão de acesso aos portadores de deficiência nas adjacências urbanas. É notório a falta de acesso em vias públicas e como isso pode afetar o cotidiano do portador de deficiência, trazendo não só transtorno moral como também riscos à expectativa de vida daqueles que mais precisam de amparo legal. Pois, a mobilidade urbana envolve o deslocamento de um lugar da cidade a outro por meio da infraestrutura, no que consiste a utilização de calçadas destruídas ou sem espaço em vias de grande movimento, ruas desestruturadas, rampas de estabelecimentos mal projetadas e outros fatores que acabam por ser tornar grandes obstáculos de inclusão social. Para esse estudo foi feito análises através de doutrinas, constituição e artigos científicos.

PALAVRAS-CHAVE: Pessoa com deficiência. Inclusão social. Vias urbanas.

ABSTRACT: This scientific article aims to conceptualize and indicate the principles established by law and the issue of including access for the disabled in urban areas. It is notorious the lack of access on public roads and how it can affect the daily life of the disabled, bringing not only moral disorders but also risks to the life expectancy of those who most need legal protection. Because urban mobility involves moving from one place in the city to another through infrastructure, which consists of using destroyed or out-of-space sidewalks on busy roads, unstructured streets, ramps of poorly designed establishments and other factors that end up for being great obstacles for social inclusion. For this study, analyzes were made through doctrines, constitution and scientific articles.

KEYWORDS: Disabled person. Social inclusion. Urban roads.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica tem o intuito de apontar a questão dos princípios constitucionais da dignidade e igualdade da pessoa humana atrelada ao Estatuto da Pessoa com Deficiência – Lei 13.146/2015 e suas aplicações na inclusão social dos portadores de deficiência na sociedade.

Nos primeiros artigos da Constituição, encontram-se os princípios da "dignidade da pessoa humana" e o da "Igualdade" como fundamentos do Estado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Democrático, esses aspectos são fundamentais na proteção das pessoas com deficiência. Os objetivos fundamentais da República também devem ser levados em consideração, "construir uma sociedade livre, justa e solidária" e "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação", com a finalidade de combater a desigualdade e promover a acessibilidade (BRASIL, 1988).

Para que os indivíduos tenham a oportunidade de realizar suas atividades cotidianas em igualdade de condições, oferecer acessibilidade é um dos principais desafios da sociedade. Assim, a acessibilidade está relacionada ao fato de proporcionar a qualquer cidadão, seja ele deficiente ou não, a oportunidade de ter acesso aos espaços sociais, para que todos possam ter os mesmos direitos e oportunidades. Magagnin (2018) aponta que não são os indivíduos os portadores de deficiência, mas as cidades é que não são planejadas de forma adequada, visando atender a diversidade humana.

Nesse sentido, A lei Nº 13.146, de 06 de julho de 2015 (BRASIL, 2015), que Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), evidencia que o cumprimento de tantos outros direitos – como o direito ao trabalho, à participação política, à educação, ao lazer, à saúde – está diretamente vinculado ao direito à acessibilidade. Se não houver vias urbanas e transportes adequados às necessidades, prédios com rampas e elevadores, calçadas acessíveis, não será viável a locomoção das pessoas com deficiência para diversos lugares rotineiros, como o trabalho, escola, faculdade, consulta médica e lugares de lazer.

No ponto de partida inicial serão abordados os aspectos do princípio da dignidade da pessoa humana e a ausência da equidade na sociedade, especialmente ao se tratar dos portadores de deficiência, que embora existam leis de amparo na Constituição de 1988, que resguarda a liberdade e igualdade de direitos, apenas estará a alcance daqueles que já nasceram com tal liberdade, sem possuir alguma deficiência ou doença que inviabilize sua independência na locomoção.

O debate no segundo ponto versa a respeito da inclusão dos portadores de deficiência nos espaços urbanos e a importância da abordagem desse tema que pode melhorar e facilitar a vida desses indivíduos que passam por constrangimento no cotidiano ao terem de lidar com barreiras arquitetônicas que dificultam o acesso ao local desejado devido a restrição de liberdade e que ao serem adotadas políticas públicas propícias para a inclusão e melhorias de projetos urbanísticos os portadores de deficiências tenham possam gozar de condições dignas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Usando de referência a Lei 13.146/15 é dada a continuidade no terceiro ponto pertinente ao uso desse estatuto no planejamento das vias públicas e na aplicação de suas medidas no espaço urbano, tendo em vista ao desenvolvimento urbanístico que vem crescendo nos últimos anos e de modo que a acessibilidade seja garantida para todos, sem distinção de condições físicas, que sinalizam e emitam alertas de trechos que ofereçam riscos para pedestres com deficiência e estabelecimentos que ofereçam rampas, cadeiras de roda e toda assistência necessária.

No quarto e último ponto é utilizado o princípio da igualdade e dignidade presente na Carta Magna. Nesse documento é retratado o avanço nos termos sociais que condizem ao tratamento igualitário na sociedade, dessa forma a igualdade deve estar presente nas vias urbanas, facilitando assim o modo de vida do portador de deficiência, que devem ter seus direitos de possuir autonomia própria em prol do direito de escolha resguardados. É revelado também o quanto a Lei 13.146/15 corroborou para melhorias no que tangem o direito à vida, que para a pessoa com deficiência acaba por se tornar dificultosa em detrimento de suas condições físicas ou de locomoção limitadas.

Ainda no quarto ponto, a importância da igualdade é levada em consideração nas questão de acessibilidade e tratamento social, porque a pessoa possuir deficiência não é desígnio para fechar portas à esse grupo que sofre com a exclusão social e física e que ocasiona transtornos psicológicos por não sentirem amparo da sociedade e do Estado que funciona para regular e resguardar os direitos civis.

1 OS DIREITOS E OS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de 05 de outubro de 1988 (BRASIL, 1988) enuncia como um dos seus princípios o seguinte ponto: "[...] garante-se a todos os brasileiros o direito à cidadania e à dignidade da pessoa humana". Analisando o artigo 227, verifica-se que o atendimento especializado às pessoas portadoras de deficiência é assegurado pelo texto constitucional, bem como a sua integração e convivência com a sociedade.

O referente texto ainda traz um ponto relevante no que se refere à acessibilidade, garantindo a facilitação de acesso aos bens e serviços, com a implementação de projetos que viabilizem a eliminação de obstáculos arquitetônicos e de todas as formas de discriminação (GUGEL, 2017).

No Brasil, a dignidade humana é erigida como um super princípio. Sob o privilégio de figurar no texto constitucional como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, é o único direito irrenunciável de todo o ordenamento

jurídico. Correia (2015) aponta que a dignidade humana é citada no Estado Democrático de Direito, vigente no art.1º da Constituição Federal de 1988 em seu inciso III e na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, o conceito embora amplo, tem como principal fator resguardar o direito à liberdade, à vida, à integridade física e moral, sem quaisquer danos que viole esse direito, tornando-o inalienável.

Sendo assim, torna-se relevante realiar debates e discussões a dignidade da pessoa portadora de deficiência, muitas vezes rotulada de forma equivocada como incapaz de realizar suas atividades e se locomover no espaço urbano, pois o título de incapaz não corresponde com a verdadeira condição dos indivíduos que acabam sendo discriminados de forma cruel por essa parcela da sociedade. Assim, faz-se necessário realizar pesquisas com a finalidade de estabelecer mecanismos que busquem proteger os direitos de todos os indivíduos de forma igualitária.

O preâmbulo da Constituição Federal de 1988 já dispõe os valores que devem ser verificados por todas as legislações infraconstitucionais. Destacando-se a igualdade, fundamental no processo de desenvolvimento de políticas públicas voltadas a reduzir as desigualdades observadas na sociedade. Nos primeiros artigos da Constituição também se encontra o princípio da dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito (BRASIL, 1988).

Esses princípios viabilizam a proteção das pessoas com deficiência. Além disso, os objetivos fundamentais da República "construir uma sociedade livre, justa e solidária" e "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" incentivam ainda mais o combate e a busca pela redução das desigualdades e eliminação das barreiras impostas pelo atual cenário, na busca pela melhoria da qualidade de vida dos indivíduos e do desenvolvimento da sociedade (ARAÚJO, 2018).

O legislador, ao desenvolver propostas visando à melhoria da qualidade de vida das pessoas com deficiência, deve respeitar o princípio da Igualdade (art. 5º, Constituição Federal) o qual garante que todos, sem distinção, sejam respeitados como iguais perante a Lei. Este enunciado não se refere simplesmente à igualdade formal que busca tratar de forma idêntica todos os indivíduos, mas de uma forma direta se relaciona com a igualdade material, na qual torna-se possível encontrar soluções que buscam amparar de forma adequada as pessoas com algum tipo de deficiência.

Outro direito importante relacionado à dignidade da pessoa humana e a igualdade é o direito à acessibilidade. Esta prerrogativa está diretamente ligada ao direito à livre locomoção, ou direito de ir e vir, definido no inciso XV do artigo 5º: "É

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens." (BRASIL, 1988).

O direito a acessibilidade é essencial para proteção da dignidade humana, uma vez que restringir a capacidade do individuo de se locomover e realizar suas atividades, sem uma justificativa plausível e definida em lei, não pode ser tolerado, tendo em vista suas garantias estabelecidas no texto constitucional. Neste contexto, a capacidade jurídica pode ser considerada como um dos meios de expressão da dignidade humana, sendo conceituada como o fator que viabiliza o estabelecimento de práticas relacionadas à proteção dos cidadãos (SILVA, 2013).

Desta forma, a pessoa com deficiência também possui o direito de se locomover da forma como preferir, respeitando as leis e os espaços privados, como qualquer outro individuo. Para isso, é fundamental que se elimine todos os obstáculos arquitetônicos que dificultam a locomoção dessas pessoas. Barreiras que atrapalham a circulação como é o caso de escadas, calçadas esburacadas, entradas estreitas, a fim de respeitar os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana definidos na Constituição Federal.

2 INCLUSÃO DOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA NO ESPAÇO URBANO

Os portadores de deficiência, quaisquer que sejam suas condições mentais ou físicas, devem ter assegurado o direito de se locomover, de chegar a algum lugar ou de utilizar informações, serviços, bem como o espaço urbano, com autonomia e segurança, tanto para o trabalho, quanto para a saúde ou para a educação, que se constituem nos direitos básicos da cidadania (GOMIDE, 2012).

A inclusão no espaço urbano dos indivíduos com algum tipo de deficiência, em termos gerais, visa garantir a possibilidade do acesso, da aproximação, da utilização e do manuseio de qualquer objeto e da locomoção em diversos ambientes. Discutir os aspectos relacionados à locomoção em vias urbanas é essencial, pois facilita o processo de elaboração de políticas públicas favoráveis aos indivíduos, levando em consideração suas capacidades individuais de realizar tarefas e de se movimentar no espaço urbano (SILVA, 2013).

Devido à importância da inclusão dos cidadãos no espaço urbano, a constituição abordou, no § 2º do inciso II do art. 227, que a "lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir acesso adequado ás pessoas portadoras de deficiência". Assim, o texto forneceu poderes ao Legislativo para

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

definir os padrões que vão garantir a acessibilidade das pessoas com deficiência (BRASIL, 1988).

Além do exposto anteriormente, o constituinte se precaveu contra uma possível alegação de direito adquirido de manter imóveis ou meios de transporte sem acessibilidade por parte dos proprietários. Estabeleceu também a necessidade de adaptação vias urbanas e prédios, com a finalidade de incentivar a inclusão sócia e facilitar a locomoção e o deslocamento dos indivíduos.

Segundo Keppe Junior (2008), praticar a inclusão social significa oferecer condições adequadas para qualquer individuo exercer a sua cidadania e o que lhe é de direito, não sendo toleradas situações de privação e exclusão social. Atualmente a sociedade começa reconhecer a importância dos direitos da pessoa com deficiência, através da participação plena de agentes autônomos, ONGs e organizações não governamentais que atuam na busca pelo desenvolvimento de projetos relacionados à adaptação dos centros urbanos e das vias públicas, com base nas normas vigentes e na legislação.

As ações realizadas para tornar os ambientes físicos acessíveis a qualquer pessoa nos últimos anos incentivam a inclusão dos indivíduos na medida em que levam em consideração as características de todos os indivíduos. Além disso, procuram impactar na mudança na mentalidade de todos, até mesmo da pessoa com deficiência por meio da conscientização de que as diferenças devem ser respeitadas na construção de uma sociedade mais justa e igualitária. Neste mesmo sentido, um passo essencial para a inclusão é que cada pessoa possa alcançar a plena capacidade de locomoção e deslocamento por meio da adequação das vias urbanas e das cidades de forma geral (TARTUCE, 2015).

De acordo com Kümpel (2016), a inadequação das vias urbanas e dos prédios restringe o direito de ir e vir e desestimula a participação e a integração das pessoas com deficiência, que, por consequência natural, não podem exercer plenamente sua cidadania e se veem afetados em sua dignidade. Assim, as pessoas que não podem utilizar os espaços urbanos, como parques, ruas e praças, bens de uso comum, acabam tendo o seu direito de locomoção violado, em decorrência da omissão do poder público.

3 APLICAÇÃO DO ESTATUTO NO PLANEJAMENTO E NA URBANIZAÇÃO DAS VIAS PÚBLICAS

De acordo com o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei Nº 13.146/15), o planejamento e a urbanização das vias públicas, dos parques e dos demais espaços de uso público e social deverão ser concebidos e estabelecidos de forma a torná-los

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

acessíveis para todas as pessoas que os utilizam, incluindo os indivíduos com alguma deficiência ou com certa dificuldade relacionada à mobilidade.

A referida Lei estabelece que o passeio público, elemento essencial de urbanização, geralmente segregado e em nível distinto dos elementos que compõem as vias públicas, destina-se somente à locomoção de pedestres e, quando possível, à inserção de dispositivos permitidos e de vegetação adequada ao local, facilitando o deslocamento dos indivíduos nos espaços urbanos. Já os semáforos destinados aos pedestres e instalados em locais de grande circulação, ou que deem acesso aos serviços de reabilitação, devem necessariamente estar equipados com instrumento que emita sinal sonoro suave para orientação dos portadores de deficiência.

O artigo 10 do Estatuto esclarece que a instalação de qualquer mobiliário urbano em local de intenso fluxo de pessoas, que ofereça risco de acidente aos pedestres com deficiência, deverá ser indicada mediante sistemas sinalização tátil de alerta no piso, segundo as regras estabelecidas na legislação. Assim, os centros e os estabelecimentos comerciais devem fornecer carros e cadeiras de rodas, motorizados ou não, com a finalidade de atender as pessoas com deficiência (BRASIL, 2015).

Dessa forma, no planejamento de vias públicas e de estacionamentos abertos ao público, de uso público ou privado, de uso coletivo, devem ser reservadas vagas próximas aos acessos de circulação de pedestres, sinalizadas conforme as normas vigentes, para veículos que transportem pessoas com deficiência ou com comprometimento de mobilidade, desde que devidamente identificados.

Os centros urbanos possuem uma dinâmica de crescimento acelerado que muitas vezes ocorre sem o devido planejamento e de forma desordenada, influenciado pela falta de organização, o que afeta diretamente a qualidade de vida de seus habitantes. Assim, um simples deslocamento realizado através das vias urbanas é dificultado devido a diversas barreiras no que tange a falta sinalização e a má distribuição do mobiliário urbano, obstáculos estes que tornam as vias muitas vezes inacessíveis (MAGAGNIN, 2018).

O planejamento urbano associado ao crescimento e desenvolvimento das cidades, às questões de transporte e infraestrutura, sua disponibilidade para a população e o processo de deslocamento urbano dos indivíduos, o que consequentemente acaba interferindo na demanda por transportes, áreas de estacionamento em pontos estratégicos das cidades e nos longos congestionamentos de veículos. Isso nos mostra que a mobilidade urbana está diretamente associada à acessibilidade, e a necessidade que os cidadãos têm de se deslocar pelas cidades (STOLZE, 2016).

Sendo assim, os responsáveis envolvidos com o planejamento das cidades devem elaborar planos que atendas as necessidades de acessibilidade definidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, levando em consideração o plano diretor no qual está inserido, que aborda sobre os passeios públicos a serem revitalizados ou reformados, visando garantir a acessibilidade da pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida aos espaços urbanos, incluindo serviços essenciais como órgãos públicos e os locais de prestação de serviços de saúde, assistência social e educação, de forma integrada com o planejamento das vias públicas.

4 ACESSIBILIDADE COM BASE NOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA PREVISTOS NA LEI 13.146/2015

A lei Nº 13.146, de 06 de julho de 2015 (BRASIL, 2015), que Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), tem como fundamento o princípio da igualdade presente na Carta Magna. O Estatuto acrescenta condições de igualdade e o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais pela pessoa com deficiência, objetivando sua inclusão social (BRASIL, 2015). Já o artigo 2º fornece definições relevantes no tocante às pessoas portadoras de deficiência, delimitando temas como: acessibilidade, desenho universal, barreiras a serem enfrentadas no desenvolvimento das políticas públicas.

O artigo 4º da presente lei, baseado de forma evidente nos princípios estabelecidos pela Constituição Federal define claramente que:

> Toda pessoa portadora de deficiência tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas da sociedade e não sofrerá qualquer espécie de discriminação. O desenvolvimento de planos de ação que envolva os serviços, equipamentos, tecnologias, meio físico, de transporte e de uso coletivo, tanto na zona rural como na urbana, devem atender os princípios basilares, tendo como referência as normas de acessibilidade (BRASIL, 2015, p.3).

Dessa forma, a acessibilidade pode ser alcançada com base no pleno acesso, por qualquer individuo, ao sistema de transporte público, às vias públicas e à infraestrutura ou a qualquer espaço urbano. De acordo com Almeida (2011), o acesso de forma livre aos lugares públicos e as vias urbanas é um direito de todos e os legisladores e gestores devem buscar garantir que estes sejam respeitados em todas as suas esferas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A Lei nº 13.146 de 2015 colaborou de forma decisiva para os avanços verificados nos instrumentos normativos infralegais. Além disso, estabelece como crime condutas que de outro modo não poderiam ser classificadas dessa forma apenas com outras Leis. Sendo assim, essa norma amplia e aprimora a legislação definida anteriormente.

Torna-se relevante verificar por qual motivo o legislador buscou abordar acerca das barreiras impostas pela sociedade. Isso demonstra a existência de um paradigma social que afeta de forma direta a relação de capacidade dos indivíduos. Sendo esta limitação considerada um produto estabelecido pelo meio social, pois a pessoa com deficiência será menos ou mais limitada de acordo com o ambiente que ela reside, ou seja, se o ambiente não favorecer o seu desenvolvimento, impondo barreiras físicas e sociais, maior será a limitação da sua capacidade (BRASIL, 2015).

Segundo Fernandes (2017), esta Lei é uma verdadeira conquista social, "um sistema normativo inclusivo, que tem como base o princípio da dignidade da pessoa humana em diversos níveis." O novo Estatuto proporciona igualdade, acessibilidade, respeito aos portadores de deficiência e autonomia individual, o que inclui a liberdade de fazer suas próprias escolhas.

No Título II da Lei nº 13.146 os direitos fundamentais são elencados com base nos já consagrados pela Constituição Federal, começando pelo direito à vida, no qual a pessoa com deficiência é considerada vulnerável em situações de perigo e calamidade pública, devendo receber proteção especial dos agentes garantidores. Além disso, não podem ser submetidas à intervenção clínica ou cirúrgica, a tratamento indesejado. Assim, Estatuto amplia essa abordagem para alcançar não somente as situações de risco de vida, mas toda aquela que tenta obrigar a pessoa com deficiência a receber uma intervenção indesejada.

Este capítulo ainda ressalta os princípios constitucionais da igualdade e da não discriminação. Apontando que a deficiência não é motivo para desigualdade, bem como não deve ser considerada como justificativa para distinção ou exclusão, que tenha a finalidade ou o efeito de prejudicar ou restringir a liberdade física ou social. É nesse capítulo que o legislador empregou de forma explicita o princípio da igualdade, consolidando a capacidade civil das pessoas com deficiência e inovando no ordenamento jurídico.

Em seu capítulo IX, o Estatuto disciplina a adoção de diversas medidas, como: garantia de acessibilidade a bens e programas culturais, além de monumentos e locais de relevância histórica; eliminação, redução ou superação de barreiras, promovendo o acesso a todo patrimônio cultural; reserva de lugares destinados a pessoas com deficiência em cinemas, auditórios, ginásios de esporte e teatros; não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

podendo o valor deste ingresso ser superior aos demais; hotéis e pousadas devem possuir pelo menos 10% de acomodações acessíveis, com pelo menos uma unidade acessível (BRASIL, 2015).

O direito ao transporte e à mobilidade urbana também se tornou garantido pela Lei nº 13.146/2015, pois estabeleceu a eliminação de obstáculos e barreiras de acesso aos diferentes meios de transporte. Assim, ressalta-se que o artigo 46, §2º, tem como fonte direta o direito administrativo, uma vez que obriga a observância dessas normas de acessibilidade nos processos de autorização, permissão, E renovação dos serviços de transporte.

O sistema de transporte, meio fundamental que viabiliza a mobilidade nas vias urbanas, seja terrestre, ferroviário, aquaviário ou aéreo, deve ser acessível para garantir o uso por todas as pessoas. Além disso, o Estatuto regulou o serviço de táxi e a locação de veículos, definindo que a frota da organização deve reservar ao menos 10% de seus veículos acessíveis para as pessoas com deficiência e as locadoras com frota de até vinte automóveis, ao menos um deste deve ser adaptado. O capítulo também trata de um direito já estabelecido, porém frequentemente desrespeitado: a reserva de vagas em estacionamento para pessoas com deficiência. Sendo os estacionamentos e as instituições devem reservar 2% das vagas para pessoa portadora de deficiência (APARECIDA, 2016).

No que tange a acessibilidade, observa-se ainda que as edificações públicas e privadas de uso coletivo devem tomar medidas a fim de adaptar suas instalações para o atendimento adequado ao público. O estatuto destaca outros pontos relevantes: o direito ao recebimento de contas, cobranças e boletos de tributo de forma acessível; a obrigatoriedade dos planos diretores municipais, dos planos de transporte e trânsito, dos planos de mobilidade urbana e dos monumentos históricos observarem as regras de acessibilidade (CORREIA, 2015).

No decorrer dos seus tópicos, verifica-se que a Lei nº 13.146 dedicou um Título inteiro a questão da acessibilidade, definindo-a em seu artigo 53 como o "direito que garante à pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida viver de forma independente e exercer seus direitos de cidadania e de participação social". Portanto, conforme visto anteriormente no dispositivo, o objetivo da acessibilidade é garantir a autonomia do portador de deficiência.

De acordo com Grinover (2006) ao impossibilitar algum indivíduo de se locomover com liberdade pelas vias urbanas e acessar os locais desejados, estamos tirando deste cidadão o direito a cultura e informação já consagrado tanto na constituição quanto na Lei nº 13.146. Assim, torna-se evidente a necessidade de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

serem tomadas medidas e ações para que as pessoas portadoras de deficiência tenham seus direitos garantidos e possam participar de forma efetiva no desenvolvimento da sociedade.

Quanto à acessibilidade abordada no Estatuto, destaca-se ainda que as edificações públicas e privadas de uso coletivo, já existentes no espaço urbano, devem ser adaptadas. Com a finalidade de atender as demandas por acessibilidade, faz-se necessário que os planos diretores municipais, dos planos de transporte e trânsito, dos planos de mobilidade urbana e de preservação das vias públicas observarem as regras vigentes, viabilizando o exercício independente das rotinas de vida dos indivíduos.

Neste sentido, a fim de entender a mudança relacionada à capacidade das pessoas com deficiência, é importante analisar toda a lei de um modo geral, pois estabelecer mecanismos que viabilizem o desenvolvimento de sua capacidade plena não é só uma questão de mudança de paradigmas. Torna-se necessário alterar o ambiente, a visão e o contexto normativo, fornecendo instrumentos para que as pessoas com deficiência busquem a autonomia desejada e não se sintam desamparadas perante o Estado e a sociedade. Portanto, o Estatuto da Pessoa com Deficiência fundamenta-se nos princípios apontados, e tem por finalidade fornecer maior autonomia e acessibilidade para que as pessoas com deficiência exerçam a sua capacidade plena.

CONCLUSÃO

Com base nas informações reunidas no decorrer do presente estudo, observa-se que as pessoas com deficiência foram, por longos períodos, excluídas do sistema e do enfoque das políticas públicas, sendo muitas vezes vítimas de diversas formas de preconceito. Este cenário só começou a mudar com a inauguração da constituição Federal de 1988, desenvolvida com base em princípios sólidos que buscaram valorizar a igualdade e a dignidade da pessoa humana.

No entanto, até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, ainda não havia sido considerada, de forma completa, a necessidade de igualdade e a dignidade das pessoas com deficiência. Algumas terminologias ultrapassadas ainda eram observadas, tendo em vista que a rotulação e o status de incapacidade não favoreciam a inclusão destes na sociedade.

A Lei nº 13.146/2015 então buscou alterar essas abordagens e redefiniu os parâmetros que fundamentavam o tratamento jurídico das pessoas com deficiência. Assim, o estatuto buscou estabelecer mecanismos com a finalidade de viabilizar o deslocamento das pessoas com deficiência nas vias públicas, definindo os conceitos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

relacionados ao transporte e a mobilidade urbana, bem como regulamentando praticas adequadas para realização de obras, desenvolvimento de dispositivos de acessibilidade e sinalização das vias públicas, na busca da inclusão social.

A aplicação desse estatuto pode ser considerada um passo relevante na busca pelo cumprimento dos valores e princípios consagrados na Constituição Brasileira. Dessa forma, torna-se relevante acrescentar que o estatuto estabelece que a capacidade civil dos indivíduos está diretamente ligada a autonomia social, assumindo a responsabilidade de garantir os direitos já estabelecidos, como é o caso da igualdade e da dignidade da pessoa humana, uma vez que não existe autonomia sem que estes sejam respeitados na elaboração de políticas públicas voltadas a garantida da mobilidade urbana das pessoas com deficiência.

Para que um cidadão seja autônomo, este precisa estar em igualdade com o resto da sociedade, pois se as pessoas com deficiência não possuem acesso a vias urbanas que atendam a demanda e as normas vigentes, então estas sempre serão dependentes do sistema porque não poderão realizar com qualidade suas tarefas cotidianas.

Neste sentido, conclui-se com base no estatuto que o respeito aos princípios basilares da dignidade da pessoa humana e da igualdade definidos na constituição são de suma importância. Assim, o planejamento das vias públicas deve estar voltado ao direito de locomoção e a necessidade de espaços urbanos adequados, levando em consideração a capacidade motora e sensorial dos indivíduos, sejam eles portadores de deficiências ou não, a fim de desenvolver políticas púbicas de qualidade voltadas à inclusão e ao desenvolvimento da sociedade.

REFERÊNCIAS

APARECIDA, Andrés. **Pessoas com Deficiência nos Censos Populacionais e Educação Inclusiva. Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados.** Estudo Legislativo, 2016. 137p.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. ABNT NBR 9050-2015: **Acessibilidade a edificações, mobiliário, espaços e equipamentos urbanos.** Rio de Janeiro, 2015, 148 p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Brasília, DF, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 de Set. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 06 de julho de 2015. Institui **a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa Com Deficiência (estatuto da Pessoa Com Deficiência).** Brasília, DF, 06 jul. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 24 Set. 2020.

BRASIL. Senado Federal. Da **Comissão de Direito Humanos e Legislação Participativa, sobre o Projeto de Lei do Senado nº 6, de 2003**. Autoria do Senador Paulo Paim, que institui o Estatuto do Portador de Deficiência e dá outras providências. Parecer normativo nº 1.268 de 13 de dezembro de 2006.

CORREIA, Atalá. **Estatuto da Pessoa com Deficiência traz inovações e dúvidas. Revista Consultor Jurídico.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-03/direito-civil-atual-estatuto-pessoa-deficiencia-traz-inovacoes-duvidas>. Acesso em: 15 de Set. 2020.

FERNANDES, Lorena Barolo et al. **Breve histórico da deficiência e seus paradigmas.** Revista do Núcleo de Estudos e Pesquisas Interdisciplinares em Musicoterapia, Curitiba, v. 2, p.152.

GOMIDE, Alexandre de Ávila. **Transporte urbano e inclusão social: elementos para políticas públicas.** Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, Brasília-DF, jul. 2012.

GUGEL, Maria Aparecida. **A pessoa com deficiência e sua relação com a história da humanidade.** 2. Ed, Rio de Janeiro – RJ, 2006. 165 p.

KÜMPEL, Vitor Frederico; BORGARELLI, Bruno de Ávila. **A destruição da teoria das incapacidades e o fim da proteção aos deficientes.** Revista Migalhas. ++++++++++++Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16>. Acesso em 25 de Set. 2020.

MAGAGNIN, R. C., & Silva, A. N. R. **A percepção do especialista sobre o tema mobilidade urbana. Transportes, (2018).** 165 p. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.14295/transportes>. Acesso em: 19 Set. 2020.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA. **Saberes e práticas da inclusão: desenvolvendo competências para o atendimento às necessidades educacionais especiais de alunos surdos.** 2. ed. Brasília: MEC, Secretaria de Educação Especial, 2006. 165 p. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/alunossurdos.pdf>. Acesso em: 18 Set. 2020.

SILVA, Tâmara Mirely Silveira; LIMA, **Daniel Ferreira de. Direito fundamental à acessibilidade no Brasil: Uma revisão narrativa sobre o tema.** Campina Grande: 5º Encontro de Produção Acadêmico-cientifico: "ciência: Produzir e Compartilhar", 2013.

STOLZE, Pablo. **O Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Sistema Jurídico Brasileiro de Incapacidade Civil. Revista do Instituto Brasileiro de Direito de Família. 2016.** Disponível em: <http://ibdfam.org.br/artigos/1093>. Acesso em: 28 de Set. 2020.

TARTUCE, Flávio. Alterações **do Código Civil pela lei 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Repercussões para o Direito de Família e Confrontações.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI224217,21048>. Acesso em: 16 de Set. 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NA PANDEMIA DO COVID-19: AS POLÍTICAS PÚBLICAS DO BRASIL

CEONARA MARIA AMORIM MARTINS CORTEZ:
Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário de Santo Agostinho.

MARIA DO SOCORRO MOURA COSTA [1]

(orientadora)

RESUMO: Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU, 2020) é provável que a violência doméstica contra a mulher aumente em razão da pandemia de COVID-19 e surgiu o seguinte problema: Quais as políticas públicas de combate a violência doméstica durante a pandemia de COVID-19 no Brasil? O Objetivo Geral do estudo é analisar as políticas públicas e as principais medidas de enfrentamento à violência doméstica durante a pandemia de COVID-19. Os Objetivos Específicos são: Compreender os tipos de violência contra a mulher no âmbito doméstico, incluindo os crimes virtuais, e verificar as medidas de enfrentamento implementadas durante a pandemia do *Corona Vírus*. O referencial teórico tem como base legislação específica acerca da violência doméstica, que inclui a Lei Maria da Penha, a categoria patriarcado, os cibercrimes contra a mulher e as inovações trazidas com a publicação da Lei 14.022 de julho de 2020. A metodologia adotou a pesquisa bibliográfica através da leitura seletiva de documentos, leis, *sites* de *internet*. Os resultados alcançados no Brasil foi a publicação de normas legais e da Lei 14.022 de 2020 que declarou essenciais os serviços de atendimento à vítima de violência doméstica.

Palavras-Chave: Pandemia; Violência Doméstica; Políticas Públicas.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Considerações sobre violência doméstica. 3. As raízes da violência doméstica: O patriarcado. 4. Cybercrimes: as novas formas de violência contra a mulher. 5. Políticas públicas de enfrentamento a violência doméstica na pandemia. 6. Conclusão. 7. Referências

1. INTRODUÇÃO

Segundo a ONU Mulheres (2020), mesmo antes da pandemia do Covid-19, a violência doméstica já era uma das maiores violações dos direitos humanos. Nos doze meses anteriores a Pandemia da Covid-19, 243 milhões de mulheres e meninas (de 15 a 49 anos), em todo o mundo foram submetidas à violência sexual ou física por homens e por parceiros íntimos.

Esses dados do ONU Mulheres (2020) mostram que à proporção que a pandemia do Covid-19 continue, é provável que aumente a violência contra mulher, causando impactos ao bem-estar dela, atingindo sua saúde sexual e reprodutiva, sua saúde mental e sua capacidade de participar e liderar a recuperação de nossas sociedades e a economia atingidas pela pandemia.

A partir desse contexto surgiu a necessidade de investigar a seguinte problemática: Quais as políticas públicas e as principais medidas de enfrentamento a violência doméstica durante a pandemia do COVID-19 no Brasil?

A justificativa da pesquisa, sobre as políticas públicas de enfrentamento a violência doméstica durante a pandemia do Covid-19 tem sua relevância, diante do confinamento mundial e do isolamento social concentrarem a família no lar, elevando ao aumento da violência doméstica em países onde foi decretado estado de emergência, como no caso do Brasil com medidas de enfrentamento à violência doméstica. Observa-se que a relevância da pesquisa ultrapassa o nível acadêmico e jurídico, e estimula outros estudiosos a buscarem mais conhecimento sobre o assunto. Em nível social, a relevância se dá a medida em que a sociedade precisa conhecer sobre as políticas públicas de enfrentamento e combate à violência doméstica, justificando a importância da discussão do tema.

A fundamentação teórica tem como base pesquisa bibliográfica, na análise de textos, leis, doutrinas, sites de notícia, site da ONU Mulheres a legislação específica de violência doméstica, incluindo a abordagem sobre o patriarcado, os cyber crimes contra a mulher e as inovações trazidas com a publicação da Lei 14.022 de julho de 2020, que trata das políticas públicas de combate à violência doméstica, como medidas específicas de enfrentamento à violência doméstica durante a pandemia do COVID-19.

Os objetivos formulados foram analisar as políticas públicas e as principais medidas de enfrentamento à violência doméstica durante a pandemia do COVID-19. Os Objetivos Específicos foram: Compreender os tipos de Violência incluindo os crimes virtuais contra a mulher e verificar medidas e enfrentamento à violência doméstica implementadas durante a pandemia de Corona Vírus.

A metodologia utilizada na presente pesquisa, busca respostas para a problemática formulada, adotou a pesquisa bibliográfica com o processo sistemático do desenvolvimento do método científico, através da coleta de dados bibliográficos, leitura seletiva de documentos, leis, *sites* de *internet*, sobre as políticas públicas para combate da violência doméstica, e sobre os crimes virtuais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Portanto, essa pesquisa apresenta faz uma abordagem sobre a violência doméstica, o patriarcado, os crimes virtuais contra a mulher e sobre as políticas públicas impostas pela Pandemia de COVID-19, com as medidas de enfrentamento à violência doméstica adotadas durante a pandemia de Covid-19 no País.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

Importante iniciar pela compreensão do significado da palavra violência, a qual significa qualidade de ser violento; ato de violentar; constrangimento físico ou moral; uso da força; coação (FERREIRA, 1999).

A palavra violência etimologicamente, deriva do termo "violentia" que significa violar, agredir intencionalmente alguém, de acordo com (HERMANN e BARSTED, 2000).

Já para compreender o significado de violência doméstica, é importante, conhecer os conceitos dos doutrinadores, tais como: Capez (2020), Mirabete (2016), Dias (2010), conforme, expresso a seguir:

Assim, o conceito de Violência Doméstica segundo Capez (2020) é aquela praticada no âmbito familiar, segundo as hipóteses do artigo anterior, e se dessa violência contra a mulher resultar a morte, trata-se de feminicídio, pois este é o homicídio doloso contra mulher, por razões da condição de sexo feminino. Dessa forma, há dois tipos de feminicídio: o que envolve a violência doméstica e familiar contra a mulher, e o relacionado ao menosprezo ou discriminação à condição de mulher, conforme cita a Lei Maria da Penha Lei 11.340/2006.

Ainda ressalta Capez (2020), o sujeito ativo da violência doméstica, podem não ser só os cônjuges, companheiros ou ex, mas, também pais, avós, irmãos, tios, enteados, sobrinhos, padrastos, etc. desde que exista um vínculo doméstico e familiar entre o autor da violência e a vítima.

O conceito de Violência Doméstica conforme Mirabete (2016), não se restringe apenas ao sofrimento físico, a lesão corporal definida no artigo 129 do código penal de 1940, mas, incorpora o agravamento da pena, se essa violência ocorre no âmbito doméstico e familiar, abrangendo cinco formas de violência, não se limitando ao constrangimento físico, da violência física e sexual, incluindo-se a violência moral, patrimonial e psicológica, traduzindo-se em um significado de dor causada tanto nos aspectos físicos, quanto nos aspectos emocionais, dado que atinge a fragilidade da mulher, seus valores, sua moral, seu patrimônio, seu psicológico.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Da mesma forma, o conceito de Violência Doméstica para Dias (2010), a partir da vigência da Lei Maria da Penha Lei 11.340 de 2006, foi definida sem guardar correspondência com quaisquer tipos penais. Primeiro, é identificado o agir que configura violência doméstica ou familiar contra a mulher (art. 5º): qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. Depois, são definidos os espaços onde o agir configura violência doméstica (art. 5ª, incs. I, II e III): no âmbito da unidade doméstica, da família e em qualquer relação de afeto. Finalmente, de modo didático e bastante minucioso, são descritas as condutas que configuram a violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral.

> Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:
>
> I - No âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;
>
> II - No âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;
>
> III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.
>
> Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual. (LEI 11.340/2006).

No Brasil, com a publicação da Lei Maria da Penha, em seu artigo primeiro art. 1º, a lei define o motivo de sua existência, uma vez que:

> "cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher". (Art.; 1º Lei 11.340/2006).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O conceito de Violência Doméstica segundo a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), significa a violência doméstica e familiar contra a mulher, como toda ação ou omissão com base na condição de gênero, pelo fato de ser mulher, que cause a morte ou sofrimento físico, sexual, psicológico e dano moral ou patrimonial.

O artigo 7º inciso I, da Lei Maria da Penha define a Violência Física, como:

> A Violência Física é entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal. Nesse caso, não precisa necessariamente deixar marcas aparentes no corpo. É qualquer conduta contra a integridade física e saúde corporal da mulher. Ex.: tapas, empurrões, puxões de cabelo, socos, agressões com objetos cortantes e perfurantes, entre outros (Lei 11.340/06).

O artigo 7, inciso II, da Lei Maria da Penha define a violência psicológica como:

> A violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause danos emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação. (Lei 11.340/06).

Aqui a prática de violência está relacionada à ameaça, a humilhação, ao constrangimento, o que se protege aqui é a saúde psicológica da vítima.

O artigo 7º inciso III, da Lei Maria da Penha define a violência sexual como:

> A Violência Sexual, é entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos (Lei 11.340/06).

A violência patrimonial é abordada pela Lei Maria da Penha no artigo 7º, inciso IV:

> A violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades (Lei 11.340/06).

A Violência Moral, é abordada no artigo 7º inciso V da Lei Maria da Penha:

> A Violência Moral é a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. A calúnia acontece quando o ofensor atribui um fato criminoso à vítima. A injúria se configura com xingamentos que ofendem a honra da mulher. Já a difamação ocorre quando o ofensor atribui um fato ofensivo à reputação da vítima. (Lei 11.340/06).

Vale ressaltar que a Lei Maria da Penha (Lei11.340/2006), como medida protetiva, concede o direito ao afastamento do agressor do lar, entre outras medidas, de proteção à mulher. Mas, faltou medidas econômicas e atendimento psicológico, casa abrigo, para vítimas de violência doméstica, para que as mesmas sobrevivam sem depender economicamente do agressor durante a pandemia e após a pandemia.

A violência é tipificada como Feminicídio, quando ocorre o óbito da vítima, conforme reza o artigo 121, inciso VI do Código Penal, e a lei 13.104 de 2015, também conhecida como Lei do Feminicídio que se constitui quando o homicídio é praticado contra a mulher por razões de gênero feminino, e envolve violência doméstica, menosprezo ou discriminação a condição de mulher.

Portanto, a violência doméstica ocorre quando o agressor tirar vantagem da sua força física, ou posição de autoridade para praticar maus tratos físicos, sexuais, morais, psicológicos, patrimoniais, impondo uma relação de desigualdade, ferindo a dignidade, que foi naturalizada e incorporada ao cotidiano de mulheres, constituindo-se em violação aos direitos humanos, e uma manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre homens e mulheres, decorrentes de relação de subordinação e dominação.

3. AS RAÍZES DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: O PATRIARCADO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para Friedrich Engels (2002), a primeira opressão de classes, com a opressão do sexo feminino pelo masculino foi devido a monogamia foi um progresso histórico, mas ao mesmo tempo, iniciou, juntamente com a escravidão e as riquezas privadas, o que dura até hoje: que o bem existe e o desenvolvimento de uns se dá às custas da dor e repressão dos outros.

Durante a Idade Média também temos a sobreposição do gênero masculino sobre o feminino, em que mulheres foram queimadas, torturadas, presas e mortas, de forma injusta, acusadas de bruxaria, pertenciam a classe social elevadas, eram curandeiras, parteiras, e atuavam como médicas sem títulos, tinham vasto conhecimento sobre plantas medicinais, o simples fato de ter desejo de conhecimento era justificativa para queimar mulheres na fogueira, a igreja católica foi autora das execuções juntamente com o Estado. Na sociedade patriarcal, o pai tinha todo o poder sobre a família. E assim, com o casamento, a mulher deixava de ser "posse" do pai para ser do marido. E com isso, o homem podia tudo contra a mulher, inclusive violentá-la (LIRA E BARROS, 2015).

Assim, pela influência e permanência do patriarcado, é comum que ainda haja a tentativa de responsabilizar a mulher por seu óbito. Após o sangue derramado se perguntam por que ela não foi embora, por que ela permaneceu no mesmo endereço, sabendo que ele já tinha ameaçado a sua vida, por que aceitou conversar com o agressor, por que se reconciliou. Geralmente a mulher tem filhos, tem bens, e nunca acredita que o homem seja capaz de matá-la. Dessa forma, o agressor silencia a mulher, isola, tira a vontade de viver, age contra sua aparência (raspando-lhe a cabeça, as sobrancelhas), a deixa vestida em trapos, a ameaça, deixa sem alimento, tortura e mata, entre outras práticas de violência. (CARVALHO, 2017).

Dessa forma, a sociedade patriarcal deixou como herança a autoridade do pai, do marido, a qual não pode ser questionada ou desobedecida, e enquanto isso a mulher carrega o fardo de ser mulher, dado que a sociedade trata o homem como ser superior. Isso faz como se o homem tivesse uma autorização social para praticar a violência doméstica contra a mulher, o que durante muito tempo não era passível de punição legal, penal, moral ou social, e ao contrário disso, manifestando-se sob a nova roupagem dos novos e contemporâneos tempos, no contexto das inovações tecnológicas da informação, as quais se espraiam para os costumes.

4. CYBERCRIMES: AS NOVAS FORMAS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Na linha de raciocínio das novas formas de violência contra a mulher, ergue-se o Cibercrime, o qual, segundo a INTERPOL (2015) é a atividade criminosa ligada diretamente a qualquer ação ou prática ilícita na Internet. Assim, o crime na internet, ou cibercrime, nada mais é do que uma conduta ilegal realizada por meio do uso do

computador e da internet (ROSA, 2002, p.53-57), e quando aplicada à mulher pode ganhar contornos trágicos.

Contudo, com a publicação da Lei 12.737/2012, ou *Lei Carolina Dieckman*, oriunda de fato que envolveu a divulgação de conteúdo íntimo não consentido, dispôs sobre sobre a tipificação criminal dos delitos informáticos, introduzindo os artigos 154-A, 154-B, e alterando os artigos 266 e 298, todos do Código Penal. Também envolve os casos de pornografia não consentida, nos quais as vítimas após a usurpação por hackers em seus computadores, celulares, ou qualquer outro dispositivo informático, tem essas informações disseminadas na rede, o bem jurídico protegido é a privacidade, a intimidade e a vida privada, e consiste em invadir dispositivo informático alheio sem autorização (FERREIRA, 2019).

Apesar de parecerem suficientes, ambas as leis 12.735 e 12.737 não alcançaram êxito em preencher todas as lacunas que a legislação brasileira tinha em relação ao combate aos crimes cibernéticos contra a mulher, na verdade possuem vícios, que necessitam ser sanados a fim de se evitar a impunibilidade (FERREIRA, 2019).

O *bullying*, palavra inglesa que não apresenta significado na língua portuguesa, vem da palavra *bully*, a qual em inglês, significa brigão, valentão, representando uma série de atitudes agressivas, com intenção de serem realizadas, de forma repetitiva. Cyberbullying é bullying que ocorre usando tecnologias de informação e comunicação como telefones celulares, computadores e tablets, sites de mídia social, mensagens de texto, bate-papo e sites. Pode ser praticado por um grupo ou uma pessoa que tem o intuito de prejudicar, ameaçar, caluniar, difamar a mulher, principalmente antigos namorados ou maridos que desejam se vingar de uma rejeição (LEMOS, 2020).

Também foi aprovada a Lei 13.772/2018, para reconhecer que a violação da intimidade da mulher configura violência doméstica e familiar e para criminalizar o registro não autorizado de conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado.

Revenge porn, é uma expressão inglesa que significa pornografia de vingança, e ocorre quando o indivíduo divulga, compartilha imagens, vídeos, mensagens, áudios de conteúdo íntimo, obtido durante o relacionamento, ou vínculo afetivo, ou amoroso, sem autorização da vítima, após o rompimento do relacionamento, punível com a lei 13.718 de 2018, àqueles agentes que tenham mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança e que divulgam, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia e a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

vítima ainda pode valer-se da proteção da Lei 11.340 de 2006 em virtude da violência psicológica segundo o artigo 6º II e III para evitar aproximação, inclusive por meio virtual do agressor e fazer cessar a conduta. (RODRIGUES, MELO, POLENTINE, 2020).

Pela cyberstalking, como modalidade de violência, a vítima é perseguida e amedrontada por intermédio de redes sociais, e-mail, páginas pessoais, blogs, dentre outros. O agente normalmente se vale de informações publicadas pela vítima em suas próprias redes sociais. A vítima passa a ter receio de desenvolver suas atividades corriqueiras com medo de que alguém a prejudique de alguma forma, e tal fato gera prejuízos ao sono, ao correto desenvolvimento de suas atividades diárias, fobias e até ataques de pânicos (RODRIGUES, MELO, POLENTINE, 2020).

No Brasil ainda não há a tipificação dos crimes cibernéticos cyberbullying e cyberstalking, mas, está tramitando na Câmara Federal, um projeto de lei que agrava a pena para quem comete crimes cibernéticos nº154/19 e no senado Projeto de Lei n° 4287, de 2019 e projeto de lei 6.521/2019 que tipifica de forma específica o crime de intimidação sistemática, virtual (cyberbullying), assédio sistemático virtual (cyberstalking) ainda que essas sejam condutas já consideradas por tipos penais mais abrangentes.

Ao lado das providências de cunho legislativo, com vistas a alterar a lei atinente à questão em foco, é possível verificar as medidas de enfrentamento do problema, como segue-se discutir na próxima seção deste estudo.

5. POLÍTICAS PÚBLICAS DE ENFRENTAMENTO A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NA PANDEMIA DO COVID-19.

A Organização Mundial de Saúde - OMS vem sistematicamente alertando que a violência contra a mulher tem aumentado desde o início da pandemia de COVID-19. Segundo o Ministério da Saúde (2020), em Jingzhou, cidade na província de Hubei, na China iniciou a pandemia de COVID-19 e a Organização Mundial de Saúde, fez um alerta sobre o aumento dos casos de violência doméstica no mundo, que triplicaram em fevereiro de 2020 comparado ao mesmo período no ano anterior.

O chefe da Organização das Nações Unidas – ONU (2020) em abril de 2020, António Guterres, pediu medidas para combater o "horrível aumento global da violência doméstica" dirigida a mulheres e meninas, em meio à quarentena imposta pelos governos na resposta, a pandemia de Covid-19 que está a causar enorme sofrimento humano, e devastação econômica em todo o mundo e apelou para um cessar-fogo imediato, para que todos possam focar, na luta contra a pandemia, apelou para o fim da violência em todos os lugares de imediato, mas, a violência não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

se limita ao campo de batalha, para muitas mulheres e meninas, a maior ameaça está naquele que deveria ser o mais seguro dos lugares, as suas próprias casas.

Nesse sentido a Organização das Nações Unidas – ONU (2020) também relatou que após a pandemia houve um aumento da violência contra a mulher cometida em meios virtuais, assim diferentes tipos de violência estão em ascensão tais como a perseguição, bullying, assédio sexual, importunação sexual, dentre as práticas, identificamos o cyberbullying, cyberstalking, além das já conhecidas no artigo 7º da Lei Maria da Penha, Lei 11.340 de 2006 tais como a violência física, sexual, moral, patrimonial e psicológica. Lei 13.104/2015 o crime de feminicídio.

No Brasil de acordo com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2020), enquanto o aumento da violência contra mulher tem sido detectado por pesquisas no 190, registros de feminicídio e análise no Twitter, devido à escassez de recursos econômicos, afastamento da rede socioafetiva, aumentam o estresse e agrava a convivência conflituosa e/ou violenta, consumo de álcool e drogas, e limitação de acesso do serviço de atendimento à mulher vítima de violência doméstica.

Segundo o Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMDH) o aumento da violência foi de 40% entre os meses de abril de 2019 e 2020, também foram observados outras iniciativas de combate à violência doméstica durante a pandemia, para retirar a mulher da situação de vulnerabilidade, a iniciativa, da empresa UBER em parceria com Instituto Avon e Wieden+Kennedy, foi motivada pelo aumento expressivo desse tipo de violência durante a pandemia criou o E-Elas, para denunciar e fazer corridas de graça para mulheres vítimas de violência doméstica e elas vão responder a perguntas de uma assistente virtual, que buscará entender o grau de risco que elas correm.[2]

Da mesma forma, os casos de violência doméstica durante a pandemia vem aumentando no Piauí, segundo informações obtidas pelo aplicativo Salve Maria, que é um aplicativo de denúncias de violência doméstica, segundo a Superintendente de Gestão de Risco da Secretaria de Segurança Pública Delegada Eugênia Vila houve um aumento de 83% de denúncias violência doméstica durante o confinamento denominado Lockdown ocasionando um maior período de convivência entre os casais. O aplicativo Salve Maria no Piauí, registrou 263 casos no período no período de 16 de março a 8 de junho de 2020, sendo que no ano anterior foram somente143 casos[3].

Assim, o Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, realizou em 24 de julho de 2020 o lançamento estadual da campanha "Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica", instituída pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em parceria com a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e com o apoio dos Tribunais de Justiça, das Associações de Magistrados e de redes de farmácias. O evento foi transmitido para o público pelos canais da Câmara dos Deputados e pelo canal do Youtube da Secretaria da Mulher. A mesa virtual foi coordenada pela bancada feminina piauiense na Câmara dos Deputados, e contou com a participação dos chefes do Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo, desembargador Sebastião Martins, governador Wellington Dias e Themístocles Filho, além de representantes das entidades que compõem a Rede de Enfrentamento à Violência Doméstica (CARVALHO, 2020).

Após esse alerta de aumento da violência doméstica em todo o mundo feito pela Organização das Nações Unidas – ONU (2020), no Brasil foi sancionada a Lei 14.022 de 2020 que altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que passa a dispor sobre medidas de enfrentamento à pandemia à violência doméstica e familiar durante a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do corona vírus, enquanto perdurar o estado de emergência decorrente do corona vírus, serão mantidos, sem suspensão, os prazos processuais relativos à apreciação de matérias pertinentes, ao atendimento às partes e à concessão de medidas protetivas que tenham relação com atos de violência doméstica e familiar cometidos contra mulheres, crianças, adolescentes, pessoas idosas e pessoas com deficiência.

Conforme a legislação em vigor, o poder público deverá adotar as medidas necessárias para garantir a manutenção do atendimento presencial de mulheres, idosos, crianças ou adolescentes em situação de violência, com a adaptação dos procedimentos estabelecidos na Lei Maria da Penha, às circunstâncias emergenciais do período de calamidade sanitária decorrente da pandemia da Covid-19 (LEI 14.022/2020).

Dessa forma, os órgãos de segurança pública deverão disponibilizar canais de comunicação que garantam interação simultânea, inclusive com possibilidade de compartilhamento de documentos, desde que gratuitos e passíveis de utilização em dispositivos eletrônicos, como celulares e computadores, para atendimento virtual de situações que envolvam violência contra a mulher, o idoso, a criança ou o adolescente, facultado aos órgãos integrantes do Sistema de Justiça - Poder Judiciário, Ministério Público e Defensoria Pública, e aos demais órgãos do Poder Executivo, a adoção dessa medida (LEI 14.022/2020).

O Núcleo das Promotorias de Justiça de Defesa da Mulher Vítima de Violência Doméstica e Familiar (NUPEVID), por meio da 10ª Promotoria de Justiça de Teresina, órgão de execução do Ministério Público do Estado do Piauí (MPPI), desenvolveu estratégias para o cumprimento da Lei Municipal de Teresina no Estado do Piauí,

Nº5.540/2020 em conjunto com os representantes dos condomínios e da Polícia Civil, a referida lei também conhecida como lei dos condomínios, obriga os síndicos a denunciar casos de violência doméstica contra a mulher, criança, adolescente, idoso e pessoa com deficiência (VITÓRIA, 2020).

Do ponto de vista local, a Lei Municipal de Teresina 5.540/2020 prevê que a comunicação seja feita de forma imediata, por telefone, dos casos de violência doméstica em andamento, sendo que os condomínios devem fixar nas áreas de uso comum placas e cartazes divulgando a norma e incentivando a notificação quando os mesmos tomarem conhecimento da ocorrência de violência doméstica ou familiar e em caso de descumprimento o condomínio pode ser penalizado com advertência e multa que varia entre quinhentos reais à cinco mil reais.

Portanto, as políticas públicas de enfrentamento a violência doméstica na pandemia, estão sendo implementadas, mas, ainda são insuficientes, para conter os óbitos de mulheres, e a violência de gênero, que ocorre tanto de modo presencial como de modo virtual, mas, as medidas de enfrentamento vem socorrer essas mulheres, embora ainda falte, um maior investimento em políticas públicas, no sentido de reduzir as desigualdades, o machismo que ceifa a vida das mulheres, com o preconceito e a discriminação.

6 CONCLUSÃO

De acordo com o exposto a violência doméstica tipificada na Lei Maria da Penha, oriunda do Estado Patriarcal, incluindo além das violências física, sexual, moral, patrimonial e psicológica, ainda há os Cibercrimes contra a mulher tais como o Cyberbullying e Cyberstalking, quando os agressores realizam a violência contra a mulher através da utilização do computador e internet, ocorre que durante a pandemia de covid-19 agravou a violência contra a mulher, de tal modo que a Organização das Nações Unidas cobrou políticas públicas de combate a violência doméstica no Brasil, pois muitas mulheres estavam sofrendo violência doméstica em suas casas, onde deveriam ser protegidas.

Vale ressaltar que a abordagem sobre a violência doméstica, conforme a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), considera como sendo qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. Assim também, no âmbito da unidade doméstica, em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independente de coabitação, ou seja, o agressor não precisa morar com a vítima bastando para que se configure, que o agressor tenha uma relação de afeto com a vítima e quando ocorre o óbito da (o) ofendida, ocorre

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

o crime de feminicídio, que decorre da violência doméstica, ou da violência de gênero, sendo um agravante da pena de homicídio, decorrente de uma relação de dominação e subordinação do homem em desfavor da mulher.

A violência doméstica é parte das relações de poder dentro da lógica do patriarcado, o uso da violência foi um instrumento de opressão sobre as mulheres, mantendo-as sob ameaça e medo, a lei maria da penha e a lei do feminicídio foram instrumentos de conquista na legislação brasileira, é preciso criar condições para que mulheres rompam o ciclo da violência.

Observe que os Cibercrimes contra a mulher não ocorrem somente quando existe relação de afeto. Pelo fato de a internet ser um ambiente virtual, os criminosos acreditam que isso a configura "terra sem lei", bem como pela falsa impressão de que ainda existem dificuldades em serem identificados. Contudo, é possível identificar os criminosos, e para punir tais crimes, a lei 12.737/2012, que expressa punição à divulgação de conteúdo íntimo não consentido, introduziu no Código Penal os artigos 154-A, 154-B e a lei 13.772/2018, que reconhecem e configura a violação da intimidade da mulher como violência doméstica e familiar, com isso, criminaliza o registro não autorizado de conteúdo com cena de nudez, ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado, assim como a Lei 11.340/2006, ou seja, foram instituídos dispositivos legais para a criminalização dos cyber crimes contra a mulher.

É importante frisar que no Brasil Cyberbullying e Cyberstalking, não estão tipificados no Código Penal e que tramita na Câmara Federal, um projeto de lei que agrava a pena para quem comete crimes cibernéticos e no senado Projeto de lei que tipifica de forma específica o crime de intimidação sistemática, virtual (cyberbullying), assédio sistemático virtual (cyberstalking) ainda que essas sejam condutas já consideradas por tipos penais mais abrangentes.

No que se refere as políticas públicas, em atendimento a orientação da Organização das Nações Unidas, como medidas de enfrentamento a violência doméstica durante a pandemia de COVID-19, no Brasil foram: a Lei 14.022/2020, que torna essenciais os serviços destinados ao atendimento à vítima de violência doméstica, bem como não suspende prazos processuais, além de priorizar o atendimento a vítima de violência doméstica também disponibilizou o atendimento online, e presencial, inclusive para a realização de exame de corpo de delito. A campanha sinal vermelho, que em parceria a polícia e com as farmácias, recomenda que a vítima faça um x vermelho na mão, para que a polícia seja acionada, e prenda o agressor. Lei dos Condomínios que obriga os condomínios a denunciarem a violência doméstica, E o aplicativo Salve Maria no Piauí, sua utilização foi intensificada com os atendimentos virtuais durante a pandemia. O E-elas de iniciativa privada com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

a empresa Uber e Avon, fornece uma corrida gratuita às vítimas de violência doméstica e ajuda a vítima a denunciar o agressor.

Portanto, as políticas públicas e medidas de enfrentamento encontradas para combater violência doméstica durante a pandemia, foram a lei 14.022/2020, a campanha sinal vermelho, a lei dos condomínios para denunciar violência doméstica que ocorra nas dependências do condomínio, e as iniciativas do Uber e Instituto Avon com o E-Elas, que fornece uma corrida grátis a mulher vítima de violência doméstica, porém, o assunto não se encerra, tendo em vista que a pandemia de covid-19 continua e a violência doméstica contra a mulher também, sendo necessárias políticas ainda mais eficazes, para fins de proteger a vida da mulher, aliados a programas de geração de emprego e renda, e capacitação profissional para que essa vítima possa sobreviver e se sustentar, pois muitas mulheres são sustentadas pelo agressor, que não permite que elas trabalhem.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei Maria da Penha. Brasília, DF, Presidência da República, 2006. Disponível no site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm acessado em 05 de setembro de 2020 às 15:30.

_____. Lei do Feminicídio. Brasília, DF, Presidência da República, 2015. Disponível no site: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm acessado em: 03 de setembro de 2015.

_____. Lei 12.737/2012. Brasília, DF, Presidência da República, 2012.

_____. Lei 12.965/2014. Brasília, DF, Presidência da República, 2014.

_____. Lei 13.772/2018. Brasília, DF, Presidência da República,2018.

_____. Lei 13.718/2018. Brasília, DF, Presidência da República, 2018.

_____. Presidência da República, Lei 14.022 de 7 de julho de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14022.htm Acessado em: 23 de setembro de 2020.

_____. Ministério da Saúde. Saúde Mental e Psicossocial na Pandemia de COVID-19. Violência Doméstica e Familiar na COVID-19. Fundação Oswaldo Cruz – FIOCRUZ,2020.

_____. Nações Unidas. Organização das Nações Unidas – ONU: Especialistas Reúnem propostas para combater violência de gênero no Brasil durante a pandemia.

Publicado em 11.de agosto de 2020. Disponível em: nacoesunidas.org acessado em 02 de setembro de 2020 às 21:20.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal. Volume 2, Parte Especial: Arts. 121 a 212. 20ª ed. Atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CARVALHO. Valéria. Campanha "Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica" é lançada nesta sexta-feira (24) no estado do Piauí. Publicado em 24 de julho de 2020. Disponível em: http://www.tjpi.jus.br/portaltjpi/noticias-tjpi/campanha-sinal-vermelho-contra-a-violencia-domestica-e-lancada-nesta-sexta-feira-24-no-estado-do-piaui/ acessado em: 21 de setembro às 07:00h.

CARVALHO, Ciara. #aculpanãoédelas. Disponível em https://especiais.jconline.ne10.uol.com.br/aculpanaoedelas/a-culpa-nao-e-delas/ publicado em 29 de outubro de 2017, acessado em 15 de setembro de 2020 às 04:10.

CARVALHO, Regina. Mais de 6,8 mil processos de violência doméstica Tramitam no Tribunal de Justiça: Representantes da OAB Lamenta Falta de Políticas Públicas Voltadas ao Combate à Violência Contra às Mulheres. Disponível em https://gazetaweb.globo.com/portal/noticia/2020/03/mais-de-68-mil-processos-de-violencia-domestica-tramitam-no-tribunal-de-justica_99277.php, publicado em 08 de março de 2020, acessado em:15 de setembro de 2020 às 03:46.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS/ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Relatório n. 54/01, Caso 12.051, Maria da Penha Maia Fernandes, 4 abr. 2001, Brasil. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf. Acesso em: 30 de setembro de 2020 às 21:00h.

DIAS. Maria Berenice. Lei Maria da Penha: Sentimento e Resistência à Violência Doméstica. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_817)21__lei_maria_da_penha__sentimento_e_resistencia_a_violencia_domestica.pdf publicado em 30 de agosto de 2010, acessado em 30 de setembro de 2020 às 21:44.

ENGELS, Friedrich. A origem da família, da prosperidade privada e do Estado. Tradução: Leandro Konder. São Paulo: Alfa-Ômega, 2002.

FERREIRA, A. B. H. Novo Aurélio século XXI: o dicionário de língua portuguesa (3ª ed., rev. e ampl.). Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FERREIRA, Cláudia Regina Fachin. Evolução dos Crimes Cibernéticos e a Violência Contra a Mulher. Revista Âmbito Jurídico. Publicado em 05 de dezembro de 2019. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/internet-e-informatica/evolucao-dos-crimes-ciberneticos-e-a-violencia-contra-mulher/ acessado em 20 de outubro de 2020 às 01:00h.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Nota Técnica Violência Doméstica durante a Pandemia de COVID-19, 16 de abril de 2020. Fórum Brasileiro de Segurança Pública em parceria com Decode. Disponível em: http://forumseguranca.org.br/wp-content/ uploads/2018/05/violencia-domestica-covid-19-v3.pdf. acessado em:20 de setembro de 2020, às 05:00h.

GIL, Antônio Carlos. Métodos e técnicas de pesquisa social. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GUTÉRREZ Antônio - Chefe da ONU Alerta para o Aumento da Violência Doméstica em meio a Pandemia de Corona vírus. Nações Unidas Brasil. Publicado em 06 de abril de 2020. Disponível em: https://nacoesunidas.org/chefe-da-onu-alerta-para-aumento-da-violencia-domestica-em-meio-a-pandemia-do-coronavirus/ Acessado dia 21 de setembro de 2020 às 04:05.

HERMANN, Jacqueline; BARSTED, Leila Linhares. Violência Contra a Mulher: Um guia de Defesa, orientação e apoio. Rio de Janeiro, CEPIA/CEDIM, 2000.

https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/07/cartilha-sinal-vermelho-AMB-7.pdf acessado em 28 de setembro às 21:45.

https://cidadeverde.com/coronavirus/108472/aplicativo-salve-maria-isolamento-social-aumenta-denuncias-em-83#:~:text=Durante%20o%20isolamento%20social%20no,o%20registro%20de%20143%20casos.&text=O%20Piau%C3%AD%20j%C3%A1%20tem%20oito%20feminic%C3%ADdios%20em%202020. Acessado em: 27 de setembro de 2020 às 20:55.

https://Agenciapatriciagalvao.Org.Br/Violencia/Violencia-Domestica/Uber-Vai-Oferecer-Corridas-Gratuitas-Para-Mulheres-Denunciarem-Violencia-Domestica/ acessado em: 20 de outubro de 2020, às 14:15.

https://cidadeverde.com/coronavirus/108472/aplicativosalve-maria-isolamento-social-aumenta-denuncias-em-83 acessado em: 21 de outubro de 2020, às 17:19.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

https://extra.globo.com/noticias/economia/uber-vai-oferecer-corridas-gratuitas-para-mulheresdenunciarem-violencia-domestica-rv1-1-24621851.html, acessado em: 19 de outubro de 2020.

https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/direito-e-sexo-cyberbullying-cybermobbinge-cyberstalking-novas-formas-de-perseguicao-com-motivacao-sexual

https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/direitoe-sexo-cyberbullying-cybermobbing-e-cyberstalking-novas-formas-de-perseguicao-com-motivacao-sexual. Acessado em: 17 de setembro de 2020, às 19:23.

https://www.informebrasil.com.br/uber-oferecera-corridas-gratuitas-para-mulheresdenunciarem-violencia-domestica. Acessado em: 28 de outubro de 2020, às 17:18.

https://www.portaldoaz.net/uber-oferecera-corridasgratuitas-para-mulheres-denunciarem-violencia-domestica. Acessado em: 28 de outubro de 2020, às 19:35.

https://br.noticias.yahoo.com/uber-vai-oferecer-corridasgratuitas-164235785.html

https://extra.globo.com/noticias/economia/uber-vai-oferecer-corridas-gratuitas-para-mulheres-denunciarem-violencia-domestica-rv1-1-24621851.html acessado em 30 de setembro de 2020 às 14:12.

LEMOS, Marina. Bullying virtual contra a mulher, publicado em 12 de abril de 2017, Disponível em: https://www.brasileiraspelomundo.com/bullying-virtual-contra-mulher-501853918, acessado em 29 de setembro de 2020 às 00:45.

http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2020/janeiro/22/novo-coronavirus-resumo-e-traducao-oms-22jan20-nucom.pdf acessado em 20 de outubro de 2020 às 15:45.

LIRA. Kalline Flávia S. e BARROS, Ana Maria de. Violência Contra às Mulheres e o Patriarcado: Um Estudo sobre o Sertão de Pernambuco. Revista Ágora • Vitória • n. 22 • 2015 • p. 275-297 • ISSN: 1980-0096 Disponível: file:///C:/Users/ceonara/Downloads/13622-Texto%20do%20artigo-36490-1-10-20160718.pdf acessado em 30 de setembro de 2020.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Curso de Direito Penal. Volume 2. 33ª ed. Atual. São Paulo, Atlas. 2016.

ONU MULHERES. Violência contra as mulheres e meninas é pandemia invisível, afirma diretora executiva da ONU Mulheres: *declaração de Phumzile Mlambo-Ngcuka, diretora executiva da ONU Mulheres e vice-secretária geral das Nações Unidas. Disponível em:* http://www.onumulheres.org.br/noticias/violencia-contra-as-mulheres-e-meninas-e-pandemia-invisivel-afirma-diretora-executiva-da-onu-mulheres/ publicado em 07 de abril de 2020 e acessado em 25 de setembro de 2020 às 17:25.

VITÓRIA, Laís. MPPI trabalha pelo cumprimento de lei que obriga condomínios a reportar casos de violência doméstica**:** Caso o condomínio não cumpra a lei, ou seja, deixe de efetuar a comunicação, pode ser penalizado com advertência e multa, que pode variar entre R$ 500 e R$5 mil**.** Redação do JTNEWS. Publicado em 17 de outubro de 2020. Disponível em: https://www.jtnews.com.br/noticias/mppi-trabalha-pelo-cumprimento-de-lei-que-obriga-condominios-a-reportar-casos-de-violencia-domestica-7122.html#:~:text=A%20Lei%20n%C2%B0%205.540,de%20viol%C3%AAncia%20dom%C3%A9stica%20em%20andamento.&text=dom%C3%A9stica%20ou%20familiar.-,Caso%20o%20condom%C3%ADnio%20n%C3%A3o%20cumpra%20a%20lei%2C%20ou%20seja%2C%20deixe,500%20e%20R%245%20mil.

NOTAS:

[1] Professora Mestre, em Educação, professora do Centro Universitário de Santo Agostinho e da Universidade Federal do Piauí, E-mail: mariasocorromcosta@hotmail.com

[2] https://extra.globo.com/noticias/economia/uber-vai-oferecer-corridas-gratuitas-para-mulheres-denunciarem-violencia-domestica-rv1-1-24621851.html acessado em 30 de setembro de 2020 às 14:12.

[3] https://cidadeverde.com/coronavirus/108472/aplicativo-salve-maria-isolamento-social-aumenta-denuncias-em-83#:~:text=Durante%20o%20isolamento%20social%20no,o%20registro%20de%20143%20casos.&text=O%20Piau%C3%AD%20j%C3%A1%20tem%20oito%20feminic%C3%ADdios%20em%202020. Acessado em: 27 de setembro de 2020 às 20:55.

www.conteudojuridico.com.br

INSTRUMENTOS AUTORITÁRIOS NA CONSTITUIÇÃO E NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

JEIKO LEAL MELO HOHMANN BRITTO:
Defensor Público do Estado do Piauí. Pós-graduado em Direito Constitucional e em Direito e Assistência Jurídica.

DÁRCIO RUFINO DE HOLANDA[1]

(coautor)

Resumo: Os ideólogos nacionais do Estado autoritário visaram à manutenção da ordem por meio da desmobilização de setores da população. É do ponto de vista do Estado que os pensadores do autoritarismo desenvolvem suas ideias políticas, dirigindo, do ápice das estruturas estatais a organização social. O processo penal visto como instrumento para garantir a paz social e a defesa é utilizado pelo Estado autoritário como via repressiva de manutenção da ordem. É a partir da visão instrumentária do processo que as categorias autoritárias penetram no Código de Processo Penal brasileiro. Com atualização do discurso autoritário pela Escola Superior de Guerra o instrumental processual passa a servir à ideologia da segurança nacional, onde o inimigo é também interno. Com atualizações discursivas que visam escamotear categorias autoritárias o código em quase 80 anos de sua vigência, mantém sua estrutura intacta mesmo após a constituição de 1988.

Palavras-chave: autoritarismo, autoritarismo desmobilizador ou instrumental e instrumentalidade processual.

Abstract: National ideologues of the authoritarian state aimed at maintaining order trought the demobilization of sectors of population. It is from the point of view of the State that thinkers of autoritarianism develop their political ideas, directing social organization from the height of state structures. The criminal process seen as an instrument to guarantee social peace and defense is used by the authoritarian state as a repressive means of maintaining order. It is from the instrumental view of the process that the authoritarian categories penetrate the Brazilian Penal Procedure Code. With the updating of the authoritarian discourse by the war superior school, the procedural instruments started to serve the ideology of national security, where the enemy is also internal. With discursive updates that aim to conceal authoritarian categories, the code in almost 80 years of its validity, keeps its structure intact even after the 1988 constitution.

Keywords: authoritarianism, demobilizing or instrumental authoritarianism and procedural instrumentality.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Sumário: 1. Introdução. 2. O discurso autoritário no Brasil. 3 Categorias autoritárias na legislação brasileira. 4. Conclusão. Referências bibliográficas.

Desejamos publicar o artigo no: Boletim Conteúdo Jurídico ISSN - 1984-0454.

1 Introdução

O fenômeno autoritário em sua faceta molar é mais facilmente reconhecido, assim a catalogação de países, governos e regimes políticos como autoritários é tarefa a que muitos pesquisadores, sociólogos se dedicam com bom grau de êxito, mas em sua faceta molecular ou individual o autoritarismo passa muitas vezes despercebido e é principalmente dessa forma que ele penetra nas democracias atuais.

Em sistemas políticos autoritários é a partir do Estado, do ápice da estrutura estatal, que a sociedade é dirigida por meio de uma estrutura vertical de poder. No Brasil esse sistema opera a partir de uma crise, que pode ser real ou não, onde o grupo político dirigente elege uma meta que só pode ser atingida a partir de um poder executivo forte, pois o povo é visto como incapaz superar a crise em razão de sua irracionalidade. Essa meta justifica a restrição ou mesmo supressão de direitos. Além disso, um método baseado em conhecimento científico é utilizado como suporte para atingir o fim proposto.

2 O discurso autoritário no Brasil

A partir dos anos 20 do século passado o discurso e as práticas autoritárias que caracterizam a relação do Estado, governado pelas elites dirigentes, com o povo, sempre visto como incapaz politicamente, que atravessa a história do Brasil nos últimos 100 anos. O pensador francês Michel Debrun (1983, p. 13) descreve a perpetuação dessa estratégia política no Brasil:

> Face à grande diversidade de conjunturas, as forças dominantes reagiram lançando mão de um número limitado de estratégias políticas, sempre as mesmas. Situação essa que permanece ainda hoje, em que pesem os arranhões que vem sofrendo de modo crescente. Daí a repetição, cansativa de certos temas: essa monotonia temática procura ser a imagem temática de uma realidade política vista, senão como estagnada, como capaz de uma reprodução indefinida, mediante o uso de alguns mecanismos seculares de dominação que, até o momento, se revezaram no palco do poder.

Debrun identifica "arquétipos políticos e ideológicos" que constituem a tradição brasileira, são eles: a conciliação, o liberalismo à brasileira, o autoritarismo mobilizador, o autoritarismo desmobilizador e o messianismo. A conciliação no Brasil serviu para "formalizar e regular a relação entre atores desiguais, uns já dominantes e outros já dominados. E para permitir que os primeiros explorassem em seu proveito a transformação dos segundos em sócios caudatários" (Debrun, 1983 p. 15). Como se vê, a categoria conciliação identifica as trocas assimétricas nominadas por Edson de Oliveira Nunes (1997) como a gramática política do clientelismo e nada tem de semelhança com o conceito habitual do instituto.

Já o liberalismo à brasileira é caracterizado pela parcela da população por ele atingido, apenas a aristocracia. "Constituía o apanágio de homens que, por não terem inquietações quanto à ordem sócio-econômica, podiam se dedicar a problemas puramente políticos, e observar as regras do jogo democrático. Liberalismo limitado, quase estamental: você é liberal porque, antes de mais nada você é livre, ou melhor, no topo dos homens livres, ou bem perto desse topo." (Debrun, 1983 p. 143).

O autoritarismo mobilizador, segundo Debrun, "o 'mobilizacionismo', encampa o postulado fundamental dos outros autoritarismos: a sociedade brasileira, ou parte dela, é 'fraca' e deve ser redimida" (Debrun, 1983 p. 58), visa, portanto, cooptar o apoio da sociedade para os objetivos da classe dirigente.

O messianismo ou o "arquétipo dos oprimidos" caracteriza os marginalizados pelo poder, segundo Debrun (1983 p. 139) "O caráter vertical da estrutura de autoridade brasileira, refletida na estrutura do poder, tem suscitado durante muito tempo a marginalização quase total de certos grupos. Não admira que esses grupos quando não adotam a religião de resignação, tenham escolhido a revolta incondicional e/ou sonhos milenaristas".

Por fim o autoritarismo desmobilizador, que é o cerne do discurso autoritário brasileiro. Segundo Silva (1998, p. 79), "O autoritarismo desmobilizador destaca o suposto amorfismo da sociedade brasileira, além da irracionalidade do comportamento coletivo dos grupos dominados. Para evitar a desagregação da ordem, decorrência lógica da ausência de direção no âmbito da sociedade civil, o Estado surge como instituição redentora".

Assim, é principalmente a partir da categoria ou do arquétipo político ideológico do autoritarismo desmobilizador que o Estado é erigido à condição de responsável pela organização social e econômica no Brasil. Portanto, em breves linhas é preciso demonstrar como essa categoria pautou e ainda pauta a política nacional. De acordo com Silva (1998, p. 283), o programa político do Estado autoritário:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Remete-nos à caracterização de uma determinada forma de organização do Estado que, em seus aspectos essenciais, assemelha-se ao que havia sido elaborado e proposto pelos ideólogos dos anos 20 e 30. Ou seja, os argumentos até aqui analisados isoladamente confluem para a proposição de um programa político que: 1) concebe o Estado como instituição responsável pela organização e modelagem da sociedade; 2) no interior do próprio estado, prevê a hipertrofia do Poder Executivo sobre os demais poderes; 3) no seio do Poder Executivo, expande o poder das elites técnicas (a tecnocracia) sobre as demais elites estatais; e 4) define a "necessidade" de desmobilização de movimentos e organizações autônomas da sociedade civil, com o argumento de que tais movimentos e organizações, supostamente caracterizados por "vícios" e "irracionalidades" de toda ordem, conduziriam a uma situação de crise catastrófica, sinônimo de "indisciplina social", "desordem" e "caos".

Ao longo dos últimos 100 anos, esse programa político é defendido por diferentes autores, sempre com o mesmo objetivo de construir a nação de cima para baixo, de maneira vertical, com a hipertrofia do poder executivo que governa por meio das elites políticas e da tecnocracia. Para tanto esses autores identificam uma crise que precisa ser combatida de maneira urgente e enérgica, e os meios de combate à crise têm por base o apelo científico, quem leva à frente essa verdadeira cruzada contra o caos é uma elite dirigente única apta a operar a partir das bases científicas, e o povo, destinatário de toda essa ação, deve ser protegido e salvo de si mesmo, nos dizeres de Silva (1998, p. 106) "Um povo que precisa ser protegido de si próprio, tarefa à qual o Estado autoritário estaria destinado".

O autoritarismo desmobilizador de Debrun, também nominado de autoritarismo instrumental por W. G. dos Santos, de ideologia de Estado por Bolívar Lamounier e de ideologia do Estado autoritário por Ricardo Silva, seria um instrumento ou uma via necessária para instituição do regime democrático. É com o sentido de instrumentalidade do Estado autoritário que seus defensores utilizam o argumento de que ele é o caminho necessário para organizar o Estado e educar o povo para a vivência democrática, inclusive Roberto Campos defende a ideia de ditadura comissária (inspirado na "Lex Curiata", da República Romana) a fim de justificar o golpe de 1964 (SILVA, 1998 p. 290-291).

Contudo, Silva pontua que o discurso da instrumentalidade, portanto da transitoriedade do autoritarismo, só seria admissível se uma meta democrática

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

regulasse suas ideias, nesse caso o autoritarismo, como dito, seria um de chegada à democracia. Dessa forma, de acordo com o Silva (1998, p. 294):

> Assim, a despeito das racionalizações dos novos ideólogos do Estado autoritário sugerir o contrário, a verdade é que o autoritarismo político por eles proposto não representa um instrumento, mas um fim em si mesmo, tampouco deve ser visto como transitório, quando é de sua índole eternizar-se.

Nos anos 20 e 30 do século passado, o argumento utilizado pelos defensores do estado autoritário, principalmente Alberto Torres, Azevedo Amaral, Oliveira Vianna e Francisco Campos, foi a necessidade de organização do estado. Essa meta seria atingida por meio dos recursos oferecidos pelas ciências sociais, notadamente a Sociologia, em uma época em que a crise ameaçava levar o país ao caos social em razão da incapacidade de se construir uma nação a partir dos princípios do liberalismo político. Diante de um povo incapaz politicamente, caberia às elites esclarecidas, dotadas do conhecimento científico, apresentado como a solução para todos os males, organizar a nação.

Já nos anos 50 e 60 do século passado, esse mesmo discurso, atualizado por Eugênio Gudin e Roberto Campos, substitui a meta organização da nação pelo desenvolvimento com estabilidade. A Sociologia cede espaço para a Economia como conhecimento científico que levaria ao fim colimado. A tecnocracia estatal continua a ser a única apta a operar a partir desse conhecimento. A crise nesse período é oriunda da inflação com estagnação. As elites dirigentes continuam a ter por desiderato salvar o povo inculto de si mesmo, a partir de uma lógica vertical de poder.

Além dessas semelhanças, há no discurso dos defensores do estado autoritário uma completa aversão à democracia. Nesse sentido, conforme Azevedo Amaral (1981, p. 43), "A prática do sufrágio universal e da eleição direta no Brasil fornece realmente assunto mais adequado a servir de matéria prima ao humorista que ao estudo sério do historiador". De forma semelhante Gudin (1978b, p. 146) afirma que "a democracia rapidamente degenera em desordem, agitação, estado de sítio, quando não em revolução".

A partir da redemocratização e da Constituição de 1988, o discurso autoritário assume nova faceta, mas continua a operar no país, pois como Borba (2003) identificou: "a transição democrática, interessa destacar que esta privilegiou a reincorporação da prática eleitoral e o retorno de alguns direitos civis fundamentais, deixando praticamente intacta a estrutura de poder e os postulados ideológicos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

(particularmente o desmobilizacionismo derivado da hegemonia do pensamento tecnocrático) herdados do regime autoritário".

Analisando o caso do Plano Real, Borba identifica a presença do autoritarismo desmobilizador e de todos os elementos justificadores das condutas autoritárias que caracterizaram o período anterior à redemocratização. Observa que a inflação é apresentada como a "doença" que corrói a sociedade brasileira e que, se não fosse tratada, causaria um desfecho catastrófico. As causas da doença seriam a desordem financeira oriunda de atitudes irracionais e inadequações institucionais. Segundo Borba (2003):

> Com relação à legitimação das medidas tomadas, percebe-se que a representação que se fez da inflação e de suas causas, na forma como descrita acima, já contém em si os princípios de um modelo alternativo de organização institucional, ou seja, a inflação tem origem nas desordens fiscal e monetária, as quais são o resultado de uma conjugação de atitudes irracionais (populismo econômico), má gestão da política econômica (sustentada por teorias econômicas "não científicas" que dão sustentação às atitudes populistas) e inadequação institucional (um marco institucional que permite a manifestação de atitudes irracionais). Ora, diante de tal diagnóstico, derivou-se "naturalmente" uma terapia que consistiu na construção de um marco institucional isento da irracionalidade dominante nas elites políticas, que estivesse longe das influências políticas. Num plano mais abstrato, essa foi a forma como se buscou legitimar e racionalizar as propostas de mudança institucional do Plano Real.

De acordo com Hirschman, o Brasil se caracteriza pela "retórica da intransigência" que ensina "como 'não' discutir em democracia" (1995, p. 138), retirando do debate público questões que deveriam ser discutidas pelo povo. Regimes democráticos de longa tradição e duração demandam o debate político pleno e aberto por todos os atores sociais. Nesse sentido, Hirschman (1996, p.94) verbaliza:

> Contribuições recentes à teoria da democracia ressaltaram o papel da deliberação no processo democrático: para uma democracia funcionar bem e perdurar, é essencial, afirmou-se, que as opiniões não sejam formadas plenamente antes do processo de deliberação. Os participantes do processo – o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> público em geral e seus representantes – devem manter um grau de abertura ou de caráter experimental em suas opiniões e estar dispostos a modificá-las em consequência de argumentos que serão apresentados pelas partes oponentes e, mais simplesmente, à luz de novas informações que podem surgir no decorrer dos debates públicos. Sem um processo político que manifeste pelo menos alguma aspiração a esse quadro reconhecidamente um tanto idílico, a democracia perde sua legitimidade e fica, assim, ameaçada.

Portanto, a partir de Borba constatamos a plena vigência do autoritarismo desmobilizador ou instrumental mesmo na atual quadra democrática. Algo que nos faz refletir é se o discurso de combate à corrupção não seria a crise do momento a justificar os meios de combate verticais sempre utilizados pelo Estado por meio da tecnocracia insulada. Nesse cenário, provavelmente o apelo científico seria ao Direito, que através de seus técnicos construiria a salvação para o mal que assola o país, por meio de uma legislação repressiva à altura da crise, mas essa é uma reflexão para outro momento, aqui nos limitamos ao objeto de identificar como o autoritarismo instrumental permeia nossa constituição e legislação processual.

Pois bem, vimos que no Brasil o discurso e a prática autoritária utilizam o autoritarismo instrumental para retirar do debate público questões afetas à nação, bem como retiraram do povo os meios de participação no debate, dificultando o amadurecimento de nossa democracia. As elites dirigentes construíram as soluções a partir do Estado de modo vertical, por meio do insulamento burocrático, em que tecnocratas construíram os caminhos que nos levariam à organização nacional ou ao desenvolvimento com estabilidade ou ainda ao fim da inflação.

A realidade nacional mostra quão contrários são nossos dirigentes ao debate público, quão resistentes são em dar ao povo os meios e as formas de interferir no processo de tomada de decisão do qual ele é alvo.

É com essas constatações que investigamos como foi construída nossa legislação processual penal e quais são suas bases. O Código de Processual Penal foi editado em 1941 em plena vigência do Estado Novo, período em que as reuniões do parlamento dependiam da convocação do presidente, mas essa convocação jamais foi feita por Vargas. Diante da realidade autoritária vigente, a subtração do debate público na elaboração do código foi medida natural.

3 Categorias autoritárias na legislação brasileira

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

De acordo com Ricardo J. Gloeckner (2018, p. 348-349), os trabalhos de elaboração da legislação processual penal ficaram a cargo de uma comissão composta por Antônio Vieira Braga, Nelson Hungria, Narcélio de Queiroz e Cândido Mendes de Almeida, aos quais se juntaram Roberto Lyra e Florêncio de Abreu, nos trabalhos de revisão. O projeto elaborado foi entregue ao ministro Francisco Campos em abril de 1938.

Um código realizado sem qualquer tipo de debate público, elaborado em gabinete, deixa clara a utilização de juristas como especialistas insulados para elaboração da legislação que atendia aos anseios e às necessidades do governo durante o Estado Novo. É nesse ambiente que a concepção de instrumentalidade do processo, em uma realidade em que até o Estado autoritário era tido como instrumental, surge como matriz fundante da nossa legislação. E a indagação que fazemos é: o processo é instrumento que serve a que e/ou a quem?

Vimos que o Estado autoritário foi utilizado como instrumento para organizar o Estado de acordo com autores das décadas de 20 e 30 de século passado; para garantir o desenvolvimento com estabilidade de acordo com Campos e Gudin nas décadas de 50 e 60; e ainda para debelar a inflação na elaboração do plano real na década de 90. Mas e o processo penal serve de instrumento para quê? Para quem?

Como bem foi observado por Silva (1998, p. 244) "o Estado consiste na função de reprodução da "ordem" social pela ameaça constante ou aplicação efetiva da coerção." E continua (p 245):

> O que procuramos destacar é que sem a função de coerção não pode haver Estado. Embora não seja condição suficiente para a definição de Estado, é uma condição absolutamente necessária. Se fizermos abstração de todas as demais determinações do conceito de Estado, se suprimirmos aparelhos de regulação econômica, empresas estatais, escolas, universidades, etc. e mantivermos as forças armadas e a polícia podemos ainda falar em Estado. Mas o contrário não é verdadeiro. Se mantivermos e mesmo ampliarmos todos os demais aparelhos de Estado e suprimirmos o aparelho coercitivo, já não cabe mais falar em Estado.

Então, o processo penal é gestado e tem vida em meio ao Estado autoritário para atender à necessidade de coerção, para construir os mecanismos por meio dos quais o Estado impõe sua vontade, a vontade das elites dirigentes. Essa é uma constatação de grande importância, pois mostra desde o nascedouro a que serve e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

a quem serve o código de 1941 ainda vigente, e também indica os motivos pelos quais ele ainda está vigente em pleno regime democrático, pois, como vimos, o autoritarismo desmobilizador não perdeu força em nosso país.

Gleocnker, em sua obra Autoritarismo e Processo Penal (2018), faz minuciosa análise da origem das ideias que permearam a criação do nosso código, resgatando sua matriz italiana através de Arturo Rocco, Vicenzo Manzini e muitos outros. Resgata o código fascista, processo penal italiano de 1930, como modelo e eixo central do processo penal brasileiro, bem como suas categorias fundantes: a relação jurídica, o direito subjetivo de punir, a pretensão punitiva e a ação penal. O autor trata da instrumentalidade do processo no capítulo 4 de sua obra. Em apertada síntese, pontuamos o que nos interessa no momento quanto ao tema (GLOECNKER, 2018, p. 525-604):

- A principal estrutura que modelou o processo penal no Brasil é a ideia de instrumentalidade. Uma perspectiva instrumentalista é antitética da democracia, é impossível sustentar uma perspectiva instrumentalista de processo com algum tipo de compromisso democrático.

- O primeiro modelo de instrumentalidade é a de que o direito penal precisa de um processo penal. É uma instrumentalidade condicionada. É uma perspectiva unilateral de que o processo serve para aplicar a pena. O processo se transforma em servo-mudo do direito penal, mas como direito penal perde seu caráter de concretude a partir de alterações legislativas ocorridas na Itália, tudo passa a se decidir no processo penal de forma atropelada, o processo deixa de ser servo e passa a ser sócio tirânico. A transformação do processo penal como panaceia transforma ação em jurisdição.

- Instrumentalidade positiva: acesso à justiça e eficiência; instrumentalidade negativa: instrumentalidade das formas, que em processo penal não pode ter um papel democrático.

- Perspectiva instrumentalista afasta o paradigma de renúncia ao liberalismo o processo não serve para tutelar direitos, o processo serve para solucionar conflitos. Isso faz uma diferença muito grande, por que solucionar conflitos é uma perspectiva do estado, se negamos que o processo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

não serve para tutelar direitos o processo tem o viés apaziguador, então surge a ideia do processo como a busca da paz social, essa é uma perspectiva instrumentalista.

- A exposição de motivos do CPC de 1939 prevê o processo como "instrumento público: substitui a concepção duelística pela concepção autoritária ou pública do processo". Substituição do princípio dispositivo pela visão publicística e autoritária centrada no juiz que é quem tem o encargo de representar o poder público no processo. Justiça é o estado e o estado é a justiça. Juiz controla a direção do processo.

- A identidade da instrumentalidade no Brasil vem da escola de São Paulo. A obra que acentua o que é instrumentalidade no processo aqui no Brasil é a obra de Dinamarco que acentua a faceta positiva da instrumentalidade como acesso a justiça e efetividade do processo e a negativa como instrumentalidade das formas, mas o princípio da instrumentalidade das formas está na base do modelo Italiano para supressão das nulidades absolutas, então instrumentalidade é a manutenção da percepção de processo em que o formalismo deve ser evitado e as tutelas do direito material prevalecem sobre qualquer coisa.

- O autoritarismo clássico se transforma a partir do regime empresarial militar de 1964 e será reatualizado pela ideologia da segurança nacional que no Brasil se constitui especialmente pela constituição de um grupo de intelectuais. No Brasil é constituída em 1949 (criação influenciada pela escola militar de guerra norte-americana), mas que vai ter o seu ápice quando as lógicas das relações de guerra são transformadas e entra em cena a preocupação com o comunismo, que advém através da guerra fria e sua bipolaridade e também pela transformação da guerra, através do conceito de guerra revolucionária que faz com que o inimigo seja interno também.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

- Pela ideologia de segurança nacional que se constitui a partir da organização intelectual e formação de elites dirigentes. Diferente dos Estados Unidos a nossa Escola Superior de Guerra – ESG não formou só militares, mas civis também. E a lógica de formar civis é estabelecê-los como elementos de chancelamento de dominação intelectual, pois a perspectiva é que o comunismo ataca através de um mecanismo psicossocial e é preciso prevenir que a sociedade seja sequestrada intelectualmente pelos comunistas.

- A ESG faz esse papel agregando a questão segurança e desenvolvimento, é quando a questão segurança pública passa a ocupar um papel preponderante nas definições das relações sociais de dominação, isso explica em parte por que nossa constituição admitiu as estruturas militares que temos e como foram mantidos os estados de sítio e exceção.

- Da maneira que a instrumentalidade é constituída por Dinamarco esses conceitos básicos da ESG vão para dentro do processo iniciando pela ideia de que a jurisdição é um dos poderes do Estado.

- Existem vários pontos de contato entre o produto intelectual da ESG e a perspectiva instrumentalista. No artigo chamado "processo de conhecimento e liberdade" Dinamarco (1985, p. 253) diz "tais diretrizes estão expressas fundamentalmente na Carta Política e constituem o arcabouço central de toda atividade estatal. Definem-se, mediante elas, as instituições políticas e o seu modo de ser e o modo como se harmonizam; traçam-se metas econômicas e estabelecem-se critérios para a coordenação da nação; opta-se por certos estilos de vida e de cultura no planejamento psicossocial das instituições familiares, educacionais e religiosas; e finalmente, estabelecem-se os critérios para segurança, mediante as diretrizes relacionadas à expressão militar do poder".

- No volume I do Manual Básico da ESG encontramos (2014, p. 42) "Enfim, analisando-se o Poder Nacional sob enfoque de suas manifestações

(política, econômica, psicossocial, militar e científico tecnológica), constata-se a vantagem didática e, sobretudo, prática de admitir-se como categorias analíticas, diferentes Expressões do Poder Nacional." A perspectiva instrumentalista de processo tem compromisso com a ideologia da segurança nacional, ela atravessa a produção da escola paulista.

4 Conclusão

Dessa forma, fica evidente que a perspectiva instrumentalista do processo visa atingir objetivos de Estado, que no caso brasileiro teve e tem por base o autoritarismo, seja por sua criação em meio ao Estado Novo com clara inspiração no código fascista italiano, seja pela atualização discursiva durante o regime militar por meio da ESG, seja na atual quadra democrática pela manutenção de institutos que caracterizam a espinha dorsal do código que desde sua origem permanecem hígidos, dentre eles: 1) o ônus da prova, da forma como é tratado no art. 156, ou seja, mesmo depois da reforma, o imputado continua a ter ônus probatório, ainda que não tenha meios de se desincumbir dele; 2) o código nunca previu a presunção de inocência[2]; 3) o juiz pode condenar com base no inquérito, ainda que não exclusivamente, mas preponderantemente, nos termos do art. 155; 4) o código, mesmo depois da reforma, admite o julgamento *extra petita*, como permite o art. 383, repetindo a essência do art. 477[3] do código fascista italiano de 1930.

Assim, como um sistema processual autoritário se caracteriza pela concentração de grandes poderes ou da maior parte da carga de poder em um dos atores do processo (SCHUNEMANN, 2005), verificamos que, no Brasil, a partir da instrumentalidade e da visão publicística de processo, o poder se concentra nas mãos do juiz e do órgão acusador. Nesse sentido a existência e a manutenção do inquérito policial nos autos, por decisão cautelar do STF na ADI 6298, que suspendeu a eficácia dos arts. 3º-A a 3º-F da Lei 13.964/2019, tem por função capturar os elementos de informação, bem como pautar toda produção probatória em juízo.

Apesar de tudo, no Brasil é lugar-comum a afirmação de que nossa constituição instituiu o sistema acusatório de processo penal, mas, ao contrário do que prega esse discurso, verificamos que muitas engrenagens do estado autoritário permanecem na Constituição de 1988 como, por exemplo, a estrutura das polícias. A polícia militar aparece como força de reserva do exército, uma das últimas constituições do mundo que teve esse mesmo dispositivo foi a do Pinochet de 1980. Ou ainda, a Constituição diz que as CPI's têm poderes investigatórios de juízes, então dizer que a Constituição instituiu o sistema acusatório é uma afirmação correta?

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Portanto, a permeabilidade à matriz autoritária na constituição e na legislação processual penal é uma realidade que precisa ser constantemente (re)analisada. É preciso identificar em que medida repetimos de forma irrefletida o discurso autoritário em nosso dia a dia. Falar em princípio da verdade real, princípio do *in dubio pro societate*, direito subjetivo de punir, dentre outros é repetir a matriz autoritária de nossa legislação penal. Da mesma forma, falar da natureza cautelar da garantia da ordem pública como requisito para a prisão preventiva é reproduzir de forma irrefletida um instituto que tem mais proximidade com o conceito de periculosidade que com o de cautelaridade, portanto, sua origem sugere uma íntima relação com a medida de segurança.

Referências Bibliográficas

AMARAL, Azevedo. O Estado Autoritário e a Realidade Nacional, Brasília: Ed. UnB, 1981.

BORBA, Julian. O "autoritarismo desmobilizador" no Brasil: estrutura de argumentação, trajetória e atualidade. Paper apresentado no XI Congresso Brasileiro de Sociologia. Campinas, Unicamp, 2003. Disponível em http://www.sbsociologia.com.br/portal/index.php?option=com_docman&task=cat_view&gid=95&Itemid=170.

BRASIL, Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

_____. Código de Processo Penal. Decreto Lei nº 3689 de 3 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm.

_____. Exposição de Motivos do Código de Processo Civil de 1939. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.298 Distrito Federal. Relator: FUX, Luiz. Publicado no DJE nº 19, divulgado em 31/01/2020. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf>. Acesso em: 10 de set. 2020.

CAMPOS, Roberto de Oliveira. Do outro lado da Cerca. 3. ed. Rio de Janeiro: Apec, 1968.

DEBRUN, M. A conciliação e outras estratégias. São Paulo: Brasiliense, 1983.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

DINAMARCO, Cândido Rangel. Processo de Conhecimento e Liberdade. In Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 80, 1985.

ESCOLA SUPERIOR DE GUERRA. Manual Básico: elementos fundamentais. v. 1. Rio de Janeiro, 2014.

GIL, Antonio Carlos. Como elaborar projetos de pesquisa. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro, v. I. 1. ed. Florianópolis-SC: Tirant Lo Blanch, 2018.

GUDIN, Eugênio. Reflexões e Comentários. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1978b.

HIRSCHMAN, A. A retórica da intransigência. São Paulo: Cia das Letras, 1995.

ITÁLIA. Codice di Procedura Penale de 19 de outubro de 1930. Disponível em: http://www.stf.jus.br/bibliotecadigital/ObrasSelecionadas/96024/pdf/96024.pdf.

LAMOUNIER, B. Formação de um pensamento político autoritário na primeira república. Uma interpretação. In: Fausto, Boris. História Geral da Civilização Brasileira. O Brasil Republicano. v. 9. 3. ed. Rio de Janeiro: Difel, 1985.

_____. Auto-subversão: teorias consagradas em xeque. São Paulo: Cia das Letras, 1996.

NUNES, Edson de Oliveira. A gramática política do Brasil: clientelismo e insulamento burocrático. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

ROSA, Inocêncio Borges da. Comentários ao Código de Processo Penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

RUIZ, João Álvaro. Metodologia científica: guia para eficiência nos estudos. 6. ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2013.

SANTOS, W. G. Ordem burguesa e liberalismo político. São Paulo: Duas Cidades, 1978.

SCHUNEMANN, Bernd. La Reforma del Proceso Penal. Madrid: Dykinson, 2005.

SILVA, Ricardo A. A ideologia do Estado autoritário no Brasil. Tese (Doutorado em Ciências Sociais)_Unicamp, Campinas, São Paulo, 1998.

NOTAS:

[1] . Defensor Público do Estado do Piauí. Pós-graduado em Direito Público.

[2] A única menção a palavra inocência em todo o Código de Processo Penal é a prevista no art. 621, III, quando se trata da revisão criminal daquele que foi condenado injustamente.

[3] Art. 477 Codice di Procedura Penale "Nella sentenza il giudice può dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nella sentenza di rinvio a giudizio, nella richiesta o nel decreto di citazione, infliggere Le pene corrispondenti, quantunque più gravi, e applicare le misure di sicurezza, purchè la cognizione del reato non appartenga Allá competenza di un giudice superiore o speciale." Que em tradução livre significa "Na sentença, o juiz pode dar ao fato definição jurídica diversa da prevista na sentença de internação a julgamento, no pedido ou na intimação, infligir as penas correspondentes, ainda que mais graves, e aplicar as medidas de segurança, desde que o delito não pertence à jurisdição de um juiz superior ou especial."

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DIAGNÓSTICO DA ESTRUTURA URBANA EM UMA OCUPAÇÃO DESORDENADA AS MARGENS DO CONJUNTO JOÃO PAULO II SITUADO NA ZONA LESTE DE MANAUS – AMAZONAS

MARIA DA TRINDADE DE MORAES CARDOSO:
Bacharelanda em Direito pelo Centro Luterano de Manaus - CEULM/ULBRA

RESUMO: O sonho de toda pessoa é ter sua moradia própria e, em busca da realização do mesmo, acabam recorrendo a residir em áreas de risco, mesmo sabendo disso. O presente trabalho, tem por objetivo, demonstra como vivem as pessoas em situações de risco juntamente com os impactos ambientais que se entranham, a partir de um estudo de caso, realizado no João Paulo II, situado na Zona Leste da cidade de Manaus. O artigo citará a relação entre direito à moradia, vulnerabilidade e desastres de causas naturais (inundações, deslizamentos de terra) e quais são os critérios de decisão adotados pelo Poder Judiciário do Estado do Amazonas no presente momento. As etapas que compõem o desenvolvimento da pesquisa são: pesquisa bibliográfica, levantamentos e inspeções de campo, integração de dados com base nas informações sobre o bairro. A pesquisa também se valeu de raciocínio hipotético-dedutivo, jurisprudencial, descritiva e exploratória. Foi possível perceber que não há gestão nas áreas de risco, ou seja, não possui forma planejada e eficiente, aumentando a vulnerabilidades e à especulação imobiliária negativa, que acaba tendo grande relevância nesse contexto.

Palavras-Chave: Moradia própria; Área de risco; Desastre; Poder Judiciário.

ABSTRACT : Every person's dream is to have their own home and, in pursuit of realizing it, they end up resorting to living in risk areas, even though they know it. The purpose of this paper is to present how people at risk live and the environmental impacts that entrench themselves, based on a case study carried out in João Paulo II, located in the East Zone of the city of Manaus. The article will mention the relationship between the right to housing, vulnerability and natural causes disasters (floods, landslides) and what are the decision criteria adopted by the Judiciary of the State of Amazonas at the present time. The steps that make up the development of the research included: bibliographic research, surveys and field inspections, data integration based on information about the neighborhood. The research also used hypothetical-deductive, jurisprudential, descriptive and exploratory reasoning. It was possible to realize that there is no management in the risk areas, that is, it does not have a planned and efficient form, increasing the vulnerabilities and negative real estate speculation, which ends up having great relevance in this context.

Keywords: Own house; Risk area; Disaster; Judicial power.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

1 INTRODUÇÃO

De acordo com IBGE, 2020. Manaus possui atualmente 2.219.580 habitantes, em termo de população é a sétima do país e fica em primeiro se falando da Região Norte. Em uma cidade onde a gestão politica deixa a desejar, eis que acaba havendo um descontrole populacional, onde muitas famílias acabam se arriscando morar em lugares considerados áreas de risco.

O sistema de urbanização desordenada na cidade de Manaus existe há vários anos, tendo grande intervenção na configuração espacial da cidade, onde agregam as classes sociais mais vulneráveis, expondo-as ao não cumprimento de vários direitos constitucionais.

Em relação ao assunto abordado, vale ressaltar a precária situação em que se encontram os bairros da cidade de Manaus mediante a ausência de infraestrutura adequada. Sob esse contexto, destaca-se rede de esgoto, água encanada, arruamento, dentre outros.

Esse crescimento desordenado tem produzido grandes alterações no processo de migração, deixando ocorrer transformações significativas no uso e ocupação do solo urbano, uma delas é a verticalização dos bairros invadidos, em especial nas zonas nortes e leste; a especulação imobiliária e, o ponto principal que é a degradação do meio ambiente, que acaba sendo o principal responsável pela formação de áreas de risco, e com chegada das chuvas muitas casas tendem a descer as encostas junto com água e lama, deixando assim, uma visão desastrosa que muitas famílias as vezes pagam com a vida de entes queridos.

A área de estudo compreende o perímetro urbano de Manaus onde a pesquisa foi realizada com base nas informações históricas da ocupação da comunidade João Paulo II através de busca por publicações em sites da Internet que discorrem coleções sobre o periódico científicos tais como: Scielo, Google Acadêmico, reportagens e livros que abordam á respeito da história de formação dos bairros e favelas do município do Rio de Manaus.

O bairro está localizado na Zona Leste de Manaus, próximo ao Bairro Armando Mendes, possui uma estimativa de 15.462 moradores, e Recebeu este nome devido ter sido fundado no ano de 1992, no qual nasceu o filho do subsecretário de planejamento do estado na época Paulo Jacob.

É a maior comunidade com 165,72ha e está posicionada entre as Coordenadas 3° 2`06 39" e 59°55`58 7 3" de Latitude Sul e 3° 2`46 2 8" e 59°55` 8 349" de Longitude Oeste, entre os Bairros Jorge Teixeira, Armando Mendes, Cidade de Deus e Cidade

Nova e tem como ponto de referência para sua localização, a rotatória do Jorge Teixeira, mais conhecida como a Bola do Produtor, tendo o seu limite a Leste o Igarapé do Mindú.

O decorrente trabalho será apresentado da seguinte forma para seus leitores: Habitação como Direito Humano; As dimensões das ocupações em Manaus; Histórico Socioespacial da Ocupação no bairro João Paulo II; Resultados e Discussão; Considerações Finais e Referências.

O estudo apresentado poderá contribuir com informações úteis que podem se utilizadas no planejamento urbano e, para tomada de ações que contribuam no controle das ocupações para prevenção do risco no poder público.

2 HABITAÇÃO COMO DIREITO HUMANO

> Com o crescimento desordenado da Cidade de Manaus é preciso haver preocupação com as condições de vida no espaço urbano nas periferias, onde habitam muitas pessoas na linha da pobreza.
>
> A habitação é apontada como uma necessidade básica, sua efetivação é realizada quando um determinado espaço é ocupado. De acordo com Rodrigues, 1991, p. 14, A atitude de habitar só se realiza se for maneira total, não existi habitação fracionada, o que se existisse, pioraria ainda mais o sofrimento de muitas familias já que ocupar um determinado lugar (morar) é definido, ou seja, ato contínuo.

Seja que forma for o ser humano precisa de um espaço para chamar de seu, uma habitação, um domicílio, como forma de se sentir seguro, de ter um abrigo que o incentive pelo menos a sobreviver. Assim, a habitação constitui aspecto central no mundo das necessidades básicas da humanidade (SILVA, 1989, p.11).

Porém, eis que se entra na linha do que relamente pode-se chamar de habitação já que elas variam consideralmente de uma para outra. Elas possuem diferentes formas e sua satisfação vai de acordo com a demanda dos grupos sociais, o espaço a ser construido, se área urbana ou rural.

Essas variações são identificadas através do tipo de habitaçção localizada em um mesmo espaço, por exemplo: Os bairros nobres possuem excelente infra-estrutura a começar por água encanada, saneameto, etc., já as periferias ou famosas favelas, possuem um crescimento desordenado, as condições são precárias de tudo, não tem água, luz, saneamento, ônibus, nada. Tais situações demonstram as contradições postas na construção do espaço de habitação, que são determinadas,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

pelas condições socioeconômicas da população que habitam nesse espaço e pela capacidade ou não que esta tem de pagar pela moradia.

Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, deu a sustenção par se aplicar o direito à moradia digna em nosso país, esse direto foi recepcionado e propagado na Constituição Federal de 1988, por advento da Emenda Constitucional nº 26/00, em seu artigo 6º, *caput*.

A Constituição Federal de 1988 cita:

> "Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição." Emenda Constitucional de nº 26, de 14 de fevereiro de 2000.

Observa-se que com a constitucionalização do direito à moradia, seguido de outros direitos básicos fundamentais para o ser humano, abriu-se uma brecha para se colocar em cheque a eficácia de tal preceito.

Isso acaba não deixando dúvida em relação à inclusão do direito à moradia na lista dos direitos sociais deslocando para reflexões que no mundo real não podem ser esquecidas pelos defensores da justiça em nosso país.

Conforme Art. 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988 onde fala que: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata". Nota-se que há uma consideração em relação aos direitos sociais que estão na esteira dos direitos fundamentais do ser humano, tendo como decorrência, que eles subordinam-se à regra da auto-aplicabilidade.

Mediante aos assuntos citados acima, não se pode esquecer que após a data de 1948, diversos tratados internacionais reafirmaram que é obrigação dos Estados ter que proteger e promover o direito à moradia digna, mas colocar esses direitos na prática ainda é um enorme desafio.

Quando se fala na questão habitacional no Brasil, nota-se que o tema é limitado historicamente a uma política habitacional, que alcança somente a esfera urbana e o mercado imobiliário, deixandor de fora o campo da cidadania e da democratização do direito à moradia.

O poder público acaba ignorando o impacto da problemática habitacional que atinge o cotidiano dos sujeitos sociais que estão inseridos no complexo universo denominado de "populações pobres", e tem sifo a mola motriz nestes sujeitos a

resistência à situação de miséria e a luta para a conquista do acesso ao espaço urbano. Isso acaba deixando a situação mais complexa em relação à precariedade desse acesso, tendo a ver com a infra-estrutura, serviços urbanos e qualidade de vida, o que contraria a concepção de moradia como lugar ideal.

3 AS DIMENSÕES DAS OCUPAÇÕES EM MANAUS

Os historiadores amazônicos relatam que as ocupações na cidade de Manaus possui marcos de desenvolvimento e ampliação; o primeiro marco ocorreu no período da borracha. De acordo com Samuel Benchimol (2009), nesse período houve o primeiro arroubo no crescimento demográfico da capital amazonense. Onde o mesmo foi associado ao progresso econômico que se derivava do comércio da borracha. Esse período foi denominado de "boom", foi onde se realizou a construção de ruas, avenidas, o do tão famoso mundialmente Teatro Amazonas. As relações comerciais definidas na cidade de Manaus estavam associadas muito mais ao mercado externo do que ao nacional.

Nesse primeiro momento a maior parte da população amazonense encontrava-se embrenhada no interior da floresta, longe das vilas da cidade. Essas mesmas vilas e as poucas cidades que existiam foram construídas para representar o poder público para arrecadação de impostos, sede das missões religiosas, base para a circulação de produtos extrativos para exportação e internação de produtos alimentícios básicos que vinham de lugares externos a Região e eram internalizados a partir de Belém e Manaus (OLIVEIRA, 2008).

Com o declínio da Borracha e à paralisação econômica, foi preciso criar outros mecanismos da resistência e de reconstrução. Foi então que surgiu a Zona Franca de Manaus, criada pelo Decreto Lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967. Uma estratégia do governo federal, na época militar, que sobre pressão do capital internacional, teve o objetivo de proporcionar a integração e o desenvolvimento da Amazônia ligando-a ao centro sul do país e ao mercado internacional. (SUFRAMA, 2009); (SANTOS, 2009).

Foi então que Manaus passou a se desenvolver melhor economicamente e foi atraindo pessoas que foram construindo novas ocupações de forma não planejada sem nenhuma preocupação com o uso dos recursos naturais. O crescimento demográfico e a projeção espacial de tal crescimento sobre a cidade foram fatores primordiais para o processo de ocupação.

É notório que Manaus passou por diversas transformações ao longo dos últimos 25 anos, e a mesma sempre teve problema com o acentuado fluxo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

migratório, fazendo com a cidade não tenha uma estrutura capaz de absorver seus nativos e tantas outras populações que migram para seu grande centro.

Conforme o Plano Diretor Ambiental e Urbano de Manaus PDAU, através da Lei Municipal Nº 672/2002 em seu Anexo VI (QUADRO DE USOS E ATIVIDADES POR UNIDADE DE ESTRUTURAÇÃO URBANA – UES) a UES é uma unidade de estruturação que mede as diretrizes de ocupação com usos e atividades em função da fragilidade ambiental e às proximidades de áreas de proteção ambiental.

A Lei 672/2002, regulamenta o uso e a ocupação do solo urbano em Manaus, conforme o Artigo 45, onde define os Empreendimentos de Impacto Urbano-ambiental, sendo de grande potencial causador de alterações no ambiente natural, que provoquem sobrecarga na capacidade de atendimento de infraestrutura básica, isso inclui os empreendimentos públicos e privados, habitacionais ou não.

Sendo assim, nota-se que o espaço urbano expandiu-se horizontalmente no sentido norte e leste, na forma de ocupações irregulares (invasões), assim como a criação de vários conjuntos habitacionais na zona norte, criados pelo poder público estadual.

Desde 2010, a Prefeitura Municipal de Manaus reconhece 63 bairros oficiais, e os dados foram coletados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Entretanto, há dezenas de regiões do município que não são reconhecidas pela prefeitura, portanto, integram os bairros oficiais. O surgimento de comunidades sinaliza para o elevado déficit habitacional, que em 2000 chegou a 63.000 residências (OLIVEIRA, 2008).

Com o surgimento das invasões vêm também outros problemas agregados que se tornam expressivos, principalmente no que se refere ao meio ambiente com ocupações irregulares em fundos de vale ou encostas, estas últimas chamadas regionalmente de barrancos, com declividade acentuada (AB SABER, 2002). Na forma geral, a ocupação inicia-se com o desmatamento das superfícies acelerando os processos naturais de denudação (MAGALHAES et al., 2011).

E com a prática constante de desmatamento insano e consumo impróprio dos recursos da ocupação irregular, tem-se então a deflagração de processos geodinâmicos, tais como a formação de voçorocamentos e de cicatrizes de movimentos de massa (escorregamento e desmoronamento) que ao surgirem próximo as habitações, convertem esses espaços, em áreas de risco ambiental (DIRANE et al., 2010).

4 HISTÓRICO SOCIOESPACIAL DA OCUPAÇÃO NO BAIRRO JOÃO PAULO II

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Se os moradores de Manaus parar um instante para conhecer um pouco da história de Manaus, nela verão que a maior parte dos bairros que hoje existem por aqui foram formados por ocupações irregulares, ou seja, invasões, que fizeram que a prefeitura investisse em urbanização. Mesmo assim, ainda ocorrem inúmeras deficiências na execução dessas instalações e manutenção dessas infraestruturas feitas pela cidade. Isso faz com que, as ocupações inadequadas continuem a se expandir pelas áreas verdes e margens dos igarapés deixando a paisagem cada dia mais cinza, e formando grandes vazios urbanos.

O nome dado ao Bairro de João Paulo II foi uma homenagem ao filho do subsecretário de planejamento do estado na época Paulo Jacob, o mesmo foi inaugurado a partir de 1992, quando foi oficializado como bairro de Manaus.

A parte principal do mesmo foi oficializada através do projeto denominado "minha casa, minha vida", onde o estado foi o ator principal do repasse dos recursos para construir e também recuperar a área degradada, criando meios de mobilização e conscientização ambiental com a finalidade de mitigar as agressões ao meio. A figura 1 mostra abaixo uma visão superior da localização do bairro.

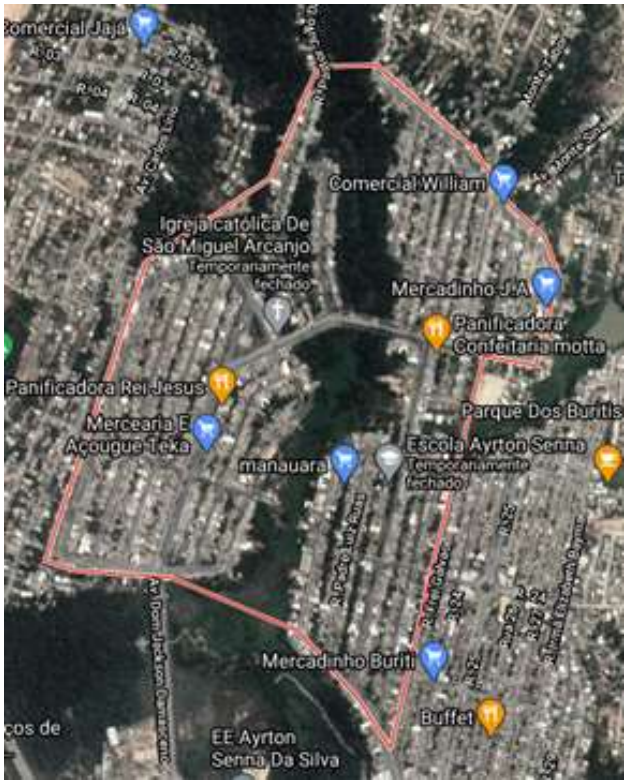


Figura 1- Visão Superior da área estudada. Fonte: Google Maps.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Mas nada disso ocorreu, ao contrário, além das casas construídas, ainda surgiram invasões, o que aumentou o desmatamento e a poluição dos igarapés ao redor como mostra a figura 2 abaixo. Essa situação surgiu de forma desenfreada, pois as famílias começam desmatando depois são construídos polos chamados de cacimbas, o que começa a afetar o lençol freático e por conseguinte, as residências irregulares contaminam os igarapés já que colocam canos em suas latrinas para escoar os dejetos humanos até o mesmo.

Figura 2- Invasões e aumento do desmatamento da área. Fonte: Dados da pesquisa.

De acordo com os dados obtidos pelo IBGE (2019), a população do Bairro está disposta da seguinte maneira: 8.500 vivem em domicílios próprios, 2850 vivem em domicílios alugados, 2112 vivem em domicilio invadidos e 2000 em domicílios cedido, ou seja, pertence á alguém que dispôs para morarem (Gráfico 1). No que diz respeito ao abastecimento de água do bairro, verificou-se que 6706 casas recebem água da rede geral de distribuição, 5367 possuem outras formas de abastecimento (Cacimbas, desvios) e 1565 são de poços (Gráfico 2).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

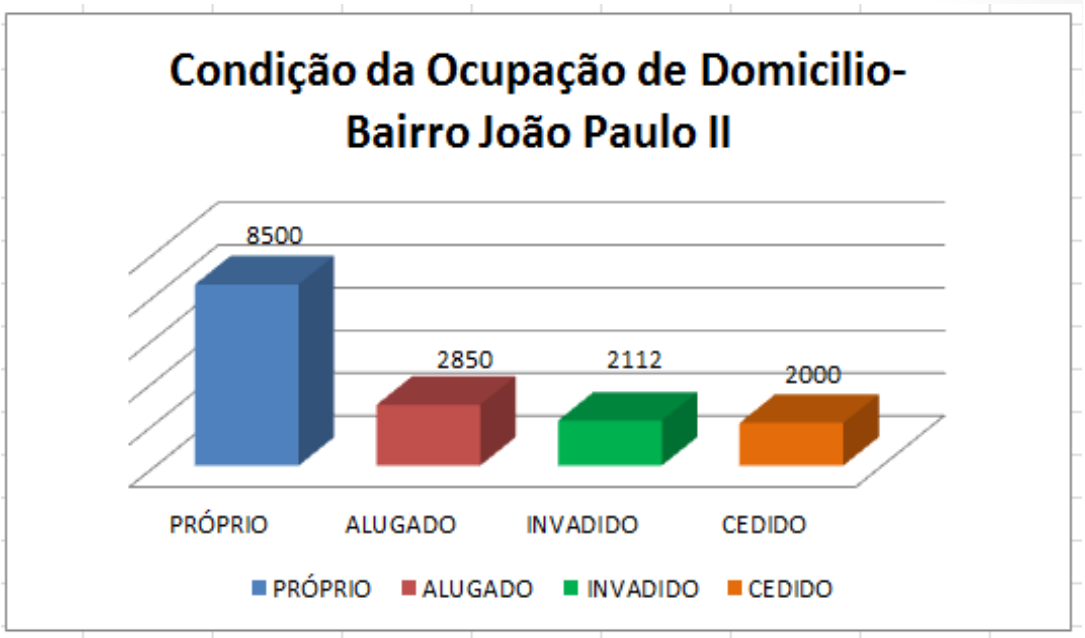


Gráfico 1- Distribuição dos tipos de domicílios. Fonte IBGE, 2019.

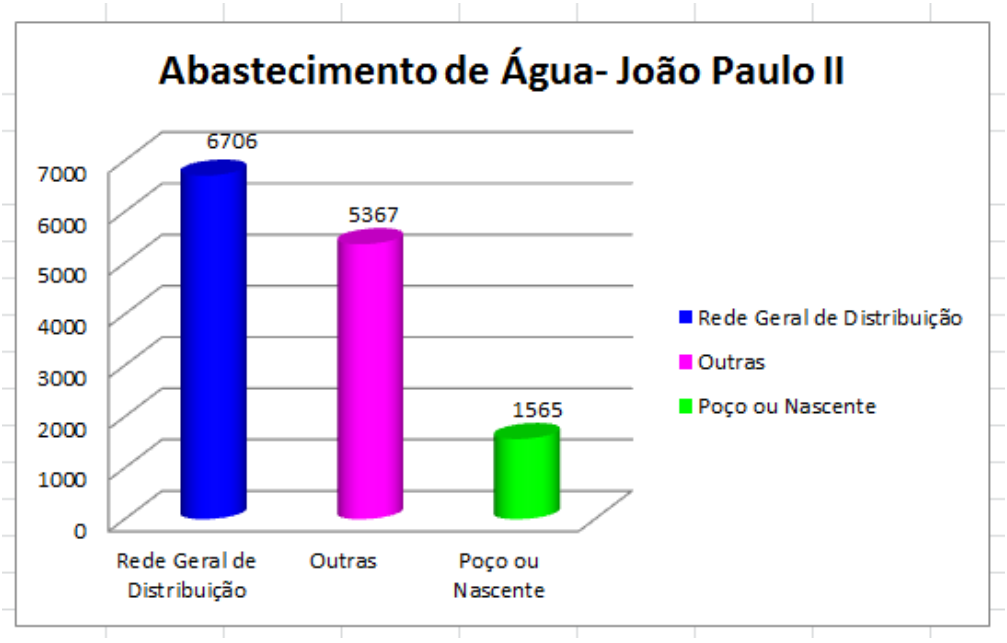


Gráfico 2- Distribuição da rede de abastecimento de água. Fonte: IBGE, 2019.

O gráfico 2 mostra que a área que algumas residências possuem rede de distribuição de água, isso devido o tempo que já residem por lá, mas grande parte

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

da vive em uma realidade distinta, muitos moradores vive em áreas insalubres e são pessoas oriundas de outros municípios do estado do Amazonas, e nesse momento muitos imigrantes como venezuelanos, haitianos que migraram para Manaus em busca de melhores expectativas de vida.

5 ÁREAS DE RISCO E IMPACTO AMBIENTAL

Nas andanças pelo bairro foi observado que ao procurar uma moradia irregular a ultima coisa em que a pessoa se preocupa é com a situação da encosta, do solo, do fator declividade, para onde irá escoar a água da chuva, etc.. Tudo isso é irrelevante para os menos privilegiados.

Na figura 3 demonstra o declive que a rua possui e já se pode concluir que em caso de chuvas torrentes a água desce por toda a rua ocasionando alagamento nas residências no círculo vermelho, mesmo com toda a preocupação e as constantes perdas materiais as famílias que ali moram afirmam que não possuem outro lugar para se dirigir.

A ligação do risco com a presença humana é indiscutível, pois está relacionado ao ato de levantar, caminhar, viajar nas situações mais simples e cotidianas da vida. Esse contexto é complexo já que possui relação com a sociedade contemporânea, com medo e insegurança.

Figura 3- Residências com vulnerabilidade á alagamentos na época de chuva.
Fonte: Dados da pesquisa

Geralmente os invasores produzem degradação ambiental nas áreas de Manaus, e isso não se limitam ao espaço ocupado, elas possuem efeitos destrutivos para a cidade como um todo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O Impacto ambiental na localização do bairro precisa de investigação para se identificar de quem é a responsabilidade, é necessário que haja uma perícia ambiental e sua qualificação que determinará a relevância de dano desse impacto (DAGNINO, 2007).

Os impactos maiores nas moradias irregulares são quando os recursos hídricos são afetados, pois fica mais difícil a captação de água para abastecer a cidade e quanto mais contaminada mais caro se torna o sistema de purificação da mesma. Outro problema que se causa é a expulsão dos animais silvestres que habitavam á área, na maioria das vezes eles são mortos e os que sobrevivem fogem, deixando do o ecossistema debilitado.

O estudo apresentado contempla o conceito de Risco Ambiental que fala sobre os riscos naturais existentes nessa área que foram objetos da pesquisa. Vários estudos têm desenvolvido estratégias e discutido tais assuntos como Defesa Civil, que é a instituição competente para atender essas áreas de riscos.

6 RESULTADOS E DISCUSSÃO

De acordo com os levantamentos realizados na comunidade do João Paulo II, Zona Leste de Manaus, conforme Plano Diretor Ambiental Urbano de Manaus 2014 da Cidade de Manaus, conferidas pelo art. 80, inc. IV, da Lei Orgânica do Município de Manaus, onde o Poder Legislativo decretou e eu sanciono a seguinte LEI:

> Art. 1º Esta Lei Complementar dispõe sobre o Plano Diretor Urbano e Ambiental do Município de Manaus, em atendimento ao disposto no artigo 182 da Constituição Federal, nos artigos 39 a 42-B da Lei Federal nº 10.257, de 10 de julho de 2001, Estatuto da Cidade, e nos artigos 227 e 228 da Lei Orgânica do Município de Manaus (LOMAN).

A lei aborda a realização do diagnóstico ambiental que apresentam características semelhantes de uma invasão para outra devido à falta de organização e planejamento na parte de estrutura e edificação de residências, comércios, ruas, sistemas de abastecimento de água, sistemas de rede coletora de esgoto sanitário, coleta de lixo.

6.1 Apresentação das ruas de acesso

A pesquisa desenvolvida é integralmente localizada na invasão no Bairro João Paulo II, que começa na Avenida Aristóteles; segue por esta Avenida até a formação de um pântano no fim da mesma. O estudo está na área de influência dos seguintes

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

corredores urbanos: Próximo a Avenida Itaúba, entre os bairros Val Paraíso, Grande Vitória e Nova Cidade.

Somente as ruas principais possui asfaltamento, por sinal bem precários, conforme mostra a (Figura 4), as outras ruas de acesso ainda estão no barro batido e ao mesmo tempo possuem valas que prejudicam bastante a locomoção dos moradores quando chove (Figura 5).

Figura 4- Avenida Aristóteles asfaltada. Fonte: Dados da pesquisa

Figura 5-Rua sem asfaltos e com erosão visível. Fonte: Dados da pesquisa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Observa-se que a rua necessita construção em toda a sua extensão, ela apresenta diversos afundamentos, e erosão na Rua Platão não possui revestimento asfáltico o que agrava bastante o risco de acidentes com os moradores do local. Existem erosões com destruição do revestimento asfáltico ao mesmo tempo em que necessita de sarjeta.

Já a Rua Atena, apresenta um inicio de intenção de asfalto, porém, ainda está somente no barro e ocasiona bastante alergia respiratória em virtude da poeira que sobe, necessita de recuperação urgente. (Figura 6).

Figura 6- Rua com Inicio de intenção de asfalto. Fonte: Dados da pesquisa

Outras ruas da comunidade João Paulo tais como as ruas: Jambú, Canela, Andiroba, Boldo, Preciosa, Mastruz, Jucá, Alfazema, Crajirú, e Cravinho apresentam revestimento asfáltico preservado, com alguns pontos com erosão na junção do revestimento com a sarjeta, devido a deficiência na captação de águas pluviais. As Ruas Arruda, Hortelã, Manjericão, Capim Santo e Eldorado revestimento asfáltico preservado, em estado normal de uso.

6.2 CARACTERIZAÇÃO DOS LOTES E EDIFICAÇÕES

O processo de crescimento desordenado deu-se em terrenos ocupados pela derrubada de áreas florestadas, localizadas periferia do Conjunto. Estas formas influente de ocupação atendem às demandas das classes mais pobres da população.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

As formas de expansão na comunidade estudada, ocorreu através da abertura de loteamentos destinados as classes baixa e médias e ao contingente de não trabalhadores e trabalhadores que adquiriram situações de instáveis e estáveis de emprego e renda.

Os lotes da comunidade não executam às indicações de recuo e afastamentos dos eixos laterais das ruas, ou seja, não possuem distância entre os lotes vizinhos, área máxima para edificação, área para permeabilização, e consequentemente, área das quadras e lotes destinados para diferentes atividades urbanas, comércios e até mesmo industriais, desobedecendo ao Plano Diretor Ambiental e Urbano de Manaus (Figura 07).

Figura 7 – Crescimento dos lotes sem padronização adequada. Fonte: Dados da pesquisa.

6.3 O FORNECIMENTO DE ÁGUA

Muitas casas já possuem provimento de água normal, porém algumas situações ainda são precárias com intermitência de distribuições e ligações clandestinas, haja vista, as ligações através de tubos de PVC flexíveis dispostos ao longo das vias de acesso, distribuídos por grande parte das residências como mostra a Figura 8.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Figura 8 – Ligação clandestina com tudo de PVC. Fonte: Dados da pesquisa.

Assim se pode ressaltar a fragilidade do aspecto sanitário, pois é possível ver tubulações de água passando pelo meio da rua de barro. Algumas casas construíram poços, o que cria uma intervenção na área dos Igarapés, feitas para abastecimento de água, o que acaba comprometendo o lençol freático. As casas por terem sidos construídas sem um projeto arquitetônico também não possuem reservatórios para armazenamento de água.

6.4 RECOLHIMENTO DO LIXO

A coleta domiciliar de Manaus está estruturada em dois turnos de serviço: diurno e noturno, visando a redução significativa dos custos e otimização da frota, objetivando entre o término do primeiro turno e o início do segundo se estabelecer um intervalo para manutenção e pequenos reparos.

Nas condições atuais a coleta é realizada rotineiramente em determinados pontos de concentração de lixo, junto aos logradouros principais onde a população acumula o lixo diariamente (Figura 9).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Figura 9 – Lixeira viciada. Fonte: Dados da pesquisa.

Em alguns pontos do bairro observa-se que não existe coleta de lixo, em muitas ruas ele é jogado a margem das casas, não nenhuma preocupação em relação a isso, em alguns pontos é visível a presença de resíduos jogados, muitos são escondidos pelo mato crescido o que atrai muitos insetos e animais pestilentos, colocando a saúde de toda a comunidade em risco (Figura 10).

Figura 10 – Lixo acumulados as margens das ruas. Fonte: Dados da pesquisa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

6.5 ESGOTAMENTO SANITÁRIO

Nas andanças peça comunidade ficou evidenciado que os esgotos são lançados em vias públicas e direcionados e lançados diretamente nos córregos valas e sarjetas até alcançar o Igarapé. Outra forma de descarte é o lançamento na rede de drenagem local, cujo destino final são também os igarapés que cortam a área de projeto (Figuras 11).

Figura 11. Lançamento de esgoto sem tratamento. Fonte: Dados da pesquisa.

Da mesma forma que para as obras de infraestrutura de abastecimento de água potável, as obras de infraestrutura de esgoto passam pela solução urbanística, não se perdendo, entretanto, o foco da concepção geral da Concessionária Águas do Amazonas.

O poder público pode intervir na comunidade executando projetos de melhorias em relação ao saneamento através da coleta dos esgotos através de rede convencional passando pelas ruas e através de soluções não convencionais como a condominial, e projetos ambientais para a proteção dos Igarapés através linha de interceptores que poderão ser de um lado ou de ambos da via pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A comunidade estudada, devido ao seu posicionamento geográfico, apresenta situações ambientais caracterizadas por restrições naturais e singulares à realidade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

do cenário atual do Bairro. Os fatores que resultaram da ação do homem conduziram a proliferação intensa de áreas com instabilidades ambientais. Porém, os fatores naturais, como solo, induzem à presença de áreas potenciais degradadas que com o passar do tempo gerou tendências para e expansão urbana, comercial e mista.

O bairro estudado pode considerado um segmento representativo da complexa dinâmica urbana da cidade de Manaus e de implicações inesgotáveis para estudo.

Os dados mostram grande quantidade de residências na invasão João Paulo II que de forma direta ou indireta possui risco diante da evolução desse tipo de moradia, este fato, mostra que, as áreas de risco podem continuar aumentando na cidade de forma espontâneas, sempre atrás mas dos locais planejados (Conjuntos habitacionais).

Independentemente da metodologia utilizada nota-se a gravidade deste problema socioespacial, que coloca em risco o bem mais precioso, a vida humana. Outro ponto são os reflexos socioambientais como assoreamento de igarapés e desvalorização imobiliária revelam a face perversa desse problema urbano.

É preciso apresentar a relação entre direitos fundamentais e prevenção de desastres. Pois no momento só se pode falar de tendências. Percebe-se forte conexão, positiva, no enfrentamento da complexa relação entre direito à moradia, gestão de áreas de risco, prevenção de desastres e política pública. Se através de novos estudos se conseguir olhar por uma perspectiva preventiva, poderá haver uma chance de se ganhar destaque na estimulação da ação em detrimento da omissão. Pois prevenir é menos oneroso do que recupera e reconstruir.

REFERENCIAS

AB'SÁBER, A. N. **Bases para o estudo dos ecossistemas da Amazônia brasileira.** Estudos Avançados, São Paulo, v. 16, n° 45, p. 7-30, 2002.

BENCHIMOL, S. **Amazônia Formação Social e Cultural.** Editora Valer, Manaus,

2009.

DAGNINO, R. S. **Risco ambiental: conceitos e aplicações**. Salvador Carpi Junior

[2] Climatologia e Estudos da Paisagem Rio Claro - Vol.2 - n.2 - julho/dezembro/2007, p. 50.

DIRANE, A.C.M.; DONALD, A.R.; MOLINARI, D.C. **Caracterização das vertentes das áreas de risco ambiental do Distrito Industrial II – Manaus (Amazonas).** Geonorte. Manaus. Ano 1. N1. Vol.1, 2010.

IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) https://amazonasatual.com.br/com-22-milhoes-de-habitantes-manaus-concentra-53-da-populacao-do-am/. Site consultado em 08.11.2020 ás 12:36 pm.

MAGALHAES, R.C.; MOLINARI, D.C.; GOMES, R.C.M. **Produção do Espaço e alterações das características fitogeográficas e geomorfológicas em Manaus: o caso do Tarumã e Distrito Industrial 2 (Manaus)**. Geonorte. Manaus. Ano 2. N3. Vol.1, 2011.

OLIVEIRA, J. A.; SCHOR, T. **Manaus: transformação e permanências, do forte á metrópole regional.** In: CASTRO, E. (org.) Cidade na Floresta. SP, 2008. p.59-98.

RODRIGUES, Arlete Moysés. **Moradia nas cidades brasileiras**. 4. ed. São Paulo: Contexto, 1991.

SANTOS, E.C. **Geografia e Educação Ambiental: Reflexões Epistemológica**.

Editora; Universidade Federal do Amazonas, Manaus, 2009.

SILVA, Maria Ozanira da Silva e. **Política habitacional brasileira: verso e reverso**.

São Paulo: Cortez, 1989.

SUFRAMA. **Superintendência da Zona Franca de Manaus. Histórico da Zona Franca de Manaus 2009.** Disponível em <http://www.suframa.gov.br> Acesso em 01

de Novembro de 2020.

Sites Consultados

https://www.acritica.com/channels/manaus/news/invasoes-poem-em-risco-a-cidade-de-manaus-como-um-todo. Acesso em 31 de Outubro de 2020.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 03

de Novembro de 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

AS CONSEQUÊNCIAS DA ADOÇÃO TARDIA SOB UMA ÓTICA SÓCIO JURÍDICA

PATRÍCIA DA SILVA GOMES:
Acadêmica do 10º período de Direito, na faculdade Serra do Carmo.

KELLY NOGUEIRA DA SILVA[1]

(orientadora)

RESUMO: O presente artigo visa abordar as consequências de uma adoção tardia, sendo importante levantar questões como o que esse menor deixa de receber da base familiar durante o momento de espera. Tendo por princípio norteador o do melhor interesse do menor. Trazendo o objetivo de elucidar o quão importante se faz a participação da família no desenvolvimento de um indivíduo e também seguranças jurídicas conferidas a toda criança e adolescente que estão à espera da adoção. O método a ser utilizado será o da pesquisa exploratória, que tem por escopo explorar um problema, de modo a fornecer informações para uma investigação mais precisa. Será utilizado a forma de dados qualitativos e terá como referência as pesquisas bibliográficas pelo método hipotético dedutivo, com pesquisas a jurisprudências, leis e artigos.

Palavras-chave: adoção tardia; família; melhor interesse do menor.

ABSTRACT: This article aims to address the consequences of late adoption, and it is important to raise issues such as what this child does not receive from the family base in this waiting time. Having as a guiding principle the best interest of the child. Bringing the objective to elucidate how important the participation of the family is in the development of an individual, and also legal security granted to all children and adolescents who are waiting for adoption. The method to be used will be exploratory research, which aims to explore a problem, in order to provide information for a more accurate investigation. Qualitative data will be used, and bibliographic research will be used as a hypothetical deductive method, with research on jurisprudence, laws and articles.

Keywords: late adoption; Family; best interest of the child.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Aspectos Históricos. 3. Da adoção. 3.1 Da adoção e seu conceito. 3.2 Aspectos dos adotantes e adotados. 4. As consequências da adoção tardia. 5. Conclusão. 6. Referências.

1.INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade analisar as consequências de uma adoção tardia, mostrando o que tais consequências podem reverberar na vida do menor. O tema parte da seguinte problemática: o que o menor deixa de auferir do meio familiar enquanto permanece na espera da adoção. É conhecedor que o processo de adoção no Brasil além de demandar muito tempo, também é amplo. E em todos os aspectos deste processo o que se perquire é o melhor interesse do menor.

Partindo do pressuposto é possível notar que o instituto da adoção está inserido no meio da sociedade desde os povos mais antigos, onde se buscavam dar às suas famílias um sentido de completude e continuidade por meio dos filhos.

O caminho percorrido ao longo da história foi de muitos marcos, a adoção já era praticada por exemplo, entre os povos gregos, hindus, egípcios, entre outros, todos com a mesma finalidade, qual seja, dar continuidade à sua árvore genealógica.

Algumas alterações legais de extrema importância, também ocorreram para que nascesse o Estatuto (ECA), concedendo à criança e ao adolescente uma integral proteção. Cabe elucidar que o instituto da adoção é regido pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, em concordância com o Código Civil. O conceito de adoção é de ato jurídico, onde um indivíduo é considerado filho perpetuamente, por uma pessoa ou um casal, que não sendo seus pais biológicos, o receberão como se assim fosse, lhe ofertando proteção e afeto.

Nesse sentido, esta pesquisa pretende evidenciar a importância da inserção do menor no seio familiar, como o ambiente da família se faz relevante no desenvolvimento pessoal e social do indivíduo, e que com a demora do processo de adoção, bem como na espera para que essa criança ou adolescente encontre uma família que vá se encaixar pode ocasionar em consequências que a depender podem ser de demorada reparação, ainda que este menor receba proteção do Estado enquanto seu garantidor no momento de permanência dos lares e orfanatos.

A metodologia utilizada foi o da pesquisa exploratória, que tem por escopo explorar um problema, de modo a fornecer informações para uma investigação mais precisa. Sendo aplicada a forma de dados qualitativos, posto que se produziu com base em doutrinas, leis, jurisprudências e artigos científicos.

Este estudo compõe-se de três capítulos: o primeiro traz em seu corpo os aspectos históricos da adoção, mostrando que este instituto permeia as famílias há muito tempo. Detalha brevemente a evolução legal do aludido instituto, até que se chegasse na criação do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O segundo capitulo, sendo composto por dois subtítulos explora o conceito da adoção, sendo que neste primeiro subcapitulo, é tratado de maneira rápida da sua natureza jurídica, bem como, da vasta conceituação que comporta a adoção. Já no segundo subcapitulo, analisa as características essenciais para que uma pessoa ou o casal possa realizar uma adoção. Nele, também é indicado os pressupostos do adotado, o que esse menor precisa e busca para que seja inserido no meio familiar, sendo regido pelo princípio do melhor interesse do menor.

Por fim, o terceiro capítulo irá analisar o que concerne o tema principal deste artigo, as consequências em detrimento da adoção tardia, levantando questionamentos e trazendo citações que elucidam algumas consequências, levando a reflexão da importância familiar na formação do ser humano, que é nela que se goza de afeto e proteção imprescindíveis para o seu desenvolvimento. Deixando claro que embora o Estado propicie tais elementos e ainda as garantias constitucionais asseguradas ao menor, é na família que se perpetua toda essa gama recursos.

2.ASPECTOS HISTÓRICOS

A adoção está presente na história desde a antiguidade, é sabido que vários povos praticavam este instituto do direito civil das famílias, quando as pessoas sem filhos tinham necessidade de dar continuidade na sua árvore genealógica. Povos hindus, gregos, persas e romanos, por exemplo, traziam para seu seio familiar crianças para serem tidas como seus filhos.

Há evidencias que o Código de Hamurabi elencava oito artigos para falar sobre a adoção, onde era observado que havia punições para aqueles que não se atinham com obediência as regras de seus pais adotivos.

Já na Idade Média, com a influência da igreja, a adoção veio a cair em desuso e retornou mais tarde na França, com o advento do Código Napoleônico.

No Brasil, essa prática era presente desde a Colônia até o Império, exatamente nas Ordenações Filipinas, mas de pouco valor. Era permitida duas formas de adoção, em sentido estrito, destinada aos incapazes, e a *adrogatio*, aos capazes, eram espécie de adoção romana. Tal instituto era amparado pelo Decreto nº 181/1890.

Com o Código Civil de 1916 esse instituto passou a ser disciplinado em 10 artigos, sendo do art. 368 ao 378, onde se passou a valorizar um pouco mais o interesse do menor e não apenas do casal, o que não era feito anteriormente. Curiosamente, maiores de 50 anos podiam o fazer, pois já era uma idade que se considerava que o casal já não teria condições de gerar um filho.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Mais tarde, ocorreu uma alteração no quesito idade, onde a idade de aceitação para o adotante estar apto para adotar seria ter mais de 30 anos. Essa mudança se deu com a Lei nº 3.133, de 8 de maio de 1957. A Lei nº 4.655/65 trouxe ao ordenamento jurídico a chamada legitimação adotiva, onde a relação entre adotante e adotado teve mais solidez; posteriormente veio Código de Menores, Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979, que revoga a legitimação adotiva e o adotado passa a ser tratado como se filho biológico fosse.

Depois de percorrido todos esses caminhos, nasce o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e o instituto da adoção obteve relevantes mudanças, sendo uma delas que, a adoção passou a ser possível para maiores de 18 anos, e pode dar ênfase a outra importante modificação que foi priorizar o melhor interesse do menor.

3.DA ADOÇÃO

3.1 DA ADOÇÃO E SEU CONCEITO

Inúmeras são as definições a respeito do instituto da adoção, ressaltando diferentes aspectos em cada uma delas.

Segundo Carlos Alberto Gonçalves "adoção é o ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha" (GONÇALVES, 2020, p.377).

> Maria Helena Diniz, por sua vez, apresenta extenso conceito baseado nas definições formuladas por diversos autores: "Adoção é o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha"(GONÇALVES, 2020, p.377, grifou-se).

Já Sílvio Rodrigues define adoção "como o ato do adotante, que traz para sua família e na condição de filho, pessoa que lhe é estranha" (RODRIGUES, 2002, p.375).

D'outra banda, Caio Mário da Silva Pereira, elucida como adoção "o ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim" (GONÇALVES, 2020, p.377).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> "Aumentando a visão do conceito de adoção, os adotantes passam a exercer sobre o adotado, responsabilidades como se pais legítimos fossem assegurando suas necessidades. O adotado terá os mesmos direitos que uns filhos legítimos, o que nos leva a pensar que o ato da adoção deva partir do pressuposto de que há carinho e amor, por parte do adotante para com o adotado. Depreende-se ainda que a adoção proporcione a casais que não podem gerar seus próprios filhos, uma experiência de constituir uma família aderindo a ela pessoa alheia, para que receba todo amor e carinho que estes pais tem para oferecer. A adoção é um ato solene que gratifica não só o adotado, que ganha um novo lar, mas também aos adotantes, que podem exercer suas funções como pais".

Neste diapasão, tem-se que adoção é um ato de amor onde um indivíduo traz para seu seio familiar pessoa estranha, criança ou adolescente, proporcionando carinho, proteção, educação, saúde, lazer, etc, cuidando de cada um de seus direitos.

No que tange a natureza jurídica, há algumas discussões e também divergências no Código Civil de 1916, este instituto era tido como de caráter contratual, o que tornava-o um negócio bilateral e solene, já com a CF/88, passou a ser tido como ato complexo, uma vez que, exige-se sentença judicial, ficando claro que a matéria passava a ser de interesse de ordem pública.

Encontramos na subseção IV do Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 39 e seguintes sobre o aludido instituto.

Vejamos o que traz o bojo do artigo 39 em seu parágrafo 1º:

> Art. 39- A adoção de criança e de adolescente reger-se-á segundo o disposto nesta Lei.
>
> § 1 º-A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.

A Constituição Federal de 1988 nos traz em seu artigo 277, parágrafos 5º e 6º, o seguinte ensinamento:

> Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade e, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. [...]
>
> § 5º. A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.
>
> § 6º. Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Sendo assim, o adotante não será omisso no que concerne seu dever para com o adotado, em zelar por seus direitos, dando o mesmo tratamento como de filho legítimo, sem fazer qualquer distinção entre os demais filhos, caso haja, pois, a adoção é um ato de amor e carinho.

Sabe-se da diversidade de conceitos acerca da adoção, mas cabe salientar a importância de dar ênfase ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, e sobre tal princípio encontramos uma importante conceituação no art. 100, inciso IV do ECA:

> Art. 100. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitário.
>
> Parágrafo único. São também princípios que regem a aplicação das medidas: [...]
>
> IV - Interesse superior da criança e do adolescente: a intervenção deve atender prioritariamente aos interesses e direitos da criança e do adolescente, sem prejuízo da consideração que for devida a outros interesses legítimos no âmbito da pluralidade dos interesses presentes no caso concreto; [...].

Feito todos estes apanhados sobre a conceituação da adoção, se faz necessário uma rápida abordagem sobre sua natureza jurídica.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves, sua natureza jurídica "é de uma matéria de interesse geral, ou seja, de ordem pública". Uma vez que, que para se perpetue

tal ato há toda uma complexidade, e exige uma sentença judicial, e existe ainda toda uma observação por parte do Poder Público.

Após explanar conceitos no tocante da adoção, sucederemos para as considerações que dizem respeito aos aspectos dos adotantes e adotados.

3.2 ASPECTOS DOS ADOTANTES E ADOTADOS

Com toda a evolução do Estatuto da Criança e do Adolescente, hoje a adoção é possível à toda pessoa maior de 18 anos. Estatui o art. 42 do ECA: "Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil". (GONÇALVES, 2020, p.387).

> Art. 42 ECA- Podem adotar os maiores de 18 (dezoito) anos, independentemente do estado civil § 1º Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando.
>
> § 2º Para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.
>
> § 3º O adotante há de ser, pelo menos, dezesseis anos mais velho do que o adotando.
>
> § 4º Os divorciados, os judicialmente separados e os ex companheiros podem adotar conjuntamente, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão.
>
> § 5º Nos casos do § 4º deste artigo, desde que demonstrado efetivo benefício ao adotando, será assegurada a guarda compartilhada, conforme previsto no art. 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil.
>
> § 6º A adoção poderá ser deferida ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença.

Importante salientar, que sexo, nacionalidade e estado civil não se fazem importantes no que tange a capacidade ativa para adoção, porém, é subentendido

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

que o adotante deve estar em condições morais e materiais, para que seja desenvolvida a função de pai/mãe.

Quando a adoção for conjunta é necessário que os adotantes sejam casados civilmente ou possuam união estável, comprovando a estabilidade da família.

O princípio norteador da adoção é o do melhor interesse da criança (artigo 43 ECA), todos os atos serão praticados de maneira que se verifique as vantagens para esse menor. Essas vantagens são auferidas no âmbito do afeto, que deve ser tratado como valor jurídico, atentando para que se resguardem fatores que lhes possibilite integral desenvolvimento como pessoas, devendo ser determinada conveniência de sua manutenção na família biológica ou inserção em família substituta.

> A adoção atribui a situação de filho ao adotado (ECA, art. 41, caput), não podendo a sua eficácia estar subordinada a termo ou condição. Como assevera Washington de Barros Monteiro, "adoção é ato puro, que se realiza pura e simplesmente, não tolerando aludidas modificações dos atos" (GONÇALVES, 2020, p.393).

Há em cada comarca um registro de crianças e adolescentes a serem adotados e outro de pessoas que possuam interesse em adotar (art.50 ECA). Tal cadastro não será feito até que esse menor passe pela equipe de profissionais para que seja avaliada sua situação, prevalecendo o entendimento que adoção é medida última antes que seja realizada a inserção em sua família natural.

> "Os que tiverem interesse em adotar uma criança ou adolescente devem ter cadastro junto a comarca em que vivem, para que fique registrado o seu interesse em adotar, caso venha a surgir alguma criança desprovida de carinho e afeto e que precise de um lar, sempre visando o melhor interesse aos direitos do adotando".

> "A adoção é um instituto muito delicado, o ECA visa a proteção integral da criança e do adolescente que possa vir a ser adotado, por isso, os adotantes devem preencher todos os requisitos exigidos, além de demonstrarem que tem aptidão para adotar, que possuem um bom ambiente familiar, pois a adoção visa colocar a criança em um ambiente de amor e carinho, onde esta possa se sentir bem".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Se cadastrada e não adotada, a criança ou o adolescente abandonado é abrigado e recebe avaliação de sua situação no abrigo de 6 em 6 meses para mapear de forma eficiente a necessidade ou não de inserção em família substituta, fazendo com que o direito fundamental à convivência familiar seja assegurado.

Para a inclusão da criança e do adolescente no cadastro não é necessário que já esteja destituída do poder familiar, mas é essencial estudo de caso com parecer da equipe do juízo indicando a adoção como a melhor medida a ser tomada.

José Simão mostra em sua obra a legitimação necessária para que a criança seja adotada:

> No que concerne à legitimação para ser adotado, a criança não deve se sujeitar a um poder familiar, além daquelas que tenham se tornado órfãs sem que qualquer membro da família lhes tenha reclamado por mais de um ano contado da orfandade, bem como aquelas cujos pais hajam sido destituídos do poder familiar, sem que se lhes tenha sido nomeado um tutor. Também podem ser adotadas aquelas crianças que, sujeitas a um poder familiar exercido por seus pais, por um tutor ou por parentes próximos em caso de orfandade, contem como consentimento de seus representantes legais no sentido de acordarem com a adoção. (SIMÃO, 2010, p.561)

Desta forma, cabe dizer que o Estatuto da Criança e do Adolescente visa assegurar ao adotando uma proteção integral, onde o Estado garanta seu cumprimento, em diversas formas de intervenção.

4.AS CONSEQUÊNCIAS DA ADOÇÃO TARDIA

Primeiramente, é interessante expor que o termo adoção tardio é usado quando o adotando já possui idade maior de 03 (três) anos.

> A adoção é considerada tardia quando a criança a ser adotada tiver mais de dois anos. Tais crianças ou foram abandonadas tardiamente pelas mães, que, por circunstâncias pessoais ou socioeconômicas não puderam continuar se encarregando delas ou foram retiradas dos pais pelo Poder judiciário, ou, ainda foram “esquecidas” pelo estado desde muito pequenas em “orfanatos” que, na realidade, abrigam uma minoria de órfãos com já levantado anteriormente. (VARGAS, 1998,p.30)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em leituras e pesquisas feitas a respeito do aludido tema, salienta-se que uma grande consequência da adoção tardia é a oportunidade que a criança/adolescente deixam de ter em virtude de não possuir vínculos afetivos mais profundos com sua família adotiva. Um importante ponto a ser levantado, são possíveis traumas que esse menor possa vir a ter, traumas estes advindos da negligência e do abandono.

> A adoção de crianças com mais de dois anos de idade tem sido compreendida como "tardia". Nessa linha de conceituação, parte-se do pressuposto de que a criança terá mais facilidade de reconstituir novos vínculos significativos com os pais adotivos se lhe foi possível estabelecer vínculos precoces positivos. (SILVA, 2009,p.143)

A família é o principal garantidor da proteção integral desse menor, sem a inserção no seio familiar o adotando deixa de receber o que preconiza o ECA no bojo de seu artigo 4º:

> Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.
>
> Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:
>
> a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
>
> b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
>
> c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
>
> d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Quanto mais demorado é o processo da procura de uma família em que a criança/adolescente se encaixe, mais tempo se leva para que este possa usufruir de todo afeto que necessita e pode ser proporcionado, acesso a boa educação, saúde, um bom convívio familiar e social, lazer e direitos básicos que lhe são garantidos

constitucionalmente. Deixa ainda de receber proteção familiar desejada, um bom desenvolvimento físico, mental, moral, etc.

> O primeiro é de curta duração, mais vivido com intensa ansiedade, e refere-se à fase em que a criança/adolescente se esforça para agradar os pais adotivos. Nesse primeiro estágio, o comportamento afetivo pode ser sutil e ocorrer tão rapidamente , que muitas vezes nem é percebido pela família [...] O segundo estágio é de longa duração, podendo ser bastante estressante e ameaçador para ambas as partes, já que é nessa fase que a criança testa sua nova família, para se proteger de possíveis sofrimentos e para perceber até que ponto ela é valorizada e amada.[...]
>
> Por último o estágio da integração propriamente dita, que pode ser antecipado pelas intercalações de progressões e regressões no comportamento da criança (HUTZ 2007, p.30).

Cabe questionar que quando o adotando se encontra na espera, cadastro, lares ou sobre a guarda do Estado, ela pode estar deixando de gozar de uma boa estruturação familiar, tal fato, por sua vez, pode acarretar comportamentos agressivos, uma possível dificuldade de inserção no seio familiar que virá a ter, dificuldade em atender regras e limites, falta de segurança jurídica e outros tantos fatores que se ligam a experiências anteriores, ou geradas nesse abandono e demora para o encontro do tão sonhado lar e afeto.

> O comportamento regressivo e a agressividade são amplamente referidos como parte do processo de adaptação, de acordo com a literatura e foram objeto de discussão na orientação aos pais, preparando-os para a possibilidade de os mesmos serem apresentados pela criança ou para trabalharem no momento da ocorrência. (VARGAS, 1998, p.146)
>
> Os pais adotivos precisam ser flexíveis para atenderem às necessidades mais regressivas em momentos menos esperados e, ao mesmo tempo, firmes e refratários o bastante para suportarem os ataques retaliadores da criança, frequentemente dirigidos às figuras que a abandonaram, conforme apontado por vários autores. Quando a criança alcança, no novo ambiente familiar, a satisfação de suas necessidades fundamentais pra reconstruir sua trajetória a partir dos novos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> modelos, ela rapidamente, pode evoluir para estágios posteriores. (PESTANA,2010)

Nesse sentido, importa observar o que dispõe o art. 46 do ECA: "A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo máximo de 90 (noventa) dias, observadas a idade da criança ou adolescente e as peculiaridades do caso".

Em enunciados de decisões de Tribunais de Justiça podemos ver presentes, a busca pela inserção do menor em um lar que o trará tudo o que de melhor pode ser propiciado. Vejamos:

> Apelação Cível - Adoção - Melhor Interesse do Menor - Prevalência sobre a Lista de Cadastro de Adotantes - Adoção por quem detém a Guarda Provisória - Vínculo de Afinidade - Possibilidade. O comando que determina que a autoridade judiciária deverá manter em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção, art. 50 do ECA, vem para atender ao disposto no art. 34 do mesmo Estatuto, isto é, como meio facilitador para estimular a alocação dos menores em famílias substitutas, não tendo, contudo, o condão de vincular o juiz à observância de ordem de preferência ou filas de espera, porventura, existentes entre aqueles que queiram adotar, vez que tal ""ordem"" não pode se sobrepor aos interesses do menor. (TJMG - Apelação Cível 1.0637.10.008537-1/001, Relator(a): Des.(a) Dárcio Lopardi Mendes, 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 03/05/2012, publicação da súmula em 25/05/2012).

> Adoção. Menor. Guarda de fato. Cadastro de adotantes. Ordem cronológica. Observância. Princípio do Melhor interesse do menor. Cassação da decisão. A aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente tem por escopo conferir seriedade e idoneidade aos pedidos de adoção, com prévia e competente seleção de adotantes em procedimento de habilitação, visando, principalmente, à preservação do princípio do prioritário interesse do menor. A afeição e a afinidade são critérios legais para tornar o respectivo titular cliente preferencial da adoção. Recurso provido. (TJMG - Apelação Cível 1.0313.10.011321-3/002, Relator(a): Des.(a) Almeida Melo, 4ª CÂMARA CÍVEL,

> julgamento em 07/04/2011, publicação da súmula em 11/04/2011).

Sendo assim, cabe trazer a reflexão às consequências que o menor pode sofrer em razão de uma demorada adoção, deixando este de auferir de garantias e privilégios enquanto ser humano e cidadão, e na persecução do aludido princípio do melhor interesse do menor, quando ele passa mais tempo na fila de espera até encontrar sua almejada família. Faz mister o que diz Fonseca sobre o princípio do melhor interesse do menor.

> O princípio resume-se no fato de que todos os atos relacionados à criança deverão considerar os seus melhores interesses. O Estado deverá prover proteção e cuidado adequados quando os pais ou responsáveis não o fizerem. O melhor interesse, portanto, deve ser identificado com os direitos reconhecidos e originados na Convenção (dos Direitos das Crianças), sendo que, na sua aplicação, a proteção dos direitos da criança e do adolescente sobreleva sobre qualquer outro cálculo de benefício coletivo. (FONSECA, 2012, p.12).

Dessa forma, o citado princípio deve orientar e nortear todo esse processo até que se chegue uma família, e dela se faça parte.

O Estado enquanto detentor da proteção desse menor, pode promover políticas públicas que assegure o atendimento das necessidades desse menor, conforme leciona Diácomo:

> Na verdade, pela sistemática atual, as intervenções estatais na área da infância e juventude devem ocorrer no âmbito de uma política pública específica, de cunho eminentemente intersetorial (e interdisciplinar), aprovada no âmbito dos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente e executada pelos mais diversos setores da administração, nos diversos níveis de governo (embora deva ser dado ênfase à "municipalização" do atendimento, com a eventual participação de entidades não governamentais, que devem desenvolver ações articuladas/integradas, a partir de "fluxos" e "protocolos de atendimento" previamente definidos entre os órgãos e agentes corresponsáveis. (DIÁCOMO, 2014).

Portanto, é de suma importância, que os menores à espera da adoção não fiquem por tanto tempo nas filas e cadastros no aguardo de seu tão desejado lar, por

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

mais que este encontre proteção garantida pelo Estado, é no seio familiar que a criança ou o adolescente irá gozar de maior proteção, afeto, e todos os demais elementos abordados neste artigo.

5.CONCLUSÃO

Findado o estudo da presente pesquisa, foi possível observar que além de vasto o conteúdo sobre adoção, sua riqueza na parte legal é extensa, e ainda a evolução que esta sofreu e vem sofrendo constantemente é de extrema relevância.

A adoção busca acolher e assegurar direitos à criança ou adolescente, que por algum motivo, em determinado momento deixaram suas famílias naturais, e iniciaram o caminho da persecução de uma nova família que antedesse melhor os seus interesses enquanto menor.

Para atingir o objetivo foi necessário fazer análises em doutrinas e dispositivos legais que propiciassem entendimento em busca do tema proposto, uma vez que o melhor interesse da criança e do adolescente, e sua proteção devem sempre estar resguardados.

A evolução histórica entorno do instituto possibilitou que com o advento do ECA, a criança e o adolescente obtivessem uma integral proteção, gozem de todos os direitos fundamentais pertencentes à pessoa humana, e que a estes menores fosse ofertado todas as oportunidades e facilidades, para que os permita desenvolvimento em condições dignas.

Necessário ainda, elucidar que as crianças e adolescentes a espera da adoção não serão alvo de qualquer negligencia.

Verificou-se a importância dos pressupostos que a pessoa ou casal que almejam a adoção precisam possuir, devendo estes atender a todos os requisitos estatuídos pelo Estatuto (ECA), bem como sempre atender o princípio maior regedor desse instituo.

Ainda foi observado que não é levado em conta sexo, nacionalidade ou estado civil do adotante, e sim a capacidade ativa que o individuo necessita para realizar tal ato, devendo estar apto material e moralmente para desenvolver a função de pai/mãe, de acordo com o que rege a lei.

Em todos os casos o Estado sempre estará garantindo proteção até que se encontre a família ideal para o menor, e sempre observado o melhor interesse deste. Notório que o cadastro nacional de adoção é muito procurado e o Poder Judiciário procura através de mapeamento e estudo das famílias que fazem parte desse

cadastro proporcionar a criança ou adolescente a garantia do direito fundamental à convivência familiar.

Foi possível concluir que, o ECA (Estatuto) regedor de todo o processo de adoção assegura proteções, e o Estado enquanto detentor da proteção, trabalha de maneira que garanta seu cumprimento.

Resta claro, que a maior necessidade desses menores é de uma família e de um lar que lhes ofereçam afeto, acolhimento, amor incondicional, independentemente de sua idade e de vínculos familiares anteriores, não deixando de garantir que todos os direitos a elas conferidos sejam garantidos.

Entendemos que tal instituto deve ser olhado com delicadeza. Pois trata-se de direitos fundamentais de crianças e adolescentes, que por alguma razão maior foram destituídos de seus lares naturais e de suas origens, e agora necessitam de possuir de um lar que os trará amor, afeto, dignidade para viver, uma família que possua idoneidade, que tenham uma estabilidade material, e que garantam todos os direitos previstos constitucionalmente, tais como educação digna, saúde e lazer. Desta forma, é inegável a necessidade de uma família na vida de um menor, pois é nela que que há elementos essenciais na formação do individuo enquanto ser humano e cidadão.

Conclui-se, portanto, que a doção tardia pode acarretar em consequências talvez irreparáveis, uma vez que o menor poderá trazer comportamentos que implicará na demora para reconstruir novos vínculos afetivos com os pais adotivos. O processo de adaptação pode vir a ser mais demorado, uma vez que a criança ou menor possa ter momentos de agressividades, reflexo de algum trauma causado em momento anterior.

Destarte, a figura familiar, portadora de boa-fé, que traga ensinamentos e princípios e oferte a garantia de direitos básicos à criança e adolescente é de extrema importância, e quanto maior o tempo de espera, mais reflexos o adotando poderá ter em ao longo de sua vida, e com a espera deixa de ser observado e aplicado o princípio do melhor interesse do menor e a proteção auferida através do núcleo de uma família.

6.REFERÊNCIAS

BRASIL, **Cadastro Nacional de Adoção.** Diretrizes. [s.d.]. Disponível em:<http://vilamulher.terra.com.br/cadastro-nacional-de-adocao-8-1-52-6.html.>.

Acesso em 27 out. de 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BRASIL, **Conselho Nacional de Justiça:** Diretrizes. [s.d.]. Disponível em:<http://www.cnj.jus.br/images/cna/livreto_corrigido.pdf >

Acesso em 27 de out. de 2020

BRASIL, **Constituição Federal.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em :< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>

Acesso em 16 de out. de 2020.

BRASIL, **História da adoção no mundo.** Disponível em: <https://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/adocao/contexto-da-adocao-no-brasil/historia-da-adocao-no-mundo.aspx>

Acesso em 15 de set. de 2020.

BRASIL, **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em:

< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>

Acesso em 04 de nov.de 2020.

FONSECA, Débora Cristina; CÔNEO, Luis Carlos; CORRER, Rinaldo. **Práticas psicológicas e reflexões dialogadas**. São Paulo: Casa do Psicólogo,2005.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro. Direito de Família**. vol. 6-17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

NAVALHES, Maurício Leão. **A PROBLEMATICA DA ADOÇÃO INTERNACIONAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.** Disponível em <https://www.pucrs.br/direito/wpcontent/uploads/sites/11/2016/09/mauricio_ navalhes_2016_1.pdf>

Acesso em 26 de out. de 2020.

PEREIRA, José Matias. **Manual de metodologia da pesquisa científica.** 4ª ed. São Paulo: Atlas 2019.

RODRIGUES, Vânia Pinheiro. **Adoção Tardia**. Disponível em: <http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/359/1/V%c3%a2nia%20Pinheiro%20Rodrigues.pdf>

Acesso em 05 de nov.de 2020.

SILVA, Denise Perissini da Silva. **Psicologia Jurídica no processo Civil**. 2.ed. São Paulo: Casa do psicólogo,2007.

SIMÃO, José Fernando, FUJITA, Jorge Shiguemitsu, CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu, ZUCCHI, Maria Cristina. **Direito de Família no novo milênio: estudos em homenagem ao professor Álvaro Villaça Azevedo**. São Paulo: Atlas, 20.

Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível - Adoção - Melhor Interesse do Menor - Prevalência sobre a Lista de Cadastro de Adotantes - Adoção por quem detém a Guarda Provisória - Vínculo de Afinidade - Possibilidade**. Apelação Cível 1.0637.10.008537-1/001, Relator(a): Des.(a) Dárcio Lopardi Mendes, 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 03/05/2012, publicação da súmula em 25/05/2012. Disponível em:

<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?paginaNumero=950&linhasPorPagina=1&numeroRegistro=950&totalLinhas=1530&palavras=melhor%20interesse%20menor&pesquisarPor=ementa&orderByData=1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar& >

Acesso em 03 de nov. de 2020.

VARGAS, Marlizete Maldonado. **Adoção Tardia: da família sonhada à família possível**. São Paulo: Casa do Psicólogo.1998.

NOTAS:

[1] Professora Especialista em Direito Civil e Direito Processual civil. Bacharel em Direito pela Faculdade de Anicuns-GO. Advogada e professora da Faculdade Serra do Carmo- FASEC. Email:profkellynogueira@gmail.com

www.conteudojuridico.com.br

À SELETIVIDADE NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

ERIC RANGEL DOS SANTOS CASTILLO:
Acadêmico do Curso de Direito. Centro Universitário Luterano de Manaus

RUBENS ALVES DA SILVA

(orientador)

Resumo: Em seu artigo 5º, A Constituição Federal, prevê sobre a isonomia de todos perante a lei, vedando quaisquer distinções, tanto para os brasileiros quanto para os estrangeiros residentes no país. O tema central do artigo tem como objetivo demonstrar que a realidade é bem diferente do que está escrito na Constituição: o julgamento prévio, discriminação racial, a desigualdade social, geram para os indivíduos os denominados estigmas, ou seja, rotulando os indivíduos principalmente para o sistema penal como suspeitos diretos da prática de delitos sujeitos a penas mais pesadas, mormente por sua classe econômica e social, raça, e determinadas características pessoais que geram para esses indivíduos a presunção da delinquência. Conclui-se que existe uma rotulação pré existente no judiciário brasileiro ocasionando a seletividade marginalizando aqueles a qual não fazem parte do sistema elitista. Os que possuem recursos mais abastados recursos recebem tratamento diferenciado e penas mais brandas na aplicação do direito. Os que detêm melhores condições econômicas são favorecidos e os que não, são punidos.

Palavras-chave: Preconceito; Seletividade; Discriminação.

Abstract: In its article 5, The Federal Constitution, provides for the equality of everyone before the law, forbidding any distinctions, both for Brazilians and foreigners residing in the country. The central theme of the article aims to demonstrate that the reality is quite different from what is written in the Constitution: prior judgment, racial discrimination, social inequality, generate for individuals the so-called stigmas, that is, labeling individuals mainly for the penal system as direct suspects of the offenses subject to heavier penalties, especially for their economic and social class, race, and certain personal characteristics that generate the presumption of delinquency for these individuals. It is concluded that there is a pre-existing labeling in the Brazilian judiciary causing selectivity marginalizing those who are not part of the elitist system. Those with more affluent resources receive different treatment and milder penalties when applying the law. Those with better economic conditions are favored and those who are not are punished.

Keywords: Preconception; Selectivity; Discrimination.

1 Introdução

Em nosso país, o desenvolvimento do sistema penal, historicamente está ligado ao racismo, sustenta-se que as desigualdades sociais produzem reflexos na aplicação e produção do direito. A seletividade em nosso país tem cor.

A partir da história da escravidão, fato deplorável para os brasileiros, são iniciadas as práticas das seletividades racistas no sistema penal brasileiro. Com a colonização portuguesa, no Brasil, tem início a história da escravidão. Com a vinda dos africanos, na metade do século XVI, vendidos como mercadorias e utilizados com mão-de-obra escrava, não existia liberdade, igualdade e nem fraternidade de qualquer espécie para eles. Com a Constituição de 1824, em seu Artigo 179, preveu que "a lei será igual para todos", porém, a utilização dos escravos, como mão-de-obra, ainda era permitida.

No dia 13 de maio do ano de 1988, decorridos 300 anos, foi sancionada a Lei Áurea, extinguindo de uma vez a escravidão no país. Todavia, com a escravidão abolida, a integração dos negros na sociedade não apresentou meios para tal, a marginalização e a exclusão foram situações criadas pela falta de políticas públicas não criadas. O tratamento dos negros como inferiores continuou, mesmo após a abolição da escravatura, pela falta de assistência, especificamente na área criminal essas consequências influenciaram diretamente no âmbito jurídico.

No caput do Artigo 5º, da Constituição Federa de 1988, diz que: "todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza". Todavia, na prática, essa igualdade não é aplicada, sendo diferente o tratamento dispensado a uma parcela da sociedade. Para aqueles originados de classes sociais mais baixa e para os negros a seletividade se confirma na prática, para aqueles que cometem os chamados crimes de "colarinho branco" o tratamento oferecidos a eles é diferenciado.

O estereótipo mencionado está relacionado à seletividade, presente desde a abordagem policial até às sentenças julgadas pelo poder judiciário, o que confirma a utópica igualdade de tratamento. Agindo de forma criminosa o sistema dá, à conduta de certos agentes, um peso maior, indo contra seus próprios objetivos.

Basta observarmos que as pessoas encarceradas são em sua maioria, oriundas de classes sociais mais baixa para confirmamos a desigualdade de tratamento no sistema penitenciário brasileiro. Enquanto isso, pessoas detentoras de poder econômico que praticam crimes não são punidas apropriadamente, as leis para estes são aplicadas brandamente. Na última década, o Brasil, em termos de encarceramento, é superado apenas pelo Camboja (KALILI, 2014).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O presente trabalho se propõe a analisar a Seletividade do Sistema Judiciário Brasileiro, tendo como principal objetivo discorrer sobre as seletividades raciais, sociais e judiciárias existentes.

Desse modo, será feita uma abordagem sobre a história da seletividade penal, iniciando com a Teoria do etiquetamento social, passando pelo seletividade racial e concluindo com a seletividade penal mostrando a seletividade por raça e classe nas decisões judiciais comparando o tratamento dispensado aos selecionados em relação aos favorecidos.

2 A Teoria do Etiquetamento Social

Para rotular como delinquente um indivíduo os principais elementos formadores de convicção são muitas vezes errôneos e frágeis de sustentação, apresentados como defeitos de socialização, onde não são considerados os fatores reais incriminadores como: o mau comportamento na convivência social, os antecedentes criminais, os fatos concretos que enfatizam a criminalização real e a a pré-disposição para atos de delinquência.

Na obra de Cesare Lombroso, "O homem delinquente", de 1876, podemos verificar que a questão da desigualdade não é um fator recente, de certa maneira, ele já abordava sobre a estigmatização de certos indivíduos como, por exemplo, o fato do uso de tatuagens onde ele afirma que aqueles que a possuíam eram tendentes à delinquência e predispostos ao cinismo, à insensibilidade à dor, à vaidade, à preguiças, à falta de senso moral e de caráter impulsivo (LOMBROSO, 2016, p. 7).

Sobre a teoria de Lombroso, Matos (2020), afirma que:

> A doutrina lombrosiana procurava características orgânicas e tipológicas que permitissem identificar o indivíduo delinqüente de maneira diversa do indivíduo "normal". Consoante esta doutrina, o criminoso já nascia portando estigmas físicos e psíquicos herdados de seus ancestrais, tais como um tamanho específico de crânio, orelhas grandes e afastadas da cabeça, sobrancelhas largas ou lábios virados (MATOS, 2020).

Surgindo como um novo paradigma criminológico a Teoria de Labelling Approach é resultante de mudanças sociocriminais sofridas pelo direito penal. Por criticar o antigo paradigma etiológico ele foi chamado de paradigma da reação social analisando as características individuais do criminoso. O fenômeno de controle e o sistema penal são objetos de análise do novo paradigma sendo que o crime é

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

definido pelo que as instâncias definem com tal e não pela conduta do agente. Nem todos os crimes são punidos e perseguidos pelo Estado e pela sociedade, sendo punidos apenas parte deles e das pessoas ocorrendo dessa forma a seletividade (DA SILVA, 2015).

Analisando os paradigmas de Labeling Approach, nota-se que eles são basicamente marcados pelos mesmos da linguagem da criminologia contemporânea nas quais os denominados status social de criminoso produzidos pelos reflexos da estigmatização penal e o comportamento criminoso rotulado como criminoso são os paradigmas básicos que marcam este conceito (BARATTA, 1999, p. 10-11).

Um autor muito relevante para o Labelling Approach, Lemert, destaca que dois os tipos de desvios existentes: o primário e o secundário. Segundo Lemert o desvio primário acontece por fatores culturais, sociais ou psicológicos, sendo que o indivíduo delinque por circunstâncias sociais, observado no paradigma da reação social, porém, o desvio secundário acontece por consequência da incriminação, da estigmatização, da reação social negativa a respeito daquele outsider. Lemert afirma que, ao indivíduo, os efeitos psicológicos causados pela rotulação são tão danosos que ele se torna excluído e marginalizado da sociedade passando a entrar na criminalidade (LEMERT apud BARATTA, 2002, p. 89).

3 A Seletividade Racial

Na Convenção Internacional Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1965, órgão ligado à Organização das Nações Unidas (ONU) e assinada pelo Brasil no dia 07 de março de 1966, a definição de racismo encontrada foi confirmada, sem reservas, no dia 27 de março de 1968, sendo promulgada através do Decreto 65.810, do dia 08 de dezembro do ano de 1969. Por essa definição da Convenção, racismo é toda exclusão, distinção, restrição ou preferência baseada em cor, raça, descendência ou origem nacional ou étnica com objeto ou resultado de restringir ou anular o reconhecimento, exercício ou gozo em um mesmo plano de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos econômico, político, cultural, social, ou em qualquer outro campo da vida pública (CORRÊA FILHO, 2016).

Para Santos (2010):

> Racismo é a suposição de que há raças e, em seguida, a caracterização biogenética de fenômenos puramente sociais e culturais. E também uma modalidade de dominação ou, antes, uma maneira de justificar a dominação de um grupo sobre o outro, inspirada nas diferenças fenotípicas da nossa espécie.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Ignorância e interesses combinados, como se vê. (SANTOS, 2010, p. 12).

Com o enfrentamento do racismo pelos movimentos negros e sociais no Brasil as autoridades são desafiadas a reconhecer a existência e a prática do crime de racismo enquanto existem os que afirma que é um problema superado e os que não assume a prática de atos racistas (DE CASTRO & DA SILVA, 2016). A discriminação é algo preocupante para a sociedade pois ela traz consigo sofrimento e dor aos seres humanos impedindo o exercício de direitos lídimos comprometendo e prejudicando o seu desenvolvimento (PRUDENTE, 2019).

Matos (2020), afirma que:

> A subjetividade da definição das categorias raciais fez com que, no Brasil, diferente da ancestralidade, os indivíduos delimitassem a raça baseada na aparência e na posição social, em busca de traços característicos, como o nariz, orelhas, cor da pele, cor dos olhos e tipo de cabelo, permitindo definir o indivíduo com negro, mulato ou branco. Em vez de garantir a democracia racial, a ideologia assimilacionista, na realidade, acabou por introduzir o preconceito racial entre os negros e mestiços, que procuravam parceiros cada vez mais claros para embranquecer a raça (MATOS, 2020).

A luta de classe está desencadeada por todas as camadas sociais não acontecendo como um conflito isolado apenas no plano econômico. Ela é resultante de uma construção histórica, sendo necessário compreender o colonialismo como construção histórica da opressão não somente no Brasil mas em todo o mundo. A Europa concretizou seu projeto colonial pelo mundo através da aculturação e de interesses econômicos tendo sua presença marcante nos continentes americano, asiático e africano. A construção dessas narrativas são chaves para a compreensão da opressão determinante na luta de classes, o racismo (OLIVEIRA & CARVALHO, 2020).

No combate do racismo o poder Judiciário e advocacia têm papel importante na construção da identidade nacional. Alves declara que:

> "Data de 11 de agosto de 1827 a fundação do curso de Direito no Brasil, bem como as duas principais faculdades nas cidades de Olinda e São Paulo depois da vinda da família real portuguesa para o país. Tais faculdades são tidas como as

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> primeiras tentativas de se constituir um sistema de educação jurídica na jovem nação" (ALVES, 2015, p. 24).

No final do século XIX, foi esta educação que fora negada a Luís Gonzaga Pinto da Gama, que se tornou um dos maiores líderes abolicionistas, negro, que exercendo a advocacia como rábula sendo declarado Patrono da Abolição da Escravidão do Brasil pela Lei nº 13.629, em 2018 e reconhecido postumamente como advogado pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Tanto a elite da advocacia brasileira quanto a magistratura no país são ilhas brancas em um país de maioria negra necessitando de ajustes.

Dados estatísticos divulgados pelo Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros de 2018, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), "a maioria se declara branca (80,3%), 18,1% negros (16,5% pardos e 1,6% pretos), e 1,6% de origem asiática (amarelo). Apenas 11 magistrados se declararam indígenas. Entre os magistrados que ingressaram até 1990, 84% se declararam brancos" (CNJ, 2018).

A má distribuição da riqueza é para alguns, o dilema do Brasil, sem muitas implicações relacionadas à etnia ou raça do grupo ou do indivíduo. O racismo não é regra para a justiça brasileira mas a exceção. Quando os crimes foram cometidos contra negros a maioria das decisões processuais foram julgadas como injúria ou rebaixadas para tipo penal menor. Em relação aos judeus, quando a violência racial lhes é direcionada, eles possuem a garantia de racismo como tipo penal, refletindo o reconhecimento do possível sofrimento do grupo. Porém, as pessoas negras, quando sofrem discriminação, humilhação, impedimento ou outras formas de discriminação o judiciário considera a injúria como o mais adequado tipo penal a ser aplicado a essas pessoas (COSTA, 2019).

Numa sociedade em que o efetivo reconhecimento da dignidade humana é condicionado pela extensão real da propriedade e do efetivo acesso a bens e serviços, e onde este acesso, por sua vez, é condicionado pela divisão de classes, raças, gênero etc., como será que os operadores do direito e seus destinatários percebem a prática do racismo? Como será que percebem os determinantes que resultam das relações de poder que antecedem a organização mental individual dos conceitos jurídicos? (CORRÊA FILHO, 2016).

Costa (2019) conclui que o tipo penal injúria guarda nos processos duas características:

> Rebaixamento à pretensão originária do Movimento Social ao criminalizar o racismo; e, se ela aconteça no curso do processo, a certeza de que o caso terminará sem julgamento de mérito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> pelos efeitos da decadência. Tanto um quanto outro representam uma derrota, seja sociopolítica daqueles que lutaram pela visibilidade do tema pela criminalização, seja jurídica pela mudança do tipo e a perda do caso (COSTA, 2019).

Cientificamente, entre as raças não existe distinção, os caracteres negro (negroide), branco (caucasiano) e índios, entre outros, que serviram de referência para a distinção, não implicam em limitações sensoriais, racionais, intelectuais que venham a justificar a distinção hierárquica, a privação da titularidade, a limitação, o gozo e o exercício dos direitos aceitos no processo civilizatório (CORRÊA FILHO, 2016). Questiona-se então, mediante as evidências cientificas o porquê de se empregar ainda o termo raça.

No ano de 2013, dados divulgados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP), mostram que da população carcerária nacional 17,3%, foi classificada como "cor da pele/etnia" negra. Interpretando superficialmente esses dados, os números poderiam objetar a tese da seletividade racista do sistema punitivo. Porém, ao agregar-se os (44,4%) das pessoas que foram classificadas como pardas totalizamos 64,7% do contingente carcerário, contra 35,3% das identificadas como brancas (FBSP, 2014, p. 76).

A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DPERJ) no ano de 2016, publicou em seu relatório de audiência de custódia que: "Os réus de cor preta/parda representam 73,63% dos que foram atendidos na audiência de custódia e declararam sua cor (4.558), enquanto os de cor branca representam 25,95%. [...] Em 449 casos foi concedida a liberdade provisória aos brancos, ou seja, 37,95%, enquanto os negros passaram a responder ao processo em liberdade em 1.069 do total de 3.356 casos, o que corresponde a 31,85%" (DPERJ, 2016).

Nos casos contra vítimas negras, a hierarquia está presente. Analisando as decisões judiciais fica visível que a maioria das vítimas ocupa profissões menos valorizadas, nas quais a exigência de escolaridade média e superior é menor. Porém, para os réus que detém escolaridade mínima de ensino médio e ocupando altos postos funcionais, muitos deles que condicionam o ensino superior completo para o seu preenchimento o julgamento é mais seletivo.

De acordo com publicação feita pela Agência Pública (AP):

> "Nos casos de apreensão de somente um tipo de droga, os negros foram proporcionalmente mais condenados portando quantidades inferiores de entorpecentes. No caso da maconha, 71% dos negros foram condenados, com apreensão mediana

> de 145 gramas. Já entre os brancos, 64% foram condenados com apreensão mediana de 1,14 quilo, ou seja, uma medida quase oito vezes maior" (AGÊNCIA PÚBLICA, 2019).

O racismo estrutural contra negros existente no sistema penal não é apenas uma questão social sendo um fato relevante cabendo às instituições jurídicas, como o Ministério Público, tomar as medidas necessárias para combate-lo, assumindo as responsabilidades legais das instituições.

O racismo estrutural existente é historicamente perpetuado pelo sistema judiciário constituinte do Estado, o qual estabelece um parâmetro seletivo institucional racista determinando a quem se deve preservar as garantis constitucionais do acusado. Dessa forma, o racismo opera sistêmica e institucionalmente onde as "Pessoas brancas controlam praticamente todas as instituições públicas e privadas deste país; isso permite que elas operem de acordo com os interesses do grupo racial dominante" (NASCIMENTO & NASCIMENTO, 2020).

A criminalização da discriminação racial é resultado de lutas históricas realizadas pelos movimentos sociais, dialogando com parlamentares e constituintes para chegarem ao consenso da legislação atual contra a discriminação. As injustiças históricas podem ser combatidas com sinergia pelo Direito e pelos movimentos sociais. Dessa forma as "normas legais e tradições podem se tornar elementos importantes no processo de explicar como as relações existentes são injustas, na definição de objetivos coletivos e na construção de uma identidade comum entre cidadãos diversamente situados" (MCCANN, 2006, p. 25-26).

4 A Seletividade Penal

Existem duas fases ou vertentes a serem consideradas na seletividade penal: a criminalização primária, onde o processo de criminalização é definido pelos atos considerados criminosos com suas penas respectivas e a criminalização secundária. Na criminalização primária se tem o início da seletividade penal atendendo aos interesses da classe dominante (GANEM & LEMOS, 2017).

As falhas estruturais do sistema penal estão relacionadas à teoria do etiquetamento a qual influencia no tratamento dado ao criminoso estigmatizado, o que evidencia uma desigualdade para a população na aplicação das leis (MAGLIONI, 2011). Quando o legislador cria as leis ele "beneficia certos grupos sociais e prejudica outros, os quais serão "selecionados" pelo Direito Penal mediante a tipificação de determinados atos e a escolha das sanções que serão atribuídas a eles" (GANEM &

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

LEMOS, 2017). Pode-se afirmar que, com a seletividade judicial a classe mais suscetível à ineficiência do sistema é a de economia mais débil.

Para Maglioni (2011):

> [...] ao menos em boa medida, o sistema penal seleciona pessoas ou ações, como também criminaliza certas pessoas segundo sua classe e posição social. [...] Há uma clara demonstração de que não somos todos igualmente 'vulneráveis' ao sistema penal, que costuma orientar-se por 'estereótipos' que recolhem os caracteres dos setores marginalizados e humildes, que a criminalização gera fenômeno de rejeição do etiquetamento como também daquele que se solidariza ou contata com ele, de forma que a segregação se mantém na sociedade livre. A posterior perseguição por parte das autoridades com rol de suspeitos permanentes, incrementa a estigmatização social do criminalizado (MAGLIONI, 2011).

Sobre o princípio da igualdade da Constituição proposto pelo art. 5º onde "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza", ressalta que por meio da seletividade penal, apesar da igualdade ser uma lei, ela é desrespeitada pelo legislativo que beneficiando um grupo e prejudica outro. Dessa forma "Mesmo com todo esse sistema criado para possibilitar a aplicação da igualdade, há um distanciamento concreto entre a igualdade formal (àquilo que está no papel) e a igualdade material (a realidade, o que de fato acontece)" (DIAS, 2019).

Paulo Queiroz, afirma que:

> O sistema penal, quer quando da edição das leis (criminalização primária), quer quando da sua aplicação e execução (criminalização secundária), seleciona sua clientela, sempre e arbitrariamente, entre os setores mais vulneráveis da sociedade, entre os miseráveis, enfim reproduzindo desigualdades sociais materiais. Por consequência, o fato de as prisões se acharem superlotadas de pessoas pobres não é acidental, porque inerente a lógica funcional do modelo capitalista de produção, em cujo sistema o acesso aos bens e a riqueza se dá de modo inevitavelmente desigual. Assinala-se assim que o direito, e o direito penal em particular, reflete uma contradição fundamental entre igualdade dos sujeitos de direito e desigualdade substancial dos indivíduos. A igualdade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> formal dos sujeitos de direito serve, em realidade, de instrumento de legitimação de profundas desigualdades materiais. Porque há, conforme assinala Barata, um nexo funcional entre os mecanismos seletivos do processo de criminalização e a lei de desenvolvimento de formação econômica. Afirma-se ainda que a realidade operativa dos sistemas penais jamais poderá se ajustar à planificação do discurso jurídico penal, já que todos os sistemas penais, quaisquer que sejam, apresentam características estruturais próprias de seu exercício de poder e anulam o discurso jurídico-penal. Porque "a seletividade", escreve Zaffaroni," a reprodução da violência, o condicionamento de maiores condutas lesivas, a corrupção institucional, a concentração do poder, a verticalização social, e a destruição das relações horizontais ou comunitárias, não são características conjunturais, mas estruturais ao exercício do poder de todos os sistemas penais". De fato, ainda que o próprio Deus ditasse as leis, ainda que os juízes fossem santos, ainda que promotores de justiça fossem super-homens, ainda que promotores de justiça formassem um exército de querubins, ainda assim o direito, e o direito penal em particular, seria um instrumento de desigualdade formal ou jurídica não anula a desigualdade material que lhe subjaz. (QUEIROZ, apud DIAS, 2018).

Na transição do Regime Ditatorial para o Regime Democrático, o cenário se agravou com a utilização político-ideológica da segurança púbica. Durante o golpe de 1964, transformado em governo militar através de atos institucionais, o domínio pela imposição do medo ganhou força transformando-se, o governo militar em uma "máquina de matar gente" em nome da preservação da "segurança nacional", torturando em larga escala no objetivo de eliminar o inimigo antes mesmo dele obter capacidade de luta" (SCHWARCZ; STARLING, 2015, p. 461).

Devido aos estereótipos criados acerca do perfil de criminosos, mesmo no Judiciário, órgão que deveria ser imparcial, Andrade (2015) afirma que:

> Existe uma tendência por parte dos juízes de esperar um comportamento conforme à lei dos indivíduos pertencentes aos estratos médios e superiores; o inverso ocorre com os indivíduos provenientes dos estratos inferiores. Orientados por uma imagem estereotipada da criminalidade, os juízes tendem [...] a procurar a verdadeira criminalidade, principalmente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> naqueles estratos sociais dos quais é normal esperá-la (ANDRADE, 2015).

No tratamento de indivíduo pobre, existem disparidades no tratamento pelo sistema judiciário que, por mais que o crime não tenha violência na sua prática, por pertencer a determinada classe social com agravante de desemprego o mesmo é mantido preso sob a fundamentação da garantia da ordem pública. Já para aquele que tem emprego fixo, o tratamento é outro. Dessa forma, através do sistema penal reitera-se que o exercício do poder tem o objetivo de "combate à criminalidade, à contenção de determinados grupos humanos que, diante da configuração socioeconômica, se traduzem em inconvenientes sociais" (WERMUTH, 2011, p. 117).

Baratta (1999), afirma que:

> "O processo de criminalização, condicionado pela posição de classe do autor e influenciado pela situação deste no mercado de trabalho (desocupação, subocupação) e por defeitos de socialização (família, escola), concentraria as chances de criminalização no subproletariado e nos marginalizados sociais, em geral. Desse modo, o processo de criminalização cumpriria função de conservação e de reprodução social: a punição de determinados comportamentos e sujeitos contribuiria para manter a escala social vertical e serviria de cobertura ideológica a comportamentos socialmente imunizados" (BARATTA, 1999, p. 15).

O encarceramento de indivíduos acontece em condições desumanas e precárias, e "embora os direitos humanos sejam em teoria um valor universal, na verdade, eles são cultural e politicamente interpretados e modificados, como são os direitos civis em geral" (CALDEIRA, 2000, p. 344).

5 Considerações Finais

A criminalidade, na prática, é fomentada por estatísticas e meios de comunicação que reforçam a ideia de que os indivíduos são maus necessitando dessa forma a segurança repressiva do Estado. Dessa forma as classes mais pobres sofrem a repressão e por conseguinte uma seleção natural praticada pelo judiciário brasileiro.

No sistema penal brasileiro, existe uma necessidade de mudança de maneira que os indivíduos possam ser tratados o mais iguais possíveis independentemente da cor ou classe social. Os órgãos de controle formais e responsáveis pela rotulação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

social seletiva de determinados indivíduos, geram exclusões dos tais produzindo consequência graves para suas vidas.

Devido à rotulação e à seletividade o indivíduo ao ser excluído da sociedade, muitas das vezes de forma incorreta, não vive com dignidade deixando de prevalecer sua equiparação prevista na Constituição, levando-o de fato à vida de crime. As lutas de classes continuam nos dias atuais trazendo desigualdade e seletividade no tratamento entre os cidadãos como uma herança passada de um país escravista.

Para rotular como delinquente um indivíduo os principais elementos formadores de convicção são muitas vezes errôneos e frágeis de sustentação, apresentados como defeitos de socialização, onde não são considerados os fatores reais incriminadores como: o mau comportamento na convivência social, os antecedentes criminais, os fatos concretos que enfatizam a criminalização real e a pré-disposição para atos de delinquência.

A seletividade faz parte do judiciário rotulando os indivíduos muitas vezes, erroneamente, aplicando-lhes penas maiores que seus crimes simplesmente por serem negros ou pertencerem a uma classe social de menor poder aquisitivo.

Na aplicação e na criação das leis existe um caráter desigual ocasionando a seletividade penal e os preconceitos relacionados ao criminoso fazendo com que o sistema judiciário rotule o transgressor delinquente pela sua raça, sua classe social e até mesmo a aparência buscando sempre favorecer os interesses das classes dominante privilegiando-os, e condenando e criminalizando os demais.

O controle social é necessário, a aplicação da lei para garantir a ordem também, porém se faz necessária uma reflexão mais profunda sobre a seletividade existente no poder judiciário para que as leis sejam mais justas, seja com o negro, o judeu, ou qualquer outra raça e com aqueles que detém menor poder aquisitivo em contrapartida àqueles que cometem os crimes chamados de “colarinho branco” que, por possuírem recursos e status, não recebem as devidas punições pela seletividade praticada pelo judiciário.

Referências

AGÊNCIA PÚBLICA. Negros são mais condenados por tráfico e com menos drogas em São Paulo. 2019. Disponível em: https://apublica.org/2019/05/negros-saomais-condenados-por-trafico-e-com-menos-drogas-emsao-paulo/.

ALVES, E. do A. Rés negras, Judiciário branco: uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2015.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal. 3ª ed., rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 89.

_____, Alessandro (1999). "Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal". 2 ed. Instituto Carioca de Criminologia - Freitas Bastos: Rio de Janeiro.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo. Tradução de Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: Ed. 34/Edusp, 2000.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros-2018. Brasília. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/5d6083ecf7b311a56eb12a6d9b79c625.pdf Acesso em 17 novembro 2020.

CORRÊA FILHO, Cezário. Humor, racismo e julgamento: ou sobre como se processa a idéia de racismo no judiciário brasileiro. THEMIS: Revista da Esmec, v. 6, n. 2, p. 275-314, 2016.

COSTA, Cleber Lazaro Julião. Crimes de racismo analisados nos tribunais brasileiros: o que as características das partes e os interesses corporativos da magistratura podem dizer sobre o resultado desses processos. **Revista de Estudos Empíricos em Direito**, v. 6, n. 3, p. 7-33, 2019.

DA SILVA, R. Z. L. (2015). Labelling Approach: o etiquetamento social relacionado à seletividade do sistema penal e ao ciclo da criminalização. Revista Liberdades IBCCRIM. São Paulo, (18), 101-109.

DE CASTRO, Alexandre; DA SILVA, Ana Amélia Dias. POLÍTICAS PÚBLICAS E ORDENAMENTO JURÍDICO NO COMBATE AO RACISMO NO BRASIL. 2016.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - DPERJ. Um Ano de Audiência de Custódia. Rio de Janeiro: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2016. Disponível em:

http://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/53f2bf4ac82541d3a0aa8bc6c6243c3e.pdf. Acesso em 17 de novembro de 2020.

DIAS, J. O Princípio da Igualdade e a Seletividade Indireta do Sistema Penal. Disponível em: < https://juliodias.jusbrasil.com.br/artigos/602572175/o-principio-da-igualdade-e-aseletividade-indireta-do-sistema-penal>. Acesso em: 15 de novembro de 2020.

FBSP – Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. n. 08, 2014, p. 76.

GANEM, Pedro Magalhães; LEMOS, Carlos Eduardo. O PERFIL DOS PRESOS ENCAMINHADOS À AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA NO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO, OS CRIMES PRATICADOS E A TEORIA DA SELETIVIDADE PENAL, 2017.

KALILI, Sérgio. Como a Reforma do Código Penal pode Afetar o Sistema Carcerário. In Folha de São Paulo, 17/08/2014, p. 03.

LOMBROSO, Cesare (2016). "O homem delinquente". Coleção Fundamentos do Direito. Tradução de Sebastião José Roque. Ícone: São Paulo.

MAGLIONI, Bruna. A Seletividade no Sistema Penal Brasileiro. Disponível em:< http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10909>. Acesso em: 15 de novembro de 2020.

MCCANN, M. Law and Social Movements: Contemporary Perspectives. Annual Review of Law Social Science, v. 2,p. 17-38, 2006.

MATOS, Dettmam Deborah. Racismo Científico: O legado das linhas bioantropológicas na estigmatização do negro como delinqüente. ÂmbitoJurídico.com.br, Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/racismo-cientifico-o-legado-das-teorias-bioantropologicas-na-estigmatizacao-do-negro-como-delinqueente/. Acesso em: 10 de nov. 2020

NASCIMENTO, Abdias; NASCIMENTO, Elisa Larkin. Reflexões sobre o movimento negro no Brasil, 1938-1997. Tirando a máscara: ensaios sobre o racismo no Brasil. São Paulo: Paz e Terra, p. 203-235, 2000.

OLIVEIRA, Lucas & CARVALHO, Marcos. Como o racismo guia a Justiça brasileira, 2020. Disponível em: https://ponte.org/artigo-como-o-racismo-guia-a-justica-brasileira/. Acesso em 16 de novembro de 2020.

PRUDENTE, Eunice Aparecida de Jesus. Racismo estrutural. Racismo estrutural, 2019.

SANTOS, Christiano Jorge. Crime de preconceito e de discriminação. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa M.. Brasil: uma biografia. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi; Medo e direito penal: reflexos da expansão punitiva na realidade brasileira. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

EXECUÇÃO TRABALHISTA EFETIVA: USO DE MEIOS ATÍPICOS DE EXECUÇÃO NO PROCESSO DO TRABALHO E SEUS REFLEXOS AOS TRABALHADORES

ANA PAULA BATISTA DOS SANTOS:
Graduanda em Direito pelo CEUNI FAMETRO.

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo discutir a respeito da aplicação dos meios atípicos de execução no âmbito do processo do trabalho, explorando a problemática da efetividade jurisdicional no cumprimento de sentença do processo do trabalho. Visando discutir uma maneira de diminuir as contradições existentes entre a fases de conhecimento e recursais do processo – que, nesse caso, dão a causa como vencida por parte do trabalhador, reconhecendo assim o seu direito pleiteado - e a fase de execução, onde muitas vezes não se encontram bens do executado para realização desta execução, por motivos de dilapidação de patrimônio, o presente trabalho pretende realizar uma relação entre os princípios do direito processual do trabalho, em especial o princípio da proteção, a Consolidação das Leis do Trabalho – que demonstra ser possível a aplicação subsidiária das regras de Direito Processual Civil de maneira subsidiária, naquilo em que couber e não for contrário à própria CLT – e com a possibilidade do Direito Processual Civil da aplicação de meios atípicos coercitivos de execução em determinadas hipóteses legais. Para tanto, pretende-se utilizar de análises jurisprudenciais e doutrinárias para efetuar a conceituação das hipóteses legais em que poderia haver a aplicação de tais medidas atípicas de execução no âmbito do processo trabalhista.

Palavras-Chave: Execução; processo; trabalhista; efetividade; meios atípicos

Abstract: This paper aims to discuss the application of atypical means of execution within the scope of the labor process, exploring the issue of jurisdictional effectiveness in fulfilling the sentence of the labor process. Aiming to discuss a way to diminish the existing contradictions between the stages of knowledge and appeals of the process - which, in this case, give the cause as unsuccessful on the part of the worker, thus recognizing his pleaded right - and the execution phase, where many times there are no assets of the defendant to carry out this execution, due to the dilapidation of assets, the present work intends to establish a relationship between the principles of procedural labor law, especially the principle of protection, the Consolidation of Labor Laws - which demonstrates subsidiary application of the rules of Civil Procedural Law is possible in a subsidiary manner, in what is applicable and not contrary to the CLT itself - and with the possibility of Civil Procedural Law of applying atypical coercive means of execution in certain legal cases. Therefore, it is intended to use jurisprudential and doctrinal analyzes to conceptualize the legal

hypotheses in which there could be the application of such atypical measures of execution in the scope of the labor process.

Keywords: Execution; process; labor; effectiveness; atypical means

Sumário: Introdução. 1.Processo do Trabalho. 1.1 Aspectos Gerais do Processo do Trabalho. 1.2 Possibilidade de uso do CPC/15 de forma subsidiária 2 Medidas executivas atípicas no processo civil 2.1 Previsão nova? 2.2 Posições da doutrina 2.2.1 Uso amplo ou restrito? 2.3 Posições da jurisprudência 2.4 Medidas executivas atípicas em âmbito trabalhista 2.4.1. Execução de processos anteriores ao novo CPC 2.4.2 Execução trabalhista efetiva sob a égide do CPC/2015. Considerações finais. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

A aplicação dos meios coercitivos atípicos no CPC é tema atual, ainda alvo de controvérsia entre os operadores do direito. Apareceu no processo civil no Novo Código de Processo Civil de 2015, por meio do art. 139, IV, cominado com o art. 8, caput, CPC.

Mesmo sendo um tema novo, com a confirmação da hipótese levantada pelo presente artigo, podemos vislumbrar que a execução será mais proveitosa pelo empregado, parte mais vulnerável no processo do trabalho.

As lides trabalhistas têm caráter alimentar e por isso, merecem uma celeridade ainda maior na resolução de suas controvérsias por parte do Poder Judiciário. A maior parte dos direitos discutidos no decurso do processo são direitos como salários atrasados, além da falta de pagamento de determinadas horas extras trabalhadas, por exemplo.

Ainda que a instrução e julgamento do processo sejam feitas de forma célere – e a decisão tenha sido em favor do trabalhador – ainda existe um problema: de que maneira garantir a efetiva prestação jurisdicional, uma vez que no âmbito do processo de execução muitas vezes não se encontram bens para a realização da penhora?

Esse problema não se resume ao processo do trabalho. Nos conflitos de origem cível, também existe a possibilidade de o devedor se tornar insolvente visando fraudar a execução, de maneira que seu intuito é o de lesar a parte contrária, além de estar cometendo ato atentatório a dignidade da justiça (art. 774, I, CPC/2015).

Essa classificação se dá em virtude do princípio da boa-fé no processo civil, que deve ser respeitado em todo o seu decurso, das maneiras que o CPC/2015 deixa em evidência: a cooperação entre as partes é uma maneira de concretização desta boa-fé.

Tentando dirimir este problema, o Código de Processo Civil, além de punir o executado que praticar essa conduta, por meio da classificação deste ato como ato atentatório a dignidade da justiça – com as punições a ele inerente - tem dentro de seus princípios basilares a função social do processo, que seria atender a fins sociais e às exigências do bem comum, promovendo a dignidade da pessoa humana (art. 8, caput, CPC).

Promover a dignidade da pessoa humana dentro do processo do trabalho significa pagar ao trabalhador o valor que lhe é devido, ainda mais se tratando de verbas com cunho alimentar, tais como salários atrasados.

Nesse sentido, entendemos que o princípio da função social do processo também se aplica a fase executória do processo, uma vez que o processo é uno, porém multifásico, tratando-se da execução apenas mais uma de suas fases.

O atendimento ao fim social do processo na execução seria a garantia de que haja o pagamento dos valores devidos, de formas típicas ou por meios coercitivos atípicos, autorizados pelo CPC.

Como o direito do trabalho aplica as disposições aplicáveis ao processo civil de forma subsidiária, podemos deduzir então que os meios atípicos também são aplicáveis ao processo trabalhista.

A restituição efetiva das verbas devidas pelo empregador pode trazer menor dano ao empregado, que por vezes vê seu salário ou outros encargos devidos (FGTS, por exemplo) retidos ou não recolhidos e precisa do dinheiro para alimentar sua família e arcar com outros compromissos.

1 PROCESSO DO TRABALHO

Antes de falarmos mais profundamente a respeito do processo de execução, vislumbra-se a utilidade de relembrar ao leitor alguns dispositivos legais basilares e conceitos importantes do processo do trabalho.

Pensando isso, o presente tópico abordará brevemente a respeito dos aspectos gerais do processo do trabalho, garantindo ao leitor os fundamentos que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

precisa para discutir conosco a respeito da aplicação das medidas atípicas de execução no processo do trabalho.

Além disso, pretende-se deixar clara a aplicação do processo civil e seus dispositivos dentro do processo do trabalho. O objetivo será demonstrar de que maneira e em quais condições seria possível aplicar o CPC/2015, visando demonstrar ao autor, novamente, que as medidas atípicas de execução seriam cabíveis.

1.1 Aspectos gerais do processo do trabalho

O direito processual brasileiro, de uma maneira mais ampla, tem três escopos: o escopo político, o escopo social e o escopo jurídico. Esses escopos são os objetivos perseguidos pela jurisdição processual.

Nesse sentido, Merola (2017) esclarece que "a jurisdição pode ser entendida como a atuação estatal visando à aplicação do direito objetivo ao caso concreto, resolvendo-se com definitividade uma situação de crise jurídica e gerando com tal solução a pacificação social.".

Dessa forma, ao analisar os artigos 1 e 15 do CPC/2015, podemos visualizar os três escopos, que segundo Leite (2019) são assim definidos:

> SOCIAL: pacificação dos conflitos jurídicos com justiça social e correção das
>
> desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos;
>
> POLÍTICO: participação democrática dos cidadãos na administração da justiça e implementação de políticas públicas, especialmente por meio de coletivização de Processo;
>
> JURÍDICO: efetivação de direitos individuais e metaindividuais, observando-se a técnica processual adequada, fundada em hermenêutica jurídica voltada para a efetivação de tais direitos (devido processo justo, tempestivo, etc...)

Para além disso, segundo a teoria dualista, o processo do trabalho é autônomo porque possui corpo de normas processuais diferenciadas dos demais ramos processuais; legislação própria, juízo específico e independente; organização judiciária própria, para revisão de julgados em 2a. instância; Tribunais que possuem força normativa, o uso subsidiário de outros ramos processuais, apenas na omissão normativa, entre outros (GARCIA, 2020).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O direito processual do trabalho também tem fontes materiais e formais. As fontes materiais são as fontes que são baseadas em um fato social. Já as fontes formais são as oriundas de lei ou ato normativo, por exemplo. No último caso, o importante é que sejam fontes escritas.

Sobre as fontes formais do Direito Processual do Trabalho, nos esclarece Galvão (2020):

> As Fontes Formais do Direito, também designadas doutrinariamente como Fontes Imediatas do Direito, decorrem da interpretação conferida aos fatos pelos próprios agentes sociais (fontes autônomas); pelo Estado, através do Poder Legislativo e dos Tribunais, e ainda pelos Estudiosos e Autoridades Acadêmicas (Fontes heterônomas).
>
> O Direito do Trabalho possui fontes específicas que decorrem da natureza singular deste ramo do Direito, sendo comumente classificadas pela Doutrina da seguinte forma:
>
> a) Fontes Heterônomas – São as normas elaboradas pelo Estado, produzidas sem participação direta dos agentes a que se destinam: Constituição Federal, Tratados e Convenções Internacionais ratificados pelo Brasil, Leis, Medidas Provisórias, Decretos, Sentenças Normativas, Súmulas Vinculantes, Sumulas do TST e Laudo Arbitral.
>
> Ainda de acordo com o § 1º do art. 8º da CLT, o Direito Comum também é considerado fonte supletiva ou subsidiária do Direito do Trabalho.
>
> Para a melhor doutrina, as Portarias, Instruções Normativas e outros atos expedidos pelo Poder Público, em princípio, não constituem fontes formais do direito, salvo nas hipóteses em que a própria Lei atribui a estes Atos Normativos a tarefa de regulamentar determinados preceitos nela contidos. Cito, como exemplo, as Portarias que trazem as Normas Regulamentadoras de Segurança e Saúde do Trabalho.
>
> As sentenças normativas são decisões proferidas pela Justiça do Trabalho em processos de dissídios coletivos e possuem vigência máxima de 4 anos, conforme dicção expressa do art. 868, parágrafo único da CLT.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Apesar da controvérsia doutrinária existente, não há como se negar o caráter de Fonte Formal da Jurisprudência no Direito do Trabalho, mormente após o Sistema de Precedentes criado pelo Código de Processo Civil de 2015. Impende destacar, também, as Súmulas Vinculantes introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45/04, a qual conferiu ao STF o poder de aprovar súmulas que vinculam a Administração Pública. Não há dúvida que tanto no Sistema de Precedentes como nas Súmulas Vinculantes, estão presente os requisitos da generalidade, impessoalidade e abstração.

Assim, Galvão (2020) nos esclarece que as fontes formais podem ser entendidas como atos e fatos que influenciam a lei de forma direta. Cabe falamos aqui, por exemplo. dos atos normativos e administrativos, editados pelo poder público e os costumes, conforme trabalhado anteriormente e como veremos mais explicitado a seguir, em relação aos costumes.

Já as fontes formais autônomas, segundo Galvão (2020), seriam as normas elaboradas pelos próprios agentes que dela se beneficiariam, como ocorre com as convenções coletivas ou acordos coletivos de trabalho, por exemplo:

> b) Fontes Autônomas - São as normas elaboradas pelos próprios agentes a que se destinam, visando regulamentar as suas próprias condições de trabalho. Podem ser editadas diretamente (Regulamento da Empresa, Usos, Costumes) ou através dos sindicatos (Convenções Coletivas de Trabalho e Acordos Coletivos de Trabalho).
>
> A Convenção Coletiva de Trabalho resulta da negociação entre Sindicato Patronal e Sindicato Obreiro. Já o Acordo Coletivo de Trabalho é o resultado da negociação entre uma ou mais Empresas de um lado e o Sindicato dos Empregados do outro.
>
> Os Usos e Costumes, quando se traduzem em práticas reiteradas de um comportamento socialmente aceito e generalizado, são considerados pelos doutrinadores como fontes formais autônomas do Direito do Trabalho, estabelecendo direitos e obrigações entre as partes da relação trabalhista.
>
> Há um aspecto importante a se considerar na aplicação do Direito do Trabalho que é a hierarquia das suas fontes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Diferentemente do Ordenamento Jurídico Brasileiro Comum, neste Ramo Especializado as normas ocupam graus de importância diversos. Esta característica é uma consequência direta do Princípio da Proteção. Desse modo, uma convenção coletiva de Trabalho pode se colocar numa posição de prevalência em relação à própria Constituição Federal, se traz em seu bojo uma norma mais benéfica para o trabalhador.

Galvão (2020) ressalta, ainda, a importância dos costumes para as fontes formais autônomas, que seriam as práticas já socialmente aceitas e que estabelecem direitos e obrigações entre as partes.

A partir desta pequena reflexão, cabe o estudo mais aprofundado a respeito de uma das características do direito processual do trabalho, vista anteriormente: a possibilidade de uso de outros ramos processuais no caso de omissão normativa.

O tópico a seguir visa tratar justamente a respeito desta omissão legislativa: de que maneira seria possível a aplicação do Código de Processo Civil dentro do Direito Processual do Trabalho? Seria possível a utilização das medidas atípicas de execução, tal qual expostas pelo Código de Processo Civil, no âmbito do Direito Processual do Trabalho?

1.2 Possibilidade de uso do CPC/15 de forma subsidiária

A lei autoriza a utilização do Código de Processo Civil no Direito Processual do trabalho naquilo em que lhe for omisso, em determinadas ocasiões.

O artigo 769 da Consolidação das Leis do Trabalho versa que "Art. 769 – Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que forem incompatível com as normas deste Título".

Assim sendo, é necessário um olhar atento a respeito de quais seriam os casos em que não se poderia ser utilizado o Direito Processual Civil como fonte subsidiária.

2 MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS NO PROCESSO CIVIL

2.1 Previsão nova?

Anterior ao atual Código de Processo Civil, não havia a autorização legal para a realização de medidas atípicas de execução, como é o caso que se verifica com o atual Código.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Nesse sentido, Almeida e Vaughn (2020) ressaltam a concessão de poder ao juiz por meio do Código de Processo Civil atual, para que possa instituir medidas que efetivamente concedam a concretização da decisão proferida pelo juízo:

> O poder geral de efetivação das decisões foi de tal forma alargado pelo novo diploma processual civil, que as medidas executórias atípicas podem ser efetivadas para o fim de compelir a parte a exibir documento (art. 400 do CPC), superando, inclusive, o enunciado da súmula 372/STJ.2
>
> A abrangência das medidas executivas atípicas previstas no CPC e os limites de sua aplicação são objeto de controvérsia.
>
> Como já era de se imaginar, os tribunais enfrentam o tema com frequência, pronunciando-se sobre a interpretação e a extensão do inciso IV do art. 139 de acordo com as mais diversas peculiaridades dos casos concretos.

Como trata-se de disposição nova, as medidas atípicas de execução ainda estão em um lento processo de consolidação de entendimentos jurisprudenciais, que dependem exclusivamente de julgados para que ocorram, e de interpretações doutrinárias, conforme veremos nos tópicos a seguir.

2.2 Posições da doutrina

Moreira (2018) nos traz três posições doutrinárias divergentes. São elas: a encabeçada por Yarshell, a corrente liderada por Wambier e, por último, a corrente trazida por Didier Jr:

> Irrefutável é o fato de que o processo de execução, no Brasil, sempre foi motivo de questionamento do poder judiciário, dada a grande quantidade de casos do "ganhou mas não levou". Entretanto, a maior parte da doutrina e jurisprudência caminham para um norte mais conservador a respeito da aplicabilidade da norma em estudo. Não deve-se confundir o direito civil com o direito penal. A única hipótese ainda existente em nosso ordenamento jurídico de punição à pessoa, e não a seu patrimônio, por dívida pecuniária consiste na prisão por inadimplência de pensão alimentícia.
>
> Nesse sentido, Flávio Luiz Yarshell diz que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

(...) será preciso cuidado na interpretação desta norma, porque tais medidas precisam ser proporcionais e razoáveis, lembrando-se que pelas obrigações pecuniárias responde o patrimônio do devedor, não sua pessoa. A prisão civil só cabe no caso de dívida alimentar e mesmo eventual outra forma indireta de coerção precisa ser vista com cautela, descartando-se aquelas que possam afetar a liberdade e ir e vir e outros direitos que não estejam diretamente relacionados com o patrimônio do demandado. (YARSHELL, 2016)

Na mesma linha de pensamento acima, Teresa Arruda Alvin Wambier ressalta que é necessário que o artigo 139, IV do CPC seja aplicado:

(...) com grande cuidado, sob pena de, se entender que em todos os tipos de obrigações, inclusive na de pagar quantia em dinheiro, pode o juiz lançar mão de medidas típicas das ações executivas lato sensu, ocorrendo completa desconfiguração do sistema engendrado pelo próprio legislador para as ações de natureza condenatória. (WAMBIER, 2015)

Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira são mais enfáticos:

(...) entendemos que não são possíveis, em princípio, medidas executivas consistentes na retenção de Carteira Nacional de Habilitação (CNH) ou de passaporte, ou ainda o cancelamento dos cartões de crédito do executado, como forma de pressioná-lo ao pagamento integral de dívida pecuniária. Essas não são medidas adequadas ao atingimento do fim almejado (o pagamento de quantia) não há, propriamente, uma relação meio/fim entre tais medidas e o objetivo buscado, uma vez que a retenção de documentos pessoais ou a restrição de crédito do executado não geram, por consequência direta, o pagamento da quantia devida ao exequente. Tais medidas soam mais como forma de punição do devedor, não como forma de compeli-lo ao cumprimento da ordem judicial e as cláusulas gerais executivas não autorizam a utilização de meios sancionatórios pelo magistrado, mas apenas de meios de coerção indireta e sub-rogatórios." (DIDIER, CUNHA, BRAGA e OLIVEIRA, 2017)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Há, porém, na doutrina, quem defenda a aplicação das medidas atípicas, ainda que extrapolem a esfera patrimonial. Assim defende Daniel Assumpção:
>
> Nesse sentido, é importante registrar que a adoção de medidas executivas coercitivas que recaiam sobre a pessoa do executado não significa que seu corpo passa a responder por suas dívidas, o que, obviamente, seria um atentado civilizatório. São apenas medidas executivas que pressionam psicologicamente o devedor para que esse se convença de que o melhor a fazer é cumprir voluntariamente a obrigação. Mostra-se óbvio que, como em qualquer forma de execução indireta, não são as medidas executivas que geram a satisfação do direito, mas sim a vontade, ainda que não espontânea, do executado em cumprir a sua obrigação. (NEVES, 2017)

Desta forma, podemos ver como ainda há grande receio por parte da doutrina em aplicar as medidas atípicas de execução, embora seja uma medida inovadora e que busca a melhor efetividade das decisões jurisdicionais a todos.

2.2.1 Uso amplo ou restrito?

As medidas atípicas de execução não são medidas tomadas de qualquer maneira, que não observam importantes princípios como a menor lesividade ao executado e direitos fundamentais como a liberdade, por exemplo.

Existem autores, como vimos acima, que entendem pela sua não aplicação ou aplicação com cautela, uma vez que entendem por temerárias as medidas coercitivas, que poderiam ter efeitos punitivos em relação ao devedor.

A jurisprudência, como veremos a seguir, não concorda totalmente com os posicionamentos doutrinários acima expostos, tendo sido a sua aplicação ocorrida por meio do juízo de cada julgador.

Logo, entendemos que as medidas atípicas de execução não seriam aplicadas a todos os casos, devendo o julgador analisar o caso em tela e decidir pela sua aplicabilidade ou não, procurando providenciar um equilíbrio entre os direitos do executado e do exequente.

2.3 Posições da jurisprudência

A jurisprudência traz entendimentos muito divergentes a respeito da aplicação das medidas atípicas de execução no processo civil brasileiro. Abaixo,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

temos um julgado onde se entendeu pelo provimento de medida atípica de execução, ressaltando a observância a não ocorrência de arbitrariedades no processo:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO Ação Civil Pública por improbidade administrativa. Sentença condenatória em fase de execução. Frustração no cumprimento da obrigação pecuniária. Determinada a suspensão da CNH do executado até o pagamento da dívida, com base na regra trazida pelo art. 139, IV, do CPC. Cabimento da medida. Utilizados os meios típicos de execução, como penhora on line, pesquisas junto à REDE INFORSEG e CIRETRAN, tendo sido os resultados absolutamente infrutíferos. Ademais, respeitados os princípios norteadores do direito processual, como a razoabilidade, proporcionalidade e menor onerosidade da execução. Necessário observar o princípio da efetividade do processo. Não demonstrada irregularidade ou arbitrariedade na providência determinada pelo D. Juízo de primeiro grau. Decisão mantida. Recurso não provido. (TJSP, 2017, on-line)
>
> Execução de título executivo extrajudicial. Ausência de bens penhoráveis. Bloqueio da CNH – Carteira Nacional de Habilitação. Deferimento. Agravo de instrumento. Art. 139, IV, CPC/2015. Princípios da proporcionalidade e da razoabilidade que se sobrepõem, no caso, ao princípio da efetividade da execução. Inviabilidade de se impor restrição ao direito individual, direito de locomoção, ainda que de forma reflexa – bloqueio da CNH. Jurisprudência do TJSP. Decisão reformada. Recurso provido. (TJSP, 2017, on-line)

É importante que se procure compreender que muitas mudanças ainda podem ocorrer com as manifestações jurisprudenciais a respeito das medidas atípicas de execução, em se tratando de um assunto novo no Direito brasileiro.

Essas mudanças impactarão em muito o processo do trabalho, objeto do presente trabalho, conforme veremos nos tópicos trabalhados a seguir.

2.4 Medidas executivas atípicas em âmbito trabalhista

Com a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao Direito Processual do Trabalho naquilo que lhe for omisso, desde que não viole seus

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

preceitos, alguns questionamentos foram feitos quanto a aplicabilidade das medidas atípicas de execução no processo do trabalho.

É importante ressaltarmos que a adoção destas medidas não são pacíficas, embora existam vários julgados em relação ao cabimento das medidas atípicas de execução no âmbito do processo do trabalho dentro da jurisprudência pátria, como veremos a seguir.

O principal cuidado que o juiz tem é a de efetuar o uso das medidas atípicas de maneira proporcional, uma vez que, a depender da situação, o réu poderia alegar a supressão de direitos fundamentais como o direito a liberdade, por exemplo, quando a medida atípica de execução se trata da suspensão de Carteira Nacional de Habilitação (CNH), razão pela qual o recurso abaixo foi improvido:

> EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. OBRIGAÇÃO DE PAGAR QUANTIA. MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO, UTILIDADE E PROPORCIONALIDADE. CONTRADITÓRIO. SUSPENSÃO DE CNH. INADEQUAÇÃO DA MEDIDA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. - O art. 139, IV, do CPC, possibilita ao juiz a imposição de medidas atípicas, indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias para que a ordem judicial seja cumprida, inclusive em sede de cumprimento de sentença cujo objeto seja prestação pecuniária - A imposição de medida executiva atípica condiciona-se ao dever de fundamentação (art. 93, IX, Constituição), que se apresentará tão mais intenso quanto mais grave a medida determinada. O dever de fundamentação abrange a justificativa da medida sob o princípio da proporcionalidade e seus consectários: utilidade, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito - O contraditório prévio franqueia a efetiva participação das partes e tem função legitimadora da determinação estranha ao processo executivo tradicional. Ademais, possibilita às partes inaugurar discussão sobre outras medidas não cogitadas pelo Juízo, mas igualmente efetivas. Excepcionalmente, é cabível a adoção de medida atípica com a oitiva diferida da parte interessada, na hipótese de o devedor se ocultar ou de a intimação prejudicar a eficácia da medida - À míngua de indícios de que o devedor oculte patrimônio e se sirva de garantias processuais para frustrar a satisfação da obrigação, a suspensão de CNH é

> medida inadequada à finalidade de incentivar o adimplemento de prestação pecuniária.
>
> (TJ-MG - AI: 10000170369060002 MG, Relator: José Marcos Vieira, Data de Julgamento: 14/10/2020, Câmaras Cíveis / 16ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 15/10/2020)

Este modelo de decisão, no entanto, não é unânime na jurisprudência pátria. Isso porque a depender do caso, cada juiz decide de uma maneira diferente, colocando cada vez mais a aplicação das medidas atípicas de execução no âmbito do processo do trabalho como sendo uma alternativa viável para a obtenção do crédito trabalhista:

> PROCESSO DO TRABALHO. MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS. CABIMENTO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. VEDAÇÃO DE PUNIÇÃO. I. Com o advento do CPC/15, a coerção psicológica sobre o devedor para compeli-lo a cumprir voluntariamente a obrigação, ainda que não espontaneamente, passou a ser a regra. Por isso, o juiz pode adotar meios coercitivos indiretos sobre o ânimo do executado, inclusive a restrição de direitos, desde que não se revelem desarrazoados ou desproporcionais, pena de caracterizar punição. Precedentes do STJ (por todos, RHC nº 99.606 - SP, Rel. Min. Nancy Andrighi). II. "Respeitado esse contexto, portanto, o juiz está autorizado a adotar medidas que entenda adequadas, necessárias e razoáveis para efetivar a tutela do direito do credor em face de devedor que, demonstrando possuir patrimônio apto a saldar o débito em cobrança, intente frustrar sem razão o processo executivo. Frise-se, aqui, que a possibilidade do adimplemento - ou seja, a existência de indícios mínimos que sugiram que o executado possui bens aptos a satisfazer a dívida - é premissa que decorre como imperativo lógico, pois não haveria razão apta a justificar a imposição de medidas de pressão na hipótese de restar provada a inexistência de patrimônio hábil a cobrir o débito." (Recursos Extraordinários 1.782.418/RJ e 1788950/MT, Rel. Ministra Nancy Andrighi). (TRT18, AP - 0010278-15.2019.5.18.0181, Rel. MARIO SERGIO BOTTAZZO, 3ª TURMA, 16/10/2020)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

(TRT-18 - AP: 00102781520195180181 GO 0010278-15.2019.5.18.0181, Relator: MARIO SERGIO BOTTAZZO, Data de Julgamento: 16/10/2020, 3ª TURMA)

Como vimos anteriormente, não se trata de aplicabilidade pacificada entre os tribunais. Ainda hoje, as medidas atípicas de execução são muito criticadas, ainda que proporcionem, à primeira vista, a potencial violação de direitos fundamentais do executado, ou mesmo, a sua maior lesividade. Isso, por si só, já feriria um dos princípios da execução consagrados pelo Código de Processo Civil: o de menor lesividade ao executado.

Esse princípio, no entanto, poderia ser relativizado no âmbito do Direito Processual do Trabalho, uma vez que as relações entre empregado e empregador já são naturalmente desiguais, por ser o trabalhador a parte mais frágil do processo.

Além disso, em razão da natureza alimentar do crédito trabalhista, a excessiva demora em executar o débito poderiam colocar o trabalhador em sérias dificuldades financeiras e alimentares, uma vez que o trabalhador só possui a sua força de trabalho para venda e pode não ter arranjado novo emprego durante a tramitação e posterior execução da lide trabalhista.

Outro argumento que poderia ser levado em consideração a favor da aplicação das medidas atípicas de execução no âmbito do processo do trabalho é a celeridade com a qual o processo do trabalho tramita. A celeridade sem a efetiva prestação jurisdicional não serve a seu propósito inicial, que é, justamente, o da resolução rápida e efetiva da lide trabalhista.

2.4.1. Execução de processos anteriores ao novo CPC

Anterior ao Código de Processo Civil de 2015, não havia a possibilidade de adoção das medidas atípicas de execução no direito processual do trabalho, justamente por não ter havido ainda esta previsão legal, que é relativamente nova no direito brasileiro.

Assim sendo, a execução trabalhista – assim como o restante do Processo do Trabalho – ficava diretamente ligada ao antigo Código de Processo Civil vigente, o de 1973, em tudo aquilo que lhe era omisso e não contrário a suas disposições.

Sobre a maneira que a execução se comportava sob a égide do antigo Código de Processo Civil, Lisboa (2017) nos traz alguns esclarecimentos, como a maneira que os títulos judiciais eram arrolados e as consequências para o executado caso não adimplisse com as suas obrigações:

> Processo de execução único, independentemente de se tratar título executivo judicial ou extrajudicial é o que se consignava no então novo CPC (1973). Havia um dispositivo (art. 584) em que se arrolavam os títulos judiciais: a sentença condenatória proferida no processo civil (inciso I); a sentença penal condenatória transitada em julgado (inciso II); a sentença homologatória de transação, de conciliação, ou de laudo arbitral (inciso III); a sentença estrangeira homologada pelo STF (inciso IV); e o formal de partilha (inciso V).
>
> Como se vê, o legislador de 1973 passou a considerar como executivos títulos judiciais outrora omitidos. E no art. 585 havia uma longa lista dos títulos extrajudiciais. O ineditismo no contexto do direito brasileiro estava em que para ambos os tipos o CPC disponibilizava ao suposto credor um único processo, o de execução. Ali é que ele poderia pedir ao Estado atos de força contra o patrimônio do suposto devedor, desde que exibisse na petição inicial da execução o documento que lhe dava essa possibilidade.
>
> O executado era citado para em prazo exíguo prestar a obrigação contida no título, sob pena de penhora de seus bens, se a execução fosse por quantia certa. E nisso estava a grande diferença entre o processo de execução e o de conhecimento, em que neste a citação é para o réu se defender. É certo que o executado poderia se quisesse apresentar defesa. Contudo, ela era feita fora dos autos da execução, em processo autônomo, embora vinculado àquele. Chamava-se "embargos do devedor". E tinha algumas peculiaridades: distribuíam-se por dependência ao de execução (art. 736); teriam de ser instaurado pelo executado, que a partir daí ganhava o nome iuris de embargante (o exequente, tornava-se o embargado); terminavam com uma sentença, como convém a processo de conhecimento; em regra, a execução ficava suspensa até a decisão final neles proferida; servia indistintamente para títulos judiciais ou extrajudiciais.

Desta forma, podemos depreender que o processo de execução sob a égide do CPC de 1973 poderia mais demorada que a execução atual, uma vez que o recurso à execução era feito de maneira apartada ao processo de conhecimento, o que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

poderia levar a alguns problemas em relação a provas ou acesso aos autos do processo, por serem esses processos de autos físicos.

Toda esta conjuntura já poderia ser vista, em um primeiro momento, como um dissabor ao exequente, uma vez que no processo do trabalho, por exemplo, a demora excessiva poderia – e ainda pode – acarretar em diversas consequências ao trabalho, como o atraso a seus credores e, em casos mais complicados, a falta de dinheiro para suprir necessidades básicas como a sua alimentação.

2.4.2 Execução trabalhista efetiva sob a égide do CPC/2015

Como vimos anteriormente, as medidas atípicas, como suspensão de passaporte, inscrição do nome nos cadastros de órgão de proteção ao crédito, como o sistema SERASAJUD e o BNDT (Banco Nacional de Devedores Trabalhistas), são formas de coerção psicológica permitidas pelo CPC para obrigar o devedor a pagar os débitos que tenha oriundas de título certo, líquido e exigível. No caso da Justiça do Trabalho, tais débitos são oriundos de salário, verba de natureza alimentícia.

Para RAMOS et. al (2019), a medida ainda é polêmica. Com a possibilidade de instauração dos meios atípicos (de forma geral), os pedidos no cotidiano forense vão de corte de energia elétrica de órgãos públicos à proibição do uso da área de lazer pelo condômino inadimplente, dada a amplitude de meios executivos atípicos que o juiz pode adotar para o pagamento da obrigação.

RAMOS et al. (2019) entendem que é necessária cautela na condução dos meios atípicos, para que não haja violação de princípios que regem o processo de execução.

RAMOS et al. (2019) também entendem que eles podem ser utilizados, desde que cumpridos certos requisitos como a violação ao princípio da colaboração e boa-fé. Para embasar seus argumentos, utiliza-se do exemplo do recente julgado do caso do ex-jogador de futebol Ronaldinho Gaúcho:

> (...) em recente decisão envolvendo o ex-jogador de futebol Ronaldinho Gaúcho e seu irmão, a 2ª Turma do STJ manteve a apreensão dos passaportes como forma de coagi-los a pagar multa e indenização fixadas em um processo por dano ambiental. Os dois foram condenados pela Justiça do Rio Grande do Sul em virtude da construção de um trapiche na orla do Lago Guaíba, em Porto Alegre, sem prévia licença ambiental (HC 478.963, rel. min. Francisco Falcão, em 20/4/2019).

> O relator entendeu que as medidas atípicas são cabíveis em situações em que o executado adota "uma postura processualmente desleal e não cooperativa", que ocorre, por exemplo, quando "a busca persistente de bens do devedor não descortina patrimônio sujeito à execução, mas o comportamento social do executado evidencia o descolamento desse dado com a realidade: sinais de solvência em redes sociais ou no trânsito público em oposição à indisponibilidade patrimonial dentro das paredes do processo". Nesses casos, "o descumprimento do princípio [da boa-fé objetiva], para além da sanção punitiva, deve irradiar efeitos jurídicos para repelir as consequências da atuação maliciosa".

Para SUZANO et. al (2019), a aplicação do artigo 139, IV pode ser aplicado no âmbito trabalhista, tendo em vista que é "compatível e tem aplicação no Direito do Trabalho por estar em plena consonância com o que dispõe o artigo 765 da CLT."

O artigo 765 da CLT tem por objetivo esclarecer que os juízes dos tribunais do trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.

Segundo SUZANO et.al (2019), há justificativa para a aplicação de medidas atípicas como forma de constranger o devedor a efetuar o pagamento, uma vez que a verba trabalhista tem natureza alimentícia.

Tal caracterização evidencia a importância da observação do princípio da função social do processo, que para CORDEIRO JÚNIOR (2015) tem por norte "a prestação jurisdicional eficiente e equânime, de forma célere e com efetividade".

LEITE (APUD CORDEIRO JÚNIOR, 2015) entende que, por meio do princípio da função social do processo, "permite-se que o juiz tenha uma atuação mais ativa, na medida em que auxilia o trabalhador, em busca de uma solução mais justa, até chegar o momento de proferir a sentença". No processo trabalhista deve-se atentar a esse princípio, uma vez que o litígio se trata de direitos indisponíveis de caráter alimentício.

Com o objetivo de proteger o empregado e seus direitos como o de pagamento de salário, décimo terceiro, férias e demais direitos constantes na CLT, a Justiça do Trabalho adota uma postura protetora de igualdade material, na tentativa de equilibrar a relação jurídica.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

É importante salientar que tal proteção dada pela Justiça do Trabalho ao empregado não significa que há uma parcialidade em detrimento do empregador, onde sempre será condenado a pagar verbas que pode (ou não) não dever.

O que acontece é que há uma tentativa de equilíbrio entre as partes: assume-se que o empregado é a parte vulnerável (hipossuficiente) no negócio jurídico que resulta da relação empregatícia, onde, por necessidade do emprego por parte do empregado para sustento de sua família e cumprimento de suas obrigações, o empregado sujeita-se a situações por vezes vexatórias, discriminatórias ou de retenção de salários, por exemplo.

Mas além da necessidade da aplicação das medidas atípicas, é necessário que haja a discussão de até onde o juiz pode ir para constranger o devedor a pagar. É interessante que se observe o binômio efetividade x limites da aplicação: até onde se pode ir sem violar direitos fundamentais como a liberdade, por exemplo, no que concerne a meios atípicos como suspensão de passaporte e CNH? Tais proibições caracterizariam violações de direitos fundamentais, sendo, portanto, incompatíveis com a execução em razão do princípio da menor lesividade ao executado e da dignidade da pessoa humana?

Para responder a essas perguntas, MELLO (2019) entende que o juiz deve observar se há as seguintes condições para que a solicitação da medida atípica possa prosperar:

> (i) após o pedido expresso do requerente, faz-se mister que o juiz determine a intimação da parte contrária para se manifestar, sob pena de violar os artigos 9º e 10º, ambos do CPC; (ii) a medida atípica é subsidiária à medida típica, ou seja, primeiramente deve-se tentar os meios previsto na legislação para constrição patrimonial; (iii) a decisão que a aplica deve ser fundamentada nos moldes do artigo 489 do CPC, especialmente no que tange ao parágrafo segundo do indigitado artigo, que consagra a famigerada "regra da ponderação" e (iv) deve-se comprovar que o executado esteja praticando atos contrários à boa-fé, como fraudes patrimoniais, bem como desrespeito às ordens judiciais

O entendimento de MELLO (2019) sobre tais condições a serem observadas é oriundo de acórdão do TJ-PR onde houve a aplicação de medidas atípicas a um devedor cujo patrimônio e comportamento ardil praticado durante o processo não condizem com a situação de insolvência financeira. Trata-se do julgado TJ-PR - AI:

16160168 PR 1616016-8 (Acórdão), relator: Themis Furquim Cortes, data de julgamento: 22/02/17, 14ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1983 07/03/17.

Conforme vimos anteriormente por meio da jurisprudência pátria, o julgador tem procurado se atentar aos aspectos supracitados, de maneira que busca a execução trabalhista efetiva, ainda que para que esta ocorra sejam necessárias algumas relativizações de direitos, que visam exclusivamente a coerção psicológica da parte mais forte da relação trabalhista – o empregador – para efetuar o pagamento do crédito trabalhista da parte hipossuficiente.

Dessa maneira, passaremos as considerações finais, onde faremos um apanhado das considerações obtidas até aqui.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como podemos ver em tópicos acima, a jurisprudência pátria tem acatado o uso das medidas atípicas de execução, ainda que alguns juízos tenham entendido como temerário em certas situações específicas e preferido utilizar-se de meios mais comuns a fim de constranger o réu ao pagamento de seu débito trabalhista, como a procura por bens que possam quitar seus débitos.

Ainda que alguns autores argumentem pela temeridade das medidas atípicas de execução - uma vez que a cobrança de quantias são medidas consideradas de natureza cível e não penal, por exemplo – e, assim, entendem que não se poderia aplicar por esta razão, nem sempre as relações jurídicas regulam-se pelo mundo ideal.

No mundo ideal, não seria necessária sua aplicação, visto que os credores não se furtariam as suas obrigações com seus funcionários. O que vislumbramos, no entanto, é justamente o contrário: muitos empregadores buscam fraudar a execução para que o trabalhador ou trabalhadores não tenham sucesso ao executá-lo, tornando-se insolvente.

Dadas estas considerações, entendemos ser importante a aplicação das medidas atípicas de execução, visando a efetiva prestação jurisdicional, desde que observadas as nuances do caso em questão.

REFERÊNCIAS

BRASIL, 2002. **Código Civil**. Planalto, Brasilia

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

GALVAO, I. **Fontes formais do direito do trabalho: espécies e principais características.** Disponível em: https://jus.com.br/artigos/79810/fontes-formais-do-direito-do-trabalho-especies-e-principais-caracteristicas

GARCIA, G F B. **Considerações sobre a autonomia do processo do trabalho.** Disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_25789636_CONSIDERACOES_SOBRE_A_AUTONOMIA_DO_PROCESSO_DO_TRABALHO.aspx

LEITE, C H B. **Curso de Direito Processual do Trabalho.** LTR. São Paulo, 2019

LIMA, I P. **Meios atípicos de execução**. Disponível em: https://www.msv.adv.br/meios-atipicos-de-execucao/

LISBOA, C A. **Processo de execução, ontem e hoje**. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/60864/processo-de-execucao-ontem-e-hoje

MELLO, V G R. **Medidas atípicas na execução de quantia e o Contempt of Court: da efetividade e dos limites na sua aplicação**. Migalhas, 2019. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/300358/medidas-atipicas-na-execucao-de-quantia-e-o-contempt-of-court-da-efetividade-e-dos-limites-na-sua-aplicacao

MEROLA, S. **O Escopo Social da Jurisdição**. Disponível em: https://sergiomerola85.jusbrasil.com.br/artigos/528272534/o-escopo-social-da-jurisdicao

MOREIRA, T S. **O artigo 139, IV, do Código de Processo Civil.** Disponível em: https://jus.com.br/artigos/70733/o-artigo-139-iv-do-codigo-de-processo-civil

RAMOS, N; WAMBIER, L R. **Ainda a polêmica sobre as medidas executivas atípicas previstas no CPC**. Consultor Jurídico, 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-mai-30/opiniao-ainda-polemica-medidas-executivas-atipicas

SUZANO, D; TEIXEIRA, F. **Novos meios coercitivos para cumprimento de execuções trabalhistas**. Consultor Jurídico, 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2019-abr-04/opiniao-novos-riscos-empresas-execucoes-trabalhistas

VIZEU, M. **Execução Trabalhista após a Reforma Trabalhista**. Instituto de direito real, 2019. Disponível em: https://direitoreal.com.br/artigos/execucao-trabalhista-apos-a-reforma-trabalhista

www.conteudojuridico.com.br

O CRIME DE RACISMO E INJÚRIA RACIAL PRATICADOS NAS REDES SOCIAIS

RAISSA FERREIRA MARINHO:
Graduanda do curdo de Direito no Centro Universitário Luterano de Manaus - ULBRA.

RUBENS DA SILVA[37]

(orientador)

RESUMO: Este artigo enfoca o racismo nas redes sociais e identifica vários aspectos de como ocorre o racismo, mostrando que a sociedade brasileira tem essa tradição perversa de discriminação. O racismo é um aspecto degradante da sociedade brasileira, originou-se da escravidão e perdurou por muito tempo devido às diferenças sociais extremas da população, o que parece justificar essa desigualdade. Apareceu claramente nas redes sociais. Nessa rede social, as pessoas têm coragem e coragem para expressar seus pensamentos e preconceitos sem rodeios, embora o dano racial seja crime no país, e os exemplos coletados também motivaram isso A criação da obra no Facebook. Este trabalho inclui uma pesquisa bibliográfica qualitativa, que condena esta situação e propõe novas perspectivas. Na sociedade real e virtual, as pessoas podem reconhecer a importância da diversidade e interagir umas com as outras nas características físicas e psicológicas e respeito. Não há nada de glorioso em chamar a si mesmo de alta sociedade. Esse comportamento mostra apenas um profundo desconhecimento da existência e não ajuda a construir uma sociedade mais justa e igualitária. Sem falar na condição da vítima, a autoestima e a identidade da vítima são tratadas dessa forma, o que fragiliza sua condição de libertação.

Palavras-chaves: Racismo; Injuria Racial; Redes Sociais.

ABSTRACT: This article focuses on racism in social networks and identifies several aspects of how racism occurs, showing that Brazilian society has this perverse tradition of discrimination. Racism is a degrading aspect of Brazilian society, it originated from slavery and lasted for a long time due to the extreme social differences of the population, which seems to justify this inequality. It clearly appeared on social media. In this social network, people have the courage and courage to express their thoughts and prejudices outright, although racial harm is a crime in the country, and the examples collected also motivated this The creation of

[37] Prof. Rubens Alves. Bacharel em direito, advogado, especialista em processo civil judiciário, especialista em docência e gestão do ensino superior, autor de livros, mestre em direito.

the work on Facebook. This work includes a qualitative bibliographic research, which condemns this situation and proposes new perspectives. In real and virtual society, people can recognize the importance of diversity and interact with each other in physical and psychological characteristics and respect. There is nothing glorious about calling yourself high society. This behavior shows only a deep ignorance of existence and does not help to build a more just and egalitarian society. Not to mention the condition of the victim, the victim's self-esteem and identity are treated in this way, which weakens their condition of liberation.

Keywords: Racism; Racial Injury; Social networks.

1. INTRODUÇÃO

O Racismo está presente na sociedade há muitos séculos, pois, o ser humano sempre teve a necessidade de mostrar que é superior, principalmente de forma xenofóbica. Segundo (MASSON, 2011, p. 185), "Racismo é a divisão dos seres humanos em raças, superiores ou inferiores, resultante de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se essa prática nefasta que, por sua vez, gera discriminação e preconceito segregacionista".

O racismo não pode ser tolerado, em hipótese alguma, pois a ciência já demonstrou, com a definição e o mapeamento do genoma humano, que não existem distinções entre os seres humanos, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura ou quaisquer outras características físicas. Não há diferença biológica entre os seres humanos, que na essência, biológica ou constitucional (art. 5º, caput) são todos iguais.

A motivação para a realização deste projeto foi a incidência extremamente notória no mundo cibernético da utilização das redes sociais para a propagação de racismo e injúria racial entre usuários, em 2017 a ONG SAFERNET BRASIL recebeu cerca de 1.751 denúncias de racismo na rede social, quase 58,3% dos registros realizados em toda a internet. A sociedade nos mostra que o racismo é uma atitude que deve ser banida que, no entanto, continua a crescer em números de casos, ressaltando que pela constituição brasileira, racismo é crime imprescritível e inafiançável. Essa realidade perpetuada e que assola muitas pessoas é um problema que pode não somente ser de cunho sociocultural, uma vez que esta pesquisa propõe uma análise do crime de racismo e Injúria racial, mais precisamente o praticado por intermédio das redes sociais. Assim, para o seu desenvolvimento fez-se inicialmente uma abordagem sobre o racismo e sua definição. No segundo momento abordou sobre os crimes de racismo e Injúria racial e suas legislações, na terceira seção abordou sobre o crime de racismo e injúria racial praticado nas redes sociais e o tratamento dado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Sendo assim, esta

pesquisa terá como base fundamental o racismo e injúria racial nas principais redes sociais.

A motivação para a realização deste projeto foi a incidência extremamente notória no mundo cibernético da utilização das redes sociais para a propagação de racismo e injúria racial entre usuários, em 2017 a ONG SAFERNET BRASIL recebeu cerca de 1.751 denúncias de racismo na rede social, quase 58,3% dos registros realizados em toda a internet. A sociedade nos mostra que o racismo é uma atitude que deve ser banida que, no entanto, continua a crescer em números de casos, ressaltando que pela constituição brasileira, racismo é crime imprescritível e inafiançável. Essa realidade perpetuada e que assola muitas pessoas é um problema que pode não somente ser de cunho sociocultural, uma vez que esta pesquisa propõe uma análise do crime de racismo e Injúria racial, mais precisamente o praticado por intermédio das redes sociais. Assim, para o seu desenvolvimento fez-se inicialmente uma abordagem sobre o racismo e sua definição. No segundo momento abordou sobre os crimes de racismo e Injúria racial e suas legislações, na terceira seção abordou sobre o crime de racismo e injúria racial praticado nas redes sociais e o tratamento dado pelo ordenamento jurídico brasileiro. Sendo assim, esta pesquisa terá como base fundamental o racismo e injúria racial nas principais redes sociais.

Tendo como objetivos analisar os crimes de racismo e de injúria racial praticado nas redes sociais. Conceituar o racismo, analisar o crime de racismo e injúria racial nas redes sociais, verificar o tratamento dado pelo ordenamento jurídico brasileiro para esses crimes.

Esta pesquisa inclui pesquisa bibliográfica qualitativa, com a premissa de que a pesquisa pode fazer inferências com base em pressupostos existentes na literatura de pesquisa e novas conexões e explicações na pesquisa e influenciar a realidade existente.

2. DEFINIÇÕES SOBRE RAÇA, COR, ETNIA, RACISMO, PRECONCEITO E DISCRIMINAÇÃO

Antes de entrarmos no mérito da questão: o crime de racismo e injuria racial praticados nas redes sociais, precisamos primeiro trazer os conceitos fundamentais do que se trata as palavras que serão bastante usadas no decorrer deste trabalho, uma vez que ele envolve os temas: raça, cor, etnia, racismo, preconceito e discriminação. Portanto, o primeiro capitulo e tópicos a seguir serão exclusivamente de cunho conceituatório e explicatório.

2.1. SOBRE A RAÇA

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O termo raça tem diferentes significados e pode variar de acordo com diferentes áreas do conhecimento, como antropologia, biologia, história e direito. Por muito tempo, as pessoas categorizaram os animais em subespécies. Acredita-se que os humanos podem ser divididos em raças com base em valores morais e habilidades Intelectuais.

Historicamente, devido à competição e disputas de domínio entre grupos. A ideologia de uma raça sobre a outra é já foi usado para justificar a exploração masculina, levando ao surgimento de uma hierarquia "biológica" e "psicológica". Um exemplo intimamente relacionado à história é a superioridade da raça ariana disseminada na Alemanha durante o nazismo, que acabou levando à extinção de milhares de pessoas, momento que é chamado de Holocausto (SANTOS, 2010, p. 27).

Segundo a ótica da ciência biológica, raça deve ser entendida como características semelhantes, genéticas e externas, que apresentam certas vantagens e frequências na população. Vale ressaltar que se trata de traços genéticos externos, ou seja, características físicas (fenótipos), como cor da pele, cor do cabelo, formato do crânio, altura, etc.

A antropologia também usa a classificação "humana". Porém, com o passar do tempo, passaram a utilizar métodos genéticos para classificar a população, portanto, a divisão da antropologia se limitou ao campo político. De acordo com a Sociologia, raça deve ser compreendida como sendo a construção social, uma vez que retrata o reconhecimento da identidade social de um grupo. Em conformidade com Guimarães:

> Podemos dizer que raça é o resultado dos discursos, faz parte desses discursos sobre a origem. A construção da sociedade humana está relacionada à sua origem e divulgue a essência entre as gerações. Este é um terreno adequado sua pesquisa envolve discursos dessas origens. [...] o que é raça. Então, sociologia? São conversas sobre a origem do grupo, utilizando o termo refere-se à transmissão de características fisiológicas, qualidades morais e intelectuais, psicologia e assim por diante, dependem de sangue (GUIMARÃES, 2003, p. 93-107).

No Brasil, prevalece a classificação das raças baseada na aparência física, como “branca”, “preta” e “vermelha”, mais aquelas decorrentes da miscigenação, como mulatos (mistura de raça “branca” e “preta”), cafuzos (mistura de “preta” e “vermelha”) e mamelucos (mistura de “branca” e “vermelha”).

De acordo com o ministro relator Maurício Corrêa na ementa do acórdão, traz sua decisão sobre do que se trata a raça (Habeas Corpus n. 82.424-2/RS), senão vejamos:

> 3. Raça humana. Subdivisão. Inexistência. Com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pelos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais.

Portanto, a palavra raça é muito complicada porque combina vários significados, que podem ser usados no sentido físico de características fisiológicas, e também pode significar um grupo com identidade social, com origem, idioma ou identidade social.

2.2. SOBRE A COR

A cor da pele humana é afetada por muitos fatores, como a quantidade e a qualidade da melanina (pigmento escuro) e do caroteno na epiderme e o rubor dos vasos sanguíneos sob a pele. Essa mudança de cor é causada principalmente por fatores genéticos, mas também existem fatores geográficos, clima e incidência de luz solar, que afetarão a mudança da cor da pele.

Normalmente, no Brasil, a cor é usada como sinônimo de raça. Vemos que o preconceito está mais relacionado às características físicas e estéticas (ênfase na cor da pele) do que à genética (ou seja, ancestralidade). Cor é um termo usado para indicar o reflexo da cor na matéria, e os homens o usam de forma inadequada para distinguir as pessoas. As cores têm definições básicas: branco, preto, vermelho e amarelo. No entanto, sabemos que ninguém é literalmente uma parede branca, nem é carvão preto. Existem diferentes tons de bege, rosa, marrom, etc. Essas alterações adicionam cor à pele humana.

De acordo com o autor Nogueira (2006, p. 287-308), em seu artigo "Brand Racial Precjudice and Racial Precjudice", ele analisou a ocorrência de preconceito racial no Brasil em comparação com os Estados Unidos. Segundo o autor, no Brasil convivemos com um viés de "marca", ao contrário dos Estados Unidos, onde existe um viés de "origem".

No Brasil, o preconceito racial está relacionado às diferenças na aparência, a saber, fenótipo, características e características fisiológicas, por isso é denominado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

"marca". Ao contrário, nos Estados Unidos, o principal fator que desvia do tratamento do preconceito é a origem, ou seja, ser descendente de uma raça "infectada", portanto, fala-se em viés de "origem".

Portanto, podemos dizer que o preconceito ou a discriminação de cor ainda existe no dia a dia dos brasileiros, e as pessoas no dia a dia ainda não respeitam sua cor de pele e não fazem julgamentos sobre sua cor de pele. São indiferentes e desconfiados que nada têm a ver com a cor da pele, quanto mais morenos, maior a associação com os negros, levando à discriminação racial decorrente do preconceito da cor da pele.

2.3. SOBRE A ETNIA

O termo etnia vem do grego éthnikos, que se refere a povo ou raça. O Dicionário Houaiss (2004. p. 449) O significado abreviado de raça é proposto: "Um grupo de pessoas com uma linguagem, religião e comportamento comuns".

Na conceituação do Dicionário de Política de Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino (2004, p. 449), etnia é "um grupo social cuja identidade é determinada pela língua, cultura, tradição, monumentos históricos e comunidade territorial".

Para título de estudo sobre a Lei n. 7.716/89, a definição de etnia pode ser compreendido como uma segundo Santos (2010, p. 60) "comunidade unida por alguns laços de identidade biológica, linguística, cultural e de costumes, não necessariamente concentrada numa mesma localidade, nem possuindo uma mesma nacionalidade".

No Brasil, existem grupos étnicos, como os indígenas que ainda vivem em florestas, áreas protegidas ou centros urbanos, mas mantêm a mesma cultura e se veem como um conjunto de características próprias.

2.4. SOBRE O RACISMO

Em conformidade com o Dicionário de Política de Norberto Bobbio(2004, p. 1059), racismo pode ser definido como:

> A compreensão do termo racismo não é uma descrição da raça humana ou da diversidade étnica, mas é realizada por meio da antropologia ou da biologia, mas uma referência ao comportamento pessoal, referindo-se à raça a que pertence, principalmente. Certos resultados usam a ciência na política, acreditando que a raça é superior às outras. Esse uso tem como

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> objetivo provar e permitir atitudes discriminatórias e perseguidoras em relação às raças que se consideram inferiores.

No entendimento de Nucci, racismo é:

> [...] o pensamento voltado à existência de divisão dentre seres humanos, constituindo alguns seres superiores, por qualquer pretensa virtude ou qualidade, aleatoriamente eleita, a outros, cultivando-se um objetivo segregacionista, apartando-se a sociedade em camadas e estratos, merecedores de vivência distinta (NUCCI, 2008, p. 273).

Portanto, pode-se dizer que o racismo é pensado a partir do discurso do apartheid, no qual se difunde a ideia de que uma raça é superior a outra.

Já que somos frutos da imigração passada e estamos constantemente mudando nossos genes, não podemos aceitar o argumento racial ou a existência de raças puras. Portanto, não existe raça pura e homogênea superior às demais raças. Esse tipo de pensamento, como se vê hoje, é utilizado para sustentar os mitos da segregação e da inferioridade entre judeus e negros e a raça ariana. O nazismo assassinou milhares no Holocausto.

Ao estudar o significado de racismo, podem surgir as seguintes questões: Pode-se dizer que o racismo pertence a um grupo "majoritário" que segregam e se opõem a pessoas pertencentes a um "grupo minoritário"? As questões levantadas levantam questões sobre a abrangência do racismo, pois se for entendido como um ato baseado no preconceito ou discriminação de um grupo contra outro, quem serão essas minorias?

Se racismo for entendido como qualquer discriminação ou preconceito contra minorias, estaremos diante de um conceito aberto, pois o termo minoria pode incluir qualquer pessoa que tenha como alvo o preconceito ou a discriminação, como a homossexualidade. A Carta Magma afirmou, em seu art. 5º, inciso XLII, que racismo é "crime inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão, nos termos da lei", no entanto, deixou em aberto a abrangência do conceito de racismo.

Cabe transcrever um trecho do voto do Ministro Celso De Mello (Hebeas Corpus n.82.424-2 / RS), que, como outros ministros, entende que o racismo deve ser explicado de forma mais ampla:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> A noção de racismo é contrária à noção erradamente insistida nesta petição. Não se limita à noção de antropologia estrita ou ordem biológica. Pelo contrário, não se caracteriza apenas por características, mas também abertamente em termos de conceito e âmbito. Projeções de perspectivas culturais e sociológicas. Que é uma ferramenta invariável de controle ideológico, dominação política e conquista social [...].

Segundo Santos (2010, p. 49-50) refuta esse entendimento, alegando que as normas do Direito Penal devem ser interpretadas de forma restritiva, ao mesmo tempo em que prejudicam a segurança jurídica de todos. Concordou em entender o racismo como um conceito estrito, ou seja, refere-se apenas ao preconceito ou discriminação racial. Se o racismo for interpretado como abrangendo preconceito e discriminação religiosos, o preconceito ou a discriminação contra pessoas com deficiência deve ser automaticamente considerado racismo, conforme a Lei n. 7.716/89.

Como se viu, o racismo deve ser entendido como intolerância por raça, cor ou etnia, pois esses conceitos muitas vezes se misturam e podem variar de país para país. Usar o conceito aberto de racismo proporcionará qualquer forma de espaço de discriminação para grupos com características sociais ou culturais semelhantes ameaçados pela sociedade.

2.6. SOBRE O PRECONCEITO

O significado do preconceito, está em seu próprio nome. Conforme traz o Dicionário Michaelis (2003), preconceito é aquilo:

> 1 Conceito ou opinião formados antes de ter os conhecimentos adequados. 2 Opinião ou sentimento desfavorável, concebido antecipadamente ou independente de experiência ou razão. [...] P. racial: manifestação hostil ou desprezo contra indivíduos ou povos de outras raças. P. religioso: intolerância manifesta contra indivíduos ou grupos que seguem outras religiões.

Portanto, trata-se de opiniões que são formados por cada pessoa, antes desta ter conhecimento definitivo do que se trata.

Nas palavras de Santos (2010, p. 43):

> [...] preconceito é a formulação de ideia ou ideias (que por vezes alicerçam atitudes concretas), calcadas em concepções prévias que não foram objeto de reflexão devida ou que foram

> elaboradas a partir de ideias deturpadas. É em suma, um "préconceito", algo intelectualmente não maturado ou objeto de falsa racionalização.

Em suma, o preconceito está intimamente relacionado a conceitos anteriores expostos por meio de pensamento distorcido (ou seja, o objeto de falsa racionalização). De acordo com a lei, a qualificação do crime de preconceito não será passível de sanções penais apenas por motivo de refinamento intelectual, pois só será punida pela externalização do preconceito. Portanto, o preconceito pode ser expresso de várias formas, por exemplo, por meio de gestos ou mesmo verbalmente, como em livros, na Internet, etc.

2.7. SOBRE A DISCRIMINAÇÃO

Segundo o Dicionário Michaelis (2003), discriminação é "1 Ato de discriminar. 2 O que se acha discriminado. 3 Psicol. Processo pelo qual dois estímulos que diferem em algum aspecto resultam em reações diferentes". Percebe-se que toda conduta que resulta em diferenciar, diferençar ou discernir algo ou alguém está ligada ao processo de discriminação.

Portanto, a discriminação nem sempre é negativa, pois algumas pessoas são discriminadas por causa de características positivas dentro de um grupo. Portanto, a discriminação é dividida em discriminação positiva ou discriminação negativa.

A discriminação ativa, também conhecida como ação afirmativa, é uma forma de discriminação cujo objetivo é favorecer as pessoas em situação de desvantagem, tratando-as de forma desigual e adotando determinadas medidas que reduzem a sua desigualdade. Esse processo visa tornar a sociedade mais igualitária e reduzir os desequilíbrios existentes em determinados grupos sociais.

Já a discriminação negativa ocorre quando o ato de discriminação tem conteúdo negativo, separação, separação ou separação negativa. A convenção também regulamenta o conceito de discriminação racial, em seu artigo I, item 1:

> Nesta Convenção, a expressão "discriminação racial" significará qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tem por objetivo ou efeito anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício num mesmo plano, (em igualdade de condição), de direitos humanos e liberdades fundamentais no domínio político econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio de sua vida.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Portanto, discriminação é o nome da lei. 7.716 / 89, devido ao apartheid, cor, etnia, religião ou nacionalidade, comportamentos tolerantes ou enganosos serão usados para dar a todos os tratamentos desiguais com intenção negativa, prejudicando assim os princípios básicos do sistema jurídico (SANTOS, 2010, p. 46).

Sendo assim, existe uma apunhado de definições no vocabulário brasileiro para os diversos acontecimentos raciais que atualmente ocorrem. Mas isso, é reflexo de um racismo estrutural que acompanha nossa sociedade desde a escravatura. Contudo, o racismo é crime e precisa ser combatido, conforme veremos no próximo capitulo.

3. DOS CRIMES RACIAIS

Os crimes raciais são fatos que acontecem todos os dias no mundo todo, todos os dias vemos noticiados em jornais ou redes sociais que alguém famoso ou não, já sofreu racismo em suas redes sociais, o racismo passou de algo escancarado e se tornou estrutural, o racismo está em pequenas coisas ditas, feitas no dia-a-dia. Portanto, é preciso analisar como o ordenamento jurídico brasileiro trata o racismo.

3.1. RACISMO

De acordo com o art. 5º, XLII, da Constituição Federal de 1988 o racismo é crime 0inafiançável e imprescritível, sujeito a pena de reclusão, nos termos da lei. Embora seja garantida a igualdade de tratamento e o racismo seja criminalizado, a Constituição não dispõe sobre o assunto, de modo que a questão ainda precisa ser tratada em lei especial. Por esse motivo, o artigo 7.716 / 89, também denominado "Lei Caó", por ter sido proposto pelo relator, ex-deputado e advogado Carlos Alberto Caó Oliveira dos Santos, que ampliou o conteúdo dos tipos de crime e acrescentou a lista de atos de discriminação e preconceito antes previstos na Lei Afonso Arinos (Lei n. 1.390/51).

Inicialmente, é necessário compreender o alcance do termo racismo, para depois realizar a pesquisa na perspectiva da Lei nº 7.716/89. Conforme mencionado anteriormente, o significado de racismo está associado a preconceito e discriminação de raça, e cor da pele e raça ainda se inserem neste caso por serem sinônimos que se confundem na prática.

Normalmente, no Brasil, vivenciamos o racismo mais baseado no tom do racismo. A pele é maior que o sangue humano. Ao contrário dos Estados Unidos, racismo é preconceito e discriminação contra afrodescendentes vítima. Em analise ao Habeas Corpus n. 82.424-2/RS, "Caso Siegfried Ellwanger", os ministros do Supremo Tribunal Federal tiveram opiniões divergentes quanto a considerar racismo a prática

de preconceito e discriminação em relação aos judeus. O paciente pretendia a extinção da punibilidade alegando a prescrição do crime de preconceito aos judeus, já que entendia que sua conduta não configurava racismo.

Portanto, hoje prevalece o entendimento do STF, e racismo deve ser entendido como um termo amplo, pois não se limita ao preconceito e à discriminação de raça, cor ou raça. Em outras palavras, o racismo pode estar associado à discriminação contra qualquer grupo ameaçado que tenha identidade entre si, como judeus, ciganos, negros, índios, nordestinos etc. Mesmo não sendo incluídos no conceito tradicional de raça, são restritos por lei porque não toleram a diversidade.

De acordo com a Lei n. 7.716/89, cabe primeiramente mencionar que ela dispõe sobre os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Segundo Nucci (2008, p. 275) defendeu a existência de certos tipos de elementos subjetivos implícitos, que incluem a discriminação, a segregação e a manifestação da vontade sobre a outra, que se imprimem nos tratos jurídicos. De todos os crimes. Para o autor, se houver outras emoções, ou seja, se houver piadas (animus jocandi), crítica de arte, etc.

No que diz respeito à concorrência de agentes em crimes racistas, é permitida a participação e participação conjunta. Os crimes racistas devem ser impostos à sociedade, especialmente às raças ou grupos afetados pelos crimes racistas. Isso se deve ao fato de que os interesses jurídicos protegidos são o princípio da igualdade, princípio básico da sociedade brasileira. A vítima não se tornará vítima de um crime, por exemplo, quando uma pessoa é proibida de entrar em um restaurante por causa da cor de sua pele, não há obstáculo.

O artigo 109 da Constituição Federal não estabelece a jurisdição dos juízes federais sobre crimes racistas, portanto, afirma-se que será mantida a competência dos órgãos judiciais nacionais. Mesmo em casos de racismo contra povos indígenas, as instituições judiciais nacionais ainda têm jurisdição, o que está previsto na jurisprudência nº 16. Artigo 140 do Supremo Tribunal Federal: "Os tribunais ordinários nacionais são responsáveis por processar e condenar os crimes cometidos por ou vítimas de povos indígenas".

No entanto, os tribunais federais nem sempre são responsáveis pelos crimes cometidos na Internet, pois isso depende se o resultado do crime ou o ponto de partida da execução é em outro país. Por exemplo, se mensagens racistas são enviadas de uma pessoa para outra no Brasil e no Brasil, não há necessidade de falar sobre costumes estrangeiros (SANTOS, 2010, p. 141). Diferentemente do caso na

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Internet que permite o acesso a páginas racistas de outras pessoas localizadas fora do Brasil, neste caso, os resultados são gerados no exterior, portanto, a jurisdição deve ser a da Justiça Federal.

> CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PROCESSUAL PENAL. RACISMO PRATICADO ATRAVÉS DE PUBLICAÇÃO DE MENSAGENS RACISTAS EM SÍTIO DE RELACIONAMENTO. INTERNET. IDENTIFICAÇÃO DOS AUTORES. NECESSIDADE. LOCAL DO CRIME. LUGAR DE ONDE FORAM ENVIADOS OS TEXTOS OFENSIVOS. AUSÊNCIA DE DADOS APTOS A PROVAR A ORIGEM DAS OFENSAS. CONTINUIDADE DO PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO. PREVENÇÃO. COMPETÊNCIA DAQUELE JUÍZO QUE PRIMEIRO CONHECEU DA INVESTIGAÇÃO.
>
> 1. A competência para processar e julgar os crimes praticados pela internet, dentre os quais se incluem aqueles provenientes de publicação de textos de cunho racista em sites de relacionamento, é do local de onde são enviadas as mensagens discriminatórias.
>
> 2. Na espécie, mesmo após recebidas as informações da empresa proprietária do sítio, não houve como identificar, por enquanto, os autores das ofensas, o que impõe, obviamente, a manutenção do feito no âmbito daquele juízo que primeiro tomou conhecimento da investigação.
>
> 3. Conflito conhecido para declarar a competência do JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA CRIMINAL DA SEÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, o suscitado. Processo: CC 107938 RS 2009/0183264-2. Relator (a): Ministro JORGE MUSSI. Julgamento: 27/10/2010. Órgão Julgador: S3 - TERCEIRA SEÇÃO. Publicação: DJe 08/11/2010.

Quanto às penas impostas pela lei sobre preconceito e discriminação. 7.716/89, a pena varia de 1 ano (um) a 5 anos (cinco), mas não afeta as multas para determinados crimes.

3.2. INJÚRIA RACIAL

De acordo com a Lei n. 9.459, de 13 de maio de 1997, adicionou uma nova categoria de injúria ao Código Penal, prelecionada no art. 140, §3º. Ulteriormente, o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

mesmo dispositivo teve sua redação alterada pela Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003, que vigora atualmente da seguinte maneira:

> § 3º Se a injúria consiste na utilização de elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência:
>
> Pena - reclusão de um a três anos e multa.

A emenda de 2003 introduziu o termo "idosos e deficientes físicos" e também aumentou a pena de reclusão de um ano para três anos, e impôs multa. Os elementos objetivos de tipo, cor, raça, raça e religião são os mesmos estipulados na Lei nº 1. 7.716 / 89, mas o número de deficientes e idosos aumentou. Fatores subjetivos são truques insultuosos, que incluem o uso de argumentos relacionados à raça, cor, raça, religião ou origem, ou porque ela é uma mulher idosa ou pessoa com deficiência, para ofender a liberdade e a vontade consciente de honra subjetiva da vítima.

Chama-se de injúria racial, espécie da injúria preconceituosa, quando o autor do crime, fundado na raça, cor ou etnia, ofende a honra subjetiva da vítima. Salienta-se que a injúria não se confunde com os crimes da Lei n. 7.716/89, o bem jurídico da primeira é a honra subjetiva da vítima e, como vimos anteriormente, o bem jurídico do segundo é a igualdade.

Dessa forma, diferentemente do racismo, no crime de injúria racial o juiz poderá conceder a liberdade provisória mediante fiança, conforme estabelecido no Código de Processo Penal. Também, os crimes de injúria racial não são imprescritíveis, como o crime de racismo que recebeu proteção mais rigorosa pela Constituição Federal (art. 5, XLII).

Em 29 de setembro de 2009, foi promulgada a Lei n. 12.033 que alterou o parágrafo único do art. 145 do Código Penal que recebeu a atual redação:

> Parágrafo único. Procede-se mediante requisição do Ministro da Justiça, no caso do inciso I do caput do art. 141 deste Código, e mediante representação do ofendido, no caso do inciso II do mesmo artigo, bem como no caso do § 3º do art. 140 deste Código.

A revisão de 2009 é um avanço importante, pois o crime era anteriormente um processo penal privado e, portanto, está sujeito a todas as regras materiais e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

processuais aplicáveis previstas no art, inclusive a causa da pena de morte. Artigo IV, Artigo 107 do Código Penal (decadência da lei).

Portanto, após as alterações anteriores, o crime de preconceito passou a ser crime público sujeito a representantes. O avanço está relacionado a um maior acesso à justiça, pois a falta de informações e recursos é um obstáculo para as vítimas que levam o ocorrido à atenção da polícia. Além disso, neste caso, geralmente, a vítima não busca assistência gratuita após a elaboração do boletim de ocorrência devido à insuficiência de advogados ou mesmo de conhecimento insuficiente para entrar com uma ação judicial.

Outra vantagem do acesso à justiça é que reduz o racismo a um dano qualificado, pois uma vez representada a vítima não será condenada à morte por corrupção ou à pena de morte do serviço público. Quanto ao tipo de comportamento, na prática, em determinadas circunstâncias, quando o crime se refere apenas à raça, as dificuldades são grandes. Por exemplo, chamar alguém de "negro", "alemão", "japonês" ou "indiano" é uma característica comprometida pelo preconceito? Para Cesar Roberto Bitencourt (2010, p. 362), muitos são os equívocos em classificar atos insultuosos como crimes racistas, aconteça o que acontecer. A esse respeito, o autor concorda com o que disse Jesus Damásio:

> Segundo a nova legislação nova, chamar alguém de 'negro', 'preto', 'pretão', 'negrão', 'turco', 'africano', 'judeu', 'baiano', 'japa', etc., dede que com vontade de ofende-lhe a honra subjetiva relacionada com a cor, religião, raça ou etnia, sujeita o autor a uma pena mínima de um ano de reclusão, além de multa, maior do que a imposta por homicídio culposo (1 a 3 anos de detenção, art. 121, § 3º) e a mesma pena do autoaborto (art. 124) e do aborto consentido (art. 125).

Por outro lado, Santos aprendeu que além de subjetivos, ou seja, enganosos, ao classificar os comportamentos, deve haver elementos objetivos, por isso os comportamentos devem ser externalizados para superar a fase de elaboração puramente intelectual:

> Chame um homem de pele escura de "negro" ou outro homem louro de pele clara "Branco" ou "Alemão", ou um membro da religião judaica, ou Evangélicos, embora sejam "judeus" e "crentes" Atos de indecência ou mesmo preconceito, não necessariamente retratando Crime ofensivo (SANTOS, 2010, p. 146).

Nesse sentido, para caracterizar o crime de dano causado por preconceito, é necessário utilizar a terminologia de forma negativa, a fim de reduzir os conceitos morais da vítima e atingir sua polidez ou dignidade. Nesse caso, apenas citar palavras isoladas não constituiria crime.

Lesões qualificadas têm a mesma dificuldade que lesões comuns e são caracterizadas pelo crime de fraude. Portanto, no caso das alegações de animus jocandi, ou seja, quando a intenção é apenas uma brincadeira, a lesão qualificativa pode ser eliminada. No Brasil, como são comuns as piadas como raça, cor da pele, gênero e orientação sexual, esse assunto tem repercutido. Portanto, em função desse comportamento arraigado na sociedade, o crime de dano é inserido no ordenamento jurídico com o objetivo de coibir o preconceito, independentemente da forma como é externalizado.

Mas, de fato, na prática, esse tipo de comportamento brincalhão envolvendo raça, cor ou etnia carrega alguma malícia para quem brincou e quem acabou brincando. Quem pensa que uma piada preconceituosa é engraçada concorda com ela internamente, porque senão não teria graça nenhuma. A pena de lesão racial é semelhante à lei n. 7.716 / 89 se deve ao fato de que embora os bens jurídicos protegidos (honra e igualdade) sejam diferentes, esses crimes são próximos na prática. Não há como punir severamente as pessoas que impedem o negro de entrar em um local, nem punir severamente as pessoas que o fazem por meio de piadas e comentários insultuosos, essas declarações acabam por alienar aqueles que pretendem entrar no mesmo lugar. Portanto, é necessário que a sociedade se dê conta da seriedade dessa conduta e da importância da punição rígida baseada no desrespeito à dignidade humana.

5. O RACISMO E INJÚRIA RACIAL NAS REDES SOCIAIS

O desenvolvimento da tecnologia de comunicação permite a criação da World Wide Web e suas redes sociais relacionadas, e essas redes sociais estão na verdade criando interfaces para conectar pessoas, grupos e empresas com o objetivo comum de comunicar, compartilhar interesses e disseminar ideias, produtos e serviços.

Cada rede social permite a criação de perfis de usuários e relacionamentos entre os usuários e as pessoas com as quais desejam se comunicar. As redes sociais também permitem a criação de grupos específicos que compartilham projetos de identidade, visões de mundo e os preconceitos comuns dessas pessoas. Assim como no mundo real, no mundo virtual as pessoas expressam suas opiniões sobre os mais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

diversos temas do ser humano, incluindo temas como racismo e discriminação (BARCELOS, 2010, p. 1).

Na imagem colacionada abaixo, irá demonstrar que a injúria racial é um crime bastante frequente nas redes sociais, diversas pessoas negras sofrem com este mal, anônimas ou famosas, recentemente a atriz Taís Araújo foi alvo desses criminosos, vejamos:

FONTE: FACEBOOK.

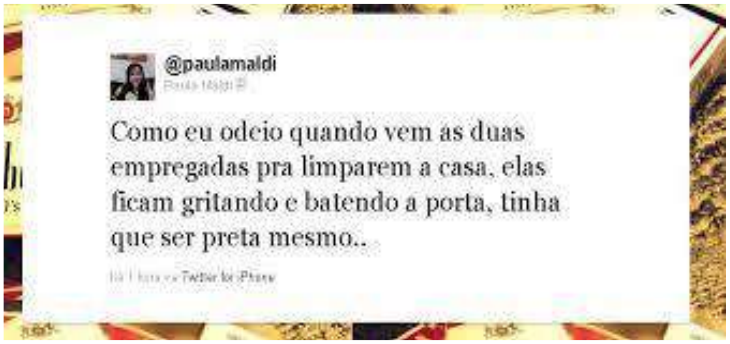
Como pode ser visto nos comentários acima, os cabelos afro são vistos como piada para os racistas, mas isso se dar, pelo fato do padrão embranquecido, o padrão europeu, que é os cabelos lisos. O ataque à atriz mostrou outro aspecto do racismo, a saber, que os negros não podem aparecer nas redes de televisão como profissionais porque, alegadamente, não são qualificados para tal. Foi observado que está ofensa é depreciativa em relação à cor da pele da pessoa e não ao trabalho realizado.

O racismo também é conhecido por vincular a disseminação da doença às populações negras (como os pacientes de Ebola), que são da África. Nesse caso, a desinformação pode causar preconceito, porque a doença é popular no continente, mas os cientistas não a relacionaram à cor da pele. Isso prova que os brancos que trabalham na área também estão infectados. No artigo a seguir, as imagens de jogadores de futebol e macacos são comparadas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Fonte: Facebook.

Essa situação não é isolada. Comparados aos macacos, os jogadores negros são mais comuns nos estádios. Alguns torcedores até jogaram bananas no gramado, mostrando todos os seus preconceitos. No artigo seguinte, as mulheres negras se relacionam com a profissão de empregada doméstica, dando exemplos de maus hábitos que acreditam seus autores.



Acontece que as empregadas domésticas são negras, relação estereotipada nas novelas brasileiras há muito tempo. Só recentemente as mulheres negras começaram a desempenhar outros papéis mais importantes.

As postagens selecionadas neste artigo mostram como o racismo se posiciona nas redes sociais, removem o mistério da democracia racial e mostram o real preconceito que os negros vivenciam em seu dia a dia, o que em muitos casos os impede de ter uma economia de oportunidades E a sociedade está na moda no mundo virtual. É notória a ideia de que tais comentários voltados para a liberdade e a democracia na Internet não serão punidos.

Existem várias formas de combater o racismo nas redes sociais. Um passo importante é a promulgação de leis para punir os agressores e forçar as redes sociais a fornecer dados sobre quem promove a discriminação. Em alguns casos, o agressor foi punido com essas medidas. Existem leis, mas os operadores devem explicar rigorosamente os responsáveis. Outra forma é educar em todos os níveis para

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

combater o racismo e o preconceito, integrar as crianças à sociedade desde cedo, respeitar a diversidade e admirar a própria beleza da discriminação racial, pois o Brasil é um país belo e multicultural.

O racismo ainda existe no mundo porque se tem uma ideia de embranquecimento cultural das pessoas, que tem como o bonito somente o branco. A ideia é que, com o tempo, o aborto vá descolorir a população brasileira, por isso o Brasil financiou a chegada de mais de 5 milhões de imigrantes (europeus apenas). Olhando novamente para as pinturas de Modesto Brooks, vimos uma família negra em todas as três gerações, representada por uma avó, que agradeceu aos céus pelo nascimento de sua neta, branca como a Branca de Neve. Essa é a mentalidade da "elite ideológica" do Brasil (NEGRA, 2019).

A política de branqueamento envolve todas as áreas da sociedade: é íntima porque propõe a discriminação racial para eliminar os negros; quando pensa que a epidemia é causada pela população negra, isso é saúde pública porque é habitação, porque quer restringir. Os direitos dos negros. Eduque a cidade por meio de cursos concentrados e da história nacional. Como Roquette Pinto e La Seda, é natural pensar nesses níveis, e a população negra no Brasil vai desaparecer em 100 anos (NEGRA, 2019).

Para Lima (2017), o racismo defende a ideia de relações de poder racial estabelecidas entre grupos que se consideram de raça, o que significa que grupos subordinados têm oportunidades de vida limitadas. Vários crimes cometidos através das redes sociais incluem: calúnia: inventar uma história falsa sobre alguém; insulto: linguagem vulgar ou mesmo insultar uma pessoa. Difamação: associar alguém a eventos que podem danificar sua imagem; vazamento de materiais confidenciais: vazamento de segredos de terceiros e materiais privados, como fotos e arquivos; crimes, insultos ou tipos racistas, em redes sociais, fóruns, chats, O e-mail e outros comentários têm um impacto negativo na religião, raça, etnia, etc; ECA: troque informações e imagens de crianças ou jovens.

A Injuria Racial é a ofensa feita a uma determinada pessoa, com referência à sua raça, etnia, cor, religião, deficiência, pessoa idosa e origem, e encontra-se definida pelo artigo 140, parágrafo 3º, do Código Penal, que estabelece a pena de 01 a 03 anos de prisão e multa.

A onda de crimes cibernéticos no Brasil é muito grande e, com o crescimento da inclusão digital, cada vez mais atividades criminosas estão surgindo não só no Brasil, mas também em todo o mundo. Para melhor compreender o assunto, é necessário ter alguns conceitos gerais de cibercrime, analisar sua classificação, assunto, localização e outros fatos jurídicos (MATOS, 2017).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Contudo, os crimes praticados contra a raça, como a injuria racial e o racismo, são reflexos de uma sociedade racista desde berço. O negro não deixou de ser escravo quando houve a abolição em 13 de maio de 1888, por meio da Lei Áurea, assinada pela Princesa Isabel. Não! Quando o negro deixou de ser escravo foi praticamente "jogado" em uma sociedade desigual, onde prevalecia a branquitude. Onde os brancos eram a burguesia, o negro sem estrutura, sem oportunidades, teve que se reerguer, exemplo disso, é que o povo negro é a minoria em cargos públicos, minoria no judiciário, na medicina e etc, mas não, pela falta de capacidade, mas pela falta de oportunidade, uma vez, são anos de desigualdade social.

Ocorre que o racismo vem de berço, é preciso educar! Ninguém nasce racista. É necessário a criação de leis severas para não somente punir quem comete crimes de racismo e injuria, mas também para conscientizar outras pessoas a não cometerem tais atos.

CONCLUSÃO

O racismo no Brasil é um fato social histórico baseado na necessidade da elite governante de manter seu poder durante e após a escravidão. Isso prova que o preconceito se baseia apenas em estereótipos, mas quando o sujeito pretende se tratar de forma diferente esse preconceito vai aumentar e aumentar a autoestima devido ao rebaixamento do oponente. Além disso, esse preconceito possui diversas formas de exploração, enraizadas nessa chamada supremacia racial, ainda que haja um discurso da igualdade por meio da democracia racial.

As redes sociais refletem esse preconceito. Embora negros e pardos sejam criminosos, eles são constantemente amaldiçoados, ofendidos e insultados por seus pares e constituem um dano racial. Esse é um aspecto negativo de uma sociedade que está se tornando cada vez mais democrática a cada dia. Não estamos falando apenas de nomes famosos, artistas ou apresentadores de TV (eles têm os recursos para combater esses crimes), mas também estamos falando de pessoas consideradas pessoas comuns que são obrigadas a ver só porque têm pele e cabelos escuros. E ouvir todos os tipos de maldições. Cabelo cacheado ou outras características étnicas.

Condena-se esta situação e concebeu um novo ponto de vista, que tanto nas sociedades reais como nas virtuais, as pessoas podem reconhecer a importância da diversidade e respeitar-se nas características físicas e psicológicas. Não há nada de glorioso em chamar a si mesmo de alta sociedade. Esse comportamento mostra apenas um profundo desconhecimento da existência e não ajuda a construir uma sociedade mais justa e igualitária. Sem falar na condição da vítima, a autoestima e a identidade da vítima são tratadas dessa forma, o que fragiliza sua condição de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

libertação. O Brasil tem dívidas históricas com a população negra. Os negros viveram como objetos de trabalho e comunicação por quase 400 anos e de repente caíram na mais pura dor após a libertação. Embora muitas pessoas estejam lutando por seu espaço, ainda há muito trabalho a ser feito para igualar negros e brancos. Os preconceitos existentes apenas atrasam essa possibilidade.

REFERENCIAS

ÁVILA, Thaís Coelho. RACISMO E INJÚRIA RACIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Artigo Cientifico.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 82.424-2/RS. Relator: MinISTRO

Moreira Alves. Publicação: DJ 19-03-2004 PP-00017 EMENT VOL-02144-03 PP-00524

em16/09/2003.

BARCELOS, Gilmara Teixeira; PASSERINO, Liliana Maria; BEHAR, Patrícia Alejandra. Redes sociais e comunidades: definições, classificações e relações. CINTED-UFRGS, Novas Tecnologias na Educação, v. 8, n. 2, jul. 2010.

CARDOSO, F. H. Capitalismo e escravidão no Brasil Meridional. São Paulo, Difusão Européia do Livro, 1962.

CAJUEIRO, Pedro Inácio. A imputabilidade das condutas criminosas de prática de racismo e injúria racial via redes sociais Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 02 nov 2020. Disponivel em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53077/a-imputabilidade-das-condutas-criminosas-de-pratica-de-racismo-e-injuria-racial-via-redes-sociais. Acesso em: 02 nov 2020.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. Preconceitos de cor e racismo no Brasil. Revista de Antropologia, São Paulo, v. 47, n. 1, 2004.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política.

5. ed. São Paulo: Ed. UnB, 2004. v. 1.

Código Penal. Decreto-Lei n. 2.848 de 1.940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 14 jan. 2014.

Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 14 jan. 2014.

GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. Como trabalhar com “raça” em sociologia.

Educação e Pesquisa, São Paulo, v. 29, n. 1, p. 93-107, jan./jun. 2003.

SANTOS, Christiano Jorge. Crimes de preconceito e discriminação. 2. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

HOUAISS, Antônio. Minidicionário da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 2008.

Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 14 jan. 2014.

MICHAELIS. Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 2013.

NOGUEIRA, Oracy. Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem. Tempo Social (Revista de Sociologia da USP), São Paulo, v. 19, n. 1, p. 287-308, nov. 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. São Paulo: Ed.Revista dos Tribunais, 2008.

SANTOS, Christiano Jorge. Crimes de preconceito e discriminação. 2. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

HAVILAND, W. et all. Princípios de antropologia. São Paulo. Cengage. Learning, 2011. Cap. 8. Características da Cultura.

MARTINS, Ilton Cesar. O racismo nas redes sociais: o mundo virtual é feito por pessoas de carne e osso. Disponível em: <http://www.vvale.com.br/geral/racismo-redes-sociais>. Acesso em 12 set.2017.

NOGUEIRA, O. Preconceito racial de marca e preconceito racial de origem – sugestão de um quadro de referência para a interpretação do material sobre relações raciais no Brasil. QUEIROZ, T. A. Tanto preto quanto branco: estudos de ralações raciais. São Paulo, Edusp, 1988.

SILVA, Mateus Lôbo de Aquino Moura. Casa Grande e Senzala e o mito da democracia racial. 39º Encontro Anual da ANPOCS. Caxambu,MG, 2015.

https://medium.com/@jornaldiasporanegra/o-que-foi-a-pol%C3%ADtica-de-embranquecimento-cultural-no-brasil-do-s%C3%A9culo-xx-e3a4902f6f4

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A CRISE DE REPRESENTAÇÃO POLÍTICA NO BRASIL E O ANSEIO POR UM MODELO ALTERNATIVO PARA O SISTEMA ELEITORAL BRASILEIRO

ANNA ALICE RIBEIRO BRANDÃO:
Advogada formada pela Universidade Federal de Pernambuco

RESUMO: O presente estudo trata de um passeio pelos sistemas eleitorais empregados atualmente no Brasil, tecendo considerações acerca dos pontos positivos e negativos dos sistemas majoritário e proporcional. A fórmula complexa adotada nas eleições legislativas viabiliza a ausência de representatividade, uma das maiores responsáveis pela falência do sistema político-eleitoral. Diante disso, faz-se pertinente suscitar uma verdadeira reforma política, incluindo novos métodos de eleição que alcancem a sociedade de forma a representá-la não só formalmente, mas principalmente nos pleitos materiais. Para tanto, desenha-se modelos alternativos adotados por outras democracias representativas, apontando as vantagens e desvantagens de importá-los, a fim de alcançar um sistema eleitoral mais justo, eficiente e representativo.

PALAVRAS-CHAVES: Sistemas eleitorais. Sistema proporcional. Sistema majoritário. Sistema distrital misto. Eleições. Representação política.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Sistema majoritário. 3. Sistema proporcional 4. Sistema distrital. 4.1 sistema distrital misto. 5. Sistema proporcional em dois turnos 6. Breves retoques. 7. Considerações finais.

1.Introdução

"As únicas coisas eternas são as nuvens". A beleza da poesia de Mário Quitana quase que por um instante pode nos roubar da realidade de perceber que, exceto as nuvens, tudo ao nosso redor é efemeramente findo. Todos os objetos, costumes e modelos atualmente conhecido por nós possuem prazo de validade. Isso ocorre porque o ser humano é adaptável e está sempre em busca do aperfeiçoamento, portanto, é natural que no processo de evolução tenhamos alguns valores e estruturas agregadas, e outras, abandonadas.

O Sistema Eleitoral, enquanto método utilizado para a escolha dos representantes da população, não foge à regra. A estruturação e mudança inerente à matéria eleitoral é fruto de conflitos e negociações políticas, tentando equacionar uma fórmula que traduza de forma perfeita as ambições de crescimento, atenda às necessidades da sociedade, seja justa, eficiente e econômica.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

As eleições fazem parte da arquitetura política de uma sociedade democrática em busca da tentativa de materializar o princípio da soberania popular. Por se tratar de um tema tão caro, há um debate secular sobre a melhor forma de fazê-lo e, em que pese a longa jornada para tanto, a solução encontra-se distante.

Algumas premissas, no entanto, parecem consolidadas e são unânimes aos diversos modelos propostos: a necessidade de ouvir as minorias políticas é uma delas.

Afirmar que a votação é a expressão da voz da maioria é uma noção simplista. A contrário senso do que propôs Luís Virgílio Afonso da Silva, o sistema eleitoral vai muito além de transformar votos em mandatos. Há muitos critérios que envolvem uma eleição a depender do cargo que está sendo disputado. Porventura, a principal questão ao adotar um sistema é definir que a maioria política exerça seu governo, aplique suas diretrizes e ideais, permitindo que a minoria política (oposição) também seja representada.

Um sistema em que os vencedores exercem o poder e o não-eleitos tampouco exercem participação no sistema político, está fadado ao fracasso. De acordo com a história, a consequência de um modelo anti-representativo é a disputa anti-democrática pelo poder. Isso porque, diante da inviabilidade de ser ouvido, o grito mudo das minorias se materializa através de métodos arbitrários de fomentar mudanças, incluindo extirpação - furiosa - do poder.

Percebe-se, portanto, que para haver um exercício saudável do poder, o sistema político, ao mesmo tempo que prestigia a maioria, precisa acolher as minorias políticas. A maneira como ocorre tal acolhimento é motivo de alguns debates acerca da sua eficiência, sobretudo diante do cenário atual em que se vive uma crise de confiança na política nacional. Diante disso, é possível estudar modelos alternativos para o sistema eleitoral brasileiro, com a finalidade de alcançar um sistema mais justo, representativo, econômico e eficiente.

Originalmente, encontra-se na seara do Direito Eleitoral, três modelos de sistemas eleitorais conhecidos: o **majoritário** (subdividindo-se em simples e absoluto)**, o proporcional** (que pode ser de listas abertas ou de listas fechadas) **e o distrital** (podendo ser simples ou misto).

2.Sistema Majoritário

A origem do sistema majoritário advém das práticas da Igreja Católica para determinar os representantes das circunscrições administrativas na Idade Média.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No Brasil, o critério majoritário absoluto é utilizado para as eleições de cargos executivos (presidente, governador e prefeitos de municípios que possuam mais de duzentos mil eleitores). A sua forma de contagem é muito simples, vence o candidato que supere 50% dos votos válidos[1]. Os britânicos costumam usar uma expressão comum às corridas de cavalo*: first past the post*,[2] ou, vence que obtiver 1º lugar na votação.

> "É baseado na ideia que a opinião da comunidade deve ser expressada simplesmente pela maioria apurada".[3]

O critério majoritário relativo, por sua vez, é aplicado aos senadores e às eleições de prefeitos cujos municípios possuam menos que duzentos mil eleitores. O critério definidor aqui não será a maioria dos votos em relação ao total, mas a maioria dos votos em relação aos outros competidores: vence quem tem mais voto que o outro. Já houve eleição no Brasil em que – diante de um cenário pulverizado - o candidato foi eleito com 15% dos votos, o que é um número ínfimo considerando uma eleição majoritária, mas ele havia sido o mais votado em relação aos outros, portanto, não havia qualquer irregularidade no seu pleito.

A perspectiva do critério majoritário não é eleger um candidato em razão do seu número de votos ter sido maior que o do outro tão somente. Mas, sob outro ângulo, materializar a vontade da maioria da população, materializar aquilo que a sociedade espera do resultado eleitoral.[4]

O sistema majoritário não guarda grandes polêmicas.

3.Sistema Proporcional

Nascido na Bélgica[5], em meados do séxulo XIX, tem como ideia matriz defender a liberdade de a minoria possuir representação política. Historicamente, surge como oponente ao sistema majoritário, em uma tentativa de melhor atender ao imperativo democrático, com o intuito de formar um governo estável.

No Brasil, um dos proponentes defensores do sistema proporcional foi José de Alencar[6]

> "(...) É evidente que um país estará representado quando seus elementos integrantes o estiverem na justa proporção das forças e intensidade de cada um. (...) É essencial à legitimidade dessa instituição (o governo representativo) que ela concentre todo o país no Parlamento, sem exclusão de uma fração qualquer da opinião pública."

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O sistema proporcional rege as eleições dos vereadores e deputados federais, estaduais e distritais. A razão de ser do sistema proporcional pressupõe uma lógica completamente diferente do sistema majoritário. Aqui não vence apenas quem foi mais votado, pois isso geraria uma homogeneização da assembleia legislativa ou câmara dos deputados. O sistema proporcional assegura a oportunidade de a oposição estar inserida nesses ambientes, propõe uma verdadeira representação de minorias, proporcionando um verdadeiro mosaico social[7].

De acordo com Bonavides, a busca por este sistema (proporcional) retraça no órgão coletivo a diversidade de correntes populares, em proporção às forças de cada uma delas. A proporcionalidade pressupõe a multiplicação de partidos que têm interesse em sublinhar os pontos de divergências em relação aos outros.[8]

A democracia precisa de oposição para sobreviver, do contrário, apenas ecoariam as vozes dos muitos que legislam para poucos.

> "[...]a base sobre a qual se assenta é desfazer valer válidos todos os sufrágios,não deixar restos sem eficácia,não dar tudo vencedor,como no sistema majoritário,onde o eleitorado vencido perdeu o seu voto porque não elegeu ninguém"[9]

No sistema proporcional de lista aberta o que interessa é o voto depositado ao partido[10]. Em primeiro plano, o que determina quem vencerá as eleições é o quociente eleitoral e o quociente partidário. Somente em segundo plano é que será considerado o voto em candidato específico. Se o total de votos válido foi 100mil e há 10 vagas na disputa, o quociente eleitoral é 10 mil votos válidos. Se o partido X consegue 50 mil votos, ele garantirá 5 vagas, ainda que somente seu primeiro candidato tenha garantido 40 mil votos, por exemplo. Essa dinâmica do sistema proporcional gera uma particularidade bastante polêmica que é a eleição de "caronistas".

> "A proporcionalidade não devia ser considerada um problema aritmético e sim político, o importante era que as oposições se sentissem representadas. A consideração da quantidade é muito secundária em certas medida indicada pela natureza das coisas; é quase indiferente a elas e o é de todo à regularidade da evolução política, que o número de seus parciais seja mais ou menos volumoso. Para a maioria sim, a quantidade assume as proporções de uma exigência virtual."[11]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Na eleição de 2002 no Estado de São Paulo houve um fato que chamou atenção da população: um candidato obteve uma eleição estrondosa (com mais de 1 milhão e meio de votos), garantindo que mais 5 deputados do partido fossem eleitos junto com ele, dentre eles um candidato que conseguiu pouco mais de 200 votos. Esse fato causou desde curiosidade até indignação, sobretudo porque muitos eleitores não compreendiam como era possível que outro candidato que angariou 90mil votos não conseguiu se eleger.

A falência de todo sistema político-eleitoral desponta daqui.

A estrutura eleitoral no Brasil é muito complexa e não é ensinada de forma adequada para a população, além disso, as eleições majoritárias e proporcionais sendo realizadas conjuntamente não colabora para os esclarecimento das regras do jogo. A informação mais popularmente difundida sobre democracia e exercício de voto é de que a população tem poder de escolher os seus representantes e é responsável pelos ideais que são irradiados pelo legislativo. Essa premissa é verdade, porém nem tanto.

O sistema proporcional não garante que o candidato mais aclamado pela população será o candidato eleito, pois a votação não depende somente do candidato, mas também do partido.

> "A proporcionalidade não devia ser considerada um problema aritmético e sim político, o importante era que as oposições se sentissem representadas. A consideração da quantidade é muito secundária em certas medida indicada pela natureza das coisas; é quase indiferente a elas e o é de todo à regularidade da evolução política, que o número de seus parciais seja mais ou menos volumoso. Para a maioria sim, a quantidade assume as proporções de uma exigência virtual."[12]

Os dados são reveladores. Ao analisarmos a Câmara dos Deputados atual, o número de parlamentares os quais obtiveram votação pessoal (quociente eleitoral) suficiente para estar lá não alcança 15%: a maioria (85%) foi eleita devido aos votos obtidos pelos candidatos do respectivo partido. Esse é o sistema proporcional de lista aberta, vigente no Brasil.

Há um fenômeno comum no Brasil que é a terceirização da culpa. Absolutamente todas as esferas da sociedade que não funcionam pressupõe a culpa do outro, não minha. O outro não segue a lei. O outro não sabe votar. O outro não é educado o suficiente. Trata-se de um fenômeno comum

aos países subdesenvolvidos que custam a aceitar que as mazelas da sociedade pertencem a todos.

No entanto, talvez o único espaço que esse discurso não soe arrogante, mas carente de conhecimento, é aqui. A população não se reconhece nessa formação de um legislativo de competência e procedência ética duvidosas e esse hiato entre "quem a população vota" e "quem é, efetivamente, eleito" explica muita coisa acerca da crise de representação no Brasil.

Antes de tudo porque os eleitos não traduzem os ideais e anseios da população e nem sequer se preocupam em fazê-lo, pois não há um real compromisso com a sociedade; e também porque esse candidato preocupa-se tão somente a legislar para o partido e para os poucos votos que o elegeram. Ou seja, não é só porque os eleitos não legislam para a sociedade, mas sobretudo porque eles legislam terminantemente contra ela.

Além disso, o próprio trunfo do sistema proporcional, qual seja, a vasta gama de possibilidades de votos, acaba por ser também seu próprio percalço: o número excessivo de legendas partidárias compondo o parlamento dificulta a governabilidade, pois para atingir concesso dentro desse congresso, faz-se pertinente fazer concessões, ceder ministérios, entre outros arranjos que visam satisfazer interesses pessoais em detrimento dos interesses da sociedade.

É pensando em uma alternativa a esse modelo anti-representativo, que surge o sistema proporcional de listas fechadas ou preordenadas. Neste sistema, o responsável por essa ordenação é o partido. Ele apresenta a lista de candidatos preordenados (primeiro, segundo, terceiro, quarto, quinto...) e a eleição dependerá dos votos que o partido obtém e os candidatos serão eleitos na ordem da lista que o partido apresentou.

Esse sistema possui diversas vantagens.

A primeira delas é de se ter conhecimento de quem são os possíveis candidatos eleitos, portanto, denota previsibilidade para o eleitor. Apesar de na lista aberta você também ter a possibilidade de saber quem são os candidatos do partido, não há a menor possibilidade de saber quem daqueles tem a possibilidade de receber a carona, é um tiro às escuras.

A segunda vantagem do sistema de lista fechada é diminuir os custos das eleições. Atualmente, a eleição é uma disputa de todos contra todos e é justamente isso que a encarece.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

4.Distrital

O sistema distrital já existiu no Brasil, mais precisamente na época do Império. A lógica do que ele adota é que a disputa se dá em uma circunscrição ficta distrital. Por exemplo, o estado de São Paulo poderia ser dividido em 70 distritos e cada um deles elegeria um Deputado Federal (distribuição uninominal) ou até mais de um (distribuição plurinominal), para balancear melhor as eleições. A ideia central do distritão é abolir as eleições proporcionais e adotar o sistema majoritário relativo para as eleições legislativas; isso presume que haverá maior proximidade entre o candidato e seu eleitoral, proporcionando um sistema mais representativo.

De acordo com Paula Lopes [13], colunista da Veja, esse modelo garante autenticidade ao voto e evitaria o fenômeno da amnésia-eleitoral. De acordo com os dados do TSE, 70% da população não lembra em quem votou na eleição anterior[14]. Esse dado revela que não há um compromisso sólido entre eleitor e candidato, o que provavelmente não aconteceria no caso de eleições menos dispersas.

Alguns estudos que analisam a associação entre corrupção e os sistemas eleitorais[15], apontou que no sistema distrital, por haver uma maior identificação com o candidato está mais suscetível à fiscalização dos eleitores e se revela menos vulnerável às práticas corruptas.

No entanto, ele não supera alguns inconvenientes, muitos deles justamente no tocante à representação. Primeiramente, Um deputado eleito pelo distrito acaba por exercer fidelidade aos seus eleitores, produzindo reformas e proporcionando benefícios para uma pequena parcela de eleitores, assemelhando sua função a de um vereador e essa é uma visão deturpada do que significa o sistema representativo na democracia.

A autoridade dos representantes designados é legitimada pela soberania popular, devendo o exercício do poder político ser exercido em prol de todos, não apenas dos que o apoiam. Essa interiorização provocada pelo sistema distrital, preterindo a melhoria em uma perspectiva nacional, estimulando o clientelismo.

Percebe-se, portanto, que a lógica do “the winner takes it all” (ou, o vencedor leva tudo) prejudica a oposição e, consequentemente, a governabilidade.

Assis Brasil contorna essa face inoportuna sugerindo que uma vez eleito, o deputado represente o distrito inteiro, não somente a fração de eleitores simpatizantes. No entanto, abre-se questionamento para analisar: não seria justamente este o problema do sistema proporcional? Ter representantes que não foram necessariamente eleitos é um dos maiores pilares que contribuem para uma

casa legislativa pouco representativa, portanto, submeter o sistema eleitoral atual a uma reforma e conservar o problema, parece-me o poético popular trocar seis por meia dúzia.

Outro problema bastante debatido na doutrina é de como seria feita a divisão dos distritos. Nos EUA, a expressão "gerrymandering", que sugere o redesenho dos limites dos círculos eleitorais para favorecer os candidatos de determinado partido, ficou popular depois do escândalo nas eleições para governadores.

No Brasil, muito provavelmente, demoraríamos décadas até definir uma circunscrição justa e provavelmente ainda assim não a alcançaríamos.

4.1 Sistema Distrital Misto

Uma vertente bastante popular do sistema distrital é o sistema distrital misto ou alemão. Nele, conjuga-se ambos os critério: a divisão do distrito (parte dos parlamentares são eleitos com base na eleição majoritária) e os votos partidários[16]. Em termos simples: ele conjuga uma eleição majoritária com uma reserva da expectativa de vagas que partido tem direito a ocupar de acordo com votação que recebeu no seu conjunto.

O sistema misto nasceu do embate entre dois colossos políticos alemães do pós-guerra: o partido democrata-cristão e o partido social-democrata. Isso porque após a Segunda Guerra a Alemanha vencida viu-se compelida formular uma nova Constituição que superasse o sistema proporcional proposto por Weimar e o modelo de exceção do Nazismo.

O debate acerca da implantação de um sistema distrital misto no Brasil não é exatamente um marco inovador. Desde o século anterior já se debatia a possibilidade da implantação desse sistema. Sob a égide do Ministro Edgar Costa, o projeto previa a divisão da federação em distritos, em os deputados federais e estaduais se elegeriam por meio do voto distrital, mas teriam representação proporcional, mas esse projeto não prosperou.

Em 1964, às vésperas do golpe militar, surgiu uma nova proposta do sistema, elaborada por Franco Montoro, muito mais aproximado ao modelo original alemão, tendo como única diferença o cálculo do quociente eleitoral, feito na Alemanha nacionalmente e no Brasil à nível estadual.

> "Montoro apresenta três fundamentos para seu projeto, quais sejam: assegurar a autenticidade da

> representação popular, combater a influencia do poder econômico nas eleições e fortalecer a vida partidária. O voto em lista aberta, na circunscrição estadual como um todo, parecia-lhe escancarar a porta à influencia decisiva do poder econômico e governamental e impedir a formação de vínculos efetivos entre eleitores e representantes. Sobretudo, parecia-lhe que o sistema proposto estaria mais blindado aos aventureiros, que, com apoio de grupos econômicos, buscam votos em regiões com as quais não tem vínculos."[17]

Recentemente, em meados dos anos 90, o ex presidente Fernando Henrique Cardoso apresentou um projeto de lei ordinária que tinha como objetivo instituir o sistema eleitoral de raízes alemãs aqui no Brasil.

Na Alemanha, adota-se esse sistema e, quando a conta não fecha, amplia-se o número de parlamentares. Com isso, não há exatamente uma definição concreta de quantos parlamentares ocupará as vagas por eleição; faz-se pertinente pontuar, no entanto, que a Alemanha conta com um sistema de dois ou três partidos efetivamente competitivos. Em um sistema como o nosso, com uma pluralidade demasiada de partidos, há grandes chances de desordem.

5.Sistema Proporcional em dois turnos

Proposta apresentada pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE), o sistema proporcional em dois turnos já existiu no Brasil, previsto no Código Eleitoral de 32, mas apresentava um modelo diverso.

Naquele momento, havia dois turnos na mesma ocasião: no dia da eleição, o eleitor recebia uma cédula, preenchia os nomes de candidatos em ordem preferencial e a apuração era feita sobre todos eles. Obviamente, tratava-se de uma apuração tormentosa e que gerava algumas dúvidas.

O MCCE propõe que a eleição para as Casas Legislativas (Câmara dos Deputados, Assembleias Legislativas, Câmara Distrital, Câmaras de Vereadores) se dê em dois turnos. No primeiro, vota-se no partido, que divulga a relação de candidatos. Há um número de votos por partido (exemplo: de acordo com votos que obteve, tem direito a ocupar 10 cadeiras.) No segundo, partido lança 20 candidatos: 20 candidatos do partido disputam a eleição. Sendo assim, é o eleitor quem ordena a lista. Portanto, elege-se em dois turnos: no primeiro, vota-se no partido – para saber

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

quantas vagas ele ocupará – e, no segundo, escolhe-se quais candidatos do partido se prefere. Seria o método do sistema proporcional em dois turnos.

6.Breves Retoques

O modelo atualmente utilizado pelo Brasil, apenas encontra similitude com o modelo eleitoral da Finlândia, o que demonstra uma certa adinamia desse modelo.

Apesar de acreditar na reforma política como a solução para muitos dos problemas políticos no país, é sabível que se trata de uma arriscada manobra, tão burocrática e delicada que pode demorar séculos para acontecer, ou nunca ocorrer. Portanto, enquanto não são adotados modelos diversos ao sistema eleitoral, são feitos alguns retoques importantes na construção de uma democracia mais representativa aqui no Brasil.

A partir das eleições de 2020, visando evitar a eleição de caronistas com votação ínfima, começa a valer o critério dos 10%. Esse critério é um breve retoque na lei, ressalvando que somente é eleito o candidato que receber votos em número igual ou superior ao quociente eleitoral. A novidade legislativa é um inegável avanço na busca por um processo eleitoral o menos imperfeito possível.

Apesar dos esforços, nem todas as lacunas serão preenchidas e algumas inconsistências ainda perduram. Um exemplo disso que a novidade legislativa dos 10% não atinge os votos remanescentes. Explico: nas eleições os votos raramente são redondos "dez mil votos" (10.000); a regra é que a casa das centenas e dezenas revelem números quebrados de eleitores e esses votos remanescentes são disputados por todos os partidos, mesmo aqueles que não atingiram o quociente.

O STF decidiu em sede de ADI pela constitucionalidade do art. 3º da Lei 13488/17 que fastou a necessidade de que os partidos e as coligações obtenham quociente eleitoral para participar da distribuição dos lugares não preenchidos com a aplicação dos quocientes partidários e em razão da votação nominal mínima de 10%. A justificativa é que a modificação permite que os partidos menores possuam representação parlamentar e que a sociedade seja beneficiada com o pluralismo político.

Em que pese os ajustes ainda não serem a tão ansiada reforma política, trata-se de uma remodelação do sistema vigente para melhor atender às súplicas da democracia representativa, uma grandiosa evolução considerando os resultados das últimas eleições no Brasil.

7.Conclusão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Diante da efemeridade dos eventos fáticos, é compreensível que a sociedade e a comunidade intelectual reúnam esforços para pensar em uma alternativa aos aparatos eleitorais atualmente conhecidos, sobretudo diante da volatidade e inconsistências das forças políticas que ora nos representa.

O fato de a democracia no Brasil ainda ser muito jovem justifica o porquê das instituições do Estado Democrático de Direito ainda não estarem em sua plena sofisticação. É certo, também, que o caminho para construir uma base democrática sólida passa pelo aperfeiçoamento de regras, modelos e sistemas; no entanto, alguns pontos carecem de muito mais do que simples ajustes em suas fórmulas.

O sistema eleitoral proporcional revela muitas inconsistências em sua forma atualmente conhecida. Por essa razão, há poucos países que o adotam como método eleitoral principal. Isso ocorre porque, embora o maior trunfo do sistema proporcional seja a representatividade que ele propicia, ele não cumpre satisfatoriamente sua função.

No Brasil, o sistema proporcional é o que revela maiores problemas. Seja durante as eleições, com seu gastos exorbitantes; seja na sua lógica peculiar que elege um parlamento com 85% de cadeiras não representativas.

Com base nisso, surge um pleito nacional por uma reforma política, a fim de que o sistema eleitoral seja mais justo e eficiente para a população. Em que pese a apresentação de diversas propostas adaptadas das grandes democracias, nenhuma delas obteve robustez suficiente para ensejar uma reforma política, pois todas elas insistem em revelar defeitos nos desempenhos quando pensadas na realidade "Brasil".

Enquanto não há obtenção de uma fórmula adequada, o Brasil segue refém dos sistemas eleitorais hoje vigentes, sendo possível tão somente realizar breves retoques para minimizar os efeitos contraproducentes que ora estamos submetidos.

REFERÊNCIAS

[1] NICOLAU, Jairo. História do voto no Brasil. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. Ed 2000, p. 15

[2] DAHL, Robert A. Sobre a Democracia. Trad. Beatriz Sidu. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, p. 148.

[3] SOUZA, Sully Alves de; BARRETO; Vicente. Sistemas eleitorais – Voto e Representação. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. P. 31

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[4]CINTRA. Antônio Octávio. Majoritário ou proporcional? Em busca do equilíbrio na construção de um sistema eleitoral. In: VIANA, João Paulo Saraiva Leão; NASCIMENTO, Gilmar dos Santos. O sistema político brasileiro: continuidade ou reforma? Porto Velho: Edufro, 2008. P. 18-44

[5] PINHEIROS FILHOS, I. voto distrital misto (proporcional personalizado). Brasilia: Câmara dos Deputados, 1992, p-76

[6] MILL, John Stuart. Considerations on representative government. Londres, 1860.

[7] CARSTAIRS, Andrew Mclaren. A short history of electoral systems in Western Europe. Londres: George Allen & Unwin, 1980

[8] BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2002. P- 89

[9] BONAVIDES, Paulo. Os sistemas eleitorais. In: Ciência política. 10. ed. cap 17.São Paulo: Malheiros editores, 2002. P. 253

[10] MEZZAROBA, Orides. **Direito partidário brasileiro.** 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. P 292

[11] LAMOUNIER, B e NOHLEN, D. Presidencialismo ou parlamentarismo. São Paulo: Loyola, 1993. P. 93

[12] ASSIS BRASIL, J. F. de. Democracia representativa: do voto e do modo de votar. 4ª ed, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1931, p. 147

[13] LOPES, Paula. Como aumentar o peso do seu voto. Veja, Rio de Janeiro, ano 44, n.36, p.78-84, set. 2011.

[14]TORQUATO, Gaudêncio. A amnésia Eleitoral. O tempo. Belo Horizonte – MG, 07/12/10. Disponível em: < https://www.otempo.com.br/opiniao/gaudencio-torquato/a-amnesia-eleitoral-1.215763> acesso em: 27/09/2020.

[15] (KUNICOVA, ROSE-ACKERMAN, 2003).

[16] CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luiz de Pádua. Sistema proporcional e quociente eleitoral. Divinópolis: Diex, 2005, p- 34

[17] CAVALCANTI, Themistocles Brandão. O voto distrital no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1975. P 299-312 (apud CINTRA, Antônio Octávio. Majoritário ou Proporcional?, Fundação Konrad Adenauer Stiftung. P -85 disponível em:

< https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=53e33a53-f785-85d9-2b9c-a367be5becaf&groupId=265553> visto em: 30/09/2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO COMPULSÓRIA DA LIBERDADE PROVISÓRIA CONFORME O PACOTE ANTICRIME

THALLYSON FARIAS TELES PEREIRA

ANA ISABEL RODRIGUES RIBEIRO DE SOUSA

(autores)

ROGÉRIO SARAIVA XEREZ

(orientador)

RESUMO: O Código Processual Penal obteve algumas alterações inseridas pela Lei 13.964/2019 – Pacote Anticrime - dentre as quais se encontra a vedação à concessão da liberdade provisória prevista em seu art.310, §2º. Tal vedação automática já foi rechaça pelo Judiciário em outras oportunidades sob o fundamento da violação do Princípio da Presunção de Inocência, o do Devido Processo Legal e o Instituto da Liberdade Provisória. Nesse sentido, objetiva-se analisar a (in)constitucionalidade dessa alteração, coletando informações em torno do Instituto da Liberdade Provisória, paralelo à prisão preventiva, que sirvam de base para sinalização de inconstitucionalidade do mencionado dispositivo. Se por um lado essa inovação cumpre a finalidade a que foi destinada de reduzir a sensação de impunidade nos casos referidos, por outro lado pode ferir direitos e princípios constitucionais. Portanto, almeja este artigo reunir argumentos da literatura e jurisprudência em direção da inconstitucionalidade, diante da existente divergência sobre o tema.

Palavras-chave: liberdade, pacote anticrime, prisão, cautelar, provisória.

Abstract: The Criminal Procedure Code, received some changes inserted by the Law 13.964/2019 - Anti-crime Law - which is founded the prohibition on granting provisional contained in the article 310, §2º. This automatical prohibition already was rejected by the Judiciary in others opportunities under the explanation of Principle of Presumption of Innocence, Due Process of Law and the Provisional Freedom Institute violation. Following this reasoning, the objective is analyse the (un) constitutionality of this change collecting informations about the Provisional Freedom Institute, parallel to pre-trial detention, that could be used as base for an unconstitutionality signaling from the mentioned law. If, on the one hand, this innovation fulfills its intended purpose of reducing the sense of impunity in the cases referred to, on the other hand, it can hurt constitutional rights and principles. Therefore, this article aims to gather arguments from the literature and jurisprudence towards unconstitutionality, given the existing divergence on the topic.

Keywords: freedom, anti-crime law, prison, precautionary, provisional.

Sumário: 1 Introdução. 2 Liberdade Provisória. 2.1 Fundamentos constitucionais. 2.2 Conceito e classificação. 2.3 Espécies. 3. Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019). 3.1 Aspectos gerais. 3.2 Alteração na liberdade provisória. 4. Vedação Compulsória da Liberdade Provisória. 4.1 Presunção de inocência e devido processo legal. 4.2 Ausência de análise concreta. 4.3 Prisão ex lege. 4.4 Inversão da excepcionalidade. 4.5 Inconstitucionalidade em leis específicas. 5 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A liberdade sempre esteve em xeque desde os primórdios da civilização humana, inúmeras e bárbaras foram às justificativas para restringir o direito de ir e vir do ser humano, desde critérios de raça, cor ou religião até dívidas civis.

Contudo, evoluções e progressos foram atingidos, mesmo que a ritmo lento, e a atual visão geral, compactuada com moldes modernos civilizatórios, inadmitem obstáculos abstratos ao direito fundamental a liberdade.

Com efeito, no Brasil não foi diferente, ao se falar do Direito Penal brasileiro, a prisão é medida sancionatório de *ultima ratio,* e depende, por força constitucional expressa, de sentença condenatória transitada em julgado. Nesse viés se consolidada constitucionalmente o instituto da liberdade provisória, respaldando o direito de ir e vir e, principalmente, o Princípio da Presunção de Inocência como primordial em Estado Democrático de Direito

A liberdade provisória é um instituto processual penal acautelatório concedido pelo magistrado que permite ao réu aguardar o trâmite penal em liberdade quando não se verificarem os requisitos que ensejem a conversão do flagrante em prisão preventiva, podendo ser acompanhada de fiança, medidas cautelares diversas da prisão ou ambas.

Em regra, o momento de concessão do benefício se dá em audiência de custódia, após a prisão em flagrante (pré-cautelar) e antes de conversão em preventiva, ao passo que é neste instante a análise imprescindível dos requisitos enunciados no art. 312 do Código de Processo Penal.

Tais requisitos devem ser observados à luz das circunstâncias concretas do caso em exame, para que, diante de crivo discricionário, o Magistrado possa se manifestar pela necessidade ou não de encarceramento cautelar. Logo, a liberdade provisória é uma medida alternativa, de caráter substitutivo em relação à prisão preventiva (LOPES JR, 2019).

Outrossim, a adição do §2º ao art. 310 do mesmo diploma pela Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), vetou o benefício àqueles que são reincidentes ou que integrem organizações criminosas armadas ou milícias, ou que portem armas de fogo de uso restrito. Significa dizer, portanto, que os pacientes aí enquadrados, estariam sujeitos a uma prisão *ex lege*, sem análise de necessidade de segregação de liberdade a título cautelar frente ao caso concreto, ao visto que o veto à concessão de liberdade provisória culmina na aplicação de plano da prisão preventiva.

O Supremo Tribunal Federal já enfrentou situações análogas, senão idênticas, a exemplo da Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90), que na redação original de seu art. 2º, inciso II, empregava como insuscetível de fiança e liberdade provisória os crimes hediondos, a prática de tortura e o tráfico ilícito de entorpecente, todavia, o texto foi revogado retirando-se a expressão liberdade provisória (Lei nº 11.464, de 2007).

No mesmo sentido, outro exemplo que será aqui analisado, é o do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/03), que dispõe em seu art. 21 a vedação ao benefício da liberdade provisória para alguns crimes enunciados na mesma norma, apesar de já haver posicionamento contrário dos Ministros do STF na ADI 3112/DF.

E mais recentemente, o enfrentamento ao art. 44 da Lei de Tóxicos (Lei 11.343/06), outro dispositivo restritivo a concessão da liberdade provisória, também já analisada pela Suprema Corte em HC 104.339/SP, mantendo idêntico posicionamento.

Desta forma, como será desenvolvida adiante, o Supremo Tribunal Federal argumenta que a vedação em abstrato à concessão de liberdade provisória é inconstitucional visto que o texto magno não autoriza a prisão *ex lege*, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente (BRASIL, 2012).

Assim, incialmente aborda-se o Instituo da Liberdade Provisória, desde seu conceito às espécies, adentrando logo após nos aspectos gerais do Pacote Anticrime e sua respectiva alteração referente à liberdade provisória. Em seguida, para melhor esmiuçar o assunto, trabalha-se a vedação da liberdade provisória no ordenamento jurídico brasileiro e seus reflexos, para chegar a uma conclusão com base no estudo realizado.

Apesar das manifestações anteriores a favor da inconstitucionalidade da vedação em abstrato à concessão da liberdade provisória em leis especiais, o legislador inseriu "novas" situações de vedação apriorística através do Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19) no Código Processual Penal. Portanto é imprescindível

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

observar os princípios e garantias constitucionais em todo o ordenamento jurídico e descartar toda e qualquer disposição em contrário, e é sobre isso que o presente estudo tratará.

2 LIBERDADE PROVISÓRIA

2.1 Fundamentos Constitucionais

A Constituição Federal de 1988 consagrou o direito à liberdade como um direito fundamental. Dentre as derivações de liberdade presentes em seu artigo 5º, está positivado o instituto da liberdade provisória - inciso LXVI - ao declarar que "ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança".

Isso se deve à necessidade de impedir o abuso ou desvio de finalidade das prisões através de inobservância de requisitos legais, de direitos intrínsecos a pessoa humana, e dos dois importantes princípios que regem mais de um desdobramento do Direito e, principalmente, o Direito Processual Penal.

O primeiro princípio trata-se do Princípio da Presunção de Inocência, princípio base do processo penal, positivado no art.5º, LVII, da CF/88, pelo qual "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Nesse sentido, Aury Lopes Júnior afirma que:

> "[...] é um princípio reitor do processo penal e seu nível de eficácia denota o grau de evolução civilizatória de um povo. Do "não tratar o réu como condenado antes do trânsito em julgado", podemos extrair que a presunção de inocência é um "dever de tratamento processual", que estabelece regras de julgamento e de tratamento no processo e fora dele". (LOPES JR., 2019)

Seguindo o raciocínio do autor, por ser um dever de tratamento, manifesta-se tanto interna como externamente. Seu aspecto interno diz respeito à produção de provas, tendo a responsabilidade para tal encargo o julgador, à limitação da incidência das prisões cautelares – impedindo a utilização delas como meio de antecipação da pena e manutenção de duração das mesmas – e a imposição do "in dubio pro reo", expressando que em caso de dúvidas favorecerá o réu. Já o seu aspecto externo encontra-se na proteção contra a publicidade e infamação abusiva do acusado quanto a imagem, dignidade e privacidade do réu, garantindo-se sua proteção (LOPES JR., 2019).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O segundo princípio é o devido processo legal, também positivado na Constituição Federal em seu artigo 5º, LIV, o qual diz "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Sobre ele, afirma Fernando Capez:

> "[...] garante ao acusado a plenitude de defesa, compreendendo o direito de ser ouvido, de ser informado pessoalmente de todos os atos processuais, de ter acesso à defesa técnica, de ter a oportunidade de se manifestar sempre depois da acusação e em todas as oportunidades, à publicidade e motivação das decisões, ressalvadas as exceções legais, de ser julgado perante o juízo competente, ao duplo grau de jurisdição, à revisão criminal e à imutabilidade das decisões favoráveis transitadas em julgado" (CAPEZ, 2019)

Dessa forma, verifica-se que o princípio do devido processo legal visa proteger todas as garantias e direitos do acusado, principalmente a liberdade, para que o processo se dê em conformidade com a Lei Maior, e assim obtenha-se um julgamento dentro dos parâmetros legais.

Portanto, denota-se a nítida necessidade de obediência ao Instituto da Liberdade Provisória, que está amparada constitucionalmente não só pela sua positivação explícita, direta, como também através dos Princípio da Presunção de Inocência e o do Devido Processo Legal, que lhe aperfeiçoa e resguarda.

2.2 Conceito e Classificação

A liberdade provisória é um instituto processual que tem como objetivo garantir ao acusado o direito de aguardar em liberdade o transcorrer do processo até que seja proferida a sentença. Esse benefício pode ser vinculado ou não a algumas obrigações, e caso ocorra o descumprimento delas, poderá ser revogado a qualquer tempo (CAPEZ, 2019).

Tal instituto serve para atenuar tanto a prisão que já foi decretada – prisão em flagrante - como a que poderia ser – prisão preventiva - pois no lapso temporal ela se insere entre esses dois momentos, todavia, o segundo, por depender dos requisitos exigidos nem sempre se realizará.

Nas palavras de Edilson Mougenot Bonfim (2019) obre o Instituto da Liberdade Provisória, "[...] prevê a lei um sucedâneo à prisão provisória – uma contramedida que possibilita seja o réu ou indiciado mantido em liberdade, geralmente lhe restringindo direitos e impondo-lhe obrigações".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Dessa forma, personifica uma situação de meio-termo, que aduz o ditado popular "se correr o bicho pega, se ficar o bicho come", já que o sujeito não está preso, mas, também, não está livre, porque não goza de uma liberdade plena (BONFIM, 2019).

Embora seja uma liberdade restrita, sua vantagem se vislumbra pela não necessidade do encarceramento do agente, o que é mesmo um benefício diante da realidade do precário sistema carcerário brasileiro.

Classifica-se em Liberdade Provisória Obrigatória, Permitida e Vedada. A obrigatória transfigura o direito subjetivo incondicional do acusado, concedida nas infrações penais que não se cominam pena privativa de liberdade e infrações penais de menor potencial ofensivo (CAPEZ, 2019).

Nesse caso, a parte deve se comprometer a comparecer espontaneamente à sede do juizado, nos termos da Lei nº 9.099/95, art. 69, parágrafo único. Em outras palavras, Edilson Mougenot Bonfim diz:

> "[...] será obrigatória a concessão de liberdade provisória nas hipóteses em que a lei determina que o réu deva livrar-se solto, independentemente de fiança, em razão de circunstâncias objetivas (isto é, independentemente da condição pessoal do acusado ou investigado" (BONFIM, 2019).

Por outro lado, A permitida é aquela concedida nos casos em que não cabe a prisão preventiva, aplicando as medidas contidas no art. 319, do CPP, de acordo com as necessidades da análise do caso concreto – se não necessitar, não aplica-observando sempre os requisitos constantes do art.282, do mesmo dispositivo, assim como explicita o art. 321, do CPP.

Logo, ela é facultativa, autorizada por lei e precisa atender aos requisitos das medidas cautelares caso seja necessário que o benefício da liberdade provisória esteja acompanhado delas como meio de manutenção daquele; como a entrega do passaporte (art. 320, do CPP), a proibição de sair de sua Comarca sem autorização judicial, dentro outros (CAPEZ, 2019).

Já a vedada, como o próprio nome diz, é aquela proibida por lei, inexistindo. Não poderá ser aplicada se presente os requisitos da prisão preventiva, porque ao preencher os requisitos, não poderá mais o sujeito gozar do benefício da liberdade provisória, pois sua liberdade já não poderá mais ser apenas restrita, e terá que enfrentar o encarceramento (CAPEZ, 2019).

2.3 Espécies

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Depreende-se da própria lei, no art. 5º, LXVI, as duas espécies de Liberdade Provisória, sendo elas a concedida por meio de fiança e a que não necessita de fiança para sua concessão, e podem ser vinculadas a algumas obrigações. A realização de uma ou outra dependerá da análise do caso concreta (BOMFIM, 2019).

As duas espécies de liberdade provisória dependem da inexistência dos requisitos que ensejam a prisão preventiva, conforme o artigo 321, do CPP. No caso da liberdade provisória sem fiança, sua concessão dá-se diante de infrações penais às quais não se cominem penas privativas de liberdade (CPP. Art. 223, §1º) e infrações de menor potencial.

Nesse último caso ocorre quando a parte se comprometer a comparecer a sede do Juizado Especial Criminal, (Lei Nº 9.099/95, art. 69, parágrafo único), quando o juiz verificar que, evidentemente, o agente praticou fato acobertado por causa de exclusão de ilicitude; a competência é do juiz, depois de ouvido o Ministério Público, cabendo recurso.

A fiança criminal é a prestação de caução de natureza real que visa garantir o cumprimento das obrigações processuais do réu ou indiciado, e se dá por meio de depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou em hipoteca inscrita em primeiro lugar, conforme o art.330, caput, do CPP (CAPEZ, 2019).

É importante destacar que a legislação não especificou as hipóteses em que se trata de crimes afiançáveis, mas, sim, hipóteses de crimes inafiançáveis, portanto aplica-se uma análise "*a contrario sensu*", pela determinação das hipóteses em que a fiança não é vedada.

A fiança destina-se ao pagamento das custas, da indenização do dano, da prestação pecuniária e da multa. Ocorre se o réu for condenado, e só será aplicada se condicionada a garantir o processo, devendo ser fundamentada pelo juiz quanto à sua necessidade cautelar, sob pena de padecer de justa causa.

Quanto ao momento à sua concessão, dispõe o art.322 c/c 335, do CPP.

> Art. 322. A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.
>
> Art. 335. Recusando ou retardando a autoridade policial a concessão da fiança, o preso, ou alguém por ele, poderá prestá-

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> la, mediante simples petição, perante o juiz competente, que decidirá em 48 (quarenta e oito) horas.

Assim a concessão pode ocorrer em qualquer fase do inquérito ou do processo, até a sentença. Tanto autoridade policial quanto o juiz competente poderão conceder a fiança, devendo, contudo, respeitar seus momentos estabelecidos por lei.

A autoridade policial só concede em casos de infração em que a pena privativa de liberdade máxima não ultrapasse 4 (quatro) anos, e em caso de recusa ou retardamento da autoridade policial, o juiz decidirá, depois que o preso, ou um representante, prestá-la através de uma petição.

No que tange ao valor da fiança, deverá ser analisado a natureza da infração, as condições pessoais de fortuna e vida pregressa do acusado, as circunstâncias indicativas de sua periculosidade e a importância provável das custas do processo, até o final do julgamento, consoante o art.326, do CPP, não podendo ser tão alto e nem irrisório.

Essa medida pode passar por algumas situações particulares, quais sejam o quebramento, o perdimento e a cassação. Sobre o quebramento preleciona Edilson Mougenot Bonfim: "Considera-se quebrada a fiança quando seu beneficiário deixa de cumprir certas obrigações que lhe são impostas como condição para que se mantenha livre" (BONFIM, 2019).

Os casos que geram o quebramento da fiança estão previstos no artigo 321, do CPP, e acarretará na perda da metade do valor da fiança, podendo gerar também a decretação da prisão preventiva.

Já o perdimento da fiança ocorre quando da condenação, no caso de o condenado não se apresentar para o cumprimento da pena definitiva. Já a cassação ocorre quando houver o reconhecimento do não cabimento na espécie e da existência do delito inafiançável, no caso de inovação da classificação do delito (CAPEZ 2019).

3 PACOTE ANTICRIME (LEI Nº 13.964/2019)

3.1 Aspectos Gerais

A lei nº 13.964/2019 originou-se do projeto de lei de 2019, aprovado em janeiro de 2020, que surgiu com o intuito de adequar a legislação à realidade atual, assim tornaria o Estado mais eficiente ao dar mais agilidade no cumprimento das penas e redução da sensação de impunidade presente no cenário brasileiro.

Para isso trouxe uma série de alterações em leis como Código Penal, Código de Processo Penal, Lei de Execução Penal, e Código Eleitoral, entre outras, com o objetivo de tornar mais efetivo o combate à corrupção, ao crime violento e ao crime organizado, criando também novos métodos de investigação, mudando a legislação processual a fim de evitar processos que nunca são concluídos.

Algumas dessas alterações apenas positivaram o que a jurisprudência e a doutrina vinham argumentando há anos. Pela nova redação do artigo 311, do CPP, por exemplo, o juiz não pode decretar mais de ofício a prisão preventiva – característica do sistema inquisitório – mas, sim, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

No artigo seguinte, 312, adicionaram-se parágrafos, e em seu §2º, positiva uma necessidade básica e essencial para a decretação da prisão preventiva, qual seja a indispensabilidade da fundamentação e motivação que justifiquem a medida adotada.

Entretanto, existem alterações que têm o único condão de fortalecer a ideia de justiça por meio de punições mais severas. Estipula-se por exemplo, penas mais duras para a posse, porte, uso e comercialização de armas ilegais e, também prevê a vedação abstrata da Liberdade Provisória, constante do art.310, §2º, do CPP, objeto de debate do presente artigo.

3.2 Alterações na Liberdade Provisória

O artigo 310, do CPP, que trata da prisão em flagrante continha em seu inciso III, a seguinte redação:

> Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:
>
> III – conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

Com o Pacote Anticrime, o referido artigo teve sua estrutura mudada. O caput passou a explicitar mais detalhes da prisão em flagrante, houve acréscimos de mais parágrafos e, entre eles a mais importante, e intrigante, novidade. Assim expressa a redação do artigo 310, §2 do Código Processual Penal.

> Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:
>
> § 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.

Assim, de acordo com essa nova redação, a liberdade provisória que antes seria concedida independente de fiança, agora tem uma vedação expressa aos casos de reincidência, de composição do agente a uma organização criminosa armada ou milícia, ou se há porte de arma de fogo de uso restrito.

4 VEDAÇÃO COMPULSÓRIA DA LIBERDADE PROVISÓRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Uma das "inovação" no âmbito da liberdade provisória trazida pelo legislador no Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019) foi a inserção do § 2º com a seguinte redação: "Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares." (BRASIL, 2019).

Daí infere-se que o legislador infraconstitucional impôs a autoridade o dever de agir de uma única forma quando deparar-se em audiência de custódia com agente que se enquadre em uma daquelas situações.

Com efeito, nos casos de réu reincidente, que integre organização armada ou milícia, que porte arma de fogo de uso restrito, o juiz não teria outra opção senão denegar a liberdade provisória, acarretando, portanto, na decretação da prisão preventiva sem qualquer análise de *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis.*

Como vimos, a liberdade provisória tem caráter substitutivo da prisão preventiva, sua não concessão culmina na aplicação da medida cautelar mais gravosa. Nas lições de Aury Lopes Jr.:

> "[...] o disposto no art. 282, § 6º, do CPP, que expressamente consagra a prisão preventiva como *ultima ratio* do sistema cautelar, oportunizando no art. 319, um rol de medidas alternativas a serem impostas pelo juiz conforme a necessidade do caso." (LOPES JR. 2019, p. 704)

Com efeito, é sabido que em um Estado Democrático de Direito a prisão é sempre a exceção e diferente não poderia ser em nosso ordenamento, um vez que a

Carta Magna a consagra no art. 5º, inciso LXVI ao afirmar que ninguém será preso quando admitida a liberdade provisória, o que se intensifica ao falarmos de prisão anterior a sentença condenatória.

Dito isto, cumpre analisar em seguida alguns argumentos que vão de encontro com a hipótese de vedação compulsória a liberdade provisória, e ao fim, expor decisões do Superior Tribunal Federal acerca desta vedação em leis anteriores.

4.1 Presunção de Inocência e Devido Processo Legal

A presunção de inocência remonta ao Direito Romano, mas sofreu ferrenhos ataques no período inquisitório da idade média, no qual reinava a presunção de culpabilidade, pois até mesmo a insuficiência de provas equivalia a uma semiprova, visando sempre a condenação (LOPES JR., 2019).

A Declaração dos Direito do Homem de 1789 finalmente consagrou a incidência deste princípio declarando, "Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei".

A princípio da presunção de inocência é o princípio norteador do Estado Democrático de Direito e de um sistema penal acusatório, e está expressamente previsto no Diploma Constitucional de 1988 no art. 5º, inciso LVII, ao declarar que ninguém será culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Nas lições de Aury Lopes Jr. "a presunção de inocência impõe um verdadeiro *dever de tratamento* (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente) [...]" (LOPES JR. 2019).

Com efeito, a vedação a concessão da liberdade provisória fundada unicamente nas hipóteses elencadas no §2º do art. 310, é nítida presunção de culpabilidade, pois como já dito tal vedação acarreta em automática prisão preventiva ignorando o *status* de inocência do acusado e a real necessidade (ou não) da medida cautelar mais gravosa embasado no ato criminoso supostamente cometido.

No que pese ao Devido Processo Legal, o inciso LIV do art. 5º da Carta Magna preleciona "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Entendido doutrinariamente como o respeito pleno dos segmentos de atos que compõe o processo penal para que haja o legal encarceramento (ou não) do indiciado (RANGEL, 2019).

A respeito do tema, explica Fernando Capez:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> "No âmbito processual garante ao acusado a plenitude de defesa, compreendendo o direito de ser ouvido, de ser informado pessoalmente de todos os atos processuais, de ter acesso à defesa técnico, de ter a oportunidade de se manifestar sempre depois da acusação e em todas as oportunidades, à publicidade e motivação das decisões, ressalvadas as exceções legais, de ser julgado perante o juízo competente, ao duplo grau de jurisdição, à revisão criminal e à imputabilidade das decisões favoráveis transitadas em julgado." (CAPEZ, 2019.)

Destarte, entende-se que nenhum procedimento no curso do processo (analise judicial, requerimentos, contraditório, etc.) poderá ser suprimida, se assim o forem há violação ao princípio constitucional. Por óbvio que ao vedar a concessão da liberdade provisória, o legislador infraconstitucional ceifa a análise judicial, e automaticamente decreta o encarceramento precoce do agente.

4.2 Ausência de Análise Concreta

Ao esculpir no Diploma Processualista Penal que a acusação por estremados delitos acarreta em afastamento do benefício da liberdade provisória, o Poder Legislativo retira do julgador a análise da incidência dos pressupostos necessários ao encarceramento cautelar, transpassando sua competência de legislar e invadindo a de julgar.

Cesare Beccaria bem lecionou em *"Dos Delitos e das Penas"* "[...] o soberano, que representa a própria sociedade, só pode fazer leis gerais, às quais todos devem submeter-se; não lhe compete, porém, julgar se alguém violou essas leis." (BECCARIA, 1764).

Não compete à lei alguma obstar a restituição da liberdade do agente suprimindo o crivo da autoridade judiciária (PACELLI, 2018).

Nítido que é de vital relevância, sob pena de nulidade de decisão, a análise minuciosa de incidência dos pressupostos da prisão provisória, que deve ser pautada em indícios suficientes de autoria e materialidade (*fumus commissi delicti*) e no perigo da liberdade do indiciado (*periculum libertatis*).

Nessa perspectiva, o Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019), mesmo diploma que vetou o benefício, acrescentou ao art. 312, §2º, exigência expressa de fundamento em receio de perigo e existência concreta de fatos novos ou contemporâneos a decisão que decrete prisão preventiva.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No mesmo sentido o art. 315, teve seu *caput* alterado para além de motivação, exigir também fundamentação nas decisões de prisão preventiva, elencando ainda no §2º, hipóteses em que a decisão não será considerada fundamentada, dentre as quais está a limitação a indicação, a reprodução ou a paráfrase de ato normativo sem explicar a relação com o caso.

Cumpre ressaltar ainda que a parte final do *caput* do art. 312 do Código de Processo Penal, exige a fundamentação do perigo gerado pelo estado de liberdade do agente. Portanto, a mera observância da reincidência, ou de que o agente integre organização criminosa armada ou milícia, ou que porte arma de fogo de uso restrito, não têm o condão para figurar como única "motivação" da decisão que decrete prisão preventiva.

Não obstante, são comuns decisões que fundamentam a prisão preventiva pautado na gravidade abstrata do delito, contudo, a lição dada pelos juristas Neston Távora e Rosmar Rodrigues (2017) é que a gravidade do crime é simples vetor interpretativo para se verificar a proporcionalidade da medida cautelar, mas que não pode por si só, fundamentar a decretação e uma prisão preventiva.

Nesse sentido, entende também o ex-ministro da Suprema Corte Celso de Mello no julgamento do HC 132.615 que "O Supremo Tribunal Federal tem advertido que a natureza da infração penal não se revela circunstância apta, "per se", a justificar a privação cautelar do "status libertatis" daquele que sofre a persecução criminal instaurada pelo Estado" (BRASIL, 2016).

Por certo então que a autoridade judiciária deve perquirir concretamente caso a caso para fundamentar a necessidade ou não de prisão cautelar independente do crime ao qual esteja sendo acusado o agente, não se limitando a simples indicação do § 2º do art. 310, para vedar a liberdade provisória e decretar a preventiva.

4.3 Prisão *Ex Lege*

A vedação a concessão de liberdade provisória prevista no §2º do art. 310, é caracteristicamente uma prisão *ex lege,* definida como aquela imposta por força de lei.

Sobre o tema aduz Renato Brasileiro de Lima (2020) que "Se não ofende, *de per si*, a presunção de inocência, ofende indiscutivelmente o princípio da necessidade de fundamentação da prisão, inscrito no art. 5º, inc. LXI, da Constituição Federal" .

É inadmissível, em um sistema processual penal acusatório, respaldado em princípios constitucionais garantidores que o legislador preveja abstratamente a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

prisão de agente decorrente do crime pelo qual é acusado. Emplacar uma prisão *ex lege* visa um efeito sedante imediato da opinião pública e resguarda intima herança do sistema inquisitorial.

No "*Dos Delitos e das Penas",* Cesare Beccaria (1764) dispunha que "[...] como as leis e os costumes de um povo estão sempre atrasados de vários séculos em relação às luzes atuai, conservamos ainda a barbárie e as ideias ferozes dos caçadores do norte, nossos selvagens antepassados."

A passagem revela nítida influência retrógrada inquisitiva carregada pela prisão automática, pois é buscada pelo legislador uma forma de punir de imediato a ação delitiva. Tal atitude emprega a uma medida dita cautelar, a caraterística retributiva da finalidade da prisão pena.

Ademais, a inconstitucionalidade da prisão *ex lege* se dá em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação judicial de mandados de prisão. Contudo, ainda subsiste no nosso ordenamento jurídico a vedação de maneira absoluta e peremptória na forma do art. 310, §2º, estabelecendo a prisão obrigatória do agente (LIMA, 2020).

4.4 Inversão da Excepcionalidade

A Constituição Federal de 1988 ao disciplinar as garantias e direitos fundamentais no art. 5º, mais especificamente nos incisos LIV, LVII, e LXVI, deixou claro que o indiciado deve aguardar o trânsito da ação penal em liberdade, porém ainda previu excepcionalmente no inciso LXI, a figura da prisão em flagrante (prisão pré-cautelar) e a prisão por ordem judicial escrita dando amparo a prisão preventiva.

Quanto a prisão preventiva, por se tratar de modalidade cautelar de encarceramento anterior a uma sentença condenatória, deve atender a requisitos específicos (art. 312, CPP) e com a finalidade de resguardar o devido andamento do processo penal, quando se mostrar a única maneira de atender a tal necessidade (PACELLI, 2018).

O parágrafo 6º do art. 282 do Código Processual Penal acolhe tal excepcionalidade ao determinar que:

> "§ 6º A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> concreto, de forma individualizada. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)" (BRASIL, 1941).

Esclarecida a posição da medida cautelar da prisão preventiva, devemos voltar os holofotes para o que acontece se o legislador proíbe que o juiz conceda liberdade provisória com ou sem fiança ao indiciado por um dos delitos descritos no §2º do art. 310.

Ora, pautado no referido artigo, em sede de audiência de custódia o juiz não terá outra opção senão denegar a liberdade provisória e decretar a preventiva.

Assim, torna-se regra a prisão do paciente quando se verificar, superficialmente, em audiência de custódia que este é reincidente, ou integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porte arma de fogo de uso restrito, sem analise concreta do caso.

Destarte, a liberdade deveria ser sempre a regra e, excepcionalmente, como *ultima ratio* teríamos a prisão preventiva, contudo, a vedação da primeira inverte os papéis. Com isso, o que deveria ser excepcional, torna-se ordinário e desnatura a real função de uma prisão cautelar (LOPES JR, 2019).

4.5 Inconstitucionalidade em Leis Específicas

É chegado o momento de expor jurisprudências da Suprema Corte acerca da vedação da liberdade provisória prevista em leis anteriores ao Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019), as quais demonstram a ótica dos Excelentíssimos Ministros sobre o tema.

A lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006 (Lei de Tóxicos) é um dos diplomas legislativos anteriores ao Pacote Anticrime que em seu art. 44, veda a liberdade provisória nos crimes previsto no art. 33.

O tema foi discutido em sede do HC 104.339/SP de relatoria do Min. Gilmar Mendes, o qual findou na declaração de inconstitucionalidade incidental do dispositivo no que concerne a vedação da liberdade provisória por violação aos princípios de presunção de inocência e devido processo legal, além de retirar do juiz a análise da incidência dos pressupostos que dão respaldo a decretação de prisão preventiva.

Nas palavras do Min. Relator Gilmar Mendes (2012):

> "Tenho para mim que essa vedação apriorística de concessão de liberdade provisória (Lei n. 11.343/2006, art. 44) é

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> incompatível com o princípio constitucional da presunção de inocência, do devido processo legal, entre outros. É que a Lei de Drogas, ao afastar a concessão da liberdade provisória de forma apriorística e genérica, retira do juiz competente a oportunidade de, no caso concreto, analisar os pressupostos da necessidade do cárcere cautelar, em inequívoca antecipação de pena, indo de encontro a diversos dispositivos constitucionais."

Para o Min. Ricardo Lewandowski (2012 apud LOPES JR., 2019, p. 703), deve-se deixar claro que não se trata de impedir a decretação da prisão preventiva quando necessária, mas sim de não obstar que a autoridade judiciária analise os fatos concretos do caso para ao seu juízo versar a respeito da necessidade ou não de prisão provisória.

Nesse seguimento, o art. 21 da Lei 10.826/2003 conhecida como Estatuto do Desarmamento prevê que os crimes dos art. 16, 17 e 18 da mesma lei, quais sejam: "posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito", "comércio ilegal de arma de fogo" e "tráfico internacional de arma de fogo", respectivamente, são insuscetíveis de liberdade provisória.

Tal dispositivo já foi objeto de discussão de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal na ADI nº 3.112/DF de relatoria do Excelentíssimo Min. Ricardo Lewandowski, cuja a ementa segue *in verbis.*

> **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 10.826/2003. ESTATUTO DO DESARMAMENTO.** INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL AFASTADA. INVASÃO DA COMPETÊNCIA RESIDUAL DOS ESTADOS. INOCORRÊNCIA. DIREITO DE PROPRIEDADE. **[...] LESÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AFRONTA TAMBÉM AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.** ARGUMENTOS NÃO ACOLHIDOS. [...] **AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE QUANTO À PROIBIÇÃO DO ESTABELECIMENTO DE FIANÇA E LIBERDADE PROVISÓRIA.**
>
> I - Dispositivos impugnados que constituem mera reprodução de normas constantes da Lei 9.437/1997, de iniciativa do Executivo, revogada pela Lei 10.826/2003, ou são consentâneos com o que nela se dispunha, ou, ainda, consubstanciam preceitos que guardam afinidade lógica, em uma relação de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> pertinência, com a Lei 9.437/1997 ou com o PL 1.073/1999, ambos encaminhados ao Congresso Nacional pela Presidência da República, razão pela qual não se caracteriza a alegada inconstitucionalidade formal.[...] IV - A proibição de estabelecimento de fiança para os delitos de "porte ilegal de arma de fogo de uso permitido" e de "disparo de arma de fogo", mostra-se desarrazoada, porquanto são crimes de mera conduta, que não se equiparam aos crimes que acarretam lesão ou ameaça de lesão à vida ou à propriedade.**V - Insusceptibilidade de liberdade provisória quanto aos delitos elencados nos arts. 16, 17 e 18. Inconstitucionalidade reconhecida, visto que o texto magno não autoriza a prisão ex lege, em face dos princípios da presunção de inocência e da obrigatoriedade de fundamentação dos mandados de prisão pela autoridade judiciária competente.**[...] (STF – ADI: 3112 DF, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 02/05/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: Dje-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007 PP-00028 EMENT VOL-02295-03 PP-00386). (***grifos nossos)***

Em seu voto o Relator destaca que é garantia constitucional a possibilidade de o acusado aguardar seu julgamento em liberdade, bem como admite a incidência de prisões cautelares quando demonstrado a necessidade, asseverando que o que não se admite é a prisão *ex lege,* automática, sem motivação.

No mesmo sentido discorreu majestosamente em seu voto o Excelentíssimo Min. Gilmar Mendes, *verbis.*

> "[...] a norma do art. 21 do Estatuto também parte do pressuposto de que a prisão é sempre necessária, sem se levar em consideração, na análise das razões cautelatórias, as especificidades do caso concreto. A necessidade da prisão decorrerá diretamente da imposição legal, retirando-se do juiz o poder de, em face das circunstâncias específicas do caso, avaliar a presunção dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal [...]"

Os argumentos levantados pelo Ministro corroboram com os discutidos em itens anteriores.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Por força da desta ADI, o art. 21 do Estatuto do Desarmamento foi declarado incidentalmente inconstitucional. Portanto, fere a Constituição pátria vedar a concessão de liberdade provisória nos crimes de "posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito", "comércio ilegal de arma de fogo" e "tráfico internacional de arma de fogo".

Interessante destacar que o primeiro delito a que o art. 21 proibia a liberdade provisória é o porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, mesmo tipo ao qual o agora §2º do art. 310 do Código de Processo Penal busca a restrição.

Vale apena colacionar também a já revogada Lei do Crime Organizado (Lei nº 9.034/95), que em seu art. 7º, vedava aprioristicamente a concessão de liberdade provisória aos agentes que tenham tido intensa e efetiva participação na organização criminosa.

Antes de ser revogada pela Lei nº 12.850/2013, a constitucionalidade do art. 7º foi discutido em sede do HC 94.404/SP de relatoria do ex-ministro Celso de Mello. Vejamos um trecho.

> "[...] **A vedação apriorística de concessão de liberdade provisória é repelida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que a considera incompatível com a presunção de inocência e com a garantia do "dueprocess", dentre outros princípios consagrados na Constituição da República, independentemente da gravidade objetiva do delito. Precedente: ADI 3.112/DF.** - A interdição legal "in abstracto", vedatória da concessão de liberdade provisória, incide na mesma censura que o Plenário do Supremo Tribunal Federal estendeu ao art. 21 do Estatuto do Desarmamento (ADI 3.112/DF), considerados os postulados da presunção de inocência, do "dueprocessoflaw", da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, analisado este na perspectiva da proibição do excesso. - O legislador não pode substituir-se ao juiz na aferição da existência de situação de real necessidade capaz de viabilizar a utilização, em cada situação ocorrente, do instrumento de tutela cautelar penal. - Cabe, unicamente, ao Poder Judiciário, aferir a existência, ou não, em cada caso, da necessidade concreta de se decretar a prisão cautelar.[...] (HC 94404, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 18/11/2008, DJe-110 DIVULG 17-06-2010 PUBLIC 18-06-2010 EMENT VOL-02406-02 PP-00364) ***(grifos nosso).***"

No que tange a vedação apriorística da concessão da liberdade provisória, o relator destacou que a prática é repelida pela jurisprudência da Suprema Corte, visto que se mostra incompatível com os princípios da presunção de inocência e com a garantia do *"duo process"* (BRASIL, 2008).

Ainda sobre o tema, argumentou o Excelentíssimo ex-ministro que a interdição da concessão do benefício da liberdade provisória incide na mesma censura que o Plenário do STF estendeu ao art. 21 do Estatuto do Desarmamento (ADI nº 3.112/DF).

Acerca do presente julgado cumpre instar o resumo dado nas palavras do Min. Relator a respeito do tema, *in verbis.*

> "Em suma, cabe advertir que a interdição legal "in abstracto", vedatória da concessão de liberdade provisória, como na hipótese prevista no art. 7º da Lei nº 9.034/95, incide na mesma censura que o Plenário do Supremo Tribunal Federal estendeu ao art. 21 do Estatuto do Desarmamento, considerados os múltiplos postulados constitucionais violados por semelhante regra legal, eis que o legislador não pode substituir-se ao juiz na aferição da existência, ou não, de situação configuradora da necessidade de utilização, em cada situação concreta, do instrumento de tutela cautelar penal." (MELLO, Celso de, 2008).

Observa-se que do entendimento do Emérito Ministro Relator que o legislador não pode se desvirtuar de sua função, retirando do juiz o dever de analisar concretamente a necessidade da utilização de instrumento cautelar frente aos pressupostos e circunstâncias fáticas do caso concreto.

A lei em questão foi revogada pela Lei nº 12.850/2013, que nada mais dispõe sobre a vedação a concessão da liberdade provisória.

Apesar de já revogada, o julgado é de extrema valia, pois um dos delitos ao qual o legislador do Pacote Anticrime proíbe o instituto da liberdade provisória é quando verificar que o agente integre organização criminosa ou milícia, indo na contramão do posicionamento já firmado pela Suprema Corte.

Destarte, retira-se de todos os julgados aqui expostos que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é clara em afirmar a inconstitucionalidade de legislação infraconstitucional que vede abstratamente a concessão de liberdade provisória, contudo, contradizendo este posicionamento maior, o legislador ao redigir a lei 13.964/2019, insistiu em criar novamente um obstáculo ao instituto da liberdade provisória.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

5 CONCLUSÃO

Pôde-se constatar do presente artigo que o instituto da liberdade provisória visa resguardar o direito fundamental do indivíduo de manter, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, sua liberdade de ir e vir, a depender ou não de contraprestação real.

Embora a Liberdade Provisória carregue evidente caráter garantista e aquiescente do Estado Democrático de Direito preceituado pelos ditames constitucionais brasileiros, o §2º do art. 310 do Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019) tenta criar "novos" óbices ao instituto.

Destarte, como demonstrado, a "inovação legislativa" não foi a primeira tentativa de impedir a liberdade do agente pautado em critérios abstratos e excluindo a análise judicial.

Nesse sentido o presente artigo demonstrou que vedar compulsoriamente o instituto da liberdade provisória fere os princípios constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal.

Não obstante foram colacionadas importantes decisões jurisprudenciais da Suprema Corte elencando os principais argumentos dos Excelentíssimos Ministros pela inconstitucionalidade da vedação em abstrato do instituto da liberdade provisória.

Assim, diante de todo o exposto, conclui-se que a vedação da liberdade provisória nos moldes presentes no §2º do art. 310 do Código de Processo Penal inserido pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019) deve ser declarada inconstitucional por sua configuração como prisão *ex legis* e consequente violação dos princípios constitucionais do devido processo legal e da presunção de inocência, além de afastar da autoridade judiciaria a deliberação concreta do caso.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Isabella Bartoli Carvalho. **O paradoxo existente no momento de aplicação do**

instituto da liberdade provisória nos crimes afiançáveis e inafiançáveis. Orientador:

Gustavo Senna Miranda. 2017. 41 p. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2019.

ARAÚJO, Daniel Tóppor de. **A prisão preventiva pela ordem pública.** Orientador: Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade. 2019. 67 p. Monografia (bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais) - Universidade Federal Do Rio Grande Do Sul Faculdade De Direito Departamento De Ciências Penais, Porto Alegre, 2019.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas.** Edição eletrônica:Ed. RidendoCastigat Mores. *E-book.* Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=HYPERLINK "http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=4358"&HYPERLINK "http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=4358"co_obra=4358. Acesso em: 01 maio 2020.

BONFIM, E. M. **Curso de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Informativo nº 516**. Brasília, DF. 2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo516.htm#transcricao1. Acesso em: 29 abr. 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Presidência da República, 1988, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 16 abr. 2020.

_____. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 10 abr. 2020.

_____. **Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003.** Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências.Brasília, DF: Presidência da República, 1941, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.826.htm. Acesso em: 30 abr. 2020.

_____. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2013, Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm. Acesso em: 29 abr. 2020.

_____. **Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995**. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Brasília, DF: Presidência da República, 1995, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9034.htm. Acesso em: 29 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno. **Habeas Corpus 104339/SP**. Habeas corpus. 2. Paciente preso em flagrante por infração ao art. 33, caput, c/c 40, III, da Lei 11.343/2006. 3. Liberdade provisória. Vedação expressa (Lei n. 11.343/2006, art. 44). 4. Constrição cautelar mantida somente com base na proibição legal. 5. Necessidade de análise dos requisitos do art. 312 do CPP. Fundamentação inidônea. 6. Ordem concedida, parcialmente, nos termos da liminar anteriormente deferida. Relator(a): Gilmar Mendes, 10 de maio de 2012. Disponível em: http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+104339%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+104339%2EACMS%2E%29 HYPERLINK "http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24.SCLA.+E+104339.NUME.%29+OU+%28HC.ACMS.+ADJ2+104339.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/amlxczo"& HYPERLINK "http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24.SCLA.+E+104339.NUME.%29+OU+%28HC.ACMS.+ADJ2+104339.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/amlxczo"base=baseAcordaos HYPERLINK "http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24.SCLA.+E+104339.NUME.%29+OU+%28HC.ACMS.+ADJ2+104339.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/amlxczo"& HYPERLINK "http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24.SCLA.+E+104339.NUME.%29+OU+%28HC.ACMS.+ADJ2+104339.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/amlxczo"url=http://tinyurl.com/amlxczo. Acesso em: 29 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (Med. Liminar) - 3112/DF**. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 10.826/2003. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL AFASTADA. INVASÃO DA COMPETÊNCIA RESIDUAL DOS ESTADOS. INOCORRÊNCIA. DIREITO DE PROPRIEDADE. [...] LESÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. AFRONTA TAMBÉM AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. ARGUMENTOS NÃO ACOLHIDOS. [...] AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE QUANTO À PROIBIÇÃO DO ESTABELECIMENTO DE FIANÇA E LIBERDADE PROVISÓRIA. I - Dispositivos impugnados que constituem

mera reprodução de normas constantes da Lei 9.437/1997, de iniciativa do Executivo, revogada pela Lei 10.826/2003, ou são consentâneos com o que nela se dispunha, ou, ainda, consubstanciam preceitos que guardam afinidade lógica, em uma relação de pertinência, com a Lei 9.437/1997 ou com o PL 1.073/1999, ambos encaminhados ao Congresso Nacional pela Presidência da República, razão pela qual não se caracteriza a alegada inconstitucionalidade formal. [...]. Relator: Ricardo Lewandowski, 02 de maio de 2007. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN HYPERLINK "http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3112&processo=3112"& HYPERLINK "http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3112&processo=3112"s1=3112 HYPERLINK "http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3112&processo=3112"& HYPERLINK "http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADIN&s1=3112&processo=3112"processo=3112. Acesso em: 30 abr. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 94404/Sp.** [...] UTILIZAÇÃO, PELO MAGISTRADO, NA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA, DE CRITÉRIOS INCOMPATÍVEIS COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - [...] LEI DO CRIME ORGANIZADO (ART. 7º) - VEDAÇÃO LEGAL APRIORÍSTICA DE LIBERDADE PROVISÓRIA - [...] - POSSÍVEL CONFLITO COM OS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, DO "DUE PROCESS OF LAW", DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA PROPORCIONALIDADE. [...]. Relator: Celso de Mello, 18 de novembro de 2008. Disponível em: http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+94404+SP%29 HYPERLINK "http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+94404+SP%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y37rxkss"& HYPERLINK "http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+94404+SP%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y37rxkss"base=baseAcordaos HYPERLINK "http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+94404+SP%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y37rxkss"& HYPERLINK "http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC+94404+SP%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y37rxkss"url=http://tinyurl.com/y37rxkss. Acesso em: 30 abr. 2020.

CABRAL, Bruno Fontenele; CANGUSSU, Débora Dadiani. Breve retrospectiva jurisprudencial sobre a inconstitucionalidade da denominada "prisão ex

lege". **JUS,** mar. 2012. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/21380/breve-retrospectiva-jurisprudencial-sobre-a-inconstitucionalidade-da-denominada-prisao-ex-lege/1. Acesso em: 30 abr. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019:** Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP. 1. ed. Juspodivm, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal:** volume único. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. *E-book.*

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal.** 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOZADA, Gisele; NUNES, Karina da Silva. **Metodologia Científica.** Porto Alegre: SAGAH, 2019.

MACHADO, José Glauco Pinheiro. **Vedação da Liberdade Provisória nos Crimes de Tráfico de Drogas, Decorrente da Prisão em Flagrante.** Fortaleza, 2010. 55 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Estadual do Ceará.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. *E-book.*

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. *E-book.*

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. **Metodologia do Trabalho Científico:** Métodos e Técnicas da Pesquisa e do Trabalho Acadêmico. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013. *E-book.*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

CRIMES VIRTUAIS UMA DISCUSSÃO SOBRE A VIOLAÇÃO DO DIREITO À INTIMIDADE DA VÍTIMA E OS NOVOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL DA MULHER

ANNE JEMIMA MARQUES FRANÇA:
Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins.

IGOR DE ANDRADE BARBOSA [1]

(orientador)

RESUMO: Com o avanço da tecnologia e a facilidade do acesso à internet, o ambiente virtual tem sido espaço de diversos tipos de violência contra a mulher e a violação de direitos primordiais. Diante desse cenário a pesquisa fixou o seguinte questionamento: Quais os efeitos da violação do direito a intimidade da vítima em relação aos novos crimes contra a dignidade sexual da mulher no âmbito virtual? Diante desse problema foram estabelecidos como objetivos conceituar crimes virtuais, compreender os principais efeitos da violação do direito a intimidade da vítima e destacar os novos crimes contra a dignidade sexual da mulher no meio virtual. Para alcançar o desiderato proposto utilizou-se o método hipotético-dedutivo, realizando uma pesquisa de natureza básica e pura, com finalidade exploratória e descritiva, tendo como técnica de obtenção de dados, o levantamento bibliográfico. Ao final da pesquisa concluiu-se que a mulher tendo um direito básico e fundamental violado que é sua intimidade e vida privada, sendo causado danos psicológicos e materiais a vítima, fazendo-se necessária a constante atualização dos legisladores com leis que garantem a eficácia e a efetivação das normas constitucionais previstas.

Palavras-chave: Crimes Virtuais; Direito à Intimidade; Revenge Porn; Violência contra mulher.

ABSTRACT: With the advancement of technology and easy access to the internet, the virtual environment has been the site of several types of violence against women and the violation of fundamental rights. In view of this scenario, the research asked the following question: What are the effects of the violation of the victim's right to privacy in relation to new crimes against the sexual dignity of women in the virtual sphere? In view of this problem, objectives were created to conceptualize virtual crimes, understanding the main effects of the violation of the victim's right to privacy and highlighting the new crimes against the sexual dignity of women in the virtual environment. To achieve the proposed desideratum, the hypothetical-deductive method was used, conducting a basic and pure research, with exploratory and

descriptive sensitivity, using the bibliographic survey as a technique for obtaining data. At the end of the research it was researched that the woman having a basic and fundamental right violated, which is her privacy and private life, being sent psychological and material damages to the victim, making it necessary to constantly update the legislators with laws that guarantee the effectiveness and effect of the constitutional norms foreseen.

Keywords: Virtual Crimes; Right to Privacy; Revenge Porn; Violence against women

Sumário: 1. Introdução; 2. O direito à intimidade e a criminalidade cibernética. 3. O caso Carolina Dieckmann e o artigo 154-A do Código Penal como resposta penal. 4. Os novos crimes contra a dignidade sexual e suas implicações no meio virtual; 4.1 Do crime de divulgação não consensual de imagens íntima – *"Revenge Porn".* 5. Considerações finais. 6. Referências.

1.INTRODUÇÃO

Este artigo implica em compreender a violação do direito a intimidade da vítima e os novos crimes contra a dignidade sexual da mulher no meio virtual. Pois, o ambiente digital apesar de ser bastante útil tem se tornado um meio para a disseminação da violência contra a mulher e cada vez mais vem surgindo novas modalidades criminosas, como, *hackeamento* de informações pessoais, o *cyberbullying*, onde são espalhados nas redes sociais comentários depreciativos, a sextorsão que é a chantagem ameaçando a exposição de fotos ou vídeos de teor sexual na internet e o *porn reveng* "pornografia de vingança" que ocorre quando, há exposição de fotos e/ou vídeos íntimos para causar humilhação da vítima, geralmente o autor é o ex-parceiro que não se conformou com o fim do relacionamento.

A Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso X, assegura que são invioláveis, a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas. Porém, o meio digital tem sido usado para a exposição da intimidade feminina, onde a propagação rápida do conteúdo e a sensação de anonimato contribuem para o aumento dos casos de crimes virtuais contra a mulher e cada vez mais vem surgindo novas modalidades criminosas neste meio.

Com isso, novas leis foram constituídas a fim de proteger as vítimas desses novos crimes, por exemplo, em maio de 2012, foi criada a lei n° 12.737/2012 conhecida como a "Lei Carolina Dieckmann", onde a atriz teve fotos íntimas divulgadas, tendo bastante repercussão. A lei n° 12.965/2014 conhecida como Marco Civil da Internet assegura um procedimento mais rápido para a remoção de mídias íntimas expostas no ambiente virtual e a lei nº 13.718/2018, que acrescentou um

novo delito no art. 218-C do Código Penal: Divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia (*revenge porn*).

Isso posto, é necessário que se discorra sobre a violação do direito à intimidade das vítimas, mais especificamente a respeito das novas modalidades de crimes, contra a dignidade sexual da mulher, para que, então, buscando os melhores entendimentos doutrinários, a resposta para o problema de pesquisa seja fundamentada de forma suficiente para exaurir a questão.

2. O DIREITO À INTIMIDADE E A CRIMINALIDADE CIBERNÉTICA

Pode-se verificar que o crime virtual fere diretamente um direito fundamental que é assegurado a todos pela Constituição Federal Brasileira em seu artigo 5º inciso X, que é o direito a intimidade, sendo algo que não se pode violar. Este direito visa proteger a intimidade do indivíduo, impondo limites em relação à vida privada de cada um.

Como bem nos assegura Lisboa (2013) pode-se dizer que o direito à intimidade se baseia na defesa da privacidade da vida pessoal do indivíduo. Neste contexto, fica claro que este direito é fundamental e inviolável. Desse modo é possível constatar que a esfera intima é amparada legalmente, onde a exposição de informações pessoais possibilita tomar providências para garantir a plena segurança.

É interessante, aliás, a relação que se pode fazer sobre o direito à intimidade e as práticas de crimes virtuais, conforme explicado acima, este direito está diretamente ligado a vida pessoal da pessoa. Onde a invasão ocorre quando certos limites são ultrapassados, gerando um constrangimento e sensação de insegurança da vítima.

Pode-se dizer que a intimidade é algo extremamente pessoal e confidencial. Neste contexto, para Vieira (2002) fica claro que cada indivíduo detém desse direito, sendo lhe assegurado legalmente. O autor deixa claro que é possível constatar que a intimidade se encontra dentro da privacidade onde esta abrange um sentido mais amplo e aquela se revela mais intimista, apresenta um caráter mais sigiloso.

Segundo Teixeira (2015, p. online) "Acontece que, na internet, a privacidade pode ser violada com facilidade em decorrência da indiscriminada captação de dados." É interessante ressaltar, conforme mencionado pelo autor, devido à grande utilização do meio digital e registros recorrentes de informações pessoais, este ambiente acabou tornando-se propício para a prática de crimes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ora, conforme explicado acima, a internet e o direito à intimidade devem seguir juntos, portanto observa-se que o limite é uma linha tênue que facilmente pode ser ultrapassada, gerando assim, a violação da intimidade da vítima. É importante considerar que muitos dados pessoais são registrados nas redes virtuais, o que pode gerar certa vulnerabilidade, por exemplo, perfis sociais, e-mails, aplicativos, sites de compras, dentre outros.

> O direito à intimidade, erigido ao status de direito fundamental pela Constituição Federal, frequentemente é objeto de violação na lógica do funcionamento das redes, com destaque para a Internet, em face do seu caráter libertário, descentralizado e transfronteiriço. Frente à quantidade de informações que podem ser armazenadas e difundidas no âmbito virtual, é de extrema importância o enfrentamento dos problemas que decorrem da relação entre a utilização das novas tecnologias de informação e de comunicação e a intimidade, já que essa está em constante mutação social influída pela constante inovação tecnológica. (HOCH, 2017, p. 11)

É interessante a preocupação, pois como o autor deixa claro, devido ao grande armazenamento de dados pessoais nas redes, e principalmente com a constante evolução da internet, o direito à intimidade tem sido violado. E isso afeta o indivíduo diretamente, pois algo que é extremamente pessoal acaba sendo invadido, gerando sérios transtornos para a vítima.

Conforme explicado acima o que importa, portanto, é que o direito à intimidade é um direito fundamental assegurado pela nossa constituição brasileira, infelizmente, é algo que tem sido desrespeitado, principalmente com o uso da internet, verifica-se ainda que estes crimes tem sido bastante recorrentes, observa-se que cada vez mais vem surgindo novos crimes que ferem e atingem diretamente a vida privada da vítima.

Os crimes virtuais são delitos praticados através da internet, com objetivo de atingir alguém, podendo ser uma pessoa específica ou um público ocasional. O avanço da tecnologia e a facilidade do acesso à internet, tornou as pessoas mais vulneráveis aos crimes cibernéticos. "A ocorrência desses crimes apresenta um crescimento acentuado, seja pelo crescimento de usuários, pelas vulnerabilidades existentes na rede ou pela falta de atenção do usuário". (WENDT e NOGUEIRA JORGE, 2013, p. 1)

Como bem nos assegura Sidow (2015) pode-se dizer que grande parte das vítimas dos crimes cibernéticos, são pessoas que utilizam o meio virtual, mas não tem

um grande conhecimento sobre este ambiente e acabam se tornando vulneráveis. Neste contexto, fica claro que por esta falta de conhecimento, acabam incentivando a continuidade destes delitos. O mais preocupante, contudo, é constatar que a sociedade digital proporciona uma sensação de anonimato e liberdade para agir, que acaba gerando uma sensação de impunidade para quem utiliza de forma irresponsável para a prática de crimes.

É interessante, aliás, que a modernização acompanha também lados negativos, o que era para trazer benefícios e facilitar a vida da coletividade, é aonde também vêm ocorrendo vários tipos de crimes, conforme explicado anteriormente. Com base em pesquisas do dfndr lab, laboratório especializado em cibersegurança da Psafe, em 2018 foram detectados 120,7 milhões de ataques cibernéticos e teve um crescimento no ano de 2019, com previsões de aumento para o ano de 2020, ainda mais com o aumento do uso de computadores e eletrônicos móveis devido à pandemia (Covid-19).

Conforme verificado por Jesus e Milagre (2016) crime informático é aquele que atinge a vítima por meio da internet ou contra a mesma. Assim, reveste-se de particular importância uma classificação entre crimes informáticos próprios que são aqueles em que a conduta antijurídica é contra a tecnologia da informação, que de certa forma é algo recente no nosso ordenamento jurídico e os crimes informáticos impróprios, onde a internet é um dos meios para praticar um crime já amparado pelo Código Penal brasileiro. Sob essa ótica, o autor deixa claro que com o acesso fácil aos meios eletrônicos e a internet, estes crimes tem se tornado cada vez mais frequentes.

Segundo Sidow (2015, p. online), "[...] a potencialização da possibilidade de comunicação e a sensação de segurança fizeram com que houvesse massiva popularização da rede. Certamente, todavia, a evolução tecnológica trouxe consigo sacrifícios e riscos". Neste contexto, conforme mencionado pelo autor os crimes virtuais tem se tornado cada vez mais recorrentes. Assim, preocupa-se o fato de que o cidadão seja cada vez mais dependente da tecnologia informática, o que já se tornou uma necessidade.

Ora, em tese, os crimes cibernéticos, conforme explicado acima, estão mais rotineiros e cada vez mais vem surgindo novas modalidades, o que tem sido um desafio para o judiciário criar novas leis que protejam de forma eficaz o cidadão. Os novos crimes contra a dignidade sexual da mulher, por exemplo, são modalidades que irão ser aprofundadas no presente artigo.

De acordo com Da Silva (2015, p. s/p):

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Surgiram com a internet e os dispositivos informáticos, a exemplo do computador, celulares, *tablets*, dentre outras tecnologias digitais, uma grande quantidade de crimes efetuados não só por meio destas novas ferramentas, mas também contra estas, seus sistemas operacionais, arquivos particulares, dentre outros. Com isso, havia a necessidade de se ter uma lei que punisse os crimes cometidos contra os dispositivos informáticos e seus componentes no ordenamento jurídico brasileiro.

O autor deixa claro na citação acima, que com as novas tecnologias informáticas surgiram novos crimes praticados por meio delas e até contra os sistemas operacionais dos dispositivos tecnológicos. Devido a isso surgiu a necessidade de uma legislação especifica, onde o ordenamento jurídico brasileiro pune estes crimes com base na Lei 12.737/12, chamada como Lei dos crimes cibernéticos ou Lei Carolina Dieckmann.

Fica evidente, diante desses questionamentos e apontamentos, que os crimes virtuais são cada vez mais comuns e é necessária a busca pelo conhecimento para evitar entrar nas estatísticas de se tornar mais uma vítima. Entende-se que a facilidade e dependência da internet são de certa forma uma abertura para os criminosos agirem, além da sensação de anonimato e impunidade.

3. O CASO CAROLINA DIECKMANN E O ARTIGO 154-A DO CÓDIGO PENAL COMO RESPOSTA PENAL

A evolução da sociedade veio acompanhada da modernização, com isso observa-se uma grande dependência da população em relação aos objetos eletrônicos, computadores, celulares, *tablets*, dentre outros, são meios essenciais nos dias de hoje, devido à grande facilidade de obtê-los. Em razão do grande número de informações pessoais armazenadas nestes dispositivos, foi encontrado um novo nicho para se agir criminosamente. Com isso, fez-se necessário, a criminalização de certas condutas, tipificando devidamente no Código Penal.

Pode-se dizer que o crime previsto no artigo 154-A do Código Penal é o crime de invasão de dispositivo informático. Neste contexto, para Rocha (2013) fica claro que este artigo visa a segurança da população no ambiente digital sendo possível constatar que, deve ser assegurado a proteção e sigilo de todas as informações armazenadas nos dispositivos informáticos, bem como a intimidade e vida privada resguardada.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

É interessante, aliás, ressaltar sobre o caso da atriz "Carolina Dieckmann", onde houve bastante repercussão, quando em maio de 2011, teve o seu computador invadido por hackers e suas fotos íntimas divulgadas na internet, o que de certa forma incentivou a aprovação da Lei 12.737 de 30 de novembro de 2012, que ficou conhecida com o nome da atriz. A lei alterou os artigos 154, que incluiu os artigos 154A e 154B e também o 266 e 298 do Código Penal Brasileiro.

É perceptível a tipificação de um novo crime, pois antes da Lei 12.737/2012 entrar em vigor, não havia dispositivo legal que criminalizava a invasão de dispositivos informáticos. Portanto quem comete tal crime, será indiciado com base nesta lei.

Segundo Teixeira (2016, p. 18) "Assim, o Marco Civil da Internet pode ser compreendido como a demarcação dos direitos do cidadão quanto ao uso da rede mundial de computadores, sobretudo no âmbito brasileiro". A Lei 12.965/14, conhecida como Marco Civil da Internet, assegura os direitos e deveres dos usuários e assim como a "Lei Carolina Dieckmann", são consideradas avanços na legislação brasileira. Pois com a evolução da internet fez-se necessário um dispositivo legal para tratar e regular as informações e crimes cometidos no ambiente digital.

Foi feito um levantamento pela SaferNet Brasil que é uma associação civil de direito privado, em parceria com o Ministério Público Federal. Onde foram registradas 133.732 queixas de crimes no ano de 2018, ante 63.698 em 2017. Onde a maior alta está relacionada a crimes contra mulheres.

Pode-se dizer que a "Lei Carolina Dieckmann" e o "Marco Civil da Internet", como assim foram denominados, foram de suma importância, certamente um avanço da legislação brasileira. Ao ser observado que os cibercriminosos utilizavam o meio digital para agir livremente, surgiu a necessidade de proteger a sociedade e tipificar devidamente os delitos digitais como antijurídicos.

4. OS NOVOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL E SUAS IMPLICAÇÕES NO MEIO VIRTUAL

Com a modernização da sociedade e consequentemente das relações interpessoais, sendo adotadas algumas práticas, como o "*sexting*", *que* é um termo estrangeiro onde apresenta o seguinte significado: "*sex*" (sexo) e "*texting*" (troca de mensagens). Se caracteriza pela troca fotos ou vídeos de cunho sexual, onde o indivíduo tem acesso a privacidade alheia e a divulgação de imagens não autorizadas pelas vítimas, é um dos crimes cometidos contra a mulher no ambiente virtual. (BELEZIA, 2015)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Como bem nos assegura Citron e Franks (2014), pode-se dizer que toda e qualquer divulgação sem permissão da pessoa pode caracterizar crime. Neste contexto, fica claro que a exposição não consentida gera danos severos a vítima. O mais preocupante, contudo, é constatar que o agressor tem como objetivo principal ofender a vítima moralmente.

É interessante, aliás, conforme explicado acima, que apesar de ser considerada uma prática comum, o *sexting* ou popularmente conhecido como nudes, tem gerado preocupações pela falta de controle sobre as imagens, sendo necessária a total confiança do titular ao enviar esses tipos de conteúdo. Mas há um fato que se sobrepõe, é possível considerar que a divulgação não consensual de imagens íntimas pode ser subdividida em duas categorias, quais sejam: i) ausência de consentimento na captação; ii) ausência de consentimento na divulgação. (CASTRO e SYDOW, 2017, p. 28).

Outra modalidade de crime contra a dignidade sexual da mulher é a *sextorsão*, termo que surgiu com a união das palavras (sexo) e (extorsão). Neste crime é exigido sob ameaça o envio de materiais de cunho sexual como fotos e/ou vídeos íntimos ou ainda favores sexuais, caso a vítima não envie tem-se conteúdos íntimos e sigilosos divulgados no meio digital (CASTRO e SYDOW, 2017).

Já o estupro virtual é um crime que está tipificado no artigo 213 do Código Penal, onde o uso das imagens pessoais é usado como forma de forçar a vítima a se relacionar sexualmente com o próprio autor ou ainda com terceiro (CUNHA, 2017)

Conforme verificado por Abreu, Eisenstein e Estefenon (2013), a *sextorsão* é cometida principalmente contra mulheres, onde os criminosos detêm de fotos e/ou vídeos de conteúdo sexual. Pode ser praticada por hackers ou ex-parceiros que por meio de chantagem, podem pedir dinheiro ou até favores sexuais ou amorosos, usando a ameaça para obterem êxito.

De acordo com Sydow e Castro (2019, p. 41) é possível classificar a divulgação não autorizada em quatro categorias:

> **1**. **Conforme a fonte:** (a) oriunda da própria vítima, (b) oriunda do parceiro ou da parceira sexual, (c) oriunda de terceira pessoa não participante do ato ou (d) de captação pública ou (e) de origem ignorada.
> **2. Conforme a obtenção do material**: (a) consentida ou (b) não consentida.
> **3. Conforme a permissão para disseminação do material:** (a)

> de
> divulgação consentida, (b) de divulgação parcialmente consentida ou (c) de divulgação não consentida/ de divulgação proibida.
> **4. Conforme a motivação da disseminação:** (a) por vingança, (b) para humilhação da vítima, (c) por vaidade ou fama do divulgador, (d) com o objetivo de chantagem ou para obtenção de vantagem ou (e) com o objetivo de lucro. (Grifo dos autores)

Sendo assim, podemos perceber, conforme citado acima que esta classificação auxilia o entendimento sobre a divulgação não consensual de imagens íntimas, esclarecendo quanto a fonte, obtenção do material, permissão para a disseminação e motivação para a disseminação do material. Fica evidente que é necessário um aprofundamento para entender os novos delitos acrescentados ao Código Penal pelo legislador.

Com a proliferação da violência virtual e se tornando cada vez mais comuns, coube ao legislador criar leis que regulamentasse o ciberespaço, conforme já citadas, a Lei 12.737/2012 (apelidada como Lei Carolina Dieckmann) que criminaliza a invasão de dispositivo informático de outrem, sem a devida autorização, a fim de se obter informações pessoais e a Lei 12.965/2014 conhecida como o Marco Civil da internet que buscou regulamentar os direitos e deveres dos usuários da internet.

Porém verificou-se que as referidas leis ainda apresentavam lacunas, principalmente com o surgimento de novas modalidades delituosas praticadas no ambiente virtual. Devido a isso, com o advento da Lei 13.718/2018 que alterou o Código Penal, tipificou como crime a divulgação não consensual de imagens íntimas na internet, acrescentando os artigos 215-A, 217-A, §5º, 218-C, e 226, IV ao título dos crimes contra a dignidade sexual do Código Penal e, também, alterou os artigos 225 e 234-A do mesmo diploma legal (SIDOW, 2018).

4.1. Do crime de divulgação não consensual de imagens íntimas – *"Revenge porn"*

A pornografia de vingança, que também é conhecida como *"revenge porn",* é o compartilhamento não consensual de fotos ou vídeos, tendo como objetivo principal a vingança. Este crime geralmente ocorre quando há um rompimento de um vínculo afetivo e ao não se conformar com o término do relacionamento o ex-parceiro propaga no ambiente digital imagens ou vídeos, tendo como principal objetivo a vingança, humilhando e constrangendo a vítima (SYDOW e DE CASTRO, 2015).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Conforme verificado por Castro e Sydow (2017) o compartilhamento não consensual de conteúdo íntimo, tem como requisito para que se enquadre criminalmente, a ausência de consentimento na captação e a falta de consentimento para a divulgação. Assim, reveste-se de particular importância verificar a existência desses requisitos no caso concreto.

Segundo Garrido (2016, p. 87) "(...) o anonimato associado à impunidade faz aumentar a agressividade e a violência entre as pessoas dentro da Internet, especialmente no que diz respeito aos crimes contra a honra". O autor deixa claro sobre a real necessidade de leis que acompanhem a evolução da sociedade. Dessa forma a Lei 13.718/2018, buscou suprir as lacunas de leis anteriores.

Como bem nos assegura Sydow e Castro (2019), pode-se dizer que o legislador buscou a proteção dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal, direitos estes tidos como fundamentais e invioláveis, como a intimidade, privacidade e a dignidade. Neste contexto, fica claro que a violação destes direitos fere um princípio constitucional e acarreta consequências graves para as vítimas.

Dessa forma o artigo 218-C tipifica a disseminação não consentida de imagens íntima, conforme abaixo:

> **Art. 218**-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia: (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)
>
> Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)
>
> Aumento de pena (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)
>
> **§ 1º** A pena é aumentada de 1/3 (um terço) a 2/3 (dois terços) se o crime é praticado por agente que mantém ou tenha mantido relação íntima de afeto com a vítima ou com o fim de vingança ou humilhação. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)
>
> Exclusão de ilicitude (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> **§ 2º** Não há crime quando o agente pratica as condutas descritas no caput deste artigo em publicação de natureza jornalística, científica, cultural ou acadêmica com a adoção de recurso que impossibilite a identificação da vítima, ressalvada sua prévia autorização, caso seja maior de 18 (dezoito) anos. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018) (BRASIL, 1940).

Para melhor entendimento da redação do artigo 218-C, Sydow e Castro (2019, p. 134-136) propõem a divisão do caput do referido artigo em três práticas: (a) a divulgação do registro do crime de estupro, possibilitando que o agente seja penalizado por incidir em ambos os tipos, (b) a apologia ou indução à prática do crime de estupro, atividade que diz respeito apenas ao uso de fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual visando estimular o referido crime, e busca atingir especialmente a disseminação de sítios voltados à propagação de discursos de ódio que fomentam crimes sexuais, e (c) registros de cenas de sexo, nudez ou pornografia sem o consentimento da vítima.

Importante ressaltar que a ministra Nancy Andrighi, em julgamento de recurso especial interposto pela Google Brasil Internet LTDA., em março de 2018 reconheceu a pornografia não consensual como forma de violência de gênero:

> A peculiaridade que deve ser ressaltada relaciona-se com a natureza do conteúdo divulgado na internet: cuida-se de vídeo que contém cenas de nudez e de conotação sexual de caráter totalmente privado da recorrida, cuja divulgação ocorreu sem nenhuma autorização por parte dela. A divulgação não autorizada desse tipo de material íntimo ou sexual recebeu a alcunha de exposição pornográfica não consentida ou pornografia de vingança, em razão de ser particularmente comum nas situações de fins de relacionamento, quando uma das partes divulga o material produzido
> durante a relação como forma de punição à outra pelo encerramento do laço afetivo. [...] Após traçar o contexto histórico e social da pornografia de vingança no Brasil, essa mesma autora afirma que se trata de uma forma de violência de gênero. Não são raras as ocorrências de suicídio ou de depressão severa
> em mulheres jovens e adultas, no Brasil e no mundo, após serem vítimas dessa prática violenta: a divulgação não autorizada de material íntimo. Essa nova modalidade de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> violência não é suportada exclusivamente pelas mulheres, mas especialmente praticada contra elas, refletindo uma questão de gênero, culturalmente construída na sociedade (CAVALCANTE, Vivianne A.P.; LELIS, Acácia G.S. Violência de gênero contemporâneo: uma nova
> 50 modalidade através da pornografia de vingança. In: Interfaces Científicas, Aracaju, v. 4, n. 3, junho de 2016). Como afirmam as pesquisadoras CALVANTE e LELIS (2016, p. 61), nas décadas passadas, o macho quando desafiado, rejeitado ou inconformado fazia uso da violência física para se autoafirmar, hoje, reage com a violência simbólica ao expor cenas da mulher em público. (STJ, 2018).

Apesar deste crime não ser praticado unicamente contra mulheres, infelizmente a mulher acaba se tornando uma vítima na maioria dos casos, como bem ressalta a ministra, ficando clara a questão do gênero.

Sendo assim, é importante uma discussão sobre as novas modalidades de ilícitos informáticos, o que gerou a criação e alteração de leis. Podemos perceber conforme citado acima que esse quadro remete grande preocupação devido ao aumento da prática destes delitos. Não é exagero afirmar que esses crimes são aplicados especialmente contra mulheres.

Como bem nos assegura Crespo (2015) pode-se dizer que surgiu uma nova modalidade em relação a divulgação não consensual de conteúdos íntimos, de cunho sexual, na internet, tendo como objetivo principal a vingança, que é o chamado *revenge porn*. Neste contexto, fica claro que as vítimas em sua maioria são mulheres, onde, com o rompimento de um laço afetivo, o ex-parceiro não conformado com o término do relacionamento utiliza deste meio para se vingar e humilhar publicamente a vítima.

No ano de 2018, dados divulgados pela *SaferNet* que recebeu por meio da Central Nacional de Denúncias de Crimes Cibernéticos cerca de 133.732 queixas de crimes, sendo que em 2017, foram 63.698. As denúncias são feitas online por usuários anônimos, em projeto mantido pela SaferNet Brasil em parceria com o Ministério Público Federal. Conforme explicado acima, A entidade aponta que o número de casos atendidos de vazamentos de *nudes* e *sextorsão* aumentou 131,49%. A maioria das pessoas afetadas são mulheres (66%) e acima de 25 anos (53%).

De acordo com Recupero (2016, p. 324)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> A "pornografia de vingança" tipicamente se refere à disseminação (sem o conhecimento ou consentimento do sujeito) de mídia sexualmente explícita, como fotos ou vídeos, que foram originalmente obtidos com o consentimento do sujeito, geralmente originada de um relacionamento íntimo romântico.

Conforme explicado acima à pornografia de vingança, portanto, é todo e qualquer material compartilhado sem a devida autorização. Essa, porém, é uma prática que vem ocorrendo de forma recorrente. Vê-se, pois, que infelizmente, principalmente ex-parceiros não conformados com o término do relacionamento, agridem moralmente a vítima, com o objetivo primordial de se vingar.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa permitiu verificar alguns aspectos relevantes para o entendimento dos principais aspectos dos crimes cibernéticos e suas novas modalidades criminosas, bem como a violação do direito à intimidade e seus efeitos.

Observa-se que os novos crimes conta a dignidade sexual da mulher, estão ligados diretamente com a modernização e evolução da tecnologia, pois é notória a utilização do ambiente digital como forma para cometer crimes. Cabendo portanto à legislação, atribuir sanções, afim de não deixar os novos delitos que surgem impunes.

Portanto fica evidente que os crimes virtuais violam os direitos fundamentais previstos na Carta Maior, sendo feito um destaque para a nova modalidade criminosa contra a dignidade sexual da mulher, como a divulgação de fotos e/ou vídeos da vítima.

Desta maneira, conclui-se que a internet traz vários benefícios, mas em contrapartida propicia um meio para criminosos agirem. E a mulher tendo um direito básico e fundamental violado que é sua intimidade e vida privada, causando danos psicológicos e materiais a vítima, sendo necessária a constante atualização dos legisladores com leis que garantem a eficácia e a efetivação das normas constitucionais.

REFERÊNCIAS

ABREU, C. N. D.; EISENSTEIN, E.; ESTEFENON, S. G. B. **Vivendo esse mundo digital:** impactos na saúde, na educação e nos comportamentos sociais. Porto Alegre: Artmed, 2013.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BELEZIA, P. **Sexting: exposição da intimidade e gênero**. Trabalho de Conclusão de Curso (Curso de Psicologia) - UCB. Brasília. 2015.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**, 1940. Disponivel em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm >. Acesso em: 10 mar 2020.

CASTRO, A. L. C. D.; SYDOW, S. T. **Exposição pornográfica não consentida na internet:** da pornografia de vingança ao lucro. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

CITRON, D. K. C.; FRANKS, M. A. **Criminalizing revenge porn**. The wake Forest Law Review, 2014. Disponivel em:

<https://digitalcommons.law.umaryland.edu/fac_pubs/1420/>. Acesso em: 15 mar 2020.

CRESPO, M. Revenge Porn: A pornografia da vingança. **Jusbrasil**, 2015. Disponivel em: <https://marcelocrespo1.jusbrasil.com.br/artigos/153948423/revenge-porn-a-pornografia-da-vinganca >. Acesso em: 10 maio 2020.

CUNHA, R. S. Adequação Típica - Sextorsão, 2017. Disponivel em: <https://www.youtube.com/watch?v=RPxHYKQC0bs>. Acesso em: 20 abr 2020.

DA SILVA, P. S. **Direito e crime cibernético:** análise da competência em razão do lugar no julgamento de ações penais. Brasília: Vestnik, 2015.

GARRIDO, P. P. **Direito Digital**. 6ª Edição. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.HOCH, P. A. **Levando o direito à íntimidade à sério no contexto da sociedade em rede**. Dissertação (Disseratção em Direito) UFSM. Santa Maria, p. 154. 2017.JESUS, D. D.;

MILAGRE, J. A. **Manual de crimes informáticos**. São Paulo: Saraiva, 2016.LISBOA, R. S. **Manual de direito civil:** Teoria geral do direito civil. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RECUPERO, P. R. New Technologies, New Problems, New Laws. **The Journal of the American Academy of Psychiatry and the law**, Bloomfield, p. 322-327, Setembro 2016.

ROCHA, F. A. N. G. **Direito Penal:** Crimes contra a pessoa. São Paulo: Saraiva, 2013.

SIDOW, S. T. Exposição pornográfica não consentida na internet e as mudanças da Lei 13.718/2018. **Academia**, 2018. ISSN ISSN. Disponivel em: <https://www.academia.edu/40171129/Exposi%C3%A7%C3%A3o_Pornogr%C3%A1

fica_N%C3%A3o_Consentida_na_Internet_e_as_mudan%C3%A7as_da_Lei_n_o_._13.718_2018>. Acesso em: 5 maio 2020.

STJ. STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1.679.465. **JusBrasil**, 2018. Disponivel em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/557633921/recurso-especial-resp-1679465-sp-2016-0204216-5/inteiro-teor-557633940>. Acesso em: 2020 maio 05.

SYDOW, S. T. **Crimes informáticos e suas vítimas**. 2ª Edição. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SYDOW, S. T.; CASTRO, A. L. C. D. **Exposição pornógrafica não consentida na internet:** da pornografia de vingança ao lucro [Coleção Cybercrimes]. 2ª Edição. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

TEIXEIRA, T. **Curso de direito e processo eletrônico:** doutrina, jusrisprudência e prática. 3ª Edição. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

TEIXEIRA, T. **Marco Civil da Intenet**. São Paulo: Almedina, 2016.

VIEIRA, S. A. D. A. **Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos meios eletrônicos**. [S.l.]: Juarez de Oliveira, 2002.

WENDT, E.; NOGUEIRA JORGE, H. V. **Crimes cibernéticos:** ameaças e procedimentos de investigação. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Brasport, 2013.

NOTAS:

[1] Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento. Professor de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins. Defensor Público Federal. E-mail: igor.barbosa@catolica-to.edu.br.

www.conteudojuridico.com.br

ACIDENTE DE TRAJETO PERANTE A LEGISLAÇÃO TRABALHISTA E A PREVIDENCIÁRIA: O QUE MUDOU APÓS A REFORMA TRABALHISTA?

ANA CLAUDIA AUGUSTA DE SIQUEIRA:
Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário São Lucas.

HUDSON PEREIRA DA COSTA

(orientador)[1]

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo definir a importância do direito do trabalho assegurado com justiça pelas normas legislativas. Destarte, o artigo analisa alterações ocasionadas pelas reformas trabalhista da última década e a consequência das mesmas sobre as relações de trabalho, como a revogação das horas *in itinere* que modificaram a rotina dos serviçais. Além disso, busca apresentar as diferenças de preceitos da Consolidação das Leis do Trabalho e da Previdência Social ressaltando a celeuma gerada em relação ao acidente de trajeto ao correlacioná-las. O trabalho também dispõe da análise de entendimentos jurisprudencial, com o assentamento de dados estatísticos concretando a compreensão a respeito da problemática da estabilidade provisória decorrente de acidente de trajeto e a responsabilidade civil. Concluindo a pesquisa com uma análise postulada por critérios das antinomias jurídicas a respeito de modificações advindas da reforma trabalhista que se executaram na legislação, mas vingaram de maneira ineficaz aos trabalhadores, favorecendo aos empregadores e atrofiando as relações de trabalho.

Palavras-chave: Acidente. Trajeto. Trabalho. *In itinere*.

ABSTRACT: The purpose of this article is to define the importance of the right to work that is fairly guaranteed by legislative norms. Thus, the article analyzes the changes caused by the labor reforms of the last decade and the consequence of these on labor relations, such as the revocation of commuting hours that changed the routine of the servers. In addition, it seeks to present the differences in the principles of the Consolidation of Labor and Social Security Laws, highlighting the commotion that is generated in relation to the displacement accident when correlating them. The work also includes the analysis of jurisprudential understandings, with the establishment of statistical data, reinforcing the understanding of the problem of provisional stability resulting from travel accidents and civil liability. Concluding the investigation with an analysis postulated by criteria of the legal antinomies regarding modifications resulting from the labor reform that were carried out in the legislation, but that ineffectively avenged the workers, favoring the employers and atrophying labor relations.

KEYWORDS: Accident. Path. Job. *In itinere*.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 1.1 REVISÃO BIBLIOGRÁFICA; 1.1.1 Tempo a disposição do empregador e o serviço efetivamente prestado; 1.1.2 Da supressão das horas *in itinere* pelo advento da lei 13.467/17; 1.1.3 Da impossibilidade da revogação tácita do artigo 21, IV, "d", da lei 8.213/91 pela lei 13.467/17; 1.1.4 Análise dos entendimentos jurisprudencial a respeito da problemática da estabilidade provisória decorrente de acidente de trajeto e a responsabilidade civil; 1.1.5 Dos dados estatísticos sobre acidentes de trajeto equiparados a acidente do trabalho apresentados pelo INSS; 1.1.6 Medida provisória 905/2019 e revogação do artigo 21, IV, "d" da lei 8.213/91; 2 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O acidente de trajeto é o acidente que ocorre no percurso casa trabalho ou trabalho casa, sendo que o mesmo é equiparado a acidente de trabalho pela lei 8.213/91, esta lei previdenciária tem repercussão na esfera trabalhista, garantindo ao trabalhador a estabilidade no emprego.

O presente artigo se torna relevante acerca do tema jurídico material, pois houveram repercussões atuais no ordenamento jurídico, primeiro pela reforma trabalhista, lei 13.467/17 extirpando as horas *in itinere* e posteriormente houve a total mudança do tema pela MP 905, desconsiderando de maneira direta a equiparação do acidente de trajeto ao acidente de trabalho.

O artigo apresenta um aspecto jurídico por apresentar as diversas jurisprudências e doutrinas acerca do presente tema, principalmente por abordar as discussões que surgiram com as mudanças das normas do ordenamento jurídico, visto que foram revogados artigos que atualmente estão novamente em vigor.

A pesquisa abordará sobre o artigo 4° da CLT, acerca do tempo a disposição do empregador, visto que com as mudanças da reforma trabalhista, o tempo a disposição é diferente do tempo de serviço efetivamente prestado.

O presente artigo analisará as mudanças da lei 13.467/2017 e da MP 905, sobre o acidente *in itinere*, por meio de doutrinas, jurisprudência e a legislação pátria. Além disso, terá como procedimento o uso de dados bibliográficos e documentais tais como os que versem sobre o INSS e os acidentes de trajetos equiparados a acidente de trabalho. Analisará ainda os dados no Brasil, na Região Norte e em Rondônia, sobre o número de acidentes, acidentes de trajeto, doenças ocupacionais, e ainda, a emissão da CAT.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O presente trabalho visa à análise da reforma trabalhista, lei 13.467/2017, quanto as horas *in itinere*, visto que a referida reforma extirpou as horas *in itinere* do ordenamento jurídico, e ainda, se essa mudança reflete na lei previdenciária 8.213/91, em relação a revogação da equiparação do acidente de trajeto ao acidente de trabalho, utilizando critérios doutrinários que visam afastar antinomias do ordenamento jurídico.

Esse trabalho analisará as jurisprudências sobre como os Tribunais têm se manifestado a respeito da problemática da estabilidade provisória decorrente de acidente de trajeto e a responsabilidade civil decorrente do mesmo.

O objetivo principal deste artigo é analisar as mudanças das normas e jurisprudências sobre o acidente de trajeto e quanto a sua atual vigência no ordenamento jurídico.

1.1 REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

1.1.1 Tempo a disposição do empregador e o serviço efetivamente prestado

As relações trabalhistas correspondem a subordinação jurídica do empregado à vontade do empregador. Tal conformidade é estabelecida pelo contrato de trabalho, também nominado contrato individual de trabalho, que são regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Ou seja, o empregado (pessoa física) firma ações prestando serviços de forma subordinada mediante salário, enquanto o empregador (pessoa física ou jurídica) detém os poderes sobre o trabalhador, sendo que ambas as relações devem estar em conformidade com as leis trabalhistas.

Em tese, o empregado em serviço seria remunerado conforme a proporção de trabalho executado, isto é, conforme o serviço efetivamente prestado ao empregador, como indica Delgado (2017, p. 980) "Em suma, exclui-se do cálculo da jornada todo e qualquer lapso temporal que não consista em direta transferência da força de trabalho em benefício." No entanto, essa configuração foi rejeitada pelas ordens jus-trabalhistas modernas do Brasil, visto que sujeitaria o empregado ao abuso de poder econômico e social pelo empregador.

Assim, firmaram-se leis em benefício de proteção ao empregado, como a redação vigente da CLT que confere aos empregados uma logística salubre durante as jornadas de trabalho, permitindo relações trabalhistas com mais equidade, conforme enunciado em seu Art. 4º: "Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada." (BRASIL, 1943).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Dessa maneira, o tempo de serviço prestado, juntamente com a remuneração e o aguardo de ordens, é tido como o tempo em que o empregado permanece à disposição do empregador de forma condizente com as atribuições exercidas ou localidade do empregado, conforme entendimento de Martinez (2016, p. 600) "Assim, independentemente de realizar a tarefa para a qual foi contratado, o empregado estará efetivamente em serviço sempre que permanecer aguardando ordens de execução.".

Todavia, após sancionar a Lei Nº 13.467/17 na CLT (reforma trabalhista) exceções surgiram a tal aplicabilidade ao inovar as relações de trabalho, destarte foi excluído desta regra: "(...) o empregado com contrato intermitente - art. 452-A da CLT, bem como as situações contidas no incisos I a VIII do § 2º do art. 4º da CLT (...)" conforme afirma Cassar (2017, p. 603).

Anteriormente as modificações pela Lei Nº 13.467/17, prevalecia a antiga composição legislativa que, por considerar, em situações específicas, o percurso do trabalhador da residência ao local do trabalho ou deste para aquela, como tempo a disposição do empregador provia benefícios ao empregado. Tal entendimento deriva da anterior redação vigente disposta pela Lei Nº 10.243, de 19 de junho de 2001, §2º do Art. 1º, que previa:

> § 2º O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução." (NR) (BRASIL, 2001).

Diante da conjuntura instaurada no período, somado as disposições do Tribunal Superior do Trabalho (TST) de assegurar com justiça o direito do trabalho, edificou-se aos empregados as horas *in itinere* como tempo à disposição do empregador, ou seja, computando o tempo das horas *in itinere* para a jornada de trabalho, sendo que o entendimento foi unificado pelo TST na Súmula 90.

Posteriormente, com a reforma trabalhista, a Lei Nº 13.467/17 não apenas alterou o §2º do Art. 58 da CLT excluindo as horas *in itinere* da jornada de trabalho, como também, revogou o §3º que favorecia a existência das remunerações aos trabalhadores das pequenas empresas em condições específicas de localidade e transporte.

Em síntese, a remuneração manteve-se contabilizada conforme o tempo disposto pelo trabalhador em local de trabalho independente das atividades

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

realizadas, desde que esse esteja prontificado a receber ordens e executá-las conforme as exigências do empregador. Nestes termos Resende (2014, p. 454) alega tal concepção com a seguinte redação: "Assim, ainda que o empregador mantenha o empregado inerte, sem prestar qualquer trabalho, impõe-se a obrigação de pagar ao empregado os salários correspondentes a todo período em que ocorreu a disponibilidade.".

1.1.2 Da supressão das horas *in itinere* pelo advento da lei 13.467/17

A Reforma Trabalhista decretada em 13 de julho de 2017 promoveu significativas alterações nas disposições da CLT. Essa foi instrumentalizada pela Lei Nº 13.467/17 que surgiu da necessidade de combater o desemprego e modernizar as relações de trabalho.

Dentre as diversas modificações em notáveis aspectos da legislação, há a disposta no §2 º do Art. 58 da CLT que revoga a remuneração do tempo decorrido pelo trabalhador entre a sua residência e o local de trabalho ou deste para aquela, isto é, das horas *in itinere*. Abaixo o sancionamento jurídico promulgado:

> § 2º O tempo despendido pelo empregado desde a sua residência até a efetiva ocupação do posto de trabalho e para o seu retorno, caminhando ou por qualquer meio de transporte, inclusive o fornecido pelo empregador, não será computado na jornada de trabalho, por não ser tempo à disposição do empregador. (BRASIL, 2017).

Vale ressaltar que as horas *in itinere* enquanto vigentes dependiam de uma série de requisitos para incluir o trabalhador. Sendo que, esses foram consolidados pela jurisprudência por intermédio das Súmulas enunciadas no TST. Assim, a primeira delas, a de Nº 90, incorporou-se as de números 324 e 325, e, posteriormente, as Orientações Jurisprudências da SDI-1 de números 50 e 236, cuja redação é a seguinte:

> HORAS "*IN ITINERE*". TEMPO DE SERVIÇO (incorporadas as Súmulas nºs 324 e 325 e as Orientações Jurisprudenciais nºs 50 e 236 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005
>
> I - O tempo despendido pelo empregado, em condução fornecida pelo empregador, até o local de trabalho de difícil acesso, ou não servido por transporte público regular, e para o seu retorno é computável na jornada de trabalho. (ex-Súmula nº 90 - RA 80/1978, DJ 10.11.1978)

> II - A incompatibilidade entre os horários de início e término da jornada do empregado e os do transporte público regular é circunstância que também gera o direito às horas "*in itinere*". (ex-OJ nº 50 da SBDI-1 - inserida em 01.02.1995)
>
> III - A mera insuficiência de transporte público não enseja o pagamento de horas "*in itinere*". (ex-Súmula nº 324 – Res. 16/1993, DJ 21.12.1993)
>
> IV - Se houver transporte público regular em parte do trajeto percorrido em condução da empresa, as horas "*in itinere*" remuneradas limitam-se ao trecho não alcançado pelo transporte público. (ex-Súmula nº 325 – Res. 17/1993, DJ 21.12.1993)
>
> V - Considerando que as horas "*in itinere*" são computáveis na jornada de trabalho, o tempo que extrapola a jornada legal é considerado como extraordinário e sobre ele deve incidir o adicional respectivo. (ex-OJ nº 236 da SBDI-1 - inserida em 20.06.2001)

Em síntese, as horas *in itinere* eram dispostas aos trabalhadores que moram em locais de difícil acesso com condução fornecida ou terceirizada pelo empregador, como também em regiões não assistidas por transporte público, ou com incompatibilidade de horários com o mesmo. Sendo esses fatores não cumulativos, isto é, bastava ocorrer uma das duas situações para inclusão ao direito das horas *in itinere*.

Insta salientar que, a partir do momento em veículo, o trabalhador, por se encontrar a disposição do encarregado, poderia ser punido em caso de falta contratual, o que favorecia a ordem e cumprimento dos termos dispostos a aplicabilidade das horas *in itinere*.

Com base nos princípios citados, há como fazer uma premissa inicial da relevância que havia nas horas *in itinere* para assegurar os direitos dos trabalhadores. No entanto, com a vigência da Lei Nº 13.467/17, redações da CLT como a abordada no §3º, Art. 58, foram revogadas. Essa última concedia aos funcionários das microempresas, sobre os requisitos dispostos na Súmula Nº 90, remuneração com base no tempo médio despendido em trajeto ao trabalho, e posteriormente a residência.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Como resultado, aos trabalhadores que vivem em regiões distantes ou não assistidas por transporte público resta adaptar suas rotinas aos horários da empresa, mesmo havendo incompatibilidade dos mesmos.

Consequentemente, estando diante de uma carga horária que pode chegar até mesmo há 8 horas diárias, o corpo físico acaba cedendo, imergindo na fadiga mental e física que, quando acentuadas, podem desencadear enfermidades, acidentes no trânsito ao tentar apressar-se para assegurar o horário e garantir a remuneração, como também aflições durante a execução de seus postos de trabalho.

No entanto, há de mencionar que a lei fora sancionada com o objetivo de estimular o empregador a conceder transporte público em lugar dos custos gerados com o pago das horas *in itinere*, pois assim, teoricamente, os trabalhadores evitariam situações desconfortáveis e precárias, suscetíveis a atritos durante o percurso, como constado por Mattos e Miranda (2017) o fato do legislador considerar que ao excluir o pagamento obrigatório das horas *in itinere*, o empregador fique incentivado a fornecer transporte particular a seus empregados.

Todavia, não há como assegurar que tais meios serão concedidos aos empregados, e situações em que faltar esse condicionamento, além da redução de ganhos, exigirá do trabalhador a mobilização para adequar-se aos requisitos do empregador, o que as vezes pode custar além da problemática remetida ao financeiro, a saúde dos empregados. Dentre os autores que asseguram a ineficácia das novas medidas há Leite (2019, p. 835) que afirma: "**Essas alterações legislativas, a par de facilitarem e estimularem as fraudes no tocante ao tempo em que o empregado fica à disposição do empregador, constituem violação ao princípio da vedação do retrocesso social [...]".**

Perante ao exposto, conclui-se que com a Lei Nº 13.467/17 vigente não há mais obrigação ao pagamento das horas *in itinere* ao empregado independente das circunstâncias que o mesmo se encontra. Por mais que a medida esteja pautada em melhorar as relações de trabalho, acabou trazendo empecilhos aos trabalhadores que agora devem lidar em meio redução salarial e uma exaurida rotina para assegurar seus postos de trabalho.

1.1.3 Da impossibilidade da revogação tácita do artigo 21, IV, "d", da lei 8.213/91 pela lei 13.467/17

A reforma trabalhista entrou em vigor com a promulgação da Lei Nº 13.467/17, em 13 de julho de 2017. Dentre as circunstâncias pela qual foi redigida,

há a busca por inovar as relações de trabalho simplificando-as e estabelecendo equilíbrio de direitos tanto ao empregado, quanto ao empregador.

As modificações conduzidas pela Reforma Trabalhista foram diversas, estando dentre essas a interpretação do tempo a disposição do empregador. Anteriormente considerava-se como tempo a disposição o simples fato do empregado está em local de trabalho, assim, esse poderia permanecer exercendo atividades particulares ou por escolha própria e recebendo renumeração por horas extras. Nesse sentido, a fim de evitar confusões e injustiças foi sancionado no §2º do Art. 4º da CLT a seguinte redação:

> § 1º Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário no registro de ponto não excedentes de cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários.
>
> § 2º Por não se considerar tempo à disposição do empregador, não será computado como período extraordinário o que exceder a jornada normal, ainda que ultrapasse o limite de cinco minutos previsto no §1 º do art. 58 desta Consolidação, quando o empregado, por escolha própria, buscar proteção pessoal, em caso de insegurança nas vias públicas ou más condições climáticas, bem como adentrar ou permanecer nas dependências da empresa para exercer atividades particulares, entre outras:
>
> I - práticas religiosas;
>
> II - descanso;
>
> III - lazer;
>
> IV - estudo;
>
> V - alimentação;
>
> VI - atividades de relacionamento social;
>
> VII - higiene pessoal;
>
> VIII - troca de roupa ou uniforme, quando não houver obrigatoriedade de realizar a troca na empresa. (BRASIL, 1943; BRASIL, 2017).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A redação além de descrever as atividades que não são mais consideradas como tempo a disposição também consta, em seu §1º, a respeito do tempo residual não renumerado despendido no início ou término da jornada, sendo que esse não pode ultrapassar o limite máximo de dez minutos.

Dessa maneira, para ser constado como tempo à disposição, o trabalhador deve estar em local de serviço em prontidão para executar ordens, conforme redigido pelo art. 4º da CLT que afirma: "Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada." (BRASIL, 1943).

Nesse contexto, outra medida adotada pela novel reforma trabalhista é a supressão das horas *in itinere* ao alterar a redação do §2º do Art. 58 da CLT. Assim, não é mais concebido aos trabalhadores que usufruíam desse direito, conforme os requisitos da Súmula 90 do TST, o computo do período de deslocamento até o trabalho para fins remuneratórios por não ser mais considerado como parte da jornada de trabalho.

Com a aplicação do conceito "tempo a disposição do empregador" em medidas instituídas pela Lei Nº 13.467/17, esse passou a receber outra interpretação jurídica adaptada ao cenário da vigente legislação que, juntamente com a supressão das horas *in itinere* suscitou questionamentos a respeito da permanência ou não no ordenamento jurídico do "Acidente de Trajeto". Esse está contido no Art. 21º, inciso IV, alínea "d" da Lei Nº 8.213, de 24 de julho de 1991, em que a redação enuncia:

> Art. 21. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta Lei:
>
> [...]
>
> IV - o acidente sofrido pelo segurado ainda que fora do local e horário de trabalho:
>
> [...]
>
> d) no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado. (BRASIL, 1991).

Diante do exposto surge o seguinte questionamento: Considerando que o período no qual o trabalhador permanece em trajeto não é constado como tempo a disposição do empregador, o acidente ocorrido nesse período, isto é, o acidente de trajeto, não deveria, consecutivamente, desvincular-se do status de acidente de

trabalho isentando o empregador da emissão da Comunicação de Acidente de Trabalho (CAT), e da concessão de estabilidade acidentária ao serviçal? Tal impasse instaurou-se por um equívoco quanto a ocorrência de uma revogação tácita do já mencionado art. 21º, inciso IV, alínea "d" e a resolução do mesmo requer uma bateria de análises.

Em efeito, o dispositivo que aborda o acidente de trajeto é pautado numa lei previdenciária (Lei 8.213/91), isto é, que ampara os benefícios da Previdência Social, enquanto o "tempo a disposição do empregador" é concebido pela legislação trabalhista (CLT). Assim, não há como desvincular o acidente de trajeto do status de acidente de trabalho alegando haver colisão de sentido com a interpretação do "tempo a disposição do empregador" por partirem de diretrizes divergentes, o que consecutivamente impossibilita sugerir uma revogação tácita, como disposto Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB) – Decreto-Lei N º 4.657 de 04 de setembro de 1942, Art. 2º:

> Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.
>
> § 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.
>
> § 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.
>
> § 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência. (BRASIL, 1942).

Portanto, analisando a LINDB, por mais que haja divergência de sentido entre ambas as leis, não há como haver revogação tácita nem mesmo modificação na redação da lei anterior por se tratar de leis com disposições especiais. Assim, para solucionar a problemática é necessário considerar que essas são leis especiais com normas conflitantes, isto é, antinomias.

Para esclarecer as antinomias é necessário analisar três critérios: o critério hierárquico, o critério da especialidade e o critério cronológico. Sendo que esses, de acordo com o que o intérprete optar, podem ser utilizados para assimilar ou afastar as antinomias.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O critério hierárquico considera que a norma superior deve prevalecer sobre a norma inferior, sendo esse o mais forte dos critérios, como constado por Batista (1998, p. 31) a finalidade do mesmo em "[...] dar supremacia e prevalência às normas de escalonamento superior em detrimento das normas inferiores, no caso de embate entre elas, independentemente da ordem cronológica." Sendo que, ao se tratar de normas antinômicas com mesmo padrão hierárquico, deve se recorrer aos demais critérios.

O critério da especialidade considera que a norma especial deve prevalecer sobre a norma geral naquilo que forem incompatíveis, ou seja, por efeito da lei especial, a lei geral cai parcialmente, originando a antinomia total-parcial. Sendo que sua caracterização tem por fundamento o Art. 2º, §2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que vaticina: "§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior."

O critério cronológico considera que a norma posterior deve prevalecer sobre a norma anterior revogando no que for incompatível. Sendo que, esse é o mais fraco dos critérios e só pode ser aplicado quando ambas as normas integrarem a mesma hierarquia. Também tem fundamento no art. 2º, §1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que enuncia: "§1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior."

Portanto, considerando os critérios expostos é possível afirmar que o conflito de normas existente entre a Lei Nº 8.213/01 com a vigência da Lei Nº 13.467/17 é considerado uma antinomia de 2º grau, visto que não é possível solucioná-lo considerando apenas o critério da especialidade por estar diante de duas normas especiais, sendo uma de ordem Previdenciária e outra de ordem Trabalhista.

Assim, recorre-se também ao critério cronológico que parte da compreensão que a lei mais recente é considerada mais advertida e apta para disciplinar as relações sociais e por isso deve prevalecer sobre a anterior. Vale ressaltar que só é possível aplicar o critério cronológico por pertencerem a mesma hierarquia proporcionando estabelecer uma relação de coordenação legislativa.

Em suma, a vigência da Lei Nº 13.467/17, nada dispôs a respeito da revogação expressa na alínea "d", inciso IV, do Art. 21 da Lei Nº 8.213/01. Ademais, por meio da análise dos critérios de resolução de antinomias compreende-se que essas normas atuam por meio de uma relação de cooperação legislativa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Portanto, o acidente de trajeto mantém o status de acidente de trabalho o que, consecutivamente, obriga o empregador prestar os direitos trabalhistas ao empregado, cumprindo com a estabilidade acidentária e a promulgação da CAT (comunicação de Acidente do Trabalho).

1.1.4 Análise dos entendimentos jurisprudencial a respeito da problemática da estabilidade provisória decorrente de acidente de trajeto e a responsabilidade civil

Para a análise do entendimento jurisprudencial sobre o acidente de trajeto, foi observado apenas as decisões mais recentes, sendo que não é possível traçar um paralelo "antes, durante e depois" da MP 905, pois para que houvesse julgados sobre acidentes de trajeto sob o prisma da MP 905, seria necessário a ocorrência do acidente, o afastamento 15 dias ou superior pelo INSS, o ajuizamento da ação, com todos os tramites processuais até a sentença e posteriormente o acórdão tudo durante a vigência da referida MP, o que não é possível devido ao interstício temporal em que a lei se manteve em vigor.

Entretanto, foi constatado que o "antes" e o depois", se mantiveram da mesma forma, não havendo a mudança na jurisprudência, visto que não foi adotada qualquer decisão diferente dos entendimentos que os tribunais possuíam previamente a MP 905.

Os acidentes de trajeto que ocorreram antes da vigência da MP 905, entretanto com o tramite processual durante ou posterior a vigência da MP 905, em suas sentenças e acórdãos, foi mantido o entendimento da equiparação ao acidente de trabalho, pois a MP 905, não retroage, ou seja, não extingue direito adquirido, conforme sentença dos autos n. 0000191-43.2019.5.14.0041 da vara pertencente ao TRT14.

No referido processo o reclamante ajuizou ação reclamatória trabalhista, com o pedido de indenização estabilidade acidentária, pedindo equiparação do acidente de trajeto ao acidente de trabalho, entre outros pedidos. Na audiência inaugural a 2ª reclamada apresentou contestação e a 1ª reclamada foi ausente, sendo aplicado os efeitos da revelia.

Em instrução houve a oitiva de testemunha e prova emprestada de outro processo, não havendo mais provas a produzir pelas reclamadas, encerrando a fase instrutória, não havendo acordo entre as partes.

Em sentença o juízo condenou parcialmente procedente os pedidos, sendo que em relação a equiparação do acidente de trajeto ao acidente de trabalho, o juízo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

sentenciou procedente ao pedido da exordial, utilizando como base a súmula 378, II, do TST e a equiparação da letra "d" do inciso IV do artigo 21 da lei 8.213/91.

Ressaltou o juízo que, mesmo que a houvesse a revogação da letra "d" do inciso IV, do artigo 21 da lei 8.213/91 pela vigência da MP 905/2019, está não possui o condão de retroagir para modificar direito adquirido, logo não poderia extinguir o direito da equiparação do acidente de trajeto ao acidente de trabalho ocorrido em 02/08/2017, *in verbis:*

> A MP 905/2019 revogou a letra 'd' acima, de forma que acidente de trajeto não mais se considera como acidente de trabalho. No entanto, a MP 905/2019 não retroage para modificar direito adquirido, sendo que o acidente do reclamante ocorreu antes da revogação. (Sentença, autos n. 0000191-43.2019.5.14.0041, Ana Maria Rosa dos Santos, Cacoal/RO, 27 de abril de 2020.)

Conforme acima exposto, mesmo que houvessem julgamentos do acidente de trajeto durante a vigência da MP 905, ainda tem que ser observado a data em que ocorreu o acidente, analisando qual lei deve ser aplicada a cada caso concreto.

A jurisprudência adota a Lei Nº 8.213/91 quando se trata de acidente de trajeto equiparado a acidente de trabalho, o acidente que ocorre no percurso da residência para o trabalho ou do trabalho para a residência, sendo que é observado caso a caso para aplicação da norma.

Em relação a estabilidade, nosso tribunal, TRT14, entende que não se trata de responsabilidade civil do empregador, mas sim de direito garantido pela Lei Nº 8.213/91 que equipara o acidente de trajeto ao acidente de trabalho, juntamente com a observação do preenchimento dos requisitos previstos na súmula n. 378 do TST, *in verbis:*

> I- ESTABILIDADE PROVISÓRIA. ACIDENTE DE TRAJETO. O acidente sofrido pelo segurado no percurso do trabalho para casa equipara-se ao acidente de trabalho, conforme prevê o art. 21, IV, "d", da Lei n. 8.213/91. Assim, presentes os requisitos dispostos no item II, da Súmula nº 378, faz jus o trabalhador à garantia provisória de emprego, consoante dispõe o art. 118 da mesma lei retromencionada, hipótese em que não há falar em necessidade de verificação de eventual culpa do empregador, tendo em vista que não se trata de responsabilização civil por eventuais danos sofridos.

> II- ASSÉDIO MORAL. ÔNUS DA PROVA DO RECLAMANTE. AUSÊNCIA DE PROVA. INDEFERIMENTO DO PLEITO INDENIZATÓRIO. A conduta ilícita gerada pelo empregador ou seus prepostos, que renda ensejo à caracterização do assédio moral, há que ser, satisfatoriamente, demonstrada pela vítima. Inexistindo provas convincentes quanto à veracidade do suposto assédio moral, não há fundamento para a condenação do empregador pela prática de assédio moral. (Acórdão em RO 0000580-51.2019.5.14.0001, 14ª REGIÃO, 8 de outubro de 2020.)

Ao utilizar a Lei Nº 8.213/91, se comprovado o acidente de trajeto, é garantido ao trabalhador a equiparação deste ao acidente de tralho, porém, como acima exposto, é necessário a observação ao caso concreto sobre a responsabilidade civil, sendo que, se não comprovado o nexo de causalidade e a culpa da reclamada, não haverá a devida reponsabilidade civil do empregador, conforme precedentes jurisprudenciais do nosso TRT14.

Mesmo que ocorra o acidente no trajeto, antes de iniciar ou após terminar a jornada de trabalho, não é garantida a estabilidade prevista na Lei Nº 8.213/91, visto que o acidente de trajeto tem que acontecer no percurso casa trabalho, ou vice-versa.

Ao realizar os recursos, são analisadas se as matérias são de fato ou de direito. A primeira se refere a uma reanálise dos fatos e provas juntados ao processo, documentos e depoimentos do que ocorreu, sendo que a segunda trata-se da busca pela reforma da rescisão por afronta, violação, entendimento diferente dos tribunais, nulidades e etc.

Pela razão do acidente de trajeto ser uma matéria majoritariamente de fato, ou seja, se tratar das nuances de como aconteceu o acidente e se o acidente de trajeto é equiparado ao acidente de trabalho, os recursos que apresentam a presente matéria geralmente não são providos nos Recursos de Revista.

Além da responsabilidade trabalhista sobre o acidente de trajeto, também há a responsabilidade civil do empregador. A responsabilidade civil do empregador consiste em indenizar o empregado nos danos cíveis sofridos.

Quando ocorre o acidente de trajeto equiparado ao acidente de trabalho, o empregado pode ficar com sequelas físicas, psíquicas, despender grande parte do seu dinheiro para tratamentos, o que pode gerar o dever de indenizar do empregador em danos materiais, morais e estéticos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A doutrina é dividida quanto ao tema, sendo que alguns tribunais entendem pela culpa presumida do empregador, visto que o acidente de trajeto é equiparado ao acidente de trabalho pelo Art. 21, IV, "d", da Lei Nº 8.213/91.

Em ação proposta no âmbito do nosso tribunal, TRT14, foi condenada a reclamada na responsabilidade civil do empregador, ou seja, foi condenada as indenizações cíveis, sendo que nos autos n. 0000785-93.2018.5.14.0008, o valor foi de R$20.000,00 por danos morais.

No referido processo, o juízo de primeiro grau, reconheceu a responsabilidade civil de indenizar, utilizando como base uma das duas hipóteses necessárias para configurar a responsabilidade civil, sendo a primeira a culpa da ré por ato ilícito, o que não era aplicado ao caso, visto que o acidente foi ocasionado por terceiro embriagado, e, a segunda sendo o dever geral de cautela, *in verbis*:

> Em regra geral, para efeitos de responsabilidade civil do empregador devem estar presentes os seguintes requisitos: culpa lato sensu da ré baseada em ato ilícito, omissão ou abuso de direito que viole ordem legal ou o dever geral de cautela, dano e nexo causal (responsabilidade subjetiva). (Sentença, autos n. 0000785-93.2018.5.14.0008, 8 de Novembro de 2019. Luiz Jose Alves dos Santos Junior)

Por mais que a reclamada não houvesse culpa direta ou indireta com a produção do acidente, a mesma estava disponibilizando o veículo que transportava o reclamante, assumindo os riscos provenientes deste transporte, sendo nula clausulas excludentes de responsabilidades, inclusive a alegação de culpa de terceiro, visto que a culpa do terceiro não elide a sua responsabilidade, apenas o dá o direito de ajuizar ação regressiva, *in verbis:*

> Deste modo, e pelos fatos acima narrados, resta evidente que a reclamada assumiu o risco pelo dano, logo, restam comprovados os requisitos da responsabilidade civil objetiva (transporte de pessoas, atividade que a ré assumiu, e que ocasionou o acidente de trânsito que culminou em danos ao reclamante). (Sentença, autos n. 0000785-93.2018.5.14.0008, 8 de Novembro de 2019. Luiz Jose Alves Dos Santos Junior)

Não satisfeita com o resultado do processo, a reclamada insurgiu a sentença com o Recurso Ordinário ao TRT14, alegando que não seria justo a aplicação da responsabilidade civil do empregador ao acidente que ocorre fora dos limites do local de trabalho, requerendo a reforma da sentença de primeiro grau.

O tribunal, no entanto, manteve a condenação a reclamada, sendo que utilizou como base a aplicação da responsabilidade civil objetiva prevista no Art. 927 do Código Civil, *in verbis:*

> Quanto à culpabilidade, tem-se que a atividade que o reclamante exercia na reclamada o expunha a riscos, e, portanto a responsabilidade civil é objetiva, nos termos do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, sendo, portanto, dispensável a análise da culpa ou dolo da reclamada, ou culpa concorrente. Mantém-se, portanto, a sentença, no particular. (Acórdão em RO, autos n. 0000785-93.2018.5.14.0008, 8 de Novembro de 2019)

O Tribunal Regional do Trabalho 14, entende que se não houver a culpa do empregador ou nexo de causalidade no acidente de trajeto sofrido pelo empregado, o empregador não terá responsabilidade civil pelos danos sofridos, mesmo havendo a equiparação do acidente de trajeto ao acidente de trânsito, *in verbis:*

> ACIDENTE DE TRAJETO. NÃO COMPROVAÇÃO DE NEXO DE CAUSALIDADE E CULPA DA RECLAMADA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS INDEVIDA. O quadro fático descrito no presente feito não permite concluir pela existência de culpa nem pela existência de relação de causalidade entre a morte do filho dos autores e as atividades desenvolvidas na reclamada, o que descaracteriza sua responsabilidade civil. Muito embora a legislação previdenciária equipare o acidente de trajeto ao acidente de trabalho típico (art. 21, IV, "d", da Lei 8.213/91), o acidente sofrido pelo reclamante não tem o condão de atrair o nexo de causalidade para fins de responsabilização do empregador. Precedentes desta Corte e do Colendo TST. (Acórdão em AIRO. Autos nº 0000090-46.2020.5.14.0081. 11 de setembro de 2020.)

Da mesma forma é o entendimento do Tribunal Regional da 4ª Região, em decisões repetidas, quando ocorre o acidente de trajeto, mesmo que equiparado ao acidente de trabalho, não deve gerar responsabilidade objetiva ou subjetiva ao empregador, logo quando não há a culpa do empregador consequentemente não há o dever indenizar, *in verbis:*

> ACIDENTE DE TRAJETO. DANO MORAL. Caso em que, em se tratando de um acidente de trajeto puro, ou seja, da casa para

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

o trabalho, sem intercorrência de trabalho no caminho, não há se cogitar em culpa do empregador, objetiva ou subjetiva. TRT-4 - Recurso Ordinário RO 00206481620165040030 (TRT-4). Relatora: Karina Saraiva Cunha. Jurisprudência•Data de publicação: 06/03/2018

ACIDENTE DE TRAJETO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. Ausente nexo de causalidade entre o alegado acidente de trajeto sofrido pela reclamante e o trabalho prestado em favor da reclamada, elemento essencial para a configuração do dever de reparação, não há falar responsabilidade desta pelos eventuais danos decorrentes do acidente. TRT-4 - Recurso Ordinário RO 00204747020175040030 (TRT-4). . Relatora: Tânia Rosa Maciel de Oliveira Jurisprudência•Data de publicação: 05/10/2018

ACIDENTE DE TRAJETO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. O acidente de percurso é equiparado ao acidente do trabalho para fins previdenciários. Comprovado que o acidente ocorreu por culpa exclusiva de terceiro, indevidos os pedidos de danos morais, pensionamento vitalício e lucros cessantes em decorrência de acidente de trajeto. TRT-4 - Recurso Ordinário RO 00200893920175040381 (TRT-4). Relator: Manuel Cid Jardon Jurisprudência•Data de publicação: 24/10/2018

ACIDENTE DE TRAJETO. DANOS MORAIS. INEXISTÊNCIA DO DEVER DE INDENIZAR DA EMPREGADORA. O acidente de percurso sofrido pelo empregado em veículo próprio, ainda que considerado como acidente de trabalho pela legislação previdenciária (art. 21 , IV , d , da Lei nº 8.213 /91), não enseja a responsabilidade da empregadora pelos danos sofridos, por ausência de nexo de causalidade direto com as atividades desenvolvidas na empresa. Além disso, não resta comprovado tenha a empresa concorrido com dolo ou culpa para a ocorrência do evento. (TRT-4 - Recurso Ordinário RO 00208015220175040341 (TRT-4) Relator Manuel Cid Jardon Jurisprudência•Data de publicação: 16/11/2018)

O Tribunal Regional do Trabalho 1 entende de forma oposta ao TRT-14 e TRT-4, aplicando a culpa presumida do empregador, pois o acidente de trajeto é equiparado ao acidente de trabalho, nos termos do Art. 21, IV, "d", da Lei Nº 8.213/91, independente de qual transporte utilizado pelo empregado no momento do acidente de trajeto, sendo que no presente entendimento o empregador possui

o dever de reparar o empregado, sendo condenado ao pagamento de indenizações pelos danos materiais que o empregado despendeu e o danos morais, *in verbis:*

> ACIDENTE DE TRABALHO *IN ITINERE*. DEVER DE REPARAÇÃO. O acidente de trajeto (ou *in itinere*) é uma espécie de acidente de trabalho por equiparação, na forma estabelecida pelo artigo 21 , IV , d , da Lei 8213 /91, pouco importando, nos termos do dispositivo, o meio de transporte utilizado. Nesse sentido, ocorrendo acidente no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela fica configurado o acidente de trabalho. No caso, a culpa do empregador é presumida e, em razão da comprovação de incapacidade para o trabalho completa e permanente, é devido o pagamento de indenizações por danos materiais e morais. (Carina Rodrigues Bicalho TRT-1 - Recurso Ordinário Trabalhista RO 00106219220155010223 RJ (TRT-1) Jurisprudência. Data de publicação: 09/07/2019)

Há ainda a possibilidade de pleitear, perante a justiça do trabalho, a equiparação do acidente de trajeto ao acidente de trabalho, quando o empregado é atropelado no percurso casa trabalho, ou vice-versa, entretanto, a equiparação só ocorre quando o empregado está cumprindo fielmente o percurso. O Tribunal Regional do Trabalho 6, entendeu que pelo fato do empregado demorar muito para fazer o percurso após o término da jornada de trabalho, logo não podia afirmar que ele estava cumprindo o trajeto trabalho para casa, *in verbis:*

> DIREITO DO TRABALHO. ACIDENTE *IN ITINERE*. NÃO CARACTERIZAÇÃO. Acidente de trabalho, nos termos do art. 19 da Lei 8213 /91, é aquele que ocorre pelo exercício de trabalho a serviço da empresa, que provoque lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte, perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. Equiparam-se ao mesmo, para fins legais, as doenças do trabalho e profissionais, bem como as hipóteses descritas no art. 21 da lei previdenciária. O acidente *in itinere* encontra-se definido no artigo 21, inciso IV, como sendo: "o acidente sofrido pelo segurado ainda que fora do local e horário de trabalho: d) no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado". Ocorre que se o nexo cronológico ou topográfico for alterado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> substancialmente, resta descaracterizada a relação de causalidade do acidente de trabalho. No caso dos autos, o atropelamento do obreiro ocorreu quando decorrido mais de uma hora do encerramento do expediente, não se podendo afirmar que o seu trajeto foi especificamente empresa-residência. Recurso ordinário a que se nega provimento. (Processo: RO - 0002019-92.2016.5.06.0141, Redator: Martha Cristina do Nascimento Cantalice, Data de julgamento: 11/07/2019, Quarta Turma, Data da assinatura: 11/07/2019) TRT-6 - Recurso Ordinário RO 00020199220165060141 (TRT-6) Jurisprudência•Data de publicação: 11/07/2019.

Destarte que o Tribunal Superior do Trabalho possui entendimentos diferentes sobre a responsabilidade civil do empregador, sendo que a aplicação da lei varia observando cada caso.

Para o TST, para que exista a responsabilidade civil subjetiva do empregador no acidente de trajeto, deve haver a culpa deste e o nexo de causalidade entre o não fornecimento de transporte e o acidente de trajeto, não havendo a comprovação de ambos requisitos, não deve ser o empregador responsabilizado na reparação civil.

Conforme entendimento do TST, não deve ser aplicada a responsabilidade objetiva ao empregador, havendo exceções como por exemplo no caso do acidente ocorrer em consequência de atividade laboral de risco ou durante a jornada de trabalho em prestação de serviços para o empregador, *in verbis:*

> ACIDENTE DE TRAJETO. DANOS MORAIS, ESTÉTICOS E MATERIAIS E PENSÃO VITALÍCIA. Segundo o Regional, embora o sinistro ocorrido fora das dependências da empresa, no percurso entre o local de trabalho e a residência, seja considerado acidente de trajeto e equiparado a acidente de trabalho para fins previdenciários, nos termos do artigo 21 da Lei nº 8.213 /91, não foram constatados, na hipótese, nexo causal e culpa da reclamada a ensejar a responsabilização civil subjetiva. Deixou assentado que não restou comprovado nexo de causalidade entre o não fornecimento de transporte e o sinistro, tampouco que o acidente decorreu do cumprimento da sua jornada de trabalho, não sendo o fato de o obreiro ter de se deslocar em veículo próprio no percurso casa- trabalho-casa, elemento suficiente a ensejar a reparação civil. Descabe cogitar, ainda, segundo aquela Corte, de responsabilidade

> objetiva, nos termos do artigo 927 , parágrafo único , do CC, por não tratar o caso de atividade laboral de risco (mesmo porque o infortúnio ocorreu fora do horário de trabalho e das dependências da empresa), nem envolver deslocamento durante a jornada na prestação de serviços para a reclamada. Diante de tal cenário, não se vislumbra ofensa aos artigos 5º , V e X , e 7º , XXVIII , da CF ; e 186 e 927 do CC . Arestos inservíveis, nos termos da Súmula nº 296 do TST. Agravo de instrumento conhecido e não provido. TST - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA AIRR 4089020165120027 (TST). Relator: Dora Maria da Costa. Jurisprudência. Data de publicação: 01/03/2019

Por outro lado, o TST entende que, quando ocorre o acidente de trajeto equiparado ao acidente de trabalho, quando o empregador fornece o meio de transporte, deve ser aplicada a responsabilidade objetiva ao caso, devendo ser condenado ao pagamento de indenização por danos morais. Vislumbra-se que no presente caso, o meio de transporte oferecido era por meio de empresa terceirizada, *in verbis:*

> ACIDENTE DE TRAJETO. DANOS MORAIS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO . Nos termos da Súmula nº 392, é pacífico neste Tribunal Superior que, "nos termos do art. 114, inc. VI , da Constituição da República, a Justiça do Trabalho é competente para processar e julgar ações de indenização por dano moral e material, decorrentes da relação de trabalho, inclusive as oriundas de acidente de trabalho e doenças a ele equiparadas". Incidência do artigo 896 , § 5º , da CLT . Recurso de revista de que não se conhece. ACIDENTE DE TRAJETO. TRANSPORTE FORNECIDO PELO EMPREGADOR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS . Fenômeno do mundo contemporâneo, a terceirização se caracteriza como especialização do processo produtivo em que serviços particularizados são transferidos para outras empresas, com competência para executá-los e, com isso, otimizarem-se recursos econômicos, financeiros, de pessoal, além de vantagens indiretas, a exemplo da redução de custos. No caso dos autos, o acidente ocorreu em virtude de atividade de transporte contratado de outra empresa pela recorrente, para atender a uma circunstância peculiar: transportar os empregados até o local do labor. A

> responsabilidade decorrente do contrato de transporte (artigos 732 e 734 do CC)é de natureza objetiva. Se, em virtude desse risco (inerente ao transporte de pessoas) o acidente é causado, a responsabilidade objetiva se impõe. Na condição de simples passageiro, já haveria a responsabilidade objetiva da transportadora que, no caso dos autos, como salientado, agiu como mera preposta do empregador, já que a ela foram delegadas atividades decorrentes da execução do contrato. Trata-se de responsabilidade derivada (do empregador) que não pode ser diferente da originária. TST – Recurso de Revista RR 2659320115040611 (TST) Relator: Cláudio Mascarenhas Brandão. Jurisprudência. Data de publicação: 18/08/2017

Insta salientar que é impossível averiguar todas as decisões dos Tribunais Trabalhistas, e ainda, que não há espaço para abordar todas as decisões no presente artigo, visto que são incontáveis as decisões diferentes sobre o respectivo tema.

Dessa forma, o presente artigo aborda algumas das decisões sobre o tema e busca a utilização das decisões com a maior relevância jurídica, sendo que o Tribunal Superior do Trabalho possui o condão de uniformização da jurisprudência no âmbito desta justiça especializada.

1.1.5 Dos dados estatísticos sobre acidentes de trajeto equiparados a acidente do trabalho apresentados pelo INSS

Conforme dados disponibilizados pelo Instituto Nacional do Seguro Social no anuário estatístico de acidentes do trabalho de 2017 constatou-se 549.405 casos no Brasil, uma redução de 12% comparado aos 622.379 casos no período de 2015, cerca de 22% (vinte e dois) dos acidentes de trabalho comunicados foram classificados como de trajeto no período de 2017, logo, verifica-se que aproximadamente ⅕ (um quinto) dos acidentes ocorrem durante a locomoção do trabalhador de sua residência até o local de trabalho ou do local de trabalho até sua residência.

Rondônia representou cerca de 1% dos acidentes no cenário nacional, dentro do período referenciado, e 17% dos acidentes na Região Norte. No estado de Rondônia a proporção de acidentes de trabalhos equiparados a acidente de trajeto chega a ¼ (um quarto), e ainda, cerca de 30% dos acidentes ocorridos não são comunicados oficialmente, ou seja, não há a emissão da CAT, sendo que 47% dos acidentes acontecem na faixa etária entre 20 a 29 anos, observa-se que o gênero masculino representa 65% dos casos de acidente de trajeto equiparado a acidente de trabalho.

Tabela 1 – Disposição Numérica dos Acidentes de Trabalho entre 2015 a 2017.

QUANTIDADE DE ACIDENTES DO TRABALHO EM 2015

Localidade	Total	Com CAT Registrada				Sem CAT Registrada
		Total	Típico	Trajeto	Doença do Trabalho	
Brasil	622.379	507.753	385.646	106.721	15.386	114.626
Norte	28.283	21.124	16.043	4.141	940	7.159
Rondônia	4.803	3.242	2.313	818	111	1.561

QUANTIDADE DE ACIDENTES DO TRABALHO EM 2016

Localidade	Total	Com CAT Registrada				Sem CAT Registrada
		Total	Típico	Trajeto	Doença do Trabalho	
Brasil	585.626	478.039	355.560	108.552	13.927	107.587
Norte	25.475	18.525	13.650	4.202	673	6.950
Rondônia	4.605	3.032	2.049	851	132	1.573

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

QUANTIDADE DE ACIDENTES DO TRABALHO EM 2017

Localidade	Total	Com CAT Registrada				Sem CAT Registrada
		Total	Típico	Trajeto	Doença do Trabalho	
Brasil	549.405	450.614	340.229	100.685	9.700	98.791
Norte	23.859	17.532	13.263	3.771	498	6.327
Rondônia	4.092	2.902	2.017	751	134	1.190

Fonte: Anuário Estatístico de Acidentes do Trabalho – AEAT 2017

Logo, é possível vislumbrar que os acidentes de trajeto são um grande quantitativo dos acidentes de trabalho, sendo consideravelmente maior que a doença do trabalho, que também é equiparada a acidente do trabalho.

1.1.6 Medida provisória 905/2019 e revogação do artigo 21, IV, "d" da lei 8.213/91

A Medida Provisória Nº 905 de 11 de novembro de 2019, conhecida por ter instituído a Carteira Verde Amarelo, restabeleceu o cotidiano dos trabalhadores ao modificar diversas medidas da legislação trabalhista. Sendo que, uma das alterações que gerou grandes controvérsias parte da revogação do Art. 21, inciso IV, alínea "d" da Lei Nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que equiparava o acidente de trajeto ao acidente de trabalho, *in verbis*:

> Art. 21. Equiparam-se também ao acidente do trabalho, para efeitos desta Lei:
>
> [...]

> IV - o acidente sofrido pelo segurado ainda que fora do local e horário de trabalho:
>
> [...]
>
> d) no percurso da residência para o local de trabalho ou deste para aquela, qualquer que seja o meio de locomoção, inclusive veículo de propriedade do segurado. (Revogado pela Medida Provisória nº 905, de 2019 (Revogada pela Medida Provisória nº 955, de 2020) Vigência encerrada (BRASIL, 1991)

Dessa maneira, o trabalhador que se acidentar no percurso entre residência-trabalho e vice versa, não será mais assegurado pelos direitos trabalhistas devendo recorrer ao Instituto Nacional de Seguro Social (INSS) no caso incapacidade superior a 15 dias. Assim, poderá receber, mediante perícia do incidente, auxílio doença, auxílio acidente ou aposentadoria por invalidez, sendo esse último apenas em caso de incapacidade definitiva. Quanto a aposentadoria por invalidez, essa terá valor base reduzido há um benefício não acidentário seguindo as normas da Reforma da Previdência.

Ao que compete a empresa, não será mais necessário emitir a Comunicação de Acidente de Trajeto (CAT) (art. 169 da CLT), receberá dispensa de assegurar a estabilidade de emprego de 12 meses ao trabalhador que retornar as atividades após a cessação do auxílio-doença acidentário (art. 118 da Lei Nº 8.213/91), como também não precisará recolher o FGTS dos trabalhadores em caso de afastamento superior a 15 dias (art. 15 §5º da Lei 8.036/1990).

Todavia, diante de objeções para manutenção da MP Nº 905/19, essa acabou sendo revogada em 20 de abril de 2020 pela Medida Provisória Nº 955 restaurando efeitos do Art. 21, inciso IV, alínea "d" que, ao considerar novamente acidente de trajeto como acidente de trabalho, resgata o direito dos trabalhadores, tornando obrigatório a emissão da CAT pela empresa e o recolhimento do FGTS, como a garantia da estabilidade de emprego aos trabalhadores.

No entanto, com a perda de validade da MP 955/20 em 18 de agosto de 2020, retorna-se ao impasse jurídico diante do possível retorno da MP 905/19, o que levaria a retroagir todos os movimentos executados para efetuar sua supressão. A partir de então, as providências posteriores cambem ao Congresso, que conforme informações da Agência Câmara de Notícias (2020) dentro de um prazo de 60 dias, terá que editar um decreto legislativo que discipline as relações jurídicas decorrentes das duas medidas provisórias.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

2 CONCLUSÃO

Faz-se necessário, de forma preliminar, registrar que a alteração legislativa procedida pela lei nº 13.467/2017, excluiu o entendimento de horas *in itinere* do ordenamento jurídico brasileiro, sendo que os efeitos passaram a refletir a partir da data em que a lei entrou em vigor. Entretanto, as horas *in itinere*s não possuem conexão com o conceito de acidente de trajeto.

As horas *in itinere* não estão mais presentes nos contratos de trabalho que iniciaram após a reforma trabalhista, sendo extirpada do ordenamento jurídico a partir da vigência da lei 13.467/2017.

O art. 21, IV, "d", da Lei nº 8.213/1991, traz previsão expressa no sentido de que o acidente no percurso residência/trabalho é equiparado ao acidente de trabalho. Trata-se de norma especial de natureza previdenciária, enquanto a Lei nº 13.467/17 dispôs acerca de matéria trabalhista e não faz menção expressa à revogação do preceptivo previdenciário.

Insta salientar que as horas *in itinere* tem caráter trabalhista, de outro modo o acidente de trajeto possui condão previdenciário, visto que, este possui legislação distinta daquele, não havendo prejuízo de uma lei dentre a outra, logo a lei nº 13.467/2017 não revogou tacitamente o entendimento do acidente de trajeto ser equiparado a acidente de trabalho.

A MP 905/2019, diferente da lei 13.467/2017, revogou expressamente a equiparação do acidente de trajeto ao acidente trabalho, sendo que durante a sua vigência, os acidentes de trajeto perderam o condão de equiparação aos acidentes de trabalho.

Ainda que se alegue a revogação da alínea "d", do inciso IV, do art. 21, da Lei nº 8.213/91 pela Medida Provisória nº 905/2019, o acidente ocorreu em data anterior à vigência da MP, de forma que devem ser observadas as normas vigentes à época dos fatos.

O atual entendimento dos tribunais, equiparam o acidente de trajeto ao acidente de trabalho, visto que a atualmente a MP 905/2019 encontra-se revogada, logo, no ordenamento jurídico voltou a estar vigente o artigo 21,IV, "d", da lei 8.213/1991, sendo que o trabalhador terá direito estabilidade no trabalho.

Conforme entendimento dos tribunais, a responsabilidade civil dependerá de como é feito o transporte do trabalhador, pois nem sempre o empregador terá responsabilidade civil, sendo esta aplicada apenas em casos específicos de fornecimento de transporte ao trabalhador.

Conforme índices e dados do INSS, os acidentes de trajeto expressam quantidade alta em relação ao número total de acidentes, sendo que revogar a equiparação deste ao acidente de trabalho apenas iria tirar direitos do trabalhador, visto que a estabilidade garante ao trabalhador todos os demais direitos do contrato de trabalho, como FGTS, décimo terceiro, férias e etc.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. **Perde a validade MP que revogou Contrato de Trabalho Verde e Amarelo**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/685553-perde-a-validade-mp-que-revogou-contrato-de-trabalho-verde-e-amarelo/>. Acesso em 20 de outubro de 2020.

BATISTA, R. C. Antinomias Jurídicas e Critérios de Resolução. **Revista de Doutrina e Jurisprudência,** p. 25-38, 1998. Disponível em: <https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/bitstream/handle/tjdft/34834/antinomias%20juridicas%20e%20criterios%20de%20resolu%C3%A7ao.pdf?sequence=1>. Acesso em 19 de outubro de 2020.

BRASIL. **Lei Federal 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 19 de outubro de 2020.

_____. **Lei Federal 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 n º 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: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em 12 de outubro de 2020.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 90**. HORAS "IN ITINERE". TEMPO DE SERVIÇO (incorporadas as Súmulas nºs 324 e 325 e as Orientações Jurisprudenciais nºs 50 e 236 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. RESOLUÇÃO Nº 220 DE 18 DE SETEMBRO DE 2017. Disponível em: < http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_51_100.html#SUM-90 >. Acesso em 12 de outubro de 2020.

_____. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm#:~:text=Art.%204%C2%BA%20%2D%20Considera%2Dse,salvo%20disposi%C3%A7%C3%A3o%20especial%20expressamente%20consignada.>. Acesso em 12 de outubro de 2020.

_____. **Lei nº 10.243, de 19 de junho de 2001**. Acrescenta parágrafos ao art. 58 e dá nova redação ao § 2o do art. 458 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10243.htm>. Acesso em 01 de outubro de 2020.

_____. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm>. Acesso em 19 de outubro de 2020.

_____. Anuário Estatístico de Acidentes do Trabalho. Ministério do Trabalho e Previdência Social: **Anuário Estatístico de Acidentes do Trabalho – AEAT 2017**, ISSN 1676-9694, v.1, p.10-995, 2017. Disponível: <https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/saude-e-seguranca-do-trabalhador/dados-de-acidentes-do-trabalho/arquivos/aeat-2017.pdf>. Acesso em 29 de outubro de 2020.

_____. Lei **nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em 15 de outubro de 2020.

_____. 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 15 de outubro de 2020.

_____. Lei **nº 8.036, de 11 de maio de 1990.** Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8036consol.htm>. Acesso em 20 de outubro de 2020.

CASSAR, V. B. **Direito do Trabalho**.14ª Edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

DELGADO, M. G. **Curso de Direito do Trabalho**. 16ª Edição. São Paulo: LTDA, 2017.

LEITE, C. H. B. **Curso de Direito do Trabalho**. 11ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MARTINEZ, L. **Curso de Direito do Trabalho:** relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 7ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

MATTOS, D. M.; MIRANDA, A. M. da S.;. As horas in itinere na reforma trabalhista (Lei nº 13.467/2017). **Revista Jus Navigandi,** ISSN 1518-4862, Teresina, ano 22, n. 5289, 24 dez. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/61929>. Acesso em 24 out. 2020.

RESENDE, R. **Direito do Trabalho.** 4ª Edição. São Paulo: Método, 2014.

TRT-1. **Processo: N 0010621-92.2015.5.01.0223 RO**. Relatora: Carina Rodrigues Bicalho. DJ: 04/07/2019. JusBrasil, 2019. Disponível em: <https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/736837661/recurso-ordinario-trabalhista-ro-10621922015501022 3-rj?ref=serp>. Acesso em 12 de outubro de 2020.

TRT-4**. Processo: N. 0020801-52.2017.5.04.0341 RO.** Relator: Manuel Cid Jardon. DJ: 16/11/2018. JusBrasil, 2018. Disponível em: <https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/648750648/recurso-ordinario-ro-20801522017504034 1/inteiro-teor-648750667>. Acesso em 12 de outubro de 2020.

_____. **Processo: N. 0020089-39.2017.5.04.0381 RO**. Relator: Manuel Cid Jardon. DJ: 24/10/2018. JusBrasil, 2018. Disponível em: <https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/644734917/recurso-ordinario-ro-20089392017504038 1/inteiro-teor-644734951>. Acesso em 12 de outubro de 2020.

_____. **Processo: N. 0020474-70.2017.5.04.0030 RO**. Relatora: Tânia Rosa Maciel de Oliveira. DJ: 05/10/2018. JusBrasil, 2018. Disponível em: <https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/634831623/recurso-ordinario-ro-20474702017504003 0?ref=serp>. Acesso em 12 de outubro de 2020.

_____**. Processo: N. 0020648-16.2016.5.04.0030 RO**. Relatora: Karina Saraiva Cunha. DJ: 06/03/2018. JusBrasil, 2018. Disponível em: <https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/553284176/recurso-ordinario-ro-20648162016504003 0?ref=serp>. Acesso em 12 de outubro de 2020.

TRT-6. **Processo: RO N. 0002019-92.2016.5.06.0141**. Relator: Martha Cristina do Nascimento Cantalice. DJ: 11/07/2019. JusBrasil, 2019. Disponível em: <https://trt-6.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/731561957/recurso-ordinario-ro-20199220165060141/inteiro-teor-731561978>. Acesso em 12 de outubro de 2020.

TST. **Processo: RR N. 265-93.2011.5.04.0611**. Relator: Cláudio Mascarenhas Brandão. DJ: 18/18/2017. JusBrasil, 2017. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/489949399/recurso-de-revista-rr-265932011504061 1?ref=serp>. Acesso em 12 de outubro de 2020.

_____. **Processo: AIRR N. 408-90.2016.5.12.0027**. Relator: Dora Maria da Costa. DJ: 01/03/2019. JusBrasil, 2019. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/681824677/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-4089020165120027?ref=serp>. Acesso em 12 de outubro de 2020.

NOTA:

[1] Graduação em Direito pela ILES/ULBRA Universidade Luterana do Brasil - Ji-Paraná/RO (2013), Pós Graduado em Metodologia e Didática do Ensino Superior na UNICENTRO - União Centro Rondoniense de Ensino Superior - Jaru/RO (2014). Pós Graduado em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus, FDDJ, São Paulo/SP (2015). Pós Graduando em MBA em Direito Tributário pela FGV/RJ (2018). Pós Graduando em Direito Bancário pelo Centro Universitário Leonardo Da Vinci (UNIASSELVI), sede em Indaial/SC (2016). É Procurador do Município de Jaru (RO), Diretor do Departamento de Direito Tributário e da Dívida Ativa e Representante do Município na Comissão para o Desenvolvimento dos Trabalhos de Modernização e Atualização da Legislação Tributária do Programa do Tribunal de Contas do Estado - TCE de Modernização e Governança das Fazendas Municipais do Estado de Rondônia e do Desenvolvimento Econômico Sustentável dos Municípios - PROFAZ. É Professor Titular da Disciplina de Direito Internacional Público na FAAR. Faculdades Associadas de Ariquemes, Professor convidado na Pós Graduação de Direito Previdenciário e Trabalhista UNIJIPA - na Faculdade Panamericana de Ji-Paraná. É Presidente da Comissão de Defesa dos Direitos da Pessoa com Deficiência da OAB Seccional de Ji-Paraná - CDPD-OAB/RO.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DIREITO AO CORPO À LUZ DA OBRA O CONTO DA AIA

AILANA DO NASCIMENTO OLIVEIRA:
Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA.

LILIANE KAROLAYNE ALVES DO NASCIMENTO [1]

(coautora)

ROSÁLIA MARIA CARVALHO MOURÃO [2]

(orientadora)

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo apresentar uma análise do "O conto da Aia" publicado por Margareth Atwood. A apresentação de um futuro distópico baseado na sociedade atual levanta discussões sobre a liberdade e direitos das mulheres. O aborto, a sexualidade, o papel social da mulher e seus direitos são assuntos polêmicos, pois são observados sob uma ótica conservadora, contrária à evolução tecnológica e científica testemunhada a cada dia. A obra ocorre após um golpe sofrido nos Estados Unidos, por um grupo fundamentalista cristão chamado "Filhos de Jacob" que chegou ao poder e suspendeu a Constituição dos Estados Unidos, restringindo liberdades básicas como direitos físicos, o direito de se comunicar e a liberdade de religião. Imaginar que os direitos adquiridos através da luta das mulheres ao longo da história podem ser suspensos, suprimidos ou até mesmos extintos mostram o quanto é importante defendê-los e lutar para conquistar ainda mais. Também mostra que, como cidadãs, que as mulheres precisam ter o Estado como aliado, não inimigo para garantir a efetivação dos direitos já conquistados, mesmo que isso signifique afrontar conceitos ultrapassados enraizados na cultura, na política e na sociedade de um modo geral.

Palavras-chave: Corpo, Margaret Atwood, Desigualdade de Gênero, O Conto da Aia, direitos femininos, retrocessos.

Sumário: 1 Introdução. 2 Perda da identidade. 2.1 Perda da liberdade religiosa. 2.2 Aborto. 2.3 Liberdade de escolha com quem ter relações sexuais. 2.3.1 Relacionamentos homoafetivos.2.4 Segundo a lei, a infertilidade é feminina. 2.5 Estupro. 2.5.1 Culpa pelo estupro. 2.6 A extinção dos direitos fundamentais. 3 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O Conto da Aia, escrito pela canadense Margaret Atwood em 1985, é um romance distópico passado nos Estados Unidos num contexto preocupante: um grupo de fundamentalistas religiosos cristãos, intitulados "Filhos de Jacó", derrubam o governo democrático dos EUA e assumem o poder, criando a República de Gilead.

A distopia apresentada na obra O Conto da Aia permite que se faça uma comparação entre a realidade do livro e a que vivemos do ponto de vista jurídico, especificamente com relação aos direitos referentes às mulheres, que, na obra, são apenas objetos e não sujeito de direitos a serviço do Estado totalitário de Gilead, que Olhe extingue os direitos das mulheres, pois a culpa é inerente a elas, desde a história de Eva na Bíblia.

Segundo Simone de Beauvoir (2016, p. 191), "Este mundo que sempre pertenceu aos homens continua nas mãos deles; as instituições e os valores da civilização patriarcal sobrevivem a si mesmo em grande parte". O tratamento dado às mulheres não é fictício, pois, desde os tempos antigos, as mulheres são tratadas como seres inferiores, por isso uma análise jurídica da obra faz-se pertinente, já que o empoderamento feminino está sempre presente em pautas de discussão.

A desigualdade de gênero existente em Gilead assemelha-se ao que é encontrado no mundo inteiro, pois se trata de uma fiel descrição da opressão sistemática há tempos sofrida pelas mulheres. Entender esse tema de diversos pontos de vista, além de ser enriquecedor, é necessária para a construção de uma sociedade justa e igualitária, que por tantas vezes é vista como utópica.

Dentro de algumas religiões, o corpo é compreendido como matéria, passando assim a ser uma forte expressão e manifestação de aspectos do sujeito, relevantes socialmente. A obra mostra outra ideia de corpo que parece desfazer o que está construído política e socialmente.

A obra literária expressa a constante mudança nas relações sociais e na mentalidade da sociedade com relação ao processo de modernização. Apesar de o avanço ter trazido grandes possibilidades para as mulheres, ele se deu de forma lenta e ainda está muito longe de ser finalizado. E, mesmo com as mudanças tecnológicas e sociais, a idealização de um futuro socialmente igualitário entre os gêneros é praticamente inviável com uma sociedade tão machista. Surge, então, a distopia como uma forma de expressar e evidenciar as falhas do sistema social.

E, mesmo sendo uma distopia, O Conto da Aia, que foi escrito no século passado, ainda se encontra muito atualizado, pois descreve uma sociedade fortalecida cada vez mais em pensamentos e ensinamentos muito antigos e opressivos que infelizmente ainda encontram-se muito existentes na sociedade atual.

Chega a ser assustador saber que, apesar de ser um mundo ficcional, assemelha-se com a nossa história.

A proposta deste artigo é analisar as relações entre a obra O Conto da Aia, de Margaret Atwood, e as possíveis reflexões que se pode fazer sobre a questão dos direitos humanos, especialmente os direitos das mulheres, avanços e retrocessos ao longo da história, além de distinguir quais as violações de direitos identificados na obra literária.

2 .A PERDA DA IDENTIDADE

Como o principal objetivo de Gilead era criar um mundo baseando-se na interpretação distorcida na Bíblia, o novo governo queria que esse novo mundo tivesse conceitos e padronizações diferentes da sociedade antiga, criando assim denominações diferentes e funções para cada cidadã(o) em que os papéis são definidos pelo gênero.

Seria uma sociedade em que as mulheres são despersonificadas e perdem o direito ao próprio nome, tornando-se apenas objetos. As Aias passaram a ser designadas pelos nomes dos comandantes, ou seja, o nome "Offred" significa que é "de Fred" literalmente.

> Meu nome não é Offred, tenho outro nome que ninguém usa porque é proibido. Digo a mim mesma que isso não tem importância, seu nome é como o número de seu telefone, útil apenas para os outros; mas o que digo a mim mesma está errado, tem importância sim. Mantenho o conhecimento desse nome como algo escondido, algum tesouro que voltarei para escavar e buscar, algum dia (ATWOOD, 2017, p. 103).

Além de ser terminantemente proibido ter um nome próprio, elas não podem, em nenhum momento, citar o seu nome antigo, pois é considerado crime. São induzidas até mesmo a esquecer aqueles nomes, já que nunca mais terão novamente aquela vida. Elas deixam de ter identidade própria, pertencem a Gilead e aos seus comandantes, seu nome antigo representa uma vida que não existe mais e que deve ser esquecida para que consigam servir adequadamente ao propósito de Gilead.

O fato de se lembrarem dos seus nomes é o que as mantêm com um pouco de sanidade, é o que faz com que elas suportem toda essa loucura para que possam lembrar quem são e o que já foram e o quanto têm importância a identidade que possuíam.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A identidade é um dos aspectos mais importantes de um indivíduo, possuindo características distintas, as quais nos diferenciam dos outros e estão relacionadas à nossa história de vida pessoal. E, com a perda dela, facilita na objetificação, além de trazer uma desvinculação com o passado.

2.1 PERDA DA LIBERDADE RELIGIOSA

Depois que o Estado Democrático dos EUA é destituído do Poder e cede lugar a um Estado Totalitário Religioso, as ações do governo são pautadas na Bíblia ou em uma versão distorcida desta feita pelos "Filhos de Jacó", usando a desculpa de que querem consertar o mundo que está corrompido pelo pecado e corrupção dos valores cristãos. Uma das primeiras garantias retiradas é a liberdade religiosa, tornando aqueles que não se convertiam à religião instituída pelo novo governo de Gilead, inimigos do Estado, sendo estes são condenados à pena de morte.

Tudo é baseado na Bíblia, incluindo os nomes dos agentes públicos, como os Anjos e os Guardiões da Fé, e os mercados denominados por "Pães e Peixes" e "Escritos da Alma" eram identificados por desenhos, já que também era proibida a leitura e a escrita às mulheres.

A partir do momento que foi decretado crime ser de outra religião, o Estado deixou de ser laico, perdendo sua liberdade religiosa que é um direito humano fundamental, que deve ser garantido pelo Estado. Somente um Estado laico pode resguardar o respeito e a igualdade entre toda e qualquer religião, sem privilegiar algumas ou depreciar outras. Mas, para os fundadores de Gilead, é uma afronta seguir outras religiões, pois se não fosse somente uma religião una, não teria como comandar um país e impor suas normas.

> Vamos igreja, como de hábito, e olhamos as sepulturas. Depois vamos ao muro. Só dois pendurados nele hoje: um católico, porém não um padre, com um cartaz com uma cruz de cabeça para baixo, e alguma outra seita que não conheço. O corpo identificado apenas com um J, em vermelho. Isso significa que não são judeus, pois estariam de identificados com uma estrela amarela [...]. Seja lá o que significasse não importava mais, estava morto do mesmo jeito. (ATWOOD, 2017, p. 238-239)

Depois que a religião formada pelos "Filhos de Jacó" chegou ao poder, eliminou e perseguiu todas as outras religiões que tinham dentro do Estado e executou seus adeptos, colocando-os expostos no muro como forma de alerta aos demais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Há três novos corpos no muro. Um é de um padre, ainda vestindo a batina preta. A batina foi posta nele para o julgamento, embora tenham desistido de usá-las há anos, quando as guerras entre as seitas começaram. (ATWOOD, 2017, p. 55)

E por Gilead ser baseado em interpretações distorcidas da Bíblia, todos aqueles que tinham amplo conhecimento sobre a mesma foram executados, pois, para eles, conhecimento é Poder. Às mulheres não era permitido nem mesmo a leitura da Bíblia, Antes da Cerimônia, as passagens bíblicas eram lidas pelos comandantes que, após a leitura, iam copular com as aias para que estas engravidassem.

2.2 ABORTO

Com o país sofrendo uma grave crise de natalidade, os "Filhos de Jacó" utilizavam deste argumento para alterarem algumas leis antes mesmo de tomarem o poder. Tentando controlar essa taxa, as primeiras coisas proibidas foram os abortos e a utilização de qualquer meio que posso fazer com que uma gravidez seja interrompida. Os métodos anticoncepcionais também foram questionados, e a mulher não tinha direito a exercer a sua liberdade em relação ao seu próprio corpo.

A Conferência Mundial sobre População e Desenvolvimento, que foi feita em 1994, estabeleceu um programa de ação que incluiu nos direitos humanos a categoria de direitos reprodutivos, e já foi reconhecido em diversos tratados internacionais, incluindo o direito à escolha livre e responsável do número de filhos e tomar decisões sobre a reprodução, livre de discriminação, coerção ou violência.

Depois que a República de Gilead foi fundada, foi proibida terminantemente qualquer conduta que levasse ao aborto, e até mesmo aqueles que o faziam, quando era legalizado, foram condenados à morte. Isso valia para a mulher que abortasse, para enfermeiros (as) e médicos (as) que as auxiliassem a interromper a gravidez.

> Cada um tem um cartaz pendurado ao pescoço para mostrar por que foi executado: um desenho de um feto humano. Eles eram médicos, na época, no tempo de antes, quando coisas desse tipo eram legais. Fazedores de anjos costumavam chamá-los: ou será que isso era alguma outra coisa? (ATWOOD, 2017, p. 45)

E, mesmo não praticando mais os abortos, ainda assim os médicos eram mortos, pois o Estado de Gilead punia-os pelo que tinham feito antes das próprias

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

leis de Gilead estarem em vigor. O Direito retroagia para prejudicar aqueles que tivessem realizado qualquer aborto, independente de, à época da realização do procedimento abortivo, ser este legalizado ou não, isso não importava para os comandantes de Gilead. Após a execução, os aborteiros eram expostos no muro para que servissem de exemplo para todos aqueles que pensassem em violar um dos direitos mais sagrados do ser humano: o direito à vida de um feto.

A gravidez era vista como obrigação para as mulheres, principalmente para as poucas mulheres férteis que se tornaram aias. Uma frase que é usada na Bíblia por Raquel "Dá-me filhos, ou se não eu morro" (Gênesis, 30: 1-3) é bastante utilizada pelas Aias no livro, pois, para elas, a frase tem dois sentidos: se não gerassem filhos, a morte não seria apenas no sentido literal, mas também uma morte real, já que esse é o destino das aias inférteis. Depois de passarem por três comandantes e não conseguirem engravidar, estas aias eram tidas como não mulheres e enviadas para limpar lixo tóxico sem o uso de equipamentos, levando-as a uma morte lenta e dolorosa.

2.3 LIBERDADE DE ESCOLHA COM QUEM TER RELAÇÕES SEXUAIS

Na República totalitária de Gilead, nenhuma pessoa pode escolher com quem manter relações sexuais, pois todos deveriam seguir os padrões de uma sociedade tradicional e muito antiga em que todos os casamentos são arranjados e escolhidos para formar alianças, adicionar status ou aumentar o poder do indivíduo.

Além da liberdade sexual que é atingida diretamente, não existe a liberdade para escolher um parceiro, pois as mulheres casadas não podem escolher seus maridos, é o Estado que se encarrega de escolher e definir quem merece um casamento de acordo com seu status perante Gilead.

No livro vemos exemplos disso com a Econoesposas, que são pessoas que não se encaixam na sociedade, porém não têm nenhum cargo e não fizeram nada fora da lei. Essas pessoas são dadas aos olhos e agentes como esposas para demostrar o agradecimento pelo bom serviço, isto é, para o governo, são apenas objetos. Assim, como as próprias esposas dos comandantes que são escolhidas entre mulheres jovens, filhas de outros comandantes ou de pessoas que tivessem um status político ou econômico em Gilead, os pais eram os responsáveis por escolher com quem suas filhas casariam e, para isso, utilizavam-se dos serviços das tias que os auxiliavam a escolher os melhores maridos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

2.3.1 RELACIONAMENTOS HOMOAFETIVOS

É indispensável que a sexualidade integra uma condição humana. É descabido continuar pensando a sexualidade com preconceitos, isto é, pré-conceitos, conceitos fixados pelo conservadorismo do passado e engessados para o presente e o futuro.

Segundo o livro de *Margaret Atwood, as relações homoafetivas eram consideradas um crime grave e não eram permitidas em Gilead.*

> *Os outros dois têm cartazes púrpura pendurados ao redor do pescoço: Traição por falsidade de gênero. Seus corpos ainda estão vestidos com os uniformes dos guardiões. Foram apanhados juntos, devem ter sido, mais onde? Numa caserna, num chuveiro? É difícil dizer.* ? (ATWOOD, 2017, p. 55).

Em Gilead, homens e mulheres homossexuais são considerados traidores de gêneros e são executados, pois ser homossexual é pecado mortal e um crime perante o Estado. Em momento algum é considerado o amor ou qualquer tipo de sentimento entre duas pessoas do mesmo gênero que se amam. Segundo os comandantes de Gilead, dois iguais não procriam, além de serem contra as leis da natureza, é contra a manutenção da própria espécie.

O tratamento destinado a homossexuais em Gilead não é muito diferente do que acontece até hoje em várias partes do mundo, inclusive no Brasil, em que ser homossexual é sofrer preconceito, ser discriminado constantemente, sofrer violência física como espancamentos, estupro corretivo (no caso das lésbicas), lesão corporal, além da violência psicológica como a exclusão social, a discriminação pela própria família, que sente vergonha de ter um filho gay/lésbica e culmina com a violência que é a morte, simplesmente por ter uma orientação sexual diferente da heterossexual. Em Gilead ser homossexual é uma violação grave, que termina com a morte e a exposição no muro, no Brasil ser homossexual é ter seus direitos constantemente violados pela família, sociedade e o próprio Estado.

2.4 SEGUNDO A LEI, INFERTILIDADE É FEMININA

A crise de infertilidade em Gilead foi gerada por anos e anos de poluição e contaminação radioativa na atmosfera, visto que o ar se torna demasiadamente poluído, assim como a água, fazendo com que os corpos humanos diminuam a sua capacidade de reproduzir.

A infertilidade sempre está relacionada à mulher, ela torna-se a culpada pelo fato de a sociedade perder os herdeiros, usando argumentos de uso indiscriminado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de métodos contraceptivos pelas mulheres. As mulheres são culpadas e julgadas por não poder ou querer ter filhos. Os homens, por outro lado, apesar de também serem estéreis, não assumem de forma nenhuma a incapacidade de reproduzirem.

A sociedade é pautada nas leis do Antigo Testamento da Bíblia, por isso a importância de ter filhos. Gilead divide as mulheres pelas funções que elas exercem: as esposas são as mulheres dos comandantes, estão sempre ao lado deles e dão as ordens na casa, as Marthas são responsáveis pela limpeza, cuidados gerais com a casa e cozinha, as aias são mulheres férteis que são utilizadas como "úteros ambulantes" para procriaram e as tias são as responsáveis por ensinar as aias a serem submissas e servas fiéis a Gilead.

Às mulheres eram impostas a necessidade de gerar um filho como se essa fosse a instância máxima da realização na vida de uma mulher. A infertilidade era vista como fracasso, a impossibilidade de gerar uma criança faziam-nas se sentirem inferiores por não conseguirem gerar filhos a Gilead, não conseguiam produzir os tão sonhados herdeiros para os comandantes e, por isso, as aias faziam-se necessárias.

Os comandantes são os homens mais poderosos de Gilead, a maioria deles é velho e são estéreis, mas a esterilidade masculina não existe segundo a lei.

> A maioria desses velhos não conseguiu mais ter ereção e ejacular- Ou são estéreis.Eu quase engasgo de espanto: ele disse uma palavra proibida. Estéril. Isso é uma coisa que não existe mais, um homem estéril não existe, não oficialmente. Existem apenas mulheres que são fecundadas e mulheres que são estéreis, essa é a lei (ATWOOD, 2017, p. 75).

Todos têm o conhecimento disso, só que não podem falar. Até mesmo a palavra estéril é proibida. A lei é clara, não se pode falar de uma coisa que oficialmente não existe, homens estéreis não existem, afinal, a esterilidade é "privilégio" feminino.

Em uma passagem do livro, a própria Esposa do comandante diz "– Talvez ele não possa" (ATWOOD, 2017 p. 243). Isso mostra claramente que, mesmo se submetendo à cerimônia todos os meses, a gravidez não acontece com Offred, porque, assim como os dois comandantes anteriores, Fred também é estéril, até Serena Joy, sua esposa sabe disso, que o motivo dela e de outras aias não engravidarem é a esterilidade do comandante.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O poder é mais importante do que a reprodução; os homens, mesmo sendo inférteis (embora Gilead não reconheça a esterilidade masculina), não perdem seu status social e poder, já as mulheres consideradas inférteis ou dissidentes do sistema são enviadas às colônias para realizarem trabalhos forçados.

2.5 ESTUPRO

As mulheres que ainda são férteis foram escravizadas e transformadas em "úteros ambulantes", as Aias servem ao propósito de gerarem os filhos dos comandantes de Gilead, visto que as esposas não são férteis e não podem dar-lhes herdeiros.

Embora este ato seja "condenado" na república de Gilead, eles praticavam mensalmente uma espécie de cerimônia onde as Aias eram estupradas e usavam um versículo da Bíblia para justificar tal ato.

> Quando Raquel viu que não dava filhos a Jacó, teve inveja de sua irmã. Por isso disse a Jacó: "Dê-me filhos ou morrerei! "Jacó ficou irritado e disse: "Por acaso estou no lugar de Deus, que a impediu de ter filhos?". Então ela respondeu: "Aqui está Bila, minha serva. Deite-se com ela, para que tenha filhos em meu lugar e por meio dela eu também possa formar família" (Gênesis 30:1-3)

Essa é toda a premissa das castas das Aias, é como os comandantes usam a justificativa bíblica para existência das Aias, que, além de passarem por abusos mensalmente, são obrigadas a gerar, carregar uma criança em seu ventre e, no final, entregá-la para o comandante e a esposa, pois as crianças geradas pela aia pertencem ao comandante de Gilead.

No capítulo XVI do livro, Offred descreve a cerimônia:

> A Cerimônia se desenrola como de hábito. Deito-me de barriga para cima, completamente vestida exceto pelos amplos calções de algodão. [...] Não há calor neste quarto. Acima de mim, em direção à cabeceira da cama, Serena Joy está posicionada, estendida. Suas pernas estão abertas, deito-me entre elas, minha cabeça sobre seu estômago, seu osso púbico sob a base de meu crânio, suas coxas uma de cada lado de mim. Ela também está completamente vestida. Meus braços estão levantados; ela segura minhas mãos, cada uma das minhas numa das dela. Isso deveria significar que somos uma mesma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> carne, um mesmo ser. O que realmente significa é que ela está no controle do processo e portanto do produto. Se houver algum. Os anéis de sua mão esquerda se enterram em meus dedos. Pode ser ou não vingança. Minha saia vermelha é puxada para cima até minha cintura, mas não acima disso. Abaixo dela o Comandante está fodendo. O que ele está fodendo é a parte inferior de meu corpo. Não digo fazendo amor, porque não é o que ele está fazendo. Copular também seria inadequado porque teria como pressuposto duas pessoas e apenas uma está envolvida. Tampouco estupro descreve o ato: nada está acontecendo aqui que eu não tenha concordado formalmente em fazer. Não havia muita escolha, mas havia alguma, e isso foi o que escolhi. (ATWOOD, 2017, p. 115)

Conseguimos observar o corpo da Aia sendo transformado em um objeto. Um corpo que sente a rejeição pelo ato sexual, uma violação não só do corpo, mas da decência, dos sentimentos, ao mesmo tempo em que é colocado um ideal político. Apesar da descrição da cerimônia ser de um estupro, não é considerado como se fosse porque, quando uma mulher se torna aia, já sabe o que vai acontecer com ela, qual a função dela perante o Estado de Gilead e se presume que ela tenha dado o consentimento para que isto aconteça.

No entanto, a outra opção para as mulheres férteis, caso elas não queiram se tornar aias, é se tornarem uma não-mulher e limpar lixo tóxico nas colônias, sem nenhuma espécie de proteção, para que, no prazo de até dois anos, pereça vítima de câncer, com dores terríveis pelo corpo, levando as mulheres a uma morte lenta e dolorosa por não se submeterem ao jugo de Gilead.

Essas cerimônias, onde os comandantes estupram as Aias acontecem mensalmente até que as aias engravidem. Depois do nascimento da criança, a aia permanecerá com a família durante o prazo de seis meses, enquanto amamenta, depois é enviada a outro comandante para tentar novamente engravidar. O machismo presente em Gilead descreve esse ato como um privilégio para as aias, pois estão trabalhando para o futuro da humanidade.

2.5.1 CULPA PELO ESTUPRO

Janine está em uma roda fazendo confissões com as outras aias no Centro Vermelho e, logo após falar do estupro coletivo que sofreu quando tinha catorze anos, uma das tias questiona de quem foi a culpa, e as aias induzidas pela tia respondem apontando para Janine que a culpa foi dela pelo que aconteceu.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> É Janine, contando como foi currada por uma gangue aos catorze anos e fez um aborto. Ela contou a mesma história na semana passada. Parecia quase orgulhosa do ocorrido, enquanto o relatava. É possível que nem sequer seja verdade. Durante o testemunho é mais seguro inventar coisas do que dizer que você não tem nada a revelar. Mas sendo Janine, é provável que seja mais ou menos verdade.
>
> Mas de que foi a culpa?, diz Tia Helena, levantando um dedo roliço.
>
> *Dela*, foi *dela*, foi *dela*, foi *dela*, entoamos em uníssono.
>
> *Quem* os seduziu? Tia Helena sorri radiante, satisfeita conosco.
>
> *Ela* seduziu. *Ela* seduziu. *Ela* seduziu.
>
> Por que Deus permitiu que uma coisa tão terrível acontecesse?
>
> Para lhe ensinar uma *lição*. Para lhe ensinar uma *lição*. Para lhe ensinar uma *lição.* (ATWOOD, 2017, p.88)

Essa culpabilização da vítima chama-se cultura do estupro, que leva a uma objetificação sexual das mulheres, a negação dos estupros, a normalização de comportamentos violentos no sexo.

Essa cultura mostra que a sociedade vê esses tipos de comportamentos sexuais violentos e indesejáveis como"*normais"*, sempre buscando uma justificativa para as ações dos agressores, enquanto continuam responsabilizando as vítimas pela violência que sofreram, questionando-se seu comportamento, sua roupa, ou se falou alguma coisa que abriria possibilidade para isso.

É importante lembrar que a pessoa que foi estuprada não é a responsável pelo que lhe aconteceu, **de forma alguma.**O único responsável por causar o estupro é o estuprador. A culpa é **inteiramente dele, que não vê a mulher como um ser humano, mas apenas como um corpo disponível para a obtenção do prazer sexual masculino.**

2.6 A EXTINÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

"Foi depois da catástrofe, quando mataram a tiros o presidente e metralharam o Congresso, e o exército declarou um estado de emergência. Na época, atribuíram a culpa aos fanáticos islâmicos." (ATWOOD, 2017, p. 208). Assim os Estados Unidos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

tornavam-se a República de Gilead, com o propósito de retornar aos valores tradicionais. Para isso, suspenderam a Constituição, sob o pretexto de que seria temporário, e qualquer resistência foi combatida com o uso da força.

Com a suspensão da Constituição, a nova Carta Magna passou a ser a Bíblia, aplicada totalmente em sentido literal. Os direitos fundamentais, como a dignidade, a honra, a liberdade e a propriedade, deixaram de existir, restringindo a existência das mulheres apenas à sua função reprodutiva, isso fica evidente quando Offred fica emocionada quando escuta um cumprimento tão comum como "Oi" vindo do Comandante.

Um direito fundamental, para nós tão simples, como o direito ao lazer, é motivo de sentimentos muitos intensos por parte de Offred. Observando a ação de ler, como uma forma de lazer, essas foram as palavras de Offred ao ver uma revista feminina:

> Olhando fixamente para a revista, enquanto ele a levantava e balançava diante de mim como uma isca para peixe, eu a quis. Quis a revista com uma força que fez doerem as pontas de meus dedos. Ao mesmo tempo vi esse meu desejo intenso como algo trivial e absurda, porque outrora havia menosprezado e considerado essas revistas muito levianamente." (ATWOOD, 2017, p. 187).

O lazer permite a construção do ser social, daquele que se afasta do ambiente ou atividade laboral para o crescimento pessoal e vida em comunidade, além de ser um indicativo para a satisfação do direito à dignidade. Nota-se que o Estado, na obra de Atwood, não enxerga as mulheres como seres humanos que necessitam de lazer para o seu crescimento pessoal, pois elas são vistas mais como objetos do que pessoas.

Outro direito fundamental extinto foi o direito à liberdade. As mulheres, na República de Gilead, não tinham permissão, por exemplo, para trafegar onde quisessem. Seus passos eram constantemente vigiados. Existiam postos de controle que monitoravam a entrada e a saída de todos, de modo que se poderia acompanhar a trajetória de alguém. As Aias, por exemplo, só podiam ir a determinados lugares, com trajetórias estabelecidas e sempre acompanhadas. "Não tínhamos permissão para sair, exceto para caminhadas, duas vezes por dia, duas a duas..." (ATWOOD, 2017, p.12). Essa era a liberdade que as aias tinham. Este cenário de coerção e vigilância constante nos coloca diante do contexto no qual se estabeleceram as relações de poder na sociedade Gilead.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No "O Conto da Aia", observa-se que o papel social da mulher é extremamente bem definido, estando elas inclusive separadas em castas: as Aias, as Martas, as Esposas e as Tias. Na obra, as mulheres não têm qualquer espaço na esfera pública, sequer poderiam ter um emprego, elas existiam apenas na esfera privada, dentro de casa, como é possível ler no seguinte trecho:

> É estranho, agora, pensar em ter um trabalho. Trabalho. É uma palavra engraçada. Isso é trabalho para homem. Já fez o trabalho, diziam para crianças quando estavam sendo ensinadas a usar o banheiro. Ou cachorros: ele fez o trabalho no tapete. Você devia bater neles com um jornal enrolado, minha mãe dizia. Lembro-me de quando havia jornais, embora nunca tenha tido um cachorro, só gatos. O Livro de Job, a Bíblia, o livro do trabalho de Deus. Todas aquelas mulheres tendo emprego fazendo seu trabalho: difícil de imaginar, agora, mas milhares delas tinham empregos, milhões. Era considerado uma coisa normal. Agora é como lembrar dinheiro em papel-moeda, quando eles ainda tinham isso. Minha mãe guardou algumas notas, coladas em seu livro de lembranças, junto com as fotos antigas. Naquele tempo já era obsoleto, não se podia comprar nada com ele. (ATWOOD, 2017, p. 207).

Com a perda de um dos principais direitos conquistados pelas mulheres, os únicos cargos que exerciam agora eram de Esposas e empregadas, ou qualquer outro que seja direcionado para casa, sendo assim a única coisa que restou foi cuidar da casa como as mulheres faziam antigamente. Acreditavam que o trabalho era uma responsabilidade exclusiva dos homens, por isso que os mesmos eram encarregados pelo sustento da casa.

A análise de alguns direitos fundamentais extintos pela República de Gilead demonstra a importância desses direitos na nossa realidade. São eles que garantem às mulheres a sua autonomia. Se com esses direitos à luta já é árdua, sem eles sequer existiria luta.

3 CONCLUSÃO

Após a análise de diversos pontos da obra, conclui-se que o Conto da Aia, mesmo sendo uma distopia, é uma demonstração crua do que as mulheres passam desde o princípio, e mostra a importância da ficção ao ajudar as pessoas enxergarem a o mundo como ele é muitas vezes cruel e desumano.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Segundo estudo, é notório que se perceba que a sociedade de hoje ainda possui os aspectos sociais e culturais do sistema patriarcal, pois muitas vezes os corpos das mulheres são objetivados e sofrem algum tipo de violação dos cidadãos todos os dias e vistos como um comportamento correto. Apesar de muitas conquistas, a imagem feminina ainda é vítima de abusos de longa data. Está à mercê dos homens, que dizem como as mulheres devem se vestir, se comportar, que empregos devem ter, que posições trabalhistas ocupar, se devem ou não serem mães e quando isso deve acontecer. Quando assediadas ou estupradas a culpa é delas porque não se comportaram de forma adequada e seduziram os homens.

Outro aspecto claramente colocado no livro é o controle do corpo feminino através da padronização das castas dividindo as mulheres em: esposas, tia, marthas e aias. Os corpos destas eram utilizados para a reprodução, e também para identificação de controle populacional. No Brasil, também é possível analisar as tentativas de controle do corpo das mulheres, através da cultura do estupro, do impedimento do aborto legal e seguro e a criminalização da mulher que comete o aborto, da falta de informação sobre sexo seguro e dos métodos contraceptivos nas classes sociais mais pobres.

Observa-se também na obra que as mulheres são apenas objetos do Estado e por isso não tem direitos, por exemplo o direito ao trabalho, à liberdade e ao lazer. A falta deles deixam as mulheres o mais longe possível de ter uma existência digna. Tal existência, hoje, existe graças às muitas lutas das mulheres ao longo do tempo e é constante alvo de conservadores, que assim como os fundamentalistas religiosos da obra, enxergam as mulheres como simples corpos com propósito reprodutivo.

Muito espanta as pessoas quando uma mulher não aceita ser diminuída ou menosprezada, mas a obra de Atwood, mesmo distópica, mostra porque é tão importante uma mulher se posicionar quando se depara com alguma injustiça. Da noite para o dia, os direitos conquistados com tanto esforço podem ser exterminados por aqueles que se sentem ameaçados por algo tão natural: a força feminina.

REFERÊNCIAS

ARBO, Jade Bueno; MARQUES, Eduardo Marks de. **Confinadas em si mesmas**: a morte social e o isolamento do sujeito em O conto da Aia, de Margaret Atwood. Anuário de Literatura, Florianópolis, v. 24, n. 2, p. 164-176, 2019.

ATWOOD, Margaret. **O Conto da Aia.** Tradução de Ana Deiró. Rio de Janeiro: Rocoo, 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

BOURDIEU, Pierre. **A Dominação Masculina**. Tradução: Maria Helena Kuhner. 5. ed. Rio de Janeiro: BestBolso, 2017.

BÍBLIA. Português. **Velho Testamento e Novo Testamento**. Tradução de Ivo Storniolo e Euclides Martins Balancin. São Paulo: Paulus, 1998.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**: fatos e mitos. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016. v. 1.

CARVALHO KRÜGER, Luana; DE MARQUES, Eduardo Marks. **O corpo-objeto em O Conto da Aia**: a desperformatização do corpo da mulher no universo distópico do romance.. Disponível em: https://www.ufrgs.br/ppgletras/coloquiosularquipelagos/artigos/56_corpo-objeto.pdf. Acesso em: 13 mar. 2020.

GIL, A. C. ***Como elaborar projetos de pesquisa****. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.* Disponível em: https://drive.google.com/file/d/1N5BcrODIUsxeAoE2VPQ2nr7jDYUAt0k5/view. Acesso em: 20 mar. 2020.

LIMA, Paula Bastos de. **A representação da mulher em O Conto da Aia**: a influência da cultura patriarcal na percepção da mulher. 2017..Disponível em: https://bdm.unb.br/bitstream/10483/19989/1/2017_PaulaBastosDeLima_tcc.pdf. Acesso em: 11 mar. 2020.

PRODANOV, C. C.; FREITAS. E. C. de. **Metodologia do trabalho científico** [recurso eletrônico]: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013. Disponível em: http://www.feevale.br/Comum/midias/8807f05a-14d0-4d5b-b1ad-1538f3aef538/book%20Metodologia%20do%20Trabalho%20Cientifico.pdf. Acesso em: 23 abr. 2020.

SÖHNGEN, Clarice Beatriz da Costa, BORDIGNON, Danielle Massulo. **The Handmaid´s Tale**: Um ensaio jurídico-literário. Revista Internacional de Direito e Literatura, v. 5, n. 1, 2019. Disponível em: http://rdl.org.br/seer/index.php/anamps/article/view/475. Acesso em: 20 abr. 2020.

TARDIVO, André Eduardo. **"Bendito seja o fruto"/"que o senhor possa abrir"**: distopia, religiosidade e repressão em O Conto da Aia (1985), de Margaret Atwood. Miguilim-Revista Eletrônica do Netlli, v. 7, n. 1, p. 267-284, 2018.

URNAU, Juliana Inês; TYBUSCH, Francielle Benini Agne. **A distopia de O Conto da Aia na realidade brasileira**: manutenção de direitos frente a crises e retrocessos. 2019. Disponível em: https://www.ufsm.br/cursos/pos-graduacao/santa-maria/ppgd/wp-content/uploads/sites/563/2019/09/8.8.pdf. Acesso em: 11 abr. 2020.

NOTAS:

[1] Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. *E-mail*: nascimentoliliane512@gmail.com

[2] Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Mestre em Letras pela Universidade Federal do Piauí (2007). *E-mail*: rrosapi@yahoo.com.br

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A PRÁTICA DO STALKING CONTRA O PROFESSOR DE ENSINO FUNDAMENTAL DA REDE PÚBLICA DA CIDADE DE MANAUS

WANESSAH VALOIS NUNES DA SILVA: Graduada em Letras Língua Portuguesa pelo Centro Universitário do Norte - UNINORTE. Graduanda do Curso de Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus - ULBRA. Professora de Língua Portuguesa do Ensino Fundamental II da SEMED - Manaus. Professora de Gramática e Produção Textual da Rede particular de Ensino de Manaus.

RUBENS ALVES DA SILVA

(orientador)

Resumo: A prática do *stalking* contra o educador de Ensino Fundamental da Rede Pública tem se tornado algo habitual nos últimos anos, mas ainda consiste em uma temática pouco discutida e analisada no ordenamento jurídico. Há projetos de Leis aprovados que endurecem as práticas de stalking contra o cidadão de maneira geral, mas não especifica nem enaltece o papel do educador para a sociedade e as consequências que ele leva consigo ao ser perseguido no exercício de sua função. Dessa forma, a presente investigação apresenta o conceito de stalking de acordo com o ordenamento jurídico e as consequências materiais e psicológicas para o educador que sofre com este tipo de perseguição na tentativa de apresentar a temática para a sociedade e requerer punições mais severas para o perseguidor dos educadores.

Palavras-chave: Stalking. Professor. Ordenamento Jurídico.

Abstract: The practice of stalking against the elementary school educator of the Public Network has become commonplace in recent years, but still consists of a theme little discussed and analyzed in the legal system. There are approved bills that harden stalking practices against the citizen in general, but do not specify or praise the educator's role for society and the consequences that he or she carries with him or her in the exercise of his or her function. Thus, this research presents the concept of stalking according to the legal system and the material and psychological consequences for the educator who suffers this type of persecution in an attempt to present the subject to society and require more severe punishment for the persecutor of educators.

Keywords: Stalking. Educator. Legal system.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Sumário: Introdução. 1. Conceito de Stalking contra o professor de Ensino Fundamental da Rede Pública. 2. A Lei como sustentáculo para o Educador da Rede Pública. 3. Consequências materiais e psicológicas causadas pela prática do Stalking contra o professor de Ensino Fundamental da Rede Pública de Manaus. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa expor os conceitos, características e efeitos produzidos por um *stalking*, ou seja, aquele que pratica a perseguição ou tira a tranquilidade de alguém por meio de mensagens, áudios, vídeos ou telefonemas, bem como os efeitos acarretados quando são praticados contra profissionais da área da educação da rede pública, que por trabalharem em sistema que precisa apresentar índices de aprovação e reprovação, muitas vezes é interpretado de forma negativa e por sua vez, sofre com ameaças e perseguições anônimas.

O stalking consiste em um crime que vem sendo cometido há anos, mas somente dos dias atuais tornou-se conhecido e tem tido foco de investigação nas diferentes modalidades de sua prática. Compreende-se que ao cometer stalking, especialmente conta um profissional da educação pública no exercício de sua função, é sinônimo de destruição de uma vida profissional e que em diferentes casos, destrói a vida pessoal. Aquilo que começa com um comportamento inocente, pode ser agravado para atitudes violentas ou até morte.

Até o presente momento, tal prática é vista pelo ordenamento jurídico brasileiro como uma contravenção e há projeto de lei que o nomeia como crime, porém nota-se que há um crescimento imensurável quando se trata da perseguição por parte de educadores de ensino fundamental das escolas públicas da cidade de Manaus. Diante disso, a presente abordagem defenderá a seriedade de tratar a prática do stalking como um crime de perseguição dos professores de Ensino Fundamental da Rede Pública de Manaus.

Em se tratando de educadoras mulheres, é possível que a perseguição se encaixe na Lei Maria da Penha com o intuito de coibir as atitudes de perseguição do indivíduo que constrange ou invade a privacidade das professoras. E os professores homens? Há muito a se discutir sobre o assunto. Portanto, a abordagem do assunto em questão especifica os constrangimentos sofridos pelos educadores das escolas públicas, sejam professores, sejam professoras.

1. CONCEITO DE STALKING CONTRA O PROFESSOR DE ENSINO FUNDAMENTAL DA REDE PÚBLICA

A abordagem conduz o estudo da perseguição do *stalking* como uma postergação do sossego dos profissionais da educação que trabalham com ensino fundamental na rede pública de Manaus à luz do ordenamento jurídico.

O vocábulo "stalker" é de origem inglesa e tem como significado perseguidor, isto é, aquele que de alguma maneira incomoda o sossego de alguém. *Stalking*, por sua vez, consiste na prática de perturbar de modo insistente uma pessoa por meio de mensagens, telefonemas, cartas, dentre outras.

De acordo com o dicionário online de Língua Portuguesa, stalking significa:

> Aquele que segue obsessivamente outra pessoa, vigiando suas rotinas, sendo esta perseguição insistente e podendo resultar em ataques ou agressões; perseguidor.

Outrora, era comum este tipo de perseguição ser percebido nas celebridades, porém, em tempos atuais, é habitual verificar esta prática com pessoas de diferentes profissões, das quais se destacam os profissionais da área da educação que trabalham na formação de ensino fundamental na cidade de Manaus.

Com o avanço das tecnologias, é notável a maior exposição das pessoas por meio de fotos e vídeos nas redes sociais. Tal hábito virou corriqueiro e é incomum alguém que não acesse esses meios de comunicação. Contudo, a exposição e o fácil acesso destas informações pessoais se tornou instrumento essencial para o aumento das perseguições de pessoas de distintas áreas profissionais.

Para Damásio de Jesus (2009):

> Stalking é uma forma de violência na qual o sujeito ativo invade a esfera de privacidade da vítima, repetindo incessantemente a mesma ação por maneiras e atos variados, empregando táticas e meios diversos: ligações nos telefones celular, residencial ou comercial, mensagens amorosas, telegramas, ramalhetes de flores, presentes não solicitados, assinaturas de revistas indesejáveis, recados em faixas afixadas nas proximidades da residência da vítima, permanência na saída da escola ou do trabalho, espera de sua passagem por determinado lugar, freqüência no mesmo local de lazer, em supermercados etc. O stalker, às vezes, espalha boatos sobre a conduta profissional ou moral da vítima, divulga que é portadora de um mal grave, que foi demitida do emprego, que fugiu, que está vendendo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> sua residência, que perdeu dinheiro no jogo, que é procurada pela Polícia etc. Vai ganhando, com isso, poder psicológico sobre o sujeito passivo, como se fosse o controlador geral dos seus movimentos.

Sabe-se que basta colocar o nome completo da pessoa na internet que aparecem diversas informações, inclusive fotos sobre quem se procura. Diante disso, o que era para ser um meio de comunicação e estreitamento de amizades, tornou-se alvo de perseguição obsessiva para o *stalking*. Neste caso, qualquer postagem que um educador faz nas mídias sociais, pode ser utilizada contra ele. Trata-se de uma decisão delicada se o professor deve ou não postar sua rotina da profissão ou pessoal, pois diante das insistentes perseguições, qualquer exposição é motivo oportuno para o stalking. Nota-se que mediante estas perseguições, o educador tem toda sua liberdade e privacidade furtada.

Com base no Instituto Nacional de Justiça dos Estados Unidos, por meio do Departamento Nacional de Violência Contra Mulheres, stalking significa:

> Um curso de conduta direcionado a uma pessoa específica que envolve repetitivas aproximações físicas ou visuais; comunicação não consensual, ou ameaças verbais, escritas ou implícitas; ou uma combinação que causaria medo a uma pessoa razoável.

O primeiro sentimento que paira em um professor da rede pública que sofre com este tipo de perseguição é a desmotivação para organizar e ministrar aulas que contribuam para o aprendizado de qualidade do aluno. Sabe-se que a rotina em si de um educador já é um desafio porque ele precisa planejar-se, pesquisar, filtrar, e preparar todos os materiais para executar as aulas com qualidade, assim como incentivar os educandos a ultrapassarem os limites dos assuntos contidos nos livros, formando pesquisadores que constroem os conhecimentos que servirão para a vida, pois para Freire (1983):

> Quanto mais, em tal forma de conceber e praticar a pesquisa, os grupos populares vão aprofundando, como sujeitos, o ato de conhecimento de si em suas relações com a sua realidade, tanto mais vão podendo superar ou vão superando o conhecimento anterior em seus aspectos mais ingênuos. Deste modo, fazendo pesquisa, educo e estou me educando com os grupos populares. (FREIRE, 1983, p. 36).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Paulo Freire (1983), enfatiza o ato da pesquisa como profundo aprendizado tanto para o professor quanto para o educando no processo da construção do conhecimento. Ressalta ainda que quem pesquisa, além de educar, também se educa e se sente mais apto para as vivências em sociedade. Para tanto, mostra-se o valor imensurável da responsabilidade do educador para o estudante.

2. A LEI COMO SUSTENTÁCULO PARA O EDUCADOR DA REDE PÚBLICA

Considera-se que as Leis que regem o âmbito jurídico têm o intuito de organizar e conduzir uma sociedade. Diante disso, o Código Penal Brasileiro atual avalia que perseguir alguém de forma obsessiva é vista como uma contravenção penal. Contudo, novos projetos de Lei que tramitam no Senado com a finalidade de tornar esta prática como um crime e, por conseguinte, atribuí-las penas mais severas.

Destaca-se o projeto de Lei que foi aprovado pelo Senado em 2019 que trata de sanções mais severas para o *stalking,* criado pela Senadora Rose de Freitas que aumenta a pena para prisão simples de dois a três anos, não permitindo a conversão em multa.

A senadora Rose de Freitas (2019):

> *Potencializada pela tecnologia, a violência arcaica adquire novas formas de machucar a todos, e às mulheres, em especial. Escrevemos na proposição a expressão 'com o uso de quaisquer meios', de modo a não haver dúvida sobre o fato de que é da internet que se fala. Não se trata de punir, por exemplo, um amor platônico, mas sim de punir as consequências da externalização insidiosa ou obsessiva das paixões contemporâneas.* Fonte Agência Senado.

Outro alicerce para a presente investigação é o projeto de Lei que também foi aprovado pelo Senado, defendido pela Senadora Leila Barros. O redator desta foi o senador Rodrigo Cunha que observou:

> *O comportamento de perseguir outra pessoa de maneira insistente e obsessiva caracteriza conduta reprovável e grave, pois ofende diretamente a tranquilidade e a privacidade dos indivíduos e, de certa forma, a própria liberdade de livre locomoção da vítima.* Fonte Agência Senado.

O projeto aprovado de Leila Barros divulgado por meio da Agência Senado, dissertada por Rodrigo Cunha apresenta uma reflexão sobre a conduta

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

reprovável da perseguição de um indivíduo e relata acerca da importância da tranquilidade e livre locomoção para as pessoas. Direitos que, se furtados, acarretam inúmeros prejuízos para a vida de um cidadão.

Com base no artigo 2º do projeto de Leila Barros:

> Art. 2º A autoridade policial, ao instaurar o inquérito que envolva o crime tipificado no art. 149-B do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de SF/19560.39593-04 SENADO FEDERAL GABINETE DA SENADORA LEILA BARROS dezembro de 1940, informará ao juiz, que especificará as medidas cautelares de caráter protetivo que forem necessárias, conforme previsto no art. 319 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro 1941.

O citado projeto, portanto, cria a obrigatoriedade do Policial informar o Juiz com urgência quando se tratar de inquérito de perseguição para que as medidas protetivas sejam instauradas o quanto antes. A pena deve ser de 6 meses a 2 anos para quem praticar stalking. Logo, o projeto altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal, possibilitando o preenchimento das lacunas existentes no ducumento.

De acordo com o artigo 4ª, VI da Constituição Federal de 1988, o direito pela paz internacional se tornou garantia constitucional que deve ser lembrada e requerida como prioridade para todo e qualquer cidadão. Deste modo, o profissional da educação não deve ter sua paz interrompida nem no exercício de sua função, nem no descanso ou intervalo garantido por Lei.

Sabe-se que a categoria de professor é acolhida e defendida a partir do artigo 318 da CLT. O descanso semanal e acréscimo, por sua vez, também é garantido nesta consolidação:

> PROFESSOR. REPOUSO SEMANAL REMUNERADO. ART. 7º, § 2º, DA LEI Nº 605, DE 05.01.1949 E ART. 320 DA CLT (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. O professor que recebe salário mensal à base de hora-aula tem direito ao acréscimo de 1/6 a título de repouso semanal remunerado, considerando-se para esse fim o mês de quatro semanas e meia. (Súmula 351)
>
> Assim para se chegar ao montante devido a título de DSRs dos professores se utiliza a seguinte fórmula:
>
> Nº de horas aulas + nº de horas atividades X 4,5 semanas X 1/6.

> Na hipótese, em que, segundo a legislação em vigor, foi considerado para o cálculo da remuneração mensal somente que o mês possuía 5 semanas, como muito bem explanado no parecer acostado à fl. 417, de lavra do Procurador do trabalho Francisco Gerson Marques de Lima, é de se reconhecer que não tenha havido o correto pagamento aos substituídos dos valores devidos a título de DSRs.

Ressalta-se que com o avanço das novas tecnologias e exposição frequente das pessoas por meio das redes sociais, a prática de stalking aumenta e torna a identificação do perseguidor um desafio para quem sofre com frequentes ameaças por meio de cartas, mensagens, e-mails, dentre outros meios virtuais sem identificações do remetente. Neste conflito, destaca-se a figura do educador de ensino fundamental da rede pública da cidade de Manaus, que tem o papel de direcionar os educandos para diversas profissões, com aulas que visam estimular os alunos para a busca espontânea e prazerosa pelo conhecimento.

Compreende-se, portanto, que apesar de o país ter um sistema de educação unificado, cada educador tem sua maneira única de ministrar suas aulas e, diante de um sistema que requer as claras, notas de alunos aprovados e reprovados, nem sempre o educando, responsável, familiar, conhecido ou qualquer outro membro envolvido, compreende o método de avaliação sistemática por uma perspectiva positiva.

Augusto Cury (2003, p.65) afirma que:

> Os educadores, apesar das suas dificuldades, são insubstituíveis, porque a gentileza, a solidariedade, a tolerância, a inclusão, os sentimentos altruístas, enfim todas as áreas da sensibilidade não podem ser ensinadas por máquinas, e sim por seres humanos.

Cury (2003) traz uma reflexão sobre o valor do professor na vida dos alunos, tanto para a construção do conhecimento, quanto para a formação emocional, essenciais para o crescimento do indivíduo, explicando que os educadores não podem ser substituídos por máquinas.

Na atualidade, constata-se a importância do papel do educador do Ensino Fundamental, mas verifica-se que não há nenhuma especificidade de artigos ou incisos de leis brasileiras que abrangem a perseguição de professores de modo específico como um crime. Desta forma, o presente artigo tem o foco de enfatizar o significativo papel do educador de ensino fundamental da rede pública como meio

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de transformação para a sociedade, refletindo que esta profissão deve ser valorizada e que crimes que infringem o exercício desta função, devem ser considerados e penalizados de forma mais severa.

3. CONSEQUÊNCIAS MATERIAIS E PSICOLÓGICAS CAUSADAS PELA PRÁTICA DO STALKER CONTRA O PROFESSOR DE ENSINO FUNDAMENTAL DA REDE PÚBLICA DE MANAUS

Vez em quando é possível perceber um professor da rede pública frustrado pelos corredores de uma escola porque ao sair da sala, notou que o carro foi pichado com mensagens de perseguição ou teve vidros quebrados e pneus furados.

Tornou-se comum também para um educador ter o sossego do final de semana interrompido ao receber mensagens anônimas que mostram insatisfação pelas notas ou discurso apresentado em sala de aula. Diante de classes superlotadas, horários cheios e tendo que trabalhar em três turnos para o sustento da família, é um desafio para um educador saber quem de fato tem enviado notificações de ameaças que roubam a sua paz.

Sabe-se que um educador não se limita ao trabalho durante a ministração de suas aulas, pois assim que sai de cena, inicia novamente o período de preparação dos conteúdos e materiais a serem utilizados no dia seguinte. Quando se trata de escola da rede pública, o trabalho é redobrado, pois o município de Manaus ainda carece de investimentos na área da educação.

Conforme afirma a Polícia Civil, o Boletim de Ocorrência:

> É o documento utilizado pelos órgãos da Polícia Civil para o registro da notícia do crime, ou seja, aqueles fatos que devem ser apurados através do exercício da atividade de Polícia Judiciária. (Manual de Polícia Judiciária da Polícia Civil, 2000, p. 73)

Uma das primeiras atitudes a serem tomadas pelo professor ao perceber prejuízo material, é fazer o Boletim de Ocorrência, podendo ser de forma presencial em uma Delegacia especializada ou pela Internet. Porém, nota-se que o Boletim de Ocorrência tem eficácia quando se tem ciência de quem causou o malefício material, fato que dificilmente ocorre com os professores perseguidos, já que na maioria dos casos não é possível identificar quem causou o prejuízo material.

Ao ser surpreendido com práticas de perseguição, o educador é levado a um processo de luta interior entre permanecer firme no exercício de sua profissão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

ou abalar-se com os problemas psicológicos decorrentes das atividades de perseguição.

De acordo com doutor Maria Helena Varella Bruna:

> O transtorno da ansiedade generalizada (TAG), segundo o manual de classificação de doenças mentais (DSM.IV), é um distúrbio caracterizado pela "preocupação excessiva ou expectativa apreensiva", persistente e de difícil controle, que perdura por seis meses no mínimo e vem acompanhado por três ou mais dos seguintes sintomas: inquietação, fadiga, irritabilidade, dificuldade de concentração, tensão muscular e perturbação do sono.

A psicologia relata inúmeros transtornos decorrentes de stress vividos no trabalho. Destaca-se neste contexto o Transtorno de Ansiedade, já que interfere diretamente na qualidade de vida do educador bem como no sucesso profissional almejado. O referido transtorno consiste em um problema de saúde mental considerado muito grave e que afeta diretamente todas as áreas da vida da pessoa que sofre com esta enfermidade.

A figura do educador é vista como o alicerce na formação de novas profissões e dentro da sala de aula, é o mentor primordial para que a aprendizagem aconteça. Contudo, se o educador não se sente bem em seu próprio ambiente de trabalho e isso lhe causa sofrimento, automaticamente o ambiente de ensino-aprendizado fica totalmente comprometido. Portanto, é necessário que o professor se sinta motivado e haja condições essenciais de trabalho.

Segundo Paulo Freire, "A escola será cada vez melhor, na medida em que cada ser se comportar como colega, como amigo, como irmão." Neste contexto, Freire, traz à tona que o ambiente escolar é mais proveitoso quando todos estão em conformidade entre si, sem que haja, disputa, perseguição ou falta de diálogo.

Diante disto, é primordial que o gestor e o pedagogo estejam atentos aos sinais que um professor pode apresentar no ambiente de trabalho, sejam rendimentos, sejam queda da produtividade, para que toda comunidade escolar consiga fornecer a ajuda necessária para este educador.

CONCLUSÃO

Ao longo dos anos e com o avanço das tecnologias, a prática de stalking ganhou espaço significativo na sociedade. Aquilo que era praticado apenas com

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

celebridades, hoje se tornou uma prática comum na realidade de muitos professores da rede pública da cidade de Manaus. Receber mensagens de ameaças e sentir-se perseguido, ou mesmo ter o bem material quebrado por motivo de perseguição, desmotiva e tira a tranquilidade do educador que desde a faculdade, procura mecanismos para formar bons cidadãos para esta sociedade.

Não se trata, portanto de apenas prejuízo material, mas os impactos que um stalking pode trazer para um educador da rede pública, especialmente nas séries do ensino fundamental é tamanho, pois os alunos dependem muito dos incentivos dos professores, das aulas com qualidade e materiais que os orientem a mergulhar constantemente no vasto mundo do aprendizado. Neste caso, se o educador tem suas habilidades comprometidas decorrentes das perseguições, não só ele perde, mas toda sociedade que clama por profissionais melhores para a cidade.

Face o exposto, é importante que os professores, a direção e o pedagógico estejam sempre atentos aos sinais que um educador pode demonstrar quando está sofrendo com perseguições. Ademais, ressalta-se a eficácia de projetos de conscientização de toda tríade educacional, escola-aluno-família, para que tais práticas sejam evitadas. No caso de ocorrências de perseguição contra o professor no exercício de sua função, Leis mais severas ajudam de forma potencial no amparo desta figura tão essencial para a sociedade. É necessário que as leis funcionem para todos, sobretudo professores e professoras, pois eles são peças primordiais para que a educação do país.

REFERÊNCIAS

BRASIL. DECRETO-LEI N.º 5.452 DE 1º DE MAIO DE 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**, Rio de Janeiro, 1º de maio de 1943. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 30 de março de 2020.

BRASIL. Constituição (1988). ***Constituição da República Federativa do Brasil***. Brasília: Senado Federal, 1988.

CURY, Augusto Jorge. Pais brilhantes, professores fascinantes. Rio de Janeiro: Sextante, 2003.

FREIRE, Paulo. **Pensador**. https://www.pensador.com/frase/MjEyMjc2Ng/

https://www.dicio.com.br/stalker/. Acesso em 21/10/2020 às 23h35min.

FREIRE, Paulo. **Criando métodos de pesquisa alternativa.** In: BRANDÃO, Carlos. Rodrigues (Org.). Pesquisa participante. São Paulo: Brasiliense, 1983.

JESUS, Damásio E. de. Stalking. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. São Paulo, v. 10, n. 56, p. 67, jun-jul/2009.

MENDES, Clóvis. Revista Consultor Jurídico: Manual de Polícia Judiciária da Polícia Civil, 2000, p. 73. Disponível em https://www.conjur.com.br/2009-fev-07/boletim-ocorrencia-desnecessario-casos-nao-penais. Acesso em 21/10/2020 às 23h35min.

SENADO FEDERAL DO BRASIL. Portal de Notícias internet. Brasília, DF: Agência Senado; 2019/08/14/. Acesso em 2020 março 30. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/noticias /matérias/ 2019/08/14/

_____. **PROJETO DE LEI Nº 1.414/ 2019** de autoria da Senadora Rose de Freitas. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135668

_____. **PROJETO DE LEI Nº 1.369/ 2019** de autoria da Senadora Leila Barros. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135596

TJADEN, Patricia. **Stalking in America: Findings from the National Violence Against Women Survey.** Washington: National Institute Of Justice, 1998, tradução nossa, (A course of condut directed at a specific person that involves repeated visual or pysical proximity; non-consensual communication; or verbal, written or implied treats; or a combination thereof that would cause a reasonable person fear).

BRUNA, Maria Helena Varella. **Transtorno de ansiedade generalizada**. Disponível em: https://drauziovarella.uol.com.br/doencas-e-sintomas/ansiedade-transtorno-de-ansiedade-generalizada/. Acesso em 20/10/2020 às 23h51min.

[1] Acadêmica de Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus CEULM/ULBRA. Graduada em Letras Língua Portuguesa pelo Centro Universitário do Norte – UNINORTE. E-mail: valois.professora@gmail.com

[2] Professor orientador da disciplina Trabalho de Curso em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus – CEULM/ULBRA. Bacharel em Direito, advogado, mestre em Direito. E-mail: rubens@rede.ulbra.br

www.conteudojuridico.com.br

EQUIPARAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL AO CASAMENTO NA SUCESSÕES DE BENS

NUBIA VITORIA RIBEIRO GOMES: Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário CEUNI-FAMETRO.

RESUMO: Este artigo nasce do seguinte questionamento: os direitos sucessórios encontram-se igualmente tutelados para o casamento e para união estável? Para responder a esse questionamento, este artigo teve como objetivo geral analisar a equiparação que ocorre entre a união estável e o casamento civil no âmbito das sucessões de bens. E, na sua especificidade, demonstrar a importância das sucessões de bens no casamento e da união estável conforme a Lei, comparar os princípios que regem a união e o casamento e, por fim, identificar os institutos do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988. Para alcançar os objetivos foi desenvolvida uma pesquisa por revisão integrativa que tem por finalidade verificar a força das evidências científicas; identificar lacunas na pesquisa atual; e identificar a necessidade de pesquisas futuras, fazendo a ponte entre áreas de trabalho relacionadas, identificando questões centrais no tema da pesquisa. Conclui que o Código Civil de 2002 consagrou o princípio da igualdade de tratamento entre o cônjuge e a amásia, assim como iguais são todos os filhos, hoje respeitados em sua dignidade de pessoa humana, independente de sua origem familiar.

PALAVRAS-CHAVE: União Estável. Casamento. Sucessões de bens. Equiparação.

ABSTRACT: This article arises from the following question: are inheritance rights equally protected for marriage and for a stable union? In order to answer this question, this article had the general objective of analyzing the equivalence that occurs between the stable union and the civil marriage in the scope of the succession of assets. And, in its specificity, demonstrate the importance of inheritance in marriage and the stable union according to the Law, compare the principles that govern marriage and marriage and, finally, identify the institutes of the Civil Code of 2002 and the Federal Constitution from 1988. To achieve the objectives, an integrative review research was developed with the purpose of verifying the strength of scientific evidence; identify gaps in current research; and to identify the need for future research, bridging related areas of work, identifying central issues in the research topic. It concludes that the Civil Code of 2002 enshrined the principle of equal treatment between the spouse and the amasia, just as all children are equal, today respected in their human dignity, regardless of their family origin.

KEYWORDS: Stable Union. Marriage. Succession of assets. Matching.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 ampliou o conceito da família para efeitos do Estado, criando-se a figura da Entidade Familiar. Atualmente, a família não é constituída somente através do casamento civil, mas também da união estável. É a base de uma sociedade e é inegável a necessidade de proteção jurídica para este instituto (LÓPEZ, 2014).

Os conceitos de família e casamento estiveram desordenados durante muito tempo no direito brasileiro. Isso se dava pelo fato de que só eram reconhecidas as famílias provenientes do casamento formal. Agora, diante das constantes transformações da sociedade, o direito precisou ser transformado a fim de tutelar o interesse dos cidadãos (LÓPEZ, 2014).

O novo modo de interpretar essa realidade decorre da acepção de que a vontade contínua de manter os vínculos afetivos, que sustentam a conservação do grupo familiar, não necessita de ato solene de constituição, alcançando a finalidade essencial à vida social. O homem e a mulher podem unir-se livremente, fundando uma família estável, não importando a forma ou meio utilizado para esse fim (SANTOS 2014).

Ao se comparar os direitos sucessórios do companheiro, com o do cônjuge, antes da ampliação de conceito de família pela Constituição Federal de 1988, verifica-se que a Lei os tratava com discriminação e também estabelecia desvantagens entre os regimes de casamento. De fato, se constata que o Código Civil de 2002 privilegiou o cônjuge, já o companheiro fica a depender do regime de bens adotado pelo casamento (CARVALHO ROCHA, 2014).

O direito das sucessões, portanto, não pode diferenciar o cônjuge e o companheiro, na definição das preferências e quinhões sucessórios. Ambos devem receber da Lei, tratamento idêntico porque não existem razões que justifiquem qualquer vantagem ou desvantagem, para um ou outro, no momento da destinação dos bens do falecido com quem mantinham relação de conjugalidade (COELHO, 2012).

Com o Código Civil de 2002, ficou ultrapassado em matéria sucessória, visto que não regulamentava o direito de sucessão do companheiro. O direito da união estável e da sucessão do companheiro foi regulamentado através das Leis n° 8.971 de 29 de dezembro de 1994 e 9.278 de 10 de maio de 1996, mesmo assim, ainda há discriminação em relação ao companheiro e o favorecimento ao cônjuge. Diante disso, questiona-se: os direitos sucessórios encontram-se igualmente tutelados para o casamento e para união estável?

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Assim, é sabido que o casamento civil deixou de ser a única entidade aceita pela sociedade como conceito de formação familiar, agora o termo "família" também abrange outras modalidades de junção. De acordo com o Código Civil de 2002, todos estarão amparados legalmente ao decidirem constituir família (SANTOS, 2014).

É neste contexto que este estudo se justifica, uma vez que a recente decisão do Supremo Tribunal Federal igualou cônjuges e companheiros para fins de recebimento de herança ou legado para fins sucessórios, sendo aplicadas aos companheiros as mesmas regras aplicadas aos cônjuges.

Ou seja, tanto para a união estável, quanto para o casamento, no tocante à divisão de herança, serão aplicadas as regras do artigo 1.829 Código Civil de 2002, devido ao reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do mesmo Código, que regia o efeito sucessório entre os companheiros. Sendo assim, este artigo tem como objetivo geral analisar a equiparação que ocorre entre a união estável e o casamento civil no âmbito das sucessões de bens. E, na sua especificidade, demonstrar a importância das sucessões de bens no casamento e da união estável conforme a Lei, comparar os princípios que regem a união e o casamento e, por fim, identificar os institutos do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988.

Na realidade, o Código Civil de 2002, procurou estabelecer no seu bojo as novas demandas que a evolução natural da sociedade imprimiu, sendo, portanto, um novo instrumento de regulação civil no contexto da sociedade brasileira, procurando encampar novos elementos balizadores das relações sociais, como a alienação parenta, assunto a ser tratado a seguir (DANTAS, 2011).

2 DEFINIÇÃO

2.1 Do casamento

O casamento é a união de dois indivíduos que compartilham propósitos e dividem interesses incomuns, iniciando-se na cerimônia nupcial. Trata-se de um acordo entre indivíduos regulamentados por leis, com o propósito de oficializar uma unidade de convívio dotada de algumas prerrogativas. Tem natureza contratual, que produzirá efeitos jurídicos a partir de sua pactuação, que é realizada após a manifestação dos cônjuges perante ao juiz, a sua celebração deve ser gratuita. Sua extinção pode-se dar por invalidação, divórcio ou morte de um dos cônjuges (GONÇALVES, 2016).

Os cônjuges que optarem pela celebração no religioso deverão observar os impedimentos e prescrições da Lei n° 1.110 de 23 de maio de 1950, sendo necessário

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

que o celebrante esteja inscrito no Registro Público, conforme o artigo 163, § 1° e 2° da Constituição Federal (ALMEIDA, 2006).

O casamento como uma comunidade liberal igualitária reúne três vertentes de casamento-comunidade, autonomia e igualdade. Embora frequentemente se presuma que eles não podem coexistir, esse relato do casamento acomoda concepções particulares desses três ideais a um grau notável (VENOSA, 2010).

A questão não é que esses conceitos, em abstrato, sejam sempre compatíveis, nem que oferecemos uma explicação de como equilibrar seus requisitos inevitavelmente concorrentes. O conteúdo de cada um desses conceitos é profundamente contestado, e uma tentativa abstrata de equilibrar suas demandas é improvável que seja determinada o suficiente para produzir um conjunto viável de regras para formar a propriedade (CARVALHO ROCHA, 2014)

Portanto, em vez de apelar vagamente para a comunidade, igualdade e autonomia, apresentamos concepções particulares desses ideais e mostramos que, no contexto conjugal, essas concepções na verdade reforçam em vez de minar umas às outras (DANTAS, 2011).

Uma compreensão mercenária desses bens é irremediavelmente mal orientada, corrompendo o ideal comunitário do casamento. Uma busca egocêntrica para capturar esses bens conjugais - cooperando para atingir fins exclusivamente individuais - não terá sucesso. Em vez disso, para garantir esses bens únicos do casamento, o que é bom para um dos cônjuges deve afetar o que é bom para o outro (SANTOS, 2014).

Essa fusão parcial, no cerne do casamento comunal, é alcançada quando os cônjuges se percebem, pelo menos parcialmente, como um 'nós', um sujeito plural, que por sua vez é uma característica constitutiva da identidade de cada cônjuge como um 'eu'. não é surpreendente que o casamento seja frequentemente um local para essa vida em comunidade. Ser membro de uma comunidade conjugal em funcionamento pode ser a melhor maneira de atingir os objetivos comuns de alguém (ROSA, 2008)

Os cônjuges normalmente se envolvem em uma variedade de projetos coletivos, incluindo a criação dos filhos, relações familiares mais amplas, amizades e o gerenciamento comum de recursos - uma casa, investimentos e carreiras. Esse número cada vez maior de projetos requer interações diárias que, por sua vez, produzem uma fusão intensa e de longo prazo. É essa intensidade (e sua continuidade) que estimula a proximidade, interdependência e confiança mútua (DINIZ, 2010).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A associação do casamento com a criação da identidade plural é consistente com o movimento da lei do direito sucessório e da teoria do título de propriedade - em que cada cônjuge possui propriedades individualmente ele ou ela comprou com fundos separados - para um regime que reconhece os direitos ou não de ambos os cônjuges em muitos bens conjugais. Compartilhar as vantagens da vida juntos, bem como suas dificuldades, é o eixo da comunidade. A partilha exige que os cônjuges infundam custos e benefícios com um caráter intersubjetivo e rejeitem qualquer contabilidade estrita baseada no indivíduo (FONTES, 2017).

A realização dos bens coletivos no casamento depende de cada parceiro realizar os projetos constitutivos de sua vida compartilhada em um espírito de confiança e amor, e não no cálculo fragmentado da vantagem individual (GONÇALVES, 2007).

O casamento com regime de separação de bens exige que os cônjuges não peçam contas ou façam reivindicações individuais de direito aos bens conjugais. Em vez disso, sua cooperação deve ser baseada na expectativa de um relacionamento duradouro que exige confiança mútua e apoio; compartilhar a vida e seus projetos exige que os cônjuges combinem seus esforços e recompensas, cada um operando em nome de ambos (RODRIGUES, 2012).

O compartilhamento e a confiança interpessoal são promovidos quando um dos cônjuges se torna vulnerável ao outro, compartilhando os riscos e benefícios financeiros e (mais importante) emocionais do casamento. Como a regulamentação do amor ou lealdade pode minar esses componentes cruciais do casamento comum, o amor e a lealdade devem ser excluídos da conta legal do casamento (GONÇALVES, 2013).

Por essa razão, também excluímos culpa - no sentido de traição emocional ou sexual - do universo de considerações que são relevantes para a divisão da propriedade conjuga. Autonomia dentro de uma comunidade conjugal. O casamento como uma comunidade liberal igualitária exige que os cônjuges olhem além de seus próprios interesses. Mas ao contrário da crença de alguns estudiosos tradicionais, esta visão não requer a negação de si (LÓPEZ, 2014).

Uma concepção liberal da comunidade conjugal, portanto, vê os bens comuns obtidos por meio do casamento como um aspecto da autorrealização individual, com esse 'eu' incluindo apropriadamente o novo eu plural do casamento. A identificação e o compromisso dos cônjuges com a comunidade conjugal devem ser escolhidos voluntariamente com base em parte no valor da comunidade conjugal para eles próprios - daí o qualificador liberal (PARIZATO, 2008).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Assim, a identidade plural constituída pelo casamento é apenas parcial: incorporar o que é bom para o outro na percepção do que é bom para si mesmo não é necessário, e não deve, apagar a identidade individual de cada cônjuge. No ideal do casamento como uma comunidade liberal igualitária, a comunidade do casamento é boa para o cônjuge, em vez de simplesmente boa para ela. Como ver o escopo do estado civil, esse coaspecto da autonomia individual exige limites à coletivização dos projetos que os cônjuges individuais empreendem durante o período de casamento (PARIZATO, 2008).

Por enquanto, é importante observar as implicações da autonomia para o exterior. Se a comunidade conjugal deve ser boa para cada cônjuge, a lei deve assegurar a capacidade de cada cônjuge de decidir se, ou não, e por quanto tempo, para participar da instituição (ALMEIDA, 2006).

Embora cada cônjuge em um casamento com regime de separação de bens seja em parte constituído por seu relacionamento com o outro, ela deve ser capaz de escolher abandonar, esta parte de sua identidade. As sociedades liberais são consequentemente comprometidas em garantir que a participação de indivíduos em casamentos (e outros grupos sociais) seja legalmente voluntária. A entrada legal no casamento é total e incontroversamente gratuita: no mínimo, ninguém é legalmente obrigado a se casar (SANTOS, 2014).

O que está em questão é a incorporação da autonomia para o ideal do casamento é a disponibilidade de uma saída livre sem culpa no caso do divórcio ou no caso de morte de um dos cônjuges a questão da sucessão dos bens. A saída é um valor liberal fundamental. Significa o direito de retirar ou recusar o envolvimento; é a capacidade de se dissociar, de se separar de um relacionamento com outras pessoas (PARIZATO, 2008).

2.2 Da União Estável

Conforme o artigo 1.723 do Código Civil de 2002, União Estável "trata-se uma relação pública, contínua e duradoura entre duas pessoas livres com a pretensão de uma instituição familiar" (ALMEIDA, 2006).

Vale ressaltar que não existe um prazo estabelecido na legislação para se configurar a união estável, conforme o enunciado da súmula 382 do Supremo Tribunal Federal (STF), a união é um direito garantido a todos os cidadãos, independente da orientação sexual, esse tipo de relação não altera o estado civil do casal, porém ambos estão amparados pelos mesmos direitos de um cônjuge, a lei também não exige que o casal viva na mesma casa ou tenha o mesmo domicílio (CARVALHO ROCHA, 2014).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A figura da União Estável, ocorre quando um casal mantêm relação pública, notória, permanente, estável com a ausência de impedimentos matrimoniais. A Constituição Federal reconheceu expressamente a união estável como uma entidade familiar, previsto em seu artigo 226, parágrafo 3º. Dando todos

> Artigo 226
>
> § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Desta forma, o casamento é protegido, que se baseia no livre consentimento e na igualdade absoluta dos direitos e deveres dos cônjuges. As uniões estáveis de fato entre um homem e uma mulher que atendam aos requisitos estabelecidos por lei produzirão os mesmos efeitos que o casamento (ALMEIDA, 2006).

Nesse sentido, a União Estável é efetivamente aquela união que não se "formaliza" como se faz com o matrimônio, mas há uma vida em comum entre aquele homem e aquela mulher, portanto, é uma das figuras jurídicas que a sociedade brasileira mais utiliza, pois se acredita que o casamento e a união estável de fato produzem os mesmos efeitos (VENOSA, 2010).

Essa confusão, sem dúvida, decorre do referido artigo, uma vez que estabelece que ambos produzirão os mesmos efeitos jurídicos, sendo isso incorreto, trata-se, em última análise, de uma norma programática que deveria ter sido desenvolvida pelo legislador (SANTOS, 2014).

Da mesma forma, que o artigo 22 da Constituição Federal, o Código Civil de 2002 afirma em seu artigo 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" (DINIZ, 2010).

Assim, salvo prova em contrário, nos casos de união não matrimonial, quando a mulher ou o homem, conforme o caso, demonstrem que ele permanentemente em tal estado, embora os bens cuja comunidade será estabelecida apareçam em nome de apenas um deles (FONTES, 2017).

Tal presunção só produz efeitos jurídicos entre os dois e entre os respectivos herdeiros e também entre um e os herdeiros do outro. O disposto neste artigo se aplica mesmo se um deles for casado. Pode-se então dizer que esse artigo era a base jurídica da União Estável. Atualmente, a união estável é influência para muitos casais. No Brasil, o número de adoção a esse regime já supera a marca de 36,4% do total de celebrações realizadas, esses dados apontam que mais de um terço dos casais optou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

por manter uma união estável ao realizar o tradicional casamento civil ou religioso (IBGE, 2019).

A união estável é uma situação de fato, isso significa dizer que, mesmo que você não tenha nenhum documento que comprove essa união, não quer dizer que ela não exista,o casal que escolhe essa entidade familiar tem duas maneiras do formalizar a existência da união (VENOSA, 2010).

Mediante a escritura pública declaratória de união estável ou por contrato particular, a escritura pública declaratória pode ser utilizada para fixar, de início, da união estável, o regime de bens entre os companheiros, eventual troca de nome e garantir os direitos junto a convênios, entre outros direitos. Já o contrato particular é necessário ser firmado pelo casal na presença de um advogado, deverá ser apresentado ao cartório de registros de títulos e documentos para que seja registrado e, a partir disso a união será reconhecida por meio judicial (DANTAS, 2011).

2.3 REGIMES DE BENS

A variedade de regimes dá-se no momento em que a lei autoriza aos nubentes selecionar um dentre os diversos regimes adotados. O Código Civil de 2002 estabeleceu quatro regimes, sendo estes: os de comunhão parcial, comunhão universal, separação convencional ou legal e participação final dos aquestos (SOUZA, s/d).

No regime de bens da comunhão parcial, quando não há uma convenção antenupcial, ou se o regime adotado for nulo ou ineficaz, vigorará aquele que é estabelecido por lei. Desse modo, os bens adquiridos antes do casamento pelos nubentes não entrarão na partilha após a morte ou separação, ou seja, entrarão somente os que foram adquiridos após a constância do casamento (TARTUCE, 2017).

Em se tratando da comunhão universal, é instituído pela lei que todos os bens dos nubentes irão se comunicar após a celebração do casamento, independentemente de serem atuais ou futuros, mesmo que adquiridos em nome de um único cônjuge, assim como as dívidas adquiridas antes do casamento. No caso do regime da participação final nos aquestos, cada cônjuge terá seu patrimônio próprio, mas se houver a dissolução das sociedades conjugais, cada um terá direito à metade dos bens adquiridos por eles na constância do casamento. Já na separação de bens (legal ou obrigatória), independe do pacto antenupcial, posto que este regime é determinado por lei. O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.641, estabelece que este regime é obrigatório no casamento: .

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> É obrigatório o regime da separação de bens no casamento:
>
> I - das pessoas que o contraírem com inobservância das causas suspensivas da celebração do casamento;
>
> II - da pessoa maior de sessenta anos;
>
> II – da pessoa maior de 70 (setenta) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.344, de 2010)
>
> III - de todos os que dependerem, para casar, de suprimento judicial. (Artigo 1641 da Lei n°10.406 de 10 de janeiro de 2002).

Portanto, no casamento existem alguns requisitos a serem preenchidos no momento da abertura da sucessão de bens. Como por exemplo, devem ser observados fatores como quais bens foram deixados, deve ser verificada a questão do regime de bens da sociedade conjugal e as hipóteses de concorrência do cônjuge sobrevivente com os descendentes na sucessão da herença, conforme o artigo 1.829 do Código Civil 2002 (NERY, e NERY, 2015).

Já na união estável, o regime de bens é obrigatoriamente o da comunhão parcial e não é firmado por nenhum instrumento que possua idoneidade, mesmo que existam tais regimes de bens, como: comunhão parcial, comunhão universal, separação convencional ou legal e participação final nos aquestos. Entretanto, tanto no casamento como na união estável, caso não seja eleito um regime, ambos serão regidos pela comunhão parcial, conforme o Código Civil de 2002 (DIAS e OPPERMANN, 2016).

Como consequência deste entendimento, observa-se que as pessoas ficaram livres para escolher em qual entidade do instituto familiar desejam formar suas famílias. Importam-se menos quanto ao direito sucessório, sejam relações formadas através do casamento, seja pela simples vontade das partes de conviverem em união estável, visto estarem elas igualmente protegidas pelo ordenamento jurídico (GONÇALVES, 2007).

3 DIREITOS SUCESSÓRIOS DA UNIÃO ESTÁVEL E DO CASAMENTO

O Direito das Sucessões é o conjuto de normas que disciplinam a transferência do patrimônio de alguém, depois de sua morte, ao herdeiro em virtude de lei ou testamento. Esse direito busca cumprir as disposições legais em relação à transferência dos bens da pessoa que faleceu para aquele que será beneficiado pelo outro. (BORGES,2020).

3.1 O direito sucessório no casamento

O casamento é a união legal entre um homem e uma mulher, com o objetivo de constituírem a família legítima. Reconhece-se o efeito de estabelecer "comunhão plena de vida com base na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges" (CC, art. 1.511).

É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família. União legal é aquela celebrada com observância das formalidades exigidas pela lei. E entre um homem e uma mulher, porque o casamento entre pessoas do mesmo sexo ainda não é permitido, embora existam movimentos nesse sentido (GONÇALVES, 2013, p. 1).

O casamento cria a família legítima. Quanto à natureza jurídica, o casamento, na concepção clássica é uma relação puramente contratual, resultante de um acordo de vontades como acontece nos contratos em geral (NERY, e NERY, 20150).

O casamento sempre obedeceu a algumas formulações clássicas e cristãs com relação aos bens e objetivos que permaneceram confinadas à Europa Ocidental. Eles também foram transmitidos através do Atlântico para a América durante as grandes ondas de colonização nos séculos XVII e XVIII e as grandes ondas de imigração no século XIX e início do século XX. Mesmo uma breve amostra da vasta literatura permite ver como esses sentimentos tradicionais ocidentais se tornaram na teologia e no direito brasileiro (ALMEIDA, 2006).

As formulações católicas romanas de casamento e seus bens, embora não fossem tão proeminentes no Brasil sempre estiveram presentes desde o início colonial, antes de Portugal estabelecer o domínio territorial no Brasil como um todo, algumas regiões estavam sob a autoridade formal da Espanha e sob a jurisdição formal de católicos bispos. O clero e os missionários ensinavam a teologia sacramental do casamento, particularmente conforme estabelecido no Catecismo Romano de 1566. Tanto as autoridades da Igreja como do estado procuraram fazer cumprir a leis canônicas do casamento da Igreja, particularmente o decreto Tarnetsi de 1563 (DIAS, 2015).

Para ter certeza, havia uma grande disparidade entre a lei sobre os livros e a lei em ação, particularmente na vasta e escassamente povoada fronteira. As autoridades religiosas e políticas muitas vezes tinham de reconhecer a validade dos casamentos privados formados simplesmente por consentimento mútuo, especialmente se a união gerou filhos (DIAS, 2015).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No entanto, a hierarquia da Igreja procurou fazer cumprir as regras de formação matrimonial de Tametsi - consentimento mútuo do casal, consentimento dos pais em ambos os lados, duas boas e honradas testemunhas e consagração sacerdotal na face da igreja ou, na ausência de um padre, que não era incomum na fronteira, pela obtenção de um vínculo matrimonial pendente de consagração posterior (CARVALHO ROCHA, 2014).

Casais privados ou supostamente casados que haviam desafiado essas regras às vezes enfrentavam sanções espirituais. Casamento misto entre católicos e não católicos, em oposição ao sacramento , levou à anulação involuntária da união e à ilegitimação de filhos nascidos da mesma (DANTAS, 2011).

As autoridades eclesiásticas também relutantemente aceitaram a realidade do divórcio e do novo casamento, particularmente em regiões distantes ao norte e oeste que ficavam além do alcance prático do clero. Seu ensino persistente era que um casamento, uma vez devidamente contraído, era uma união indissolúvel a ser mantida até a morte de um dos cônjuges (DINIZ, 2010).

Com a anexação formal desses territórios espanhóis por Portugal, a jurisdição sobre o casamento foi transferida para a Igreja de Portugal e, posteriormente, após a criação de um Estado brasileiro em 1822, para os governos das províncias. Esses novos governos civis inicialmente rejeitaram porções da tradição católica herdada de casamento - às vezes com tristeza, introduzindo um viés anticatólico persistente na lei principal que ainda era atrelada a Portugal com relação ao casamento por mais de um século. Particularmente, o movimento de jurisdição eclesiástica sobre o casamento e as proibições canônicas sobre casamento religioso foram eliminadas com a inciativa do Estado brasileiro, através do poder legislativo, de que cabia aos poderes executivo e judiciário procederam à implantação dos cartórios de registro civil (FONTES, 2017).

Vale ressaltar que desde o descobrimento, o Reino de Portugal dava muito valor aos atos notariais e registrais, mas sem uma estruturação própria. Isso só ocorreu a partir de 1875, quando as províncias, atuais Estados e os municípios começaram a implantação dos cartórios, fundamentalmente o de Registro Civil de pessoas naturais e de casamento (LOZANA, 2009).

Os casamentos contraídos e consagrados antes de padres católicos foram eventualmente reconhecidos pela lei comum em todo o território nacional a partir de 1875. A hierarquia católica foi geralmente deixada livre para aprovar e fazer cumprir novas regras de sexo, casamento e vida familiar, para orientar seus próprios fiéis, e defender a adoção dessas regras pelo Estado. Muitas normas matrimoniais cristãs básicas encontraram assim seu caminho para o direito comum no Brasil

particularmente com o crescimento exponencial do catolicismo por meio da imigração no final do século XIX (ROSA, 2008)

Assim em 1916 foi promulgada o Código Civil brasileiro evidenciou a condicionalidade de herdeiros necessários que eram apenas os descendentes e os ascendentes. Com relação ao cônjuge, esse passou a ser considerado herdeiros legítimo, mas não necessários, conforme alude o art. 1.725 "Para excluir da sucessão o cônjuge ou os parentes colaterais, basta que o testador disponha do seu patrimônio, sem os contemplar" (GONÇALVES, 2007).

No caso específico da separação de bens o ordenamento jurídico brasileiro tinha a Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962, denominada de Estatuto da Mulher Casada, que fez apareceu dois parágrafos no art. 1.611.O § 1º editava que o cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, teria direito, enquanto durasse a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houvesse filhos, deste ou do casal. OU seja, um interferência estatal na vontade das pessoas (BIANCO (2018).

É dentro desta arcabouço que o direito sucessório do cônjuge foi construído no Brasil em uma clara interferência estatal na questões particulares resolvidas entre as partes interessadas, mas cuja jurisprudência aplicava de acordo com o que diz a Lei até a edição do novo Código Civil de 2002, que prevê, expressamente, no art. 2.041: "As disposições deste Código relativas à ordem da vocação hereditária (arts. 1.829a 1.844) não se aplicam à sucessão aberta antes de sua vigência, prevalecendo o disposto na lei anterior (Lei no 3.071, de 1º de janeiro de 1916) (PATRÃO, 2017).

A doutrina brasileira está repleta de estudos sobre casamento para documentar esse "vontade" comum sobre os bens e benefícios individuais do casamento no CC de 1916. Ironicamente, foram os juristas que expuseram os bens sociais e políticos do casamento autores de família, igualmente, para enfatizar as prioridades legais do casamento (BORGES, 2015),

. A sociedade conjugal encontra no Brasil respaldo no Código Civil, desde 1916, quando a edição da primeira versão que perdurou durante 86 anos, quando o Código Civil brasileiro sofreu as necessárias intervenções que a evolução dos tempos solicitava. Mas isso não quer dizer que nestes 86 anos, ele não tenha sofrido alterações que a sociedade brasileira ansiava, como a adição ao ordenamento jurídico brasileiro da Lei 6.515 de 26 de dezembro do mesmo ano. No ano de 2002, um novo Código Civil entrou em vigor e nele consta questões relativas à dissolução

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

da sociedade conjugal que vai do art. 1.571 até o art. 1.582 que versam as causas que fazem terminar a sociedade conjugal (DIAS e OPPERMANN, 2016).

Segundo o art. art. 1.571 do Código Civil – CC – brasileiro de 2002, são quatro as condicionalidades para a dissolução da sociedade conjugal: a primeira pelo falecimento de um cônjuges; a segunda é pela anulação ou nulidade da sociedade conjugal; a terceira é pela separação judicial; e a quarta é pelo divórcio.

O art. 1.571 também possui dois parágrafos que falam exclusivamente da dissolução do casamento legítimo que só pode ocorrer pelo falecimento de cônjuges ou pelo divórcio. Já no segundo parágrafo, fala que em caso de divórcio o nome de casado poderá ser mantido pelo cônjuge, a não ser em caso de sentença de separação judicial (BRASIL, 2020).

O art. 1. 572.estabelece as condições em que o pedido de separação judicial pode ser realizado e as razões que podem levar a esse pedido como a vida em comum pelo menos há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição (§ 1º); doença mental grave, manifestada após o casamento que impossibilite o seguimento da vida a dois, desde que já existam pelo menos dois da enfermidade e do seu completo reconhecimento de impossibilidade de cura (§ 2º); e, fala do regime de bens pós-casamento (§ 3º); Já o art. 1,573 trata exclusivamente das características que levam a possiblidade de propor a dissolução da sociedade conjugal como o adultério; tentativa de assassinato; martírio ou injúria grave; abandono do lar de forma voluntária; condenação por crime; e, conduta desonrosa, além de que cabe ao juiz considerar como relevantes ou não outras justificativas para dissolução da sociedade conjugal (Parágrafo único) (BRASIL, 2002).

O art. 1.574 determina que a separação judicial só ocorre por mútuo consentimento dos cônjuges, caso sejam oficialmente casados pelo prazo mínio de um ano ou mais com a necessária homologada a convenção de um juiz. Também é dado ao juiz o poder de negar a homologação caso perceba que os interesses dos filhos não serão preservados. No que se refere ao termo separação (BRASIL, 2002).

Parizato (2008, p.1) destaca que "é aquela realizada com a concordância de ambos os cônjuges, dentro das motivações pertinentes ao art. 1.573 ou nas que o juiz considera as outras justificativas como plausíveis de separação". Acrescenta o autor que, ela também pode entendida como "a manifestação de vontade dos cônjuges no sentido de se separarem, que viabiliza o ajuizamento do pedido de separação, cabendo ao juiz, a homologar o pedido feito de acordo com as condições do art. 1.573".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Já o art. 1.575 versa sobre as especificidades da separação judicial tratando da separação de corpos e da partilha dos bens. O Parágrafo único deste artigo diz que a partilha de bens ocorre de acordo cum uma proposição dos cônjuges que pode ser homologada pelo juiz ou então que o mesmo juiz decida como ela vai ocorrer (BRASIL, 2002).

O art. 1.576 trata determina o fim de qualquer relação entre os cônjuges como morar juntos, deveres de fidelidade e de regime de bens. No Parágrafo único estabelece que o dever de separação cabe somente aos cônjuges, e, caso algum dois ou os dois estejam em condições de impossibilidade deem ser nomeado um curador, pelo ascendente ou pelo irmão (BRASIL, 2002).

Já o art. 1.577 determina, com autorização judicial que a sociedade conjugal possa ser restabelecida e que caso isso corra os direitos de terceiros serão preservados (BRASIL, 2002).

O art. 1.578 fala da possibilidade de perda de sobrenome caso a culpa que recai sobre que detém o sobrenome. Mas para que isso ocorre é expressamente necessário que um pedido seja formulado desde que algumas condicionalidades sejam impostas como; que não haja prejuízo a identificação; que aos filhos seja manifestada a distinção entre o seu nome de família havidos da união dissolvida; dano grave reconhecido na decisão judicial. O cônjuge inocente tem o direito de renunciar ao uso do nome (§ 1º); em outros casos será dada a opção de preservação do nome (§ 2º) (BRASIL, 2002).

O art. 1,579 trata exclusivamente do divórcio inferindo que sua homologação não acarretará prejuízo aos direitos e deveres dos pais em relação aos seus filhos. Caso um dois cônjuges ou os dois resolvam formar uma nova sociedade conjugal com terceiros, isso não implicara restrições aos direitos e deveres previstos conforme preceitua o *caput* do art. 1.579 (Parágrafo único) (BRASIL, 2002).

Já o art. 1.580 trata da possibilidade de convecção da separação judicial, ou da decisão concessiva da medida cautelar de separação de corpos em divórcio, por pedido de um das partes que deverá ser homologado por decisão judicial (§ 1º), desde que comprovada a separação (§ 2º); O art. 1.581 fala que o divórcio pode ocorrer antes da prévia partilha de bens. Já o art. 1.582 diz que o divórcio só pode ocorrer por uma iniciativa de um dos dois cônjuges. Gonçalves (2007, p. 197), informa que o artigo 34 da Lei N° 6.515/1977 dispõe que a separação judicial far-se-á pelo procedimento previsto nos artigos 1.120 a 1.124 do Código de Processo Civil, mas acrescentando as seguintes regras: deve ser assinada pelos advogados; o magistrado tem o direito de recusa, desde que perceba que os interesses dos filhos não estão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

preservados. Caso os preliantes não souberam assinar, faz-se necessário que outrem assine por eles; e as assinaturas necessitam de reconhecimento por parte do tabelião.

3.2 O direito sucessório na União Estável

Os direitos sucessórios da União Estável estão previstos no artigo 1.790 do Código Civil de 2002, o qual estabelece que, na hipótese de falecimento do companheiro ou companheira, na constância da união estável, o outro terá direito na sucessão (SOUZA, 2017).

Porém, no ano de 2017, o STF decidiu pela inconstitucionalidade deste artigo no que tange à diferenciação na sucessão hereditária entre cônjuges e companheiros, pois tratava de maneira heterogênea companheiros e cônjuges para fins de sucessão (TARTUCE, 2017).

Por isso, através da Resolução Extraordinária (RE) n° 878.694/MG, ficou entendido que, na Constituição Federal, é garantida a equiparação entre os regimes da união estável e do casamento no tocante sucessório. Com isso, no sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado em ambos os casos, o regime estabelecido no artigo 1.829 do Código Civil de 2002. (PATRÃO,2017).

Após a decisão do Supremo Tribunal Federal, atribui-se ao companheiro sobrevivente, simultaneamente a qualidade de herdeiro dos bens adquiridos a título oneroso na constância da união estável, já que o regime legal desta união, quando não há contrato de convivência estipulando o contrário, o que prevalece é o da comunhão parcial de bens. Porém, em relação aos bens particulares do falecido, o companheiro, em tese, somente poderá herdá-los por meio de testamento deixado pelo falecido. (DIAS,2013).

Com relação ao direito de habitação do companheiro, o Código Civil de 2002 não o menciona. Questiona-se, então, se isso significaria que o companheiro não possui tal direito. Isso pode ser considerado uma omissão sanável, ou sej,a o prórpio direito e suas juriprudências podem garatir o direito a habitação. Dias (2013, p.79) esclarece que:

> O cochilo da lei, no entanto , não permite afastar o direito do companheiro de permanecer na posse do bem que servia de residência à família. (...) a omissão do Código Civil não significa que foi revogado o dispositivo que estendeu ao companheiro o mesmo direito concedido ao cônjuge. São normas que não se incompatibilizam.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No mesmo sentindo, segundo o Enunciado 117 das Jornadas de Direito Civil, "o direito real de habitação deve ser estendido ao companheiro, seja por não ter sido revogada a previsão da Lei n. 9.278/96, seja em razão da interpretação analógica do artigo 1.831, informado pelo art. 6º, caput, da Constuição Federal de 1988". E, há também, o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto ao direito de habitação do companheiro, através de Resolução Extraordinária (RE) nº 1156744/MG. Assim, em consonância com entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário, o companheiro tem direito real de habitação (GONÇALVES, 2013).

Neste sentido, observa-se que o artigo 1.829 do Código Civil de 2002 de sucessão de bens, dá a segurança necessária para escolher a forma que melhor convêm para a formação de uma entidade familiar (LÓPEZ, 2014).

CONCLUSÃO

O Direito Brasileiro vem sofrendo nos últimos anos profundas modificações com o objetivo de modernizar o instrumento judicial, adequando-o aos anseios da sociedade, pois a sociedade brasileira almeja um processo judicial efetivo, justo, célere e que produza, de fato, resultados.

O Código Civil de 2020 surgiu com essa intenção. Modernizar o processo civil brasileiro, autorizando a verificação do direito sucessório, via judicial e tendo como interesse principal a realizar a interação necessária a partir do consenso entre os interessados, seguindo algumas normas básicas que não podem sob nenhum hipótese serem desconsideradas e muito menos sofrerem interferência do estado entre as partes.

A finalidade principal foi permitir que se observasse a dinâmica do regime da separação total de bens no âmbito do direito sucessório e a consequente limitação da natureza jurídica do casamento enquanto contrato favorecendo a vontade inicial entre as partes. As vantagens das alterações são inúmeras e, beneficiam ao cidadão, que é o principal destinatário da atividade estatal. A Lei facilitou a operacionalização do direto sucessório sem interferência do Estado.

O Código Civil de 2002 consagrou o princípio da igualdade de tratamento entre marido e mulher, assim como iguais são todos os filhos, hoje respeitados em sua dignidade de pessoa humana, independente de sua origem familiar. E isso também se deu em relação a união estável.

Essa guinada no conceito de família ocorreu já na Constituição Federal de 1988, que introduziu relevantes mudanças, pelos ditames do artigo 226 e seguintes

da Carta constitucional com a ampliação das formas de constituição da família, que antes se circunscrevia ao casamento, acrescendo-se como entidades familiares à união estável e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes; a) facilitação da dissolução do casamento pelo divórcio direto após dois anos de separação de fato, e pela conversão da separação judicial em divórcio após um ano; a igualdade de direitos e deveres do homem e da mulher na sociedade conjugal; e, a igualdade dos filhos, havidos ou não do casamento, ou por adoção, garantindo-se a todos os mesmos direitos e deveres e sendo vedada qualquer discriminação decorrente de sua origem.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, J. G. **Direito de Família e a nova constituição**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BIANCO, T. **Os direitos sucessórios**. Artigo, 2018 Disponível em https://ambitojuridico.com.br Acesso em 23 de out de 2020.

BORGES, T. **União estável**: Direitos Sucessórios. Artigo, 2015. Disponível em http://repositorio.aee.edu.br Acesso em 22 de out de 2020.

BRASIL. **Código Civil**. Brasília: Congresso Nacional, 2002. Disponível em http://www.senadoffederal.gov.br Acesso em 25 de out de 2020.

BRASIL. **Código Civil**. Rio de Janeiro: Congresso Nacional, 1916. Disponível em http://www.senadoffederal.gov.br Acesso em 25 de iut de 2020.

BRASIL. **Constituição de República Federativa do Brasil**. Brasília: Congresso Nacional, 1988. Disponível em http://www.senadoffederal.gov.br Acesso em 25 de out de 2020.

BRASIL. **Lei Nº 4.121/1962**. Brasília: Senado Federal, 1962. Disponível em http://www.senadoffederal.gov.br Acesso em 25 de out de 2020.

BRASIL. **Lei Nº Lei 6.515/1977 - Lei do Divórcio**. Brasília: Senado Federal, 1977. Disponível em http://www.senadoffederal.gov.br Acesso em 01 de nov de 2020.

CARVALHO ROCHA, L. de A. **Alimentos no ordenamento jurídico brasileiro**. Artigo. 2004. Disponível em http://www.jusnavegandi.com.br. Acesso em 02 de nov de 2020.

DANTAS, S. de O. **Síndrome da alienação parental**. São Paulo: Monografia do Curso de Direito do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Paulista, 2011.

DIAS, M. B. **A União Estável**. Artigo, 2013. Disponível em http://www.mariaberenice.com.br Acesso em: 23 de out de 2020.

DIAS, M. B. **Manual das Sucessões**. Artigo, 2015 Disponível em: https://www.editorajuspodivm.com.br Acesso em: 23 de out de 2020.

DIAS, M. B.; OPPERMANN, M. C. **Multiparentalidade**: uma realidade que a Justiça começou a admitir. Artigo, 2016. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br Acesso em 22 de out de 2020.

DINIZ, M. H. **Código civil anotado**. 15 ed., São Paulo: Saraiva,2010.

FONTES, R. da C. **A noiva legislação civil brasileira**. Artigo científico, 2017. Disponível em www.jusnavegandi.com.br. Acesso em 03 de nov de 2020.

GONÇALVES, C. R. **Direito Civil Brasileiro**. Vol. VI: Direito de Família. 3. ed. ver. e atu. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, C. R. **Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2013.

LÓPEZ, A. S. **Família e sociedade**. São Paulo: Pioneira, 2014.

LOZANA, J. de A. **Registro Civil de pessoas naturais**. 3 ed. São Paulo> Summus, 2009.

NERY, N.; NERY, R. **Código civil anotado e legislação extravagante**. Artigo Disponível em https://www.lexml.gov.br Acesso em 24 de out de 2020.

PARIZATO, J; R. Manual prático do direito da família. São Paulo: Edipa – Editora Parizato, 2008.

PATRÃO, B. **Direitos Sucessórios do Companheiro: a Inconstitucionalidade do Artigo 1790 do Código Civil pelo Supremo Tribunal Federal e a hipótese da Concorrência, sucessória com os descendentes**. Dissertação de Mestrado, 2017. Revista Interdisciplinar de Direito Faculdade de Direito de Valença, 2017.

RODRIGUES, S. **Direito Civil**: Direito de Família. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROSA, F. N. **A síndrome de alienação parental nos casos de separações judiciais no direito civil brasileiro**. Porto Alegre: Monografia do Curso de Direito da PUC-RS, 2008. Disponível em: http://www.alienacaoparental.com.br//textos-sobre-sap/felipe_niemezewski.pdf Acesso em 6 de ov de 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

SANTOS, J. M. **Código Civil Brasileiro interpretado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

SANTOS, P. de A. **História da família no Brasil**. São Paulo: Moderna, 2014.

SOUZA, Á. **Da ordem de vocação hereditária no Código Civil de 2002**. Artigo. Disponível em https://lfg.jusbrasil.com.br Acesso em: 20 de out de 2020.

TARTUCE, F. **A reserva da quarta parte da herança (art. 1.832 do Código Civil) e a sucessão híbrida**. Artigo, 2017. Disponível em https://migalhas.uol.com.br Acesso em 22 de out de 2010.

VENOSA, S. de S. **Direito civil-responsabilidade civil**.10 ed., São Paulo: Atlas, 2010.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

REFLEXÕES SOBRE A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

DANILO NUNES VASCONCELOS: Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso. Pós-graduado em Direito Material e Processual do Trabalho, em Direito Constitucional e em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Analista Judiciário do TRT da 23ª Região.

RESUMO: O artigo trata da efetividade dos direitos fundamentais sociais no ordenamento jurídico vigente. O objeto deste trabalho é a demonstração de como a eficácia jurídica das normas constitucionais ostenta grande relevância quando nos deparamos com a ideia de obrigações e deveres impostos ao Estado pela constituição, em especial aos deveres fundamentais proscritos pelo ordenamento positivado como de cunho social.

Palavras-chave: Eficácia Jurídica. Efetividade. Normas Constitucionais. Estado. Deveres fundamentais sociais.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Da eficácia Jurídica das normas constitucionais – panorama geral; 3. Da efetividade dos direitos sociais diante da Constituição de 1988; 4. O vocábulo "direito" utilizado pelo constituinte e suas consequências sob o prisma da eficácia das normas constitucionais 5. Conclusão e 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Hodiernamente é aceito na doutrina mais abalizada a ideia de que a Constituição de um Estado, instrumento jurídico formal, serve por um lado como meio de legitimar e delimitar os poderes que ele tem frente aos indivíduos e, por outro, traz os direitos e as garantias fundamentais dos indivíduos oponíveis contra o próprio Estado na sua atuação.

Assim, a constituição é ontologicamente fruto das aspirações e dos valores sociais que sobre ela pairam quando da sua elaboração. Neste passo "toda Constituição, para responder às exigências da sua época, há de ser compreendida não apenas como a Lei Fundamental do Estado, mas também como o principal instrumento de construção da sociedade porvir"**[1]**.

Sem embargos de discussão, sob o prisma jurídico, a Constituição serve como instrumento de sustentação e validade de todo o arcabouço jurídico do Estado, gozando, pelo menos em nosso sistema jurídico, de supremacia em relação às

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

demais normas jurídicas, logo, todas as normas infraconstitucionais deverão estar em sintonia com ela, sob pena de não ser recepcionada (quando a norma é pretérita a constituição), ou de ser retirada do ordenamento jurídico por vício de inconstitucionalidade.

Neste passo, por ser a constituição a norma fundamental que serve de base para todo ordenamento jurídico, bem como por nela constar as aspirações da sociedade e elencar os direitos fundamentais oponíveis ao Estado, tem-se por importante a análise da eficácia jurídica das normas nela inserida.

A questão da eficácia jurídica das normas constitucionais mostra-se de grande relevância quando nos deparamos com a ideia de obrigações e deveres impostos ao Estado pela constituição, em especial aos deveres fundamentais de cunho social, como será demonstrado no presente trabalho.

2. Da eficácia Jurídica das normas constitucionais – panorama geral

Para BARROSO[2] as normas constitucionais, por ser parte do gênero normas jurídicas, têm os atributos essenciais desta, principalmente a imperatividade, vejamos os ensinamentos do professor colacionado abaixo:

> *As normas constitucionais, como espécie do gênero normas jurídicas, conservam os atributos essenciais destas, dentre os quais a imperatividade. De regra, como qualquer outra norma, ela contém um mandamento, uma prescrição, uma ordem, com força jurídica e não apenas moral. Logo, a sua inobservância há de deflagrar um mecanismo próprio de coação, de cumprimento forçado, apto a garantir-lhe a imperatividade, inclusive pelo estabelecimento das conseqüências da insubmissão ao seu comando. As disposições constitucionais são não apenas normas jurídicas, como têm um caráter hierarquicamente superior, não obstante a paradoxal equivocidade que longamente campeou nesta matéria, considerando-as prescrições desprovidas de sanção, mero ideário não jurídico.*

No mesmo entendimento Dirley da Cunha afirma que toda e qualquer norma constitucional, sem qualquer exceção é provida de eficácia jurídica, apenas variando sua carga eficacial, ora para mais, ora para menos, consoante o grau de normatividade que lhe tenha sido outorgado pela própria Constituição[3].

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A ideia acima de que todas as normas constitucionais contêm eficácia jurídica sofre críticas de autores estrangeiros e nacionais que argumenta que nem todas as normas constitucionais são providas de eficácia, pois o constituinte atribuiu a certos preceitos constitucionais imprecisões técnicas ou conceitos em aberto que muito mais se assemelham a comandos morais que jurídicos.

Contudo, a questão acima tratada não tira, por si só, o caráter jurídico das normas constitucionais, ao contrário, apenas exige um maior esforço do intérprete para concretizar juridicamente os preceitos jurídicos estampados na Constituição.

Assim, salvo divergência de menor importância para o presente trabalho, tem-se que as normas constitucionais são providas de um núcleo mínimo de eficácia jurídica o que nos permiti afirmar que os seus comandos não são apenas normas que exprime e indica um desejo abstrato que deverá ser cumprido convenientemente pelo Estado, ao contrário, as normas constitucionais são dotadas de um núcleo mínimo de carga eficacial.

Adotando-se o entendimento de que "as normas constitucionais têm sempre eficácia jurídica, são imperativas e sua inobservância enseja aplicação coativa"[4] e que fazem parte do gênero norma jurídica, necessário se faz lançarmos luz na ideia sua eficácia jurídica. Contudo, antes de delimitar-se a eficácia das normas constitucionais, mister se faz trazer o conceito de eficácia da norma constitucional.

Entende-se por eficácia da norma a sua aptidão produzir efeitos para qual foi concebida.

O conceito de eficácia a ser adotado ao longo do trabalho é o acima exposto, cujo conteúdo expressa justamente a ideia de **aptidão da norma, no caso norma constitucional, em produzir efeitos na orbita jurídica**. Estabelecido o com conceito de eficácia da norma, passa-se a análise acerca da eficácia, ou aplicabilidade, das normas constitucionais. Vicente Paulo[5], ao comentar a conceituação de Ruy Barbosa[6] sobre eficácia das normas constitucionais, assevera que

> *"a tradicional classificação do jurista Ruy Barbosa, inspirada na doutrina americana, divide as normas constitucionais em dois grupo:*
>
> *a) normas "auto-executáveis" (self-executing; self-enforcing; self-acting);*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

b) normas "não auto-executáveis" (not self-executing; not self-enforcing; not self-acting).

Contudo, modernamente, é majoritária na doutrina e na jurisprudência pátria a classificação de eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais feita por José Afonso da Silva[7] (divisão tricotômica) nos seguintes termos: a) Normas Constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata; b) Normas Constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passível de restrição; e c) Normas Constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, dependente de norma para operar a sua plenitude de seus efeitos.

De forma sucinta, normas de eficácia plena são as que recebem do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata e independente de providência normativa ulterior para sua aplicação. Já as normas de eficácia contida são as que receberam, igualmente, normatividade suficiente para reger os interesses de que cogitam, mas a sua eficácia e aplicabilidade pode ser reduzida por meio de outros atos normativos (leis, conceitos genéricos etc.). Por derradeiro, normas de eficácia limitada são as que não receberam do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação integral imediata, para tanto, relega ao legislador infraconstitucional a tarefa dar concretude as comandos da norma[8].

Cumpre ressaltar que todas as normas jurídicas constitucionais carregam em si uma carga normativa, umas mais, outras menos, o que difere cada uma é a capacidade de **efetividade** do seu comando, cabendo ao juiz dar ao dispositivo constitucional o seu alcance e sentido, uma vez que todas as normas constitucionais - seja de eficácia plena e aplicabilidade imediata, seja de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passível de restrição ou seja de eficácia limitada ou reduzida -, ao inovarem na ordem jurídica por meio do constituinte originário ou derivado trazem as balizas para elaboração de novas normas infraconstitucionais, bem como para as já existentes, pois tais normas não poderão ir de encontro a norma constitucional.

Acerca da interpretação das normas constitucionais, sua carga normativa e o seu alcance, PALU[9] afirma que

Há que se aduzir todos os preceitos constitucionais detêm uma função normativa. Incumbe ao juiz constitucional, em sede de interpretação da lei fundamental apurar o sentido e o alcance de cada preceito, mas não lhe assiste o direito de desqualificar como norma não constitucional nenhum preceito da Constituição. Para o ***juiz constitucional*** *nenhum preceito constitucional pode à partida ser* ***enjeitado, incapacitado ou***

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> ***interditado como impróprio*** *para efeitos de aferição da legitimidade constitucional* ***das decisões dos poderes políticos****. É certo que é distinto o alcance normativo dos diferentes preceitos jurídicos, conforme a sua densidade normativa, isto é, consoante contenham normas perceptivas, princípios ou simples diretivas de política. Mas nenhum preceito pode ser privado de função normativa.*

Outra classificação, capitaneada por BARROSO[10], adotada pela doutrina no estudo da eficácia das normas constitucionais tem como norte a ideia de constituição trazida inicialmente no trabalho[11], trazendo assim três características das normas constitucionais que acabarão por refletir na sua eficácia: a) normas concessivas de poderes jurídicos; b) normas meramente indicadoras de uma finalidade a ser atingida e; c) normas concessivas de direitos.

Segundo BARROSO[12], há em toda Constituição um conjunto específico de regras que trazem o norte da atuação do poder estatal, que estipula e define a sua criação, a forma em que se estrutura e em que ocorre a distribuição de sua competência entre os vários órgãos criados e estipula e delimita a atuação de outros atos normativos. Tais normas constitucionais de organização são denominadas também como "**normas de estrutura ou competência**".

Assim, as normas concessivas de poderes jurídicos surgem em um primeiro momento e contém o arcabouço da organização política do Estado, instituindo os seus órgãos, definido suas competências e as formas de exercício do poder político, sendo caracterizada por conter todos os seus elementos para sua aplicação, não ficando subordinada à ocorrência de um fato condicional[13].

Já as **normas constitucionais meramente indicadoras de uma finalidade** a serem atingidas (comumente denominadas de normas programáticas) são caracterizadas por terem disposições indicadoras de fins sociais a serem alcançados pelo Estado, estabelecendo determinados princípios ou programas de ação para o Poder Público, ou seja, trata-se de normas que trazer um programa de atuação do Estado.

Não se pode olvidar que tais normas têm um valor jurídico idêntico às demais normas constitucionais como cláusulas vinculativas, contribuindo para o sistema através dos princípios, dos fins e dos valores que nele incorporam. Contudo, tais normas não contêm no campo eficacial uma carga normativa suficiente para a sua pronta atuação, assim, elas servem mais como um meio de proibição ao legislador, expliquemos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

As normas constitucionais programáticas (normas indicadoras de uma finalidade do Estado) trazem diretrizes que deverão ser seguidas pelo Estado, fixando um rumo, uma expectativa para sua atuação. Neste sentido, caso o legislador venha a editar uma norma que vai de encontro com as diretrizes fixadas pela norma constitucional programática estará ela eivada do vício, ou melhor, da pecha de inconstitucionalidade, pois, embora as normas programáticas não tenham uma carga normativa robusta, elas detêm um mínimo de eficácia jurídica - como já abordado em linhas pretéritas - capaz de impor ao Estado uma abstenção, um não fazer (que seria o não descumprimento das diretrizes por elas impostas).

João dos Passos Martins Neto[14], ao discorrer acerca das normas constitucionais de conteúdo programático, aduz que

> Hoje já se tem como certo que, enquanto formulam imperativos de persecução dos fins sociais assinalados, as normas programáticas produzem, quando menos, um efeito jurídico negativo bastante visível: elas proíbem, a edição de leis e atos que se oponham em manifesta colisão com desideratos constitucionais, exorbitando da razoável margem de discrição política consignada aos órgãos estatais encarregados de sua execução.

Por fim, **as normas concessivas de direitos**, que serão objeto de uma a maior análise no presente trabalho, advêm de uma evolução histórica que saiu de um Estado Absolutista, passou para o Estado Liberal e culminou num Estado Social de Direito.

Em suma as normas concessivas de poderes jurídicos, as normas constitucionais meramente indicadoras de uma finalidade e as normas concessivas de direitos têm, cada uma, eficácia jurídica diferente, haja vista que a primeira tem aplicação imediata - pois a própria norma se encarrega em trazer os comandos necessários e suficientes para sua execução -, a segunda não tem aplicabilidade imediata – pois a sua execução depende de uma outra norma, geralmente infraconstitucional, e seu comando reflete mais diretrizes a serem seguidas pelo Estado)-, e a terceira por vezes tem aplicabilidade imediata - pois a aplicabilidade vai depender de que tipo de direito que a norma constitucional tratando.

Não se pode olvidar que classificação acima trazida, e que é capitaneada por BARROSO, é mais uma tipologia no estudo da eficácia das normas constitucionais, tendo por base os contornos, como já discorrido, trazido pela Constituição Federal de 1988, classificação esta que não exclui ou desqualifica a

adotada no presente trabalho e que tem como arauto o jurista José Afonso da Silva na sua clássica divisão tricotômica da eficácia das normas constitucionais.

Basta, por hora, deixar consignado que a classificação capitaneada por BARROSO acaba por auxiliar na divisão tricotômica defendida por José Afonso da Silva, pois traz subsídio que completam a ideia de eficácia, em especial quando se trata das normas concessivas de direitos.

Feito um panorama geral acerca da eficácia das normas constitucionais, tem-se como imprescindível aferir se as normas concessivas de direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata e eficácia plena conforme previsto no art. 5°,§1° da Carta Política, para tanto faremos um estudo do referido dispositivo constitucional no próximo capítulo.

3. Da efetividade dos direitos sociais diante da Constituição de 1988

Conforme já abordado em no tópico 2.2, as normas constitucionais são divididas quanto a sua eficácia e aplicabilidade de três formas (divisão tricotômica), a saber: a) Normas Constitucionais de eficácia plena e aplicabilidade imediata; b) Normas Constitucionais de eficácia contida e aplicabilidade imediata, mas passível de restrição; e c) Normas Constitucionais de eficácia limitada ou reduzida, depende de norma para operar a sua plenitude de seus efeitos.

Neste passo, a Constituição Federal de 1988 determinou, por meio do art. 5°,§1°, que as normas definidoras de garantias e direitos fundamentais têm aplicação imediata. Desta feita, saltam aos olhos a importância do estudo sobre a aplicabilidade do referido dispositivo constitucional, ou seja, se tal dispositivo tem aplicação imediata, ou, em outras palavras, se as normas que tratam sobre direitos e garantias fundamentais têm eficácia plena e aplicabilidade imediata[15].

É de bom alvitre informar que a análise da eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais se limitará aos direitos sociais que faz parte do catálogo dos *direitos fundamentais*.

Impende destacar que havia discussão por parte da doutrina no sentido de que o §1° do art. 5° da CF era aplicado apenas aos direitos fundamentais individuais ou se estendia para além deles, englobando também outros direitos tidos por fundamentais, posto que tal dispositivo constitucional está inserido dentro do capítulo dos direitos fundamentais individuais.

Atualmente prevalece o entendimento de que o §1°. do art. 5° da Constituição de 1988 tem o seu alcance estendido aos direitos sociais, muito embora

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

esteja inserido dentro do Capítulo dos Direitos Individuais, uma porque o constituinte não fez qualquer discriminação ou menção de que a regra em comento teria alcance apenas aos direitos individuais, outra porque a Constituição não pode ser interpretada isoladamente, pontualmente, ao contrário, deve ser feita uma leitura da constituição de forma sistemática que dê a máxima efetividade aos direitos fundamentais, seja de qual espécie for.

A interpretação que do §1°, art. 5° da CF/88 deve ser de tal se expande para além dos direitos individuais, para abarcar também as normas definidoras de direitos fundamentais sociais, pois se trata de preceito que traduz claramente a vontade do constituinte originário, portanto, o comando inserto no parágrafo em comento deve ser prontamente aplicado pelos intérpretes do direito.

No sentido de que o §1° do art. 5° da CF se expande por toda Constituição e por todos os direitos fundamentais, não apenas aos direitos individuais, Dirley da Cunha Junior[16] assevera que

> *(...) o princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais abrange todos os direitos fundamentais, até mesmo o não previsto no catálogo (Título II) e os não previstos na própria Constituição, desde que, quanto a estes, ostentem a nota distintiva da fundamentalidade material (como os decorrentes dos tratados internacionais em que o Brasil seja signatário). Isto se dá não só porque o art. 5º, §1° refere-se textualmente a direitos fundamentais – fazendo uso da fórmula genérica "direitos e garantias fundamentais" – sem discriminá-los, mas também por conta de uma interpretação sistemática e teleológica que venha a recair na análise da referida disposição*

Ingo Wolfgang Sarlet afirma que, muito embora a situação topográfica do §1° do art. 5° da CF poderia sugerir uma aplicação apenas aos direitos individuais e coletivos, o fato é que este argumento não corresponde à expressão literal do dispositivo, que utiliza a formulação genérica "direitos e garantias fundamentais", tal como consignado na epígrafe do Título II da Constituição Federal de 1988, revelando que, mesmo em se procedendo a uma interpretação meramente literal, não há como sustentar uma redução do âmbito de direitos fundamentais consagrada na nossa Constituição, nem mesmo aos direitos individuais e coletivos do art. 5°[17].

Ainda o referido autor afirma que - além de uma interpretação literal remeter a idéia de que o §1° do art. 5° da CF não se limitar apenas aos direitos fundamentais individuais - uma interpretação sistemática e teológica sem sombra de

dúvida conduzirá ao mesmo resultado, permitindo, assim, inferir que o Constituinte não pretendeu excluir do âmbito de aplicabilidade imediata os direitos sociais, posto que ele não estabeleceu distinção entre eles, encontrando-se, desta feita, todas as categorias de direitos fundamentais sujeitas, em princípio, ao mesmo regime jurídico[18].

Pois bem, fixada a premissa de que o disposto no §1° do art. 5° da CF se estende aos direitos sociais, necessário se faz uma análise da eficácia dos direitos fundamentais sociais diante do referido dispositivo constitucional.

Na doutrina não há consenso quanto à discussão se todos os direitos sociais previsto na Carta Política de 1988 teriam a sua eficácia plena e aplicabilidade imediata conforme previsto no §1° do art. 5° da CF ou se tal dispositivo constitucional não se aplicaria a todos os direitos sociais. Assim, imperioso se faz analisar a efetividade dos direitos fundamentais sociais no Brasil.

Efetividade de uma norma corresponde a sua concretização, a produção dos efeitos no mundo concreto para qual a norma foi concebida. Para BARROSO[19], comentando a obra "Teoria Pura do direito", de Kelsen, esclarece que

> *(...) a noção de efetividade, ou seja, ou seja, desta específica eficácia, corresponde ao que Kelsen – distinguindo-a do conceito de vigência da norma – retratou como sendo "o fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme à norma se verificar na ordem dos fatos.*

O autor arrebata o seu raciocínio[20] afirmando que

> *a efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.*

Nesta senda, conforme se depreende dos ensinamentos acima, **a efetividade de uma norma é, em outras palavras, uma eficácia específica**[21].

Miguel Reale afirma que a eficácia de uma norma refere-se a sua aplicação ou execução ou, em outras palavras, é a regra jurídica enquanto momento da conduta humana. Para o jurista a sociedade deve viver o Direito e como tal reconhecê-lo. Assim, a incorporação do Direito se dá com o seu reconhecimento pela

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

coletividade, passando ela a agir conforme determinado pela norma, ou seja, a efetividade de uma norma se opera no seio social quando a coletividade nela reconhece a sua obrigatoriedade[22].

Dos ensinamentos acima podemos afirmar que **toda norma jurídica é provida de efetividade**, podendo ela ser alcançada pela sua imposição por meio coercitivo ou espontaneamente por consenso da coletividade. Logo, a eficácia da norma tem caráter experimental, porquanto se refere ao cumprimento efetivo do Direito por parte da sociedade *no plano social*[23].

Para solucionar a problemática advinda em saber se os direitos sociais são plenamente exigíveis (eficácia plena e aplicabilidade imediata) faz-se necessário pré-estabelecer que a solução para tal celeuma deve ser extraída da própria constituição, pois "os problemas constitucionais referentes a relações de poderes e exercício de direitos subjetivos têm de ser examinados e resolvidos à luz dos conceitos derivados daquela modalidade de ordenamento[24]".

Assim, a problemática em saber se os direitos sociais têm eficácia plena e aplicabilidade imediata deverá ser resolvida pela própria constituição, sob pena de frustrar e desvirtuar a própria idéia de supremacia da constituição e dos princípios nela consagrados pelo constituinte originário.

Neste sentido o §1° do art. 5° da Constituição Federal de 1988[25] traz a acerca da eficácia dos direitos sociais ao trazer idéia.

A aplicabilidade imediata, ou efetividade plena, dos direitos fundamentais conforme determinado no §1°, art. 5° da CF/88 tem na doutrina defensores de renome, sendo um dos notáveis Luiz Roberto Barroso[26] que, em palavras precisas, esclarece que

> *modernamente já não cabe negar o caráter jurídico e, pois, a exigibilidade e acionalidade dos direitos fundamentais, na sua múltipla tipologia. É puramente ideológica, e não científica, a resistência que ainda hoje se opõe à efetivação, por via coercitiva, dos chamados direitos sociais.*

PALU[27] ao rebater os argumentos de juristas que afirmam que o §1°, art. 5° da CF/88 é uma inutilidade diante do fato de que nem todas as normas definidoras de direito têm eficácia, afirma que tal hermenêutica vai de encontro com a vontade do constituinte originário que quis atribuir aplicabilidade imediata as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, para maior elucidação colacionemos abaixo os argumentos do autor:

Assim, em que pese todas integrarem a mesma categoria jurídica-normativa e serem rotuladas de normas definidoras de direitos fundamentais, elas – em razão das distintas funções que exercem e das diferentes técnicas de positivação às quais se submeteram – não são dotadas da mesma carga eficacial, o que leva alguns autores ao absurdo de declararem a inutilidade da norma contida no art. 5,§1°, fazendo pouco caso da vontade constituinte.

No que tange a **efetividade dos direitos fundamentais sociais existe três correntes doutrinárias** que tratam sobre o tema, sendo dividida da seguinte forma: a primeira corrente doutrinária nega veementemente a plena efetividade das normas definidoras de direitos sociais; a segunda corrente doutrinária, diametralmente oposta à primeira, concebe a plena eficácia aos direitos sociais, indistintamente; a terceira linha doutrinária, perfilhada por Luiz Roberto Barroso, adota uma posição intermediária entre a primeira e a segunda corrente doutrinária ao afirmar que há direitos sociais cuja efetividade é plena e outros não.

A abordagem feita por Luiz Roberto Barroso, ao discorrer sobre a corrente intermediária - que defende a presunção de que todas as normas definidoras de direitos fundamentais, incluídos os sociais, são plenamente exigíveis, mas a extensão da sua aplicabilidade dependerá do exame da hipótese no caso concreto -, mostra-se mais acertada, pois sopesa com prudência os direitos fundamentais sociais justamente no termo que lhe é mais caro, qual seja, a expressão "direito", bem como divide os direitos fundamentais sociais de acordo com o grau de normatividade.

PALU[28], ao rebater a idéia da corrente intermediária acerca da efetividade das normas de direito social, aduz que embora a palavra "direito" não seja delimitada pela Constituição - fato quer acarrete dúvida no que tange real amplitude do termo – não pode os direitos sociais ser limitados, posto que eles têm aplicação imediata por força do disposto no art. 5, §1° da CF, para maior clareza colacionemos as palavras do referido doutrinador, *in fine*:

> *"o conceito Direito não vem definido na Constituição, o que pode acarretar alguma dúvida acerca da exata amplitude e dos limites de um controle judicial vinculado à lei e ao "Direito". Assim, um vetor está no art. 1° e art. 5°, §1.°, da Constituição, no que concerne aos direitos fundamentais que têm aplicação imediata, mesmo sem intermediação legislativa".*

Por outro norte, a corrente doutrinária que defende a idéia de que todos os direitos sociais têm a sua eficácia plena independentemente do direito fundamental social tutelado, inobstante a louvável intenção de assegurar uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

sociedade justa e proporcionar a dignidade da pessoa humana, faz uma análise equivocada na questão primordial dos direitos sociais, qual seja, na utilização pelo constituinte da palavra "direito" de forma indiscriminada e sem tecnicidade alguma.

Dirley da Cunha Junior[29], sintetizando a corrente que defende a eficácia plena das normas definidoras de direitos fundamentais, argumenta que

> *a norma-princípio do art. 5°, §1°, da Constituição Federal, tem por finalidade irrecusável propiciar a aplicação imediata de todos os direitos fundamentais, sem necessidade de qualquer intermediação concretizadora, assegurando, em última instância, a plena justiciabilidade destes direitos, no sentido de sua imediata exigibilidade em juízo, quando omitida qualquer providência voltada à sua efetivação.*

Para o autor em caso de descumprimento, por omissão, de algum direito fundamental ou de lacuna legislativa impeditiva de sua fruição, deve e pode o Judiciário – valendo-se de um autentico *dever-poder* de controle das omissões do poder público - desde logo e em processo de qualquer natureza, aplicar diretamente o direito fundamental que está sendo desrespeitado, tornando-o plenamente acessível ao seu destinatário, independente de qualquer providencia de natureza legislativa ou administrativa[30].

Como argumento de persuasão Dirley da Cunha Junior[31], ao discorrer sobre o §1° do art. 5° da CF, afirma que caso não fosse adotada a corrente da aplicação imediata e indistinta dos direitos sociais a vontade do Constituinte Originário ficaria a mercê do Constituinte Ordinário, pois bastaria a inércia do legislador para que as normas constitucionais referentes aos direitos fundamentais sociais se transformassem em conceitos vazios de sentido e conteúdo. E conclui afirmando que

> *"o alcance do princípio dependerá do exame da hipótese em concreto da norma definidora do direito em pauta, é limitar o significado desse princípio garantidor da efetividade dos direitos fundamentais e voltar ao passado, em o qual o gozo dos direitos fundamentais ficava à mercê do capricho do legislador ordinário, numa inadmissível inverso de valores, hoje incompatível com uma moderna dogmática constitucional transformadora"* ***[32]***.

Já corrente que nega veemente a efetividade dos direitos fundamentais sociais encontra-se em menor densidade, fato que demonstra ser desnecessária a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

sua abordagem pormenorizada no presente trabalho, mas que por registro científico cumpre a sua abordagem.

O argumento principal utilizado pela corrente doutrinária que rebate a aplicabilidade imediata do art. 5°, §1° da CF consiste em afirmar que tal preceito jurídico contém fórmula desprovida de conteúdo, na medida em que não tem o efeito de emprestar às normas carentes de concretização sua imediata aplicação e plena eficácia, sob pena de subverter o sistema e atentar contra a natureza das coisas.

Contudo, a concepção utilizada pelos que refutam a aplicabilidade imediata dos direitos sociais é simplista e pessimista que não se alinha aos melhores posicionamentos da doutrina nacional e estrangeira acerca do tema, não podendo, portanto, prosperar, pois do contrário estar-se-ia a fazer tabula rasa da própria constituição ao desvirtuar e limitar o alcance do art. 5°,§1° por meio obliquo o que acarretaria uma grave ameaça ao Estado social.

Ao rebater as críticas feitas pela corrente doutrinária que defende a inaplicabilidade imediata do art. 5°, §1° da CF, Dirley da Cunha Junior[33], de forma ácida e incisiva, assevera que

> *é princípio conhecido de hermenêutica aquele que prestigia uma interpretação que extraia do texto interpretado a sua máxima utilidade e efetividade. Desmerecer a utilidade e o grau normativo ótimo do preceito contido no 1° do art. 5º é ir, ai sim, contra a natureza jurídica das coisas. É inadmissível, portanto, uma interpretação que negue qualquer eficácia ao direito em comento, recusando ao mesmo o regime jurídico reforçado que o constituinte a ele reservou.*

Ademais, conforme pontuado por Ingo Wolfgang Sarlet, verifica-se que até mesmo os defensores mais ardorosos de uma interpretação restritiva da norma Constitucional reconhecem que o Constituinte pretendeu, com sua expressa previsão no texto, evitar o esvaziamento dos direitos fundamentais[34].

Conforme dito anteriormente, adotamos a corrente doutrinária intermediária capitaneada por Luiz Roberto Barroso, posto que ela se mostra mais prudente ao meditar com prudência sobre os direitos fundamentais sociais justamente no termo que lhe é mais caro, qual seja, a expressão “direito”.

BARROSO, após afirmar que as normas definidoras de direitos sociais têm índole normativa[35], traz à baila a discussão no que tange à problemática de sua “operatividade pratica”[36]. Para o autor as normas definidoras de direitos sociais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

têm, conforme já dito, aplicabilidade imediata, mas nem por isso são prontamente exigíveis, dependendo para a sua efetivação, ou melhor, pronto desfrute a análise no caso concreto.[37]

Assim, as normas definidoras de direitos sociais são divididas de acordo com os efeitos jurídicos que produzem ao seu destinatário, sendo dividia em três grupos: i) Normas que geram situações prontamente desfrutáveis, dependentes apenas de uma abstenção; ii) normas que ensejam a exigibilidade de prestação positiva do Estado; e iii) normas que contemplam interesses cuja realização depende da edição de normas infraconstitucionais integradoras.

As normas de direitos sociais que geram situações prontamente desfrutáveis[38] se assemelham as normas definidoras de direitos individuais, pois para sua concretização basta apenas a abstenção do Estado (não fazer), como ocorre no caso do direito social de greve previsto no art. 9° da CF.

Já as normas que ensejam a exigibilidade de prestação positiva do Estado consistem, conforme se extrai da própria conceituação, de uma atuação (fazer) por parte do Estado para concretização do direito, exemplo dos direitos à proteção da saúde prevista no art. 196 da CF.

Por fim, normas de direito sociais que contemplam interesses cuja realização depende da edição de normas infraconstitucionais integradoras são aquelas em que a concretização dos direitos é relegada ao legislador ordinário, exemplo de tal direito tem-se a participação nos lucros previsto no art. 7°, XI[39] da CF que relega a efetivação do direito a posterior elaboração de lei.

Em um primeiro juízo de ponderação poder-se-ia chegar à conclusão de que *as normas de direitos sociais que contemplam interesses cuja realização depende da edição de normas infraconstitucionais integradoras* não tem eficácia plena e aplicabilidade imediata fazendo cair por terra a corrente doutrinária intermediária defendida por BARROSO que é no sentido de se presumir que todas as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, incluídos os sociais, são plenamente exigíveis, mas a extensão da sua aplicabilidade dependerá do exame da hipótese no caso concreto.

Contudo, depois de se realizar uma leitura mais cuidadosa de tais normas constitucionais - tendo como norte uma leitura em que se busca a máxima efetivação dos direitos fundamentais - tem-se como mais razoável a interpretação de que em tal tipo de norma a Constituição não delega ao legislador a competência para concessão de tais direitos, ao contrário, a própria Carta política é que os concede, cabendo, desta feita, ao legislador ordinário tão somente regulamentar a concessão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

dos mesmos bem como sua instrumentalização[40]. Assim, a dificuldade em dar plena efetividade aos direitos sociais se limitar às (i) *normas de direitos sociais que contemplam interesses cuja realização depende da edição de normas infraconstitucionais integradoras* e (ii) *às normas que ensejam a exigibilidade de prestação positiva do Estado*, uma vez que a eficácia plena das (iii) *normas de direitos sociais que geram situações prontamente desfrutáveis* não necessitam de uma atuação positiva do Estado, basta apenas a sua abstenção em agir.

A problemática em se operacionalizar as duas últimas categorias de direitos sociais consiste, em ultimo plano, em saber se o vocábulo "direito" foi utilizado pelo constituinte foi de forma técnica e na concepção jurídica-normativa que a palavra carrega ou se ela foi utilizada sem se preocupar questões técnicas do real significado do vocábulo.

Desta feita, o deslinde da efetividade dos direitos sociais passa pela análise da palavra "direito" utilizada pela constituinte de forma indistinta e sem tecnicidade alguma. O problema acerca da utilização da palavra "direito" e as suas conseqüências para efetividade dos direitos fundamentais sociais serão abordados no tópico seguinte.

4. O vocábulo "direito" utilizado pelo constituinte e suas consequências sob o prisma da eficácia das normas constitucionais

De forma peculiar BARROSO[41] traz a ideia de que o constituinte utilizou, sem muita metodologia e técnica, a palavra *direito* para denominar como sendo *direito* sociais normas que apenas exprimem preceitos de cunho social e que são desprovidos de obrigatoriedade (dever jurídico) e exigibilidade (direito subjetivo).

A utilização sem tecnicidade alguma do vocábulo "direito" vem ocasionando celeumas no que tange a efetividade dos direitos sociais, conforme abordado no tópico antecedente, uma vez que o constituinte estruturou certas normas jurídicas como sendo de direito social, mas que na verdade são apenas preceitos que exprimem um cunho social a ser seguido pelo Estado e pela sociedade, mais se parecendo com uma "exigência moral"[42].

A utilização indistinta do vocábulo "direito" pelo constituinte originário é fruto, ao que tudo indica, da necessidade por ele vislumbrada de se garantir ao homem as mínimas condições de ordem material para que ele alcance a sua dignidade plena, princípio este (dignidade da pessoa humana) que serve como fundamento a ser seguido pela República Federativa do Brasil conforme previsto no art. 1°, III, da Carta Cidadã[43].

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Por outro giro, os objetivos fundamentais da Republica Federativa do Brasil previsto no art. 3° da Carta Cidadã - que engloba a ideia de construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos – foram traçados pelo constituinte como norte a ser seguido pelo Estado no intuito de, também, proporcionar e assegurar a dignidade da pessoa humana, em outras palavras, o postulado da dignidade humana integra os princípios fundamentais da ordem constitucional do Estado que balizam todas as demais disposições constitucionais, em especial os seus objetivos.

Em linhas gerais, ao tentar tutelar o máximo de direitos e de preceitos de conteúdo eminentemente social, elevando-os a categoria de "direitos sociais", quis o constituinte garantir que o Estado desse os meios necessários para que o homem conseguisse alcançar a sua dignidade plena, uma vez que a ideia de garantia direitos individuais está associada, necessariamente, a ideia de garantia dos direitos sociais, posto que eles se inter-relacionam e são interdependentes, porquanto sem os direitos sociais os direitos individuais se reduziriam a meras categorias formais, enquanto, sem a realização dos direitos individuais os direitos sociais careceriam de verdadeira significação[44].

Conforme bem pontuado por José Afonso da Silva[45], os direitos sociais "valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade."

Tendo em vista que a constituição é um documento formal que legitima a atuação do Estado, organiza e estrutura os campos em que o Estado pode atuar, traz a ideologia momentânea presente na sociedade e tutela os interesses individuais e sociais, deveria o constituinte se cercar de tecnicidade na utilização dos termos quando da sua elaboração, pois a utilização, por vezes equivocada, do vocábulo "direito" tem ocasionando certa dificuldade na operacionalização e concretização de alguns direitos elevados a categoria de direitos fundamentais sociais.

Em havendo a inefetividade de alguns direitos sociais corre-se o risco de a Carta Magna acabar por cair em descrédito perante o indivíduo e a sociedade[46], pois se o "direito" elencado como social não é de imediato e plenamente desfrutável por quem é o seu destinatário, conforme determinado pela própria Constituição (art. 5°,§1°), todo o esforço realizado pelo constituinte originário em considerar a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República Federativa do Brasil cai por terra e, o que é pior, a ideia dos objetivos fundamentais desenhados no art. 3° da CF, e que deveram ser buscados pelo Estado, mostra-se sem sentido mais se parecendo uma promessa de longe a ser cumprida.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A falta de uma técnica legislativa adequada e a falta de rigor científico por parte do constituinte não passaram despercebidos pela doutrina, tanto é que WOLFGANG faz crítica ao constituinte afirmando essa falta de técnica legislativa "pode ser apontada como uma das principais fraquezas do catálogo dos direitos fundamentais em nossa Constituição, revelando contradições, ausência de tratamento lógico na matéria ensejando problemas de ordem hermenêutica"[47].

Sobre a necessidade de que o constituinte utilize na constituição o vocábulo "direito" na acepção científica da palavra (normativismo jurídico), assevera BAROSSO[48] que

> *Desdobrando para um campo mais metodológico do que dogmático, afigura-se todo recomendável que uma Constituição reserve o vocábulo direito, com exclusividade, para designar as situações jurídicas que se enquadrem no conceito subjetivo supradelineado, como sejam, aquelas que propiciam a exigibilidade efetiva de determinada conduta, correspondente a um dever jurídico de outrem, realizável por prestações positivas ou negativas.*
>
> *Estaria, assim, desfeita a ambigüidade de se ter na Constituição, sob a mesma designação de "direitos", hipóteses que investem o jurisdicionado em posições jurídicas inteiramente distintas. E, o que é mais grave: sem que muitas vezes seja possível extrair-se, da leitura da norma, qual exata potencialidade de tais posições jurídica, no que concerne à exigibilidade dos "direitos" proclamados.*

Desta feita, a utilização do vocábulo "direito" de forma indiscriminada e sem técnica alguma gera o esvaziamento dos direitos realmente sociais, conquanto a ideia de direito remete à possibilidade se buscar no judiciário a sua satisfação, expliquemos. Direito é, de acordo com o normativismo jurídico concreto de Miguel Reale,

> *um conjunto de normas que, em determinada sociedade e num dado momento de sua história, mediante a interferência decisória do Poder, ordena os fatos sociais em conformidade com certos valores, entendendo-se tais normas não como simples proposições lógicas, abstratas ou formais, mas como substratos que dialeticamente integram e superam, que sintetizam, portanto, as tensões entre fatos e valores, os quais,*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

*nelas e por elas, tornam-se fatos e valores especificadamente jurídicos**[49]**.*

O vocábulo direito, no sentido jurídico, está umbilicalmente associado à ideia de direito subjetivo que corresponde à exigência, via judicial, do direito tutelado, direito este que não se verifica em todos os *direitos* sociais (aqui remetemos a ideia de que vocábulo *direito* é utilizado de forma indevida).

Para BRANCATO[50] direito consiste no poder de fazer valer interesses individuais sobre pessoas e coisas dentro de um campo de atuação, sendo ele considerado sobre dois prismas: direito objetivo e direito subjetivo.

Direito objetivo nada mais é do que do que a regra geral e abstrata que obriga o indivíduo (dever jurídico) a um comportamento apropriado com a ordem social. Por outro lado, o direito subjetivo corresponde ao poder de ação, ou melhor, consiste na faculdade de alguém fazer ou deixar de fazer alguma coisa, de acordo com a regra de ação, ou seja, de acordo com a norma (Direito objetivo)[51].

Assim, o direito objetivo nasce da vontade geral (norma jurídica) enquanto o direito subjetivo nasce da vontade particular (concretização da norma jurídica), importando, desta feita, em uma relação de interdependência e simbiose que permite afirmar que em não existindo o direito objetivo o direito subjetivo também não existirá.

Ainda de acordo com BRANCATO[52] o poder de ação ou direito subjetivo tem o condão de fazer com que os indivíduos exerçam o direito ao sabor de seus interesses desde que a lei autorize a exercer essa vontade de agir.

Para BARROSO[53] o direito subjetivo distingue-se de outras posições jurídicas por apresentar, cumulativamente, a característica de: a) corresponder sempre a um dever jurídico; b) de ser violável (existe a possibilidade de que a parte contrária deixe de cumprir o seu dever); c) de existir mecanismos na ordem jurídica – que a ação judicial – para exigir coercitivamente o seu cumprimento.

É de bom alvitre destacar que para todo direito objetivo traz consigo um dever correlato no sentido de que os indivíduos ajam de acordo com a norma jurídica (dever jurídico), sob pena de sanção de natureza jurídica contra quem não a cumpre, seja por ação ou omissão. Neste passo, todo dever jurídico tem seu cumprimento assegurado pela força ou pela sanção, sendo essas as principais características do direito.

Caso não haja a correlação entre direito objetivo e direito subjetivo não há em que se falar em direito, em outras palavras, não se concebe existir direito sem

que haja uma norma hipotética (direito objetivo) e a sua subsunção no caso concreto (direito subjetivo) com a possibilidade de sua exigência por meio coercitivo do Estado, pois, "Nos casos em que essa correspondência faltar, pode haver não um direito, mas uma aspiração, não um direito afirmado, mas um direito reivindicado, não uma prerrogativa jurídica, mas uma exigência moral"[54].

Quando o constituinte elevou à categoria de direitos sociais normas jurídicas que se equivalem a preceitos jurídicos de cunho eminentemente social acabou por desvirtuar o conceito tradicional de direito objetivo (norma jurídica) e o seu correlato direito subjetivo (faculdade atribuída pela norma a alguém no intuito de fazer ou deixar de fazer alguma coisa), uma vez que existem normas constitucionais que com denominação de *direitos* sociais fogem da conceituação normativa de direito feita em linhas pretéritas, tais "direitos" sociais se assemelham em muito as normas programáticas que, conforme tratado no presente trabalho, fogem do campo de incidência do art. 5°,§1° da CF, porquanto não têm eficácia plena e aplicabilidade imediata.

A advertência de NETO no que tange a utilização de termos e vocábulos empregados em um discurso científico, sem delimitar o seu alcance dentre as várias possibilidade, cabe no caso apontado no presente tópico, qual seja, inadequada utilização do vocábulo "direito" utilizado pelo constituinte, pois o vocábulo "direito" utilizado sem ter seu campo de atuação delimitado constitui armadilha perigosa ao "debilitar a coerência e o raciocínio, expondo-o a toda sorte de objeções, bem como, e mais que tudo, prejudica a eficácia da comunicação e de entendimento" [55].

Caso não haja uma aplicação e interpretação correta do vocábulo "direito" utilizado pelo constituinte nos denominados direitos sociais, conforme tratado em linhas pretéritas, ocorrerá, por vezes, o problema da falta de operatividade ou inefetividade dos direitos fundamentais sociais quando o direito tido por social não for *direito* na acepção da palavra, fato que ocasionará a aparente contradição do preceito jurídico que prevê a eficácia imediata dos direitos fundamentais sociais (art. 5°,§1° da CF) quando confrontada com algumas de *direitos* tidos como sociais.

Neste ponto é importante esclarecer que caso a norma definidora de direito social (vocábulo "direito" utilizado de forma juridicamente correta) necessite de complementação por outra norma infraconstitucional não deixará ela de ser, por tal fato, considerada como um direito, pois haverá o direito objetivo (norma jurídica que serve de obrigação de prestação por do Estado ou da sociedade) e direito subjetivo do titular do direito (que poderá ser acionado por meio de ações judiciais cabíveis, como mandado de injunção, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, etc).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Assim, havendo uma norma constitucional definidora de direito social deverá o judiciário, em nome da máxima efetivação dos direitos fundamentais, proporcionar meios para sua concretização, permitindo a sua aplicação imediata e eficácia plena (art. 5°,§1° da CF). Neste sentido BARROSO[56] dispõe que

> *O entendimento aqui sustentado parece bem claro: direito é direito e, ao ângulo subjetivo, ele designou uma específica posição jurídica. Não pode o Poder Judiciário negar-lhe a tutela, quando requerida, sob o fundamento de ser um direito não exigível. Juridicamente, isso não existe. Tampouco poderá invocar a não-imperatividade ou ausência de caráter jurídico da norma que o confere. Já demonstramos o desacerto desse ponto de vista (v. supra, CP. IV, item 1). Logo, somente poderá o juiz negar-lhe o cumprimento coercitivo no caso de impossibilidade material evidente e demonstrável, pela utilização de uma interpretação sistemática permeada por princípios e conceitos da teoria da Constituição e do Direito.*

Apenas a título de exemplo sobre falta de técnica do constituinte em denominar como "direito" certos preceitos de índole social previsto na constituição e o problema que com isso surge na concretização dos direitos fundamentais sociais propriamente ditos, tem-se o direto social à moradia prevista no art. 6° da Constituição Cidadã. BARROSO[57], ao citar a norma constitucional em comento afirma que

> *Ninguém ousaria discordar de que este "direito" à moradia não investe seu titular numa situação jurídica comparável à dos exemplos anteriores. Entendimento diverso conduziria à conclusão de que, no dia seguinte à promulgação de tal texto todo indivíduo que fosse capaz de demonstrar que não possui moradia nos moldes previsto na norma teria ação contra o Poder Público para recebê-la. Seria insensato supor que este tenha sido o objetivo da norma.*

Ora, se o art. 5°, §1° da CF diz que as normas definidoras de direitos fundamentais sociais têm aplicação imediata e se é entendimento de que tal preceito constitucional carrega carga normativa suficiente para ser prontamente aplicada, resta-nos saber se o direito social a moradia - como outros tantos preceitos ditos de forma equivocada como sendo direitos sociais - pode ser exigido do Estado? Há direito subjetivo (direito de ação) contra a omissão na efetivação desse "direito"?

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ao que tudo indica, e que nós sustentamos, é que a falta de tecnicidade do constituinte acabou por tornar tormentosa a efetivação dos direitos fundamentais sociais e que para solução desse problema é necessário ser analisada a norma definidora do direito social no caso em concreto, uma vez que nem todos os direitos denominados direitos sociais são de fato direito, pois faltam a algum desses direitos sociais elementos caracterizador do direito, quais sejam, o direito subjetivo – entendido como poder de ação assente no direito objetivo e destinado a satisfação de certo interesse -, e o dever jurídico de terceiro (obediência à norma).

Nota-se que a ideia ventilada no presente tópico complementa e segue no sentido da corrente intermediária que trata da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais diante do previsto no art. 5°,§1° da CF, corrente esta capitaneada por Luiz Roberto Barroso que defende a presunção de que todas as normas definidoras de direitos fundamentais, incluídos os sociais, são plenamente exigíveis, mas a extensão da sua aplicabilidade dependerá do exame da hipótese no caso concreto.

5. CONCLUSÃO

A constituição é a norma fundamental que goza de supremacia em relação às demais normas jurídicas e que tem por função de, materialmente falando, legitimar a atuação do Estado, trazer a ideologia momentânea presente na sociedade e tutelar os interesses individuais e sociais.

Por servirem de norma de sustentação para todo ordenamento jurídico todas as normas constitucionais, indistintamente, contêm um núcleo mínimo de eficácia jurídica que corresponde idéia de aptidão da norma em produzir efeitos na orbita jurídica ao fixarem balizas para atuação do legislador infraconstitucional, haja vista a idéia de supremacia da constituição. Neste sentido, toda e qualquer norma constitucional, sem qualquer exceção é provida de eficácia jurídica, apenas variando sua carga eficacial, ora para mais, ora para menos, consoante o grau de normatividade que lhe tenha sido outorgado pela própria Constituição, frisa-se que até mesmo as normas que apenas imprimem uma diretriz ideológica de atuação para o Estado (normas programáticas) têm eficácia jurídica ao trazer um núcleo mínimo de atuação ao legislador que não poderá elaborar qualquer norma que vai de encontro com elas, sob pena de incompatibilidade e, por conseguinte, ser inconstitucional.

A problemática em se dar efetividade aos direitos sociais reside nas duas últimas categorias acima trazidas e cinge-se, em ultimo plano, em saber se o vocábulo "direito" foi empregado pelo constituinte na acepção jurídico-normativa ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

se ela foi utilizada sem se preocupar com o real significado axiológico que o vocábulo representa.

Em uma análise panorâmica acerca do emprego do vocábulo "direito", percebe-se que o constituinte - ao tentar tutelar o máximo de direitos e de preceitos de conteúdo eminentemente social, elevando-os a categoria de "direitos sociais" - quis garantir que o Estado desse os meios necessários para que o homem conseguisse alcançar a sua dignidade plena, posto que os direitos individuais e sociais estão umbilicalmente ligados não havendo como dissociá-los sem prejudicar a sua efetivação.

Ao se analisar o catálogo de direitos sociais previsto na Carta Política percebe-se que nem todos os direitos denominados direitos sociais são "direitos" na acepção técnica do vocábulo, pois faltam a algum desses *direitos* tidos sociais elementos caracterizadores do direito, qual seja, o direito subjetivo – entendido como poder de ação assente no direito objetivo e destinado a satisfação de certo interesse - e o dever jurídico. O vocábulo direito, no sentido jurídico, está associado a idéia de direito subjetivo que corresponde à exigência, via judicial, do direito tutelado, direito este que não se verifica em todos os *direitos* sociais (vocábulo *direito* é utilizado de forma indevida).

Caso não haja a correlação entre direito objetivo e direito subjetivo não há em que se falar em direito, em outras palavras, não se concebe existir direito sem que haja uma norma hipotética (direito objetivo) e a sua subsunção no caso concreto (direito subjetivo) com a possibilidade de sua exigência por meio coercitivo do Estado, pois, "Nos casos em que essa correspondência faltar, pode haver não um direito, mas uma aspiração, não um direito afirmado, mas um direito reivindicado, não uma prerrogativa jurídica, mas uma exigência moral"[58].

A conseqüência da utilização do vocábulo direito de forma inapropriada é o esvaziamento do poder normativo da constituição e da efetividade, ou aplicabilidade imediata, dos direitos fundamentais sociais conforme determinado no art. 5°,§1° da CF. Tal esvaziamento deve-se, assim, a falta de operacionalização e concretização de alguns preceitos jurídicos de cunho social que foram elevados a categoria de direitos sociais pelo constituinte, preceitos estes que mais se assemelham à comandos morais dirigidos ao Estado.

Em havendo a inefetividade de alguns direitos sociais corre-se o risco de a Carta Magna acabar por cair em descrédito perante o indivíduo e a sociedade[59], pois se o "direito" elencado como social não é de imediato e plenamente desfrutável por quem é o seu destinatário, conforme determinado pela própria Constituição (art. 5°,§1°), todo o esforço realizado pelo constituinte originário em considerar a

dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República Federativa do Brasil será em vão e, o que é pior, a idéia dos objetivos fundamentais desenhados no art. 3° da CF que devem ser buscados pelo Estado se tornará letra morta.

Nota-se que de que a inefetividade de alguns direitos fundamentais sociais está relacionada à utilização inapropriada do vocábulo "direito" complementa e segue no sentido da corrente intermediária que trata da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais diante do previsto no art. 5°,§1° da CF a afirmar que todas as normas definidoras de direitos fundamentais, incluídos os sociais, são plenamente exigíveis, mas a extensão da sua aplicabilidade dependerá do exame da hipótese no caso concreto que aferirá se vocábulo direito empregado pelo constituinte é direto na acepção jurídico-normativa que impõe um dever jurídico ao Estado e um direito subjetivo ao indivíduo ou se é apenas um preceito jurídico que serve como norte a ser seguido pelo Estado que, por questões de ideologia momentânea e das aspirações sociais, foi elevado a categoria de "direito" sem, contudo, preocupar-se com as conseqüências advindas da utilização inapropriada do vocábulo direito.

6. REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 9ª ed. São Paulo: Renovar, 2009.

BRANCATO. Ricardo Teixeira. **Instituições de Direito Público e de Direito Privado.** 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

JUNIOR, Dirley da Cunha. A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível. In:TAVARES, André Ramos; MENDONÇA, Andrey Broges de; ASSIS, Araken de; SARMENTO, Daniel; MORAES, Guilherme Peña de; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; BARROSO, Luís Roberto; GOMES, Luiz Flávio; FERREIRA, Olavo A. Vianna Alves; GODINHO, Robson Renault; FILHO, Willis Santiago Gerra; CAMARGO, Marcelo Novelino (ORGS).**Leituras Complementares de Constitucional:** Direitos Fundamentais. Salvador: JusPODIVM, 2006.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos Fundamentais: Conceito, função e tipos**.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

NETO, João dos Passos Martins. **Direitos Fundamentais: conceito, função e tipos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PAULO, Vicente. **Aulas de Direito Constitucional**. 5ª ed. Niterói: Impetus, 2005.

PALU, Oswaldo Luiz. **Controle dos Atos de Governo pela Jurisdição**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2007

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1982.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

[1] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 14.

[2] BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 76

[3] JUNIOR, Dirley da Cunha. A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível. In:TAVARES, André Ramos; MENDONÇA, Andrey Broges de; ASSIS, Araken de; SARMENTO, Daniel; MORAES, Guilherme Peña de; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; BARROSO, Luís Roberto; GOMES, Luiz Flávio; FERREIRA, Olavo A. Vianna Alves; GODINHO, Robson Renault; FILHO, Willis Santiago Gerra; CAMARGO, Marcelo Novelino (ORGS). **Leituras Complementares de Constitucional**: Direitos Fundamentais. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 247.

[4] BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 86.

[5] PAULO, Vicente. **Aulas de Direito Constitucional**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Ímpetos, p. 57.

[6] Nessa classificação Ruy Barbosa divide as normas constitucionais em apenas dois grupos: normas auto-aplicáveis (que produzem seus plenos efeitos com a simples entrada em vigor da Constituição, imediata e diretamente, sem necessidade de quaisquer regulamentação por lei) e

não-aplicáveis (que, para produzirem seus plenos efeitos, exigem uma lei posterior regulamentação legislativa).

[7] SILVA, José Afonso. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1982. p. 89-91.

[8] BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p.88.

[9] PALU, Oswaldo Luiz. *Op. Cit.*, p. 292.

[10] BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 88.

[11] O conceito adotado no presente trabalho como premissa é o de que a Constituição é um sistema de normas jurídicas que delimita o Estado, organiza o exercício do poder político, define os direitos fundamentais da pessoa e traça os fins públicos a serem alcançados por ele,

[12] *Ibid.* p. 88.

[13] Para Miguel Reale o que caracteriza as normas de organização é a *obrigação objetiva de algo que deve ser feito*, sem que o dever enunciado fique subordinado à ocorrência de um fato previsto, do qual possam ou não resultar determinadas conseqüências e que, não havendo a alternativa do comprimento ou não da regra, *não há que falar em hipoteticidade. (*REALE, Miguel. **Teoria do direito e do Estado**. 4 ed., São Paulo. Ed. Saraiva,1984 apud BARROSO, Luís Roberto. Op. Cit., p. 93.)

[14] MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos Fundamentais: Conceito, função e tipos**.São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p.191.

[15] Conforme já discorrido no presente trabalho, mas especificadamente no tópico 1.2, tem-se, apenas a título de elucidação do conceito tricotômico de efetividade trazido por José Afonso da Silva, como normas de eficácia plena aquelas que recebem do constituinte normatividade suficiente à sua incidência imediata e independente de providência normativa ulterior para sua aplicação. Normas de eficácia contida são as que receberam, igualmente, normatividade suficiente para reger os interesses de que cogitam, mas prevêem meios normativos (leis, conceitos genéricos etc.) que lhes podem reduzir a eficácia e aplicabilidade. Por último, normas de eficácia limitada são as que não receberam do constituinte normatividade suficiente para sua aplicação integral imediata, estando reservada ao legislador ordinário a tarefa de completar a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

regulamentação das matérias nelas traçadas em princípio ou esquemas. *(SILVA, José Afonso. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Revista dos tribunais, 1982. p. 89-91)*

[16] JUNIOR, Dirley da Cunha. *Op. Cit.*, p. 249.

[17] SARLET. Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 278.

[18] *Ibid.,* p. 279.

[19] BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 82.

[20] *Ibid.*, p. 82 e p. 83.

[21] A idéia de eficácia já foi objeto de análise em outra parte do trabalho, mas, de forma sucinta, tem-se por eficácia da norma capacidade dela de produzir os efeitos almejados e para os quais foi concebida.

[22] REALE, Miguel. **Lições preliminares de direitos**. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 112.

[23] *Ibid.*, p. 114.

[24] BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.*, p. 371.

[25] 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:

(...)

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

[26] BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 102.

[27] PALU, Oswaldo Luiz. *Op. Cit.*, p. 248.

[28] *Ibid.*,p. 336.

[29] JUNIOR, Dirley da Cunha. *Op. Cit.*, p. 255.

[30] *Ibid.*, p. 255.

[31] *Ibid.*, p. 258.

[32] *Ibid.*, p. 258.

[33] JUNIOR, Dirley da Cunha. *Op. Cit.*, p 258.

[34] SARLET. Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 281.

[35] A índole normativa dos direitos sociais é fruto da interpretação sistemática da Constituição Federal, em especial o art. 5°,§1°, que confere aplicabilidade imediata aos direitos e garantias fundamentais previstos nela previsto, conforme demonstrado ao longo do presente trabalho.

[36] BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 105.

[37] BARROSO adota, conforme dito, a corrente intermediária sobre a aplicabilidade dos direitos sociais diante da previsão do art. 5°,§1 da CF, pois, para o autor, nem todos os direitos sociais tem sua exigibilidade de imediato.

[38] BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 9ª ed. São Paulo: Renovar, 2009, p. 106.

[39] Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;

[40] BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 108.

[41] *Ibid.*, p. 109.

[42] NETO, João dos Passos Martins. *Op. Cit.*, p. 62.

[43] 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:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

(omissos)

III - a dignidade da pessoa humana;

[44] PIOVENSAN, Flávia. *Op. Cit.*, p., 139.

[45] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, p.286.

[46] Para BARROSO a instabilidade das Constituições impede o surgimento de um sentimento constitucional apto a formar uma consciência de respeito e preservação da Lei Maior, como símbolo superior, de valor efetivo e programático. *(BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 9ª ed. São Paulo: Renovar, 2009, p. 287)*

[47] SARLET, Ingo Wolfgang. *Op. Cit.*, p. 79.

[48] BARROSO, Luiz Roberto. *Op. Cit.*, p. 109.

[49] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo. *Op. Cit.*, p. 41.

[50] BRANCATO. Ricardo Teixeira. **Instituições de Direito Público e de Direito Privado.** 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 7.

[51] *Ibid.*, p. 7.

[52] *Ibid.*, p. 7.

[53] BARROSO, Luiz Roberto. *Op. Cit.*, p. 100.

[54] NETO, João dos Passos Martins. *Op. Cit.*, p. 62.

[55] NETO, João dos Passos Martins. *Op. Cit.*, p. 17.

[56] *Ibid.*, p. 111.

[57] *Ibid.*, p. 110.

[58] NETO, João dos Passos Martins. *Op. Cit.*, p. 62.

[59] Para BARROSO a instabilidade das Constituições impede o surgimento de um sentimento constitucional apto a formar uma consciência de respeito e preservação da Lei Maior, como símbolo

superior, de valor efetivo e programático. *(BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 9ª ed. São Paulo: Renovar, 2009, p. 287)*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS E OS EFEITOS DA APLICAÇÃO DO MARCO TEMPORAL NAS DEMARCAÇÕES DE TERRAS INDÍGENAS

ALEX RODRIGUES DE SOUZA: Bacharelando do curso de Direito pela Centro Universitário Luterano de Manaus (CEULM/ULBRA), Servidor Público do Estado do Amazonas.

RESUMO: O presente artigo traz uma importante e significativa discussão acerca dos direitos dos Povos Indígenas, posto que os territórios tradicionais exprimem condições primordiais para a concretização de outros direitos fundamentais para uma compreensão de vida digna, tais como: direito à vida, à saúde, à educação, à integridade física e psicológica, à preservação cultural, ao livre desenvolvimento, ao uso da língua, entre outros. Consequentemente, torna-se pertinente as considerações acerca das garantias de tais direitos, sobretudo, aos direitos territoriais. Com o advento da Tese do Marco Temporal é importante verificar se a definição da data de promulgação da constituição de 1988 como marco temporal é o único e insubstituível para a identificação de terras indígenas, conforme apresentado pelo Supremo Tribunal Federal no caso da Reserva Raposa Serra do Sol (RR) e com as consequentes implicações em outros processos que se discute o direito de comunidades indígenas às terras. Para o melhor entendimento sobre o tema foi imprescindível navegar pelos os principais pontos dos julgamentos do STF nos casos de demarcação das Terras Indígenas Raposa Serra do Sol, especificamente no que tange à definição do marco temporal para a aferição da ocupação indígena em outros processos que consequentemente podem comprometer na perda de terras de milhares de indígenas no país, com as quais guardam vínculos históricos, culturais e ancestrais, destruídos.

Palavras-chave: Povos Indígenas. Marco Temporal. Demarcação. Direitos Indígenas

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A TESE DO MARCO TEMPORAL DAS TERRAS INDÍGENAS. 3. DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS. 4. REPERCURSÃO GERAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 5. CONCLUSÃO. 6. REFERÊNCIAS.

1.INTRODUÇÃO

Os povos indígenas têm seus direitos preservados pela legislação brasileira e tem todos os direitos humanos reconhecidos no direito internacional. Entretanto, com o advento da Tese do Marco Temporal os direitos constitucionais dos povos indígenas podem sofrer restrições.

A terra é a matéria primordial do pleito indígena, que por diversas vezes foram motivos de angústias e conflitos em todo o país. No ano de 1988, a Constituição Federal estabeleceu uma nova ordem democrática, que assegurou, com uma maior eficácia, a proteção dos direitos indígenas. Devido às demarcações de terras indígenas, esses trâmites passaram a ser judicializados por aqueles que se sentiram lesados, aumentando o ar de inconstância e a insegurança jurídica. Diante desta circunstância, o Supremo Tribunal Federal (STF) foi avocado a se pronunciar e elaborou a Teoria do Marco Temporal com o objetivo de orientar a questão e suprimir a mencionada insegurança.

Acerca da Teoria do Marco Temporal, pode-se afirmar que é uma teoria que vem sendo debatida nos últimos anos, sobretudo quando houve o julgamento do Supremo Tribunal Federal no caso da reserva indígena Raposa Serra do Sol, localizada no Estado de Roraima, pelo qual os povos indígenas só teriam direito as terras na qual estivessem ocupando no dia 5 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição Federal. Essa tese é extremamente prejudicial aos povos indígenas e vai de encontro com os direitos que a Constituição reconheceu.

A aplicabilidade desse entendimento é uma hipótese de possível parcialidade do judiciário, que vem cumprindo ordens junto à bancada ruralista do congresso nacional, contra os interesses dos povos indígenas e além da parcialidade, não vislumbrando a violação de um direito fundamental, qual seja, o direito à vida dos povos indígenas.

Vale ressaltar que a corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja jurisdição foi reconhecida expressamente pelo Brasil, julgou diversos casos relacionados a terras indígenas. Isso significa que qualquer tentativa de estabelecimento de um Marco Temporal, se contrária aos instrumentos internacionais com os quais o Estado Brasileiro se comprometeu.

À vista disso, o presente artigo tem a finalidade de analisar os compromissos referentes aos povos indígenas firmados em nível internacional e verificar a eventual (in)compatibilidade de um possível acatamento do marco temporal com a Constituição Federal e os normativos internacionais.

2.A TESE DO MARCO TEMPORAL DAS TERRAS INDÍGENAS

A questão tem fundamental relevância, pois falar dos Direitos dos Povos Indígenas é falar da evolução da humanidade dentro da pluridimensionalidade dos direitos humanos. Além disso, é importante ressaltar que os indígenas têm uma importância capital por serem os formadores da história do país. Entretanto as

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

questão dos povos indígenas no Brasil, infelizmente, ainda são chagas abertas em nossa sociedade.

Como é cediço, o marco histórico do Brasil, marcado pela chegada dos portugueses resultou no extermínio de muitos povos nativos devido aos conflitos armados e pelo processo de escravização indígena.

O fato é, que, segundo os dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), no último censo demográfico de 2010, foi constatado que mais de 800 mil índios vivem no país. Não há como negar que a legislação em favor aos povos indígenas avançou a partir da Constituição Federal de 1988, onde foram assegurados o respeito a sua organização social, costumes, línguas, crenças, tradições e principalmente aos seus direitos territoriais. Além disso, o movimento indigenista brasileiro conseguiu fazer alianças com movimentos regionais e internacionais, conseguindo mudar a Convenção da Organização Internacional do Trabalho que também falava da assimilação dos povos à comunidade nacional, reconhecendo territorialidades, domínio do grupo sobre aquele território, a possibilidade do grupo eleger o próprio destino de desenvolvimento e seu modelo de justiça.

Apesar do direito originário referente aos territórios indígenas ser reconhecido por uma série de instrumentos internacionais de Direitos Humanos, as quais foram promulgadas pelo Brasil, os povos nativos ainda enfrentam muitas dificuldades na implementação de seus direitos, oscilando entre o reconhecimento e a negativa de tais garantias.

No que se refere à Teoria do Marco Temporal, na qual foi utilizada no julgamento que decidiu a demarcação de terras indígenas das tribos Makuxi, Ingarikó, Taurepang, Wapixana e Patamona que vivem na reserva Indígena Raposa Serra do Sol, em Roraima que depois de uma espera de quase três décadas para que suas terras fossem devidamente demarcadas, finalmente tiveram suas áreas territoriais reconhecidas em março de 2009. Nesse dia, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a Raposa Serra do Sol era dos povos indígenas que originalmente habitavam naquela reserva e, que portanto, os garimpeiros, fazendeiros, plantadores de arroz que se recusavam a deixar a terra indígena, teriam que sair.

Entretanto, neste julgamento o STF argumentou pela primeira vez a Tese do Marco Temporal, onde o teor da decisão judicial relatava que só teriam direito à terra povos indígenas que estivessem ocupando as áreas no dia 5 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição Federal, ou seja, o Supremo Tribunal Federal fez uma interpretação que diminuiria os direitos indígenas de um modo geral, isso porque a Constituição define que os direitos dos povos indígenas às terras

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

que tradicionalmente ocupam é um direito originário e não existe essa data como condição para o direito aos territórios indígenas.

O fato é que a mencionada decisão passou a ser utilizada por diversos seguimentos contrários à demarcação de terras indígenas, como um suposto entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal sobre a questão da demarcação de territórios particulares, como por exemplo, os ruralistas que assumiram a tese do marco temporal como estratégia para barrar as demarcações de terras indígenas almejando que a referida tese seja aplicada em todos os processos de demarcação em andamento no Brasil.

Em 19 de julho de 2017, a Advocacia-Geral da União elaborou o Parecer Normativo 001/2017/GABCGU/AGU, onde obrigou toda a Administração Pública Federal a seguir nos processos de demarcação as condicionantes do caso Raposa Serra do Sol e a Teoria do Marco Temporal.

O pedido de suspensão dos efeitos do Marco Temporal foi feito pelo Ministro Edson Fakcin em maio de 2020, no julgamento do povo Xokleng, alvo de uma tentativa de reintegração de posse movida pelo Estado de Santa Catarina. O caso serve como base para outros processos de demarcação no país, a terra que está em jogo foi reconhecida pelo Ministério da Justiça em 2002 e é parte do território Ibirama-Laklaño, reduzida em 63% pelo extinto Serviço de Proteção ao Índio ao longo do século XX.

A partir de 1976 com a construção da Barragem do Norte para conter as enchentes na região do Vale do Itajaí, 95% da área cultivável do povo Xokleng foi inundada, incluindo as aldeias, hoje a falta da soberania alimentar tem tido efeitos no aumento da proliferação da COVID19, com mais de 200 casos entre a etnia.

À vista disso, insta salientar, por oportuno, o que preconiza a Carta Magna, onde reconhece que a terra é o elemento fundamental de proteção de todos os outros direitos. Deste modo, ajuizar uma data onde esses direitos podem ser exercidos ou não, acaba por retirar a possibilidade do exercício das identidades e do direito dos índios continuarem a serem índios, gerando a violação de diversos direitos e da garantia fundamental dos índios em relação às suas terras.

3.DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS

Em relação às demarcações de terras indígenas, nos termos da Lei nº 6.001 de 1973 – Estatuto do Índio e do Decreto nº 1.775 de 1996, art. 2º, as demarcações são, então de responsabilidade administrativa da Fundação Nacional do índio (FUNAI):

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Art. 2° A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios será fundamentada em trabalhos desenvolvidos por antropólogo de qualificação reconhecida, que elaborará, em prazo fixado na portaria de nomeação baixada pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, estudo antropológico de identificação.

Em conformidade com os registros recentes do citado órgão federal, existem 736 terras indígenas no Brasil, divididas entre as seguintes modalidades:

> **Terras Indígenas Tradicionalmente Ocupadas:** São as terras indígenas de que trata o art. 231 da Constituição Federal de 1988, direito originário dos povos indígenas, cujo processo de demarcação é disciplinado pelo Decreto n.º 1775/96.
>
> **Reservas Indígenas:** São terras doadas por terceiros, adquiridas ou desapropriadas pela União, que se destinam à posse permanente dos povos indígenas. São terras que também pertencem ao patrimônio da União, mas não se confundem com as terras de ocupação tradicional. Existem terras indígenas, no entanto, que foram reservadas pelos estados-membros, principalmente durante a primeira metade do século XX, que são reconhecidas como de ocupação tradicional.
>
> **Terras Dominiais:** São as terras de propriedade das comunidades indígenas, havidas, por qualquer das formas de aquisição do domínio, nos termos da legislação civil.
>
> **Interditadas:** São áreas interditadas pela Funai para proteção dos povos e grupos indígenas isolados, com o estabelecimento de restrição de ingresso e trânsito de terceiros na área. A interdição da área pode ser realizada concomitantemente ou não com o processo de demarcação, disciplinado pelo Decreto n.º 1775/96.

Cumpre mencionar o dispositivo da Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas:

> Art. 26. Os povos indígenas têm direito às terras, territórios, e recursos que possuem e ocupam tradicionalmente ou que tenham de outra forma utilizado ou adquirido

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Artigo 10. Os povos indígenas não serão removidos à força de suas terras ou territórios. Nenhum traslado se realizará sem o consentimento livre, prévio e informado dos povos indígenas interessados e sem um acordo prévio sobre uma indenização justa e equitativa e, sempre que possível, com a opção do regresso.

A Constituição Federal destaca em seu art. 231 e incisos, sobre a proteção das terras indígenas:

> **Art. 231.** São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.
>
> **§1º** São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais a seu bem-estar e as necessárias a sua produção física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.
>
> [...]
>
> **§ 4º** As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.
>
> [...]
>
> **§ 6º** São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

Desta maneira, o Estado Brasileiro reconhece que o território indígena tem camadas que é determinado a partir dos costumes e tradições. A Constituição fala

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

dos direitos originários fazendo uma espécie de justiça de transição, reconhecendo que os indígenas eram os primeiros "donos " dessa terra, esses direitos subsistem e territorialidades e foram sendo construídas dentro das possibilidades do projeto colonial, desta forma, podemos observar que alguns aspectos foram reconfigurados, mas sempre de acordo com o modo de tradição do grupo. Assim, conforme as disposições legais abordadas, podemos perceber que o direito à terra é fundamental para sobrevivência e gozo dos direitos relativos aos povos indígenas.

4.REPERCURSÃO GERAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Acerca da teoria do Marco Temporal, na qual o Supremo Tribunal Federal sustenta a tese de que para se demarcar uma terra indígena, os nativos precisariam estar nelas na data do dia 5 de outubro de 1988, data da promulgação da Constituição Federal, é válido mencionar, por oportuno, as palavras do relator, o ministro Carlos Ayres Britto. Vejamos:

> I - O Marco Temporal da ocupação. Aqui é preciso ver que a nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, "dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam". Terras que tradicionalmente ocupam, atente-se, e não aquelas que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988. Marco objetivo que reflete o decidido propósito constitucional de colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação da área indígena. Mesmo que essa referência estivesse grafada em Constituição anterior. É exprimir: a data de verificação do fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro.

Ainda sobre a referida teoria do marco temporal o Supremo Tribunal Federal explicitou esse entendimento no ARE 803.462-AgR/MS, a fim de delimitar as condições que entende cabíveis para a sua concretização:

> **EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. TERRA INDÍGENA "LIMÃO VERDE". ÁREA TRADICIONALMENTE OCUPADA PELOS ÍNDIOS (ART. 231, § 1o, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL). MARCO TEMPORAL. PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. NÃO**

CUMPRIMENTO. RENITENTE ESBULHO PERPETRADO POR NÃO ÍNDIOS: NÃO CONFIGURAÇÃO.

1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Pet 3.388, Rel. Min. CARLOS BRITTO, DJe de 1o/7/2010, estabeleceu como marco temporal de ocupação da terra pelos índios, para efeito de reconhecimento como terra indígena, a data da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988.

2. Conforme entendimento consubstanciado na Súmula 650/STF, o conceito de "terras tradicionalmente ocupadas pelos índios" não abrange aquelas que eram possuídas pelos nativos no passado remoto. Precedente: RMS 29.087, Rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 14/10/2014.

3. Renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, a data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada.

4. Agravo regimental a que se dá provimento.

Isto posto, é oportuno concluir com o entendimento do Procurador da República Leonardo Gonçalves Juzinas:

> A chamada tese do marco temporal importará grave retrocesso na garantia dos direitos fundamentais dos povos indígenas. Sob o pretexto de pacificar as homéricas tensões fundiárias decorrentes de processos de demarcação cada vez mais judicializados, essa falsa solução, em verdade, perpetua a situação caótica em que algumas populações se encontram e alimenta os conflitos em razão da realidade desses povos, que se veem obrigados a viver em situação de confinamento territorial e miséria.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> Pode-se dizer que a consequência mais imediata desse entendimento é, sem dúvida, a banalização das consequências dos incontáveis esbulhos e massacres sofridos pelos povos indígenas antes da atual Constituição. Mostra-se inconteste que a tese do marco temporal, além de ser tecnicamente insustentável perante o instituto do indigenato, produz uma consequência inaceitável para a realidade do País, tendo em vista o que foi instituído pelo poder constituinte originário bem como mediante os compromissos internacionais assumidos por parte do Brasil em diversos instrumentos, a fim de superar o seu passado autoritário de violações dos direitos humanos.

Por fim, cumpri salientar que a aplicação da teoria do Marco Temporal para as novas demarcações de terras indígenas, bem como a revisão de territórios já demarcados, configuram um grave cenário de retrocesso para o Brasil.

No que que tange a o julgamento do Recurso Extraordinário n 1.017.365, vejamos a decisão:

> **DECISÃO:** Por meio de Petição em eDOC 199, deduzida no bojo de pedido de tutela provisória incidental, a Comunidade Indígena Xokleng da Terra Indígena Ibirama La Klaño e diversos amicicuriae admitidos no pleito requerem que venha este Relator a "determinar a suspensão de todos os processos judiciais em curso, notadamente ações possessórias, anulatórias de processos administrativos de demarcação, bem como os recursos vinculados a essas ações até julgamento final da Repercussão Geral, nos termos do art. 1.035, §5º do CPC excluindo-se as ações judiciais movidas com a finalidade de reconhecer e efetivar os direitos territoriais dos povos indígenas"

Dessa maneira, se os ministros do Supremo Tribunal Federal reafirmarem o caráter originário dos direitos dos povos indígenas e, portanto, rechace definitivamente a tese do marco temporal, milhares de conflitos em todo Brasil terão o caminho aberto para a sua resolução, assim como dezenas de processos judiciais poderão ser imediatamente solucionados.

As 310 terras indígenas que estão estagnadas em alguma etapa do processo de demarcação já não teriam, em tese, nenhum impedimento para que seus processos administrativos fossem concluídos.

Por outro lado, caso o STF opte pela tese anti-indígena do marco temporal, acabará por legalizar o esbulho e as violações ocorridas no passado contra os povos originários. Nesse caso, pode-se prever uma enxurrada de outras decisões anulando demarcações, com o consequente surgimento de conflitos em regiões paci0ficadas e o acirramento dos conflitos em áreas já deflagradas. Essa decisão poderia incentivar, ainda, um novo processo de invasão e esbulho possessório e terras demarcadas – situação que já está em curso em várias regiões do país, especialmente na Amazônia.

5.CONCLUSÃO

Nesse prisma, espera-se que o STF interprete de maneira coerente com o que preconiza a Constituição e as legislações que asseguram os direitos dos povos indígenas, afastando a tese do marco temporal e acolhendo a tese do indigenato.

Atualmente, o julgamento da ação não possui data prevista para iniciar. O Supremo Tribunal Federal havia incluído na pauta do dia 28 de outubro de 2020, pelo novo presidente da Corte, ministro Luiz Fux, entretanto, foi retirado de pauta. O Relator do caso, Ministro Edson Fachin, defendeu a ampla participação de todos os setores interessados no tema, dada a importância da matéria. Serão quase 40 grupos que estão habilitados para contribuir na defesa dos povos indígenas nesse julgamento.

6.REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.>.

BRASIL. Decreto N° 1.775, de 8 de janeiro de 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d1775.htm>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Pet 3.388/RR. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário 1.017.365. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 06 mai. 2020. Disponível em: file:///C:/Users/conceição/Downloads/texto_15343026860%20(1).pdf

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). ARE 803.462-AgR/MS. Terra indígena Limão Verde. Área tradicionalmente ocupada pelos índios (art. 231, § 1o, da Constituição Federal). Marco temporal. Promulgação da Constituição Federal. Não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

cumprimento. Renitente esbulho perpetrado por não índios: não configuração. Relator: ministro Teori Zavascki. Brasília, 9 dez. 2014. p. 1-2. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7734834.

DECLARAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS DIREITOS DOS POVOS INDÍGENAS. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: 2008https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Declaracao_das_Nacoes_Unidas_sobre_os_Direitos_dos_Povos_Indigenas.pdf

FUNAI. ÍNDIOS NO BRASIL – TERRAS INDÍGENAS. Disponível em: http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>.

JUZINSKAS, Leonardo Gonçalves. Boletim Científico nº 53, 2019. Disponível em: http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-53-janeiro-junho-2019/breves-apontamentos-acerca-de-causas-e-consequencias-na-adocao-do-marco-temporal-em-materia-de-terra-indigena

MARCO TEMPORAL. Goiânia: PUC Goiás. 2016. pp. 55-83. Disponível em: <https://racismoambiental.net.br/wp-184

IMIGRAÇÃO E DIREITOS HUMANOS: UMA ANÁLISE DE CASO SOBRE IMIGRANTES VENEZUELANOS NO ESTADO DO AMAZONAS

VICTOR HUGO DA SILVA BARROS:
Graduando do Curso de Direito do Centro Universitário CEUNI-FAMETRO.

RESUMO: Este estudo nasceu do seguinte questionamento: como as democracias liberais podem justificar a não admissão de imigrantes? Os argumentos padrão fornecidos por abordagens nacionalistas, republicanas, utilitaristas ou comunitárias são difíceis de conciliar com as premissas universalistas do liberalismo e sua ênfase nos direitos individuais. Desta forma este artigo teve como objetivo geral analisar a situação do imigrante venezuelano no Estado do Amazonas em relação aos seus direitos e deveres, através da legislação, jurisprudências e doutrinas do Brasil, além de especificamente descrever como se comporta todo o ordenamento jurídico voltado para quando se trata do assunto discutido; explicitar através de pesquisa, todo direito e dever que a Lei estabelece para este determinado grupo, evidenciando que os mesmos possuem inúmeros direitos inerentes a eles, inclusive em nível de um cidadão propriamente dito brasileiro; e, analisar a legislação vigente para debater a situação da política que regula a admissão e permanência desses estrangeiros no Brasil, e qual a relação dela com a garantia de preservar os direitos humanos. O trabalho foi construído por revisão integrativa, com uso do método indutivo, ou seja, a aproximação dos fenômenos ocorreu numa conexão ascendente das conotações às leis e teorias. Conclui que os esforços de redistribuição social interna nos estados de bem-estar social democráticos favorece a livre circulação internacional de pessoas deve ser afirmada como um objetivo e não como uma "restrição lateral" do liberalismo.

PALAVRAS-CHAVE: Integração. Direitos Humanos. Migração.

ABSTRACT: This study was born from the following question: how can liberal democracies justify the non-admission of immigrants? The standard arguments provided by nationalist, republican, utilitarian or community approaches are difficult to reconcile with the universalist premises of liberalism and its emphasis on individual rights. Thus, this article aimed to analyze the situation of Venezuelan immigrants in the State of Amazonas in relation to their rights and duties, through the legislation, jurisprudence and doctrines of Brazil, in addition to specifically describing how the entire legal system behaves when it is the subject discussed; explain through research, all the rights and duties that the Law establishes for this determined group, showing that they have innumerable rights inherent to them, including at the level of a Brazilian citizen; and, to analyze the current legislation to debate the situation of

the policy that regulates the admission and permanence of these foreigners in Brazil, and what is its relation with the guarantee of preserving human rights. The work was built by an integrative review, using the inductive method, that is, the approximation of the phenomena occurred in an upward connection from the connotations to the laws and theories. It concludes that internal social redistribution efforts in democratic social welfare states favor the free international movement of people must be affirmed as an objective and not as a "lateral restriction" of liberalism.

KEYWORDS: Integration. Human rights. Migration.

INTRODUÇÃO

Este artigo mapeia um novo campo nos estudos de proteção da pessoa em mobilidade: direitos humanos e migrações. Começa pelo conceito de integração, passa pelo conceito de pessoas em mobilidade (as migrações), passa pelos direitos humanos dos migrantes e chega a ao problema de explosão de migrantes venezuelanos no Estado do Amazonas.

O artigo observa que as questões de segurança das pessoas em mobilidade são significativas nas decisões prospectivas sobre o país para onde vão se deslocar. Argumenta que a segurança social e econômica de pessoas em mobilidade é reconhecida como uma questão política pelos governos nacionais e agências globais. Teoriza a segurança como princípio de direitos humanos em dois aspectos: os estudos transfronteiriços como múltiplos detentores de direitos; e o ambiente ou regime de segurança dessa pessoas em mobilidade, um conjunto variável, semi integrado e parcialmente sobreposto de instituições formais e redes informais.

Este trabalho tem por objetivo geral analisar a situação do imigrante venezuelano no Estado do Amazonas em relação aos seus direitos e deveres, através da legislação, jurisprudências e doutrinas do Brasil, além de especificamente descrever como se comporta todo o ordenamento jurídico voltado para quando se trata do assunto discutido; explicitar através de pesquisa, todo direito e dever que a Lei estabelece para este determinado grupo, evidenciando que os mesmos possuem inúmeros direitos inerentes a eles, inclusive em nível de um cidadão propriamente dito brasileiro; e, analisar a legislação vigente para debater a situação da política que regula a admissão e permanência desses estrangeiros no Brasil, e qual a relação dela com a garantia de preservar os direitos humanos.

Segundo dados estatísticos da Agência da Organização das Nações Unidas – ONU, para Refugiados (UNHCR-ACNUR), no Brasil data 264 mil venezuelanos refugiados no país, em sua grande maioria tendo feito sua entrada através do Estado de Roraima, permanecendo e residindo no mesmo. De forma consequente, havendo

uma sobrecarga nos serviços públicos do Estado, onde não se tem a estrutura necessária para suportar um êxodo migratório dessa proporção, não conseguindo oferecer empregos, saúde, segurança e educação. Assim, apenas uma pequena parte consegue ter acesso a esses serviços essenciais para a sobrevivência, enquanto uma grande massa não consegue ser amparada pelo poder público no que consiste como prioridade para se tiver uma vida digna (FINNIS, 2017).

O enfoque da pesquisa foi o qualitativo, Segundo Gil (2014) a pesquisa qualitativa se concentra no entendimento de uma consulta de pesquisa como uma abordagem humanística ou idealista. Embora a abordagem quantitativa seja um método mais confiável, ela se baseia em métodos numéricos e que podem ser feitos objetivamente e propagados por outros pesquisadores. O método qualitativo é usado para entender as crenças, experiências, atitudes, comportamento e interações das pessoas. Ele gera dados não numéricos.

Conclui que os esforços de redistribuição social interna nos estados de bem-estar social democráticos favorece a livre circulação internacional de pessoas deve ser afirmada como um objetivo e não como uma "restrição lateral" do liberalismo.

1 INTEGRAÇÃO COMO PREMISSA DA POLÍTICA DE IMIGRAÇÃO

A política de imigração nas democracias liberais se baseia na premissa de uma ampla oferta de integração para aqueles imigrantes que nelas se instalem por mais tempo ou permanentemente (CESARINO JUNIOR, 2009).

Esta oferta não pode ser entendida como o cumprimento de obrigações humanitárias para com estranhos. Em vez disso, surge de requisitos especiais para a legitimação do governo político em estados liberais. Um estatuto permanente de imigrantes e seus descendentes como estrangeiros não é compatível com a democracia liberal em longo prazo. As cláusulas desta oferta de integração são um teste de tolerância para a liberalidade de um sistema democrático, ou seja, para superar os padrões nacionalistas de legitimação, sejam eles povoantes étnico-nacionais ou republicanos (GOLGHER, 2017).

A literatura propõe dividir a premissa da integração liberal em três elementos, para sua plena integração como premissa para a política de imigração. São eles: o direito de permanência; a exigência de inclusão; e a liberdade de assimilação (GUIMARÃES, 2014).

O direito de permanência se consubstancia nos seguintes princípios: primeiro, a existência de um *status* legal para imigrantes estabelecidos com forte proteção contra deportação (LIMA, 2018).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O argumento liberal para isso é que os imigrantes adquirem um direito subjetivo a uma residência segura simplesmente por causa de seus laços sociais no país de imigração. No entanto, esse princípio também pode ser indiretamente apoiado pela visão republicana do povo do Estado como uma comunidade de vontade política: a escolha da cidadania como uma decisão voluntária de adesão a uma associação democrática de cidadãos com direitos iguais é desvalorizada se o incentivo mais forte para isso for obter uma residência segura (DIAS, 2019).

O direito de permanência não só colocaria em questão a prática de muitos países de imigração de retirar autorizações de residência de longa duração em caso de insuficiência de meios de subsistência, desemprego prolongado ou uso de certos benefícios sociais (LIMA, 2018).

Além disso, tal princípio equivaleria também à abolição da chamada dupla punição: depois de cumprir uma pena de prisão, os infratores estrangeiros não seriam mais punidos uma segunda vez pelo mesmo crime com a expulsão do país (BAENINGER, 2018).

Em segundo lugar, o princípio da consolidação da residência, ou seja, uma transição gradual e automática para o *status* de residente com o aumento do tempo de permanência. O tempo de espera total não deve, em qualquer caso, ser superior ao da naturalização e razões especiais como o nascimento no Brasil ou o casamento com uma pessoa que goza de um direito de residência ilimitado devem conduzir à eliminação ou redução dos prazos (BAENINGER, 2018).

De uma forma modificada, o princípio também poderia ser aplicado a imigrantes irregulares, seja na forma de um prazo de prescrição legalmente regulamentado para infrações relacionadas à lei de residência ou como uma anistia retroativa para imigrantes ilegais que possam provar certo tempo de permanência. Parece que a regularização de acordo com certos períodos é muito óbvia, obrigatório nos casos em que as decisões das próprias autoridades resultaram em um *status* irregular, mas tolerado, como no caso de requerentes de asilo rejeitados que não podem ser removidos (DIAS, 2019).

Com o requisito de inclusão, se quer dizer o imperativo liberal-democrático de conceder direitos civis iguais a todos aqueles que estão permanentemente sujeitos à autoridade do Estado. O direito de permanência pode ser formulado como uma aplicação especial deste princípio mais geral. A importância especial do direito de permanência reside no fato de que uma residência segura é geralmente assumida como uma coisa natural para os cidadãos domésticos, mas é o pré-requisito básico para os migrantes exercerem todos os outros direitos civis (LUCCI, 2008).

Tese de Joseph Schumpeter de que as democracias podem decidir quem seus cidadãos deveriam ser, teoricamente leva a uma lógica de círculos e praticamente à violação dos critérios mínimos de estabilidade política. Para formar uma associação governante estável, toda forma de democracia deve vincular-se à sua autoridade decisória postulando critérios objetivados de filiação e retirando-os da revisão por decisões da maioria (QUEIROZ, 2018).

As formas históricas de democracia diferem na abrangência desses critérios em relação à sociedade sobre a qual exercem o monopólio de poder. A filiação nacional formou um quadro externo desde o final do século XVIII, que pela primeira vez na história abrangeu sociedades inteiras e as entendeu como unidades políticas (MAIA, 2013).

Na concepção orgânica da nação como uma comunidade étnica e ancestral, entretanto, a família era considerada o núcleo e o cidadão individual era menos um indivíduo autônomo do que o representante de uma casa. Foram necessários os impulsos de modernização desencadeados pelos movimentos de trabalhadores e mulheres e duas guerras mundiais para impor a individualização da filiação nacional e para quebrar uma estrutura que reservava direitos civis ativos exclusivamente para chefes de família homens que pagam impostos (SILVA, 2019).

Hoje, no entanto, está se tornando cada vez mais claro que as fronteiras externas das nações-estado não são suficientemente inclusivas, mas estão se tornando fronteiras internas nas sociedades modernas. As regras e possibilidades de acesso à filiação nacional podem ser bastante diversas. Em diferentes combinações, incluem: descendência de nacionais, nascimento em território nacional, casamento com nacional ou adesão por assimilação e declaração de intenções. Em nenhuma interpretação nacional de filiação, entretanto, isso pode ser obtido por meio de um mero acordo devido à integração social (ANDREAS, 2016).

No entanto, uma vez que a regra do estado se baseia na soberania territorial, é precisamente esse fato da residência permanente que sujeita os indivíduos ao monopólio da força pelo estado. Numa perspectiva democrática, por esta submissão, têm direito a gozar da mesma proteção, das mesmas liberdades e direitos fundamentais, e a serem representados como cidadãos no processo legislativo. A democracia liberal é, portanto, autorreferencial na definição de adesão de uma forma consistente. Seu critério de inclusão deriva da máxima democrática de garantir direitos iguais a todas as pessoas permanentemente afetadas pelas decisões coletivas - inclusive o direito de ser representado na legislação (ANDREAS, 2016).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Entre outras coisas, a exigência de inclusão resulta na exigência de um princípio de igualdade entre os estrangeiros residentes no Brasil e os cidadãos públicos e civis. Exceções a certos direitos para estrangeiros com perspectivas de residência limitadas teriam que ser justificadas em cada caso. Além da eliminação das discriminações remanescentes no que diz respeito às liberdades políticas e econômicas ou aos direitos sociais, há, acima de tudo, questões sobre direitos de participação política e acesso a cargos públicos (CASTELS, 2014).

Não há nenhum argumento válido contra o direito local de voto para estrangeiros e acesso a cargos que não se enquadrem na área central da política de segurança ou sejam preenchidos por eleições gerais. Outra consequência do requisito de inclusão seria a transformação das naturalizações discricionárias em um direito legal a ser concedido à cidadania após certos períodos de residência, bem como a introdução de pelo menos a aquisição automática da cidadania no nascimento se um dos pais também nasceu no Brasil (COMPARATO, 2010).

Somente sob essas condições o argumento de que a naturalização deve significar a adesão livremente escolhida a uma associação democrática de cidadãos também pode ser usado como uma objeção ao direito geral de voto para estrangeiros. Eleições parlamentares devem ser formuladas. No entanto, deve-se notar que isso foi amplamente alcançado na Grã-Bretanha, por exemplo, sem qualquer perigo para a democracia se tornar aparente (FREMAN, 2015).

Por fim a liberdade de assimilação. Todo direito formulado como liberdade implica igual legitimidade para a ação que autoriza e para a omissão dessa ação. Um princípio de liberdade de assimilação significaria, portanto, que imigrantes e membros de minorias étnicas e nacionais devem ter o direito de assimilação e não-assimilação da mesma maneira (FREMAN, 2015).

O termo incomum tem a intenção de sugerir tanto a liberdade da compulsão de assimilar quanto a liberdade de escolher a adaptação cultural. O chamado direito à diferença, portanto, já está incluído na liberdade de assimilação (SCHUSTER, 2015).

Significa que as democracias liberais não podem exigir dos imigrantes demonstrações nacionais de lealdade, nem plena adaptação às tradições culturais históricas como o preço da adesão plena (SILVA, 1989).

Se, nas palavras de Edmund Burke, a comunidade nacional é entendida como uma parceria não apenas entre aqueles que estão vivos, mas entre aqueles que estão mortos e aqueles que estão por nascer, então três podem resultar em consequências antiliberais que são extraídas: primeiro, a violação da integridade das pessoas se elas forem forçadas a professar uma comunidade simbólica de gerações que se estende

por gerações com ancestrais que não eram deles; em segundo lugar, para justificar a exclusão interna daqueles cujas sepulturas familiares não se encontram nos cemitérios do país; terceiro, direito ao território de outros estados se ancestrais de sua própria nação estiverem enterrados lá (STEINER, 2000).

O imperativo da inclusão para com os imigrantes, por outro lado, limita o poder de construção da comunidade de retrospectivas históricas e orienta a mobilização de recursos de solidariedade social para o presente e o futuro. Claro, isso também requer um mínimo de cultura e homogeneidade. Se os imigrantes não aprenderem a língua do país de acolhimento, permanecem excluídos da sociedade civil, mesmo que os seus direitos civis não sejam diminuídos (STEINER, 2000).

As três premissas de integração aumentam o peso do argumento para os defensores da imigração gratuita. Se as democracias liberais fossem capazes de discriminar legalmente os imigrantes, assimilá-los à força ou removê-los novamente do país, os motivos mais importantes para uma limitação geral da imigração já estariam minados. A seleção poderia então ocorrer inteiramente no Brasil e ser moldada sem restrições de acordo com os respectivos interesses do país anfitrião **(**ALEXY, 2012).

Apenas a segurança interna ou a sobrecarga ecológica ainda deveriam ser trazidas contra as fronteiras abertas, mas seriam mais a favor de uma restrição geral da liberdade de viajar do que de um controle especial de estadas mais longas. Desde meados da década de 1970, essa tem sido a fórmula comum usada pelos governos no mundo para justificar políticas de imigração restritivas. Este argumento já foi amplamente abandonado. No novo discurso político, através dos campos ideológicos, há a afirmação de que é precisamente a incapacidade culturalmente determinada de integrar certos grupos de origem que exige um controle estrito da imigração (FINNIS, 2017).

2 HISTÓRICO DA MIGRAÇÃO

Venezuelanos passaram intensificar o processo migratório para encontrar e manter trabalho. Com base em dados do Ministério da Justiça coletados no ano de 2018 as pessoas que migraram para Manaus, principalmente, oriundos da Venezuela entre 21 e 45 anos de idade concluíram movimentos interestatais e, segundo os mesmos dados do Ministério da Justiça à razão mais importante dada para a migração estava relacionada ao trabalho (46,30%) (QUEIRÓZ, 2018).

Outros motivos incluíam fugir de problemas políticos (15,40%), estar próximo de parentes (14,20%) e, outros motivos (24,10%). Essas pessoas (venezuelanos) são especialmente propensos e sensíveis ao desemprego, À lógica da teoria do capital

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

humano, que considera a migração como um investimento na produtividade futura do indivíduo, e a teoria da procura de emprego, que vê a migração como uma maneira de estender o alcance geográfico da busca de emprego, pode ser combinada de maneira útil para derivar um modelo básico do comportamento migratório desses contingentes populacionais (GOLCHER, 2017).

Mas para falar da migração da segunda década do século XXI se fez necessário que se conheça a história do mundo que inclui histórias notáveis de migração. Nos últimos cinquenta anos, a migração do campo para a cidade em todos os canto do mundo fez com que a proporção de habitantes da cidade se expandisse para mais da metade da população humana. A vida humana, anteriormente rural, agora tornar-se predominantemente urbano. Áreas urbanas com mais de vinte milhões de habitantes incluem Tóquio, Cidade do México, Nova York, Bombaim, Istambul, São Paulo e Jacarta: destes, apenas Tóquio e Istambul tinham populações de até 100.000 habitantes em 1800 (LUCCI, 2015).

Nos três séculos após a viagem de Colombo - uma era frequentemente chamada Tempos "modernos" - cerca de dois milhões de colonos atravessaram o Atlântico para a Europa para se estabelecer nas Américas. Nos mesmos três séculos, quase oito milhões de africanos foram trazidos para as Américas, à maioria em escravidão. Estas populações de imigrantes, em combinação complexa entre si e com as populações ameríndias, criou uma nova organização social em dois continentes **(**ALEXY, 2012).

Nos séculos XIX e XX, o transporte aprimorado de sistemas e novos incentivos econômicos, positivos e negativos, permitiu cerca de cinquenta milhões de migrantes europeus para atravessar o seu continente e depois para a América do Norte e do Sul e além. No mesmo período, outros oitenta milhões de migrantes se mudaram para o leste e sul da Ásia, repovoando regiões do Oceano Índico a Manchúria e Ásia Central **(**ALEXY, 2012).

A continuação migrações de longa distância de africanos, incluindo cerca de quatro milhões neste período, agora parecia menor em comparação aos anos anteriores. Nos tempos que se chama de "antigos", mais de dois mil anos atrás, marinheiros gregos criaram colônias comerciais prósperas ao longo das margens do Mar Mediterrâneo e Mar Negro; em seu rastro, Roma foi capaz de absorver as terras vizinhas em um grande império **(**ALEXY, 2012).

Nestes séculos anteriores as migrações mudaram gradualmente a cultura de dois grandes subcontinentes: pessoas que falam línguas indo-européias se espalham da Ásia Central para Irã e norte da Índia, e as pessoas que falam línguas bantus

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

mudaram da agora Nigéria e Camarões em muitas regiões da região central, oriental e África do Sul (GOLCHER, 2017).

Em tempos muito mais distantes, a disseminação do *Homo sapiens* da África em todo o Hemisfério Oriental incluído - mais notavelmente há talvez sessenta mil anos atrás - viagens através das águas para se estabelecer na Austrália e Nova Guiné. Migrações periódicas em massa fornecem a ponta do *iceberg* nos estudos de migração. Os movimentos de larga escala - incluindo aqueles que se rotulam como migrações de árabes, alemães, judeus e polinésios - consistiam na prática de um acúmulo de movimentos menores que se encaixam em padrões maiores com o tempo **(**ALEXY, 2012).

Os seres humanos, como a maioria das outras espécies, organizam sua existência em comunidades. A distinção, no entanto, é que os humanos desenvolveram linguagem, de modo que comunidades humanas se organizam em torno da linguagem e não apenas proximidade. A comunicação oral certamente existia entre esses hominídeos anteriores como *Homo erectus*, como existe entre outras espécies como pássaros, golfinhos e macacos. Presume-se, no entanto, que o desenvolvimento de linguagens totalmente flexionadas, com gramática e vocabulário distintos, é um desenvolvimento de própria espécie (GOLCHER, 2017).

De acordo com os resultados recentes de arqueólogos e geneticistas, o *Homo* moderno *sapiens* surgiu nos últimos 150.000 a 200.000 anos. Naquele tempo, entre os membros de nossa espécie, todos aqueles que compartilham um idioma puderam comunicar em profundidade um com o outro. Comunicação com membros de outras comunidades humanas é possível, mas só pode alcançar seu potencial se aprende o idioma (GOLCHER, 2017).

Então, define-se uma comunidade humana como os falantes de um determinado idioma. Os limites das comunidades humanas, ao longo da longa história, foram os de língua. Esses limites entre as comunidades de idiomas não são necessariamente dialetos e idiomas estreitamente relacionados podem ser facilmente entendidos. Mas além de certo nível de diferença, as línguas se tornam mutuamente ininteligíveis, e só pode ser entendido após um período de estudo e prática (LUCCI, 2015).

As muitas versões diferentes do inglês podem ser entendidas com pouco esforço por um falante de inglês, mas o espanhol, em qualquer uma de suas versões, é um idioma bem diferente. Assim segundo a breve definição anterior de comunidades de linguagem humana, pode-se definir a migração dentro e entre essas comunidades. Assim podem-se identificar quatro categorias de migração humana.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Três destes são bastante semelhantes a padrões de migração para outros animais, especialmente mamíferos. A quarta categoria é única e representa uma quantidade substancial de recursos humanos (LUCCI, 2015).

Assim a migração envolve a movimentação de indivíduos de um local para outro. Assim a migração é necessária para a reprodução das espécies, a fim de manter uma diversidade genética. Para os seres humanos, esses movimentos consistem basicamente em homens e mulheres que se deslocam de um local para outro. Assim, muitos seres humanos decidem pela migração quando não encontram mais amparo nos seus locais de origem. Mas as circunstâncias podem variar amplamente **(**ALEXY, 2012).

3 DIREITOS HUMANOS

Geralmente a sociedade tem uma visão bastante equivocada de direitos humanos. Para isso basta observar o comportamento desta mesma sociedade quando aparece alguma organização ligada à defesa dos direitos humanos defendendo sua aplicação na proteção dos direitos de alguns elementos, considerados bandidos, para que todos afirmem: "só existe direitos humanos para bandidos"; "onde estão os direitos humanos para os pais de família que sofreram algum tipo de violência oriundos destes bandidos?" (SILVA, 1989).

Essa é uma visão totalmente equivocada dos direitos humanos, já que esses são por conceito, segundo Silva (1989, p. 513) "são direitos inerentes a todos os seres humanos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição". Neste interim, os direitos humanos contemplam o direito à vida e à liberdade geral e irrestrita, o direito ao trabalho e à educação, entre outros. Cristo não deixou nada escrito, de sorte que o conhecimento mais imediato em torno da sua personalidade se realiza através dos escritos dos seus discípulos. Sobre Cristo se têm testemunhas pagãs, além das testemunhas cristãs; estas são extras canônicas e canônicas. Estas últimas, porém, são fundamentais e mais do que suficientes para explicar a mensagem de fraternidade, intitulada de amor ao próximo (Direitos Humanos) (FREMANN, 2015).

Esse ensinamento, Cristo dirige a todos os seus seguidores, como condição necessária para a salvação afirmando – se alguém quer vir após mim, renuncie-se a si mesmo, tome a sua cruz e siga-me. Entretanto, aos que aspiram à santidade, à plenitude da vida cristã, à perfeita imitação dele, impõe Cristo a renúncia total aos grandes bens do mundo: renúncia à riqueza, à família, à liberdade, para abraçar a pobreza, a castidade, a obediência. É esta a chamada via comum dos preceitos (FREMANN, 2015).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

E realiza-se na clássica praxe cristã dos votos religiosos, sempre idêntica e imutável na substância embora variável nas aplicações concretas. É a mensagem do amor incondicional ao próximo (fraternidade). Nasce um novo modelo de sociedade inspirada e sustentada pelos valores do Evangelho e que encontra na Igreja o seu ideal-guia e o seu instrumento de atuação, já que se afirma como uma sociedade baseada em relações de fraternidade e de civilidade, além da igualdade, e como motor de todo o processo de renovação da vida social. Mas é somente na Revolução Francesa e na Fundação dos Estados Unidos da América que os direitos humanos são incorporados ao ordenamento jurídico destes dois países, criando desta forma uma subordinação mundial aos direitos humanos (FREMANN, 2015).

Com as atrocidades das guerras, principalmente na Segunda Guerra Mundial (1939-1945), houve a necessidade de se estabelecer os mecanismos fundamentais dos direit5os das pessoas, surgindo daí vários organismos internacionais de defesa dos direitos humanos como foco principal nos direitos das denominadas minorias (FREMANN, 2015).

Os direitos humanos nasceram dentro do formalismo estatal, e surgiram para delimitar o poder do soberano com a Magna Carta de 1215 na Inglaterra – a carta de liberdade civil inglesa. Para Silveira (1996, p. 22): "a Magna Carta (1215) evidenciou pela primeira vez, de modo inequívoco, que nenhuma pessoa, por mais poderosa que fosse, estaria acima da lei, ao assegurar, em seu § 39, com as alterações da Carta de 1225, com regra absoluta a ser observada, o devido processo legal (*due process of Law*)" (STEINER, 2000).

Com esse documento, uma discussão logo apareceu: os direitos fundamentais previstos na Carta, reconhecendo em forma contratual e particular, têm como titulares apenas as pessoas pertencentes à determinada classe: a nobreza. Até porque os ingleses daquele tempo não tinham ideia de uma lei para todos. Outros entediam que os dispositivos deveriam alcançar a todos, pois o capítulo 60 obrigava os barões a conferirem a seus homens os costumes e as liberdades que lhes haviam sido outorgados. Além disso, é de se recordar que o baronato nada teria conseguido sem a participação do povo (STEINER, 2000).

A Carta Magna, apesar da consagração dos privilégios feudais, teve decisivo papel no desenvolvimento das liberdades públicas inglesas. Interessa aqui o capítulo 39, que assim dispunha, segundo Pontes de Miranda (1990, p. 20) APUD Steiner (2000. p. 133): "Nenhum homem livre será detido ou preso ou tirado de sua terra ou posto fora da lei ou exilado ou, de qualquer outro modo destruído (arruinado), nem lhe imporemos nossa autoridade pela força ou enviaremos contra ele nossos agentes, senão pelo julgamento legal de seus pares ou pela Lei da Terra". O respeito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

à Lei da Terra impunha uma garantia de lealdade muito mais vasta ou penetrante, subordinando a validade do julgamento à lei do país. Na verdade, a referência *per legem terrae* é o antecedente histórico da expressão consagrada pelo direito norte-americano (SILVA, 1989).

Ano após ano a Magna Carta foi se consolidando na Inglaterra e, com as colônias Inglesas na América do Norte, firmam-se as convicções ideológicas de Sir Edward Coke, baseadas na supremacia da *common Law* contra o absolutismo do rei e do parlamento, conhecida como Declaração da Virgínia (SILVA, 1989).

Para Comparato (2010, p. 91-92): a "magna Carta constitui, na verdade, uma convenção passada entre o monarca e os barões feudais, pela qual se lhes reconheciam certos foros, isto é, privilégios especiais. Mais do que isso, porém, a Magna Carta deixa implícito pela primeira vez, na história política medieval, que o reio acha-se naturalmente vinculado pela próprias leis que edita".

Mas, segundo Steiner (2000) o marco para a institucionalização dos direitos humanos nasce com a Declaração Francesa de 1789 em consonância com a Constituição dos Estados Unidos da América que a antecedeu. Esses dois (20) documentos são os marcos efetivos da moderna ideia de direitos humanos. Mas o movimento de mundialização dos direitos humanos é muito mais próxima, surgindo a partir do pós-guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo (STEINER, 2000).

A Convenção Americana de Direitos Humanos foi assinada em San José, Costa Rica, em 1969, entrando em vigor em 1978, podendo de ela fazer parte somente Estados americanos. A exemplo dos demais instrumentos internacionais, prevê mecanismos de sujeição dos Estados infratores aos procedimentos judiciais internacionais, com graves repercussões para a imagem do país, passíveis inclusive de sanções econômicas. Em 8 de dezembro de 1998, o Brasil finalmente aceitou a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Se os estados têm ou não a capacidade de controlar verdadeiramente a migração, permanece que as políticas de fronteira temporárias são acompanhadas de vários desafios aos direitos humanos (SILVA, 1989).

O primeiro diz respeito ao asilo. As medidas destinadas a impedir a migração irregular têm consequências diretas no princípio do asilo, segundo o qual todos os seres humanos têm o direito de buscar proteção contra perseguição. A falta de canais de migração legal incita alguns migrantes econômicos a se apresentarem como requerentes de *asylum*, que, em um processo de autocuidado, lançam dúvidas sobre todos os refugiados e levam a medidas ainda mais restritivas (STEINER, 2000).

A confusão entre requerentes de asilo e migrantes econômicos leva não apenas a procedimentos infindáveis e incontroláveis para provar a existência de perseguição, mas também a abusos dos direitos humanos e sofrimento para refugiados genuínos e falsos (SILVA, 1989).

Além disso, as tentativas de controlar os fluxos migratórios antes de chegar aos países de destino afetam a capacidade dos refugiados de buscar asilo. Na Europa, por exemplo, os Estados discutem cada vez mais a possibilidade de levar refugiados a permanecer em países próximos à sua região de origem, em vez de considerar seu caso em solo europeu (CASTLES, 2014).

A relutância dos Estados em abordar a migração de uma perspectiva baseada em direitos é óbvio em sua atitude em relação à Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos dos Trabalhadores Migrantes: este tratado abrangente, adotado em 1990, fornece um amplo conjunto de respostas em direitos humanos aos desafios da migração, mas menos de quarenta estados o ratificaram e nenhum país de imigração ocidental o fez nesta data (DIAS, 2019).

4 INTERESSES COLETIVOS DAS SOCIEDADES DE IMIGRAÇÃO PARA VENEZUELANOS NO ESTADO DO AMAZONAS

Cabe ao Estado a tarefa de produzir e garantir o estoque de bens públicos escassos para os migrantes. No caso do Estado do Amazonas um argumento válido para uma cota geral de consumo de tais bens, mas não justifica a exclusão específica de estrangeiros como vem acontecendo em que a eles só lhes á dado à oportunidade de subempregos, por exemplo (TADDEI, e BERQUÓ. s/d).

Desde 2019, com a chegada de um novo governo no Brasil, que vem sendo proposto, ainda de forma discreta, mas constante uma ideologia de controle de imigração, principalmente de venezuelanos que vem sendo replicado com dois argumentos diferentes: primeiro, que a imigração de venezuelanos representa uma ameaça particular à produção ou distribuição de certos bens públicos; em segundo lugar, que o controle da imigração tem menos a ver com a salvaguarda dos bens públicos, de cujo gozo ninguém pode ser excluído, mas sim com os bens particulares, que por sua própria natureza exigem a exclusão de não-membros (TADDEI, e BERQUÓ. s/d).

A primeira estratégia de argumentação é particularmente difundida em conexão com o clássico bem público da segurança coletiva. Historicamente, o debate mudou de problemas externos para os de segurança interna. Para a doutrina do direito internacional e da teoria política dos séculos XVII e XVIII, os estrangeiros eram

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

considerados principalmente como súditos de outro soberano, a quem tinham deveres de lealdade (CAMPOS e SILVA, 2015).

Sua admissão como imigrantes é, portanto, geralmente aconselhável apenas quando o estado natural geral de guerra potencial entre Estados independentes foi parcialmente superado devido a alianças entre soberanos individuais. Até meados do século XX, os direitos civis essenciais e as liberdades políticas para os estrangeiros foram suspensos por esse motivo, mesmo nas democracias ocidentais como o Brasil, embora o país vivesse grande parte do século XX sob regimes ditatoriais, como o Getúlio Vargas entre 1930 e 1945 e o Governo Militar entre 1964 e 1985 (TIBURCIO e ALBUQUERQUE, 2015).

Hoje, esse argumento ainda é ocasionalmente encontrado na rejeição generalizada de múltiplas cidadanias, mas agora pode ser descrito como amplamente desacreditado. A soberania territorial de todos os súditos do estado estabeleceu estrangeiros - com exceção do pessoal de estrangeiros (GARCIA, 2016).

Embaixadas e autoridades internacionais - laços jurídicos muito mais fortes do que a nacionalidade do país de origem mantida ao mesmo tempo. A presença de um grande número de estrangeiros em seu próprio território, portanto, dificilmente afeta a soberania externa de um Estado de forma significativa. Não há dúvida de que outras considerações se aplicam no caso de um conflito ou guerra internacional. Mas uma política orientada para a manutenção da paz internacional não pode justificar a restrição preventiva da imigração com referência a um possível conflito com o respectivo país de origem, uma vez que tal declaração deveria ser considerada um ato hostil sem justa causa (RAMOS et. al., 2017).

Além disso, mesmo no caso de hostilidades abertas, como vem ocorrendo desde de 2016 e intensificada a partir de 2019 entre Brasil e Venezuela, deve-se ter em mente que nem todos os imigrantes podem ser contados como partidários de um regime inimigo simplesmente por serem cidadãos desse regime. Muitos deles são completamente neutros politicamente ou, como refugiados, oponentes ativos do governo de seu país, como ocorre com os venezuelanos que estão no Brasil, especialmente no Estado do Amazonas (CAMPOS e SILVA, 2015).

Nenhuma democracia ocidental em seu próprio território foi afetada por uma guerra internacional desde a Segunda Guerra Mundial. É por isso que o debate sobre a imigração está agora cada vez mais focado nas questões de segurança interna (GARCIA, 2016).

A política de asilo é discutida sob este ponto de vista e a necessidade de limitar a imigração é justificada pelo aumento da criminalidade contra estrangeiros. É

indiscutível que a abertura das fronteiras pode tornar a luta contra o crime muito difícil (RAMOS, 2008).

Por exemplo, desde a abertura do Pacto de Varsóvia em 1989 nos estados federais do leste da Áustria, tem havido um aumento significativo em crimes menores contra a propriedade, como furtos em lojas e aumento da atividade de gangues organizadas internacionalmente. Ao mesmo tempo, entretanto, as estatísticas mostram que a população estrangeira residente não mostra uma taxa de criminalidade mais alta do que grupos comparáveis de nativos, exatamente como ocorre no Estado do Amazonas em relação aos Venezuelanos (RAMOS et. al., 2017).

A identificação de imigrantes, turistas e criminosos sob o título de estrangeiros é pura rotulagem fraudulenta. Não é a imigração, mas a liberdade de viajar pode ser apontada como a causa de certos problemas de segurança interna. Em contraste, porém, as próprias restrições à liberdade de viajar que servem para prevenir a imigração são amplamente ineficazes (SOARES, 2014).

Os turistas são sempre bem-vindos por razões econômicas e as gangues criminosas nunca tiveram dificuldade em obter ou produzir os documentos necessários. Uma vez que o Brasil e notadamente o Estado do Amazonas dificilmente estão preparados para restringir de maneira geral o movimento de pessoas através de suas fronteiras (e não apenas seletivamente para imigrantes em potencial como os venezuelanos), a única resposta eficaz para esse fenômeno continua sendo uma luta igualmente organizada internacionalmente contra o crime (TIBURCIO e ALBUQUERQUE, 2015).

Congelar a imigração não seria apenas uma medida desproporcional, mas também bastante ineficaz. Não há dúvida de que a migração tem implicações para a seguridade social em um sentido mais amplo. O domínio da agenda de segurança tradicional causa isso. Mas hoje existe uma suspensão crescente das garantias constitucionais para aqueles imigrantes que, como estrangeiros, já se encontram em situação jurídica precária. Muito teria sido alcançado a este respeito se a política de imigração não fosse mais a competência primária dos ministros da justiça (CAMPOS e SILVA, 2015).

CONCLUSÃO

Apesar dessa relativa coesão como comunidade política, as sociedades modernas são móveis além de suas fronteiras e isso abre as democracias liberais aos direitos individuais de imigração.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A expansão dos direitos civis segue o princípio da inclusão. Os direitos humanos estão ancorados na ordem política das democracias liberais de três maneiras: dentro de cada estado, nas relações entre os estados e como direitos de indivíduos ou grupos sociais dentro da ordem política global da comunidade internacional.

A primeira interpretação dos direitos humanos foi articulada nas declarações correspondentes das revoluções francesa e americana. Refere-se a um conjunto comum de liberdades e direitos garantidos, que são enfatizados por seu *status* constitucional em comparação com a legislação simples e que não estão vinculados às respectivas tradições políticas, mas são garantidos substancialmente da mesma forma em todos os estados democráticos.

O segundo está enraizado nas tradições do direito internacional. De acordo com isso, a busca pelo respeito aos direitos humanos não é uma ingerência nos assuntos internos de outros Estados, mas um interesse legítimo nas relações interestatais, que em casos extremos de crimes contra a humanidade também podem fornecer motivos suficientes para uma intervenção militar.

A terceira e mais recente interpretação só foi desenvolvida depois da Segunda Guerra Mundial. Ela define os direitos humanos como direitos subjetivos independentes da nacionalidade, aos quais os indivíduos ou grupos sociais têm direito dentro da comunidade internacional de Estados e que são estabelecidos por suas instituições como normas de direito internacional. Nesta interpretação, os indivíduos não são mais considerados membros de seus respectivos Estados, mas como sujeitos autônomos no âmbito de um ordem política global. Somente esta interpretação permite a formulação de direitos de imigração (como aqueles para membros da família) e obrigações de recepção (como aqueles em relação aos refugiados). Ela enfrenta o dilema formulado por Hannah Arendt de que os direitos humanos são apenas naquele momento inaplicáveis quando os indivíduos perdem sua participação em uma comunidade política e são reduzidos à sua mera existência humana (ARENDT, 2000, pp. 290-302).

O isolamento normativamente justificado das democracias liberais da imigração de venezuelanos é, portanto, relativo em três aspectos. Em primeiro lugar, é posta em perspectiva pela tendência geral para o aumento da mobilidade internacional e pela necessidade estrutural de imigração. Em segundo lugar, o reconhecimento dos direitos humanos neutros em termos de cidadania abre esses Estados para a reunificação familiar e o acolhimento de refugiados. Em terceiro lugar, o objetivo de expandir as liberdades civis é uma obrigação de permitir a liberdade de movimento onde não há necessidade de restringi-la.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R. **A Theory of Constitucional Rights**. (trad. Julian Rivers) 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

ANDREAS, P. **Jogos de Fronteira**. Policiamento da divisão EUA-México. Ithaca: Universidade de Cornell, Pressione, 2016.

ARENDT, H. **Verdade e Política**. Petrópolis: Vozes, 2000.

BAENINGER, R.; SILVA, J. C. J. (Org.). **Migrações venezuelanas**. Campinas: Nepo/Unicamp, 2018. v. 1. Disponível em: <Disponível em: https://bit.ly/2ULmffG >. Acesso em 29 DE SET DE 2020.

CAMPOS, B. P. C.; SILVA, J. G. L. G. X. da. **Igualdade, Não-Discriminação e Política Para Migrações no Brasil**: Antecedentes, Desafios e Potencialidades para o acesso da PessoaMigrante a Direitos e Serviços. In GALINDO, George B (org.). Migrações, deslocamentos e direitos humanos. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Civil, Grupo de Pesquisa Crítica e Direito Internacional, p. 50-63, 2015.

CASTELS, S. **Os fatores que fazem e desfazem as políticas de migração Internacional**. Migration Review 38 (3): 852-884, 2014.

CESARINO JUNIOR, A. F. **Direito social**. 8ª ed. São Paulo: RT, 2009.

COMPARATO, F. K. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. VII edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, R. S. **As implicações da imigração venezuelana sobre o trabalho dos agentes comunitários de saúde do município de Pacaraima**. 2019. Dissertação (Mestrado em Educação Profissional em Saúde) - Escola Politécnica de Saúde "Joaquim Venâncio", Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro, 2019.

FINNIS, J. **Lei Natural e direitos Naturais**. São Leopoldo: Ed. da Unisinos, 2017.

FREMAN, G. P. **Os Estados Liberais podem controlar a migração indesejada**? Um questão de direitos humanos. Anais do americano Academia de Ciências Políticas e Sociais 534: 17-30, 2015.

GARCIA, M. P. P. **Estrangeiro e migrante no ordenamento jurídico brasileiro**. In CARVALHO RAMOS, André de (org). Direito Internacional Privado: questões controvertidas. Belo Horizonte: Arraes, 2016, p.150-163.

GIL. A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa**. São Paulo: Saraiva, 2014.

GOLGHER, A. B. **Fundamentos da migração**. Belo Horizonte: UFMG/Cedeplar, 2017. (Texto para discussão). Versão digitalizada.

GUIMARÃES, G. T. D. **Rede de atendimento para moradores em situação de rua**. Revista da ADPPUCRS nº 05, p. 71-76. Dezembro/2014. Disponível em http://www.dppacrs.com.br Acesso em 29 de set de 2020.

LIMA, J. F. **Regimes totalitários e a imigração**: uma análise do caso de imigração dos venezuelanos para o Brasil à luz do direito natural. Fibra Lex, Belém, v. 1, n. 4, p. 1-12, 2018.

LUCCI, E. A. **Espaço geográfico**. 2ª ed. São Paulo: Ática, 2008.

MAIA, R. L. A. **O sentido das diferenças**: migrantes e naturais. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2013.

QUEIROZ, M. P. **Venezuelanos e haitianos em Manaus**: demanda para assistência social. Manaus: UFAM, 2018. Versão digitalizada.

RAMOS, A. de C. **Direitos dos Estrangeiros no Brasil**: a Imigração, Direito de Ingresso e os Direitos dos Estrangeiros em Situação Irregular. In: SARMENTO, Daniel, IKAWA, Daniela e PIOVESAN, Flávia. (Org.). Igualdade, Diferença e Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 721-745.

RAMOS, A. de C.; RIOS, A.; CLÈVE, C. et al. **Regulamento da nova Lei de Migração é contra legem e praeter legem**. Consultor Jurídico, São Paulo, v. 23,n.2017, 2017. Disponível em: < https://www.conjur.com.br/2017-nov-23/opiniao-regulamento-lei-migracao-praetem-legem >. Acesso em 29 de set de 2020.

SCHUSTER, L. **A exclusão de requerentes de asilo na Europa**. Trabalho de Política e Sociedade Artigo nº 1, Centro de Migração, Universidade de Oxford, Oxford, Inglaterra, 2015.

SILVA, F. A da. **Trabalho e i(migração)**: determinações do movimento migratório de bolivianos da cidade de São Paulo para Guarulhos. Dissertação de mestrado apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo no curso de Serviço Social, 2019. Versão digitalizada.

SILVA, J. A. da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1989.

SOARES, G. F. S.. **Os Direitos Humanos e a proteção dos estrangeiros**. Brasília, a. 41, n. 162, abr./jun. 2014, p. 169-204.

STEINER, S. H. de F. **A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro**. São Paulo: RT, 2000.

TIBURCIO, C.; ALBUQUERQUE, F. **Algumas Reflexões sobre o Tratamento do Estrangeiro no Brasil**. In: TIBURCIO, Carmen; MENEZES, Wagner; VASCONCELOS, Raphael. Panorama do Direito Internacional Privado Atual e outros Temas Contemporâneos. Festschrift ao Professor Jacob Dolinger. Belo Horizonte: Arraes, 2015, p. 220-247.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O REFLEXO DA PRISÃO CIVIL NA SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA DA CASA DE PRISÃO PROVISÓRIA DE PALMAS-TO

VITÓRIA MARIA SESTARI: Graduanda do curso de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins.

RAFAEL AUGUSTO DOS ANJOS ROSA[2]

(orientador)

RESUMO: Este artigo possui o intuito de facilitar o entendimento sobre de que forma a prisão civil esta refletindo na superlotação carcerária os tipos de prisões existentes hoje no Brasil, de acordo com o Código Penal e o Código de Processo Penal, suas diferenças e, principalmente, prevê possibilitar uma análise da superlotação da Casa de Prisão Provisória de Palmas. Por meio de uma pesquisa exploratória, descritiva e explicativa, com abordagem quantitativa e qualitativa, demonstrar-se-á como o número crescente de presos nesta CPP afeta a vida dos próprios detentos. Haverá demonstração de como os reeducandos estão sendo mantidos mediante qualidade inóspita de vida. Além disso, explica-se as prisões temporárias, preventivas, provisórias e civil, traçando assim quais seriam possíveis soluções eficazes e ao alcance do poder público e do judiciário para a diminuição destes números ascendentes e preocupantes ao olhar dos direitos humanos.

Palavras-chave: superlotação carcerária, Casa de Prisão Provisória, reeducandos, tipos de prisões.

ABSTRACT: This article is intended to facilitate understanding of how civil prison is reflecting on prison overcrowding of the types of prisons existing in Brazil today, according to the Penal Code and the Penal Procedure Code, their differences and, mainly, it provides for an analysis of the overcrowding of the Provisional Prison House of Palmas. Through exploratory, descriptive and explanatory research, with a quantitative and qualitative approach, it will be demonstrated how the increasing number of prisoners in this CPP affects the lives of the detainees themselves. There will be a demonstration of how the re-educated are being maintained through an inhospitable quality of life. In addition, the temporary, preventive, provisional and civil arrests are explained, thus outlining which effective solutions are available and within the reach of the public authorities and the judiciary to reduce these rising and worrying numbers when looking at human rights.

Key words: Overcrowding. Provisional Prison House of Palmas. Re-educated. Types of prisons.

SUMÁRIO: 1 - INTRODUÇÃO. 2 – *A ORIGEM DA PRISÃO CIVIL E SEUS DESDOBRAMENTOS. 2.1* - A SITUAÇÃO DOS REEDUCANDOS CIVIS MANTIDOS NA CPP DE PALMAS – TO. *2.2* - TIPOS DE PRISÕES. *2.3* - DIREITOS DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA NA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA. 2.3.1 - REALIDADE DAS PRISÕES BRASILEIRAS. 2.3.2 – A QUESTÃO ESPECÍFICA DA SUPERLOTAÇÃO. *2.3.3* - POSSIVEIS SOLUÇÕES PARA A SUPERLOTAÇÃO. 3 – CONCLUSÃO. 4 - REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho visa analisar o reflexo da prisão civil na superlotação carcerária da casa de prisão provisória de Palmas – TO. O sistema prisional brasileiro em si, esta a beira do colapso, praticamente inexistindo a possibilidade de cumprimento da pena nos regimes aberto, semiaberto e principalmente fechado. A execução penal talvez seja uma das áreas na qual a realidade mais se distancia da letra da lei.

A prisão civil do devedor de alimentos segue sendo a única possibilidade prevista no sistema internacional de proteção dos direitos humanos para a prisão por dívidas, ademais de ter sido estabelecida, juntamente com a prisão do depositário infiel (esta afastada por força de Súmula Vinculante do STF), na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso LXVII, dispondo sobre a legitimidade da prisão nos casos de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentar.

Tendo em conta que o objetivo do instituto da prisão civil não é em si de caráter punitivo, portanto, não tem por escopo a prisão em si considerada, mas constitui meio processual para compelir o devedor a saldar sua dívida alimentar, o Código de Processo Civil de 1973, no seu artigo 733, parágrafo 1º, previa que o juiz decretaria a prisão pelo prazo de 1 a 3 meses no caso de o devedor não pagar nem se escusar, ou nos casos em que a escusa apresentada for afastada por improcedente pelo Poder Judiciário, e que este deverá ficar em cela separada dos demais presos.

O Estado, apesar de muitos embates jurídicos travados sobre os danos causados às pessoas, está abrindo precedentes na questão aqui defendida, já que os presos civis na casa de prisão provisória de Palmas estão sendo mantidos junto aos demais.

No presente trabalho, portanto, será verificada a situação de superlotação carcerária, de que forma a prisão civil está cooperando para isso, tendo como problema as possíveis soluções para esse caso.

2 A ORIGEM DA PRISÃO CIVIL E SEUS DESDOBRAMENTOS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A prisão civil por dívida é "o ato de constrangimento pessoal, autorizado por lei, mediante segregação celular do devedor, para forçar o cumprimento de um determinado dever ou de determinada obrigação" (GAGLIANO (2004, p. 330). Assim, ela se reveste de uma sanção de caráter civil, verdadeiro instrumento coercitivo para constranger o devedor de alimentos.

> Entre todas as técnicas destinadas à execução da obrigação alimentar, a prisão civil é a mais drástica e a mais agressiva ao devedor, de modo que a sua adoção somente é possível quando não existirem outros meios idôneos à tutela do direito. Isto pelo simples motivo de que os meios de execução se subordinam às regras do meio idôneo e da menor restrição possível. Cuida-se de apoderar-se fisicamente, limitando a liberdade do indivíduo, em razão de uma dívida jurídica de natureza civil não paga, no caso em tela, a alimentícia. Hodiernamente a prisão civil não é mais vista como uma maneira forçada de fazer com que o devedor pague alimentos, a exemplo da escravidão ou da prisão, mas sim constitui-se em uma forma de experimentar e testar a solvabilidade do devedor, ou seja, a sua capacidade econômica de quitar seu débito, via coação psicológica, com a ameaça de prisão (Marinoni e Arenhart 2008, p. 390-391)

De um modo geral, a prisão civil do devedor de alimentos segue sendo a única possibilidade prevista no sistema internacional de proteção dos direitos humanos para a prisão por dívidas, ademais de ter sido estabelecida, juntamente com a prisão do depositário infiel (Súmula vinculante do STF), na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso LXVII, dispondo sobre a legitimidade da prisão nos casos de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentar.

A justificativa de tal previsão é fundamentada no fato de que a restrição do direito de liberdade do devedor é tida como indispensável à garantia da própria sobrevivência ou, ao menos e em geral, da satisfação de necessidades essenciais do credor, um alimentando. Por tal razão, a própria possibilidade da prisão civil constitucionalmente prevista, a despeito de constituir fundamento da restrição de direito da liberdade do devedor, é ela paradoxalmente uma garantia fundamental para efetivação do direito do credor.

O código de processo civil vem elucidar de maneira clara tais fatos:

> De todo modo, se no sistema processual anterior, do Código de Processo Civil de 1973, já existiam algumas importantes

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> controvérsias, em especial quanto ao regime prisional, dada a omissão legislativa a esse respeito, o problema volta a ter papel de destaque mediante a entrada em vigor da Lei 13.105/2015 , que introduziu alguns importantes ajustes no âmbito do procedimento especial que regula a execução da obrigação alimentar. (Código de Processo Civil)
>
> Com efeito, tendo em conta que o objetivo do instituto da prisão civil não é em si de caráter punitivo, portanto, não tem por escopo a prisão em si considerada, mas constitui meio processual para compelir o devedor a saldar sua dívida alimentar, pois o juiz decretaria a prisão pelo prazo de 1 a 3 meses no caso de o devedor não pagar nem se escusar, ou nos casos em que a escusa apresentada for afastada por improcedente pelo Poder Judiciário. (Código de Processo Civil de 1973, artigo 733, parágrafo 1º)

Dentre os principais aspectos relacionados com a prisão civil já no regime anterior ao novo CPC, destacam-se, para efeito de nossa breve análise, o entendimento de que a prisão deveria ser cumprida em regime fechado (entendimento consagrado pela jurisprudência dominante), a prisão apenas seria possível em relação às três últimas parcelas devidas, devendo as demais parcelas vencidas serem executadas pela via regular.

Sobre o tema, Maria Clara Diniz mostra que:

> O lesante deixar de pagar a pensão, sua prisão não será decretada, visto que se trata de indenização por ato ilícito. Desse modo, há de se considerar a prisão civil do devedor de alimentos uma medida excepcional, a qual requer limitação em sua aplicação e expressa determinação legal, não podendo abarcar as hipóteses além das provenientes do vínculo familiar (DINIZ, 2005, p. 138).

2.1 A SITUAÇÃO DOS REEDUCANDOS CIVIS MANTIDOS NA CPP DE PALMAS – TO

A separação instituída com a destinação à Cadeia Pública é necessária, pois a finalidade da prisão provisória é apenas a custódia daquele a quem se imputa a prática do crime a fim de que fique à disposição da autoridade judicial durante o inquérito ou a ação penal e não para o cumprimento da pena, que não foi imposta ou que não é definitiva.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Sobre o tema, Mirabete nos esclarece que:

> Como a execução penal somente pode ser iniciada após o trânsito em julgado da sentença, a prisão provisória não deve ter outras limitações se não as determinadas pela necessidade da custódia e pela segurança e ordem dos estabelecimentos. (FOUCAULT, 2007, p 46)

A superlotação na Casa de Prisão Provisória de Palmas (CPPP) levou o Ministério Público Estadual (MPE), por meio da 4ª Promotoria de Justiça da Capital, requerendo a interdição parcial do Núcleo de Custódia e Casa de Prisão Provisória de Palmas. A unidade prisional está com lotação em 300% acima da capacidade.

O pedido é baseado no relatório de inspeção realizado pela Promotoria de Justiça, no dia 23 de março, que verificou que o presídio conta atualmente com um total de 781 presos provisórios e condenados, quando a capacidade é de 260 detentos. Na ação, o Promotor de Justiça Alzemiro Peres ressalta que a Unidade é destinada a presos provisório-temporários, porém metade das vagas é ocupada por presos definitivos, em razão da falta de presídios suficientes para abrigar os condenados. (Portal do Ministério Público estadual do Tocantins.)

A interdição parcial da unidade com a consequente diminuição da população carcerária é medida necessária para garantir condições carcerárias às pessoas que ali se encontram além de conferir mais segurança aos servidores e à comunidade em geral. Os reeducandos estão submetidos a condições degradantes, expostos ao contágio de doenças altamente transmissíveis, a riscos à saúde mental, as agressões promovidas pelos próprios internos, entre outros.

Neste sentido pontua Cesar Roberto Bitencourt:

> Uma exigência amarga, mas imprescindível. A história da prisão não é a de sua progressiva abolição, mas a de sua reforma. A prisão é concebida modernamente como um mal necessário, sem esquecer que guarda em sua essência contradições insolúveis. O projeto alternativo alemão orientou-se nesse sentido ao afirmar que "a pena é uma amarga necessidade de uma comunidade de seres imperfeitos como são os homens". Por conhecermos bem as criticas que o encarceramento merece. (BITENCOURT, 2011, p. 25)

Enquanto o tratamento substitutivo da pena atribuía sua aplicação a técnicos e especialistas, o direito penitenciário, reconhecendo direitos dos

condenados, contribuía para o conceito ético-jurídico da pena, e demandava jurisdicionalização da execução penal.

> Como se percebe, há um grande questionamento em torno da pena privativa de liberdade, e se tem dito reiteradamente que o problema da prisão é a própria prisão. Aqui, como em outros países, avilta, desmoraliza, denigre e embrutece o apenado.(BITENCOURT, 2011, p. 26)

2.2 TIPOS DE PRISÕES

Prisão é o meio pelo qual o Estado, privando a liberdade de locomoção do indivíduo, busca coibir a prática de ilícitos penais, abrangidos delitos e contravenções. É a pena privativa de liberdade legalmente cominada para o delinquente (SILVA 2000).

A prisão em flagrante é uma medida pré-cautelar, porque não tem o escopo de tutelar o processo ou o seu resultado final, sim, ela se destina a colocar o preso à disposição do juiz, para que tome as providências cabíveis.

Discorre Nestor Távora sobre o tema:

> É uma medida restritiva de liberdade, de natureza cautelar e caráter eminentemente administrativo, que não exige ordem escrita do juiz, porque o fato ocorre de inopino (art. 5º, inciso LXI da CF). Permite-se que se faça cessar imediatamente a infração com a prisão do transgressor, em razão da aparente convicção quanto à materialidade e a autoria permitida pelo domínio visual dos fatos. (TÁVORA, 2011, p. 530)

> A prisão em flagrante, que tal modalidade se observa "quando o criminoso está cometendo, ou quando, após sua prática, pelos claros vestígios de o ter cometido, é surpreendido no mesmo local, ou é perseguido, quando foge, pelo *clamor público*". Vem disposta no capítulo II do Título IX do Código de Processo Penal brasileiro (CPP) em seu artigo 301 e seguinte. Conforme se depreende do destacado dispositivo, a qualquer do povo é facultado realizar a prisão em flagrante, sendo dever das autoridades policiais, ainda que em circunscrição que não a sua, efetuá-la (Plácido e Silva 2005, p. 625).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Prisão preventiva é medida que pode ser decretada durante o inquérito policial ou instrução processual penal (artigo 31113 do Código de Processo Penal), desde que presentes os pressupostos legais, para assegurar os interesses sociais de segurança. Cumpre-se através de mandado expedido por juiz de direito (MEHMERI, 1996).

Faz-se mister que estejam presentes a materialidade do crime bem assim indícios suficientes de sua autoria, segundo reza o artigo 312 do Código de Processo Penal. Imperiosa, ainda, a presença de um dos fundamentos legais: garantia de ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal, ou, ainda, para assegurar a aplicação da lei penal. Restando presentes os requisitos precitados, é admissível desde que se trate de crime doloso e atendidos as demais condições constantes. (Redação dada pelo artigo 311 do CPP).

Fernando Capez afirma:

> A prisão temporária encontra-se disciplinada em diploma próprio, qual seja: Lei Federal 7.960/89. Prisão destinada a possibilitar as investigações a respeito de crimes graves, durante o inquérito policial (Fernando Capez (1997, p.215).

Pode ser decretada apenas em casos específicos Com duração máxima de 05 (cinco) dias ou 30 (trinta), em se tratando de crime hediondo, prazos esses prorrogáveis por igual período havendo estrema e demonstrada necessidade. É admitida apenas na fase investigatória, ou seja, no inquérito policial.

Fernando da Costa Tourinho afirma:

> Prisão preventiva, da prisão em flagrante, da prisão domiciliar e da prisão temporária, as medidas cautelares diversas da prisão como forma de evitar o encarceramento do investigado ou processado, visando consagrar o princípio constitucional do estado de inocência. (Fernando da Costa Tourinho Filho 2012, p. 430).

2.3 DIREITOS DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA NA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA

A principal norma neste contexto é a Lei de Execução Penal - LEP n° 7.210, de 11 de julho de 1984, a qual se fundamenta em dois objetivos, o primeiro que consiste em efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal 2 , que significa o efetivo cumprimento no disposto da sentença penal condenatória ou absolutória imprópria, buscando conseguir a ressocialização do indivíduo e a prevenção dos delitos. (BARCELOS, 2008, p. 62)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

O segundo é o de proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado 3 , ofertando meio necessários para a ressocialização e a reintegração na sociedade dos condenados e dos submetidos à medida de segurança. (BARCELOS, 2008, p. 62)

A legislação infraconstitucional, além da Lei de Execução Penal, concebeu leis, decretos e portarias que auxiliam no extermínio das lacunas do sistema carcerário brasileiro, os quais foram observados na CPI do Sistema Penitenciário:

> I) Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal; II) Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal; III) Lei n.º 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal; IV) Lei Complementar n.º 79, de 7 de janeiro de 1994 – Cria o FUNPEN (Fundo Penitenciário Nacional) e dá outras providências; V) Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995 – Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências; VI) Lei n.º 10.259, de 12 de julho de 2001 – Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal; VII) Lei n.º 10.693, de 25 de junho de 2003 – Cria a Carreira de Agente Penitenciário Federal no Quadro de Pessoal do Ministério da Justiça e dá outras providências. Por fim, no que guarda pertinência com a legislação infra legal, diversos diplomas normativos hão de ser sobrelevados, a saber: Decretos do Poder Executivo I) Decreto n.º 1.093, de 23 de março de 1994 – Regulamenta a Lei Complementar n.º 79, de 7 de janeiro de 1994, que cria o FUNPEN, e dá outras providências; II) Decreto n.º 6.049, de 27 de fevereiro de 2007 – Aprova o Regulamento Penitenciário Federal; III) Decreto n.º 6.061, de 15 de março de 2007 – Aprova a Estrutura Regimental e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções Gratificadas do Departamento Penitenciário Nacional, e dá outras providências. Portarias Ministeriais I) Portaria n.º 674 do Ministério da Justiça, de 20 de março de 2008 – Aprova o Regimento Interno do Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN; II) Portaria n.°2.065 do Ministério da Justiça, de 12 de dezembro de 2007 – Define os procedimentos da Comissão Técnica de Classificação e dá outras providências; III) Portaria n.º 240 do Ministério da Saúde, de 31 de janeiro de 2007 – Publica os novos valores de custeio do Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário; IV) Portaria n.º 277 do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ministério da Justiça, de 13 de março de 2006 – Aprova o Regimento Interno do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP; V) Portaria n.º 156 do Ministério da Justiça, de 06 de fevereiro de 2006 – Dispõe sobre o Regimento Interno do Departamento Penitenciário Nacional; VI) Portaria n.º 153 do Ministério da Justiça, de 27 de fevereiro de 2002 – Institui, no âmbito da Secretaria Nacional de Justiça, o Programa Nacional de Apoio e Acompanhamento de Penas e Medidas Alternativas; VII) Portaria n.° 3.343 dos Ministérios da Justiça e da Saúde, de 28 de dezembro de 2006 – Altera os valores do Incentivo para ação parlamentar 321 CPI do Sistema Carcerário Atenção à Saúde no Sistema Penitenciário e dá outras providências; VIII) Portaria n.º 1.778 dos Ministérios da Justiça e da Saúde, de 09 de setembro de 2003 – Aprova o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário; IX) Portaria n.º 1.777 dos Ministérios da Justiça e da Saúde, de 09 de setembro de 2003 – Define repasse de recursos financeiros às Unidades Federadas que deram início ao processo de implantação de ações e serviços de saúde em unidades prisionais, conforme pactuado em reunião da Comissão Inter gestores Tripartite (CIT), em 14 de agosto de 2003. Resoluções do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) I) Resolução n.º 14, de 11 de novembro de 1994 – Trata das regras mínimas para tratamento dos presos no Brasil; II) Resolução n.º 1, de 20 de março de 2003 – Aplicação das Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil; III) Resolução n.º 5, de 19 de julho de 1999 – Dispõe sobre as Diretrizes Básicas da Política Criminal e Penitenciária; IV) Resolução n.º 07, de 15 de março de 2003 – Diretrizes Básicas para as Ações de Saúde nos Sistemas Penitenciários; V) Resolução n.º 16, de 17 de dezembro de 2003 – Dispõe sobre as Diretrizes Básicas de Política Criminal quanto à prevenção do delito, administração da justiça criminal e execução das penas e das medidas de segurança; VI) Resolução n.º 03, de 23 de setembro de 2005 – Edita as Diretrizes Básicas para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais, conforme constam dos Anexos de I a X desta Resolução, revogado o disposto na Resolução nº. 16, de 12 de dezembro de 1994; VII) Resolução n.º 02, de 12 de março de 2007 – Recomenda aos Conselhos Penitenciários dos Estados e do Distrito Federal o ação parlamentar 322 Relatório Final cumprimento fiel do

disposto no art. 70, III da Lei nº 7.210, de 11.07.1984; VIII) Resolução n.º 12, de 07 de dezembro de 2006 – Alteração na redação da Resolução n.º 03/2005, que trata das Diretrizes Básicas para Construção, Ampliação e Reforma de Estabelecimentos Penais; IX) Resolução n.º 09, de 12 de julho de 2006 – Recomenda a adoção de procedimentos quanto à revista nos visitantes, servidores ou prestadores de serviços e/ou nos presos, e dá outras providências; X) Resolução n.º 08, de 30 de maio de 2006 – Define garantias aos advogados; XI) Resolução n.º 04, de 09 de maio de 2006 – Define os objetivos a serem alcançados para liberação dos recursos do Funpen; XII) Resolução n.º 07, de 09 de maio de 2006 – Aprova o modelo de Relatório de Inspeção em Estabelecimento Penal; XIII) Resolução n.º 05, de 09 de maio de 2006 – Sugere as metas e prioridades da política criminal e penitenciária; XIV) Resolução n.º 05, de 4 de maio de 2004 – Dispõe a respeito das Diretrizes para o Cumprimento das Medidas de Segurança, adequando-as à previsão contida na Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001; XV) Resolução n.º 03, de 4 de maio de 2004 – Recomenda a adoção do Programa "De volta para Casa", do Ministério da Saúde; XVI) Resolução n.º 04, de 4 de maio de 2004 – Altera a Resolução de nº 02 de 27 de março de 2001 que dispõe sobre a liberação de recursos financeiros, de competência do DEPEN; XVII) Resolução n.º 16, de 17 de dezembro de 2003 – Dispõe sobre as Diretrizes Básicas de Política Criminal quanto à prevenção do delito, administração da justiça criminal e execução das penas e das medidas de segurança; XVIII) Resolução n.º 15, de 10 de dezembro de 2003 – Dispõe a respeito da criação da CENAE – Central Nacional de Apoio ao Egresso, no âmbito do CNPCP – Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária; XIX) Resolução n.º 12, de 09 de junho de 2003 – Encaminha à Secretaria Nacional de Justiça as normas para avaliação e controle epidemiológico da Síndrome Respiratória Aguda Grave (SRAG); XX) Resolução n.º 08, de 12 de maio de 2003 – Normas para avaliação e controle epidemiológico da Síndrome Respiratória Aguda Grave (SRAG); XXI) Resolução n.º 04, de 27 de agosto de 2001 – Dispõe a respeito do incentivo e da implementação à Assistência ao Egresso, pelos Patronatos Públicos ou Particulares; XXII) Resolução n.º 05, de 19 de julho de 1999. Portarias do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

departamento penitenciário nacional – DEPEN I) Portaria n.º 42, de 24 de agosto de 2004 – Determina que todos os Estados que firmarem novos convênios com o Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) têm a obrigação de atualizar o Infopen; II) Portaria n.° 38, de 10 de março de 2008 – Disciplina o procedimento de apuração de faltas disciplinares praticadas por presos no âmbito das penitenciárias federais, e dá outras providências; III) Portaria n°162, de 22 de novembro de 2007 – Relaciona os objetos dos instrumentos de transferência de recursos passíveis de padronização; IV) Portaria n°157, de 05 de novembro de 2007 – Disciplina o procedimento da revista para acesso às penitenciárias federais; V) Portaria n°136, de 28 de setembro de 2007 – Estabelece procedimentos, critérios e prioridades para a concessão de financiamento de projetos, ações ou atividades com recursos ação parlamentar 324 Relatório Final do Fundo Penitenciário Nacional no exercício de 2008, e dá outras providências; VI) Portaria n.° 127, de 20 de setembro de 2007 – Institui a e nomeia a Comissão de Monitoramento e Avaliação das Ações do Departamento Penitenciário Nacional, no âmbito do PRONASCI; VII) Portaria n° 123, de 19 de setembro de 2007 – Disciplina os objetos e materiais cuja posse é permitida pelos presos nas penitenciárias federais; VIII) Portaria n.° 122, de 19 de setembro de 2007 – Disciplina o procedimento de visitas aos presos nos estabelecimentos penais federais, e dá outras providências; IX) Portaria n.°120, de 19 de setembro de 2007 – Disciplina a prestação da Assistência Religiosa nos estabelecimentos penais federais; X) Portaria n.º 116, de 30 de agosto de 2007 – Reduz os limites mínimos de contrapartida para os Estados e o Distrito Federal, fixados no art. 43, § 1º, inciso II, alíneas "a" e "b", da Lei nº 11.514, de 13 de agosto de 2007; XI) Portaria n.º 38, de 16 de março 2007 – Estabelece procedimentos, critérios e prioridades para a concessão de financiamento de projetos, ações ou atividades com recursos do Fundo Penitenciário Nacional no exercício de 2007, e dá outras providências; XII) Portaria n.º 22, de 28 de fevereiro de 2007 – Proíbe a entrada, permanência ou uso de aparelho de telefonia móvel celular, bem como seus acessórios, e de qualquer outro equipamento ou dispositivo eletrônico de comunicação, capaz de transmitir ou receber sinais eletromagnéticos, no interior das penitenciárias federais; XIII) Portaria n.º 28, de 14 de junho de

2006 – Dispõe sobre a emissão do porte de arma de fogo ao Agente Penitenciário Federal, estabelece norma para o uso do armamento e adota outras providências; XIV) Portaria n.º 22, de 17 de maio de 2006 – Estabelece prioridades, prazos, procedimentos e critérios para a concessão de financiamento de projetos, ações ou atividades com recursos do Fundo Penitenciário Nacional, e dá outras providências; XV) Portaria n.º 4, de 10 de fevereiro de 2006 – Disciplina o monitoramento e a avaliação de ações, projetos e atividades financiadas com recursos do Fundo Penitenciário Nacional, e dá outras providências; XVI) Portaria n.º 39, de 15 de julho de 2005 – Aprova novos fundamentos de política e diretrizes para o financiamento de ações ou atividades situadas no contexto da educação em serviços penais, e fixa prazo para o recebimento dos Projetos Político-Pedagógicos das Unidades da Federação, visando ao estabelecimento de cooperação técnica e financeira com a União; XVII) Portaria n.º 033, de 22 de abril de 2005 – Define os objetivos, diretrizes e procedimentos operacionais do programa destinado à construção de estabelecimentos penais nos Estados e Distrito Federal para aplicação dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional, integrantes do Orçamento Geral da União do exercício de 2005. Manual de Diretrizes Gerais e Procedimentos Operacionais. Outros diplomas normativos I – Resolução CJF/STJ nº 502, de 9 de maio de 2006 – Regulamenta os procedimentos de inclusão e de transferência de pessoas presas para unidades do Sistema Penitenciário Federal;

Cumpre assinalar que este rol de direitos legais e infralegais da população carcerária também devem ser obedecidos e seguidos por todos os Entes da Federação, uma vez que compete à União o papel de legislar privativamente sobre direito penitenciário, na forma do artigo 22, inciso I, da Constituição da República, e vários direitos relevantes, como o direito ao trabalho, à educação, à alimentação, a ser colocado em ambiente minimamente não insalubre, estão expressa e detalhada em tal legislação.

2.3.1 REALIDADE DAS PRISÕES BRASILEIRAS

Atualmente, a realidade dos presos do século XXI não se difere dos antepassados, pois continuam aglomerados em pequenas celas, só que agora de concreto e barras de ferro.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Para evidenciar de uma forma mais concreta a situação em que nossos presos estão submetidos, basta deixar explícito os números alcançados pela CPI do Sistema Carcerário (2009, p. 138), verifica-se que o número de vagas do sistema penitenciário brasileiro totaliza 275.194, e a população carcerária brasileira é estimada em 422.590 presos.

As cadeias brasileiras já não possuem condições de aplicar a sua finalidade imposta por lei, que no papel é a restauração do apenado, na prática não passa de um depósito humano. É a inércia do Estado em solucionar esse problema que faz aumentar a cada dia o número de presos nessas condições. É simples perceber diversos problemas frutos da superlotação, os quais serão analisados em seguida.

O que continuidade a este trabalho, apenados com sentença transitada em julgado e presos preventivos ficarem reclusos nos mesmos estabelecimentos. O que conforme se depreende da CPI do sistema carcerário (2009, p. 138): "Não há um regulamento disciplinar e muito menos separação por delito cometido. Há sentenciados junto com provisórios e presos primários com reincidentes, em franco desacordo com o art. 84 da LEP".

Como já foi discutido anteriormente, há necessidade de uma seletividade entre os presos, o tratamento não pode ser o mesmo entre o reincidente e o primário, desde os primeiros sistemas penais essa necessidade já foi imposta e muito bem elucidada.

Quando essa triagem não acontece todos se tornam um só, causando revolta ao que não mereciam tal tratamento, e unindo-os ainda mais contra o sistema.

Foucault traz o princípio da classificação:

> Os detentos devem ser isolados ou pelo menos repartidos de acordo com a gravidade penal de seu ato, mas principalmente segundo sua idade, suas disposições, as técnicas de correção que se pretende utilizar para com eles, as fases de sua transformação. (FOUCAULT, 2002, p. 224)

Dessa condição de total desorganização dentro dos estabelecimentos penais, os reclusos procuram e muitas vezes por necessidade precisam se organizar, se unindo aos que tiverem os mesmo objetivos, ou os mesmo interesses, e dessas famílias surge as facções criminosas, que hoje se fazem presente em quase todo território nacional, conforme exemplificado na referida CPI:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> São várias as siglas e nomenclaturas das facções criminosas, que atuam, principalmente, no Rio de Janeiro e São Paulo. Destacam-se, em São Paulo: PCC – Primeiro Comando da Capital; TCC – Terceiro Comando da Capital; CRBC – Comando Revolucionário Brasileiro da Criminalidade; São várias as siglas e nomenclaturas das facções criminosas, que atuam, principalmente, no Rio de Janeiro e São Paulo. Destacam-se, em São Paulo: PCC – Primeiro Comando da Capital; TCC – Terceiro Comando da Capital; CRBC – Comando Revolucionário Brasileiro da Criminalidade; CDL – Comando Democrático da Liberdade e Seita Satânica. No Mato Grosso do Sul são conhecidas as facções: PCMS – Primeiro Comando do Mato Grosso do Sul, e os "Manos". No Rio de Janeiro: CV – Comando Vermelho; TC – Terceiro Comando; ADA – Amigos dos Amigos; IDI – Inimigos dos inimigos e AI – Amigos de Israel. IDI – Inimigos dos inimigos e AI – Amigos de Israel. (BRASIL, 2009, p. 56)

Essas "famílias" são compostas por hierarquia com lideranças e subordinados, elas possuem uma estrutura financeira com direito a livro caixa, além de dizimo, e seus aliados e suas ramificações são bem planejados, cada um com sua função, nenhuma age sozinha, os direitos pleiteados pelas facções são para todos da família.

Foucault explica tais criações dessas instituições: "A prisão torna possível, ou melhor, favorece a organização de um meio de delinquentes, solidários entre si, hierarquizados, prontos para todas as cumplicidades futuras." (FOUCAULT, 2002, p. 222)

Outra questão muito relevante são as condições de habitação dos estabelecimentos penais, e a completa impossibilidade de se viver de uma forma humana aceitável.

A qualidade do ambiente é muito importante para a transformação do reeducando, ele é determinante no dia-a-dia e na rotina dos conviventes, com um bom ambiente certamente a rotina seria, dentro do possível, boa e aceitável.

Entretanto, quando consultamos a situação do ambiente prisional o que encontramos é isso:

> As instalações são precárias e apresentam problemas graves de higiene. No lugar onde a comida é servida aos presos, há

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> vazamentos no esgoto, o que oferece riscos à saúde de todos. Lixo acumulado no lado externo do edifício exala mal cheiro e reúne grande quantidade de insetos. A chamada enfermaria é uma sala onde ficam alojados os doentes., a maioria deles com tuberculose. O local é inadequado, as paredes são de pintura simples, desgastada, o que impossibilita a boa higiene. A parte hidráulica é precária. Os presos relatam dificuldades extraordinárias para atendimento médico e reclamam da falta de medicamentos. Há uma farmácia cujo estoque, conforme certificou o Deputado e médico Dr. Rosinha, é precário. Não há programa de prevenção a DST-AIDS e os presos não recebem preservativos (Caravana Nacional de Direitos Humanos 2000)

Em suma, a sintética descrição da atual situação de nossas prisões leva à conclusão de que é muito grande a distância entre o real e o previsto na Constituição, nas leis, na jurisprudência e na doutrina acerca de como os presos estão sendo mantidos, o que evidencia a necessidade de maior cobrança contra esta conjuntura.

2.3.2 A QUESTÃO ESPECÍFICA DA SUPERLOTAÇÃO

Foi no inicio do século XIX que o problema superlotação surgiu, as cadeias do Rio de janeiro atingiram seu número máximo de presos, o que levou o Código Penal em 1980, a tomar a primeira medida de reparo, transferir os presos com bom comportamento que já cumpriram parte de sua pena reclusos, para presídios agrícolas.

Inicialmente, Thompson aduz em sua obra uma resposta para a superlotação:

> O uso generalizado da privação da liberdade humana como forma precípua de sanção criminal deu lugar ao estabelecimento de grande número de comunidades, nas quais convivem de dezenas a milhares de pessoas, Essa coexistência grupal, como é obvio, teria de dar origem a um sistema social. Não se subordinaria este, porém, à ordem decretada pelas autoridades criadoras dos homens, diante dos problemas postos pelo ambiente particular em que se viram envolvidos. (THOMPSON, 2002, p. 21)

Foucault (2002, p. 251) em sua obra usa o termo "condenar por condenar", já é mecânico aos juízes aplicar a pena privativa de liberdade,

apesar das condições aqui já explanadas, o que nos faz não acreditar em um recurso para este mal.

Neste sentido, Newton Fernandes esclarece que:

> A capacidade real de uma prisão é difícil de ser objetivamente estimada e como resultado disso, é fácil de ser manipulada. Mas não resta dúvida que quase todos os estabelecimento prisionais brasileiros estão superlotados. Como todos os administradores prisionais sabem, prisões superlotadas são extremamente perigosas: aumentam as tensões elevando a violência entre os presos, tentativas de fuga e ataque aos guardas. Não é surpresa que uma parcela significativa dos incidentes de rebeliões, greves de fome e outras formas de protestos nos estabelecimentos prisionais do país sejam diretamente atribuídos a superlotação. (FERNANDES, 2000. P. 163/164)

O problema da superlotação carcerária não pode ser questionado de forma única, pois ele é o fato gerador de diversos outros males, que aflige a população carcerária como doenças, rebeliões, motins, mortes, insalubridade, higiene, dentre outras.

Cabe apresentar mais um trecho importantíssimo da CPI que muito bem descreve a situação de superlotado:

> [...] homens seminus gemendo diante da cela entupida com temperaturas de até 50 graus. Em outros estabelecimentos, redes sobre redes em cima de camas ou do lado de fora da cela em face da falta de espaço. Mulheres com suas crianças recém-nascidas espremidas em celas sujas. Celas com gambiarras, água armazenada, fogareiros improvisados, papel de toda natureza misturados com dezenas de homens. Celas escuras, sem luz, com paredes encardidas cheias de "homens-morcego". Dezenas de homens fazendo suas necessidades fisiológicas em celas superlotadas sem água por dias a fio. Homens que são obrigados a receber suas mulheres e companheiras em cubículos apodrecidos. (BRASIL, 2009, p. 247)

De acordo com esta situação que Thompson (2002, p. 109/110) declara que A única forma de recuperar os estabelecimentos é começar as mudanças pelas estruturas sócio-político-econômicas. Enfim, a situação de nossas instalações

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

carcerárias merece ser revista, pois a superpopulação é um fato reconhecido pela jurisprudência 7 e que deve ser adequadamente tratado pelo Estado.

A situação de nossas instalações carcerárias merece ser revista em todo território nacional, pois a superpopulação é um fato reconhecido pela jurisprudência e que deve ser adequadamente tratado pelo Estado.

2.3.3 POSSÍVEIS SOLUÇÕES PARA A SUPERLOTAÇÃO

É necessário superar as velhas práticas criminais brasileiras, enclausuradas na esfera ordinária do processo penal:

> Refém de uma compreensão paleopositivista, destituída de referência constitucional e convencional humanitárias, com vínculos pré-civilizatórios39. O direito processual penal deveria atuar como limite democrático, indispensável à busca da contenção do poder punitivo, e não à sua instrumentalização. (GIACOMOLLI, 2015, p. 12).

Segundo dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em fevereiro de 2017:

> o Brasil ocupava o quarto lugar no ranking de maior população prisional do mundo, apresentando o total de 654.372 presos, sendo 221.054 presos provisórios, quantidade 67% acima da capacidade oficial das prisões de acordo com o relatório mundial da organização Humans Right Watch. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA 2017).

Posto isso, as audiências de custódia se apresentam como medida de caráter urgente voltada à tentativa de diminuir o número de presos provisórios.

> Mesmo supostamente amparados pelo princípio constitucional da duração razoável do processo, chegam a ficar, em média, 122 dias aguardando o primeiro contato com o juiz, demonstrando inequívoco desprezo ao princípio da presunção de inocência. Sublinha-se que, cabe ao Estado aparelhar-se para assegurar as garantias dos cidadãos, e não o contrário, como ousa o judiciário brasileiro. (BALLESTEROS, Paula R. 2016. p. 24).
>
> À exemplo, as decisões que concedem a liberdade do autuado nas audiências de custódia, tendem a ser mais robustas e

> fundamentadas do que aquelas que determinam a conversão da prisão em preventiva, como forma de "justificar-se" diante de seus pares. (BALLESTEROS, Paula R. 2016. p. 30).

Uma consequência lógica da teoria preventivo-especial ressocializadora é, no âmbito penitenciário, o tratamento do delinquente. A primeira contrariedade que se apresenta em relação ao tratamento penitenciário é a sua absoluta ineficácia diante das condições de vida que o interior prisional oferece atualmente.

> Menciona-se os possíveis problemas para o delinquente e seus direitos fundamentais que a aplicação de determinado tratamento penitenciário acarretaria. Finalmente, a terceira oposição crítica refere-se à falta de meios adequados e de pessoal capacitado para colocarem em prática um tratamento penitenciário eficaz.(BITENCOURT , 2011, p. 148)

Imediata interdição parcial do Núcleo de Custódia e casa de Prisão Provisória de Palmas; adequação da quantidade de presos para a capacidade real de 260 internos.

Remanejamento dos presos excedentes para outras unidades mantendo em Palmas os de maior periculosidade; Recambiamento dos presos que respondem por processos de outros estados; Penas alternativas; Condicionamento do recebimento de presos de outras comarcas à permuta por presos da Casa de Prisão Provisória de Palmas.

Uma possível interdição parcial do Núcleo de Custódia e Casa de Prisão Provisória de Palmas; Adequação da quantidade de presos para a capacidade real de 260 internos.

No que tange aos presos civis, há de se constatar que a prisão, por si só, não garante o adimplemento da dívida alimentícia, de modo que é necessário pensar soluções mais efetivas e que, consequentemente, ajudaria no problema de superlotação.

Possíveis soluções são a penhora online das contas bancárias do executado é também um meio bastante eficaz para sanar o débito alimentar, haja vista que surpreende o devedor e bloqueia diretamente os ativos financeiros existentes em favor do alimentante junto a qualquer entidade bancária onde este possua conta,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Penhora do bem da família do devedor que apesar de ser em regra coisa impenhorável, oponível em face de inúmeros tipos de credores, quando se fala de dívida oriunda de obrigação alimentícia, cai por terra a alegação da impenhorabilidade do bem de família, caso em que, por exemplo, o único bem imóvel de propriedade do devedor de alimentos pode ser penhorado, avaliado e alienado judicialmente para satisfazer prestações de pensão alimentícia em atraso.

Por fim e não menos importante, penhora do FGTS do devedor, o FGTS se trata de uma verba indisponível ao seu titular, que não pode levantar tal valor quando bem entender, mas somente em situações previstas por lei. Assim, por expressa disposição legal do Digesto Processual Civil de 1973, no art. 649, I, que foi mantida no novo Código Processual (art. 833, I), assim como por força do art. 2.º, § 2.º e art. 20, § 8.º, ambos da Lei 8.036/1990, que disciplina a matéria, é o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, em regra, verba impenhorável.

Porém, ainda que se considere a vedação à penhora supracitada e as divergências de julgados e entendimentos doutrinários, são inegáveis a larga disseminação referente à aplicabilidade da penhora das contas de FGTS do devedor de alimentos no panorama do direito das famílias moderno. Privilegia-se e homenageia-se, sobremaneira, a condição de necessitado em que o infante está inserido.

3 CONCLUSÃO

O estabelecimento carcerário que deveria acolher o criminoso e de alguma forma recuperá-lo e restaurá-lo, para que ele após a transformação retornasse à sociedade e tivesse mais uma chance de continuar sua vida dentro dos padrões da sociedade, opostamente, tem se revelado um meio em que a delinquência somente se acentua, pois estimula a desumanidade dos presos.

Portanto, aos presos, ao serem colocados em um ambiente superlotado e abarrotado de hostilidade, imundice e ardis, se veem em situação em que muitas vezes não lhes restam outra opção senão aderir aos hábitos criminosos, que apesar de ruins garantem sua sobrevivência naquele lugar. Os presos por prisões civis assim sendo mantidos com os demais são expostos a tudo isso e muito mais. A superlotação carcerária que alcançamos é imensurável. Diversos sãos os direitos e garantias criadas especialmente para o preso e a melhor forma de cumprimento de sua pena. Entretanto, raras as leis praticadas em favor do recluso.

É neste cerne que se trás a discussão sobre a prisão civil e o reflexo da superlotação carcerária, pois restou comprovada que os reeducandos civis não estão sendo mantidos em celas separada dos demais presos, e como em qualquer outra

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

esfera do direito, quando um dano é causa a outrem o mesmo deve ser indenizado. Essa indenização, no caso de sua negação, será mais um direito cerceado do encarcerado, como se já não bastasse ele se abster de diversos direitos humanos e fundamentais quando enclausurado.

Dessa forma, a execução de alimentos também tem um papel fundamental na garantia não apenas da dignidade do devedor, mas de todo o sistema. Assim, sempre que possível, é desejável que a prisão seja substituída por outros instrumentos capazes de efetivar o adimplemento da dívida, sem submeter o devedor ao indigno e violador sistema prisional.

Finalizo, por fim, com reflexão de Nelson Mandela que serviu de introito para o relatório final da CPI do sistema carcerário brasileiro, em 2009: "Se quiseres conhecer a situação socioeconômica do país visite os porões de seus presídios" (NELSON MANDELA).

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALLESTEROS, Paula R. (2016). **Agenda legislativa para a política de alternativas penais.**

BARCELOS. Viviane Martins. **A ineficácia do sistema penitenciário brasileiro em detrimento das normas positivas existentes.** Monografia. Curso de Direito. Universidade Católica de Brasília. 2008.

BARBOSA, Flávio Alves. **Descomplicando o Complicado: Aprendendo a Fazer uma Monografia em Três Dias**. Rio de Janeiro: Editora Ciência Moderna, 2016.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: Causas e Alternativa**s. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 25, p. 26, p. 148.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL; **Lei de Execução Penal** disponível em acessado em 04/04/2018.

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

BRASIL. **II Caravana - Sistema Prisional Brasileiro.** Brasília. 2000. Disponível em: Acesso em: http://www.2.camara.gov.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanetes/cdhm/relatorios/prisional.html 07/06/2012.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 13. ed. - São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudo sobre direitos fundamentais.** 1. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Portugal: Coimbra Editora, 2008.

Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. **CPI sistema carcerário.** – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. 620 p. – (Série ação parlamentar ; n. 384).

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro.** 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, v. I.

FERNANDES, Newton. **A falência do sistema prisional Brasileiro.** São Paulo: RG, 2000.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramalhete. Petropólis: Vozes, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Reformas do processo penal: considerações críticas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 83-94.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos da metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

MIRABETE, Júlio Fabbrini, **Código de processo penal interpretado**, Atlas, 1995, São Paulo

MIRABETE, Júlio Fabbrini, **Código de processo penal interpretado**, Atlas, 2000, São Paulo.

MIOTTO, Armida Bergamini. **Temas penitenciários**, Revista dos Tribunais São Paulo, 1992

Relatório Ministério Público Estadual – Casa de Prisão Provisória de Palmas

TAVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. - São Paulo: Saraiva, 2011.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária.** Rio de janeiro: Forense, 2002

https://mpto.mp.br/portal/2019/04/05/mpe-requer-interdicao-da-casa-de-prisao-provisoria-de-palmas-com-lotacao-em-300-acima-da-capacidade

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.969.07.PDF

www.conteudojuridico.com.br

AS FORMAS DE RESPONSABILIDADES PARENTAL E APLICABILIDADE NO DIREITO DAS CRIANÇAS E JOVENS, SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO COMPARADO ENTRE BRASIL E PORTUGAL

EDUARDA LUZIANE OLIVEIRA DE MELO:
Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário CEUNI-FAMETRO.

RESUMO: O presente trabalho versa sobre os casos de incidências de alienação parental nas famílias brasileiras e portuguesas. Sabe-se que com o aumento do número de divórcios cresce também os índices de disputas das crianças e dos adolescentes, sendo utilizados como forma de punição ao parceiro pelo rompimento e pelas mágoas suportadas com a separação. O corpo textual busca comparar duas legislações e entender as diferenças entre esses dois países. Somado a isso, observar-se também como a alienação parental se desenvolve na família, seu conceito e os princípios que se fazem presentes nas lides processuais, e ainda, quais são suas formas de manifestação e quem poderá ser classificado como alienador. Portanto, o presente artigo tem como objetivo explanar as principais causas de alienação parental, suas consequências, e por fim, as consequências psicológicas que a criança desenvolve em virtude da influência maléfica da inversão da figura de um dos seus genitores. O artigo tem amparo legislativo e doutrinários, na qual selecionou os grandes autores do tema.

PALAVRAS-CHAVE: Alienação Parental. Brasil. Portugal. Divórcio. Consequências.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O que é Alienação Parental e Síndrome da Alienação Parental? 2.1 Alienação Parental; 2.2 Síndrome da Alienação; 3. O Princípio Do Melhor Interesse do Menor; 4. Das Responsabilidades Parentais de Casais Separados; 5. A Síndrome da Alienação Parental e as Implicações Legislativas; 6. Conclusão. 7. Referências.

INTRODUÇÃO

A Alienação Parental inicia-se com a dissociação de um vínculo conjugal, assim instaura-se uma disputa afetiva em relação a sua prole e resultam na divisão da proximidade da criança em relação à um de seus genitores, materno ou paterno. Ocorre que essas disputas trazem consigo uma sobrecarga à criança que resultam em transtornos psicológicos e afetivos, incorrendo em prejuízos enormes que é depositado na prole em questão.

O presente trabalho busca demonstrar as formas de alienação parental e os prejuízos trazidos à criança e ao adolescente em um comparativo entre Brasil e

Portugal. E ainda, os prejuízos ocasionados por meio dos divórcios de casais nos dias atuais, que são cada vez mais comuns e mais fáceis processualmente em comparação ao século passado podendo resultar também em casos de Alienação Parental, posto que, quando há a separação da vida conjugal, insurge a discussão em relação à guarda e a vigilância da vida do menor.

Dessa forma, com as interferências psicológicas por aqueles que possuem a guarda da criança ou adolescente geram sentimentos negativos e falsas acusações acerca da índole e de outras características negativas face ao outro genitor, podendo-se acarretar diversas consequências psíquicas na vida da criança e adolescente e ainda problemas de desenvolvimento ou de comportamento em decorrência da Alienação Parental.

Com o intuito de demonstrar as formas de responsabilidade parental, traçaremos os danos psicológicos trazidos com as respectivas responsabilidades parentais dentro do direito de família. Assim, conceituaremos o termo da Síndrome da Alienação Parental e suas formas de incidência no ambiente da família, quais as consequências e quem é o maior prejudicado, pontuando os comportamentos comuns e sua forma de atuação.

O projeto envolve a pesquisa da Síndrome da Alienação Parental como forma de retardo ao desenvolvimento do menor no diante da difícil tarefa de identificação e apuração pelo Poder Judiciário, razão pelo qual se torna tão árdua sua solução. O desenvolvimento da Síndrome da Alienação Parental pode afetar a vida das crianças e jovens que poderão desenvolver sintomas como: distúrbios de personalidade, retardo na fala e inteligência, dificuldades nas relações sociais, a reprodução de comportamentos do genitor alienador e desenvolver outros sintomas como depressão e ansiedade, doenças comuns que aparecem nos casos de alienação parental. o menor costuma apresentar essas condutas em virtude do quadro de alienação.

Logo, mostra-se por meio desse artigo a disputa na guarda da criança que desencadeiam a alienação parental, cujo objetivo de quem pratica é a destruição dos vínculos da criança com um de seus genitores. E ainda, demonstrar a mudança de comportamento da criança em relação à convivência com o genitor, bem como o entendimento legislativo nos respectivos casos.

O intuito é analisar o direito do genitor prejudicado bem como a possibilidade de serem levadas em consideração as vontades do menor, considerando o seu interesse superveniente. Por conseguinte, analisaremos as questões jurídicas pertinentes como as leis brasileiras e portuguesas, que amparam os cidadãos nesses casos e quais as consequências existentes para a conduta do alienador.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Por fim, traremos o posicionamento legislativos nas questões relativas à vida do menor, pois nesse aspecto há a violação da responsabilidade parental, haja vista que compete aos pais prezar pela saúde e segurança dos filhos, em suma, como é feita as análises da determinação da residência do filho e os direitos de visita ao menor nas situações que consistem a alienação parental.

1 O QUE É ALIENAÇÃO PARENTAL E SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL?

1.1 Alienação Parental

A Alienação Parental se caracteriza por uma sequência de atos depreciativos e exacerbados contra a figura de um dos genitores da criança ou adolescente, geralmente, são cometidos por um dos pais ou quem detém a guarda e vigilância do menor.

A definição da autora Lenita Pacheco Lemos Duarte afirma que:

> (...) Da forma que vem sendo compreendida e apresentada atualmente na mídia, no âmbito familiar e social, a situação de "alienação parental" se caracteriza por uma ligação de acentuada dependência e submissão do sujeito criança/adolescente ao genitor que, em geral, detém sua guarda, o qual dificulta e impede contato entre o genitor "não guardião" e àquele, causando, consequentemente, o afastamento e o desapego entre esses. tal conduta é reforçada por falas depreciativas e humilhantes em relação ao genitor "visitante", foco e objeto de sentimentos de ódio, ressentimentos e necessidades de vingança do guardião, o que contribui para diminuir a auto-estima dos filhos, provocando-lhes medo, insegurança, inibições, e até horror em aproximar-se do "não-guardião".[1]

Diante dessa realidade, a lei brasileira nº 12.318/10, promulgada em 26 de agosto de 2010, dispõe sobre a Alienação Parental, e este regulamento normaliza questões pertinentes a esse assunto no Brasil e classifica-o como:

> Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Esses atos mencionados pela legislação são basicamente uma campanha de desqualificação a imagem do genitor em relação a sua representatividade no exercício da parentalidade, pois quaisquer dessas ações são manipuladas pelo alienador e repassado ao filho do casal de forma exagerada, sem fundamento e até mesmo inverídica.

Nesse sentido, qualquer conduta que não agrade o genitor alienador é motivação de interferência na vida da criança e do adolescente. Assim, surge o sentimento do menor em não querer conviver mais com um dos seus pais, enxergando uma figura desagradável, cuja proximidade remete a sentimentos e momentos ruim, sendo completamente influenciado e manipulado pelo seu alienador.

Outro aspecto importante de ser mencionado é quem representa o alienador, geralmente, somos induzidos a pensar que esse é incorporado por um dos genitores do menor, contudo, o alienador pode ser qualquer membro familiar, seja avós, tios, primos ou o guardião, contando que possua os comportamentos mencionados, não estando limitado, portanto, apenas aos pais da criança.

Essas condutas interferem de forma extremamente incisivas, saindo do âmbito de desavenças e mal-estar do menor na presença de um dos genitores não-alienante para sintomas físicos e reais. Tornando-se tão drástico e maléfico ao ponto da criança ou do adolescente desenvolverem a Síndrome da Alienação Parental.

1.2 Síndrome da Alienação

A Síndrome da Alienação parental é um quadro mais grave da Alienação Parental, se desenvolve quando as condutas dos menores são baseadas em uma espécie de distúrbio psicológico, uma alteração psíquica que causas problemas graves no desenvolvimento de seus descendentes.

O termo Síndrome da Alienação Parental surgiu em 1985, por Richard Gardner professor da Universidade de Columbia nos Estados Unidos, porém, apenas ganhou visibilidade nos tempos atuais em virtude do grande número de separações conjugais.

Embora haja respaldo na legislação brasileira acerca dessa síndrome, não há registro de sua inserção na Classificação Internacional das Doenças (CID), na qual os Autores Ana Carolina Carpes Madaleno e Rolf Madaleno, comentam:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> A conotação de síndrome não é adotada na lei brasileira em virtude de não constar na classificação Internacional das Doenças (CID) e também por dizer respeito ao conjunto dos sintomas provocados pela alienação parental ou alijamento da prole em desfavor de um genitor ou mesmo da família estendida, eis que a legislação pátria apenas trata desta exclusão proposital e não de seus sintomas e consequências. [2]

Em consequência da separação conjugal, principalmente, as litigiosas, podem aparecer traumas e ressentimentos, como: mágoas, raiva, ciúmes, entre outros, o genitor que detém a guarda da criança ou adolescente, passa a descarregar essa angústia no filho menor, na tentativa de desqualificar o outro progenitor ao ponto de comprometer a sua imagem, causando problemas comportamentais e inclusive de cunho psicológico. Nessa ótica, vejamos o que a doutrina afirma acerca do tópico:

> A expressão "síndrome", de indisfarçável colocação psiquiátrica, abrange não somente aqueles sinais caracterizadores da alienação, por práticas levadas a efeito por um dos genitores ou por um dos cuidadores da criança e do adolescente, mas, igualmente, os sintomas de perturbação mental que atingem inexoravelmente o filho influenciado por aquela conduta, de modo a comporta-se negativamente em relação ao outro genitor atingidas pela imputação do primeiro.[3]

Essa manipulação do menor pelo progenitor alienador pode acarretar alteração comportamental, entre elas distúrbios psicológicos. Complicações essas decorrentes desses aspectos trazem problemas com maior grau de seriedade, como o surgimento da Síndrome da Alienação parental, que é classificada como uma disfunção.

> A síndrome da alienação parental (SAP) é uma disfunção que surge primeiro no contexto de disputas de guarda. Sua primeira manifestação é a campanha que se faz para denegrir um dos pais, uma campanha sem nenhuma justificativa. É resultante da combinação de doutrinações programadas de um dos pais (lavagem cerebral) e as próprias contribuições da criança para vilificação do pai.[4]

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Assim, trata de uma desconfiguração da imagem benéfica de um dos genitores lideradas pelo outro que tem a guarda do menor, cria-se um cenário no qual o alienador é a figura de perfeição, enquanto o outro é toda a negatividade e responsáveis por todos os problemas existentes na família, ou seja, o causador de todos os males e assim, alguém que deve ser repudiado e afastado do convívio. Portanto, verificamos que a Síndrome da Alienação Parental cria uma imagem negativa e depreciativa da figura de um dos genitores pela visão do menor envolvido, trazendo afastamentos e implicando no comportamento de crianças e jovens, afetando o menor de forma incisiva e nefasta, causando diversos distúrbios de cunho psicológico e comportamental.

Esses distúrbios são apresentados em seu desenvolvimento atingindo, principalmente, as crianças, que estão na fase de desenvolvimento físico e mental, no qual as manipulações são repassadas de caráter tão verdadeiro que o menor acredita veementemente e não sabe distinguir a verdade da mentira, podendo surgir inclusive implantações de falsas memórias como de um suposto abuso sexual.

2 O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

Em função do melhor interesse do menor, as crianças e os adolescentes têm um tratamento diferenciado perante a justiça, pois possuem condições particulares, seja por não possuir capacidade plena, seja por se encontrar em condição especial de desenvolvimento.

Dessa forma, o Brasil em conjunto com a Declaração dos Direitos das Crianças, inseriu em sua seara jurídica a aplicação deste princípio, o art. 4º do Estatuto das Crianças e Adolescentes (ECA) deixa claro que caso esses menores estejam em condições irregulares, devem ter seus interesses acima de quaisquer outros, vejamos:

> Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.
>
> Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:
>
> a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
>
> b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;

> c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
>
> d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Nessa conjuntura, esse princípio aplica-se nos casos de alienação parental quando estamos falando acerca da guarda do menor, quando ocorre a alienação, há uma disputa de guarda e o menor presencia diariamente as rivalidades entre os pais e das próprias famílias. Assim, torna-se primordial que esse conjunto de pensamento e doutrina se faça presente, a Autora Grace Leite, se posiciona sobre o tema, como se vê:

> O superior interesse, como nova forma de direção das relações nas quais haja participação dos menores, respondeu a efetivação da doutrina de proteção integral, coadunando os interesses do menor s situação que melhor representam viabilidade de sua proteção. As crianças, afastando-se da ideia conceitual enquanto objetos de direitos, são eles sujeitos, e enquanto destinatárias dessas garantias fundamentais, nas disputas de guarda, têm seus interesses resguardados a ponto de sobrepujar os interesses dos seus entes parentais.[5]

Por outro lado, existe a necessidade de ser analisado as condições em que a criança convive e se de fato existe alienação parental, pois em muitos casos embora exista a gana de ter a guarda unilateral, a alienação não é presente. Nesse sentido, as formas existentes no judiciário para resolver e entender essas divergências familiares são muitas.

A justiça tem um papel importante no combate a Alienação Parental, ao definir o tipo de guarda a que o menor será submetido, restando muito claro, que a intenção do juiz é sempre manter o pai e a mãe em convivência com o filho menor, observando sempre o interesse da criança que é a parte mais fraca da relação processual.

Nessa linha de raciocínio, Portugal também adotou esse posicionamento, mais conhecido como princípio do superior interesse da criança e na busca da concretização do mencionado princípio, tem-se procurado elucidar o conjunto de direitos da criança cuja violação permite prever uma situação de prejuízo ou perigo.

Com isso, aplicando-se as medidas de proteção que afastem o perigo para a saúde, segurança, formação moral ou educação da criança, sempre visando a prossecução do seu desenvolvimento integral e agregado a tutela jurídica do art. 69º

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

da Constituição da República Portuguesa, notamos que o país visa resguardar os direitos inerentes ao menor, protegendo do estado vulnerável que essa criança ou adolescente se encontra.

> Artigo 69º - As crianças têm direito à protecção da sociedade e do Estado, com vista ao seu desenvolvimento integral, especialmente contra todas as formas de abandono, de discriminação e de opressão e contra o exercício abusivo da autoridade na família e nas demais instituições

O autor português Hugo Cunho Lança também é norteado por esse entendimento e expõe acerca desse assunto em seu livro, como notamos:

> O princípio do superior interesse da criança no qual encontra-se plasmado no artigo 3º, da Convenção sobre o Direito das Crianças, é considerado como fator primordial de ponderação na tomada de qualquer decisão relativa ao mundo das crianças, seja ela emanada de um instituição pública ou privada, do tribunal, de entidade administrativa ou de órgão legislativo, sendo a baliza de todo o Direito das Crianças, a premissa e o limite de toda a intervenção estadual na regulação privada da parentalidade.[6]

Logo, podemos influir que ambos os países estimam acima de qualquer situação o bem-estar do menor, e embora haja uma demanda conflitante entre seus genitores, são levadas em consideração o melhor para o seu crescimento saudável e feliz, regulando, assim, o poder parental. Dessa forma, protege o seu estado de vulnerabilidade e amplia a capacidade jurídica do Estado Democrático de Direito intervir quando necessário.

3 DAS RESPONSABILIDADES PARENTAIS DE CASAIS SEPARADOS

De acordo com as legislações brasileiras, os pais possuem obrigações jurídicas em relação à sua prole, estabelecido no Código Civil Brasileiro, que aduz que enquanto não completarem sua capacidade plena, estão a mercê do poder familiar, o art. 1.634 do mesmo dispositivo legal, impõe-lhes responsabilidades, como: educação, guarda, consentimento de viagem, entre outros, ou seja, mesmo que haja o divórcio, os responsáveis legais devem exercer a tutela dos filhos.

> Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

consiste em, quanto aos filhos: (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

I - dirigir-lhes a criação e a educação; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584 ; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição. (Incluído pela Lei nº 13.058, de 2014)

Segundo o Autor Fábio Vieira Figueiredo e Georgios Alexandridis, a responsabilidade parental implica responsabilidades, veja:

> Importante frisar que um dos principais objetivos a serem alcançados por intermédio do exercício do poder familiar é o desenvolvimento sadio e equilibrado do menor por meio de uma adequada formação, tanto do ponto de vista da educação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> formal obtida na escola como também, da formação humana obtida em todos os grupos sociais que a criança ou adolescente participa, notadamente no seio familiar.[7]

Essas responsabilidades não são facultativas e mesmo após a dissolução do matrimônio, não há alteração quanto as obrigações dos pais e filhos, contudo, nos casos de guarda compartilhada, somente um dos genitores será o detentor da guarda e o outro terá o direito de convivência.

E ainda:

> Conclui-se que, independentemente da origem da filiação e independentemente de a família estra constituída com a presença de ambos os pais, o fato é que o poder familiar deverá ser exercido – quer seja por ambos, quer por apenas um deles – para que se busque o desenvolvimento do filho menor, para que seja criado um ser humano com qualidades mínimas, sob o prisma da educação, dos preceitos morais e sociais, ou seja, da real proteção que se mostra necessária àquele que se desenvolve.[8]

Percebe-se que o foco maior das responsabilidades e deveres impostos aos pais dos filhos menores se baseia na vulnerabilidade dos filhos menores e assim, a sua incapacidade de exercer plenamente seus direitos.

Em Portugal, os genitores dos menores também têm obrigações legais diante de sua prole, essas responsabilidades são estipuladas pelo próprio Código Civil Português em seu art. 1874º, que expõe os deveres de pais e filhos, afirmando que ambos devem-se mutuamente respeito, auxílio e assistência, bem como obrigados a prestar alimentos com os recursos próprios para que seja suprido o encargo familiar, como se vê:

> 1. Pais e filhos devem-se mutuamente respeito, auxílio e assistência.
>
> 2. O dever de assistência compreende a obrigação de prestar alimentos e a de contribuir, durante a vida em comum, de acordo com os recursos próprios, para os encargos da vida familiar.

Estas responsabilidades civis dos pais para com seus filhos para alguns doutrinadores são objetivas regulando as formas de atuação para com seus filhos,

estando diretamente associada à capacidade da criança, ou seja, seu estado de vulnerabilidade.

Nas palavras de Joaquim Manuel da Silva:

> Em termos de relação jurídica estrita, as responsabilidades parentais começaram por consagrar direitos objetivos dos pais, para depois se afirmarem como um poder-dever, funcional e agora depois da reforma de 2008, do Código Civil definido como uma responsabilidade, reiterando-se assim 'espaço' aos defensores de que se trata de um puro direito subjetivo.[9]

No que tange às responsabilidades parentais em caso de divórcio, o Código Civil Português sofreu alterações no ano de 2008. A designação do poder paternal foi alterada, por meio da Lei nº. 61/2008. O artigo 1906º, do mesmo dispositivo legal, regula as responsabilidades parentais em relação à vida do menor.

Assim sendo, o entendimento de um acórdão retirado do Tribunal da Relação de Guimarães de 04.12.2012 é no mesmo sentido:

> De resto, em matéria de regulação do exercício das responsabilidades parentais em caso de divórcio e/ou separação judicial de pessoas e bens, é o nº 7, do artº 1906º, do Código Civil, bastante claro e incisivo ao determinar que "o Tribunal decidirá sempre de harmonia com o interesse do menor incluindo o de manter uma relação de grande proximidade com os dois progenitores (...).[10]

Conforme tal acordão e em consonância com o Brasil, Portugal também adota a possibilidade de o juízo decidir assuntos pertinentes à vida do filho, quando os interesses de um dos genitores forem contrários ao assunto a ser debatido e posto em prática, artigo 1906, nº 2 do Código Civil Português.

Conforme exposto, verifica-se que as responsabilidades parentais são bivalentes, ou seja, tem dois lados, o do pai e da mãe. Assim, ambos têm os mesmos deveres com os filhos, manter a saúde é um dever em destaque, conforme elenca o art. 1878º, nº 1 e 2, do Código Civil Português, e ainda, o menor deve ter sua vontade colocada em pauta, afinal, é sua vida que está sendo decidida.

4 A SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL E AS IMPLICAÇÕES LEGISLATIVAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No decorrer do processo de Alienação Parental, as práticas abusivas e alienatórias contra os filhos menores, causam e propiciam a progressão de um mal classificado como Síndrome da Alienação Parental, que basicamente são sintomas psicológicos causados em decorrência da Alienação Parental.

Os autores Ana Carolina Carpes Madalena e Rolf Madaleno definem, "A Alienação Parental é, portanto, um termo geral, que define apenas o afastamento justificado de um genitor pela criança, não se tratando de uma síndrome por não haver o conjunto de sintomas que aparecem simultaneamente".[11]

Assim, apura-se de todo esse contexto de alienação que a Síndrome causa problemas mais graves às crianças, pois implicam diretamente na sua saúde e no seu bem-estar. E as consequências mais notórias são o distanciamento de um dos genitores, interferência no processo de aprendizagem, o medo do abandono, ansiedade, e complicações de cunho propriamente psicológicos.

4.1 Implicações legislativas no Brasil e em Portugal

A lei brasileira nº 12.318/10, atualmente, é a principal legislação brasileira para o combate a Alienação Parental, a lei classifica e define o que é alienação, assim em conjunto com o princípio introduzido pela Convenção sobre os direitos das Crianças em 1989 e tendo como aliado o ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), o menor no Brasil goza de seus direitos e são protegidos pelas autoridades judiciárias.

Averiguada a alienação o juiz origina o pedido de perícia e confirmada tal situação, a guarda poderá ser alterada, invertendo-se da unilateral para a compartilhada, art. 6, V, da Lei 12.318/2010, além de multa que poderá ser imposta, bem como o estabelecimento de um acompanhamento psicológico para o menor.

> Art. 6º Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:
>
> I - declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;
>
> II - ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

> III - estipular multa ao alienador;
>
> IV - determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;
>
> V - determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;
>
> VI - determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;
>
> VII - declarar a suspensão da autoridade parental.
>
> Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar

Essas medidas podem ir além, as implicações cíveis e criminais também podem ser levadas em consideração como visto no artigo acima, o dano moral poderá ser aplicado bem como na área criminal quando tratando-se das falsas acusações de abuso sexual.

As competentes para estes casos consistem desde a perda da guarda pelo alienador quanto ao sistema de regulação de visitas, cabendo ao juiz analisar todo o parâmetro geral das situações para que cautelosamente decida qual conjuntura é a melhor para o crescimento da criança e do adolescente, conforme a legislação vigente.

> Art. 7º A atribuição ou alteração da guarda dar-se-á por preferência ao genitor que viabiliza a efetiva convivência da criança ou adolescente com o outro genitor nas hipóteses em que seja inviável a guarda compartilhada.

De tal modo, esse regulamento estabelece um caminho pelo qual deve-se seguir, haja vista que por se tratar de uma lide delicada e na qual requer uma atenção especial, cabe ao Poder Judiciário decidir o futuro de uma criança e da convivência de seus familiares.

4.2 Implicações legislativas em Portugal

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Em Portugal, verificada a Alienação Parental, o juiz tem que tomar certas atitudes, porém nem o juiz, nem o advogado, têm condições de aferir se essa alienação é verdadeira ou falsa, quem faz isso são os assistentes da justiça, ou seja, especialistas de outras áreas do saber como psicólogos e peritos, que vão ouvir o suposto alienador e o alienado, além de fazer uma pesquisa no meio em que a criança vive para saber se a alienação existe ou não.

Desta forma, quando constatada a existência da alienação parental praticada por um dos genitores, as decisões são proferidas no sentido de alterar a regulação do poder paternal, passando a guarda para o progenitor, agindo assim o tribunal está em conformidade com o que determina a lei portuguesa, que baliza o exercício das responsabilidades parentais a partir do critério do superior interesse da criança, artigo 1878º, nº 1º do Código Civil

O fato de um casamento se dissolver seja por qualquer motivo, e passarem os cônjuges separados a residir em residências distintas, não se implica dizer que as crianças deixem de ter pai e mãe. Cabe ao pai e a mãe preservar a criança de todos os problemas trazidos pela separação, para que esta criança, que está em formação, conheça e perceba a importância da figura materna e paterna.

> Os homens e as mulheres (homens e homens, mulheres e mulheres) divorciam-se uns dos outros e não dos seus filhos (embora, estes casos, também existam): se, durante o matrimónio, as decisões nucleares sobre os filhos eram tomadas por ambos, a ruptura da relação conjugal não pode [deve] implicar a abdicação de um dos pais de decidir sobre os filhos comuns ou furtar-se-lhe [roubar-selhe] essa possibilidade.[12]

Dessa forma, mesmo que haja modificações na estrutura familiar em relação à moradia e sustento das crianças, não há mudanças das responsabilidades, mas uma readequação do quadro atual, isto é, os pais devem cumprir de forma efetiva seus deveres para que se complete a formação da criança e jovem.

> Assim, o advento da família democrática não deixa imune às relações pais-filhos, que hoje exigem mais negociação, mais comunicação, mais intimidade, mais proximidade emocional [algo nem sempre positivo] uma tendência para os pais serem mais amigos e (menos) pais.[13]

Portanto, verificamos que ao decorrer do texto que as crianças e adolescentes são a parte mais vulnerável no processo de disputa de guarda, além disso, podemos

observar que a criança se desgasta fisicamente e psicologicamente, a sua intimidade emocional é atingida e altera o ordenamento natural do crescimento e desenvolvimento, cabendo assim à justiça tomar as providencias necessárias para tutelar esses menores.

CONCLUSÃO

O presente artigo procurou demonstrar como as causas de alienação parental podem prejudicar o desenvolvimento das crianças e jovens, alterando o crescimento saudável físico e psicológico. Além disso, verificamos como uma situação pode evoluir, e como as crianças e jovens são utilizados no meio da instauração de um conflito, na qual os envolvidos são pessoas cuja relevância é extrema na vida desses menores.

No decorrer da análise das situações de alienação entende-se que um dos genitores tenta criar memórias falsas, tentando apagar o amor entre o pai e o filho, uma espécie de violência psicológica desproporcional ao cenário que se encontram, sem nenhum amparo de dignidade humana. Observamos também que a Síndrome de Alienação Parental são os impactos na vida do menor, como o surgimento de sintomas psicológicos que alteram negativamente o desenvolvimento da criança e jovem, como: o retardo da fala, movimentos e intelecto.

Dessa forma, implica-se afirmar que as ciências jurídicas analisam todos os parâmetros que são levados à justiça, desde as leis aplicadas para estas situações às condições que as crianças e jovens se encontram, como diagnósticos feitos por profissionais, médicos, peritos, assistentes sociais e psicólogos.

Com isso, apesar das mudanças vivenciadas nas separações conjugais e os contextos atuais, os legisladores, por meio das leis de brasileiras e portuguesas e avaliaram formas de analisar essas premissas e instaurar normas a fim de proteger os interesses do menor, prevendo a guarda compartilhada e regimes que se adaptam a vida do impúbere envolvido.

Portanto, é válido ressaltar que o nobre julgador realiza avalições no decorrer processual com o objetivo de apurar a real situação vivenciada e no caso de constatação de alienação parental pode-se inferir na perda da guarda unilateral para a compartilhada e ainda, ser instado o regime de visitas sob vigilâncias em relação ao genitor alienador, para que se averigue o andamento e mudanças de comportamentos por sua parte, sendo este quadro aplicável a qualquer causa de ocorra a Alienação Parental.

REFERÊNCIAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

DUARTE, Lenita Pacheco Lemos, *Mediação na Alienação Parental: A Psicanálise com Crianças no Judiciário*, Brasil, Editora Lumen Juris, 2020.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios, *Alienação Parental*, Brasil, Editora Saraiva, 2013.

LANÇA, Hugo Cunha, *Cartologia do Direito das Famílias: Crianças e Adolescentes*, Lisboa, Edições Sílabo, 2018.

LEITE, Grace Andrade, *Alienação Parental*, Brasil, 2014.

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf, *Síndrome da Alienação Parental*, 2019.

MATOS, Ana Carla Harmatiuk, et al. *Tratado de Direito das Famílias*, Brasil, IBDFAM, 2019.

SILVA, Denise Maria Perissini da, *Psicologia Jurídica no Processo Civil Brasileiro*, Brasil, Editora Forense, 2016.

SILVA, Joaquim Manoel, *A família das crianças na separação dos pais*, Lisboa, Petrony Editora, 2019.

Acórdão do Tribunal de Relação de Guimarães de 04 de dezembro de 2020, proferido no Processo de nº 272/04.1TBVNC-D.G1, Disponível em http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/afdfdd17febe53c680257ae80051d471?OpenDocument, Acesso [10.03.2020].

[1] DUARTE, Lenita Pacheco Lemos, Mediação na Alienação Parental: A Psicanálise com Crianças no Judiciário, 2020, P. 45.

[2] MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf, *Síndrome da Alienação Parental*, 2019, P. 29.

[3] MATOS, Ana Carla Harmatiuk, et al. Tratado de Direito das Famílias, Brasil, IBDFAM, 2019, P. 317.

[4] SILVA, Denise Maria Perissini da, *Psicologia Jurídica no Processo Civil Brasileiro*, Brasil, 2016, p. 197.

[5] LEITE, Grace Andrade, Alienação Parental, 2014, P. 69.

[6] LANÇA, Hugo Cunha, Cartografia do Direito das Famílias, Crianças e Adolescentes, Lisboa, Edições Sílabo, 2018, p. 39.

[7] FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios, Alienação Parental, 2013, P. 10.

[8] FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios, Alienação Parental, 2013, P. 14.

[9] SILVA, Joaquim Manoel, *A família das crianças na separação dos pais*, Lisboa, Petrony Editora, 2019, p. 47

[10] Acórdão do Tribunal de Relação de Guimarães de 04 de dezembro de 2020, proferido no Processo de nº 272/04.1TBVNC-D.G1, Disponível em http://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/afdfdd17febe53c680257ae80051d471?OpenDocument, Acesso [10.03.2020].

[11]MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf, *Síndrome da Alienação Parental*, 2019, P. 45.

[12] LANÇA, Hugo Cunha, Cartologia do Direito das Famílias: Crianças e Adolescentes, 2018, P. 204.

[13] LANÇA, Hugo Cunha, Cartologia do Direito das Famílias: Crianças e Adolescentes, 2018, P. 33.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO: A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

VITÓRIA OLIVEIRA DA CONCEIÇÃO: Graduanda no Curso de Direito, Centro Universitário UNA Instituto de Ciências Sociais e Humanas.

ERIKA BARBOSA MELQUÍADES

(coautora)

Resumo: O presente trabalho busca explicar através de olhar histórico a importância da utilização dos direitos fundamentais. Em primeiro momento é importante diferenciar os direitos fundamentais dos direitos humanos e suas aéreas de atuação. Demonstrar que a função dos direitos fundamentais, em princípio, era garantir a proteção dos cidadãos frente ao Estado. Porém, ao longo do tempo ficou comprovado que não só o Estado teria capacidade de oprimir os indivíduos do necessário para manter uma vida digna. Portanto, a sociedade não teve outra saída sem ser a ampliação da oponibilidade dos direitos fundamentais, o que leva a aplicação dos direitos fundamentais perante a relação entre particulares. Para tanto, o artigo tece um paralelo entre a transição da aplicabilidade dos direitos fundamentais perante os particulares no mundo e na sociedade brasileira, e os aspectos históricos que levam diferentes internalizações para diferentes realidades. Além da aplicabilidade pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: direitos fundamentais; particulares; aplicação horizontal.

SUMARIO: 1. Considerações Iniciais; 2. Os Direitos Fundamentais e Direitos Humanos: Necessária Justaposição Entre as Noções; 3 Eficácia Dos Direitos Fundamentais Nas Relações Entre Entes Privados; 4 Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais e Realidade Brasileira; 5. Conclusão; 6. Referência Bibliográfica

1.CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Para adentrar no tema tratado pelo trabalho é necessário estabelecer os conceitos dos termos que o norteiam. Portanto, trata-se de suma importância definir o conceito de Direitos fundamentais, que são aqueles direitos que são garantidos aos indivíduos participantes do Estado. Trata-se do mínimo necessário para exercer a vida digna, garantindo que o Estado não exerça seu poder de forma tirana.

Tais normas surgem com o Estado Liberal, para impedir que o Estado, que é extremamente mais poderoso que o particular, possa ferir a existência do particular. Os direitos fundamentais trazem uma nova realidade ao mundo jurídico, cria o mínimo de segurança jurídica, limitando o poder do Estado a possibilidade do mínimo de intervenção Estado poderá fazer.

Nesta nova realidade o Estado deve zelar pelo o interesse coletivo, sem intervir na vida dos particulares, garantindo a igualdade material entre as pessoas, e, hoje em dia é um dos direitos mais básicos que um Estados deve garantir ao seu cidadão, e demonstra a forma de autuação política da nação. Aos poucos ficou determinado nos ordenamentos jurídicos a necessidade de separação entre os ramos do Direito, ficou claramente dividido direito público e o direito privado.

O direito civil é atrelado ao ramo de direito privado, se difere do direito público por não ter disparidade entre as partes. Este envolve uma relação entre um ente poderoso, o Estado possuidor de todo o aparato estatal, e um particular, pessoa física ou jurídica, limitada. Portanto, sempre haverá regras para diminuir estas disparidades entre os particulares e o Estado.

Em regra, os direitos fundamentais serão aplicados de forma vertical. Ou seja, do Estado, localizado hierarquicamente superior aos demais, limita sua atuação através dos direitos fundamentais, respeitando a dignidade dos seus cidadãos. Por outro lado, as relações de direito privado envolvem dois indivíduos particulares, iguais formalmente. Logo, a princípio não há a necessidade da intervenção para igualar as partes e, garantir a livre manifestação entre as partes, já que a princípio são iguais formalmente.

Porém, há disparidade entre os particulares, existem momentos em que o posicionamento de uma das partes da relação privada sobrepões sobre o outro. E, por se tratar de uma relação entre particulares deverá ter peso maior da autonomia da vontade.

Por isto, o atual artigo vem estudar como é feita análise da nova aplicação dos direitos fundamentais, há o reconhecimento da necessidade da eficácia horizontal, que trata se de uma aplicação dos direitos fundamentais em relação entre pares, ou seja, em relações regidas pelo direito civil.

O que a princípio contraponha-se com a origem histórica da separação dos ramos do direito. Em regra, o direito público apresenta regras para conter os poderes do Estado, que até antes desse freio era absoluto e, alterava realidade conforme bem intendia sem gerar segurança jurídica aos seus súditos. Portanto, ao criar a distinção o Estado não poderia mais intervir na relação entre iguais. O que ao longo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

do tempo gera um outro problema, os pares possuem grande distinção fática. Sendo assim, os mais fracos são suscetíveis as vontades dos mais poderosos. Portanto, só conseguiria exercer os direitos fundamentais os mais poderosos materialmente.

Por isso, a necessidade de uma intervenção do Estado para garantir que todos os indivíduos consigam exercer de forma igualitária seus direitos fundamentais. Sendo assim, surge o processo de constitucionalização do Direito Civil, que trata se da interpretação dos termos regulamentados no direito civil devem ser guiados pelos preceitos da constituição, ou seja, a liberdade individual não pode ferir as garantias constitucionais.

Para a confecção do presente estudo foi feita análise crítica dos doutrinadores brasileiros acerca do tema em paralelo com os atuais julgados dos tribunais brasileiro. Dessa forma, o presente trabalho traz um estudo acerca da vinculação estatal, eficácia vertical, bem como a dos particulares, eficácia horizontal, aos direitos fundamentais, correlacionando a jurisprudência preponderante no Brasil sobre o assunto.

2.OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS: NECESSÁRIA JUSTAPOSIÇÃO ENTRE AS NOÇÕES

A reivindicação pelos Direitos Individuais surge, na Inglaterra, em meados do século X, em meio a um descontentamento popular à soberania da Monarquia. Após anos de conflitos e adversidades, em 1215, foi imposto ao Rei João Sem Terra um documento que limitava os poderes da Monarquia Inglesa, a Magna Carta. A partir deste momento tem-se início o processo histórico o qual fez surgir o Constitucionalismo. Dentre outras medidas, ela traz o reconhecimento a igualdade civil e liberdade política entre as pessoas livres.

> Um dos marcos simbólicos da história constitucional, a Magna Carta foi, originariamente, um documento que resguardava os direitos feudais dos barões, relativamente à propriedade, à tributação e às liberdades, inclusive religiosa. A amplitude de seus termos, todavia, permitiu que, ao longo do tempo, assumisse o caráter de uma carta geral de liberdades públicas. (BARROSO, 2011, pag. 19)

Posteriormente, em 1791, houve a introdução da declaração de direitos à Constituição Norte-Americana, conhecida como Bill of Rights. Ela trazia dez emendas que consagravam direitos que já constavam nas constituições de diversos Estados e que incluíam as liberdades de expressão, religiosas, reunião e o direito ao devido processo legal e a um julgamento justo (Barroso, 2011, pag.36).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No entanto, somente após a Revolução Francesa, em 1789, que houve a universalização dos direitos. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão reconheceu a Universalização dos Direitos e consagrou os Princípios que norteiam a dignidade da pessoa humana e garantia a vida e a liberdade. Desde então, o documento influencia a criação de diversas Constituições ao redor do mundo. Dessa forma, as Revoluções Liberais, trouxeram a luta pela limitação dos poderes do Estado e a obrigação deste perante a proteção dos Direitos humanos. Doravante, os direitos são protegidos, mas valem somente no âmbito do Estado que os reconhece (Bobbio, 2004, pag. 27).

A realidade sofrida pelo mundo durante a Segunda Guerra Mundial era de que o indivíduo estava em perigo ao sair de seu Estado pois, o compromisso em manter os direitos fundamentais é obrigação única do Estado-Nação em que aquele individuo era considerado cidadão.

Portanto, os demais Estados não mantinham o mesmo compromisso com os cidadãos exteriores a seu combate. Isto levou que Estados pudessem ao logo da guerra tornar a vida indivíduos miseráveis por mera liberalidade.

Em 1948, na Assembleia Geral das Nações Unidas, o documento foi promulgado, no seguinte sentido:

> a partir de então, foi acolhido como inspiração e orientação no processo de crescimento de toda a comunidade internacional no sentido de uma comunidade não só de Estados, mas de indivíduos livres e iguais e livres" (Bobbio, 2004, pag. 27).

Na visão de Roberty Alexy (1998), os direitos fundamentais são elementos essenciais da ordem jurídica nacional, porém, eles são capazes de romper o quadro nacional uma vez que para satisfazerem os requisitos que lhes são impostos, devem incluir os direitos do homem e, portanto, serem de validade universal. Por isso, para Araújo, (2008, pag.09), os instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos apresentam natureza subsidiária, pois atuam como garantias adicionais de proteção após falharem os sistemas nacionais. Assim, entende-se que os Direitos fundamentais são protegidos interna e externamente, por meio das Constituições, enquanto que os Direitos humanos são previstos somente em acordos realizados entre os Estados e protegidos internacionalmente.

Porém, a diferenciação axiológica entre direitos humanos e direitos fundamentais, é que aqueles têm como pilar a dignidade da pessoa humana, alçada ao patamar de um valor, tanto internacional (nos tratados de direitos humanos), quanto no plano interno (nas constituições). Enquanto a dignidade humana e os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, confere suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro, uma vez que a Constituição brasileira a elevou a categoria de princípio fundamental (Art. 1º, III) constituindo o núcleo informador de todo o ordenamento jurídico. (Piovesan, 1998, pag. 68).

Araújo (2008), pag. 18, entende que, para ser possível a definição de direitos humanos, é preciso que haja uma conceituação histórica, onde se deve estabelecer um marco. Tais marcos seriam as declarações que foram inseridas no texto constitucional a partir do século XVIII, que procuraram contemplar esses direitos permanentemente, gerando segurança jurídica. Daí, as iniciativas para proteção dos direitos fundamentais ampliaram-se, criando um catálogo que previa não somente os direitos, mas também formas para sua aplicação. Então, o Direito Internacional dos Direitos Humanos nasce como uma disciplina que visa proteger a pessoa humana, bem como a sua dignidade, tratando-se de um direito de proteção, voltado a salvaguardar os direitos das pessoas e não mais dos Estados.

Portanto, os direitos humanos vêm para resguardar a vida digna do indivíduo contra agentes externos ao estado. Porém, a proteção contra a gente internos não é positivada, e sim a intepretação doutrinária que ao longo dos tempos mudou a forma de interpretação dos direitos fundamentais com intuído teleológico, conforme é exposto ao longo do trabalho.

3. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE ENTES PRIVADOS

Os direitos fundamentais surgem em meio a explosão de um novo pensamento de Estado, o Estado Liberal, que veio garantir ao povo que o Estado não participaria da vida do povo, respeitando e garantindo que o povo possa desenvolver economicamente, socialmente e culturalmente sem a intervenção do Estado.

Então os direitos fundamentais surgem como os limites que não podem ser ultrapassados pelo Estado, para que o indivíduo possa a garantir uma vida digna, com o máximo de segurança jurídica e sua liberdade usufruída.

Porém, com um passar do tempo, ficou claro que o Estado não é o único que pode ameaçar os direitos fundamentais, e o indivíduo encontra muitas maneiras para ameaçar a dignidade da vida do seu par. O Estado Liberal conseguiu parar a ameaça proposta pelo Estado, criando os direitos fundamentais.

> A clássica concepção de matriz liberal-burguesa dos direitos fundamentais informa que tais direitos constituem, em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> primeiro plano, direitos de defesa do indivíduo contra ingerências do Estado em sua liberdade pessoal e propriedade. (MENDES,1998, pag. 3)

Os direitos fundamentais por serem opostos unicamente em face do Estado, ou seja, tinha como função exclusivamente para proteger o individuou do Estado, já que ultrapassando este objetivo o voltaria a quebrar a liberdade dos particulares.

O Estado Liberal não conseguiu, ou melhor, não se preocupou em solucionar as ameaças feitas pelos particulares.

Porém a função dos direitos fundamentais ainda diz respeito a proteção dignidade humana eles acabaram recebendo uma nova interpretação para continuarem a cumprir sua função.

O Estado Liberal trouxe uma liberdade muito grande aos indivíduos tendo como base exclusivamente a igualdade formal (a noção de que o Estado não trata nenhum cidadão de forma diferente). Porém, existe uma desigualdade fática que diz respeito as condições que fazem o indivíduo. Proporcionando ao indivíduo que possui maior poder aquisitivo pode usufruir maior poder aquisitivo poderá aproveitar melhor sua liberdade e até mesmo subordinar os direitos fundamentais de outros individuou a sua liberdade.

A partir deste momento os direitos fundamentais não conseguem mais atingir seu objetivo. Ou pelo menos não para todos.

A pessoa é protegida pelo Estado todo poderoso, porém existem particulares tão poderosos como o Estado ou mais poderosos. E, que os direitos fundamentais já não têm mais como intervir.

Ou seja, apenas os abusos efetuados pelo o Estado podem ser detidos. As pessoas voltam a se ver sem poder contar com a segurança, e de ter o mínimo de suas liberdades garantidas.

Os pensadores do Estado social não enxercam mais o Estado como inimigo da liberdade do povo e sim como um dos principais agentes para garantir uma igualdade formal e fática para todos os indivíduos.

> Analisando as posições jurídicas fundamentais que integram os direitos de defesa, importa consignar que estes não se limitam às liberdades e igualdades (direito geral de liberdade e igualdade, bem como suas concretizações), abrangendo, ainda,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> as mais diversas posições jurídicas que os direitos fundamentais intentam proteger contra ingerências dos poderes públicos e também contra abusos de entidades particulares, de forma que se cuida de garantir a livre manifestação da personalidade, assegurando uma esfera de auto-determinação do indivíduo.(MENDES,1998, pag. 3)

Porém, ainda se tem os direitos fundamentais apenas como princípios a serem seguidos pelo ordenamento e quando existisse conflito quem deveria solucionar seria a ponderação.

Não existe uma única forma de enxergar a aplicação dos direitos fundamentais na esfera particular, a forma como é resolvido depende de quanto aquele povo aceita a participação do Estado na vida particular. Como exemplo temos os EUA que apresenta-se com uma linha de pensamento liberal e para aplicação de um dos direitos fundamentais única e exclusivamente para que quando infringir o direito fundamental for um agente do Estado (o chamado *state of action*).

> A primeira vertente é conhecida como doutrina da negação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais ou doutrina do *state action*, e predomina no Direito Constitucional norte-americano. Tal teoria defende que os direitos fundamentais apenas impõem limitações para os poderes públicos, não atribuindo aos particulares direitos frente a outros particulares. Ademais, o Congresso Nacional não tem poderes para editar normas protegendo os direitos fundamentais nas relações privadas, pois a competência para disciplinar essas relações é exclusiva do legislador estadual. (SILVA, 2005, pag. 101).

Os direitos fundamentais são determinados como garantias mínimas para uma vida digna e quem deve oferecer é o Estado.

O Estado garantido a todos os direitos fundamentais em suas leis fundamentais o que garante através da unicidade do ordenamento jurídico que o que cabe garantir a constituição deve ser seguido pelo legislador na hora de planejar o ordenamento jurídico sobre outros diplomas do direito

E, ao judiciário ao resolver um conflito deve como preceitos em suas decisões o que diz os direitos fundamentais.

Hoje é consagrada a ideia de que os direitos fundamentais não são apenas princípios a serem seguidos e, sim, normas, com a mesma força que as leis.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Outro dilema é que quando a um conflito entre particulares, e se aplica diretamente aos direitos fundamentais, existirá uma exclusão de todo o resto do sistema.

Além disto, a maioria dos conflitos dos direitos fundamentais envolvem o encontro de outro de direito fundamental. Não há como determinar uma hierarquia entre normas, devendo cada caso ser analisado separadamente.

A eficácia direta em muitos momentos pode entrar em conflito com a lei ordinária, o que seguindo tal teoria deve haver a prevalência do direito fundamental sobre a lei ordinária.

A favor da aplicação direta dos direitos fundamentais Hans Carl Nipperdey pronuncia no tribunal Superior do trabalho.

> as ameaças aos direitos fundamentais no século atual não vêm apenas do Estado, mas também dos grupos sociais, que detêm na sociedade de massas uma parcela cada vez maior de poder social e econômico (ANDRADE, J. pag. 277).

Esta afirmativa encontra críticas, por que os direitos fundamentais são expressamente uma proteção do cidadão contra o Estado. Caso seja expandida essa proteção a relação dos particulares colocaria em jogo a autonomia da vontade e o que leva existência do direito privado.

Quando se trata de uma relação entre Estado e um particular apenas um tem a tutela dos direitos fundamentais quando se trata de dos particulares para favorecer apenas um.

A constituição portuguesa ainda garante que a aplicação dos direitos fundamentais na relação entre particulares garante que não devem ser aplicados a mesma forma que o Estado para garantir que particulares possam exercer a autonomia da vontade dos indivíduos.

Além do mais a constituição portuguesa garanti a aplicação direta dos direitos fundamentais, porém não determinar qual deve ser forma de aplicação.

4.EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E REALIDADE BRASILEIRA

O artigo 5° da constituição brasileira determina que em uma relação entre o Estado e o particular, sempre, deve existir uma aplicação imediata dos direitos fundamentais. Sendo assim, todos os três poderes estão vinculados a aplicação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

imediata dos direitos fundamentais. Porém, quando se trata de uma relação privada não há uma regra expressa.

Portanto, coube aos estudiosos do direito brasileiro resolverem como é aplicado os direitos fundamentais na realidade brasileira. Uma das formas para pautarem o tema na realidade do Brasil é o direito comparativo entre os demais ordenamentos mundiais.

Em relação a realidade dos países europeus já há o reconhecimento que os direitos fundamentais possuem uma aplicação horizontal. Já nos Estados Unidos da América os doutrinadores devem fazer uma acrobacia hermenêutica para conseguir superar a doutrina *state of action,* portanto, como regra, nos EUA os direitos fundamentais encontram restrito a aplicação vertical.

Mesmo havendo várias interpretações para aplicação dos direitos fundamentais no mundo, sempre, a barreira para aplicação deles é a autonomia da vontade.

O divisor de águas para o Supremo Tribunal Federal é o caso UBC, a decisão seguiu os seguintes termos:

> **RE 201819**
>
> **Órgão julgador:** Segunda Turma
>
> **Relator(a):** Min. ELLEN GRACIE
>
> **Redator(a) do acórdão:** Min. GILMAR MENDES
>
> **Julgamento:** 11/10/2005
>
> **Publicação:** 27/10/2006
>
> **Ementa**
>
> EMENTA: SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS **DIREITOS FUNDAMENTAIS** NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS **DIREITOS FUNDAMENTAIS** NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a **direitos fundamentais** não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e

jurídicas de **direito** privado. Assim, os **direitos fundamentais** assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos **particulares** em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias **fundamentais**. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos **direitos fundamentais** de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos **direitos** e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos **particulares**, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos **particulares**, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades **fundamentais**. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.APLICAÇÃO DIRETA DOS **DIREITOS FUNDAMENTAIS** À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social, integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira

Trata de um acordão que discute a exclusão de um dos sócios da UBC sem a possibilidade de exercer os direitos de ampla defesa e contraditório. A sociedade em sua defesa, utiliza os argumentos que não é um dos órgãos públicos,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

e, que, portanto, podem estipular regras próprias, já que não estão limitados pelos direitos fundamentais.

O caso UBC traz uma forma completamente nova para aplicação dos direitos fundamentais. Se diferenciar dos outros porque, é o primeiro que explicitamente se trata de direitos fundamentais. O Ministro Gilmar Mendes sentiu a necessidade de requerer vistas do caso para relatora, sobre o seguinte argumento: "caso típico de aplicação dos direitos fundamentais em relação privada". Ainda, ressalta, que por se tratar de conflito envolvendo a aplicação de direitos constitucionais deve ser apreciado pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da constituição.

É reconhecido que a associação estabeleceu, pela autonomia da vontade, a forma de deliberar sobre penalidades a serem aplicadas. Mas, a retaliação do sócio, sem a apreciação de sua defesa ou contraditório, possui um condão mais grave.

O fato é que o caso em tela demonstra, que a exclusão do sócio acarreta prejuízo em várias esferas de sua vida profissional. Pois, como a UBC é participante o ECAD a partir da exclusão do membro tem a autonomia de decidir sobre fruição dos direitos autorais. Então, a não utilização do contraditório e ampla defesa ultrapassam o direito de associação, o que torna imperiosa a observância das garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Ao longo dos votos, é possível reconhecer que não basta a simples alegação da infração dos direitos fundamentais. É necessário a sobreposição do direito infringido com a liberdade do particular, e, a alteração no mundo fático causado por tal deferimento.

O STF adotou como forma de aplicação dos direitos fundamentais a forma imediata, com a justificativa da obrigatoriedade de uma aplicação direta dos preceitos constitucionais, e como apontado no comentário abaixo, isto já era feito.

Antes do caso UBC os conflitos que envolvia os direitos fundamentais eram resolvidos com a aplicação dos princípios constitucionais, sem tratar o tema como direito fundamental em especifico o STF já tinha como tradição tratar o tema vinculado seus efeitos nas relações particulares.

> é possível concluir que, mesmo sem entrar na discussão das frases jurídicas sobre a firma de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a jurisprudência brasileira vem aplicando diretamente os direitos individuais consagrados na constituição na resolução de litígios provados. " (SARMENTO, Daniel. 2004, p. 297).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Vale lembrar, que a constituição brasileira é rígida e, em muitos momentos estipula regras sobre as relações particulares de forma explicita, os direitos sociais são impostos entre os particulares, como por exemplo os direitos trabalhistas.

O caso dos direitos trabalhista é mais fácil de identificar a necessidade de uma intervenção estatal, aqui, fica claro a disparidade entre as partes. O que leva a entender que em regra o empregador possui um poder muito maior que o trabalhador, fica fácil a interpretação, e, até aplicação da máxima que na dúvida deve ser favorável ao empregado.

Porém, o caso específico da relação de dois particulares em pé de igualdade a necessidade da intervenção do Estado passa por avaliação diferente, apesar, de ter como função a manutenção de uma vida digna, a aplicação entre particulares não é tão simples.

Existem muitos conceitos subjetivos interligados no assunto, que mantém as definições básicas bem definidas. Isto, acaba por garantir diversas interpretações do mesmo instituto por diversos países, com seus respetivos inclinamentos políticos.

> uma opção por eficácia direta traduz uma decisão política em prol de um constitucionalismo da Igualdade, objetivando a efetividade do sistema de direitos e garantias fundamentais no âmbito do Estado social de Direito, ao passo que a concepção defensora de uma eficácia apenas indireta encontra-se atrelada ao constitucionalismo de inspiração luberal-burguesa.(SARLET, Ingo Wolfgang, 2000, pag. 147)

Porém, existem momentos em que o legislador expressamente fortalece os direitos fundamentais, em uma legislação historicamente reservada a pautar a autonomia da vontade. Isto pode ser exemplificado nos seguintes casos:

> Art. 57. A exclusão do associado só é admissível havendo justa causa, assim reconhecida em procedimento que assegure direito de defesa e de recurso, nos termos previstos no estatuto. (Redação dada pela Lei nº 11.127, de 2005)
>
> Art. 1.085. Ressalvado o disposto no art. 1.030, quando a maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social, entender que um ou mais sócios estão pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-los da sociedade, mediante

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> alteração do contrato social, desde que prevista neste a exclusão por justa causa.
>
> Parágrafo único. Ressalvado o caso em que haja apenas dois sócios na sociedade, a exclusão de um sócio somente poderá ser determinada em reunião ou assembleia especialmente convocada para esse fim, ciente o acusado em tempo hábil para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa. (Redação dada pela Lei nº 13.792, de 2019)

Os dois artigos foram retirados do Código Civil. Apesar do diploma preconizar a autonomia de vontade, é fácil constar um dos direitos fundamentais mais antigos sendo ressaltados. Tais artigos que regulamentam a relação entre particulares em nível de igualdade, que formam associação ou sociedades.

Por fim, vale ressaltar, que não existem uma única formula para solucionar um conflito dos direitos fundamentais. Que cada caso deve ser estudado como fosse único devendo ter uma solução adequada para aquela realidade. O que torna difícil a construção de uma jurisprudência solida sobre o assunto. E, enquadrar em um único caso, por isto vê ao longo dos anos diferentes decisões em que vão existir diferentes graus de suprimento da autonomia da vontade para o protagonismo dos direitos fundamentais.

5. CONCLUSÃO

O histórico da construção dos direitos fundamentais tem como objetivo principal resguardar o indivíduo, para que ele possa exercer suas liberdades e, ainda sim, efetivar a sua vida digna.

Ao longo dos anos os entes que possuem o poder de ameaçar a vida digna dos indivíduos se ampliaram. A atualidade demonstrou a necessidade de ampliação dos direitos e garantias fundamentais, com a alteração do parâmetro de dignidade.

A interpretação do instituto da aplicação dos direitos fundamentais varia com o tempo e lugar. Assim como, os considerados direitos fundamentais também variam. Estão diretamente ligados com os conceitos ideológicos que norteiam aquela sociedade.

Por isto, o trabalho conseguiu chegar à conclusão que a realidade brasileira tende a acreditar em uma aplicação horizontal dos direitos fundamentais, com fundamento que a autonomia da vontade não pode se sobrepor aos direitos fundamentais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Todavia, mesmo com a tendência da defesa dos direitos fundamentais, cada caso deve ser analisado de forma individual, sendo necessária a ponderação entre a liberdade, o direito suprimido e a alteração do mundo fático.

A realidade brasileira parou para analisar o conceito da aplicação dos direitos fundamentais de forma horizontal, através do caso UBC, apesar de em outros momentos ter utilizado a teoria, de forma tácita.

O caso UBC tem a peculiaridade que função que poderia ser privada do indivíduo se assemelha a um caráter público, mais um motivo que reforça que a simples natureza privada da instituição não pode tratar de forma arbitrária a sua decisão. Este é um caso que se assemelha aos nobres que privavam os plebeus de exercer sua profissão, por um motivo arbitrário. Portanto, a lógica de seguir uma interpretação teleológica dos direitos fundamentais para que eles possam atingir o objetivo de garantir a vida digna do indivíduo, aplicando contra o estado ou particular.

Toda a evolução dos direitos fundamentais é correlacionada com o Estado contemporâneo. O estado liberal, proporcionou um estado mínimo, que garantiu os direitos fundamentais em sua única aplicação vertical. O crescimento desenfreado do estado liberal proporcionou uma nova ameaça.

Atualmente, a visão evolui. O estado não pode ser tão pequeno. Por isto, a necessidade de sua intervenção direta na relação privada. Afinal de contas os direitos fundamentais tem como objetivo a garantir a todos os indivíduos o poder de usufruir de suas vidas da forma mais digna possível. Para tanto, é imprescindível a sua oponibilidade frente aos particulares.

A maior parte dos negócios jurídicos são realizados entre dois particulares. Por isto, alguns particulares devido ao seu ponto estratégico ao realizar o negócio possui de superioridade em relação ao outro, e, a máxima do direito privado autorizaria aos particulares a explorarem o seu posicionamento, acentuando as desigualdades materiais entre os particulares. Tudo isto é justificado com a autonomia da vontade.

Logo, é necessário a intervenção de um ente para minimizar as desigualdades materiais, e manter o básico para que todos os indivíduos possam exercer a vida digna. Para solucionar o conflito cabe ao Estado interferir, de forma moderada, a relação dos particulares.

A aplicação horizontal dos direitos fundamentais é uma das formas mais eficientes do Estado para manter a dignidade das pessoas humanas nas relações entre particulares e para garantir a melhor aplicação da teoria é necessário a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

interpretação teleológica das possíveis normas que regem a relação. Dessa forma, a potencialização da autonomia da vontade poderá ser exercida com plenitude e sem máculas aos direitos fundamentais das partes.

6.REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ALEXY, R. Teoria de Los Derechos Fundamentales. Tradução espanhola por Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALEXY, R. Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais no Estado de Direito Democrático. Palestra proferida na sede da Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE), 1998

AMARAL JÚNIROR, A. Introdução ao Direito Internacional Público. São Paulo: Atlas, 2008

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. Considerações sobre o desenvolvimento da relação entre responsabilidade civil e o direito de família no direito brasileiro. Direitos Fundamentais & Justiça, Porto Alegre, v. 6, n. 21, p. 58-83, out./dez. 2012.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.271-297.

ARAÚJO, Nádia. Direito Internacional Privado – Teoria e prática brasileira. Rio de Janeiro, Renovar, 2008

BARROSO, L. R. O Direito Consitucional E A Efetividade Suas Normas. 3 º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. 8. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Apresentação de Celso Lafer. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 13. tirag. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

MAIA, Renato. Da horizontalização dos direitos fundamentais. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, ed. especial, n. 1. p. 108, 2008.

MENDES, Gilmar. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível na Internet:Acesso em: 22 de outubro de 2020

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p.105-147

SARLET, Ingo Wolfgang. Direito fundamental ao transporte traz novos desafios a velhos problemas. Revista Consultor Jurídico. 2015. Disponível: http://www.conjur.com.br/2015-set-25/direitos-fundamentais-direito-fundamentaltransporte-traz-novos-desa Acesso em: 22 de outubro de 2020

SARLET, I. W. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. Rio de janeiro: Lúmen Iuris, 2004

SILVA, Virgílio Afonso. A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2005, p.98-102.

TAVARES, André Ramos. Curso de direito constitucional. 10º ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ALIENAÇÃO PARENTAL: O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO COMO POSSIBILIDADE DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

RONALTH OLIVEIRA CARNEIRO:
Graduando do Curso em Direito, no Centro Universitário Luterano de Manaus – ULBRA

RUBENS ALVES DA SILVA[1]

(orientador)

RESUMO: A alienação parental foi diagnosticada pelo professor Richard Gardner em meados de 1985. E a partir de então começaram a surgir estudos a este respeito, observando a frequência desses casos na sociedade brasileira, começou a surgir a necessidade de ter uma lei que protegesse a criança e o adolescente de tal abuso a seus direitos. A prática do ato de alienação parental fere os direitos e garantias fundamentais do infante, fazendo com que isso acarrete ao genitor alienador várias medidas punitivas, para que não incorra em ato novo. Alienação parental normalmente ocorre com o término do relacionamento conjugal, claro que não é em todas as separações, existem casos de avós, tios, e os guardiões praticarem a alienação.

Palavras chave: Alienação Parental, Poder Familiar, Punições, Poder Judiciário.

ABSTRACT: Parental alienation was diagnosed by Professor Richard Gardner in mid-1985. And from then on studies began to emerge, observing the frequency of these cases in Brazilian society, the need began to have a law that would protect the child and the teenager of such abuse of his rights. The practice of the act of parental alienation violates the infant's fundamental rights and guarantees, causing this to bring the alienating parent several punitive measures, so that it does not incur a new act. Parental alienation usually occurs with the termination of the marital relationship, of course not in all separations, there are cases of grandparents, uncles, and guardians practicing alienation.

Keywords: Parental Alienation, Family Power, Punishment, Judiciary.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. O SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA NO SEU CONTEXTO JURÍDICO E SOCIAL. 3 DA ALIENAÇÃO PARENTAL. 4. DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. 5. DA MEDIAÇÃO COMO FORMA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS. 6. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, podemos observar mudanças nas condições familiares. Percebemos que as dissoluções familiares estão se tornando mais comuns e aparecem na vida familiar. Eles optam por se dissolver em vez de continuar seus amantes desesperados, o que pode levar à ruptura familiar. Práticas que causam a alienação dos pais. Uma maior coexistência com um dos pais pode ser um problema, porque quanto mais pessoas moram com um dos pais, maior a possibilidade de alienação. Na maioria dos casos, a pessoa com a guarda é o pai Pessoas alienadas.

Partindo desse pressuposto, a pesquisa feita tem como objetivo analisar a prática da alienação parental, e a mediação como forma de resolução deste tipo de conflito. Observa-se que este artigo se divide em 5 etapas, ou seja, quando o surgimento e evolução da família, da alienação parental e a lei de proteção integral à criança, ou seja, a dissolução da família quando aparece o potencial alienador, e por fim, sobre a mediação familiar, e garantindo assim a sua proteção integral como previsto em lei.

2. O SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA NO SEU CONTEXTO JURÍDICO E SOCIAL

A origem histórica da família começa a partir do instante que as pessoas começaram a viver em pares, como uma forma de agrupamento formal, se formando de maneira espontânea. Assim, surgiram os vínculos afetivos.

A família foi construída na percepção de uma edificação cultural, destinando-se com o objetivo que cada pessoa dentro da família possui uma função dentro desta estrutura.

Com o passar dos tempos esta sociedade familiar sentiu necessidade de criar leis para se organizar e com isso surgiu o Direito de Família, regulando as relações familiares e tentando solucionar os conflitos oriundos dela. De acordo a jurista Maria Berenice Dias:

> Antes da Revolução Industrial a família possuía caráter patriarcal, ou seja, o homem exercia a função de provedor do lar, enquanto a mulher detinha o dever de procriar e cuidar da prole. A sociedade só aceitava a família constituída pelo matrimônio, e a lei apenas regulava o casamento, a filiação e o parentesco. (DIAS, 2009-2010, p.30)

Com a evolução histórica da família, em certo momento o casamento é instituído como regra de conduta. Esta foi à forma encontrada para impor limites ao

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

homem, ser julgado que, na busca do prazer, tende a fazer do outro um objeto. Salienta Silvio Venosa:

> Com a evolução da ciência do direito, o casamento passou a ser regulamentado pelo o Estado, que inseriu em suas codificações esse instituto, anteriormente tratado como um dogma da instituição doméstica, passou a ser visto como o baluarte da família moderna. (VENOSA, 2010, p. 4-5)

Neste tempo, o Estado passa a intervir nas relações entre as pessoas, visto que começou a dar certa importância ao instituto ao casamento, e a relevância que possui para o próprio Estado, pois a organização da sociedade é feita com base na estrutura familiar. O primeiro elemento de família era aquele consolidado sobre o aspecto patriarcal e hierarquizado, onde o marido/homem era considerado como o chefe da família e todos deviam a ele obediência e respeito. Portanto, era chamado de "Pátrio Poder", onde os filhos e a esposa eram submetidos ao poder do chefe de família. O antigo pátrio poder foi extinto com o advento Código Civil de 2002, no que passou a ser denominado Poder Familiar, que abrange tanto pai quanto mãe. Assim preceitua o art. 1.630: "Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores" (BRASIL, CC/2002)

Nesse aspecto, a importância que a família possui para o Estado, pois está é considerada a base de uma sociedade, recebendo especial atenção do próprio Estado, conforme estabelecido no art. 2261 da Constituição Federal de 1988. As relações passaram a ser estabelecidas sobre os aspectos do respeito mútuo e da igualdade, cedendo um lugar maior a sua democratização. Portanto, a família patriarcal já não mais vigora no século XXI, essa concepção de família patriarcal, com a revolução industrial a mulher saiu de casa para trabalhar e o homem se tornou mais presente na educação dos filhos. Com a chegada da Constituição Federal e Código Civil, a família tomou outro aspecto. "Esta estrutura trouxe nova base jurídica constitucional, tais como: a igualdade, liberdade, e dignidade da pessoa humana. Princípios esses que foram transportados para a seara do direito de família. " (GONÇALVES, 2002, P.74)

Sendo assim, a Família nada mais é que o conjunto de pessoas que possuem grau de parentesco entre si. A família é considerada responsável por promover a educação dos filhos e influenciar o comportamento dos mesmos no meio social, o papel da família no desenvolvimento de cada indivíduo é de fundamental importância, para que esse menor se desenvolva e se torne um adulto saudável.

A Constituição Federal, rastreando os fatos da vida, viu a necessidade de reconhecer a existência de outras entidades familiares, além das constituídas pelo

casamento. Assim, enlaçou no conceito de família e emprestou especial proteção à união estável (CF 226 §3º) e à comunidade formada por qualquer dos pais com seus descendentes (CF 226 §4º), que começou a ser chamada de família monoparental. No entanto, os tipos de entidades familiares explicitados são meramente exemplificativos, sem embargo de serem os mais comuns, por isso mesmo merecendo referência expressa.[1][2]

Dessa maneira, o principal fator para o reconhecimento da família é o do vínculo afetivo, independentemente da maneira como essa família esteja organizada.

3 DA ALIENAÇÃO PARENTAL

A alienação parental foi instituída pela Lei n. 12.318/2010, decorrente de alterações no art. 236 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A alienação parental ocorre quando há em geral a ruptura do casamento, e um dos cônjuges não consegue lidar com essa separação e com um sentimento obsessivo, em busca de vingança inicia-se a desmoralização do outro para os filhos. A Lei nº 12.318/2010 estabelece que a alienação parental sendo uma interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avos ou por aqueles que têm a criança sob sua guarda, as crianças são doutrinadas para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.

Maria Berenice Dias (2010) assim descreve a alienação parental:

> "São atos que desencadeiam verdadeira campanha desmoralizadora levada a efeito pelo alienante, que nem sempre é o guardião. Chamam-se de alienado tanto o genitor quanto o filho vítima desta prática." (DIAS, 2010, p. 16)

Nos dizeres de Gesualdo Eduardo de Almeida Júnior, Alienação Parental é:

> A campanha de desmoralização feita por um genitor em relação ao outro, geralmente a mulher (uma vez que esta normalmente detém a guarda do filho) ou por alguém que possua a guarda da criança. É utilizada uma verdadeira técnica de tortura psicológica no filho, para que esse passe a odiar e desprezar o pai e, dessa maneira, afaste-se do mesmo. O detentor da guarda, ao destruir a relação do filho com o outro, assume o controle total. Tornam-se unos, inseparáveis. O pai passa a ser considerado um invasor, um intruso a ser afastado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> a qualquer preço. Este conjunto de manobras confere prazer ao alienador em sua trajetória de promover a destruição do antigo parceiro. O detentor da guarda, ao destruir a relação do filho com o outro, assume o controle total. Tornam-se unos, inseparáveis. O pai passa a ser considerado um invasor, um intruso a ser afastado a qualquer preço. Este conjunto de manobras confere prazer ao alienador em sua trajetória de promover a destruição do. (ALMEIDA, Online)

A alienação parental pode ser considerada a degradação da figura parental de um dos genitores ante a criança. Uma campanha de avacalhação, de hostilidade desse genitor. São considerados também atos de alienação parental as seguintes:

> "alienação parental pode ser, promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a autoridade, guarda ou vigilância, para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos comeste, como realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade, impedir o pai ou mãe que não tem a guarda de obter informações médicas ou escolares dos filhos, criar obstáculos à convivência da criança com um dos genitores, apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar sua convivência com a criança ou adolescente, ou mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós." (SANTOS, 2016, pg. 10)

A alienação parental pode durar por anos, reproduzindo severas sequelas na criança que pode gerar transtornos psíquicos e comportamental, que geralmente acontece quando o filho se torna jovem e consciente, de acordo com o autor Fonseca (2006, p.163):

> [...] essa alienação pode perdurar anos seguidos, com gravíssimas consequências de ordem comportamental e psíquica, e geralmente só é superada quando o filho consegue alcançar certa independência do genitor guardião, o que lhe permite entrever a ir razoabilidade do distanciamento do genitor.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Alienação Parental é a atitude imatura, desesperada, manipuladora e egoísta de pessoas que ficaram com traumas e ressentimentos decorrentes do seu relacionamento anterior.

Ela priva à presença dos filhos do seu ex cônjuge, dificultando às visitas e buscando denegrir à imagem, invertendo valores éticos e morais do mesmo, forçando-os a fazer "escolhas" entre o guardião e o não guardião, tornando assim impossível haver a convivência harmoniosa entre ambos. O artigo 2º, caput, da referida lei de Alienação Parental dispõe que:

> Art. 2º. Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este (Lei n° 12.318 de 26 de agosto de 2010). (BRASIL, 2010, artigo 2º).

Este mesmo artigo 2º da lei de Alienação, em seu Parágrafo único, regulamenta diversos exemplos que podem caracterizar a alienação parental, facilitando maior compreensão sobre os atos praticados pelo alienante.

> Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:
>
> I – realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
>
> II – dificultar o exercício da autoridade parental;
>
> III – dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
>
> IV – dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
>
> V – omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> VI – apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
>
> VII – mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós. (BRASIL, 2010, artigo 2º).

O estudo sobre a alienação parental, fez com que desenvolvesse o estudo da chamada Síndrome da Alienação Parental (SAP), apontando que:

> A síndrome da alienação parental (SAP) é um distúrbio que surge inicialmente no contexto das disputas em torno da custódia infantil. Sua primeira manifestação verifica-se numa campanha que visa denegrir a figura parental perante a criança, uma campanha que não tem justificação. Esta síndrome resulta da combinação de um programa de doutrinação dos pais (lavagem cerebral) juntamente com a contribuição da própria criança para envilecer a figura parental que está na mira desse processo. (GARDNER apud FIGUEIREDO; ALEXANDRIDIS, 2011, p. 48)

A Síndrome da Alienação Parental foi reconhecida no ano de 1985, o fenômeno é frequente nas separações, no tocante as visitas, pensão alimentícia e guarda dos filhos.

Nas lições de Dias (2010), Síndrome da Alienação Parental é:

> Um transtorno psicológico que se caracteriza por um conjunto de sintomas pelos quais um genitor, denominado cônjuge alienador, transforma a consciência de seus filhos, mediante diferentes formas e estratégias de atuação, com o objetivo de impedir, obstaculizar ou destruir seus vínculos com o outro genitor, denominado cônjuge alienado, sem que existam motivos reais que justifiquem essa condição (DIAS, 2010, pág. 22)

Portanto, o alienador faz uma lavagem cerebral no menor, denegrindo a imagem do outro genitor, essas atitudes fazem que essa criança tenha repúdios, desprezo, raiva, do outro genitor, vale ressaltar que a alienação parental possui

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

estágios, que vão a forma leve, moderado e grave, vejamos abaixo um pouco mais sobre esses estágios.

Dessa forma, deve-se observar cada detalhe do filho, pois esta síndrome se caracteriza no sentimento de culpa do filho para com o seu guardião, ao ponto de repetir tudo o que alienante fala, e acreditar naquela lavagem cerebral que busca denegrir a imagem do outro.

Portanto, é nítido que tanto a criança como o alienado são vítimas das atitudes irresponsáveis e vingativas do alienador, que manipula o psicológico do menor, trazendo severas consequências.

4. DA PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

As Crianças e adolescentes sempre foram alvos de qualquer forma de abuso, geralmente ocorrendo em seu ambiente familiar, por muitos anos não existia uma lei que garantisse essa proteção, mas a Constituição Federal de 1988 parece conter a arte. Artigo 227, o princípio de garantir a proteção adequada de crianças e jovens nas instalações atuais, tais como:

> Art. 227º É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (Constituição federal, 1988, pág. 78).

Com a promulgação dessa cláusula na Constituição Federal, é garantido o direito da criança e do jovem à plena proteção, princípio criado para garantir os direitos básicos de crianças e jovens vítimas de qualquer forma de abuso, de forma a garantir a família, A sociedade e o estado cumprem suas obrigações de proteção. Sobre a proteção de Paolo Vercelone, o juiz italiano disse:

> "A premissa do termo proteção é a pessoa que está sendo protegida e a pessoa ou pessoas que a protegem, ou seja, basicamente uma pessoa que precisa de outra pessoa" (CURY, 2008, p. 37).

Posteriormente, a fim de consolidar o conteúdo do artigo 227 da Constituição Federal, os legisladores promulgaram a Lei nº 8.069, que foi sancionada

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

em 13 de julho de 1990. Foi denominado Regulamento da Infância e da Juventude (ECA), que por fim, reivindicar direitos múltiplos e fornecer garantias a menores (um deles e uma obra de arte). Artigo 3:

> Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.
>
> Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem. (incluído pela Lei nº 13.257, de 2016)

Hoje em dia, mesmo no âmbito da atenção jurídica, mesmo que não seja no âmbito da atenção jurídica, as partes divorciadas nem sempre chegam a um acordo mútuo após o divórcio, mas alguns dos motivos são a vida extraconjugal e a falta de amor, mesmo o desgaste, levando ao ódio e à frustração na parte discordante, porque eles não querem a outra parte.

5. DA MEDIAÇÃO COMO FORMA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

A mediação sempre foi tema de muita discussão e resposta no meio jurídico entre professores de direito, advogados e até mesmo diversas classes da sociedade brasileira, pois a forma de resolução de conflitos tem apresentado avanços positivos significativos na resolução de conflitos.

A mediação pode ser conceituada como um mecanismo de auto-organização de conflitos envolvendo um terceiro, e o conflito será submetido pelas partes à sua escolha. Portanto, a mediação consiste em procedimentos de resolução de conflitos em que as partes envolvidas trabalham com o auxílio do mediador escolhido.

A mediação visa resolver a disputa em si de forma a demonstrar sentimentos de forma democrática por meio do diálogo, auxiliando as partes envolvidas a

chegarem a um acordo e a um entendimento por meio de um mediador que não interfere nem decide. Festa. Nesse sentido, segundo Leite (2008, p.108), o objetivo da mediação é "responsabilizar-se pelo protagonista e poder fazer um acordo duradouro. Um dos ativos da mediação é restaurar o diálogo e a comunicação e concretizar sua Conforto duradouro ". Desta forma, Sales (2009, p.102) conceitua a mediação como "um método de consenso para resolução de conflitos, em que duas ou mais pessoas estão no mediador, um terceiro justo e qualificado, e Com a ajuda do facilitador, discussões pacíficas são realizadas para encontrar uma solução satisfatória. "

A mediação para atingir seus objetivos de resolução de conflitos e paz efetiva e necessária inclusão social evidencia o papel óbvio do mediador, pois é ele quem se destaca nos princípios da mediação. Um terceiro imparcial com o treinamento e conhecimento necessários para facilitar o diálogo e desenvolver o processo de mediação. Segundo Costa e Andrade (2005), os mediadores devem ser diligentes, responsáveis e competentes.

Desta forma, o mediador tem a responsabilidade de aliviar a discórdia e oposição entre os mediadores. Um terceiro imparcial deve estimular opções para a resolução de conflitos por meio do diálogo. Neste ponto, deve-se provar que um diálogo bom e pacífico beneficiará ambas as partes. O entendimento de Sales (2007) é que uma vez realizado o interesse comum, o mediador irá explorar as opções do interesse comum para que todos aqueles que estão sendo mediados sejam satisfeitos.

Uma forma de resolver esse problema é mediar os conflitos dentro da família para que o problema possa ser resolvido de forma justa, sem procedimentos legais e gratuitamente para garantir que ninguém seja ferido. Para VILELA, acerca da mediação familiar:

> "É um procedimento estruturado de gestão de conflitos, onde profissionais qualificados (mediadores) realizam intervenções secretas e imparciais para restabelecer a comunicação e o diálogo entre as partes. Seu papel é instá-los a elaborar, Seguindo o espírito de responsabilidade parental compartilhada, um acordo duradouro que leva em conta as necessidades de todos, especialmente das crianças (VILELA, 2007, p.23)

A mediação de conflitos é uma das melhores formas de resolver problemas, pois é um meio pacífico. Quando os pais estão alienados, o sofrimento emocional

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

dos pais e dos filhos será sempre notado, portanto, esta será uma forma menor de resolução dos problemas. Abordagem positiva. Foi produzido por influência psicológica.

De acordo com Barbosa, a mediação familiar pode ser definida como:

> (...) um acompanhamento das partes na gestão de seus conflitos, para que tomem uma decisão rápida, ponderada, eficaz, com soluções satisfatórias no interesse da criança, mas, antes, no interesse do homem e da mulher que se responsabilizam pelos variados papéis que lhe são atribuídos, inclusive de pai e mãe (BARBOSA, 2003, p.340).

O objetivo da mediação é o diálogo entre os pais para que possam chegar rapidamente a um acordo e resolver seus problemas sem envolver os menores alienados, chegar a um consenso sobre uma boa vida familiar e impedir que os menores compartilhem a mesma relação com seus pais. Existem conflitos constantes.

A mediação é normalmente realizada por um mediador imparcial, que deve dialogar com o menor para resolver o conflito de forma pacífica e induzir os pais a dialogarem para que o diálogo possa ser resolvido através da mediação, evitando assim quaisquer ações judiciais. E a possibilidade de uma das vantagens da mediação é que o simples processo de busca de soluções por meio do diálogo e do acordo não requer menores, testemunhas, especialistas ou mesmo juízes, estando presentes apenas pais e mediadores. Conheça uns aos outros lá.

A mediação familiar entrou em um momento muito delicado, em uma fase de instabilidade, quando todos já estão no limite emocional e se tornam o mediador básico. O mediador deve controlar a situação para mostrar uma solução alternativa para o conflito que surge.

Por ser a mediação familiar um meio de chegar a um acordo entre duas partes, ela desempenha um papel vital na resolução de conflitos, pois é uma arbitragem pacífica, que visa apenas o entendimento das partes e não provoca alterações. Muita perda. Sempre salvaguardar os interesses dos mais afetados, neste caso, os interesses deles são os menores.

6. CONCLUSÃO

Conforme mencionado anteriormente, existem algumas formas de solucionar a prática da alienação parental: guarda compartilhada, mediação familiar e a última prática invisível, que é o tratamento psicológico de pessoas alienadas. Como todos sabemos, a alienação parental é realizada por alienígenas. Na maioria

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

dos casos, os pais são pais que têm a guarda dos filhos. Por terem mais experiência com ele, acabam por se alienar por vários motivos, como vingança e ciúme.

Além disso, se não forem tomadas medidas extremas quando a alienação for identificada, mas o tratamento psicológico é aplicado ao estrangeiro para que ele possa ser tratado, para que a alienação não seja realizada. Portanto, mesmo antes de ocorrer a alienação, também é possível prevenir a alienação. Por exemplo, durante o divórcio quando um menor decide ficar com a guarda, é vital que o psicólogo acompanhe o possível processo de identificação e acompanhamento de pais com emoções mais fracas para garantir, portanto, seu estado emocional é saudável, e seus pais podem conviver com seus ex-companheiros e menores de forma saudável. Se o pessoal do Judiciário puder fornecer profissionais no campo da psicologia, isso será um grande avanço para as instituições judiciais. É mais vantajoso para os pais serem alienados, para que isso possa evitar que isso aconteça.

Com a possibilidade de tratar pessoas potencialmente alienadas, a alienação pode ser evitada em diversas situações, portanto, não há necessidade de tratar o menor para evitar qualquer desgaste emocional e garantir que seus direitos sejam integralmente protegidos.

REFERÊNCIAS

ALIENAÇÃO PARENTAL. Acórdão nº 70053086633 de Tribunal de Justiça do RS. Oitava Câmara Cível, 14 de Novembro de 2013. Disponível em: <http://br.vlex.com/tags/alienacao-parental-2346044> Acesso em: 20/08/2020.

ALMEIDA, Jesualdo Eduardo de Junior. Comentários à Lei de alienação parental (Lei nº12.318/2010). Disponível em: http://jus.com.br/artigos/17351/comentarios-a-lei-da-alienacao-parental-lei-n-12-318-2010>. Acesso em: 05/08/2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. DF. 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069 de 13 de jun 1990. Publicado no Diário da União.

BRASIL. Lei 8.069, de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 03/09/2020.

CARDIN, Valéria Silva Galdino e Tatiana de Freitas Giovanini Mochi. Do Papel do poder judiciário nos casos de violência intrafamiliar: Uma intervenção necessária na proteção dos direitos fundamentais infanto-juvenis. Disponível em:

http://Fgaldino.adv.br/Fsite/Fartigos/Fdownload/Fid/F125&ei=0eiiU5PGKqLJsQSD2YHABg&usg=AFQjCNGH43DMj9f7lwGlr4s9I6gsdaERDw&bvm=bv.69411363,d.b2U Acesso em 19/09/2020.

CUENCA, Jose Manuel Aguiar. O uso de crianças no processo de separação: síndrome da alienação parental. APASE [S. l.]. Revista Lex Nova, out./dez. 2005. Disponível em: <http://www.apase.org.br/94012josemanuel. htm>. Acesso em: 20/09/2020.

DIAS, Maria Berenice. Incesto e Alienação parental. Realidade que a justiça insiste em não ver. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. v. 5: direito de família. 25. ed. São Paulo: Saraiva 2010.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. 5ª Ed. Revista Atualizada e Ampliada. Editora Revista dos Tribunais. 2009. São Paulo.

DIAS, Maria Berenice Síndrome da alienação parental, o que é isso? 31/10/2008 http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=463 Acesso em: 21/09/2020.

DARNALL, Douglas. Consequências da síndrome da alienação parental sobre crianças e sobre o genitor alienado. APASE [S. l.], 2003. Disponível em: <http://www.apase.org.br/94006douglas. htm>. Acesso em: 20/09/2020.

FONSECA, Priscila Maria Pereira Corrêa da. Síndrome de alienação parental. Pediatria, São Paulo, n. 28(3), 2006.

FIGUEIREDO, Fábio Vieira; ALEXANDRIDIS, Georgios. Alienação Parental: aspectos materiais e processuais da Lei 12.318, de 26 de ago. 2010. São Paulo: Saraiva, 2011.

FONSECA, Maria Priscila Corrêa. Síndrome de Alienação parental. São Paulo: 2006.

FURASTÉ, Pedro Augusto. Normas técnica o trabalho cientifico: com explicação das normas da ABNT. 15. ed. Porto Alegre: [S.n.], 2009.

FREITAS, Douglas Phillips; PELLIZZARO, Graciela. Alienação Parental: comentários à Lei 12.318/10. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FACHIN, Luiz Edson, Teoria Crítica do Direito Civil: à luz do novo código civil Brasileiro. 2.ed.Rio de Janeiro /São Paulo: Renovar, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, vol. 6: Direito de Família. 8ª Edição atualizada. São Paulo: Saraiva, 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes e MÔNACO, Gustavo Ferraz de Campos. Síndrome de alienação parental. Disponível em: < http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=589>. Acesso em: 14/10/2020.

LOUSADA, Ana Maria Gonçalves http://www.amagis.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=191%3Aevolucao-do-conceito-de-familia-juiza-ana-maria-goncalves-lousada&catid=11&Itemid=30, Acesso em 03/10/2020

LEVY, Laura Affonso Costa. Tribunal de Justiça de Rondônia inverte guarda em caso de Alienação Parental. Disponível em: <http://mediarfamilia.blogspot.com.br/2013/05/tribunal-de-justica-de-rondonia-inverte.html> Acesso em: 16/10/2020.

MEZZAROBA, Orides. Manual de metodologia da pesquisa no direito. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAIA, Renato. Da horizontalização dos direitos fundamentais. Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, edição especial, p. 107-126.

SILVA, Denise Maria Perissini da. Psicologia jurídica no processo civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA, Rugles Junio Alves da. Alienação Parental: A desestruturação familiar sob a ótica da Lei 12.318 de 2010 e sua aplicabilidade no Poder Judiciário. Monografia. Curso de Direito. Escola Superior Batista do Amazonas Esbam. Manaus, 2011.

SOUSA, Analicia Martins de. Síndrome da alienação parental: um novo tema nos juízos de família. 15. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SOUZA, Jadir Cirqueira de. A efetividade dos direitos da criança e do adolescente. São Paulo: Pilares, 2008.

TRINDADE, Jorge. Manual de psicologia jurídica para operadores do direito. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

Síndrome da alienação parental. In. DIAS. M.B. (COORD). Incesto e Alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver. São Paulo: Revista do Tribunais, 2007.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Revista do Centro de Apoio Operacional Cível / Ministério Público do Estado do Pará, Centro de Apoio Operacional Cível. Ano 11, N.15, (2009-dez.). Belém: M. M. M. Santos Editora E.P.P., 2009.

TRINDADE, Jorge. Manual de psicologia jurídica para operadores do direito. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz, Curso de Direito Civil, Direito de Família, Washington de Barros Monteiro, Regina Beatriz Tavares da Silva, - 40 – São Paulo, 2010

VENOSA, Sílvio de Salvo: Direito Civil: direito de família; -10 ed.- São Paulo: Atlas, 2010.- (Coleção de direito civil; v. 6).

VADE MECUM, 15. ed. São Paulo, Saraiva, 2013.

WERTZ, Joao Rodholfo, <http://nalei.com.br/novo-conceito-de-familia-e-a-aplicacao-da-lei-n%C2%BA-1134006-31/> Acesso em: 07/10/2020.

NOTAS:

[1]Prof. Rubens Alves. Bacharel em direito, advogado, especialista em processo civil judiciário, especialista em docência e gestão do ensino superior, autor de livros, mestre em direito.

[2] SOUSA, Thalysson Barbosa de. A origem da família e suas mudanças, 2015. Disponível em: www.webartigos.com. Acesso: 21/08/2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO BRASILEIRO, BREVES OBSERVAÇÕES

ANTONIO WILTON DA SILVA: Graduado em história Especialista em história contemporânea, acadêmico em Direito e professor.

RESUMO: O presente trabalho tem a finalidade de propor uma análise da evolução do direito brasileiro no decorrer desses 500 anos de história, considerando as mudanças sociais e políticas que culminaram com mudanças no aparato legislativo, em especial nas constituições, assim como apresentando a relação direta entre o contexto social e histórico com os avanços e retrocessos no que tange aos direitos e garantias conquistados ou mitigados ao longo do tempo.

PALAVRAS CHAVE: Direito brasileiro, história, constituições, avanços, retrocessos.

ABSTRACT: The present work aims to propose an analysis of the evolution of Brazilian law during these 500 years of history, considering the social and political changes that culminated in changes in the legislative apparatus, especially in the constitutions, as well as presenting the direct relationship between the social and historical context with the advances and setbacks regarding the rights and guarantees acquired or mitigated over time.

KEY WORDS: Brazilian law, history, constitutions, advances, setbacks.

SUMÁRIO: 1.0- Introdução- 2.0 O direito no Brasil seus primeiros momentos e vultos mais importantes: 2.1 O Direito Colonial; 2.2 O Direito Imperial. 2.3 O Direito Republicano. 3.0- A transformação do pensamento jurídico; 4.0- Breves considerações históricas em torno da estrutura constitucional brasileira. 5.0 Considerações finais. 6.0 Bibliografia

1.INTRODUÇÃO:

Sendo o Brasil um país notavelmente jovem, no que tange a história de suas instituições políticas, legislativas e organizacionais, se presume que leis, organizações ou mesmo instituições normativas mais presentes e dinâmicas, vieram a existir a pouco tempo, e isso não é verdade, basta um rápido vislumbre da evolução em que essas discussões avançam ao longo da história do Brasil que observamos, términos e permanências, evoluções e em até certo ponto retrocessos, no que tange a história do direito no Brasil.

Ressalta-se aqui a relação direta entre o contexto social e histórico em que se deu a evolução da organização legislativa no território brasileiro, tendo em vista que

no período pré-cabraliano as sociedades aqui existentes se organizavam e muito bem, sem a necessidade de arcabouços jurídicos, como os trazidos nas primeiras ordenações para a colônia, porem foi a desorganização advinda da colonização que levou a necessidade de organização legislativa, seja para garantir proteções ou conter os ímpetos, mais bárbaros que aqueles que diziam civilizados trariam as terras brasileiras.

A história constitucional do Brasil também traz suas peculiaridade, não apenas no que tange os mecanismos ou motivações ideológicas que levaram a criação de cada uma delas, mas todo o contexto histórico empregado e vivenciado durante a suas, outorgas ou promulgações, assim entender as convulsões sociais que levaram a proposições de tais textos legislativos, é entender o cenário histórico a elas inerente, a história reflete as leis de seu tempo, muitas delas que infelizmente não mudaram ou simplesmente mantiveram-se como meras caricaturas ainda repetidamente existindo como testemunhas de abusos, que não só marcaram o passado como ainda marcam, como verdadeiras feridas abertas.

2.0 O DIREITO NO BRASIL. SEUS PRIMEIROS MOMENTOS E VULTOS MAIS IMPORTANTES.

Ao se analisar o nascimento do pensamento jurídico no Brasil, ou o surgimento do direito propriamente dito, é possível vislumbrar 3 momentos de grande importância o primeiro seria durante a colonização, a organização da justiça e das normas de conduta durante esse período, o segundo momento seria durante o regime imperial, e quanto ao terceiro momento ele se estende até os dias atuais a democracia e democratização do direito brasileiro tais mudanças ou incorporações bebem de fontes exteriores, a medida em que se concebe a construção de uma se assim pode ser chamada, "civilização brasileira", a qual é largamente influenciada pelo pensamento jurídico europeu como aponta Wolkmer:

> Os primórdios da cultura jurídica moderna no âmbito da civilização européia reproduziram as condições e o desenvolvimento de um processo particular de transformações que atravessou diferentes campos de atuação humana, seja religioso e cultural, seja econômico, social, político e científico. Algumas características da época, como a secularização, a racionalização, a individualidade e o antropocentrismo, marcam a passagem para a construção e consolidação de um novo mundo que legitima também uma nova forma de produzir, pensar e praticar o Direito. Assim, a "nova consciência jurídica européia" nasce da convergência histórica do naturalismo, da individualidade e da centralização política

> burocrática. A par de toda essa dinâmica específica, a nascente cultura jurídica eurocêntrica está profundamente afetada por fenômenos radicais e criadores que têm suas raízes no Humanismo renascentista e na Reforma Protestante. Tanto um quanto o outro, desses movimentos, exerceram uma influência direta nas instituições jurídicas e na moderna doutrina dos direitos fundamentais. (WOLKMER, 2005: 25)

A Relação entre a história e o direito no Brasil, nunca foi tão pungente quanto na atualidade, no que tange a mudanças drásticas ocorridas ao longo do século XX, porem esse processo é muito mais longo dinâmico e complexo de se entender como destacam, Silvia Hunold Lara e Joseli Maria Nunes Mendonça na apresentação do livro "Direitos e Justiças no Brasil, ensaios de História Social" desata-se nessa entre outras obras a busca de se vislumbrar a relação direta entre os processos histórico sociais e as mudanças no pensamento e no escopo jurídico do pais.(LARA,MENDONÇA,2006: 09)

2.1 Direito colonial

O primeiro momento da colonização brasileira, que vai de 1520 a 1549, foi marcado por uma prática político-administrativa feudais, como "o infrutífero" regime das Capitanias Hereditárias. As primeiras tentativas de se celebrar certos tipos de disposições legais desse período eram compostas pela Legislação Eclesiástica, pelas Cartas de Doação e pelos chamados Forais". .(DIAS.220)

Com o fracasso da grande maioria das capitanias, tentou a metrópole estabelecer uma unidade político administrativa com o sistema de governadores-gerais. Surgiu, assim, a utilização de um certo número de prescrições decretadas em Portugal, reunindo desde cartas de Doação e Forais das capitanias até Cartas-Régias, Alvarás, Regimentos dos governadores gerais, leis e, finalmente, as Ordenações Reais, De fato, o Direito vigente no Brasil-Colônia foi transferência da legislação portuguesa contida nas compilações de leis e costumes conhecidos como Ordenações Reais

Tais ordenações seriam as Ordenações Afonsinas (1446), as Ordenações Manuelinas (1521) e as Ordenações Filipinas (1603). Em geral, a legislação privada comum, fundada nessas Ordenações do Reino, era aplicada sem qualquer alteração em todo o território nacional. Concomitantemente, a inadequação, no Brasil, de certas normas e preceitos de Direito Público que vigoravam em Portugal determinava a elaboração de uma legislação especial que regulasse a organização administrativa da Colônia. (BICALHO, 2000: 224)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Algumas alterações interessantes se fizeram presentes durante o período pombalino em matéria legislativa foi a 'Lei da Boa Razão' (1769) que definia regras centralizadoras e uniformes para interpretação e aplicação das leis, no caso de omissão, imprecisão ou lacuna. A 'Lei da Boa Razão' minimizava a autoridade do Direito Romano, dando 'preferência e dignidade às leis pátrias e só recorrendo àquele direito, subsidiariamente, se estivesse de acordo com o direito natural e as leis das Nações Cristãs iluminadas e polidas, se em boa razão fossem fundadas

2.2 Direito imperial

Após 1822 uma onda liberal, nacionalista e anticolonial varreu o Brasil, e assim como em vários outros aspectos também se buscou a emancipação da cultura jurídica no Brasil, ou seja, o desencadeamento do processo de elaboração da legislação própria no Público e no Privado. Inegavelmente, o primeiro grande documento normativo do período pós-independência foi a Constituição Imperial de 1824, imbuída de ideias e instituições marcadamente liberais, originadas da Revolução Francesa e de doutrinas do constitucionalismo francês. (SILVA, 2005, p. 74).

Após uma problemática tentativa de elaboração de um texto por uma assembleia constituinte "Antilusitana e liberal" em desacordo coma vontade do monarca levou a Constituição outorgada que institucionalizou uma monarquia parlamentar, impregnada por um individualismo e um acentuado centralismo político. Naturalmente, essa Lei Maior afirmava-se idealmente mediante uma fachada liberal que ocultava a escravidão e excluía a maioria da população do país. A contradição entre o texto constitucional e a realidade social agrária não preocupava nem um pouco a elite dominante, que não se cansava de proclamar teoricamente os princípios constitucionais (direito à propriedade, à liberdade, à segurança), ignorando a situação miserável, e totalmente excluída de direitos em que encontrava-se a absoluta maioria da população brasileira no séc. XIX

Um acontecimento que merece referido destaque nesse período foi a implantação dos dois primeiros cursos de Direito no Brasil, em 1827, um em São Paulo e outro em Recife, tais cursos refletiam a exigência de uma elite, sucessora da dominação colonizadora, que buscava concretizar a independência político-cultural, recompondo, ideologicamente, a estrutura de poder e preparando nova camada para gerenciar o país".

Uma outra mudança que se segue na mesma linha de ruptura com as velhas práticas jurídicas coloniais foi o Código Criminal de 1830, o mesmo representava um avanço, se comparado aos processos cruéis das Ordenações. Ainda que tenha conservado a pena de morte que veio mais tarde transformada em prisão perpétua

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

essa legislação inovadora orientava-se, de um lado, pelo princípio da legalidade, ou seja, a proporcionalidade entre o crime e a pena; de outro, pelo princípio da pessoalidade das penas, devendo a aplicação da pena incidir exclusivamente no condenado, não se estendendo aos descendentes, o que era uma clara oposição as modalidades de pena existentes no período colonial esse código eliminou o caráter de espetáculo que a aplicação das penas ganhou em mais de 300 anos de execuções cruéis e públicas.

Nos momentos finais do regime imperial, principalmente em consequência de pressões internas como as campanhas liberais e externas como no caso da Inglaterra com a lei "Bill Aberdeen" legislações abolicionistas foram criadas em 1850, a Lei Eusébio de Queiroz que proibiu a chegada de embarcações negreiras no país. Em sentido prático, essa medida acabou sendo vista como a primeira lei abolicionista oficializada em território brasileiro. No ano de 1871, a Lei do Ventre Livre estipulou que todos os filhos de escravos que nascessem após o ano de publicação daquela lei fossem considerados libertos.

1885, a Lei dos Sexagenários determinou que os escravos maiores de sessenta anos fossem imediatamente libertados. Na época, a lei foi intensamente criticada, pois existiam poucos negros em idade avançada. Somente no ano de 1888, quando a princesa Isabel assumiu o trono na condição de regente, os abolicionistas conseguiram aprovar o decreto que dava fim à escravidão no Brasil. Apesar de conceder a liberdade para milhares, a chamada "Lei Áurea" não tratou de pensar ou garantir a inserção dos negros libertos na sociedade brasileira. Deste modo, a abolição não trouxe transformações significativas na vida dessa parcela da população.

2.3 Direito republicano

O estado liberal republicano recém nascido em 1889, um ano após a lei que pôs fim a escravidão e alguns anos após a mais sangrenta guerra da história do Brasil, mantinha consigo uma população ainda ausente de direito se da mínima participação política, sendo um projeto montado por poucos e para poucos. Seguindo nessa linha liberal e ao mesmo tempo centralizadora que o texto constitucional de 1891 expressava valores assentados na filosofia política republicano-positivista, pautados por procedimentos inerentes a uma democracia burguesa formal, gerada nos princípios do clássico liberalismo individualista.

Na realidade, toda aquela pompa de federalismo escondia interesses particulares de grupos específicos, que meticulosamente utilizaram-se da sombra da republica para manter arcaicas estruturas de poder em esfera regional e nacional,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

sustentando-se na aparência de um discurso constitucional e acentuando "supostamente" o povo como detentor único do poder político, ao passo que na legislação constitucional da democracia recém nascida 3% da população poderia votar, erguia-se como suporte normalizador de uma ordem socioeconômica que beneficiava somente segmentos oligárquicos regionais como relata a historiadora Flávia Lages :

> A proclamação da república foi portanto e de fato (sendo redundante) apenas uma proclamação. [...] A república nasceu de um golpe militar. O exército, descontente com os sucessivos ministérios, tendo tomado consciência de seu poder como único corpo nacional depois da guerra do Paraguai derrubou o governo com uma parte da classe dominante aplaudindo o efeito por acreditar que caso isso não ocorresse desta forma poder-se-ia dar ensejo à participação popular através de uma rebelião. (CASTRO.2007, p.407)

Tem destaque nos anos posteriores a proclamação da república, o Código Civil de 1916 de Clóvis Beviláqua o mesmo Tinha apenas 1.807 artigos, curtos e com poucos parágrafos. Original e nacional são suas principais características. O Código se mostra conservador, especialmente nas regras sobre a família, há uma completa rejeição de aspectos sociais em seu conteúdo e seus preceitos foram redigidos com excesso de abstração.

No tocante aos textos constitucionais que se seguem no decorrer do período republicano esses se adequam e se estendem diante da situação sociopolítica em que o brasil se encontra em cada momento, a constituição que sobrepõe a de 1891, seque momento político que se sobrepõe a republica velha, como texto mais acessível e mais controlador em alguns aspectos, trata de situações como direitos trabalhistas, acesso ao voto e liberdades Civis, porem novamente mudanças no tecido das relações políticas amarram um novo texto constitucional, 1937 com o estado novo vem um governo repressivo e uma constituição restritiva a liberdades individuais.

Em pleno período ditatorial o período do Estado Novo em 7 de dezembro de 1940, pelo então presidente Getúlio Vargas é proposto um novo código penal o qual entrou em vigor em 1042, com a queda de Vargas segue nova mudança política e Nova mudança no texto constitucional, de 1946 essa trouxe mudanças mais significativa restabelecendo certos direitos sociais até então retirados, nessa mesma o mundo mergulha na chamada guerra fria e na américa muitos países tem seus governos democráticos substituídos por sangrentas ditaduras, no brasil em 1964, os militares tomam poder passando a governar por atos institucionais os "AI" uma nova

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

constituição em 1967 imposta, coloca o Brasil no Bipartidarismo, censura e no fim de diversas liberdades civis.

A constituição de 1988 "cidadã" veio a ser amais democrática e abrangente de toda essa sequência de textos tão diversos e diversificados, a mesma veio para restaurar a ordem e as liberdades, civil social, e política do país depois de um longo período de repressão, possuindo remédios constitucionais, e trazendo ao longo de sua história diversas emendas, na tentativa de fazer com que a mesma evolua ao passo dos momentos históricos em que o pais estiver a passar

3.0 A TRANSFORMAÇÃO DO PENSAMENTO JURÍDICO.

É possível se observar os principais aspectos das mudanças ocorridas no pensamento jurídico ao observar a grande influência do direito privado no desenvolvimento jurídico brasileiro e, ainda, a analisar ao longo da evolução os acertos, desacertos, incongruências e anacronismos na aplicação do Direito, pois apesar de sensíveis progressos da técnica judicial, a formação do jurista brasileiro bem como a produção de literatura jurídica ainda que ainda continua dissociada dos reclamos da realidade fática-social, restando ainda, sob a égide enigmática de arcaísmo jurídico bem peculiar de uma sociedade individualista e retrógrada.

Sem dúvida, apontar o desenvolvimento das Ciências Jurídicas no Brasil, evidencia a influência de estudos jurídicos que sofreram influência dos textos codificados, principalmente de Direito Civil os quais partiram de ideários liberais como a revolução francesa. É possível mesmo perceber a relação existente entre essa aproximação externa, a evolução da legislação civil e o aprimoramento da doutrina bem como o crescente prestígio da jurisprudência pátria. A verdade é que o Direito Privado dominou por bastante tempo a mentalidade dos juristas em todo mundo. E, essa forma de se enxergar o fenômeno jurídico, na ótica privatista, veio se modificar recentemente.

> A Revolução Francesa é comumente associada ao início da predominância do ideário liberal e seu respectivo modelo de Estado, já que ela formatou as linhas mestras da política e da ideologia do século XIX, sendo a revolução de seu tempo (HOBSBAWN, 1979, p. 71).

Até meados do século XIX, dominavam no cenário doutrinário, os autores de formação civilista, com raras exceções, como é o caso do constitucionalista Pimenta Bueno também conhecido como Marquês de São Vicente que pertenceu ao período monarquista e, foi autor de grande obra que analisou a Constituição do Império Brasileiro. Enfim, em regra, a ciência jurídica era mesmo identificada pelos trabalhos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

acadêmicos do Direito Privado. Tal fatídica herança deu enorme enfoque aos Códigos e a legislação codificada, dos quais o Brasil sofre influência, essas inovações legislativas que acompanham o avanço do liberalismo debruçaram-se sobre os interesses de grupos sociais específicos assim o direito que se consagra é um direito inequivocamente burguês. (MIRANDA, 1997, p. 87).

Já no séc. XX em sua segunda metade principalmente devido a influências externas como o direito alemão, nos impulsos pós segundos guerra mundial, o pensamento jurídico brasileiro passou a ter um viés muito mais voltado aos valores sociais, a democratização e constitucionalização do direito estendeu-se do direito público para o direito privado, o que é facilmente notado, por exemplo nos novos códigos propostos já no século XXI, que evocam a força constitucional sobre as relações privadas, como por exemplo as relações contratuais, "exemplo seria a função social dos contratos" a exemplo o código civil de 2002 que no que tange a sua aplicabilidade, nas palavras de Moraes:

> "O Direito Civil foi identificado com o próprio Código Civil, que regulava as relações entre as pessoas privadas, seu estado, sua capacidade, sua família e principalmente sua propriedade, consagrando-se como o reino da liberdade individual". . (MORAES.2006, p.2):

4.0 BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS EM TORNO DA ESTRUTURA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Uma análise histórica do contexto em que a primeira constituição propriamente dita do Brasil veio a surgir, facilmente identifica todas as situações e grupos que levaram tal legislação a possuir suas características particulares e singulares em detrimento as demais constituições, a constituição de 1824, a única do período imperial, partiu de um projeto conturbado, de grupos antagônicos de um lado estavam os liberais brasileiros, em visível oposição a presença portuguesa e ao absolutismo monárquico, e de outro o próprio governo imperial que buscava unidade administrativa e estrutural, nas palavras de Bonavides:.

> A nossa "História Constitucional do Brasil" compreende quatro partes. A primeira se ocupa da constituinte de 1823 e da Constituição Política do Império, outorgada por D. Pedro I em 25 de março de 1824, bem como o Ato Adicional, que reformou a carta, e da chamada Constituição de Pouso Alegre, que esteve a pique de ser adotada numa das mais dramáticas crises da Regência e indubitavelmente de toda história imperial, deixando de vingar o projeto da outorga unicamente em razão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> do malogro do golpe de Estado parlamentar, ensaiado com a renúncia de Feijó e dos que acompanharam neste ato. (BONAVIDES; ANDRADE, 2002, p.20)

A CF de 1824 Outorgada pelo imperador, trazia características únicas, propunha uma monarquia hereditária, obrigatoriamente católica, onde o voto era censitário, deixando mulheres, pobres e negros totalmente distantes a posição de cidadãos, a mesma constituição estabeleceu 4 poderes na esfera administrativa executivo, legislativo, judiciário e moderador, esse último exclusivo do imperador tinha poder de nomear executivo e judiciário e demitir o legislativo.

A constituição de 1891 surge na transição do fim do regime imperial e inicio do regime republicano, carregada com os ideais positivistas, é promulgada nos moldes de uma nação elitista e agraria, excludente em relação a 97% de sua população no tocante ao direito ao voto, essa constituição trouxe a laicidade para o estado Brasileira" atendendo a anseios positivistas" revogou a pena de morte mas manteve a exclusão social, a desigualdade e um distanciamento entre a população e os direitos. No dizer de Celso Bastos:

> Com a Constituição Federal de 1891, o Brasil implanta, de forma definitiva, tanto a Federação quanto a República. Por esta última, obviam-se as desigualdades oriundas da hereditariedade, as distinções jurídicas quanto ao status das pessoas, as autoridades tornam-se representativas do povo e investidas de mandato por prazo certo.(BASTOS 2002.173)

1934 ano da constituição promulgada no governo de Getúlio Vargas, sendo que a própria constituição nesse momento é fruto de um embate que ficou para a história do Brasil, dois anos depois da revolução constitucionalista de São Paulo, esse texto constitucional foi criado em um momento conturbado da história política brasileira, trazendo grandes alterações no tocante a direitos social mudanças na esfera trabalhista e o direito ao voto para mulheres, ao mesmo tempo que foi ditatorial no tocante a ampliação do poder do executivo federal

1937 foi o ano em que o Brasil mergulhou em um período ditatorial, nas mãos do próprio Getúlio Vargas participe da elaboração da constituição anterior, dessa vez o texto foi outorgado e em um período entre radicalismos ideológico, uma nova carta foi criada dessa vez, suprimindo direitos e liberdades, dando poderes ao executivo de forma exacerbada, ao mesmo tempo que o texto manteve de certa forma ampliou em alguns aspectos a legislação trabalhista. ,tal aparato legislativo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

castrou a atividade politica e alterou as atribuições do judiciário, como apresenta Cunha:

> [....] Manteve, no essencial, o modelo do controle da constitucionalidade inaugurado em 1891 (art. 101, III, alíneas b e c, da CF/37). Por outro lado, trouxe um retrocesso ao pretender enfraquecer a supremacia do Poder Judiciário no exercício do controle da constitucionalidade das leis, possibilitando ao Poder Executivo tornar sem efeito a decisão de inconstitucionalidade proferida pelo Tribunal, quando a lei declarada inconstitucional, por iniciativa do Presidente da República[...] (JUNIOR, p.302-303. 2011)

A constituição de 1946 abriu mais um período democrático da história brasileira, em um momento marcado pela guerra fria o Brasil se viu escolhendo um lado, ao romper relações com os soviéticos, esse texto constitucional tinha algumas peculiaridades como a proibição do divórcio, mas é absolutamente necessário o reconhecimento de que em sua integra restaurava muitas liberdades retiradas pela constituição anterior, tais considerações nas palavras de Celso Bastos:

> A Constituição de 1946 se insere entre as melhores, senão a melhor, de todas que tivemos. Tecnicamente é muito correta e do ponto de vista ideológico traçava nitidamente uma linha de pensamento libertária no campo político sem descurar da abertura para o campo social que foi recuperada da Constituição de 1934. (BASTOS.2002.200)

3 anos após o início do regime militar iniciado em 31 de 03 de 1964 uma nova constituição foi aprovada pelo congresso sob coação dos militares em 1967, essa carta constitucional dava aval aos "AI,s" atos institucionais esse período a história política brasileira, é marcada pela violência, pelo conflito, pelos movimentos de esquerda, pela repressão censura e o bipartidarismo, tal qual os outros momentos a constituição foi o reflexo dos aspectos históricos daquele momento, dentre as consequências desta carta constitucional está o esvaziamento do poder político e da plena capacidade jurídica do legislativo e judiciário em todos os âmbitos e fortalecimento do executivo (MENDES. 2009.1094).

A constituição Cidadã promulgada em 1988 e a constituição vigente na atualidade, essa ampliou largamente os direitos sociais, abordou os mais variados temas, desde família, religião, trabalho saúde e segurança, sendo um divisor de aguas como período anterior marcado pela arbitrariedade, a valorização dos direitos fundamentais trazidos nessa constituição, no momento histórico atual, vão além de

norma programática e se estendem nos vários ramos do direito, 1988 foi um marco para efetivação de direitos, como expõe Sarmento:

> Até 1988, a lei valia muito mais do que a Constituição no tráfico jurídico, e, no Direito Público, o decreto e a portaria ainda valiam mais do que a lei. O Poder Judiciário não desempenhava um papel político tão importante, e não tinha o mesmo nível de independência de que passou a gozar posteriormente. (SARMENTO 2011, P.86)

5.0 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Justaposto, o direito no Brasil assim como todos os demais fenômenos que permeiam a sociedade é historicamente constituído, existindo sobre lutas e omissões, términos e permanências, mudanças e repetições que ocorrem sob as vistas de toda uma coletividade que existe e subsiste diante de modelos de governo que por vezes são justos ou o mais barbaramente injustos, no que tange a direitos e garantias de seu próprio povo, desde o direito alienígena, o direito burguês e o direito que aos poucos tornou-se constitucionalizado, todo o fenômeno sempre guarda o seu escopo de formação nas massas e na forma que essas agem ou reagem .

A análise que se pode obter em relação as constituições criadas e aplicadas no Brasil, desde o séc. XIX até a constituição atual, é que cada texto foi criado intrinsicamente para se adequar a uma realidade histórica especifica, muitas vezes não para atender aos anseios de grupos sociais presentes, mas para satisfazer aos interesses de grupos que foram participes na elaboração de tais textos.

É visível o gigantesco distanciamento entre o que se tinha no texto positivado e a possibilidade real de tais leis serem aplicadas, ou das mesmas estenderem até a população em geral, porem ao longo dos anos, ou décadas, um processo de humanização daquilo que foi positivado, salvo grandes atrasos no tocante a constituição de um estado democrático de direito, a evolução constitucional continuou a se fazer presente até chegar no atual arcabouço constitucional que temos hoje.

O modelo constitucional atual, não é perfeito, possui muitas falhas "e infelizmente até por parte daqueles que deveriam ser os guardiões da constituição está sendo atacado" porem mesmo com falhas, com lacunas e com importantes temas positivados em seu texto muito distanciados da realidade pratica, ela está em constante evolução, algo que para muitos descaracteriza a força de uma constituição, mas que se for olhado de um ponto de vista histórico é um fenômeno necessário, a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

sociedade muda, e muitos aspectos da vida social também mudam, regras, a aceitação social e determinadas situações econômicas tendem a ocorrer e o texto está a se adaptar a isso, sendo tão atual hoje graças as emendas constitucionais como era em 1988

6.0 REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS:

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BRASIL**. Constituição (1824) Constituição Política do Império do Brazil.** Rio de Janeiro, 1824. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm>Acesso em 02 set .2020.

BRASIL. Constituição (1891**) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, 1891. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm>Acesso em 02 set .2020.

BRASIL. Constituição (1934) **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>Acesso em 02 set .2020 .

BRASIL. Constituição (1946) **Constituição dos Estados Unidos do Brasil.** Rio de Janeiro, 1946. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>Acesso em 11 set. 2020.

BRASIL. Constituição (1967) **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1967. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm> Acesso em 11 set. 2020.

BRASIL. Constituição (1988**) Constituição da República Federativa do Brasil**. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BONAVIDES, P.; ANDRADE, P**. História Constitucional do Brasil**. Brasília: OAB Editora, 2002.

BICALHO, Maria Fernanda Baptista. Resenha do livro "**Crime e castigo em Portugal e seu Império.** In: LARA, Silvia Hunold (Org.). Ordenações Filipinas. Livro V. São Paulo: Companhia das Letras, 1999". Et. Ali. TOPOI. Revista de História do Programa de Pósgraduação em História Social da UFRJ. Rio de Janeiro: UFRJ, 2000, nº1.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do Direito Geral e Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

DIAS. Carlos Malheiro. **História da Colonização Portuguesa no Brasil**, v. III, p. 220

HOBSBAWN, Eric J. A era das revoluções. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979. _____. A era do capital. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1982. _____. A era dos extremos: o breve século XX. 2. ed. Companhia das Letras: 1997.

JUNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus PODIVM, 2011.

LARA, Silvia Hunold e MENDONÇA, Joseli Maria Nunes (org). **Direitos e Justiças no Brasil: ensaios de história social**. Campinas, São Paulo: Ed. UNICAMP, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRANDA, Jorge**. Manual de Direito Constitucional**. Tomo I. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

MORAES, Maria Celina B. **A caminho de um Direito Civil constitucional**. Acesso em: 18 setembro. 2020. Disponível em: http://209.85.165.104/search?q=cache:V6OWPudQ4T8J:www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca4.pdf+direito+civil+constitucional&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=4&gl=br.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros, 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos**. "Cultura jurídica moderna, Humanismo renascentista e Reforma Protestante"** In: Revista Seqüência, nº 50, p. 9-27, jul. 2005.

www.conteudojuridico.com.br

MULTIPARENTALIDADE: A NOVA FAMÍLIA DO SÉCULO XXI

LUAN GODINHO PEREIRA: acadêmico de Direito no Centro Universitário Luterano de Manaus, AM.

ARMANDO DE SOUZA NEGRÃO[1]

(orientador)

Resumo: Este artigo apresenta discussão teórica acerca do novo instituto familiar que vem sofrendo mutações por anos por conta das mudanças ideológicas que regem a sociedade brasileira. Como se sabe, o poder familiar saiu da figura do pai e passou a ser igualitária entre ambos os pais ou até mesmo entre demais familiares, fazendo com que surgissem novos modelos de família, de maneira que fosse sempre almejado o amor e a busca pela felicidade. Partindo da ideia de que o ordenamento jurídico não estabeleça essencialmente o que é família, é a partir daí que surge o que hoje se chama de socioafetividade, que por conseguinte faz nascer a multiparentalidade, tema muito relevante na atualidade, por serem cada vez mais comum os desafios que envolvem as relações parentais e de filiação. Além disso, a coexistência de vínculos biológicos e/ou afetivos hoje em dia é perfeitamente viável, o que já não se mostra como meramente direito, mas como obrigação, vez que preserva os direitos fundamentais de todos os envolvidos. Ademais, apresenta-se o novo conceito de paternidade não somente levando em consideração a via biológica, mas também deve-se considerar a paternidade como aquela que vem da relação parental e socioafetiva.

Palavras-chave: Família. Multiparentalidade. Filiação. Efeitos jurídicos.

Abstract: This article presents a theoretical discussion of the new family institute that has been gone through mutations over the years due to ideological changes that regulates society. As it is known, family power is not just related to masculine figure, the father figure, and it became equal between both parents or even among other members of the family, thus causing new models of family, so that it is always longed for love and the search for happiness. Starting from the idea that the legal system does not essentially establish what is a family, hence the emergency of what is known today as socio-affectivity arises, which consequently gives rise to multi-parenting, which has become a very relevant theme in the current century, due to the challenges that involve parental and parenting relationships being increasingly common. In addition, the coexistence of both biological and affective bonds today is perfectly feasible, which is no longer shown as merely a right, but as an obligation, since it preserves the fundamental rights of all those involved. In addition, the new concept

of paternity is presented not only taking account the biological pathway, but also paternity must be considered as that which comes from the parental and socio-affective relationship.

Keywords: Family. Multiparentality, Membership, Legal effects.

Sumário: Introdução. 1. Evolução história da família. 2. As famílias na contemporaneidade brasileira. 3. Possibilidades e consequências jurídicas da multiparentalidade. 4. Filiação e afeto. 5. Reconhecimento e registro da multiparentalidade socioafetiva à luz dos Provimentos nº 63/2017 e 83/2019, do CNJ. 6. Direito ao patronímico paterno/materno socioafetivo. Conclusão. Referências.

Introdução

A multiparentalidade tem sido um tema de notória relevância no século XXI em virtude de serem cada vez mais comuns os desafios enfrentados nas relações parentais e de filiação. Como se sabe, a família tem se estruturado e se constituído de diversos padrões e formas e que é ultrapassada a concepção de que família é somente aquela que decorre dos laços biológicos, decorrentes de casamento civil. Hoje em dia não se pensa apenas na proteção de patrimônio, mas também no direito de cada um dos envolvidos, de maneira que as relações interpessoais existentes na sociedade sejam reconhecidas.

Historicamente a estrutura familiar tinha como modelo a estrutura patriarcal que era originada e baseada no direito romano, o que atualmente é reconhecido no Código Civil Brasileiro de 2002, fazendo com que o conceito de família sofresse mutações, uma vez que aquilo que era delimitado pela parentalidade que era formada apenas por laços sanguíneos hoje é mais ampla e se estende e se reconhece, inclusive, na instituição afetiva. Houve uma evolução no conceito de família no que se refere a hábitos, costumes, direitos humanos, respeito e as variações afetivas como se constituem os atuais modelos de família.

Atualmente existem novas estruturas familiares que se moldam totalmente diferente da antiga estrutura da família patriarcal, que envolvia laços matrimoniais, biológicos e hierárquicos. Frequentemente se depara com modelos de família em mosaico, monoparentais, poliafetivas, paralelas, entre outras. Porém, existe um modelo familiar que buscou proteção jurídica e hoje tem seu reconhecimento, que é a parentalidade socioafetiva, o que representa a multiparentalidade.

Como se trata de um assunto recentíssimo, o Poder Judiciário tem feito, em alguns momentos, as vezes do legislador de maneira a adequar a legislação vigente à realidade, visando o atendimento de todas as questões constitucionais,

principalmente aquelas que se remetem à dignidade da pessoa humana e à afetividade, que estão presentes em todas as relações familiares.

O presente estudo, fundando-se com base na legislação brasileira e entendimentos jurisprudenciais, busca demonstrar como se formou o novo modelo familiar, e também demonstrar que essa nova forma de família não é simplesmente ter pra si o afeto de alguém ou transmiti-lo a alguém, mas que essa relação vai muito mais além disso: gera direitos e obrigações; responsabilidades de pais biológicos e socioafetivos, recaindo diretamente sobre as consequências e benefícios para os envolvidos. Busca-se também demonstrar os meios legais para aquisição do reconhecimento e registro da parentalidade e multiparentalidade socioafetiva bem como seus efeitos jurídicos.

Diante do exposto, este artigo visa uma contextualização na qual o leitor poderá compreender a conceituação e evolução da família, os efeitos sociais e jurídicos aos envolvidos nessa nova forma de família, consubstanciado na possibilidade de um mesmo filho poder ter mais de um pai e/ou mãe e demais graus de parentesco que decorrem após o reconhecimento socioafetivo.

1 Evolução histórica da família

Inicialmente, se faz necessário entender um pouco da origem do vocábulo latino *famulus*, que significa servo ou escravo. Esse conceito teve sua origem pelo fato de as mulheres, à época, deverem obediência ao marido e os filhos pertenciam a seus pais, a quem deviam a vida. Os pais tinham direito absoluto sobre a prole que haviam gerado, no sentido de posse. Em outros termos, o surgimento da palavra família se deu na Roma Antiga, conhecida em latim como "*fâmulos",* que significava o conjunto de empregados de um senhor, esse atributo era dado devido a exploração de escravos, entendia-se que o termo família era legalizado somente ao casal e seus filhos (TORRINHA, 1998, p. 326).

A sociedade se transformou e com ela a família também evoluiu, e passou a ser considerada como agrupamento humano, onde as pessoas se reuniam, inicialmente, por razões que envolviam afeto, como num projeto de vida em comum.

Durante todo esse período de evolução da humanidade ocorreram inúmeras mudanças significativas no que se relaciona a aspectos sexuais, religiosos, profissionais, normativos, dentre outros, que geraram reflexos no conceito de família, a qual é constituída com valores atuantes no espaço e no tempo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

De outro giro, para Kobner (2008, p. 26) a família tinha como estrutura familiar o paternalismo, todos os poderes se concentravam no chefe, que era o pater-família.

Partindo da ideia de Kobner, a mulher renunciava tudo ao casar e passava a ser responsável pelos afazeres de casa, dos filhos, a cultuar a religião e se dedicar ao marido, e dessa forma a família se constituía pelo matrimônio; era um estrutura familiar medieval, que tinha como estrutura familiar a autoridade do pai. Nessa época, a família era a base para o desenvolvimento de cada indivíduo na sociedade; era a base para o processo formativo do sujeito e sua concepção de ser humano.

A formação do modelo de família de antigamente tinha, em suas diretrizes, a liderança de uma única pessoa que era intitulada como o patriarca, que era o responsável por prover o sustento da família, os bens patrimoniais, econômicos. Era a imagem que deveria ser seguida para a estruturação social; era símbolo de respeito pois era ele quem tomava as decisões, decisões essas indiscutíveis.

Contudo, a instituição familiar do passado tinha como visão a liderança de uma única pessoa (modelo patriarcal). Segundo Araújo Júnior (2017, p. 01), o conceito de família encontrava-se pautado "na entidade formada por duas ou mais pessoas, unidas pelo casamento ou em razão de união estável (marido e mulher; marido, mulher e filho; marido e filho; mulher e filho; companheiros; companheiros e filho etc.)".

A partir da visão do modelo familiar de antigamente, pode-se inferir que conceituar família nos moldes de hoje é uma tarefa árdua, visto que não temos qualquer diploma legislativo *que defina o conceito de família.*

O conceito que se tinha sobre família na Idade Média era de que a família se apoiava na união que tinha *como objetivo a conservação dos bens, preservação da honra e vida, sofrendo muita influência da Igreja Católica. A partir daí o direito canônico começa a ter mais força, o Império Romano declinou, o cristianismo passou a ser conhecido como a religião oficial daqueles ditos civilizados. Tudo isso influenciou o direito de família. Estabeleceu-se a monogamia como única forma de relação aceita por Deus, de maneira que pudesse garantir a ancestralidade, seriedade e duração do casamento, e daí surgiriam os filhos naturais, tidos como legítimos e incestuosos.*

No início do surgimento da Igreja Católica, a igreja era muito rígida e se opunha diretamente a qualquer outro modelo familiar que não fosse aquela formada através do casamento. Foi no cristianismo que a instituição familiar foi reconhecida como entidade religiosa, daí o matrimônio ser um dos sacramentos da igreja. A

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

família passou a ser a base da igreja e célula vital da sociedade, hierarquizada e organizada a partir da figura masculina. Aos maridos cabia, exclusivamente, o juízo de valor acerca do intervalo entre os nascimentos e não era lícito ao Estado interferir de forma direta ou indireta nesta decisão. A família, para o catolicismo, era a primeira sociedade natural, fundada no matrimônio como forma de vínculo perpétuo entre homem e mulher.

Já na contemporaneidade*, Vasconcellos (2014, p. 18) enfatiza que o modelo de família contemporâneo se iniciou a partir do século XIX, e foi precedido pelas Revoluções Francesa e industrial, quando, àquela época, o mundo vivia em constante processo de crise e renovação.*

No final do século XVII, a Revolução *Francesa trouxe mudanças de paradigmas até então tidos como absolutos, porém o direito francês não foi favorecido com a revolução, pois sofria grande influência do direito canônico, onde qualquer outra forma de constituição de família que não fosse através do matrimônio, não produzia efeitos jurídicos.*

Após o período da Revolução Industrial, foram sendo descobertos mitos avanços científicos e tecnológicos, inclusive no que tange à reprodução humana. A partir daí, alguns desses modelos *de família foram sendo inseridos na sociedade como nova concepção de família, que tinha como base a construção social pelo afeto entre seus membros.*

Ademais, na atualidade, pensar em família requer não apenas pensar na diversidade familiar e na dinâmica de seus relacionamentos, mas deve-se levar em consideração sua relevância para o desenvolvimento da individualidade. Dessa forma, pode-se pensar que os indivíduos estão inseridos por laços afetivos ou consanguíneos. Na contemporaneidade o direito é baseado em princípios democráticos assentados na dignidade da pessoa humana, e não se pode mais considerar família *como apenas a relação entre homem e mulher unidos pelo laço do matrimônio. Aquele pensamento de casamento-convivência-reprodução é atrasado. Se faz necessária a busca por novos conceitos que incluam todas as formas atualmente existentes.*

2 As famílias na contemporaneidade brasileira

Muitos novos arranjos familiares foram apresentados à sociedade ao longo dos anos como como novo modelo familiar que se adotou na contemporaneidade, tendo seu conceito em alguns momentos como uma construção social constituída pelo afeto entre os seus membros. Sem dúvidas, a família foi uma das instituições jurídicas que mais passou por modificações conceituais e estruturais no decorrer da

história. E, sem dúvidas, as questões ligadas à filiação tem sido temas extremamente sensíveis a todas as modificações socioculturais e surgimento de novos arranjos vivenciais encontrados na sociedade pós-moderna e pluralista que se fortalecem no princípio da dignidade da pessoa humana e na afetividade.

Antigamente havia um grande problema: muitas pessoas criavam outras pessoas como se filhos fossem, e tinham o que no direito romano se chama de nome, trato e fama, ou seja, dava-se tudo àquela pessoa como se filho fosse, e em relação aos efeitos jurídicos nada acontecia, então essa pessoa falecia e os filhos biológicos já excluíam *as outras pessoas do rol de sucessão; se necessitasse de alimentos, por exemplo, não teria como pleitear esses alimentos, dentre muitos outros efeitos pela ausência da parentalidade nessas situações.*

Pouco importa se a família é biológica ou socioafetiva; se surgiu do casamento ou da união estável, se é poligâmica ou monogâmica, biparental ou multiparental, se é anaparental, desconstituída ou recomposta, virtual ou real, binuclear ou nuclear. Enfim, independente do termo que se denomine família, todos esses novos arranjos existem e podem comprovar as inúmeras mudanças e os múltiplos modelos viáveis e possíveis de constituição familiar que devem, sem sombra de dúvidas, ter a tutela adequada à complexidade contemporânea.

A família matrimonial é definida pelos seus laços matrimoniais de forma monogâmica, se concretizando através do casamento civil formalizado, seguindo todos os protocolos de habilitação em Cartório de Registro Civil e sendo realizado pela composição de atos solenes e formais.

A família constituída pela união estável se dá diante da informalidade pública, sem documentos que tenham que comprovar a união, sem necessidade de casamento com atos solenes.

Quanto a família monoparental, esta caracteriza-se pela forma desvinculada da ideia formalizada do tradicionalismo, devendo a família ser composta por um casal e seus filhos.

A família anaparental consiste na relação de parentesco entre si e que decorram da comunhão para uma convivência familiar, como por exemplo dois irmãos.

A multiparental é descrita pela formação do método de reprodução assistida, ou pelo vínculo organizado pela afetividade no qual o sujeito terá a figura de dois pais e/ou duas mães como referência familiar. Trata-se de uma formação na qual os membros advêm de outras famílias compostas anteriormente. Família

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

homoafetiva são consideradas famílias por relações homoafetivas, organizadas por casais do mesmo sexo.

Família eudemonista busca a formação da família para buscar a felicidade e os valores morais. O vínculo ocorre por consanguinidade ou afinidade dos companheiros, filhos ou até mesmo por parentes da linha reta ou colateral, ou de parentes de outro companheiro.

Por óbvio, não há como fixar um modelo uniforme, sendo necessário levar em consideração os movimentos *que constituem as relações sociais ao longo do tempo. É certo que surgiram, nos últimos anos, uma série de novas configurações familiares.*

Para o direito contemporâneo, a família deve ser entendida como um instrumento de realização pessoal do homem para alcançar sua felicidade, levando em conta os laços afetivos e o desenvolvimento do ideal de solidariedade.

3 Possibilidades e consequências jurídicas da multiparentalidade

Uma das grandes inovações da Constituição Federal de 1988 foram as novas formas de filiação advindas das novas formas de relacionamento interpessoal na sociedade, fato que vai muito além do requisito biológico e partindo para o reconhecimento e a importância *dos relacionamentos socioafetivos, ou seja, aqueles que se constituem à base do afeto, independentemente da existência de vínculo sanguíneo. Não se trata, portanto, de adoção, visto que o reconhecimento socioafetivo reconhece a existência do direito da convivência familiar da criança, adolescente ou adulto, com a paternidade/maternidade biológica socioafetiva simultaneamente, enquanto que na adoção propriamente dita ocorre a quebra total dos vínculos jurídicos, morais, sociais, biológicos que existiram enquanto pais biológicos.*

Sendo o ser humano um reflexo da maneira de ser no mundo genético, (des)afetivo e ontológico, é considerado tridimensional, logo tanto as paternidades/maternidades biológicas quanto as afetivas devem ser reconhecidas igualitariamente e conjuntamente quando necessário (SCHWERZ, 2015).

Logo, a filiação socioafetiva é a relação de parentesco que se inicia a partir do convívio social, devendo ser preenchidos alguns requisitos, onde nasce o afeto, laços sociais e culturais entre pais e filhos; é um vínculo que vai muito além do biológico. O fato é que perante *a sociedade, não interessa mais a origem da filiação.*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Segundo aponta a doutrina, os princípios constitucionais foram transformados em alicerces normativos sobre o qual está acomodado o ordenamento jurídico, alterando o modo de interpretar *a lei. (TARTUCE, 2014, 05-42).*

Nas últimas décadas o Código Civil Brasileiro adaptou-se à sociedade de maneira que pudesse incluir em seu texto as variadas modificações no conceito família, de maneira que pudesse preservar a entidade familiar e valores culturais, dando à família um tratamento de acordo com a realidade da sociedade, atendendo basicamente às necessidades dos filhos.

De fato, as leis acabam sendo reeditadas em virtude das modificações temporais e surgimento de novos costumes e conforme as necessidades se apresentam. A multiparentalidade, quando reconhecida, traz inúmeros efeitos, tanto na esfera jurídica como na vida das pessoas envolvidas. A partir do momento que é feita a alteração no registro de nascimento do(a) filho(a) reconhecido(a) socioafetivamente, estabelece-se uma relação não somente com a pessoa reconhecida, mas com os pais biológicos.

Curiosamente, quando há esse tipo de reconhecimento, não há que se falar em opção de escolha entre ficar com os pais biológicos ou socioafetivos. Há casos, inclusive, de pessoas reconhecidas *socioafetivamente por jogo de interesse sucessório, como por exemplo, uma pessoa de posses decide reconhecer socioafetivamente uma pessoa maior de idade, e a partir daí é dado automaticamente o poder a essa pessoa reconhecida para participar na sucessão, caso o(a) pai(mão) socioafetivo(a) falecer, uma vez que o reconhecimento socioafetivo é irrevogável e irretratável; não cabe arrependimento. É o entendimento do STJ, quando entendeu que a filiação, por ser um direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, o filho pode exercitá-lo sem restrições.*

Por outro lado, a existência de vínculo socioafetivo com o pai registral não impede que o filho busque o reconhecimento da paternidade biológica, com suas consequências de cunho patrimonial.

O grande desafio no reconhecimento da multiparentalidade é ampliar a proteção jurídica, que hoje é maternidade*/paternidade singular. A lei não é objetiva quando trata da socioafetividade.*

No que se refere à obrigação de alimentos, os critérios, deveres e obrigações dos pais socioafetivos são os mesmos dos pais biológicos, inclusive quando da impossibilidade dos pais prestar alimentos, os avós concorrem para que esse ato seja efetivamente cumprido, uma vez que estão no mesmo grau de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

parentesco e assim, respondem de forma sucessiva quanto as responsabilidades dos pais.

Quanto aos efeitos patrimoniais, uma vez que existe dupla vantagem ao filho, por consequência também existe duplo dever ao filho na vida adulta. Ora, este dever está elencado no artigo 229, do Código Civil Brasileiro, quando diz que os pais têm o dever de assistir, criar e educar *os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar aos pais na velhice, carência ou enfermidade.*

Ainda sobre os direitos sucessórios, cabe ressaltar que a cota hereditária acaba sendo reduzida por conta do ingresso de novas pessoas habilitadas ao título de herdeiro na sucessão, uma vez *que todos os filhos devem ser tratados de maneira igualitária. Ademais, cita-se o princípio geral de igualdade, presente no art. 5º, caput, e art. 226, parágrafo 5º, CF, que é um dos sustentáculos do Estado* Democrático *de Direito. A supremacia do princípio da igualdade alcançou também os vínculos de filiação, sendo vedado qualquer tipo de prática discriminatória entre os filhos por conta da sua origem.*

Em linhas gerais, o reconhecimento da parentalidade socioafetiva gerou efeitos imediatos, uma vez que o artigo *227,* § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 determinou a inexistência de qualquer tipo de discriminação entre os filhos advindos ou não da relação matrimonial e, consequentemente, passou a admitir a filiação socioafetiva.

4 Filiação e afeto

A filiação socioafetiva é comumente vista perante a sociedade brasileira, ao mesmo tempo em que é repreendida por muitas pessoas que fogem à ideia da nova família do século XXI e têm em mente a imagem da família tradicional. *O afeto, quando envolve a relação socioafetiva, só pode ser reconhecido por aquele que desempenha de* fato o papel de protetor, de educador. O vínculo biológico não indica paternidade ou maternidade, mas a assunção de tal papel por quem assim pretenda ser reconhecido. Trocando em miúdos, "pai e mãe é quem cria, que deu amor, que deu carinho"., que valem muito mais que o meramente biológico, porque tem pai que só registra seu filho e nunca mais vai vê-lo.

Destarte, em face dos novos moldes familiares, a família contemporânea não é mais unicamente formada pela consanguinidade, sendo o afeto o principal fundamento das relações familiares. GOMES e CORDEIRO (2013, p. 178) afirmam que com efeito, a entidade familiar se torna um grupo social fundado, essencialmente em laços de afetividade, os quais se exteriorizam "em concreto, no necessário e imprescindível respeito às peculiaridades de cada um de seus membros, preservando

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

a imprescindível dignidade de todos. Isto é, a família é o refúgio das garantias fundamentais reconhecidas a cada um dos cidadãos. [...] Há, portanto, a valorização do ser e, por decorrência, o reconhecimento de que a família não é um fim, mas sim o meio pelo qual se torna possível o alcance da felicidade de seus membros, unidos, essencialmente, pelo vínculo afetivo.

O conceito de filiação há tempos vem sendo mitigado pelo fato de ambos os companheiros deverem colaborar *no sustento, guarda, proteção, representação e educação dos filhos. Um dos princípios* constitucionais relacionados ao direito de família é o Princípio da Igualdade na chefia familiar, elencado no art. 226, § 5º, 227, § 7º, da Constituição Federal de 1988, e 1.566, incisos III e IV, e 1.634, do Código Civil de 2002.

Assim, considera-se filiação socioafetiva aquela que não advêm de origem biológica, mas sim do afeto. Decorre do ato de vontade, amor constituído ao longo do tempo, reciprocidade no respeito diariamente, com bases afetivas, independente da consanguinidade.

A filiação socioafetiva é comumente vista perante a sociedade brasileira, ao mesmo tempo em que é repreendida por muitas pessoas que fogem à ideia da nova família do século XXI e têm em mente a imagem da família tradicional. O pensamento contemporâneo das relações familiares acaba por valorizar a visão principiológica-valorativa dos fatos sociais com a predominância do afeto aos vínculos hereditários. Dessa forma, o rigor conservador da formatação tradicional da família foi deixado pra trás e o vínculo pautado no amor e afeto foi priorizado. A lei, doutrina e jurisprudências caminharam para a aceitação de ligações familiares não sanguíneas, dando, por exemplo, ao padrasto ou madrasta a situação de pai ou de mão em todos os seus direitos e deveres, inclusive no que se refere a ter seus nomes no registro do filho pré-reconhecido, visto que será a partir dessa alteração que se cria o vínculo jurídico da socioafetividade. Da mesma forma, foram impostas penalidades e até mesmo a perda do pátrio poder dos genitores que abandonarem seus papéis para com seus filhos, o que, de fato, colabora para a ocorrência do abandono afetivo.

5 Reconhecimento e registro da multiparentalidade socioafetiva à luz dos Provimentos nº 63/2017 e 83/2019, do CNJ

O reconhecimento público da multiparentalidade se dá a partir da averbação desse ato no Cartório de Registro *Civil. Para tanto, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento nº 63/2017, modificado pelo Provimento nº 83, do mesmo Conselho, que viabilizou esse procedimento diretamente nas serventias extrajudiciais sem a intervenção judicial.*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Antes de entrar no mérito do Provimento, é preciso diferenciar multiparentalidade de socioafetividade. Em termos mais claros, a multiparentalidade é o resultado da socioafetividade. A multiparentalidade consiste na situação de se ter três ou mais pais no registro de nascimento *e não se confunde com socioafetividade, que nada mais é que o vínculo afetivo criado com a pessoa que tem como* filho*.*

Quanto ao provimento supramencionado*, ele estabelece que se a pessoa a ser reconhecida for menor de 18 anos, a mãe deste deve anuir para o reconhecimento socioafetivo. Sendo ela maior de idade, basta sua anuência. A averbação pertinente deve ser feita às margens do registro de nascimento onde se encontra o registro* originário*.*

Importantíssimo frisar que o reconhecimento de paternidade socioafetiva se dá para pessoas acima de 12 anos, e será autorizado perante os oficiais de registro civil, e somente podem ser pretensos *pai ou mãe pessoas maiores de idade, e não podem requerer o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva os irmãos entre si nem os ascendentes. Se o filho for maior de 12 anos, o reconhecimento da paternidade ou maternidade socioafetiva exigirá também o seu consentimento. A anuência do pai e da mãe e do filho maior de 12 aos deverá ser feita pessoalmente no cartório de registro civil das pessoas naturais e, na falta da mãe ou do pai do menor, na impossibilidade de manifestação válida destes ou do filho, quando exigido, o caso deverá ser apresentado ao juiz competente. Logo, se filho maior de 12 anos e menor de 18 anos, deve-se ter anuência tanto do menor quanto dos pais biológicos, se ambos forem declarados no registro, e a ausência de anuência um deles impossibilita o reconhecimento de reconhecimento de paternidade ou maternidade socioafetivo diretamente nos cartórios de registro civil.*

Também é de suma importância salientar que o Provimento nº 63/2017, do CNJ teve alterações pelo Provimento nº 83/2019, do CNJ, no tocante a autorização do procedimento de reconhecimento voluntário de paternidade socioafetiva direto no cartório. Quando se diz "autorização direta no cartório de registro civil", antes disso se faz necessária a manifestação do MP, tanto para reconhecimento de pessoas maiores de 12 anos e menores de 18 anos, quanto para maiores de 18 anos.

De igual modo, ressalta-se somente é permitida a inclusão de um ascendente socioafetivo, seja do lado paterno ou do materno. A inclusão de mais de um ascendente socioafetivo deverá tramitar pela via judicial. Com isso, resta comprovado que nem tudo são flores, e que, sem querer, esse procedimento que tem sido tão habitual nas serventias extrajudiciais acabam sendo judicializados, quer seja encaminhando ao Ministério Público, quer seja enviando à Vara de Família.

Quanto a averbação pertinente no registro civil, esta deve ser feita às margens do registro de nascimento onde se encontra o registro originário.

Diante do exposto, a proteção jurídica referente as famílias brasileiras vêm se transformando e colocando a frente "o afeto, a solidariedade e a dignidade como norteadores de um novo ordenamento ético-jurídico" (PENA JUNIOR, 2008, p. 01).

O fato é que os tempos atuais são de valorização do contexto social através da união efetiva pelos laços afetivos. É o que entende Dias (2017, p. 432), no seguinte: "Para o reconhecimento da filiação basta flagrar a presença do vínculo de filiação com mais de duas pessoas. É reconhecida sob o prisma da visão do filho, que passa a ter dois ou mais novos vínculos familiares. Coexistindo vínculos parentais afetivos e biológicos, mais do que apenas um direito, é uma obrigação constitucional reconhecê-los, na medida em que preserva direitos fundamentais de todos os envolvidos, sobretudo o direito a afetividade".

O reconhecimento de filiação socioafetiva se concretiza, então, pelo afeto criado entre indivíduos e a vontade para que além do tratamento de amor, conste também o nome do pai/mãe socioafetivo. Dessa forma, entende-se que o afeto é um requisito essencial para tal condição. Esse reconhecimento consiste no reconhecimento do vínculo filial com a pessoa que não é ascendente ou descendente biológico. Em outros termos, é o mesmo que dizer que é uma relação de filiação vivenciada na prática, por afeto, no dia a dia, com quem não seja pai ou mãe biológico. Mas há situações em que padrasto ou madrasta tem uma ligação precisa e pontual com o filho do companheiro ou companheira, mas não tem o laço de afetividade para consolidar a paternidade ou maternidade socioafetiva.

Assim, quando há o reconhecimento voluntário pelas partes, subentende-se que os cumprimentos das obrigações familiares ali existentes deverão ser cumpridos de forma espontânea, sem que haja intervenção judicial. Ressalta-se, ainda, que o reconhecimento socioafetivo de filiação é irrevogável e irretratável, tendo a pessoa reconhecida os mesmos direitos como se filho(a) biológico(a) fosse, e isso quer dizer que caso tenha qualquer descumprimento dos deveres e obrigações legais, a pessoa reconhecida pode valer-se das vias judiciais para o fiel cumprimento das obrigações.

6 Direito ao patronímico paterno/materno socioafetivo.

O uso do sobrenome de origem paterna ou materna advinda do reconhecimento socioafetivo é um direito personalíssimo do filho, de ordem pessoal que se baseia no vínculo de parentesco que se estabelece, quer pelos vínculos biológicos, quer pelos laços socioafetivos. Não há óbice. É um direito. Sobre essa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

prerrogativa, nos ensina DIAS (2011, p. 130) que o nome é um dos direitos mais essenciais da personalidade e goza de todas essas prerrogativas. Reconhecido como bem jurídico que tutela a intimidade e permite a individualização da pessoa, merece a proteção do ordenamento jurídico de forma ampla. Assim, o nome dispõe de um valor que se insere no conceito de dignidade da pessoa humana.

Hoje, com as modificações pelas quais a família vem passando, famílias essas compostas por cônjuges e filhos de diferentes relacionamentos, popularmente conhecidos como "bagagem", casamentos homoafetivos, dos filhos que nascem das conhecidas barrigas de aluguel (solidárias), o nome passa a ocupar representatividade não somente em relação ao aspecto biológico, mas no aspecto afetivo e real.

O patronímico materno ou paterno, como já dito, é um direito da personalidade de muita importância, visto que se trata da identificação do cidadão perante a sociedade e no meio familiar em que vive, associando-o, num primeiro momento, às suas origens biológicas, porém, face à nova realidade do conceito de família, essa ideia não se sustenta mais apenas no vínculo sanguíneo, mas estende-se Às relações afetivas.

Ainda nessa seara, a Lei nº 11.924, de 17 de abril de 2009 já previa, muito antes dos Provimentos 63 e 83, da Corregedoria Nacional de Justiça, que o enteado ou a enteada adotasse o nome de família do padrasto ou da madrasta, sem prejuízo dos seus apelidos de família. Nesse sentido, a inclusão do sobrenome do padrasto ou madrasta não alterava a filiação.

Traz a lei 11.924/2009 o seguinte:

> "Art. 1º. Esta lei modifica a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro 1973 – Lei de Registros Públicos, para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nome de família do padrasto ou madrasta, em todo o território nacional."
>
> "Art. 2º. O art. 57 da Lei nº. 6015, de 31 de dezembro de 1973, passa a vigorar acrescido do seguinte § 8º:"
>
> "Art. 57. ..
>
> "§ 8º O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§ 2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua madrasta, desde

que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família.” (NR) “

“Art. 3º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”

Desta sorte, o direito ao uso do sobrenome paterno ou materno parte de um princípio constitucional da dignidade humana, visto que individualiza a pessoa e a identifica perante a sociedade. Mas independente de tudo isso, cabe frisar que é o reconhecimento da filiação perante a sociedade, após as devidas averbações no registro civil, que tutela os direitos da pessoa reconhecida, e não o uso do sobrenome recém adquirido. A posse de estado de filho em relação a simples adoção do sobrenome do padrasto ou madrasta, não se constitui em reconhecimento de paternidade ou da maternidade no âmbito jurídico brasileiro, o que se torna apenas um acréscimo do sobrenome, como forma de identificação.

Importante salientar que se houver vontade dois pais socioafetivos em alterar o prenome do filho socioafetivo, este procedimento somente poderá ser feito pela via judicial, e não mais pela extrajudicial.

Em que pese essa espécie de modificação não estar expressa na legislação, a Lei de Registros Públicos dispõe acerca da possibilidade de modificação do sobrenome por qualquer motivo justo e com fundamento. Assim, a exclusão do sobrenome do genitor que abandonou seu filho, ainda que biológico, tem sido amplamente aceito pela doutrina, e também há entendimentos jurisprudenciais quanto ao tema.

Seria inadmissível, dado o reconhecimento do abandono afetivo, obrigar aquele que já sofreu com a ausência daqueles que mais deveriam lhes proteger, apoiar, a usar seu patronímico como forma de recordar constantemente o relacionamento árduo e sofrido ao qual foram submetidos. Nesse sentido, há, inclusive, decisão do STJ que possibilita a retificação no assento de nascimento de filho cujo pai o abandonou na infância, ainda que se considere o princípio da imutabilidade. Nesse caso, restou comprovado que esse princípio não deve ser considerado absoluto no ordenamento jurídico brasileiro, vez que o nome desempenha papel importante na formação e consolidação da personalidade de uma pessoa.

Dessa forma, deve-se considerar que é possível a uma pessoa alterar seu nome com o intuito de eliminar a má lembrança que tem daquele que nunca deu se preocupou em sustentar, guardar e educar.

Conclusão

A nova Constituição Federal do Brasil de 1988 promoveu a igualdade entre os filhos e fez com que a ideia de filiação *e família tomasse novas formatações e interpretações, tanto o é que agora é possível fazer o reconhecimento de paternidade ou maternidade socioafetivo, desde que haja o vínculo afetivo.*

Nesse contexto, entende-se que atualmente a família não está mais fundada no tradicionalismo de antigamente*; que a família não se finca apenas no vínculo biológico, mas no afetivo também, numa relação de amor, carinho, respeito, atenção, guarda, ou seja, um conjunto de atos afetuosos, de solidariedade e dedicação, construindo a afetividade que vem sendo objeto de muitas discussões doutrinárias e jurisprudenciais.*

De fato, o direito de família está em constante evolução e como prova disso temos o reconhecimento do sentimento afetivo como fator considerável que cria laços e relações familiares, bem como possibilita a inclusão de pais socioafetivos no registro civil.

Em síntese, a afetividade está cada vez mais concentrada, o que deixa de lado os formalismos tradicionais e dá espaço para nossos interesses reais face as novas modalidades de família na atualidade brasileira.

Por fim, o presente artigo abre caminho para que outros acadêmicos, estudiosos e trabalhadores de áreas afins *possam tomá-lo como referência para aquisição e aumento de conhecimento acerca desse tema tão atual e inovador que é a multiparentalidade.*

Referências

TORRINHA, Francisco. Dicionário Latino Português. 8 ed. Portugal: Porto Editora, 1998.

KOBNER, Silmara Opalinski. As relações familiares ao longo da história*. Programa de Desenvolvimento Educacional – PDE. Universidade Estadual de Ponta Grossa. Piraí do Sul, 2008.*

ARAUJO JÚNIOR, Gediel Claudino de. Prática no direito de família*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.*

VASCONCELLOS, Ana Carolina Esteves. A Evolução do Conceito de família na pós modernidade*. Curso de Direito da Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha. Marília: 2014.*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

SCHWERZ, Vanessa Paula. Multiparentalidade: possibilidade e critérios para o seu reconhecimento*. In: Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, v. 1, n. 03, p. 192 – 221, dez. 2015.*

TARTUCE, Flavio. Direito Civil: Direito de Família*. 9 ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2014.*

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em:* **http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm***. Acesso em 19 out 2020.*

GOMES, Josiane Araújo e CORDEIRO, Carlos José. Temas Contemporâneos de Direito das Famílias. *São Paulo, Ed. Pillares, 2013, p. 172.*

PENA JUNIOR, Moacir César. Direito das pessoas e das famílias: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 2008.*

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.*

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2011 p. 130.*

BRASIL. Lei nº 11.924, de 17 de abril de 2009*. Altera o art. 57 da Lei no 6.015, de 31 de dezembro de 1973, para autorizar o enteado ou a enteada a adotar o nome da família do padrasto ou da madrasta. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11924.htm. Acessado em 19 out 2020.*

NOTAS:

[1] especialista e professor do Centro Universitário Luterano de Manaus, AM.

www.conteudojuridico.com.br

ANIMAIS COMO SUJEITOS DE DIREITOS.

URSULA BESSA MARINHO:
Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário CEUNI-FAMETRO.

ADRIANA ALMEIDA LIMA

(orientadora)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo fazer uma análise dos direitos dos animais em meio a atual crise do meio ambiente. O direito dos animais começa um novo e fundamental ramo do direito, focando em proteger não somente o meio ambiente, mas também os direitos fundamentais como a vida, os protegendo de maus tratos e crueldade. Para tal propósito serão abordadas normais nacionais e internacionais de maior relevância. O tema é abordado de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, incluindo um estudo sobre a natureza desses direitos. Este tema é de grande relevância tendo em mente que os animais são passiveis de direitos, e pretende se mostrar nesse trabalho a importância e alguns entendimentos sobre este direito e sobre sua evolução.

ABSTRACT: This article aims to analyze animal rights in the midst of the current environmental crisis. Animal law begins a new and fundamental branch of law, focusing on protecting not only the environment, but also fundamental rights such as life, protecting them from abuse and cruelty. For this purpose, national and international standards of greater relevance will be addressed. The topic is addressed according to the Brazilian legal system, including a study on the nature of these rights. This topic is of great relevance bearing in mind that animals are subject to rights, and it intends to show in this work the importance and some understandings about this right and its evolution.

Keywords: Animal Law. Legal Protection of Animals. Environment. Ecology.

Palavras-chave: Direito dos Animais. Proteção Jurídica dos Animais. Meio ambiente. Ecologia.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2. Analisar os direitos dos animais a partir da ideia de sujeito de termos e condições que tratam da proteção dos animais. 3 Compreender a legislação no que tange a problemática da efetividade sobre os direitos dos animais. 3.1 Proteção dos animais no Brasil. 4 Demonstrar a partir de um monitoramento especifico a possibilidade das atividades práticas a partir da aplicação da lei. 4.1 Demonstrar a partir de pesquisas documentais a atividade baleeira. 5 CONCLUSÃO. 6 REFERENCIAS.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

1 INTRODUÇÃO

Desde os tempos mais antigos é possível identificar a presença dos animais acompanhando o homem durante toda a sua trajetória. Sob a perspectiva antropocêntrica o homem tem-se colocado superior às demais espécies. O antropocentrismo tem origem no mundo ocidental, o qual adotava a supremacia do ser humano sobre todos os outros seres. Ao passar das gerações, com o desenvolvimento da humanidade, as relações da espécie humana com os demais habitantes do planeta fora se modificando.

Com o desenvolvimento do Direito, fora expandido o conceito de dignidade humana, fazendo com que ela se engloba além da vida humana, estendendo-se aos animais, como direito fundamental o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ocorrendo a proteção dos animais, principalmente, no que diz respeito à temática dos maus-tratos como forma de resguardar não apenas o meio ambiente, tendo em vista que a vida humana está sendo mantida diretamente ligada a ele. Sob a ótica do direito ambiental, o direito dos animais surge como uma temática a ser estudada, a preocupação com o meio ambiente demonstrada pela Constituição Federal, lhes conferiu natureza difusa e coletiva, um bem a ser protegido no interesse de toda a humanidade.

Atualmente, já há o entendimento de como é importante a preservação do ambiente, visando à proteção dos recursos naturais e culturais existentes. Em função disso foram criadas leis e decretos, para que a fauna fosse preservada de maneira sustentável. Tendo isso em vista, questionasse: os meios que foram desenvolvidos para a proteção dos animais, na pratica, possuem efetividade.

Atualmente, fora superado o entendimento que os animais são coisas sem nenhuma proteção jurídica. A proteção da fauna vem ocorrendo por meio de diversos instrumentos legislativos (Código de Caça, Código de Pesca, Lei de Contravenções Penais etc), além do que, a partir de 1988 passou a tutela jurídica dos animais a ter status constitucional e o termo "meio ambiente" passou a ser incluído e desenvolvido nos textos da constituição.

Ademais, a Lei 9.605/98 dispõe que é crime o abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar os animais podendo o autor da ação ser condenado à detenção. Cabe entender que o autor da denúncia nesses casos será o Estado, fazendo com que o medo dos indivíduos em denunciar diminua.

Vale ressaltar que, sempre houve números registrados de maus tratos, abusos e crueldades praticadas, pelo meio da manutenção dos animais de circo, como no próprio processo de treinamento, como força-los a praticar certos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

movimentos e manifestações absolutamente antinaturais, dolorosas e de risco. Por conta disso, fora proibido a presença de animais em circos.

No âmbito marinho-costeiro, a consideração das dimensões humanas da conservação adquiriu força na última década, principalmente, a partir da constatação de implementação de muitas Áreas Marinhas Protegida.

No âmbito cientifico, esse estudo possui a relevância por conta do uso de animais em várias pesquisas com a justificativa que seus resultados trarão melhoras para a vida dos seres humanos. Entretanto, cabe ressaltar, que esses animais que são sacrificados para a melhora da vida humana são seres vivos que merecem respeito e dignidade, e muitas técnicas já foram desenvolvidas para que não ocorra a mortes desnecessárias de animais.

Além de que, revela a importância do entendimento do tema para que ocorra a conscientização da preservação de diversas espécies, pelo fato de que as mesmas são necessárias para o meio ambiente como um todo. A caça a certas espécies abre os olhos para a questão do direito dos animais, e a eficácia jurídica de algumas normas.

Esse trabalho possui a intenção de apresentar uma interpretação ética, biocêntrica da Constituição Federal no que tange aos animais, afastando qualquer resquício antropocêntrico no suposto conflito de bens.

Ainda tendo o intuito de analisar qual a melhor maneira de lidar com o impasse, levando em consideração o direito dos animais, desconhecimento e o desprezo desses direitos têm levado e continuam a levar o homem a cometer crimes contra a fauna e flora, no qual pode ser responsabilizado.

A pesquisa deste trabalho foi realizada com base em artigos científicos, publicações e livros que visavam temas relacionados a consiste um crime de perigo abstrato, modalidade tentada e princípio da lesividade. Ademais, o trabalho se deu através de um processo exploratório e foi utilizado o método hipotético-dedutivo como metodologia, pois nesse trabalho foi utilizado conceitos e fenômenos já estudados e formados dos quais foram medidas as consequências em relação a aplicação ao tema escolhido. (GIL; 2010. p.29-31)

2 Analisar os direitos dos animais a partir da ideia de sujeito de termos e condições que tratam da proteção dos animais.

A preservação e o restabelecimento do equilíbrio ecológico são questões a serem observadas por todos. As alterações climáticas, os riscos globais, bem como

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

as extinções gradativas dos animais e vegetais, demonstram as modificações perigosas que estão ocorrendo no Planeta.

Com o evoluir da relação entre o homem e o meio ambiente, considerando a já evidente escassez de recursos naturais indispensáveis à sobrevivência no planeta, como água potável e alimentos, mais precisamente na constituição equatoriana, uma nova percepção jurídica da natureza.

Para o físico Fritjof Capra, "ecologia profunda reconhece o valor intrínseco de todos os seres vivos e concebe os seres humanos apenas como um fio particular na teia da vida". (CAPRA: 1998. p.26)

Diariamente diversos animais são submetidos às mais variadas formas de exploração e maus tratos. Em razão do especismo, é considerado moralmente admissível causar sofrimento a todos os outros seres que não a espécie humana. Dessa forma, os animais são utilizados para experimentos médico e científico, vestuário, esporte, alimento e entretenimento; o que demonstra a sua utilização para a satisfação dos interesses exclusivos do homem. Vale ressaltar os avanços científicos-tecnológicos, que influenciaram o homem no domínio do mundo, utilizando de forma desenfreada os recursos naturais e depredando as suas riquezas. (BOFF; 1995, p.166)

Por mais que a proibição da crueldade contra os animais seja prevista pela Constituição Federal brasileira, abrindo lacuna à instrumentalização da proteção animal, ainda assim o dispositivo constitucional tem orientação antropocêntrica sem dispor valor intrínseco aos animais ou à natureza, isto é, sem considera-los sujeitos de direito.

A proposta de inserir animais não humanos no cenário jurídico se destaca pela ideia de quarta condição de , na condição de sujeitos de direitos fundamentais de quarta dimensão de direitos fundamentais que é justificada pela busca de justiça social interespécies, conforme entendimento de SILVA, (2015, P.2003-2004), isso significa dizer que a dignidade jurídica dos animais, tem como regra geral a coberta proteção constitucional que visa a forma única da vida animal, este constitucionalismo pode ser verificado com sua influência na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Diferente da Constituição brasileira a constituição equatoriana e os instituídos direitos da natureza, legislam que os ecossistemas e seus indivíduos, ou seja, os animais são sujeitos de direitos. Seguindo este pensamento e em perfeita harmonia com o texto constitucional referido, Fritjof Capra diz que: "essa compreensão sistêmica baseia-se no pressuposto de que a vida é dotada de uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

unidade fundamental, de que os diversos sistemas vivos apresentam padrões de organização semelhantes".

O filósofo Tom Regan (2006, p. 65-66) pondera com propriedade:

> Então, eis a nossa pergunta: entre os bilhões de animais não humanos existentes, há animais conscientes do mundo e do que lhes acontece? Se sim, o que lhes acontece é importante para eles, quer alguém mais se preocupe com isso, quer não? Se há animais que atendem a esse requisito, eles são sujeitos-de-uma-vida. E se forem sujeitos-de-uma vida, então têm direitos, exatamente como nós. Devagar, mas firmemente, compreendi que é nisso que a questão sobre os direitos animais se resume.

Seguindo essa linha de raciocínio pode-se falar sobre o biocentrismo. O biocentrismo pode ser definido como uma corrente filosófica, com reflexos diretos na esfera jurídica, na qual o homem não se encontra mais como o centro do Universo e se depara com limites na utilização dos outros seres vivos que compõem a vida terrestre.

Ao decorrer dos anos a concepção biocêntrica foi se dividindo. Desse modo, surgiu uma visão biocêntrica radical, também denominada "ecologia profunda", tal teoria defende que toda vida, por si só, deve ser preservada, sendo assim, cada vida tem um valor intrínseco que lhe é inerente, não podendo ser retirada por outro ser. Nesse contexto, pode-se falar sobre o entendimento de Chalfun (2010; p.209-246), no qual discorre sobre a ecologia profunda prega a mudança da perspectiva antropocêntrica, a redução do consumo, da produção de bens e serviços, que devem estar alinhados com a necessidade da sociedade e não com a rentabilidade que esta propõem. O mesmo continua propondo que socialmente não deve ter uma hierarquia na qual o homem se coloque em escala superior ou destacada, mas, sim, uma nova concepção de solidariedade.

Enquanto que no antropocentrismo o homem é colocado no centro do universo, no ecocentrismo as preocupações se voltam para a Terra, posicionando o meio ambiente no centro do universo. Assim, em virtude de uma reflexão mais aprofundada sobre o valor e o sentido da vida, o cerne do pensamento antropocêntrico foi duramente questionado, pois a vida passou a ser tratada como o bem mais precioso do planeta. (MILARE; 2004, p.349)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Assim como a escravatura foi rejeitada, bem como a afirmação da igualdade entre a mulher e o homem, há a necessidade de se dar um passo além, a ponto de levar a sério a natureza, conferindo-a valor intrínseco que exige respeito.

No entendimento de Ferry (2009, p.23) não se trata mais apenas de proteger 'nossos irmãos inferiores' dos maus tratos que não param de lhes infligir os seres humanos, mas de reivindicar para eles o direito a uma vida boa, a um pleno desenvolvimento de si. Tendo em vista que os animais são tidos como meros objetos de direito, tratados como objetos de pesquisa médica e científica, entretenimento, alimentação, esportes, vestuário, há que lhes conferir personalidade jurídica a fim de possibilitar a defesa de seus direitos.

De acordo com Peter Singer, (2008, p.82) o princípio que fundamenta a igualdade entre todos os seres humanos é o de igual consideração de interesses. De forma que a base moral adequada para fundamentar as relações entre o homem e o animal, baseia-se neste princípio.

Pelo princípio da igualdade, entende-se que a preocupação com os outros não depende de como estes são ou das aptidões que possuem. a. Fundamenta o direito de igual consideração com base na capacidade de sofrimento. Assim, se o ser sofre, esse sofrimento deve ser levado em consideração.

Por fim, vale ressaltar que, na Declaração Universal dos Direitos dos Animais, em seu artigo primeiro e segundo, se encontra em seu texto que todo animal é sujeito de direito e que o respeito dos homens pelos animais está ligado ao respeito dos homens pelo seu semelhante. Desse modo, se entende que os animais são sujeitos de direito e que não devem ser tratados como inferiores ao homem ou como objetos comercializados, mas com respeito.

3 Compreender a legislação no que tange a problemática da efetividade sobre o direitos dos animais.

Em primeiro lugar, é importante destacar de acordo com Becker B (2001. P. 27) que o meio ambiente compreende o comércio internacional de animais e com uma temática pratica expressiva que produz impactos que vão além das fronteiras nacionais. Medidas de um país que afetam outros, pôr as economias estarem inseridas num processo complexo chamado globalização. (SILVA; 2004, p. 38-45)

De acordo com o doutrinador Queiroz (2008 2010) aponta que a década de 1970 foi palco de uma revolução ambiental promovida pelo alarde em torno da escassez dos recursos, colocando em pauta a necessidade de se repensar os padrões

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

de produção e consumo, fatores que afetam intensamente a deterioração do meio ambiente, e colocando em risco de extinção inúmeras espécies de animais.

O uso de animais e plantas silvestres para os mais variados fins ultrapassa séculos. A preocupação com essa relação pode se orientar quando o homem começou a utilizá-los como mercadorias, para fins comerciais e econômicos. Após o descobrimento do Brasil, de acordo com Fialho (2000; p.551), por exemplo, mais ou menos 3.000 peles de onças e 600 papagaios eram desembarcadas na Europa, para enfeitar vestidos e palácios. Quando esse comércio se mostrou bastante lucrativo, no final do século XIX, se sistematizou, e então se iniciou o extermínio de várias espécies brasileiras para atender ao mercado estrangeiro.

Após a perda do habitat, a retirada de espécies para subsistência e comércio, é a segunda maior ameaça à fauna e flora silvestres. Com base em Barbora (2004; p.256) na taxa atual de destruição dos ambientes naturais, estimou-se que cerca de 0,25% de todas as espécies de organismos do planeta (ou seja, 5 a cada 200 espécies conhecidas) são extintas por ano.

Os recursos ambientais dão segurança ao funcionamento do sistema econômico, por esse fato o comércio internacional possui uma relação estrita com o meio ambiente. A preocupação da sociedade internacional com o tema da preservação dos animais e do meio ambiente como um todo é recente, principalmente se comparada com a tradicional governança na área econômica e de segurança.

Mesmo que as primeiras regras referentes ao meio ambiente possam ser encontradas no começo do século XX (Ribeiro, 2008, p. 54), e que se reconheça a importância ambiental do Tratado da Antártica, de 1959, a Conferência de Estocolmo, ocorrida em 1972, foi grande marco inaugural da ordem internacional do meio ambiente.

A demasiada exploração dos recursos naturais, a perda de biodiversidade e o Aumento na emissão de resíduos poluentes são externalidades derivadas do fluxo das transações comerciais (QUEIROZ, 2008, p.61-63), devendo ser consideradas pelas empresas em seus processos produtivos

Para esse comércio no contexto brasileiro, em suma, segue da necessidade da regulamentação e incentivo para a implementação de criadouros especializados no que se refere a fauna, e empresas regularizadas para a flora, haja vista restrições legais internas. Ademais, são instrumentos, as regulamentações sobre o modo de proceder da comercialização, educação ambiental, fiscalização e punição, além da regulamentação quanto ao destino dos recursos apreendidos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Ainda focando no nosso país, a questão do tráfico ilegal é preocupante, haja vista ser um dos países mais requisitados quando da procura por fauna e flora silvestres. Além disso, importante ressaltar que, a atitude da sociedade perante toda essa irregularidade, é a de impunidade, de forma que é comum a permanência de feiras, lojas irregulares e criadouros clandestinos, que tão somente encoraja o comércio ilegal.

A legislação brasileira proíbe retirar um animal diretamente de seu habitat e comercializar. Assim, somente pode fazer parte do comércio quando vindo de cativeiro legalizado; contudo, em um país grande como é o Brasil, ainda não há um grau expressivo de incentivos à formalização de cativeiros em comparação à grande busca que se tem pela fauna exótica silvestre. (LEUZINGER; 2008, p.2)

3.1 Proteção aos animais no Brasil

No atual país residente, a primeira documentação que chegou a relatar sobre a proteção dos animais ocorreu em 1886. Encontrada na Código de Posturas do Município de São Paulo, o artigo 220 falava sobre os maus tratos contra os animais que eram usados como veículos. Pelo fato de não ter legislação era comum atos impunes de abusos nos animais. (CORREIA; 2010. P. 169)

Em 1941 ocorreu um grande avanço, que foi o Decreto-Lei 3.688, conhecido como Lei das Contravenções Penais (BRASIL; 1941). Encontramos no seu artigo 64 a penalidade de prisão simples aos atos de crueldade contra animais, independentemente da finalidade didática ou científica do ato.

A Lei de Proteção à Fauna (Lei 5.197/1967) e o Código de Pesca (Decreto-Lei 221/1967) foram aprovadas posterior, entretanto nenhuma tratou diretamente sobre "experimentação animal com finalidade didática ou científica" (BRASIL;1967). Por conta disso, o Projeto de Lei 1.507, que só foi aprovado em 1979, a promulgou da Lei 6.638, o qual falou sobre as permissões e procedimentos para prática de experimentação animal em todo o território nacional, devendo ser registrados em órgão competente os biotérios e os centros de experiências e demonstrações com animais. (BRASIL; 1979)

Em 1998 ocorreu mais um avanço sobre a ética do uso de animais em experimentações didáticas e científicas que foi a Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/1998), a qual reordenou a legislação ambiental brasileira no que diz respeito a infrações e punições. Essa lei tornou a pena para a prática de maus-tratos em animais de modo geral ou para a realização de experiências dolorosas ou cruéis em animais vivos mais severa. (BRASIL; 1998)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

No dia 29 de setembro do atual ano vigente foi sancionada a Lei 1.095/2019, a qual aumenta a punição para quem praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais. Nessa lei há a inclusão de animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos, incluindo, aí, cães e gatos, que acabam sendo os animais domésticos mais comuns e as principais vítimas desse tipo de crime. Agora a aquele que abusa ou maltrata animais será punida com pena de reclusão de dois a cinco anos, além de multa e a proibição de guarda. (MENDONÇA; 2020. p.02)

4 Demonstrar a partir de um monitoramento especifico a possibilidade das atividades práticas a partir da aplicação da lei

5.1 Demonstrar a partir de pesquisas documentais a atividade baleeira

O autor QUEIROZ, (2005, p. 7) demonstra que o consenso internacional no comércio é de que qualquer modelo de desenvolvimento, inclusive o europeu, não pode basear-se no uso irracional dos recursos naturais e na degradação ambiental. Assim, vale dizer, que após segunda guerra, o Japão (NASCIMENTO; 2011, p.16) levara certas espécies de baleia perto da extinção, certa de dois mil baleias chegavam no porto por ano. Por conta disso, este país adentrou a Comissão Baleeira Internacional (CBI).

Entretanto, no final de 2018, o Japão anunciou a sua saída da CBI, e frisou seu retorno a caça às baleias a partir de julho do ano vigente, com o argumento que a carne das baleias é algo cultural do país. Vale ressaltar que, a população das baleias foi drasticamente reduzida desde a década de 40, e sua reprodução não se compara com outras espécies pois as mesmas se reproduzem de forma lenta e demorada. Com a retomada a caça comercial as baleias, claramente o Japão não se baseia em um uso racional dos recursos naturais.

Para compreensão desse tema é necessário saber que, pós Segunda Guerra Mundial um dos países que sofreu muito foi o Japão. Por conta dessa realidade, a baleação, ou seja, a caça às baleias se tornou presente nesse período da história, sendo a carne da baleia a principal fonte de proteína entre os japoneses. No auge desse período, a média de baleias que chegavam aos portos chagara as 2.000 por ano (PEREIRA; 2018, p.01). Assim, não é de se chocar que algumas espécies vieram a ficar perto da extinção.

A partir disso, no ano de 1951 o Japão começou a participar da Comissão Internacional Baleeira. Tal país parou com as caças comerciais, entretanto, continuou com a caça com o intuito cientifico. O arquipélago no qual predominava a caça às baleias, parou de caçar pequenos rorquais e cachalotes nas aguas japonesas (PALAZZO; 2016, p. 227-234.) Porém, começou a "pesquisa científica" na Antártica, a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

qual persiste até os dias atuais, matando os cetáceos e servindo-se de uma cláusula especial da moratória que autoriza a caça com fins científicos.

Estudos de impactos antropogênicos em cetáceos vêm sendo desenvolvidos em vários lugares do mundo. A maioria deles detectou alguma mudança significativa no comportamento dos cetáceos, mas quase todos afirmam, sem exceção, que o significado biológico dessas mudanças a longo prazo não está claro.

A caça predatória dos cetáceos, muitas vezes de forma desenfreada, pode ser analisada por dois prismas: o sofrimento causado nos animais, que são considerados sencientes, com o uso de arpões e lanças. Além disso, a caça desmedida irrompe em um desequilíbrio ecológico que, por sua vez, repercute na condição de vida dos seres vivos, bem como no funcionamento do ecossistema, principalmente, marinho. Por conta destas consequências, a atividade é condenada pelos movimentos ambientalistas.

Em ambientes marinhos, uma preocupação especial é dada à natureza perversa da acidificação do oceano, um 'problema-irmão' do aquecimento global pois sua causa também está ligada ao aumento extraordinário nas taxas de CO2 atmosférico. Outra síndrome importante para entender os desafios para a governança de ecossistemas marinhos na atualidade é conhecida como a 'síndrome dos referenciais ecológicos dinâmicos' (Pauly, 1995, p. 302). Por exemplo, entre diferentes gerações humana, os referenciais ecológicos compartilhados em grupos humanos (e.g., pescadores, cientistas) sobre a condição dos estoques de recursos pesqueiros muda de maneira que deixa de refletir tendências históricas (Jackson et al., 2011, p.24).).

A presença de baleias jubarte em áreas próximas à costa de Santa Catariana tem promovido o crescimento do turismo, estando entre as espécies focais mais comuns (Hoyt, 2001, p.03). Entretanto, muitas das espécies de cetáceos exploradas por essa atividade são classificadas em alguma categoria de ameaça e o potencial para o distúrbio de seus padrões comportamentais têm atraído muita atenção e estudo (Baker & Herman, 1989; Corkeron, 1995; Glockner-Ferrari & Ferrari, 1990, p. 161-169). Algumas pesquisas mostraram que o TOC, turismo de observação aos cetáceos, pode causar alterações no comportamento dos mesmos, incluindo aumento no intervalo de mergulho, aumento na velocidade de natação, mudança nas taxas ou no padrão de ocorrência dos comportamentos, alteração nos padrões de distribuição e variações na vocali-zação (Baker & Herman, 1989; Constantine, Brunton, & Dennis, 2004; Corkeron, 1995; Tyack, 1983, p. 161-169)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Há algumas hipóteses quais podem explicar essa mudança, como a instalação ou ampliação de obras de infraestrutura, a exemplo de portos, derrocagem, dragagem, estaleiros, marinas, trapiches, emissários, entre outros, são potencialmente causadoras de impactos negativos aos mamíferos aquáticos (HARWOOD, 2001; BARRETO et al., 2007; PIROTTA et al., 2013, p.630-664).). A poluição química, procedente de diversas fontes, pode causar efeitos negativos imediatos e de médio a longo-prazo aos mamíferos aquáticos, incluindo imuno-depressão, falhas reprodutivas, quedas populacionais e aumento da incidência de condições e enfermidades epidérmicas e ósseas (REIJNDERS, AGUILAR e DONOVAN, 1999; LAILSONBRITO, 2007; BISI et al., 2012, p. 12) A colisão com embarcações tem sido reportada para diversas espécies de cetáceos (LAIST et al., 2001; VAN WAEREBEEK et al., 2007), esses são alguns exemplos que podem explicar a mudança nesses animais.

Na década de 1980, em vários estados brasileiros, ocorreram mobilizações e abaixo-assinados para que o governo federal tomasse uma decisão sobre a questão da atividade baleeira no Brasil. Com o fortalecimento do movimento ambientalista brasileiro e com o aumento da simpatia de boa parte da opinião pública, a continuidade da caça no litoral paraibano passou a ser objeto frequente de questionamentos éticos de grupos, entidades e cidadãos defensores das causas ecológicas em vários estados do país.

Em 1946, o que predominava era o entendimento da baleia como um produto, uma atividade econômica, como a pesca. A proposta, apresentada pelo Brasil, Argentina, Colômbia, México, Chile, Costa Rica, Panamá e Peru, reafirma a proibição à caça comercial e enfatiza a missão da CIB **na recuperação e conservação das baleias**. Felizmente, este documento foi aprovado por maioria simples – 40 a favor e 27 contras. (**Deutsche Welle; 2018)**

A criação de santuários para baleias é algo atualmente discutido. Infelizmente, países como Japão, Noruega e Islandia são contra a mesma. Em 2018, sendo sediado em Florianópolis, ouve o encontro da Comissão Baleeira, e uma das pautas foi a criação de santuário para baleias, entretanto, não foi atingido a quantidade necessária de votos para que ocorresse a criação do mesmo na costa brasileira.

A proposta de criação de um santuário de baleias no Atlântico Sul não conseguiu o mínimo de votos suficientes para sua aprovação, mas a Declaração de Florianópolis traz outro reflexo positivo: estabelece a região como **de interesse especial para a conservação e uso não-letal de baleias.**

Estamos começando a entender a importância das baleias no ecossistema, incluindo sua participação na ciclagem de nutrientes, e a valorizá-las pelo papel que desempenham ao longo de suas longas vidas, por exemplo capturando carbono e exportando-o para o fundo do oceano e sustentando a fauna de águas profundas.

A crise ambiental, como uma das características da crise da sociedade moderna, indaga acerca dos motivos da insustentabilidade e as contingências para um futuro sustentável. Isso conduz para a procura de uma nova racionalidade, distante de uma ciência moderna que gerou um mundo insustentável. Ou seja, a racionalidade ambiental procura a readequação do mundo por meio do ser e no ser, bem como a partir do saber (CROLL; 2006, p. 202).

Por fim, observou-se que a criação de um santuário para as baleias é um mecanismo importante para se obter o desenvolvimento sustentável, além de se ter a proteção da biodiversidade marinha por meio do discurso da sustentabilidade ecológica.

5.CONCLUSÃO

Com tudo que foi abordado nesse artigo se percebe e entende a importância de um meio ambiente protegido juridicamente. É necessário mecanismo e regras para que ocorra a proteção de tudo que envolve o meio ambiente.

Esse ramo do direito, que trata da proteção dos animais e busca lhes assegurar direitos que lhe são inerentes, se trata de um pensamento moderno que ainda precisa ser o foco de estudos e aprofundamentos pelos estudiosos do direito para uma sociedade melhor

Por mais que a Constituição Federal de 1998 caracterize os animais e o meio ambiente como bens fundamentais, a proteção constitucional não se busca realmente proteger os direitos dos não-humanos, mas sim se preocupa com a preservação do homem e o que ele considera de valor moral. Sendo assim, se faz necessário que o direito dos animais não se trate apenas de sustentabilidade que está sendo muito visada atualmente, mas sim de um tratamento digno para os mesmos.

Nesse contexto, os não-humanos necessitam ter seus direitos tutelados não em benefício da humanidade, não tendo o homem no centro de tudo, mas pelo fato de que são seres que possuem um valor próprio por serem criaturas vivas, e que merecem respeito e dignidade.

6.REFERENCIAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Baker, C. S., & Herman, L. M. (1984). Aggressive behavior between humpback whales (Megaptera novaeangliae) wintering in Hawaiian waters. Canadian Journal of Zoology, **62, 1922-1937.**

Baker, C. S., & Herman, L. M. (1989). **The behavioral responses of summering humpback whales to vessel traffic:** Experimental and opportunistic observations. Final Report on the National Park Service. Alaska Regional Office, Anchorage.

Becker B. Síntese do processo de ocupação da Amazônia: Lições do passado e desafios do presente. In: Ministério do Meio Ambiente. Causas e dinâmica do desmatamento na Amazônia. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2001. P.27

BOFF, Leonardo. Ecologia: **Grito da terra, grito dos pobres**. São Paulo: Ática, 1995, p. 165

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 6.638, de 8 de maio de 1979**. Estabelece normas para a prática didático-científica da vivissecção de animais e determina outras providências; revogada pela Lei nº 11.794, de 9 de outubro de 2008. Diário Oficial da União. Brasília; 10 maio 1979. Seção 1. Disponível: <http://bit.ly/25utE14> Acesso em 14 de outubro de 2020

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 5.197, de 3 de janeiro de 1967**. Dispõe sobre a proteção à fauna e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília; 5 jan 1967. Disponível em <http://bit.ly/1MxMwoK > Acesso em 14 de outubro de 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Decreto-Lei nº 3.688, de 3 de outubro de 1941**. Lei das contravenções penais. Diário Oficial da União. 3 out 1941. Disponível em <http://bit.ly/1U2PfLP> Acesso em 14 de outubro de 2020.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília; 13 fev 1998. Disponível em <http://bit.ly/1L6oaCf> Acesso em 14 de outubro 2020

CAPRA, Fritjof, **A Teia da Vida**, Ed. Cultrix, São Paulo, 1996, p. 26

CAPRA, Fritjof. **As Conexões Ocultas,** Ed. Cultrix, 2002, p. 93.

CHALFUN, Mery. **Paradigmas filosóficos-ambientais e o direito dos animais**. Revista brasileira de direito animal, Salvador, v. 6, ano 5, jan./jun. 2010, p. 209-246., p. 219.

CROLL, Donald A.; KUDELA, Raphael; TERSHY, Bernie R. **Ecosystem Impact of the Decline of Large Whales in the North Pacific**. Whales, whaling, and ocean ecosystems, p. 202-214, 2006, p. 202.

CORREIA, Mary Lúcia. **Análise crítica sobre a Declaração universal dos direitos dos animais.** Rev Bras Dir Anim. 2010;5. P.169.

Deutsche Welle. Comissão internacional rejeita liberar caça comercial de baleias.

FERRY, Luc. A nova ordem ecológica: **A árvore, o animal e o homem**. Rio de Janeiro:Difel, 2009

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2002.

HARWOOD, J. **Marine mammals and their environment in the twenty-first century. Journal of Mammalogy**, v. 82, p. 630–64, 2001.

Hoyt, E. (2001). **Whale watching 2001**: Worlwide tourism numbers, expenditures, and expanding socioeconomic benefits. Special Report from the International Fund for Animal Welfare. Yarmouth Port, MA, USA.

LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia cientifica.** 5. Ed. São Paulo: Atlas,

2003. Disponível em: <https://www.tropboox.com/s/hv8k65bwsxcxcos/LAKATOS%20-

%20MARCONE%20%20FUNDAMENTOS%20DEMETODOLOGIA%20CIENTIFICA.pdf>. Acesso em 18 de maio de 2019.

LAIST, D. W.; KNOWLTON A. R.; MEAD J. G.; COLLET A. S. et al. **Collision between ships and whales. Marine Mammal Science**, v. 17, n. 1, p. 35-75, 2001.

LEUZINGER, Márcia Dieguez; CUREAU, Sandra. **Direito ambiental**. Rio de Janeiro: El Sevier, 2008, p. 2.

LIVNI, Ephrat. **There are only 450 North Atlantic right whales left and 17 died in 2017.** Disponível em <https://qz.com/1152971/there-are-only-450-north-atlantic-right-whales-leftand-17-died-in-2017/https://qz.com/1152971/there-are-only-450-north-atlantic-right-whalesleft-and-17-died-in-2017/> Acesso em 20 de março de 2019.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018. 1824 p. --- 349-381. 11.ed

NASCIMENTO, Zélio da Silva. 55 anos. Depoimento setembro de 2011, Praia de Costinha, Lucena – PB. Entrevistador: Francisco Henrique Duarte Filho. Acervo do autor

QUEIROZ, Fábio Albergaria de. **Meio ambiente e comércio na agenda internacional**: a questão ambiental nas negociações da OMC e dos blocos econômicos regionais. Ambiente& sociedade: Campinas, v. 8, n. 2, Dez.

PEREIRA, Victor. **Criação de santuário para proteção de baleias é rejeitada novamente.** Disponível < http://dc.clicrbs.com.br/sc/noticias/noticia/2018/09/pautada-ha-17-anos-criacaode-santuario-para-protecao-de-baleias-e-rejeitada-novamente-10579800.html> Acesso em 20 de março de 2019

PEREIRA, Victor. **Entenda como as baleias eram comercializadas e o interesse japonês na caça.** Disponível < http://dc.clicrbs.com.br/sc/nos/noticia/2018/09/entenda-como-asbaleias-eram-comercializadas-e-o-interesse-japones-na-caca-10583729.html> Acesso em 20 de março de 2019.

PALAZZO, José. **O futuro das baleias e um tratado de outro planeta.** Disponível < https://www.oeco.org.br/colunas/jose-truda/o-futuro-das-baleias-e-um-tratado-de-outroplaneta/> Acesso em 20 de março de 2019.

REGAN, Tom. **The Case for Animal Rights e Animal Rights and Human Obligations**. Ed. Lugano, 2006, p. 65-66.

REIJNDERS, P. J. H.; AGUILAR, A.; DONOVAN, G. P. **Chemical pollutants and cetaceans. Journal of Cetacean Research and Managemen**t, (Special Issue) 1, 1999.

RIBEIRO, Wagner Costa. **A Ordem Ambiental Internacional**. São Paulo: Contexto, 2001.

SINGER, Peter. **Libertação animal**. 2. ed. Porto: Via Óptima, 2008.

SILVA, Tagore Trajano de Almeida. **Direito Animal e Pós-humanismo: formação** e autonomia de um saber pós-humanista. (2015), p. 2003-2004.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

SILVA, Valquiria da. Segurança alimentar, comércio internacional e segurança sanitária. Informações Econômicas, São Paulo, v. 34, n. 6, p. 38-45, jun. 2004.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO CONSUMIDOR

CAMILLA MELLO E LIMA: Graduada pela Universidade Federal da Bahia. Advogada. Assessora no Ministério Público do Trabalho - PRT 5ª Região.

RESUMO: Este artigo analisa a necessidade de concretização da máxima efetividade do texto constitucional, que prevê o direito fundamental do consumidor e também o estabelece como princípio da ordem econômica. Faz-se urgente a proteção jurídica ao consumidor na realidade do comércio eletrônico brasileiro, a partir do diálogo entre a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor. Considerando que a internet não é um "não-lugar", impõe-se o resgate dos valores constitucionais para atenuar a vulnerabilidade consumerista, assegurando os direitos básicos da legislação.

Palavras-Chave: Direitos básicos consumeristas. Proteção jurídica constitucional e infraconstitucional.

1 INTRODUÇÃO

Com o incremento da utilização da Internet no país desde a década de 90, tem-se destacado o meio eletrônico para a realização dos mais diversos tipos de contratação, sendo imperioso reconhecer que se trata de um fenômeno socioeconômico com enorme potencial para transformar as relações jurídicas consumeristas estabelecidas entre os fornecedores e os adquirentes de produtos e serviços.

Especificamente quanto ao Direito do Consumidor, o comércio eletrônico abrange os negócios envolvendo produtos e serviços entre consumidores e fornecedores, desde a fase pré-negocial, quando são organizados os sítios eletrônicos, feita a publicidade, enviados e-mails, até a pós-negocial, adotando-se aqui a concepção de que a obrigação não é estática, e sim, desenvolve-se através de um processo.

Nesse sentido, este trabalho tem por finalidade averiguar de que maneira a Constituição Federal de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor têm aplicação plena aos negócios eletrônicos, a fim de atenuar a vulnerabilidade do consumidor e maximizar seu direito fundamental previsto no texto constitucional, dotado de dimensão objetiva e aplicabilidade imediata (CF/88, art. 5º, § 1º).

2 PREMISSAS INICIAIS SOBRE O E-COMMERCE

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Adota-se, neste estudo, a definição ampla de comércio eletrônico, também conhecido como *e-commerce* (abreviatura de *eletroniccommerce*), trazida por Cláudia Lima Marques, segundo a qual ele envolve as transações cuja base se dá através da transmissão eletrônica de dados, ou seja, dos meios de comunicação como a Internet, envolvendo todos os negócios prévios e posteriores à contratação principal.[1]

Em outros termos, a contratação eletrônica abrange qualquer negócio jurídico envolvendo produtos e serviços entre consumidores e fornecedores, desde a fase pré-negocial (organização de sítios, envio de *e-mails*, publicidade...) até a pós-negocial (pagamento, envio de produto, assistência...), incluindo, assim, os contratos cujo objeto é virtual, de objeto físico, os serviços prestados de modo total ou parcial pela via eletrônica e a publicidade eletrônica.[2]

O comércio eletrônico, para Lorenzetti[3], é aquele se realiza em meio digital, apresentando-se a informática como uma ambiência alternativa para concretização de uma das modalidades de contrato, à luz do princípio da liberdade das formas.

Partindo de tais bases teóricas, conclui-se que, não obstante o comércio virtual desenvolva-se principalmente através da Internet, ele pode acontecer em qualquer meio de comunicação eletrônico, como o fax, a televisão, o telefone, as operações de cartão de crédito, a fibra ótica, a onda eletromagnética, o celular e aparelhos afins etc. É preciso frisar, também, que nem todas as fases do negócio jurídico precisam ocorrer digitalmente, o que não desconfigura a natureza da contratação eletrônica, a qual se aplicarão as regras gerais e específicas, tema a ser examinado em momento oportuno neste estudo.

Uma de suas marcas, segundo Cláudia Lima Marques[4], é a desmaterialização: a contratação não é física e formal, e sim, no meio digital, intangível, "em silêncio". E não é só. O fornecedor não possui uma "cara", e sim, um nome comercial ou uma imagem, o que exige do consumidor a maior percepção de seus sentidos e, sobretudo, o fortalecimento de sua confiança para contratar.

Além disso, é possível o próprio objeto ou o vício sejam virtuais, a exemplo da ausência de informação pré-contratual (vício imaterial). A linguagem também é virtualizada, composta de ícones, imagens, sons, através dos quais o fornecedor automatizado pode fazer o marketing diretamente ou via e-mail ou *spam*. Essa virtualização dos contratos, na reflexão de Fernando Amorim[5], gerou a virtualização das próprias relações humanas, o que se nota com correntes expressões "mundo virtual", "empresas virtuais", "democracia virtual", "pessoas virtuais", dentre outras. Quanto a essa informatização da própria vida humana, possui o autor um olhar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

otimista, segundo o qual as relações eletrônicas não substituem as físicas, mas sim, contribuem para fortalecê-las, uma vez que trazem um mundo de novas possibilidades de interação entre as pessoas.

Nessa linha de pensamento, a imaterialidade e virtualização propiciam uma maior interatividade entre as pessoas. Tanto assim é que qualquer máquina interconectada à rede mundial poderá receber dados e informações, numa interconexão que reúne diversos indivíduos e comunidades. Disso decorre, por via de consequência, outras notas distintivas do ciberespaço: a universalidade e a infinitude de laços comunicacionais por ele permitidos.[6]

A desterritorialização é também uma importante característica do comércio eletrônico: não está ele limitado às distâncias geográficas, o que atenua a soberania estatal sobre as novas contratações. Nesse sentido, Lorenzetti entende que o ciberespaço é "não-territorial", mas sim, um "espaço-movimento", pois as mudanças nele ocorridas são muito velozes; "pós orgânico", porque não se constitui de elementos físicos, mas sim, dos *bits*; um "espaço de saber", tendo em vista que os seres humanos se restringem a cérebros que se comunicam entre si, entre outras. Tal atributo de ser o meio digital um "não lugar" se compatibiliza com a ubiquidade ou capacidade de as partes contratantes estarem em mais de um lugar ao mesmo tempo, superando as fronteiras espaciais.[7]

3. PRINCÍPIOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A vulnerabilidade é um dos princípios norteadores da Política Nacional das Relações de Consumo, prevista no art. 4º do CDC, e é o critério básico que define se a própria relação jurídica será regulada pelo Direito do Consumidor. Ela consiste na presunção de absoluta de uma posição de fragilidade do consumidor diante do fornecedor, tornando necessária a intervenção do Estado com as normas consumeristas de ordem pública e interesse social, as quais são inspiradas pela relevância da relação de consumo sob os aspectos políticos, econômicos e de desenvolvimento humanizado para todo o país. Vale salientar, de logo, que a vulnerabilidade é mais ampla que a hipossuficiência do consumidor – sua dificuldade econômica –, cuja presunção é apenas relativa, podendo ser elidida por prova em contrário do fornecedor. Observe-se, então, que todo consumidor é vulnerável, mas nem todo é hipossuficiente. A hipossuficiência é um dos elementos que permitem a inversão do ônus da prova, direito básico previsto no art. 6º do CDC, desde que combinada com a verossimilhança das alegações.[8]

Há vários aspectos da vulnerabilidade mencionados por Dal Pai Moraes[9]:

a) o da extensão, porque constitui ela a própria estrutura das relações de consumo;

b) o cognitivo, porque o consumidor não conhece seus direitos e deveres;

c) o informacional, visto da forma mais ampla possível;

d) o técnico, em face da complexidade da contratação, sobretudo a eletrônica, e da detenção dos meios de produção exclusivamente pelo fornecedor;

e) o cultural, diante dos padrões de consumo homogêneos impostos pela sociedade, que se liga à fragilidade psíquica, explorada pelo fornecedor nas técnicas de marketing por exemplo;

f) o social, ante a carência de organização civil para tutela dos direitos consumeristas;

g) o ambiental, tendo em vista que o consumo exacerbado gera desequilíbrios para o planeta, sendo desconsideradas as implicações advindas do ato de consumo, desde a concepção dos produtos e serviços;

h) o político, em face da pouca representatividade dos consumidores nos Poderes Legislativo e Judiciário, assim como agências reguladoras;

i) o jurídico, que se manifesta nas fases extrajudicial, pré-processual e processual;

j) o econômico, por estar o consumidor sujeito às imposições de mercado ditadas pelos mais fortes;

k) o tributário, tendo em vista que muitos tributos inconstitucionais são implantados nas relações de consumo, onerando em excesso o consumidor, dentre muitos outros.

Numa síntese interessante, Cláudia Lima Marques[10] traz quatro tipos de vulnerabilidade. A fragilidade técnica consiste na falta de informações do consumidor sobre o modo de produção. Nesse sentido, um dos autores dos anteprojeto do CDC, José Geraldo Brito Filomeno[11], analisa que a vulnerabilidade é inerente à própria natureza de consumidor como a parte mais fraca sujeita ao controle dos meios de produção e do mercado, titularizado pelos fornecedores, do que decorrem os diversos instrumentos de defesa consumeristas. Quanto à vulnerabilidade jurídica ou científica, tem-se que o consumidor não conhece a proteção contratual que lhe é

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

conferida pelo CDC, Constituição Federal e outros diplomas, de sorte que não sabe como proceder nos casos de inadimplemento contratual ou de surgimento de vícios, assim como não sabe de economia ou contabilidade, por exemplo. A fática ou socioeconômica, por sua vez, é imanente da posição de superioridade do fornecedor, o qual detém o controle da relação de consumo. Por fim, a vulnerabilidade informacional constitui-se no principal óbice do consumidor para exercer os seus direitos, haja vista que, muitas vezes, desconhece-os. Pode-se até concluir que a ausência de informações completas é a geradora de todos os outros tipos de vulnerabilidade, pois é justamente a falta de conhecimento das fases pré-contratuais, contratuais e pós-contratuais que explica, de modo geral, a posição mais fraca do consumidor na relação.

Se, na contratação física, é intrínseca a fragilidade do consumidor, no mundo virtual, a imaterialidade, a atemporalidade e a desterritorialização dos contratos *online* acentuam essa posição, o que se chama de vulnerabilidade eletrônica.[12] Isso ocorre devido à virtualização do meio de contratar, composto de uma complexa técnica que exige o reforço do dever de informação e segurança para atenuar o *déficit* de conhecimento do consumidor.

Como se sabe, o controle técnico e informacional é detido pelo fornecedor automatizado, cuja identidade e localização muitas vezes não são dados acessíveis para o consumidor. Este, de seu turno, não se ocupa de pesquisar a situação financeira daquele, nem a segurança na operacionalização de transações, pois confia que alguém trabalhou para o funcionamento do sistema eletrônico, sobre o qual pouco tem habilidade de manuseio.

Disso decorrem sérios problemas mencionados por Lorenzetti[13]: produtos não entregues; dinheiro não devolvido; vícios não sanados; dificuldade de acesso ao real fornecedor; falta de informação nos sítios da *web*; problemas na imputabilidade da declaração de vontade, porque é complicado identificar claramente o sujeito declarante; chances de a emissão da declaração ser alterada, trocada, apagada, captada por terceiro ou enviada para um receptor desconhecido. Outras desvantagens são acrescentadas por Cláudia Lima Marques[14]: os riscos ao enviar dados sensíveis ou pessoais, bem como ao efetuar o pagamento, ao contratar com um desconhecido; o *spam* indesejado; a perda do valor despendido; a demora excessiva na entrega de produtos e realização de serviços; a dificuldade de fazer prova do negócio jurídico celebrado, bem como de controlar as informações recebidas e as transações feitas de modo instantâneo, de proteger sua privacidade.

Nesse cenário, as problemáticas podem ser sintetizadas em três disparidades.[15] Primeiro, a econômica, tendo em vista o reduzido poder de negociação frente ao fornecedor eletrônico. Segundo, a informacional, porque o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

produto é constituído pela informação disponibilizada pelo fornecedor. Ou seja, o consumidor só conhece as características, modo de pagamento, garantia e outros dados se eles são ditos pelo *site* da *web*, o que faz do produto ou serviço adquirido algo intangível, hermético (não se sabe se ele será da mesma maneira que os bens físicos), mutável, complexo. Terceiro, a assimetria tecnológica, a qual consiste na falta de domínio do consumidor, em relação ao fornecedor, no que toca à engenharia técnica da Internet e dos demais meios eletrônicos. Quanto a essa última, ressalte-se que dificilmente o ciberconsumidor consegue compreender os níveis de segurança da rede, ainda que haja diversos textos sobre o negócio contratado, a política de privacidade e os recursos adotados pelo fornecedor. Muitas vezes, esses textos são excessivos e complicados, não se prestando a informar devidamente o internauta.

Em suma, assim como nas relações consumeristas tradicionais, existe a vulnerabilidade do consumidor diante de uma contratação eletrônica, e de modo mais intenso, afinal tem ele poucos conhecimentos sobre o fornecedor, o produto ou serviço, a segurança de armazenamento de dados pessoais e de realização do pagamento, dentre outros problemas derivados desse novo negócio. Como foi bem observado por Pedro Modenesi[16], sendo o comércio eletrônico um fenômeno planetário, tanto seus benefícios quanto suas falhas são sentidos internacionalmente, do que decorre a maior necessidade de fortalecimento da defesa do consumidor. Assim, tais questões fruto da era tecnológica exigem a adequação do Direito à nova realidade social para proteger as práticas contratuais eletrônicas, mormente no campo das relações de consumo, fornecendo a segurança necessária aos participantes desse comércio virtual. A seguir, serão apontadas as principais práticas abusivas verificadas no ambiente digital.

4 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO CONSUMIDOR ELETRÔNICO

A Constituição de 1988, segundo Luiz Roberto Barroso[17], representa três grandes transformações no campo de aplicação do direito constitucional. A primeira delas, o reconhecimento de força normativa à Constituição, que significa a atribuição à norma constitucional da qualidade de ser uma norma jurídica. A segunda, a expansão da jurisdição constitucional em face da supremacia da Constituição, que cuida dos valores mais importantes do ordenamento, a exemplo dos direitos fundamentais, cuja tutela passou a caber ao Judiciário. A terceira mudança foi o chamado "filtro constitucional", ou seja, a conformação e leitura do ordenamento à luz da Constituição, o que caracteriza os atuais tempos de neoconstitucionalismo.

Na Constituição de 1988, representativa do neoconstitucionalismo, o direito do consumidor foi elevado ao patamar de direito fundamental, previsto no art. 5º, bem como princípio da ordem econômica, no art. 170.[18] Impende destacar o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

conceito de direito fundamental como o conjunto de posições jurídicas que concedem faculdades aos seres humanos a fim de lhes assegurar uma vida digna e igualitária.[19] Os direitos fundamentais, então, consagram a dignidade da pessoa humana, na dimensão subjetiva, porque protegem os bens mais essenciais das pessoas, e na dimensão objetiva, porque servem de norte conformador do próprio Estado. Sendo um direito essencial, o Estado deve protegê-lo com prestações positivas e também pode ser oposto aos particulares.

Com a constitucionalização do direito do consumidor, decorrem as limitações à autonomia da vontade dos particulares e sua subordinação aos valores constitucionais e aos direitos fundamentais, os quais têm preferência sobre as normas infraconstitucionais. Quanto a esse aspecto, Clóvis do Couto e Silva[20] reflete que a autonomia da vontade e a teoria das obrigações passam por uma intensa transformação dogmática à luz da maior intervenção estatal no direito privado. Quer dizer, a autonomia da vontade é relativizada nos contratos eletrônicos de consumo, tendo em vista serem suas cláusulas impostas à parte mais fraca, o consumidor, retirando-lhe a plena liberdade de escolha característica dos contratos civis. Ademais, surge a exigência de providências concretas do Estado para promover a proteção do consumidor, dever incumbido, pela CF, ao legislador ordinário.

Em outros termos, a defesa do consumidor se tornou um limite e um norte para a realização da atividade econômica de forma controlada e mais igualitária, cabendo a todos, Estado e particulares, respeitarem esse direito fundamental. No comércio eletrônico, a proteção constitucional não é diferente. Dada a vulnerabilidade agravada do consumidor nas contratações virtuais, essa tutela constitucional precisa ser ainda mais eficaz, não podendo se falar em novos métodos de resolução dos conflitos que sejam incompatíveis com os mandamentos constitucionais.[21]

Em obediência ao comando do artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, segundo o qual em 120 dias da promulgação da CF de 1988 deveria ser elaborado o Código de Defesa do Consumidor, foi promulgada a Lei 8078/90 com o fim de equilibrar a relação desigual dos atores do mercado de consumo. Para tal fim, o CDC consagrou normas de ordem pública e interesse social, o que denota a influência do Direito Público neste ramo predominantemente de Direito Privado, assim como a aplicação do sistema a toda a sociedade. Importante mencionar que o CDC é marcado predominantemente por proposições principiológicas, exigindo do hermeneuta um esforço interpretativo para concretização dos valores ali previstos e, também, para aplicar as regras nele contidas. Ao intérprete se impõe a leitura do CDC através do método teleológico,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

vinculando-o aos princípios estabelecidos pela Política Nacional das Relações de Consumo, conforme dispõe o art. 4º, que a seguir será analisado.[22]

A Política Nacional das Relações de Consumo está prevista no art. 4º do CDC, constituindo-se de princípios que visam à melhoria da qualidade de vida dos consumidores e aos seus interesses econômicos, os quais devem orientar a interpretação das normas do Código. Vale registrar que o rol principiológico não é exaustivo, uma vez que o próprio microssistema diz, no art. 7º, que são diversas as fontes de Direito do Consumidor, podendo o código sofrer influências de tratados, convenções, leis ordinárias etc. Neste estudo, é preciso tecer breves comentários sobre esses princípios, tendo como foco o da informação e a cláusula geral da boa fé objetiva, partindo-se da premissa de que eles quais devem permear toda a relação contratual, porque a obrigação é fruto de um processo.

Desse modo, pensando em proteger o consumidor na fase pré-contratual, na qual ocorrem a publicidade e oferta, o CDC instituiu o princípio da transparência: a relação de consumo deve ser sincera e leal, do que decorre o dever de ampla informação, que adiante será pormenorizado. Outro desdobramento da transparência está no dever de educação, o qual se divide em formal e informal: no primeiro, as escolas públicas e privadas precisam construir uma consciência sobre direitos e deveres nas relações de consumo; no segundo, cabe aos fornecedores informarem ao consumidor as características de qualidade e quantidade dos bens consumidos, garantindo a liberdade de escolha na negociação. Ainda, o art. 31 do CDC prescreve a ampla informação na oferta, bem como o art. 46 dispõe que, somente com o conhecimento do contrato, o consumidor a ele estará vinculado, realçando a importância da transparência na relação de consumo. No meio virtual, o dever de transparência precisa ser mais efetivo, tendo em vista a complexidade da contratação e da cadeia de fornecimento, necessitando o internauta de dados claros e inteligíveis para que possa atuar com discernimento no *e-commerce*.[23]

O princípio da vulnerabilidade, já objeto de exame neste trabalho, é o reconhecimento da fragilidade e impotência do consumidor na relação contratual, do que decorre a sua necessária proteção. Deriva disso a intervenção estatal, entendida como o dirigismo contratual necessário diante do reconhecimento de desigualdade na relação consumerista.[24] O fundamento é o princípio constitucional da isonomia, segundo o qual é preciso dar um tratamento diferenciado aos desiguais, protegendo a parte mais frágil da relação, no caso, o consumidor com o fim de se alcançar a igualdade real. A atuação do Estado se dá seja através da prestação direta de serviços públicos regidos pelo CDC, seja indiretamente, através da elaboração de normas de ordem pública e interesse social, como o CDC, através de fiscalização – por meio de agências reguladoras por exemplo –, de conscientização – por cartilhas,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

seminários, educação formal e informal –, de sancionamento – órgãos administrativos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor –, dentre outras atuações. Em correlação, existe o princípio da harmonia do mercado de consumo, que se revela na interação entre o consumo e a produção, a exemplo do *recall* e do compromisso de ajustamento de condutas, que evita a propositura de ações coletivas.[25]

Dos princípios vistos, percebe-se que a lógica do CDC está pautada na prevenção de danos ao consumidor. No entanto, caso estes ocorram, a tutela deve ser efetiva, como dispõe o princípio da repressão eficiente a abusos. Para tanto, deve haver uma correspondência proporcional entre a lesão praticada pelo fornecedor e a reparação a que tem direito o consumidor. Como nem sempre as respostas para os problemas estarão na lei, o intérprete buscará a solução mais consonante com os padrões de justiça, na esteira do princípio da equidade contratual. Acrescente-se que a coibição aos abusos visa alcançar, também, a ordem econômica, estando proibidas as práticas de concorrência desleal, carteis, trustes.[26]

Por fim, o art. 5º do CDC dispõe que a Política Nacional das Relações de Consumo, será executada pelo poder público através de certos instrumentos. Primeiro, determina a manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente. Segundo, fala em órgãos protetivos do consumidor, que integram ou não o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC). Dentre eles, há Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público, ente legitimado para firmar termo de ajustamento de conduta e para a propositura de ações coletivas; as delegacias de polícia voltadas para as infrações penais de consumo; os Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo; as Associações de Defesa do Consumidor. No âmbito administrativo, há o Departamento de Proteção de Defesa do Consumidor (DPDC), vinculado ao Ministério da Justiça, sendo ele o coordenador do SNDC; as PROCONS e CODECONS no âmbito estadual e municipal, responsáveis por executar a política, prestar serviços de consulta e informação, fiscalizar, sancionar etc.[27]

Note-se que o *e-consumidor* não está desamparado nas contratações eletrônicas, ainda que inexistam leis específicas sobre o tema, pois ele é tutelado pela CF e pelo CDC, o qual delineia essa política nacional reguladora das relações consumeristas, assim como prevê direitos básicos, a seguir examinados.[28]

No que tange aos direitos básicos do consumidor previstos no art. 6º do CDC, ensina Brito Filomeno[29] que eles já estavam na Resolução da ONU de 1985, a exemplo da proteção à vida, saúde e segurança, à educação e divulgação, ao acesso a órgãos judiciais e administrativos, sendo, de fato, inovadora a previsão da inversão do ônus da prova do inciso VIII do art. 6º, a qual pode ser deferida pelo juiz, no

processo civil, quando houver verossimilhança das alegações ou hipossuficiência. Mais uma vez, frise-se que o rol do art. 6º é apenas exemplificativo, cabendo ao hermeneuta observar o ordenamento jurídico como um todo.

Sobre os direitos elencados no art. 6º, de logo ele prevê o direito à vida, saúde e segurança, os bens jurídicos mais importantes do consumidor, marcados pela irrenunciabilidade e indisponibilidade. Por causa desse direito, o CDC elenca normas que exigem a informação sobre a periculosidade inerente aos produtos e serviços ou, a depender do grau de nocividade, que eles nem sejam postos no mercado. Fala o código, também, em direito à educação formal e informal; em direito de controle das cláusulas abusivas; ao equilíbrio contratual, o qual implica o informacional, o econômico e o direcional; à inversão do ônus da prova, preenchidos os requisitos do inciso VIII. Quanto às práticas e cláusivas abusivas verificadas no comércio eletrônico, analisadas no capítulo anterior, recomenda-se a leitura do rol *numerus apertus* dos artigos 39 e 51 do CDC, ressaltando-se que o consumidor é tutelado contra tais condutas nos níveis constitucional e infraconstitucional.[30]

Vale realçar que a prioridade do microssistema é a prevenção dos danos, seja através de fiscalização estatal, seja por meio de *recall*, seja por meio de medidas judiciais cautelares. Um importante mecanismo de prevenção é o controle administrativo abstrato feito pelo Ministério Público sobre as cláusulas contratuais, que, segundo Dal Pai Moraes, não foi inviabilizado com o veto presidencial aos § § 3º do art. 51 e 5º do art. 54, uma vez que o órgão é legítimo para exercer o controle mediante instauração de inquérito civil.[31] Certo é que, ocorrido o dano, a repressão pode ser em âmbito administrativo, civil e penal, podendo valer-se o consumidor de instrumentos processuais individuais e coletivos em sua defesa, sobre os quais adiante se falará.

Em síntese, a filosofia do CDC se pauta, basicamente, no direito à prevenção, que, uma vez efetivado, implicará a considerável diminuição das constantes práticas abusivas verificadas no meio eletrônico, indicadoras do desrespeito às prerrogativas do *e-consumidor*, asseguradas constitucional e infraconstitucionalmente. Um importante meio de prevenir danos é através do cumprimento do dever de informação, sobretudo na fase pré-contratual, como se examinará a seguir.[32]

A ampla informação sobre os produtos e serviços ofertados no mercado de consumo está prevista como princípio norteador, no art. 4º, bem como se insere nos direitos básicos do art. 6º, sendo um dos mais importantes deles, uma vez que o seu descumprimento é a maior razão da vulnerabilidade consumerista. Para Iglesias[33], é a informação um bem jurídico virtual, integrante do contrato eletrônico, cujo papel é minimizar os riscos da inexperiência contratual do consumidor e, assim, evitar a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

lesão, defeito que torna anulável o negócio jurídico. É por esse motivo que o CDC o prevê em diversas outras passagens: arts. 8º e 10º (periculosidade), 12 e 14 (defeitos ou vício por insegurança), 18 e 19 (vícios por inadequação por ausência de informação), 36 (informação na publicidade) etc. Acrescente-se, também, que o direito à informação possui base constitucional[34], do que decorre a sua primariedade e importância em face das demais normas do ordenamento, realçando sua necessidade de efetivação.

No sistema eletrônico, um meio ainda desconhecido e complexo para o consumidor, a informação deve ser muito mais completa e acessível, permitindo que o internauta possa confiar na proteção de sua privacidade ou na tecnologia e, principalmente, realizar escolhas conscientes – o consentimento esclarecido ou vontade qualificada[35]. Nesse raciocínio, a loja virtual deve conter os dados da razão social, da localização física se houver, o nível de segurança do site, a política de privacidade, a forma de uso pelo fornecedor dos dados pessoais do consumidor, caracteres essenciais do produto ou serviço, direito de arrependimento, meios de pagamento etc.[36]

Em suma, devem ser amplos e eficazes o direito à informação e à educação previstos como princípios norteadores das relações de consumo, tendo em vista a deficiência cognoscitiva do consumidor usuário do meio virtual. Afinal, se o descumprimento do dever de informação agrava a vulnerabilidade do consumidor, a recíproca é verdadeira: a realização desse dever é a principal forma de assegurar o equilíbrio informacional entre as partes, alcançando a equidade e harmonia preconizadas na Política Nacional das Relações de Consumo também no comércio virtual.

Dos artigos 46 a 49, o CDC consagra a proteção contratual do consumidor através dos princípios da informação e transparência, corolários da boa fé objetiva. Primeiro, dispõe que o consumidor precisa conhecer a essência do contrato de adesão, o qual deve ser claro e direto em suas cláusulas, sob pena de não vincular as partes. Inclusive, a fase pré-contratual pode obrigar ambas as partes, integrando o futuro contrato, de modo que, caso descumprida a oferta pelo fornecedor, o sancionamento será a execução específica da obrigação[37]. Ainda, o microssistema relativiza o *pacta sunt servanda* dos contratos civis – também chamado de princípio da força obrigatória dos contratos –, quando prevê que, em caso de dúvida, será feita a interpretação mais benéfica ao consumidor.[38]

Merece destaque, também, um instrumento importante da proteção contratual do CDC, plenamente aplicável nas compras eletrônicas, qual seja, o direito de arrependimento do consumidor previsto no art. 49. Ele determina que, nas transações feitas fora do estabelecimento comercial, o consumidor tem direito de se

arrepender, no prazo de reflexão de sete dias a contar da assinatura do contrato ou do recebimento do produto ou serviço, podendo rescindir o contrato feito por telefone ou a domicílio. Para tanto, dispensa-se a apresentação de motivos pelo consumidor e, ainda, permite-lhe o reembolso do valor dispendido atualizado monetariamente. Trata-se de direito potestativo à devolução das quantias pagas e corrigidas, sendo abusiva qualquer cláusula que lhe retire essa faculdade (CDC, art. 51, II). Por se tratar de conduta lícita do consumidor e de ser uma atividade de risco a venda fora do estabelecimento físico, as despesas decorrentes da resolução do contrato – frete, postagem e outros encargos – serão suportadas pelo fornecedor.[39]

Frise-se que tal norma contida no art. 49 enquadra-se perfeitamente ao comércio eletrônico, uma vez que se faz a transação fora do estabelecimento físico, ou melhor, ocorre no estabelecimento virtual do fornecedor, sobre o qual cabe complementar algumas considerações já feitas no segundo capítulo deste trabalho. A loja virtual é definida por sua forma de acesso pelo *e-consumidor*, que se dá via transmissão eletrônica de dados. Um dos seus elementos é o site, consistente na representação do estabelecimento virtual, com o qual não se confunde, apenas o integra. O local físico de onde o fornecedor supervisiona o site também compõe o estabelecimento comercial, sendo esse o domicílio do empresário pessoa física ou jurídica.[40] Como características da loja eletrônica, podem-se citar: a interatividade da coleta e exposição de informações, a dinamicidade de atualização, a customização a partir do perfil dos usuários consumidores, o alcance em nível global, a conectividade dos meios de acesso etc.[41]

Em síntese, a proteção contratual do CDC é indispensável no âmbito dos negócios eletrônicos, cuja essência é semelhante aos tradicionais, porém o espaço de celebração é totalmente diversificado e novo, ensejando as questões problemáticas aqui enfrentadas. Uma delas, inclusive, é a nítida dificuldade de o consumidor resolver o contrato, seja porque houve um descumprimento do fornecedor, seja por quaisquer motivos que lhe tenham conduzido ao arrependimento. Cabe pontuar que o exercício desse legítimo direito de retratar-se encontra empecilhos no meio virtual, tendo em vista que muitas vezes o fornecedor não possui localização física, não disponibiliza informações sobre a devolução dos valores gastos ou sobre a suspensão do débito automático, por exemplo, em desrespeito aos princípios e direitos consumeristas sobre os quais já se discorreu, o que implica a sua responsabilização.[42]

Por fim, para finalizar a análise sobre o CDC – sem a pretensão de esgotar o debate -, o microssistema adotou a regra da responsabilidade objetiva nos artigos 12 e 14: o consumidor, a parte mais frágil da demanda, teria sérias dificuldades de provar a culpa do fornecedor causador do dano, de sorte que isso não lhe é exigido,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

bastando a prova da conduta, do liame e do dano. Com efeito, certamente a prova do elemento subjetivo da culpa do fornecedor seria um obstáculo ao direito à reparação dos danos e deixaria, muitas vezes, aquele que violou seu dever de qualidade sem a devida punição. A base da objetivação aqui é, essencialmente, a Teoria da Qualidade, que visa atender aos anseios e expectativas dos *e-consumidores* quanto à adequação e à segurança dos produtos e serviços adquiridos no mercado eletrônico. Ainda, pode-se dizer que outro fundamento da responsabilidade objetiva é a teoria do risco-proveito, que permite responsabilizar o fornecedor independentemente de sua intenção de lesionar o consumidor pelo fato de ele habitualmente exercer a atividade potencialmente danosa e dela obter vantagens.[43] Independentemente da motivação, é certo que o foco central do CDC não é a vontade ou não de causar o dano, mas sim, o dano em si mesmo, o que configura uma justiça distributiva que atenua o desequilíbrio da relação consumerista e melhor protege os interesses do internauta consumidor.

Sendo assim, pela responsabilidade objetiva, basta ao consumidor provar a conduta do fornecedor, o dano e o vínculo causal, dispensando-se o elemento subjetivo culpa. Uma exceção trazida pelo microssistema consumerista no art. 14 se refere ao profissional liberal, pessoa física que exerce atividade intelectual ou científica e cuja responsabilidade é subjetiva, ou seja, exige a comprovação da culpa, além da conduta, do nexo causal e do dano. O fundamento da exceção consiste na prestação de serviço, pelo profissional liberal, de maneira personalizada, pautada na confiança recíproca das partes, e não em uma adesão, de sorte que não se fazem presentes os requisitos da responsabilização objetiva perante o consumidor, como, por exemplo, o fornecimento em série no qual se insere o risco-proveito.[44]

Além de objetiva, a responsabilidade consumerista é solidária por previsão de lei, prevendo os artigos 7º e 18º do CDC que todos os autores da ofensa respondem solidariamente pela reparação dos danos.[45] Assim, o consumidor pode demandar um, dois ou todos os fornecedores que compõem a cadeia de fornecimento virtual, já delineada no estudo, pois cada um deles é obrigado a reparar o dano. No caso das fraudes verificadas no comércio eletrônico, como o *chargeback*, também é possível responsabilizar solidariamente a instituição financeira administradora do cartão, entendimento este ratificado pelo recente enunciado n. 479 da súmula do Superior Tribunal de Justiça.[46] Por conseguinte, o Banco responde pela ocorrência de fraude seja na qualidade de fornecedor, se houver uma relação de consumo protegida pelo CDC, seja pela responsabilidade objetiva prevista no CC.

A solidariedade consiste, na visão de Anderson Schreiber, numa distribuição do ônus da reparação para toda uma coletividade de agentes econômicos potencialmente lesivos ao consumidor, revelando a benéfica superação do

paradigma tradicional da responsabilidade civil por ser uma das técnicas para gerenciar os danos injustos.[47]Frise-se que o objetivo da solidariedade nas transações eletrônicas é reforçado, pois permite atenuar as consequências da despersonalização e do anonimato que são intrínsecos ao meio digital, de modo a garantir uma efetiva proteção do internauta consumidor, cuja vulnerabilidade natural é intensificada em decorrência da complexa rede de fornecimento virtual.

Em suma, o objetivo deste capítulo foi abordar a incidência das normas do CDC e da CF na contratação *online*, mostrando que o internauta encontra-se bem amparado pelas normas protetivas supradescritas.

5.CONCLUSÃO

Como se expôs ao longo da pesquisa, o contrato eletrônico é um negócio jurídico instrumentalizado através de meios tecnológicos digitais – principalmente a Internet, mas também de celulares, fax, fibra ótica etc. –, de modo que a manifestação de vontade formadora do vínculo contratual se expressa por máquinas, sendo, essencialmente uma contratação à distância.

Registrou-se, ainda, que as peculiaridades do mundo virtual não são óbices à concretização dos instrumentos tradicionais de proteção do consumidor. Estes estão previstos na CF de 1988, que elevou o direito do consumidor à condição de garantia fundamental dos cidadãos e princípio norteador da ordem econômica, e no CDC, um microssistema de base principiológica que delineia a Política Nacional das Relações de Consumo, os direitos básicos a ampla informação, ao arrependimento, à vedação às cláusulas abusivas, ao cumprimento de prazos, à segurança dos dados sensíveis ou pessoais, as sanções administrativas, penais e civis a serem aplicadas etc. Assim, verificou-se que o internauta consumidor encontra-se plenamente amparado pelo CDC, CC e CF de 1988.

Por fim, espera-se ter atingido o objetivo deste trabalho, qual seja, fomentar os debates jurídicos sobre a imprescindível tutela do internauta consumidor, entendendo que é preciso concretizar os paradigmas da boa fé objetiva e da confiança, os quais resguardam, em essência, a proteção da dignidade humana do consumidor, um titular de direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. **Autonomia da vontade nos contratos eletrônicos internacionais de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

AQUINO JÚNIOR, Geraldo Frazão de. **Contratos eletrônicos**: a boa fé objetiva e a autonomia da vontade. Curitiba: Juruá, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1. nov. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7547>. Acesso em: 8 de agosto de 2020.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____; _____; _____. _____. 3. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____; _____; _____. _____. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 8 de agosto de 2020.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 8 de agosto de 2020.

_____. Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 dez. 2012a. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm>. Acesso em: 8 de agosto de 2020

_____. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 8 de agosto de 2020.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2008.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 4. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

_____. _____. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. v. 1.

KLEE, Antonia Espíndola Longoni. O diálogo das fontes nos contratos pela internet: do vínculo contratual ao conceito de estabelecimento virtual e a proteção do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 20, v. 77, p. 99-150, jan./mar. 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004a.

_____. Proteção do consumidor no comércio eletrônico e a chamada nova crise do contrato: por um direito do consumidor aprofundado. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 15, v. 57, p. 9-59, jan./mar. 2006.

_____. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de defesa do consumidor e o Código civil de 2002. **Revista da ESMESE**, Aracaju, n. 7, p. 15-54, 2004b. Disponível em: <http://mentor.celer.com.br/Anexos/14556_6336.pdf>. Acesso em: 8 de agosto de 2020.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. _____. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Responsabilidade por danos na sociedade de informação e proteção do consumidor: desafios atuais da regulação jurídica da Internet. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 18, v. 70, p. 41-92, abr./jun. 2009.

MODENESI, Pedro. Comércio eletrônico e a tutela do ciberconsumidor. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 48, n. 12, p. 63-98, out./dez. 2011.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

interpretação sistemática do direito. 3. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. As ações coletivas e as definições de direito difuso, coletivo e individual homogêneo. In: MAZZEI, Rodrigo Reis; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). **Processo civil coletivo**. São Paulo: QuartierLatin, 2005.

_____. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

SIGNIFICADOS. **Significado de software**: o que é, conceito e definição. [S.l.], [2011]. Disponível em: <http://www.significados.com.br/software/>. Acesso em: 02 abril 2017.

SILVA, Clóvis V. do Couto e**. A obrigação como um processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **A nova interpretação do Código brasileiro de defesa do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOARES, Whelison Cerqueira. Aspectos relevantes do comércio eletrônico. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 14, n. 85, fev. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9029>. Acesso em: 8 de agosto de 2020.

[1] MARQUES, Cláudia Lima. **Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor**: (um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004a, p. 38.

[2] Ibid., loc. cit.

[3] LORENZETTI, 2004, p. 285.

[4] MARQUES, 2004a, p. 78.

[5] AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. **Autonomia da vontade nos contratos eletrônicos internacionais de consumo**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 24-25.

[6] MULHOLLAND, 2006, p. 101.

[7] LORENZETTI, 2004, p. 29-30.

[8] MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de defesa do consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais:

interpretação sistemática do direito. 3. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, passim.

[9] Ibid., passim.

[10] BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 4. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 88-90.

[11] GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 69-70.

[12] MARQUES, 2004a, p. 59. Discorda desse entendimento: GONZALLES, 2009, p. 110.

[13] LORENZETTI, 2004, p. 360.

[14] MARQUES, 2004a, p. 52-53.

[15] LORENZETTI, 2004, p. 362-364.

[16] MODENESI, 2011, p. 84.

[17] BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 851, 1. nov. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7547>. Acesso em: 10 novembro 2020.

[18] CF, art. 5º, XXXII: "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor." E art. 170: "A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:(...) V: defesa do consumidor;" Cf. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 8 maio 2013.

[19] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 4. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2010, p. 540.

[20] SILVA, Clóvis V. do Couto e**. A obrigação como um processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 31.

[21] Sobre a proteção constitucional, cf. SOARES, Ricardo Maurício Freire. **A nova interpretação do Código brasileiro de defesa do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 94.

[22] SOARES, 2009, p. 78, 98.

[23] A respeito da transparência, intrinsecamente ligada à lealdade e boa fé, cf. AQUINO JÚNIOR, 2012, p. 135.

[24] MIRAGEM, 2010, p. 99, 114.

[25] CAVALIERI FILHO, 2008, p. 89.

[26] MIRAGEM, 2010, p. 116.

[27] CDC, art. 105: "Integram o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), os órgãos federais, estaduais, do Distrito Federal e municipais e as entidades privadas de defesa do consumidor." Art. 106. "O Departamento Nacional de Defesa do Consumidor, da Secretaria Nacional de Direito Econômico (MJ), ou órgão federal que venha substituí-lo, é organismo de coordenação da política do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, cabendo-lhe: I - planejar, elaborar, propor, coordenar e executar a política nacional de proteção ao consumidor; II - receber, analisar, avaliar e encaminhar consultas, denúncias ou sugestões apresentadas por entidades representativas ou pessoas jurídicas de direito público ou privado; III - prestar aos consumidores orientação permanente sobre seus direitos e garantias; [...]". Cf. BRASIL, 1990.

[28] Sobre os princípios consumeristas, cf. NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 172-176.

[29] GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. v. 1, p. 150.

[30] Cf. MORAES, 2009, p. 237.

[31] MORAES, 2009, p. 239. Vale observar os parágrafos vetados: CDC, art. 51, § 3º: "O Ministério Público, mediante inquérito civil, pode efetuar o controle administrativo abstrato e preventivo das cláusulas contratuais gerais, cuja decisão terá caráter geral." E art. 54 § 5º: "Cópia do formulário-padrão será remetida ao Ministério Público, que, mediante inquérito civil, poderá efetuar o controle preventivo das cláusulas gerais dos contratos de adesão." Cf. BRASIL, 1990.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[32] No mesmo sentido, cf. MIRAGEM, 2010, p. 416.

[33] SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Lesão nos contratos eletrônicos na sociedade da informação**: teoria e prática juscibernética ao Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 406.

[34] CF, art. 5º: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;" Cf. BRASIL, 1988.

[35] Ibid., p. 83.

[36] MATTOS, 2009, p. 38-39.

[37] CDC, art. 35: "Se o fornecedor de produtos ou serviços recusar cumprimento à oferta, apresentação ou publicidade, o consumidor poderá, alternativamente e à sua livre escolha: I - exigir o cumprimento forçado da obrigação, nos termos da oferta, apresentação ou publicidade;II - aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente;III - rescindir o contrato, com direito à restituição de quantia eventualmente antecipada, monetariamente atualizada, e a perdas e danos." Cf. BRASIL, 1990.

[38] Nesse ponto, são compatíveis o CDC e o CC, no qual os artigos 423 e 424 trazem a interpretação dos contratos de adesão de modo mais favorável ao aderente e a nulidade como consequência para as disposições abusivas. Cf. PEREIRA, 2011, p. 65.

[39] MATTOS, 2009, p. 103.

[40] CC, art. 75: "Quanto às pessoas jurídicas, o domicílio é: [...] IV - das demais pessoas jurídicas, o lugar onde funcionarem as respectivas diretorias e administrações, ou onde elegerem domicílio especial no seu estatuto ou atos constitutivos." Cf. BRASIL, 2002.

[41] KLEE, Antonia Espíndola Longoni. O diálogo das fontes nos contratos pela internet: do vínculo contratual ao conceito de estabelecimento virtual e a proteção do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, ano 20, v. 77, p. 99-150, jan./mar. 2011, p. 132.

[42] No que diz respeito ao descumprimento contratual no âmbito eletrônico e ao direito de arrependimento, cf. MIRAGEM, 2010, p. 418.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

[43] MIRAGEM, 2010, p. 244-427.

[44] CAVALIERI FILHO, 2008, p. 262. Observe-se o CDC, art. 12. "O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricação, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos"; art. 14. "O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos. [...] § 4° A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa."

[45] Ibid., p. 248. CDC, parágrafo único do art. 7º: "Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo." Art.18. "Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas."

[46] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 479**. As instituições financeiras respondem objetivamente pelos danos gerados por fortuito interno relativo a fraudes e delitos praticados por terceiros no âmbito de operações bancárias. Brasília, 1. ago. 2012d. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em: 8 maio 2013.

[47] SCHREIBER, 2012, p. 224-225.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

PROCESSOS ESTRUTURAIS E ATUAÇÕES DO MPT

LUIZA BARRETO BRAGA FIDALGO: Graduada em Direito – Universidade Federal da Bahia. Pós graduada em Direito e Processo do Trabalho pela instituição Verbo Jurídico. Pós graduada em Direito do Trabalho com Ênfase na Reforma Trabalhista pela instituição Verbo Jurídico. Técnica Judiciária do TRT – 5ª Região, exercendo, atualmente, a função de assistente de juiz na 3 Vara do Trabalho de Salvador.

1.Introdução

O presente trabalho científico objetiva tecer breves considerações acerca de conceitos, histórico, características de litígios coletivos e de processos estruturais. Houve análise de finalidades e peculiaridades de litígios estruturais com vistas a perquirir a viabilidade de aplicação de medidas estruturantes de modo extrajudicial e demandista na seara laboral. Investigou-se, outrossim, os exemplos contemporâneos de processos estruturais e a compatibilidade desse instituto com a atuação do Ministério Público do Trabalho.

2.Litígios coletivos

2.1 Conceito

Os litígios coletivos caracterizam-se pela afetação de interesses a membros de uma sociedade sem que haja intenção específica do causador do dano de atingir um indivíduo em si.

Consoante dicção de Edilson Vitorelli,

> *"O litígio coletivo**[1]** se instala quando **um grupo de pessoas é lesada enquanto sociedade,** sem que haja, por parte do adversário atuação direcionada contra alguma dessas pessoas, em particular, mas contra o todo (...) , quando uma empresa produtora de alimentos em larga escala reduz o seu controle de contaminação e permite que insetos sejam misturados aos seus produtos, atingindo os respectivos compradores, o litígio é coletivo, (...) pessoas se envolvem no litígio enquanto grupo, enquanto sociedade."* (grifos acrescidos)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Constata-se, pois, que o litígio coletivo é fenômeno bastante ocorrente na Pós Modernidade, em que há atuações massivas de Administrações Públicas e da iniciativa privada contra direitos fundamentais dos cidadãos, sem que haja intuito deliberado de atingí-los enquanto indivíduos per si.

Conceituam Fredie Didier Jr. Hermes Zaneti Jr. e Rafael Alexandria de Oliveira[2] que:

> *"O problema estrutural se define pela existência de um* ***estado de desconformidade estruturada*** *– uma situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita, no sentido de ser uma situação que não corresponde ao estado de coisas considerado ideal. Como quer que seja, o problema estrutural se configura a partir de um estado de coisas que necessita de reorganização (ou de reestruturação)."* (grifos acrescidos)

Ademais, no que toca aos modos de resolução de litígios coletivos, explana Edilson Vitorelli[3] que:

> *"Em síntese, o processo coletivo é a técnica que o ordenamento jurídico coloca à disposição da sociedade para obter tutela dos direitos materiais violados no contexto de litígios coletivos. Esse processo se desenvolve por intermédio da atividade de um representante, que figura como parte, mas litiga em nome dos verdadeiros titulares do direito. Embora o processo coletivo seja a melhor forma de se prestar tutela jurisdicional para os litígios coletivos, ele pode não ser a única, ou pode mesmo não estar disponível, dependendo do ordenamento jurídico de cada país. Da indisponibilidade de um sistema processual coletivo não se pode extrair a inexistência de litígios coletivos, que são inerentes à organização social moderna. Eles serão resolvidos por outras vias, jurisdicionais ou não.*
>
> *No Brasil, embora o processo coletivo esteja disponível, é comum que litígios coletivos sejam tratados por múltiplos processos individuais. Apesar de lícita, essa alternativa prejudica a qualidade e economicidade da prestação jurisdicional, propicia julgamentos contraditórios, em*

> *prejuízo ao princípio da isonomia e impede que o problema seja solucionado como um todo, a partir da consideração completa de seus elementos."* (grifos acrescidos)

É preciso superar visão clássica, demandista, de resolução de conflitos, a fim de que sejam priorizados os métodos alternativos de solução de controvérsias[4], o que inclui as possibilidades de utilização de concialiação, mediação, arbitragem, bem como outros métodos de negociação, conforme natureza dos bens jurídicos da vida tutelados[5].

Trata-se, assim, da internalização da relevância da justiça "multiportas", consoante a qual é possível solucionar conflitos abstendo-se de, necessariamente, recorrer ao Poder Judiciário.

1.1 Distinções entre subcategorias

A categoria de litígios coletivos é subdividida pela doutrina de Edilson Vitorelli, que alcunhou tais terminologias, em litígios coletivos globais, locais e irradiados, conforme critérios de conflituosidade e complexidade que se apresentam de modo crescente nessas três espécies.

Tal classificação parte de estudos de Edilson Vittorelli no sentido de que a divisão tradicional de direitos coletivos em sentido amplo (difusos, coletivos e individuais homogêneos, que são "acidentalmente coletivos", consoante terminologia de Barbosa Moreira) seria incapaz de tutelar todas as possibilidades de litígios coletivos existentes. Sob esse prisma, seria essencial proceder a uma releitura da característica estanque da categorização do art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor[6].

Para professor Edilson, as características principais dessas três subcategorias de litígios coletivos seriam:

> *"**Litígios coletivos globais.** (...) são aqueles que afetam a sociedade de modo geral, mas que repercutem minimamente sobre os direitos dos indivíduos que a compõem. Apresentam baixa conflituosidade, tendo em vista o pouco interesse dos indivíduos em buscar soluções para o problema coletivo. (...)*
>
> ***Litígio coletivo local,** embora coletivo, atinge pessoas determinadas, em intensidade significativa, capaz de*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> *alterar aspectos relevantes de suas vidas. Essas pessoas, todavia, compartilham algum tipo de laço de solidariedade social (sociedade como solidariedade), que as faz pertencentes a uma comunidade que se diferencia dos demais segmentos sociais. É o caso de lesões graves, causadas a direitos de grupos indígenas, minorias étnicas, trabalhadores de determinada empresa etc. No litígio local, a conflituosidade é moderada, uma vez que, ao mesmo tempo em que as pessoas querem opinar sobre a resolução do litígio, interessando-se pelas atividades que são desenvolvidas ao longo de um eventual processo e, provavelmente, discordando entre si acerca delas, a identidade de perspectivas sociais, dada pelo pertencimento à mesma comunidade, fornece um elemento de união, que impede que as divergências entre essas pessoas, embora existentes – nenhum grupo social é uniforme – sejam elevadas o bastante para ofuscar o objetivo comum. (...)*
>
> ***Litígios coletivos irradiados.*** *Essa categoria representa a situação em que as lesões são relevantes para a sociedade envolvida, mas ela atinge, de modo diverso e variado, diferentes subgrupos que estão envolvidos no litígio, sendo que entre eles não há uma perspectiva social comum, qualquer vínculo de solidariedade. A sociedade que titulariza esses direitos é fluida, mutável e de difícil delimitação, motivo pela qual se identifica com a sociedade como criação."*(grifos acrescidos)

Nesse sentir, litígios coletivos globais repercutem na sociedade de modo genérico, constatando-se o baixo esforço dos indivíduos em resolver coletivamente o conflito. Nos litíigos coletivos locais, os indivíduos atingidos possuem traço comum de solidariedade social. Por fim, os litígios coletivos irradiados apresentam alta conflituosidade de interesses dos grupos atingidos, baixa solidariedade social entre os indivíduos desses grupos e elevado nível de complexidade para resolução das controvérsias subjacentes.

2.3 Litígios coletivos estruturais

Adotando-se as premissas doutrinárias de Edilson Vitorelli, os litígios estruturais seriam sempre irradiados. Os litígios estruturais são litígios coletivos causados pela

inadequação de estrutura burocrática, não raro, pública, para resolver determinados conflitos.

Nessa linha de raciocínio, consoante lições de Edilson Vitorelli[7]:

> *"Em resumo, o litígio estrutural é um litígio irradiado no qual a violação surge em decorrência do funcionamento de uma estrutura burocrática, pública ou privada, e, em virtude das características contextuais em que ocorre, sua solução exige a reestruturação do funcionamento da estrutura. Embora essa reestruturação possa ser feita de diversos modos e, frequentemente, não dependa da atuação do Poder Judiciário, ocorrendo pela atuação privada ou com a condução do Poder Executivo, se a alteração for buscada pela via do processo judicial, esse processo poderá ser caracterizado como processo estrutural"(*grifos acrescidos)

A utilização de mecanismos tradicionais de soluções de controvérsias para resolver litígios estruturais acarretaria solução apenas aparente, momentâneo, incapaz de extirpar as origens do problema.

Tendo-se em vista tais parâmetros teóricos, a resolução de litígios estruturais perpassa por reorganizar estruturas burocráticas de modo a sanar as causas dos litígios. Resta ultrapassada, assim, a visão coloquial de resolução de problemas mediante a análise apenas das consequências de dada celeuma. Quando os litígios estruturais são conduzidos à esfera judicial originam processos estruturais. É plausível, outrossim, que os litígios estruturais sejam solucionados por meio de medidas estruturantes no âmbito extrajudicial, resolutivo, buscando-se alternativas consensuais, criativas, que dispensem as formalidades da máquina judicial estatal.

3.Processos estruturais

3.1 Conceito

Processos estruturais são o meio judicialmente mais adequado para solucionar litígios estruturais, pois representam a utilização do aparato estatal como forma de reorganizar estruturas que se mostraram ineficientes para corrigir conflitos. Tal preferência teórica parte do pressuposto de que a utilização de processos estruturais é mais efetiva na resolução de litígios estruturais em comparação com o recurso a processos ordinários de resolução de conflitos.

Consoante dicção de Edilson Vitorelli[8]:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> *"O **processo estrutural** é um processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura burocrática, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural (...) Em realidade, lamentavelmente, é raro que litígios estruturais sejam resolvidos por processos estruturais. Processos estruturais são longos, difíceis, demandam uma estrutura representativa intrincada e, por esse motivo, são evitados por juízes e legitimados coletivos.*
>
> *(...) O equívoco desse tratamento não estrutural do litígio é que ele acarreta apenas uma ilusão de solução, mas não produz resultados sociais significativos, eis que as causas do problema permanecem. (...) fora a Nigéria, o Poder Judiciário brasileiro foi o que obteve os piores resultados concretos, no que tange aos impactos sociais das suas decisões. A Índia, a África do Sul e a Indonésia conseguiram, com um número de julgamentos consideravelmente inferior, alterar a vida de mais pessoas, porque enfocaram aspectos estruturais do problema, como falhas regulatórias ou deficiências prestacionais que impactavam toda a população, não apenas aos demandantes.*
>
> *(...) Em síntese, um processo estrutural é aquele que busca resolver, por intermédio da atuação da jurisdição, um litígio estrutural, pela reformulação de uma estrutura burocrática que é a causadora ou, de alguma forma, a responsável pela existência da violação que origina o litígio. Essa reestruturação se dará por intermédio da elaboração de um plano aprovado pelo juiz e sua posterior implementação um considerável período de tempo. Ela implicará a avaliação e reavaliação dos impactos diretos e indiretos do comportamento institucional, os recursos necessários e suas fontes, os efeitos colaterais da mudança promovida pelo processo sobre os demais atores sociais que interagem com a instituição, dentre outras providências."* (grifos acrescidos)

Paralelamente, há conceito de Fernanda Costa Vogt e Lara Dourado Mapurunga[9] de processos policêntricos, no sentido de que:

> *"são todos aqueles em que coexistem diversos centros de interesse. Tradicionalmente, o próprio conceito de lide era responsável pela prevalência do princípio da dualidade e da*

> *compreensão de que o próprio desenho do procedimento deveria seguir uma lógica bipolar, baseada no antagonismo da demanda de A versus B. É justamente nos processos policêntricos que essa lógica é rompida. Neles, convivem múltiplos interesses, ainda que formalmente possam ser processos ente duas partes. Basta, para tanto, que gerem impactos extrapartes, alcançando a esfera jurídica de terceiros."*

Partindo-se de semelhante premissa à adotada nessa pesquisa, no sentido de que os processos tradicionais são insuficientes para tutelarem os bens jurídicos objeto de processos estruturais, Karen Borges dos Santos, Walter Gustavo da Silva Lemos e Vinicius Silva Lemos[10] pontuam que:

> *"A menos que se eleja um processo dinâmico com características próprias, denominado processo estrutural, como instrumento ideal e apto a proporcionar o tratamento adequado a estes casos, o modelo processual fracassará na concretização do direito material vindicado."*

Percebe-se que inexistem obstáculos jurídicos à resolução extrajudicial de litígios estruturais. Todavia, caso sejam utilizados métodos alternativos de resolução de conflitos para solucionar litígios estruturais, o termo tecnicamente mais adequado para tratar dessas situações não deverá ser "processo" estrutural. A justiça multiportas é ferramenta que pode se mostrar tão eficaz quanto à resolução de litígios por meio de processos estruturais, razão pela qual deve ser fomentada no paradigma atual.

3.2 Histórico e características

O histórico de visualização de processos estruturais remonta à utilização de técnicas de litígios estruturais antes mesmo de o Judiciário conceber que realizava tais peculiaridades no intuito de fomentar formatar processos estruturais. Os processos estruturais visam à consideração completa do problema, de modo a não se restringir à ótica de uma causa individual caso o problema verificado se repita em múltiplos processos semelhantes.

Ademais, o paradigma histórico que remete à utilização de processos estruturais remonta ao *case* norteamericano Brown vs Board of Education, no qual houve superação de isonomia apenas formal e embriões de teses de igualdade enquanto reconhecimento, notadamente no que toca à discriminação racial. Nesse sentido, discorrem Matusalém Dantas e Hemily Samila da Silva Saraiva[11] que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

> *"Nos Estados Unidos, durante a primeira metade do século XX, prevaleceu o entendimento de que a segregação racial era constitucional, desde que respeitadas as mesmas condições para brancos e negros. Tal entendimento foi cristalizado na expressão separate but equal (separados, mas iguais), estabelecido no caso Plessy X Ferguson. Esse cenário mudou, a partir do caso Brown X Board of Education, em 1954, quando a Suprema Corte americana passou a considerar inconstitucional a segregação racial nas escolas públicas.[2]*
>
> *Com a decisão, surge uma dificuldade de implementação da dessegregação, sendo necessária nova decisão da Suprema Corte, em 1955, para traçar um plano de como resolver judicialmente o complexo problema existente.*
>
> *Trata-se de leading case sobre o que se costumou chamar de processos estruturais, os quais* ***buscam solucionar problemas estruturais da sociedade****, implicando, muitas das vezes, em* ***implantação de políticas públicas pelo próprio Poder Judiciário****."*(grifos acrescidos)

As características dos processos estruturais são, dentre outras: elevadas complexidade, densidade de conflitos subjacentes. Ha contraposição de interesses de grupos mesmo internamente do polo ativo ou passivo da demanda, pois há alta conflituosidade das visões dos membros representados. Trata-se de processo mais trabalhosos e demorados quando comparados às demandas ordinárias. Verifica-se que as medidas estruturantes constituem técnicas processuais com maior capacidade de solução real de conflitos, pois buscam extirpar as origens dos litígios, não se subsumindo a tutelar as consequências do problema.

Recorrendo à doutrina estrangeira, Karen Borges dos Santos, Walter Gustavo da Silva Lemos e Vinicius Silva Lemos[12] , na esteira dos ensinamentos de Mariela Puga[13], pontuam que:

> *"Denominados pela doutrina de litígios estruturais, litígios de interesse público, coletivos sistêmicos, litígios de segunda e terceira geração, entre outros****[54]****, possuem essas demandas entre seus elementos característicos os seguintes:*
>
> *(1) La intervención de múltiples actores procesales.*

(2) Un colectivo de afectados que no intervienen en el proceso judicial, pero que sin embargo son representadasos por algunos de sus pares, y/o por otros actores legalmente autorizados.

(3) Una causa fuente que determina la violación de derechos a escala. Tal causa se presenta, en general, como una regla legal, una política o práctica (pública o privada), una condición o una situación social que vulnera intereses de manera sistémica o estructural, aunque no siempre homogénea.

(4) Una organización estatal o burocrática que funciona como el marco de la situación o la condición social que viola derechos.

(5) La invocación o vindicación de valores de carácter constitucional o público con propósitos regulatorios a nivel general, y/o demandas de derechos económicos, sociales y culturales.

(6) Pretensiones que involucran la redistribución de bienes.

(7) Una sentencia que supone un conjunto de órdenes de implementación continua y prolongada. ***[55]*** *(destacou-se)"*

Corrobora-se, pois, a necessidade de uma visão holística, dinâmica, de litígios estruturais a fim de que, dimensionadas as peculiaridades dos conflitos, sejam adotadas medidas estruturantes.

3.2 Finalidades

As finalidades primordiais dos processos estruturais são: 1) conferir celeridade à macro resolução de conflitos(art. 5º, LXXVIII, CFRB); 2) maximizar a economicidade processual, diante da resolução simultânea de conflitos que seriam distribuídos a juízos diversos (acesso à ordem jurídica justa, art. 5º, LV, CFRB); 3) minimizar a ocorrência de decisões conflitantes para indivíduos em semelhantes e situações, em consagração ao princípio da isonomia (art. 5º, caput, CFRB).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Prioriza se, assim, a efetividade dos direitos fundamentais (art. 5º, parágrafo primeiro, CFRB) em detrimento de uma análise atomizada de litígios. É possível, plausível e recomendável garantir transparência, eficiência, boa fé, publicidade, razoabilidade, dentre outros princípios processuais constitucionais, em decisões que considerem não apenas as particularidades de um processo individual, mas uma visão holística de litígios estruturais. (vide teor dos arts. 6º a 8º do CPC/15)

Consoante lições de Matheus Souza Galdino[14], no que toca aos objetivos e bens jurídicos tutelados em processos estruturais:

> *"Assim, em um processo estrutural, se distinguem duas espécies de direitos: o direito ao alcance do estado ideal de coisas e o direito que daquele depende para sua efetivação. O processo estrutural tutela de modo imediato, o alcance do estado ideal de coisas, mas o faz enquanto meio para possibilitar a tutela de outros direitos, estes plenamente efetiváveis antes do alcance daquele."*

3.3. Exemplos

Há diversos exemplos de processos estruturais no ordenamento pátrio. No Ceará, uma magistrada buscou as causas para a alta procura de cirurgias ortopédicas e viabilizou junto aos órgãos públicos soluções estruturantes com políticas públicas efetivas para o problema.

Na seara trabalhista, o Ministério Público do Trabalho propôs ação civil pública em face da União Federal[15] na época da diáspora haitiana com vistas a implementar políticas públicas que resguardassem os direitos dos refugiados. Houve celebração de acordo judicial com provisões de medidas públicas inclusive no eixo trabalho, assim como houve atenção para que a efetivação das políticas previstas não onerasse apenas o estado do Acre, mas fosse de responsabilidade da União.

Outros exemplos de processos estruturais são as ações civis públicas propostas contra a empresa Vale quando do Desastre de Brumadinho. Ainda, pontua-se ação civil pública proposta em litisconsórcio entre MPT, MPF, MPPA voltada a reparar danos causados por afundamento de navios com 4800 bois vivos, no Porto de Mosqueiro/PA, próximo a Belém, em que houve celebração de acordo[16].

Recentemente, destacou-se a atuação do Supremo Tribunal Federal em medidas de proteção aos índios contra os riscos causados pela pandemia do coronavírus (Covid-19), por se tratar de grupo vulnerável à proliferação viral. Vide, nesse sentido, que o STF, na pessoa do Ministro Luís Roberto Barroso, recusou plano de contenção

do Covid-19 anteriormente apresentado pela União Federal, nos termos de notícia extraída do site do STF que ora segue transcrita[17]:

> *"O ministro Luís Roberto Barroso, do Supremo Tribunal Federal (STF), determinou à União que elabore um novo Plano Geral de Enfrentamento e Monitoramento da Covid-19 para os Povos Indígenas, sob a coordenação do Ministério da Justiça e Segurança Pública, com a participação do Ministério da Saúde, da Fundação Nacional do Índio (Funai) e da Secretaria Especial de Saúde Indígena (Sesai), a ser apresentado no prazo máximo de 20 dias. A determinação foi tomada nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 709, ajuizada no STF pela Articulação dos Povos."*

Reitera-se, pois, o potencial de medidas estruturantes significarem a reformulação de políticas públicas a partir de determinações do Poder Judiciário que não podem ser descumpridas pela Administração Pública nem por particulares.

4.Compatibilidades com a atuação do MPT

Os processos estruturais são compatíveis e relevantes no processo trabalhista, pois salvaguardam a justeza na solução de litígios, são modo de pacificação de conflitos. Na Justiça do Trabalho, é corriqueira a ocorrência de ações repetitivas, demandas individuais de massa, cujas soluções seriam menos díspares caso resolvidas por processos estruturais.

O fato de os processos estruturais priorizarem a isonomia material acarreta o benefício, por exemplo, de empregados em mesmas situações de periculosidade/insalubridade, receberem de modo similar os adicionais devidos. Na práxis forense, o ajuizamento de múltiplas demandas individuais implica possível preterimento temporal da percepção de verbas de trabalhador cujo processo seja distribuído para vara com tramitação mais morosa, por exemplo.

Ademais, os processos estruturais são os mais adequados à macro resolução de litígios, com celeridade e economicidade. Por meio de medidas estruturantes, dada empresa poderia ser compelida, por exemplo, a instalar canais de ouvidoria para apurar denúncias de assédio moral, que beneficiariam todos os empregados. Trata-se de solução que implica reorganização da estrutura burocrática de pessoa de direito privado, o que ratifica que processos estruturais podem ser instaurados não apenas em face de pessoas jurídicas de direito público.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

A superveniência constante de processos estruturais demanda que o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Superior da Justiça do Trabalho revisitem os critérios de produtividade dos magistrados, a fim de estimular a resolução de litígios de processos estruturais, mais densos e trabalhosos, também de modo estruturante, holístico e dinâmico.

Outrossim, no que toca à compatibilidade entre as medidas estruturantes e a principiologia do MPT, incumbido da tutela do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, CFRB), a atuação do membro oficiante se volta, sobretudo, à formulação de políticas públicas afetas às áreas temáticas prioritárias do órgão. O combate à exploração de mão-de-obra infantil, em lixões, em cultivos de cana-de-açúcar, cacau, fumo, exemplifica a necessidade de análise holística das causas das irregularidades a fim de que cessem não apenas momentaneamente os problemas, consoante atuação da Coordinfância.

Ademais, no que ao combate a fatores de discrímen, bem como adoção de critérios injustamente desqualificantes (dicção das Convenções 100 e 111 da OIT), a Coordigualdade emana diretrizes no sentido de que sejam estimuladas políticas públicas de igualdade enquanto reconhecimento, o que se coaduna com dispositivos expressos de ações afirmativas presentes, por exemplo, no Estatuto de Igualdade Racial.

No âmbito de atuação à regularização de condições de saúde e segurança laborambientais (arts. 6, 196; 7, XXII, 200, VIII, 225, CFRB), a Codemat inspira os membros do MPT a apreciarem dado desatendimento na concessão de EPI (art. 167, CLT), por exemplo, de forma global, visto que a análise isolada de um único ilícito verificado seria insuficiente a sanar problemas estruturais, tais como, no exemplo tratado, a essencial adoção de mecanismos coletivos de equipamentos protetivos.

Também as diretrizes emanadas das Coordenadorias Conaete, Conap, Conalis, Conafret, Conatpa caminham no sentido de orientar a atuação finalística dos membros a uma consideração holística de dado problema, de modo a priorizar a efetivação de medidas aptas a sanarem as origens dos ilícitos ocorridos.

Percebe-se, assim, o pioneirismo do MPT em atuações resolutivas e demandistas de processos estruturais, as quais integravam e integram o cotidiano do órgão. Prepondera, pois, a preocupação com resoluções amplas e completas de dados problemas, ainda que isto implique um diferimento no prazo de cumprimento de obrigações como alternativa para uma solução ampla e gradual de conflitos.

5.Considerações finais

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

Os litígios estruturais são fato incontroverso das sociedades modernas. A adoção de técnicas tradicionais de resolução de conflitos demonstra-se como insuficiente para corrigir as origens dessas contendas, o que fomenta a utilização de métodos alternativos de resolução de conflitos, conforme contemporânea acepção de justiça multiportas.

No âmbito trabalhista, o MPT é órgão apto a buscar a adoção de medidas estruturantes não apenas por meio de processos estruturais, mas através de resoluções extrajudiciais de conflitos. Nesse sentido, a reivindicação de políticas públicas, ações afirmativas, bem como reformulações de estruturas burocráticas públicas e privadas, mostram-se como alternativas idôneas à resolução de litígios estruturais de modo policêntrico.

É compatível e essencial com a atuação do MPT a premissa de que a adequada solução de litígios estruturais perpassa por métodos criativos, holísticos, que visem não apenas a correção momentânea de um problema, mas denotem compromisso com a correção das origens que culminaram em conflitos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Diário Oficial da União. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 17 de novembro de 2020.

_____. **Código de Processo Civil,** de 16 de março de 2015. Diário Oficial da União. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em 17 de novembro de 2020.

_____. **Lei n. 8078/1990,** de 11 de setembro de 1990. Diário Oficial da União. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm> Acesso em 17 de novembro de 2020.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. Justiça multiportas: mediação, conciliação e arbitragem no Brasil. Disponível no sítios eletrônico https://revistaannep.com.br/index.php/radp/article/view/33/pdf Acesso em 31 de Agosto de 2020.

DANTAS e SARAIVA, Matusalém e Hemily Samila da Silva. A incompatibilidade de processos estruturais em tempos de pandemia (covid-19). Disponível no sítio eletrônico < https://jus.com.br/artigos/83239/a-incompatibilidade-de-processos-

estruturais-em-tempos-de-pandemia-covid-19> Acesso em 17 de novembro de 2020

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo, v. 303, p. 45-81, mai. 2020, versão eletrônica.

GALDINO, Matheus Souza. PROCESSOS ESTRUTURAIS: UMA TRANSIÇÃO ENTRE ESTADOS DE COISA PARA A TUTELA DOS DIREITOS. Disponível no sítio eletrônico < https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/41950/30563> Acesso em 17 de novembro de 2020

GÓES, Gisele. On-line Disruptive Resolution, Ênfase Mediação e Negociação, palestra em1º Webinário Temas Avançados do MPT. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=Y0YBxzisKXM&t=4177s> Acesso em 17 de novembro de 2020.

PUGA, Mariela. El litigio estructural. Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo, ano I, n. 2, nov. 2014, p. 46. Disponível em: <http://www.palermo.edu/derecho/pdf/teoria-delderecho/n2/TeoriaDerecho_Ano1_N2_03.pdf>. Acesso em 17 de novembro de 2020.

SANTOS, LEMOS e LEMOS. Karen Borges dos; Walter Gustavo da Silva e Vinicius Silva. O PROCESSO ESTRUTURAL COMO INSTRUMENTO ADEQUADO PARA A TUTELA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A NECESSIDADE DE RESSIGNIFICAÇÃO DO PROCESSO CIVIL. Disponível no sítio eletrônico < https://www.rkladvocacia.com/o-processo-estrutural-como-instrumento-adequado-para-tutela-de-direitos-fundamentais-e-necessidade-de-ressignificacao-do-processo-civil/> Acesso em 17 de novembro de 2020.

VITORELLI, Edilson. LEVANDO OS CONCEITOS A SÉRIO: PROCESSO ESTRUTURAL, PROCESSO COLETIVO, PROCESSO ESTRATÉGICO E SUAS DIFERENÇA. Revista de Processo | vol. 284/2018 | p. 333 - 369 | Out / 2018DTR\2018\19904, pg. 333-369. Disponível no sítio eletrônico <https://www.academia.edu/40449066/LEVANDO_OS_CONCEITOS_A_S%C3%89RIO_PROCESSO_ESTRUTURAL_PROCESSO_COLETIVO_PROCESSO_ESTRAT%C3%89GICO_E_SUAS_DIFEREN%C3%87AS> Acesso em 15 de junho de 2020.

VOGT e PEREIRA, Fernanda Costa e Lara Dourado Mapurunga. NOVAS TÉCNICAS DECISÓRIAS NOS PROCESSOS ESTRUTURAIS, pg. 387 da obra PROCESSOS

ESTRUTURAIS, organizada por Sergio Cruz Arenhart Marco Félix Jobim, Editora Juspodivm, Salvador, 2021.

[1] VITORELLI, Edilson. LEVANDO OS CONCEITOS A SÉRIO: PROCESSO ESTRUTURAL, PROCESSO COLETIVO, PROCESSO ESTRATÉGICO E SUAS DIFERENÇA. Revista de Processo | vol. 284/2018 | p. 333 - 369 | Out / 2018DTR\2018\19904, pg. 333-369. Disponível no sítio eletrônico <https://www.academia.edu/40449066/LEVANDO_OS_CONCEITOS_A_S%C3%89RIO_PROCESSO_ESTRUTURAL_PROCESSO_COLETIVO_PROCESSO_ESTRAT%C3%89GICO_E_SUAS_DIFEREN%C3%87AS> Acesso em 15 de junho de 2020.

[2] DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo, v. 303, p. 45-81, mai. 2020, versão eletrônica.

[3] VITORELLI, Edilson. LEVANDO OS CONCEITOS A SÉRIO: PROCESSO ESTRUTURAL, PROCESSO COLETIVO, PROCESSO ESTRATÉGICO E SUAS DIFERENÇA. Revista de Processo | vol. 284/2018 | p. 333 - 369 | Out / 2018DTR\2018\19904, pg. 333-369. Disponível no sítio eletrônico <https://www.academia.edu/40449066/LEVANDO_OS_CONCEITOS_A_S%C3%89RIO_PROCESSO_ESTRUTURAL_PROCESSO_COLETIVO_PROCESSO_ESTRAT%C3%89GICO_E_SUAS_DIFEREN%C3%87AS> Acesso em 15 de junho de 2020.

[4] O tema "On-line Disruptive Resolution, Ênfase Mediação e Negociação" foi objeto de palestra de Gisele Góes no 1º Webinário Temas Avançados do MPT. Disponível em <

https://www.youtube.com/watch?v=Y0YBxzisKXM&t=4177s> Acesso em 17 de novembro de 2020.

[5] Nesse mesmo sentido, vide explanações constantes em artigo CUNHA, Leonardo Carneiro da. Justiça multiportas: mediação, conciliação e arbitragem no Brasil. Disponível no sítios eletrônico https://revistaannep.com.br/index.php/radp/article/view/33/pdf Acesso em 31 de Agosto de 2020.

[6] Nesse mesmo sentido, vide trecho de VOGT e PEREIRA, Fernanda Costa e Lara Dourado Mapurunga. NOVAS TÉCNICAS DECISÓRIAS NOS PROCESSOS ESTRUTURAIS, pg. 388 da obra PROCESSOS ESTRUTURAIS, organizada por Sergio Cruz Arenhart Marco Félix Jobim, Editora Juspodivm, Salvador, 2021: "Vale apontar que, para uma melhor condução da resolução dos litígios em juízo, é importante aferir a natureza dos direitos em debate. Indo além da classificação tipificada no art.

81, parágrafo único, do CDC9 – no qual é adotado o critério da titularidade, impreciso para a diferenciação dos litígios transindividuais, sendo comum, inclusive, uma certa confusão entre as categorias – Edilson Vitorelli propôs uma nova tipologia dos litígios coletivos."

[7] VITORELLI, Edilson. LEVANDO OS CONCEITOS A SÉRIO: PROCESSO ESTRUTURAL, PROCESSO COLETIVO, PROCESSO ESTRATÉGICO E SUAS DIFERENÇA. Revista de Processo | vol. 284/2018 | p. 333 - 369 | Out / 2018DTR\2018\19904, pg. 333-369. Disponível no sítio eletrônico <https://www.academia.edu/40449066/LEVANDO_OS_CONCEITOS_A_S%C3%89RIO_PROCESSO_ESTRUTURAL_PROCESSO_COLETIVO_PROCESSO_ESTRAT%C3%89GICO_E_SUAS_DIFEREN%C3%87AS> Acesso em 15 de junho de 2020.

[8] VITORELLI, Edilson. LEVANDO OS CONCEITOS A SÉRIO: PROCESSO ESTRUTURAL, PROCESSO COLETIVO, PROCESSO ESTRATÉGICO E SUAS DIFERENÇA. Revista de Processo | vol. 284/2018 | p. 333 - 369 | Out / 2018DTR\2018\19904, pg. 333-369. Disponível no sítio eletrônico <https://www.academia.edu/40449066/LEVANDO_OS_CONCEITOS_A_S%C3%89RIO_PROCESSO_ESTRUTURAL_PROCESSO_COLETIVO_PROCESSO_ESTRAT%C3%89GICO_E_SUAS_DIFEREN%C3%87AS> Acesso em 15 de junho de 2020.

[9] VOGT e PEREIRA, Fernanda Costa e Lara Dourado Mapurunga. NOVAS TÉCNICAS DECISÓRIAS NOS PROCESSOS ESTRUTURAIS, pg. 387 da obra PROCESSOS ESTRUTURAIS, organizada por Sergio Cruz Arenhart Marco Félix Jobim, Editora Juspodivm, Salvador, 2021,

[10]SANTOS, LEMOS e LEMOS. Karen Borges dos; Walter Gustavo da Silva e Vinicius Silva. O PROCESSO ESTRUTURAL COMO INSTRUMENTO ADEQUADO PARA A TUTELA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A NECESSIDADE DE RESSIGNIFICAÇÃO DO PROCESSO CIVIL. Disponível no sítio eletrônico < https://www.rkladvocacia.com/o-processo-estrutural-como-instrumento-adequado-para-tutela-de-direitos-fundamentais-e-necessidade-de-ressignificacao-do-processo-civil/> Acesso em 17 de novembro de 2020.

[11] DANTAS e SARAIVA, Matusalém e Hemily Samila da Silva. A incompatibilidade de processos estruturais em tempos de pandemia (covid-19). Disponível no sítio eletrônico < https://jus.com.br/artigos/83239/a-incompatibilidade-de-processos-estruturais-em-tempos-de-pandemia-covid-19> Acesso em 17 de novembro de 2020.

[12] SANTOS, LEMOS e LEMOS. Karen Borges dos; Walter Gustavo da Silva e Vinicius Silva. O PROCESSO ESTRUTURAL COMO INSTRUMENTO ADEQUADO PARA A

Boletim Conteúdo Jurídico n. 987 de 25/11/2020 (ano XII) ISSN - 1984-0454

TUTELA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A NECESSIDADE DE RESSIGNIFICAÇÃO DO PROCESSO CIVIL. Disponível no sítio eletrônico < https://www.rkladvocacia.com/o-processo-estrutural-como-instrumento-adequado-para-tutela-de-direitos-fundamentais-e-necessidade-de-ressignificacao-do-processo-civil/> Acesso em 17 de novembro de 2020.

[13] PUGA, Mariela. El litigio estructural. Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo, ano I, n. 2, nov. 2014, p. 46. Disponível em: <http://www.palermo.edu/derecho/pdf/teoria-delderecho/n2/TeoriaDerecho_Ano1_N2_03.pdf>. Acesso em 17 de novembro de 2020.

[14] GALDINO, Matheus Souza. PROCESSOS ESTRUTURAIS: UMA TRANSIÇÃO ENTRE ESTADOS DE COISA PARA A TUTELA DOS DIREITOS. Disponível no sítio eletrônico < https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/41950/30563> Acesso em 17 de novembro de 2020

[15] Vide, nesse particular, tramitação processual dos autos AcP 0000384-81.2015.5.14.0402, conforme termos citados pela Nota Técnica 1, de 2 de abril de 2018, do MPT.

[16] Houve citação dessa atuação litisconsorcial dos MPs pela doutrinadora Gisele Góes em painel de seminário sobre processos estruturais no Youtube.

[17] Vide integralidade da reportagem no sítio eletrônico < http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=453860> Acesso em 17 de novembro de 2020.